

MICHAEL RODI

Die  
Subventionsrechtsordnung

*Jus Publicum*

52

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 52





Michael Rodi

# Die Subventionsrechtsordnung

Die Subvention als Instrument  
öffentlicher Zweckverwirklichung  
nach Völkerrecht, Europarecht  
und deutschem innerstaatlichen Recht

Mohr Siebeck

*Michael Rodi*, geboren 1958; Studium der Politikwissenschaft, Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre in Konstanz und München; Promotion zum Dr. jur. in München 1992; Magister Artium Politikwissenschaft mit Nebenfach Volkswirtschaftslehre, München 1993; Habilitation in den Fächern Öffentliches Recht, Steuerrecht und Europarecht, München 1998; seit Januar 1999 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht an der Universität Greifswald.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Ludwig-Maximilians-Universität München gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Rodi, Michael:*

Die Subventionsrechtsordnung : die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichem Recht / Michael Rodi. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2000

Jus Publicum ; Bd. 52)

ISBN 3-16-147175-X

978-3-16-158088-8 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 2000 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern von Gulde-Druck in Tübingen gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

## Vorwort

Subventionen werden nicht nur auf nationaler Ebene von Bund, Ländern und Kommunen, sondern zunehmend auch durch die Europäischen Gemeinschaften als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung eingesetzt. Die dafür jeweils geltenden Rechtsregeln sind unterschiedlich, das Völkerrecht enthält bisher nur vereinzelt einheitsstiftende Vorgaben. Jede Subventionsvergabe ist jedoch im Rahmen der Zwecksetzung und Zweckverwirklichung mit gleichen oder zumindest ähnlichen Rechtsfragen konfrontiert, die häufig gleiche oder ähnliche Lösungen hervorbringen. Dieser Gedanke bietet Anlaß und Perspektive, nach längerer Zeit wieder einmal das Subventionsrecht insgesamt zu untersuchen: Eine parallele Betrachtung des jeweils einschlägigen Rechts soll nicht nur gemeinsame Sachstrukturen des Subventionswesens, sondern auch Grundlinien einer einheitlichen Subventionsrechtsordnung erkennen lassen.

Diese Untersuchung wurde im März 1998 abgeschlossen und im Sommersemester 1998 von der juristischen Fakultät der Ludwigs-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat ihre Entstehung durch ein Habilitationsstipendium und ihre Veröffentlichung durch einen Druckkostenzuschuß unterstützt. Rechtsakte, Literatur und Rechtsprechung konnten bis 1.1.1999, in Einzelfällen auch darüber hinaus, berücksichtigt werden. EU- und EG-Vertrag werden in der konsolidierten Fassung des Amsterdamer Vertrages zitiert; da sich verwendete Zitate überwiegend noch auf die alte Zählweise beziehen, ließ sich hier eine gewisse Uneinheitlichkeit nicht vermeiden.

Dank gebührt in erster Linie meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Vogel. Als Assistent an seinem Lehrstuhl hat er mir den für Promotion, Habilitation und andere Forschungsprojekte nötigen geistigen und zeitlichen Freiraum gewährt. Mehr denn zuvor gilt das im Vorwort zur Dissertation Gesagte: Sein Rat, seine Geduld und sein Vorbild haben diese Arbeit, aber auch meine Entscheidung, Wissenschaft als Beruf zu betreiben, wesentlich gefördert. Herrn Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio danke ich für die kurzfristige Übernahme und zügige Erstellung eines engagierten Zweitgutachtens.

Zahlreich sind zumeist diejenigen, die die Anfertigung einer Habilitationsschrift direkt oder indirekt fördern. Hervorheben möchte ich die anregenden Diskussionen in der Gruppe „Lu 29“ sowie die konstruktive Schicksalsgemeinschaft mit Rainer Prokisch. Bedanken möchte ich mich auch für die Unterstützung durch meine neuen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Greifs-

wald, allen voran meiner Sekretärin, Frau Anke Buschner. Geistige und materielle Basis für das Gelingen des Habilitationsprojektes war meine Familie, meine Frau Katja und meine Kinder Janna und Niklas. Ihnen möchte ich auch diese Arbeit widmen.

Michael Rodi

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXVII
Einleitung.....	1

### 1. Teil

#### Grundlagen

§ 1 <i>Funktionelle, rechtliche, integrierte Betrachtungsweise</i> .....	13
A. Funktionelle Betrachtungsweise .....	13
I. Mögliche Untersuchungsperspektiven .....	13
II. Funktionelle Betrachtungsweise als Instrument öffentlicher Zweckverfolgung .....	16
B. Besonderheiten einer rechtlichen Betrachtungsweise .....	17
I. Außerrechtliche Betrachtungsweisen .....	17
1. Ökonomische Ansätze .....	17
a) Theoretische Konzepte und Traditionen .....	18
b) Schwerpunkte und Lücken ökonomischer Forschung .....	20
2. Politikwissenschaftliche Ansätze .....	22
II. Die Frage nach einer rechtlichen Ordnung des Subventionswesens – die Subventionsrechtsordnung .....	23
C. Integrierte Betrachtungsweise .....	24
I. Das Ineinandergreifen verschiedener Rechtsordnungen .....	25
II. Parallele Betrachtung verschiedener Subventionsordnungen ..	26
§ 2 <i>Gegenstand der Untersuchung</i> .....	29
A. Begriff der Subvention .....	29
I. Wirtschaftswissenschaftliche Definitionen .....	30
1. Instrumentenorientierte Ansätze .....	30
2. Problem- oder wirkungsorientierte Ansätze .....	31
3. Aufgabenorientierte Ansätze .....	32

II. Begriffsbestimmungen des positiven Rechts . . . . .	32
1. Der strafrechtliche Subventionsbegriff . . . . .	33
2. Der Subventionsbegriff der Subventionsberichte . . . . .	34
3. Der haushaltsrechtliche Zuwendungsbegriff . . . . .	35
4. Begriffsbildungen im internationalen Recht . . . . .	36
a) Der Subventionsbegriff in der GATT/WTO- Rechtsordnung . . . . .	37
b) Die Begriffsbildung des Gemeinschaftsrechts . . . . .	38
c) Die Begriffsbildung im Rahmen der OECD . . . . .	40
III. Der steuerungstheoretische Subventionstypus . . . . .	41
1. Funktion und Kriterien einer typologischen Vorgehensweise . . .	41
2. Elemente der Typenbildung . . . . .	43
B. Erscheinungsformen der Subventionen . . . . .	48
I. Typologie nach Subventionsgebern und Subventionsträgern . .	49
II. Typologie nach den Rechtsgrundlagen . . . . .	49
III. Typologie nach dem Subventionszweck . . . . .	50
IV. Typologie nach der Art der Begünstigung . . . . .	52
V. Typologie nach der Modalität der Begünstigung . . . . .	54
VI. Typologie nach der zeitlichen Verknüpfung von gefördertem Verhalten und Begünstigung . . . . .	55
VII. Typologie nach der Handlungsform bei der Subventionsvergabe . . . . .	56
§ 3 <i>Rechtliche Grundstrukturen des Subventionswesens</i> . . . . .	57
A. Subvention und Zweck . . . . .	60
I. Die „systembildende Kraft“ des Subventionszwecks . . . . .	60
II. Die Funktionen des Subventionszwecks . . . . .	62
1. Abgrenzungsfunktion . . . . .	62
2. Lenkungsfunktion . . . . .	62
3. Rechtfertigungsfunktion . . . . .	62
4. Verfahrensleitende Funktion . . . . .	63
5. Rechtsprägende Funktion . . . . .	64
6. Gewaltenteilungsfunktion . . . . .	64
7. Kompetenzabgrenzungsfunktion . . . . .	64
8. Begrenzungs- oder Kontrollfunktion . . . . .	64
9. Rechtsschutzfunktion . . . . .	65
III. Die Bestimmung des Subventionszwecks . . . . .	65
1. Zwecke, Ziele und Interessen . . . . .	65
2. Rechtsrelevante Subventionszwecke und außerrechtliche Motive . . . . .	66

IV. Die inhaltliche Unbestimmtheit des Subventionszwecks . . . . .	67
1. Der Subventionszweck als offener Gestaltungszweck . . . . .	67
a) Der Zweck im Sicherheitsrecht . . . . .	67
b) Der Zweck im Sozialrecht . . . . .	68
c) Der Zweck im Subventionsrecht . . . . .	68
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben . . . . .	69
a) Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes . . . . .	70
b) Die Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts . . . . .	71
c) Der objektive Gehalt der Grundrechte . . . . .	73
3. Zweckvorgaben des EG-Primärrechts . . . . .	74
a) Die Wirtschaftsverfassung der EG . . . . .	74
b) Dualistische Wirtschaftsverfassung im Bereich des Subventionsrechts . . . . .	77
c) Kompetenzordnung . . . . .	78
B. Zweckverwirklichung und Interessenausgleich im mehrpoligen Subventionsrechtsverhältnis . . . . .	79
I. Systembildende Bedeutung von Rechtsverhältnis und Interessenstruktur . . . . .	79
1. Die Rechtsverhältnislehre . . . . .	79
2. Die Subventionsordnung als Rechtsverhältnisordnung . . . . .	81
II. Die Subventionsrechtsverhältnisse . . . . .	83
1. Das Rechtsverhältnis zwischen Subventionsgeber und Subventionsnehmer . . . . .	83
2. Die internationale Subventionsordnung . . . . .	85
3. Das Verhältnis mehrerer (potentieller) Subventionsgeber . . . . .	87
a) Verhältnis bei Subventionskonkurrenz . . . . .	88
b) Verhältnis bei geteilter Trägerschaft . . . . .	89
4. Rechtsverhältnisse und -beziehungen im Innenbereich des Subventionsgebers . . . . .	89
5. Drittverhältnisse . . . . .	90
C. Die Subventionsvergabe als gestufter und mehrpoliger Entscheidungsprozeß . . . . .	92
I. Systembildende Bedeutung von Entscheidung und Entscheidungsprozeß . . . . .	92
II. Die Subventionsvergabe als gestufter und mehrpoliger Entscheidungsprozeß . . . . .	94
1. Internationaler Interessenausgleich . . . . .	94
2. Die Entscheidung über den Einsatz von Subventionen und über die Zweckkoordination . . . . .	95
3. Die (abstrakte) Entscheidung über die Zweckverwirk- lichung (Zweckprogrammierung) . . . . .	95
4. Die Entscheidung über das konkrete Subventionsverhältnis . . . . .	95
5. Die Kontrolle der Zweckerreichung . . . . .	96

## 2. Teil

Der Subventionszweck nach Maßgabe des Völkerrechts  
und des Europarechts:  
Die internationale Subventionsordnung

§ 4	<i>Grundfragen einer internationalen Subventionsordnung</i> . . . .	97
A.	Funktionen einer internationalen Subventionsordnung . . . . .	98
I.	Wohlfahrts- und Effizienzgesichtspunkte . . . . .	98
II.	Interessenausgleichsfunktion . . . . .	100
III.	„International Policy Function“ . . . . .	101
IV.	„Domestic Policy Function“ . . . . .	101
B.	Grundprinzipien einer internationalen Subventionsordnung . . . . .	103
I.	Von der Koordinations- zur Integrationsordnung . . . . .	103
II.	Vom „Prinzip der begrenzten Subvention“ zum „Prinzip der international akzeptablen Subvention“ . . . . .	104
1.	Koordination durch Antisubventionsrecht . . . . .	104
2.	Die Suche nach einer „international akzeptablen Subvention“ im Rahmen einer internationalen Subventionsordnung . . . . .	105
3.	Subventionsharmonisierung und „Subventionsunion“ . . . . .	106
C.	Strukturelemente einer internationalen Subventionsordnung . . . . .	107
I.	Die Erfassung der „international relevanten Subvention“ . . . . .	107
1.	Begriffsbestimmung . . . . .	108
2.	Transparenz . . . . .	108
3.	Relevanzkriterien . . . . .	109
II.	Materieller Rechtsrahmen und Interessenausgleich . . . . .	110
1.	Abwägungsmodelle . . . . .	110
a)	Konkrete Abwägung . . . . .	110
b)	Regel-Ausnahme-Verhältnisse . . . . .	111
c)	Abstrakte Abwägungsgesichtspunkte . . . . .	111
2.	Bewertungskonzepte . . . . .	111
a)	Das Konzept der Ausfuhrsubventionen . . . . .	112
b)	Wirkungsbezogener Ansatz . . . . .	113
c)	Zweckbezogener Ansatz . . . . .	113
3.	Die Rechtsfolgen . . . . .	113
III.	Formeller Rechtsrahmen: Entscheidung und Rechtsdurchsetzung . . . . .	114
1.	Die Entscheidungsstrukturen: Institutioneller Rahmen und Kompetenzen . . . . .	114
2.	Rechtsdurchsetzung und Sanktion . . . . .	115

§ 5 Die GATT/WTO-Subventionsordnung .....	116
A. Grundlagen .....	116
I. Ordnungsmodell und Funktion der GATT/WTO- Rechtsordnung .....	116
1. Die Rechtsordnung von GATT/WTO als „Weltwirtschafts- verfassung im Werden“ .....	116
2. Ziele und Grundsätze der GATT/WTO-Rechtsordnung .....	118
a) Ziele .....	118
b) Grundsätze .....	120
II. Die GATT/WTO-Subventionsordnung .....	123
1. Die gegenwärtige Rechtslage .....	123
2. Funktionen der GATT/WTO-Subventionsordnung .....	124
3. Prinzipien der GATT/WTO-Subventionsordnung .....	126
B. Die wesentlichen Charakteristika der GATT/WTO-Subventions- rechtsordnung .....	126
I. Die Erfassung der „international relevanten Subvention“ ....	126
1. Begriffsbestimmung .....	126
2. Transparenz .....	127
3. Relevanzkriterien .....	128
II. Materieller Rechtsrahmen und Interessenausgleich .....	129
1. „Track I“ – Art. 10 ff. Subventionskodex '94 .....	129
2. „Track II“ – Art. 3 ff. Subventionskodex '94 .....	129
a) Die verbotenen Subventionen .....	130
b) Die nichtanfechtbaren Subventionen .....	130
c) Die anfechtbaren Subventionen .....	131
3. Förderung der Stahlindustrie und des Flugzeugbaus .....	132
4. Die Subventionsbestimmungen des Landwirtschafts- abkommens .....	133
III. Formeller Rechtsrahmen: Entscheidung und Rechtsdurchsetzung .....	134
1. Entscheidungsstrukturen: Institutioneller Rahmen und Kompetenzen .....	134
2. Rechtsdurchsetzung und Sanktion .....	135
C. Konsequenzen für das nationale und gemeinschaftliche Subventionsrecht .....	136
I. Unmittelbare Anwendbarkeit des materiellen Rechtsrahmens	136
II. Die GATT/WTO-Subventionsordnung als formeller Politikrahmen .....	139

§ 6 <i>Das Beihilfeaufsichtsrecht der Europäischen Union</i> .....	141
A. Grundlagen .....	141
I. Integrationsmodell und Funktion der Europäischen Union ..	141
II. Die Subventionsordnung des Beihilfeaufsichtsrechts der Europäischen Gemeinschaften .....	143
1. Die Entwicklung des Beihilfeaufsichtsrechts .....	143
2. Funktionen des Beihilfeaufsichtsrechts .....	144
a) Marktlogische Konzeptionen .....	145
b) Integrationspolitische Konzeptionen .....	146
c) Interessenausgleichs- und Koordinationsmodelle .....	147
B. Strukturelemente des Beihilfeaufsichtsrechts .....	152
I. Die Erfassung der gemeinschaftsrechtlich relevanten Subvention .....	152
1. Grundlagen .....	152
a) Notifikationssystem und Transparenz .....	152
b) Beihilfegriff und Relevanzkriterien .....	153
2. Die begriffsbestimmenden Relevanzkriterien .....	154
a) Das Begünstigungskriterium .....	154
b) Staatliche Zurechenbarkeit .....	157
c) Adressatenkriterien (Begünstigteneigenschaft und Bestimmtheitskriterium) .....	160
II. Materieller Rechtsrahmen und Interessenausgleich .....	162
1. Das Abwägungsmodell .....	163
2. Wettbewerb und innergemeinschaftlicher Handel als Schutzgut .....	163
a) Funktion des Wirkungskriteriums .....	163
b) Das Kriterium der Wettbewerbsverfälschung .....	164
c) Das Erfordernis der Handelsbeeinträchtigung .....	165
3. Die Rechtfertigungsgründe .....	166
a) Grundlagen .....	166
b) Mit dem Gemeinsamen Markt de jure vereinbare Beihilfen .....	167
c) Herstellung des Interessenausgleichs durch die Kommission .....	168
d) Die Ratskompetenzen im Rahmen der Beihilfeaufsicht .....	169
e) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe .....	170
4. Die Rechtsfolge .....	171
III. Formeller Rechtsrahmen: Entscheidung und Rechtsdurchsetzung .....	172
1. Grundlagen .....	172
a) Die Verfahrensherrschaft der Kommission .....	172

b) Der Kooperationscharakter des Beihilfeaufsichts- verfahrens .....	173
2. Die Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane im Einzelfall ...	174
a) Die verfahrensleitenden Entscheidungen .....	175
b) Die Feststellung der Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit ...	175
c) Die Gestaltungsentscheidung .....	176
3. Die Praxis der Gemeinschaftsrahmen .....	177
4. Rechtsdurchsetzung und Sanktion .....	178
a) Klage vor dem EuGH .....	179
b) Mittelbare Einflußnahme .....	179
c) Kooperation mit nationalen Gerichten .....	180
IV. Sonderregelungen .....	181
1. Verkehrsbeihilfen und Beihilfen an öffentliche Unternehmen .....	181
2. Landwirtschaftsbeihilfen .....	182
3. Ausfuhrbeihilfen .....	183
4. Kohle- und Stahlbeihilfen .....	184
C. Konsequenzen für das nationale Subventionsrecht .....	187
I. Das Beihilfeaufsichtsrecht als formeller und materieller Rechtsrahmen .....	187
II. Kooperative Fortentwicklung der materiellen Subventionsordnung .....	187
III. Überlagerung und Prägung der Subventionsvergabe .....	188
IV. Überlagerung und Koordination des Bund-Länder- Verhältnisses .....	189

### 3. Teil

#### Setzung des Subventionszwecks: Die „föderale“ Subventionsordnung

§ 7 <i>Grundfragen einer mehrstufigen Subventionsordnung</i> .....	191
A. Probleme der Entscheidungsfindung in föderalen Mehrebenenstrukturen .....	194
I. Föderalismus und Mehrebenenstruktur .....	194
1. Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip .....	194
2. Erweiterung der föderalen Mehrebenenstruktur durch die europäische Dimension .....	195
II. Die Dialektik von Kompetenzverteilung und Einheitsbildung	196

1. Die Frage nach der „richtigen“ Entscheidungsebene – die vertikale Aufgabenverteilung .....	196
a) Eindeutigkeit und Klarheit der Aufgabenverteilung .....	197
b) Sachgerechte Aufgabenverteilung .....	197
2. Einheitsbildung durch Koordination .....	197
B. Kompetenzprobleme in einer mehrstufigen Subventionsordnung..	198
I. Fehlen einer klaren Kompetenzabgrenzung für Subventionen	198
1. Kompetenzrechtliche Grundlagen .....	199
a) Finanzierungsaufgaben .....	199
b) Subventionskompetenz .....	199
2. Die Subventionsordnungen .....	201
a) Die Kompetenzordnung des Grundgesetzes .....	201
b) Die Kompetenzordnung der Europäischen Gemeinschaften.	201
II. Folgen einer unklaren Kompetenzordnung .....	202
1. Schleichende Kompetenzverlagerung „nach oben“ .....	202
2. Mehrfachkompetenzen .....	203
3. Nebenwirkungen .....	204
4. Subventionen zu Lasten Dritter .....	204
III. Koordinationsbedarf .....	205
C. Methoden der Zweckkoordination .....	206
I. Koordination im Rahmen der Kompetenzverteilung .....	207
II. Koordination durch einheitliche Vorgaben des (materiellen) Rechts .....	207
III. Koordination durch „Aufsicht“ (direktive Koordination) ...	208
IV. Koordination durch Kooperation .....	208
1. Koordination durch rechtliche Kooperation .....	209
2. Koordination durch Anreiz (induktive Koordination) .....	209
3. Koordination durch („freiwillige“) Kooperation .....	210
D. Koordinierungsübermaß .....	210
I. Die „Politikverflechtungs-Falle“ .....	210
II. Rechtliche Spannungsverhältnisse .....	211
§ 8 <i>Die Subventionskompetenzen der Europäischen Union</i> .....	212
A. Die Stellung der Europäischen Union in der Mehrebenenordnung.	212
I. Fehlen einer allgemeinen Theorie .....	212
II. Eigenständigkeit und Verfaßtheit der Rechtsordnung .....	214

1. Eigenständigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung . . . . .	214
2. Verfaßtheit der Rechtsordnung . . . . .	215
III. Mehrebenenstruktur zwischen Integrations- und Förderativprinzip . . . . .	216
1. Begriff und Grundlagen . . . . .	216
2. Unipolarer Verbundföderalismus kontinentaler Prägung . . . . .	217
IV. Die dialektische Grundstruktur der Europäischen Union . . . . .	219
1. Die kompetenzrelevanten Spannungsverhältnisse . . . . .	219
a) Gemeinschaftsimmanente Spannungsverhältnisse . . . . .	220
b) Vertikale, föderative Spannungsverhältnisse . . . . .	221
2. Prinzipienwiderstreit und Ausgleich durch Herstellen praktischer Konkordanz . . . . .	225
3. Der Europäische Gerichtshof als Garant der gemeinschafts- rechtlichen Kompetenzordnung . . . . .	227
B. Die Kompetenzordnung im Bereich der Subventionsvergabe . . . . .	228
I. Praxis und Grundtypen der Subventionskompetenzen . . . . .	228
1. Die Praxis der Subventionsvergabe . . . . .	228
a) Landwirtschaftspolitik . . . . .	228
aa) Grundlagen des Rechts der Landwirtschafts- subventionen . . . . .	229
bb) Beihilfemaßnahmen im Bereich des Markt- ordnungsrechts . . . . .	231
(1.) Das System der Preisgarantie . . . . .	232
(2.) Einkommensbeihilfen und Beihilfen mit sonstigen Zielsetzungen . . . . .	233
cc) Beihilfemaßnahmen im Bereich der Agrarstrukturpolitik	235
dd) Zulassung nationaler Subventionen . . . . .	235
ee) Gemeinsame Rechtsprobleme des Agrar- Beihilferechts . . . . .	236
b) Verkehrspolitik . . . . .	237
aa) Gemeinschaftsbeihilfen . . . . .	238
bb) Zulassung nationaler Beihilfen . . . . .	239
cc) Rechtsprobleme . . . . .	239
c) Ausfuhrsubventionen . . . . .	240
d) Kulturpolitik . . . . .	240
e) Transeuropäische Netze . . . . .	242
f) Industriepolitik . . . . .	244
g) Strukturpolitik (Wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt) . . . . .	246
h) Forschung und Entwicklung . . . . .	251
i) Umweltpolitik . . . . .	253
j) Energiepolitik . . . . .	255
k) Kohle- und Stahlpolitik . . . . .	257
l) Europäische Investitionsbank (EIB) . . . . .	257

2. Grundtypen und Problemschwerpunkte .....	258
a) Gemeinschaftsbeihilfen .....	259
b) Steuerung nationaler Subventionsprogramme .....	259
II. Grundsätze der Kompetenzverteilung .....	260
1. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung und das Integrationsprinzip .....	260
a) Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung (Vertragsvorbehalt) .....	260
b) Das Integrationsprinzip .....	263
2. Einschlägigkeit von Kompetenzbestimmungen .....	264
a) Thematische Einschlägigkeit .....	264
b) Grenzen der Anwendbarkeit .....	267
3. Reichweite (Rechtsfolge) der Kompetenzbestimmungen .....	270
a) Kompetenztypen mit Blick auf das Verhältnis zu nationalen Kompetenzen .....	270
aa) Ausschließliche Kompetenzen .....	270
bb) Konkurrierende Kompetenzen .....	271
cc) Rahmenkompetenzen .....	272
dd) Parallele Kompetenzen .....	272
b) Kompetenztypen mit Blick auf den Integrationsgrad .....	273
aa) Kompetenzen im Integrationsbereich .....	274
bb) Kompetenzen im Koordinationsbereich .....	274
cc) Kompetenzen im Bereich der „flankierenden Politiken“ .....	274
c) Kompetenztypen hinsichtlich der Funktionen .....	275
aa) Gemeinschaftsaufsicht .....	275
bb) Programmkompetenz .....	276
cc) Verwaltungskompetenz .....	279
III. Kompetenzausübungsschranken .....	280
1. Gemeinschaftsimmanente Grenzen der Kompetenzausübung ..	280
a) Das Markt- und Wettbewerbsprinzip .....	280
b) Grundrechte .....	283
2. Kompetenzausübungsschranken im Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten .....	286
a) Das Gebot der Zweckklarheit und Grenzen der Zwecksetzungsfreiheit .....	286
aa) Das Subsidiaritätsprinzip .....	286
bb) Verhältnismäßigkeit und Ausgleichsprinzip als Kompetenzausübungsschranke .....	289
cc) Das Gebot der Zweckklarheit und Rechtfertigungs- lasten als Grenzen der Subventionsvergabe .....	290
b) Das gemeinschaftsrechtliche Konnexitätsprinzip .....	292
aa) Direkte Kostenüberwälzung .....	293
bb) Mittelbare Kostenüberwälzung .....	295

IV. Problemschwerpunkte und Koordinationsbedarf . . . . .	296
1. Folgen einer unklaren Kompetenzordnung für Subventionen ..	296
2. Koordinierungsbedarf . . . . .	297
C. Methoden der Zweckkoordination . . . . .	298
I. Koordination im Rahmen der Kompetenzverteilung . . . . .	298
II. Koordinierung durch einheitliche Vorgaben des (materiellen) Rechts . . . . .	299
1. Vorgaben des Primärrechts . . . . .	299
2. Vorgaben des Sekundärrechts . . . . .	300
a) Zweckkoordination durch Anwendungsvorrang . . . . .	300
b) Das Beihilfesystem des EAGFL, Abteilung „Garantie“ . . . . .	300
III. Koordination durch Aufsicht (direktive Koordination) . . . . .	302
1. Koordination von Sachpolitiken . . . . .	303
2. Koordination durch Vereinheitlichung nationalen Rechts . . . . .	303
3. Koordination durch Beihilfeaufsicht und Zulassung nationaler Beihilfen . . . . .	304
a) Koordinationsfunktion der Beihilfeaufsicht . . . . .	304
b) Koordination durch Zulassung nationaler Beihilfen . . . . .	306
IV. Koordination durch Kooperation . . . . .	307
1. Koordination durch rechtliche Kooperation . . . . .	307
a) Integrierte Programmkompetenz: Koordination durch „Verbundplanung“ . . . . .	307
b) Koordination durch Ausschüsse . . . . .	309
2. Koordination durch Anreiz (induktive Koordination) . . . . .	312
3. Koordination durch „freiwillige“ Kooperation . . . . .	312
D. Bewertung und rechtspolitischer Ausblick . . . . .	313
§ 9 <i>Die Subventionskompetenzen von Bund und Ländern</i> . . . . .	315
A. Die Stellung von Bund und Ländern in der föderalen Mehrebenenordnung . . . . .	315
I. Das Bundesstaatsmodell des Grundgesetzes . . . . .	315
II. Das System der Kompetenzverteilung . . . . .	316
III. Kompetenzausübungsschranken . . . . .	317
IV. Die „vergessene“ und nachgeholte Einheitsbildung . . . . .	318
B. Die Kompetenzordnung im Bereich der Subventionsvergabe . . . . .	320
I. Grundtypen und Problemschwerpunkte in der Praxis der Subventionsvergabe . . . . .	320

1. Die Entwicklung des Subventionswesens in Deutschland . . . . .	320
a) Die Finanzierung des Wiederaufbaus in den Jahren bis 1955 . . . . .	321
aa) Die Tradition der Haushaltssubventionierung . . . . .	321
bb) Anfänge steuerlicher Subventionspolitik . . . . .	321
cc) Das ERP-Sondervermögen . . . . .	322
dd) Das Investitionshilfegesetz 1952 und die Anfänge der Gesetzessubventionierung . . . . .	322
b) Die Kompensation sozialökonomischer Problemlagen: Die Jahre 1955 bis 1964 . . . . .	323
aa) Die Subventionierung der Landwirtschaft . . . . .	323
bb) Subventionen im Steinkohlebergbau . . . . .	324
c) Die Entwicklung einer funktionalen Subventionspolitik ab 1965 . . . . .	324
d) Subventionspolitik zum „Aufbau Ost“ . . . . .	325
2. Grundtypen und Problemschwerpunkte . . . . .	326
a) Gesetzessubventionen . . . . .	326
b) Steuervergünstigungen . . . . .	326
c) Die Richtlinien- bzw. Haushaltssubventionierung . . . . .	326
d) Realförderung . . . . .	327
e) Bundeskompetenzen zur Beteiligung an Verwaltung und Finanzierung von Länderaufgaben . . . . .	327
 II. Grundsätze der Kompetenzverteilung . . . . .	 328
1. Die Kompetenzverteilung im Bereich der Gesetzes- subventionen . . . . .	328
2. Die Kompetenzverteilung im Bereich der Steuer- vergünstigungen . . . . .	330
3. Subventionskompetenz im Bereich der Haushalts- subventionierung . . . . .	333
a) Die Notwendigkeit einer Verwaltungskompetenz . . . . .	333
b) Geschriebene Verwaltungskompetenzen . . . . .	335
c) Ungeschriebene Verwaltungs- und Finanzierungs- kompetenzen . . . . .	339
aa) Methodische Vorfragen zur Ermittlung ungeschriebener Verwaltungskompetenzen . . . . .	339
bb) Die Kriterien im einzelnen . . . . .	342
cc) Kritik an der Staatspraxis auf der Grundlage des Flurbereinigungsabkommens . . . . .	345
4. Kompetenzverteilung im Bereich der Realförderung . . . . .	349
5. Bundeskompetenzen zur Beteiligung an Verwaltung und Finanzierung von Länderaufgaben . . . . .	350
a) Art. 91a GG . . . . .	351
b) Art. 91b GG . . . . .	351
c) Die Investitionshilfekompetenz des Art. 104a Abs. 4 GG . . . . .	352

III. Kompetenzausübungsschranken . . . . .	353
1. Die Grundrechte als „negative Kompetenznormen“ . . . . .	353
2. Kompetenzausübungsschranken im föderalen Verhältnis . . . . .	354
a) Verhältnismäßigkeitsprinzip und Bundestreue . . . . .	354
b) Das rechtsstaatliche Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung . . . . .	356
c) Das verfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip . . . . .	357
3. Das Gebot der Zweckklarheit . . . . .	359
IV. Problemschwerpunkte und Koordinationsbedarf . . . . .	359
C. Methoden der Zweckkoordination . . . . .	360
I. Koordination im Rahmen der Kompetenzverteilung . . . . .	361
1. Koordination durch Wahrnehmung der Bundesgesetz- gebungskompetenz . . . . .	361
2. Gesetzesfreie Subventionsvergabe . . . . .	362
a) Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Zuständigkeits- verteilung: ausschließliche und parallele Verwaltungs- (Finanzierungs-)kompetenzen . . . . .	362
b) Zuständigkeitsveränderungen durch Verwaltungsabkommen und Staatspraxis . . . . .	364
3. Einseitige Anpassungsmaßnahmen . . . . .	365
II. Koordination durch einheitliche Vorgaben des (materiellen) Rechts . . . . .	366
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben . . . . .	366
2. Koordination durch (einfaches) Gesetzesrecht . . . . .	367
a) Allgemeine Subventionsgesetze . . . . .	368
b) Bundesrechtliche Sperr- und Verpflichtungsgesetze . . . . .	369
c) Sonstige bundesrechtliche Vorgaben . . . . .	370
III. Koordination durch Aufsicht . . . . .	370
1. Sekundäre Beihilfeaufsicht durch den Bund . . . . .	371
2. Genehmigungspflicht für Landessubventionen durch den Bund . . . . .	371
IV. Koordination durch Kooperation . . . . .	372
1. Allgemeine Vorgaben für eine Kooperation von Bund und Ländern bei der Vergabe von Subventionen . . . . .	372
a) Zulässigkeit der Kooperation . . . . .	372
b) Kriterien für die Zulässigkeit der Kooperation im Einzelfall . . . . .	374
c) Die besondere Problematik der Zusammenarbeit bei der Subventionsvergabe . . . . .	376
2. Kooperationsgebote durch Bundesgesetz . . . . .	376
a) Festlegung von Kooperationspflichten durch den Bund . . . . .	376
b) Einsetzung eines Koordinierungsgremiums . . . . .	377

3. Das Koordinationsmodell des Art. 91a GG .....	378
a) Grundlagen .....	378
b) Das Koordinationsmodell des Art. 91a GG: verfassungs- rechtliche Vorgaben und Grenzen .....	379
aa) Die Grundsatzgesetzgebung des Bundes .....	379
bb) Integrierte Programmkompetenz und gemeinsame Finanzierung .....	380
c) Reichweite der Koordinationswirkung .....	381
aa) Die Auftragsfunktion des Art. 91a GG .....	382
bb) Die (positive) Bindungswirkung des Art. 91a GG .....	382
cc) Die (negative) Bindungswirkung („Sperrwirkung“) .....	383
(1.) Im Verhältnis zu Landessubventionen .....	384
(2.) Im Verhältnis zu Bundessubventionen .....	386
4. Das Koordinationsmodell des Art. 91b GG .....	388
a) Grundlagen .....	388
b) Das Koordinationsmodell .....	389
aa) Die Zweckkoordinierung .....	389
bb) Grundsätze der gemeinsamen Finanzierung .....	390
c) Reichweite der Koordinationswirkung .....	391
aa) Art. 91b als Ermächtigungsnorm ohne Verfassungs- auftrag .....	391
bb) Bindungs- und Sperrwirkung .....	391
d) Bewertung des Koordinationsinstrumentariums des Art. 91b GG .....	392
5. Koordination durch Anreiz (induktive Koordination) .....	392
a) Grundlagen .....	392
b) Das Koordinationsmodell .....	393
aa) Zweckkoordinierung .....	393
bb) Die Finanzierungsgrundsätze .....	394
cc) Reichweite der Koordinationswirkung .....	395
 D. Bewertung und rechtspolitischer Ausblick .....	 395

## § 10 Die Subventionskompetenzen der Kommunen (Gemeinden, Kreise) .....

397

A. Die Kommunen in der föderalen Mehrebenenordnung .....	397
I. Die Stellung der Kommunen im Bundesstaat des Grundgesetzes .....	397
II. Die Stellung der Kommunen in der Europäischen Union .....	398
III. Die Kommunen in der mehrstufigen Subventionsordnung .....	399
B. Die Kompetenzordnung im Bereich der Subventionsvergabe .....	399

I. Grundtypen und Problemschwerpunkte im Bereich der Subventionsvergabe .....	399
II. Grundsätze der Kompetenzverteilung .....	401
1. Die Kompetenzen der Gemeinden zur Vergabe von Subventionen .....	401
a) Materielle Subventionskompetenz .....	401
b) Instrumentale (formelle) Subventionskompetenz .....	403
2. Die Kompetenzen der Kreise zur Vergabe von Subventionen ..	404
a) Bestimmung der Kreisaufgaben .....	404
b) Aufgabenerfüllung durch die Kreise im Wege der Subventionsvergabe .....	406
III. Kompetenzausübungsschranken .....	407
1. Im Verhältnis der Kommunen zum Staat .....	407
2. Im interkommunalen Verhältnis .....	408
IV. Problemschwerpunkte und Koordinationsbedarf .....	408
C. Methoden der Zweckkoordination .....	409
I. Koordination im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung .....	410
II. Koordination durch einheitliche Vorgaben des (materiellen) Rechts .....	411
1. Zweckkoordination durch allgemeine Gesetze .....	411
a) Raumordnungs- und Landesplanungsrecht .....	411
b) Vorgaben des Kommunalverfassungsrechts .....	412
2. Zweckkoordination durch gesetzliche Regelungen kommunaler Subventionen .....	412
III. Koordination durch Aufsicht .....	413
1. Zweckkoordination durch Staatsaufsicht .....	413
2. Zweckkoordination durch Beihilfeaufsicht .....	414
IV. Induktive Koordination .....	416
V. Koordination durch Kooperation .....	416
1. Keine allgemeine Kooperationspflicht .....	416
2. Gesetzliche Kooperationsgebote .....	417
3. Freiwillige Kooperation und Koordination .....	417
D. Bewertung und rechtspolitischer Ausblick .....	417

## 4. Teil

Setzung des Subventionszwecks:  
Die horizontale Subventionsordnung

§ 11 Grundfragen der Zweckprogrammierung .....	421
A. Zweckprogrammierung als rechtswissenschaftliche Kategorie .....	422
I. Inhalt des Begriffs .....	422
II. Funktion des Begriffs .....	423
1. Programmierte und programmierende Entscheidungen im öffentlichen Recht .....	423
2. Die programmierende Entscheidung im Rahmen einer erweiterten Rechtsquellenlehre .....	424
III. Erscheinungen und Formen der Zweckprogrammierung .....	425
1. Erscheinungsformen .....	425
2. Rechtsformen .....	426
IV. Zweckprogrammierung bei der Subventionsvergabe .....	426
1. Funktion des Begriffs .....	426
2. Erscheinungsformen der Zweckprogrammierung im Subventionsrecht .....	427
B. Horizontaler Koordinationsbedarf im modernen Steuerungsstaat ..	427
I. Koordinationsbedarf .....	427
1. Koordination mit sonstigen Subventionszielen .....	428
2. Koordination mit sonstigen staatlichen Maßnahmen und Handlungsinstrumenten .....	428
II. Koordinationsmedien .....	429
1. Koordination durch Verfassungsrecht bzw. primäres Gemeinschaftsrecht .....	429
2. Koordination durch einfaches Recht .....	429
3. Haushalt .....	430
III. Rechtspflicht zur koordinierten Aufgabenwahrnehmung .....	431
C. Subventionsvergabe und Organkompetenz .....	431
I. Gewaltenteilung und institutionelles Gleichgewicht .....	432
1. Subventionsvergabe und Gesetzesvorbehalt im Grundgesetz ...	432
2. Subventionsvergabe und institutionelles Gleichgewicht im Bereich des Gemeinschaftsrechts .....	433
II. Gemeinwohlverwirklichung zur gesamten Hand .....	434
D. Rechtliche Anforderungen an die Zweckprogrammierung .....	436

I. Die Pflicht des Staates (bzw. der Gemeinschaft) zur Zweckprogrammierung .....	436
II. Rechtsnatur des Programmierungsaktes .....	437
III. Inhalt und Bestimmtheit des Programmierungsaktes .....	438
IV. Publikationsanforderungen .....	438
E. Verbandskompetenz zur Zweckprogrammierung .....	439
§ 12 <i>Zweckprogrammierung im Bereich der Europäischen Union</i> .....	440
A. Grundlagen .....	440
I. Horizontale Zweckkoordination in der Europäischen Union .....	440
1. Koordinationsbedarf .....	440
2. Die Rechtspflicht der Gemeinschaftsorgane zu einer koordinierten Aufgabenwahrnehmung .....	441
3. Koordinierungsmedien und -praxis .....	442
a) Primäres Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht .....	442
b) Sekundäres Gemeinschaftsrecht .....	443
c) Haushalt .....	445
II. Organkompetenz und Funktionenordnung .....	445
1. Der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts .....	445
2. Rechtssatzvorbehalt und Vorbehalt der Ratsentscheidung im Gemeinschaftsrecht .....	448
a) Der Vorbehalt der Ratsentscheidung (Ratsvorbehalt) .....	448
b) Der Rechtssatzvorbehalt .....	449
III. Rechtliche Anforderungen an die Zweckprogrammierung ...	451
1. Primäre Zweckprogrammierung im Spannungsfeld zwischen Haushaltsplan und Sachentscheidung .....	451
a) Das Auseinanderfallen von Sachentscheidungs- und Haushaltskompetenzen .....	452
aa) Sachentscheidungskompetenzen .....	452
bb) Die Kompetenzverteilung im Haushaltsverfahren .....	453
cc) Die Konfliktlinien .....	454
dd) Interinstitutionelle Vereinbarungen .....	456
b) Rechtsnatur und Funktionen des Haushaltsplans .....	456
aa) Rechtsnatur und Rechtswirkungen .....	456
bb) Der Vorrang der sachlichen Rechtssetzung .....	458
cc) Das Erfordernis einer doppelten Rechtsgrundlage .....	459
2. Die sekundäre Zweckprogrammierung .....	460
a) Sekundäre Zweckprogrammierung im Spannungsfeld zwischen Rat und Kommission .....	461
b) Der Einfluß des Rates auf die sekundäre Zweck- programmierung .....	461

c) Die Rolle der Kommission bei der ergänzenden Zweckprogrammierung .....	463
aa) Durchführungsbefugnisse der Kommission .....	463
bb) Zweckprogrammierung im Bereich des Ausführungs- ermessens .....	464
IV. Der Sonderfall der Europäischen Investitionsbank .....	466
1. Die Sonderstellung und Aufgaben der EIB im institutionellen Gefüge der Europäischen Union .....	467
a) Rechtsstellung .....	467
b) Aufgaben .....	467
2. Zweckprogrammierung im Bereich der eigenen Aufgaben .....	468
a) Institutionelle Verbindungen .....	469
b) Koordination durch materielle Vorgaben .....	469
c) Formelle Koordination .....	472
d) Die allgemeine Kooperationspflicht .....	473
3. Zweckprogrammierung im Bereich der Auftragsverwaltung .....	473
a) Institutionelle Verbindungen .....	473
b) Primäre Zweckprogrammierung .....	474
c) Sekundäre Zweckprogrammierung .....	474
d) Allgemeine Kooperationspflicht .....	475
4. Rechtsstaatliche Probleme .....	475
B. Von den Mitgliedstaaten verwaltete Gemeinschaftsbeihilfen .....	476
I. Zweckprogrammierung auf Gemeinschaftsebene .....	476
1. Zweckprogrammierung durch (Verordnungs-)Recht .....	476
2. Zweckprogrammierung durch Verwaltungsvorschriften .....	477
II. Zweckprogrammierung auf der Ebene der Mitgliedstaaten .....	480
1. Zweckprogrammierung durch ergänzende Rechtssetzung .....	481
2. Zweckprogrammierung durch Verwaltungsvorschriften .....	482
C. Zweckprogrammierung im Bereich der integrierten Programmkompetenz .....	482
I. Horizontale Zweckkoordination .....	482
II. Die Organkompetenz zur Zweckprogrammierung .....	484
1. Die Stellung des Parlaments .....	484
2. Die Stellung der Kommission .....	484
III. Rechtliche Problembereiche .....	485
1. Umfassende Interessenberücksichtigung und klare Verantwortungsstrukturen .....	486
2. Transparenz und Öffentlichkeit .....	487
D. Zweckprogrammierung im Bereich der Beihilfeaufsicht .....	487

I. Zweckprogrammierung durch „Beihilfekodizes“ – Praxis und Rechtsprobleme . . . . .	488
1. Die Praxis der Kommission . . . . .	488
2. Rechtsfragen . . . . .	489
II. Funktion und Rechtsnatur der Beihilfekodizes als Programmierungsakte . . . . .	490
1. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs . . . . .	490
2. Stellungnahmen in der Literatur . . . . .	493
3. Rechtsqualität der Gemeinschaftsrahmen als Akte der Zweckprogrammierung . . . . .	494
III. Horizontale Zweckkoordination durch Beihilfekodizes . . . . .	496
IV. Beihilfekodizes und institutionelles Gleichgewicht . . . . .	498
§ 13 <i>Zweckprogrammierung im Bereich von Bund und Ländern</i> . . . . .	500
A. Grundlagen . . . . .	500
I. Horizontale Zweckkoordination im Bereich von Bund und Ländern . . . . .	500
1. Koordinationsbedarf . . . . .	500
2. Koordinierungsmedien und -praxis . . . . .	501
II. Organkompetenz und Funktionenordnung . . . . .	502
1. Grundlagen . . . . .	503
a) Die Subventionsvergabe im Spannungsfeld der Gewalten . . . . .	503
b) Die Forderung nach einem „gesetzlichen Ordnungs- rahmen“ für das Subventionswesen . . . . .	503
c) Subventionsrichtlinien als „exekutiver“ Ordnungsrahmen . . . . .	504
2. Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen . . . . .	505
a) Rechtsprechung . . . . .	505
b) Ansätze zur Erweiterung des Gesetzesvorbehalts auf die Leistungs- und Subventionsgewährung . . . . .	506
c) Konturen der subventionsrechtlichen Gesetzesvorbehalte . . . . .	509
aa) Methodischer Ausgangspunkt . . . . .	509
bb) Der rechtsstaatlich-grundrechtliche Eingriffsvorbehalt . . . . .	510
cc) Der allgemeine (staatsrechtlich-funktionale) Gesetzesvorbehalt . . . . .	511
dd) Der haushaltsrechtliche Gesetzesvorbehalt . . . . .	513
3. Zweckprogrammierung und erweiterte Rechtsquellenlehre: Die Rolle der Verwaltung im Rahmen der horizontalen Zweckkoordination . . . . .	514
a) Zweckprogrammierung „zur gesamten Hand“ . . . . .	514
b) Die Unterscheidung von Innen- und Außenrecht . . . . .	515

c)	Die Bedeutung des Haushaltsplans für das Subventionsrecht . . . . .	516
aa)	Rechtsnatur . . . . .	517
bb)	Der Streit um die Außenwirkungen des Haushaltsgesetzes . . . . .	519
cc)	Zweckprogrammierung durch den Haushaltsplan: Sein Verhältnis zu Subventionsgesetzen und Verwaltungsrechtsverhältnissen . . . . .	520
(1.)	Fehlen eines Subventionsgesetzes . . . . .	520
(2.)	Haushaltsplan und Gesetzesvorbehalt . . . . .	521
(3.)	Das Verhältnis von Haushaltsplan und Subventionsgesetz . . . . .	522
d)	Zweckprogrammierung durch Subventionsrichtlinien: Zu Rechtsnatur und Bindungswirkung von Administrativrecht . . . . .	522
aa)	Das Spannungsverhältnis zwischen praktischer Rechtsrelevanz und tradierter Dogmatik . . . . .	523
bb)	Modalitäten der Rechtserzeugung . . . . .	524
(1.)	Selbstbindung durch Verwaltungspraxis . . . . .	525
(2.)	Rechtserzeugung aufgrund einer speziellen Ermächtigung . . . . .	526
(3.)	Rechtserzeugung als verfassungsunmittelbare Aufgabe der Verwaltung . . . . .	527
cc)	Reichweite der rechtlichen Bindungswirkungen . . . . .	529
III.	Rechtsstaatliche Anforderungen an die Zweckprogrammierung . . . . .	531
1.	Die Pflicht von Legislative und Exekutive zur Zweckprogrammierung . . . . .	531
2.	Publikationsanforderungen . . . . .	531
IV.	Verbandskompetenz zur Zweckprogrammierung . . . . .	535
B.	Zweckprogrammierung im Bereich der Gesetzessubventionierung . . . . .	535
I.	Inhalt und Reichweite der gesetzlichen Programmierung . . . . .	536
1.	Typen gesetzlicher Programmierung . . . . .	536
2.	Horizontale Zweckkoordination . . . . .	537
3.	Die notwendige Reichweite der gesetzlichen Programmierung („primäre Zweckprogrammierung“) . . . . .	537
a)	Das Subventionsgesetz im Bereich eines Gesetzesvorbehalts . . . . .	537
b)	Besonderheiten bei Steuervergünstigungen . . . . .	538
c)	Das Subventionsgesetz im Bereich des „legislativen Zugriffsrechts“ . . . . .	538
II.	Anforderungen an die Programmvervollständigung durch die Verwaltung („sekundäre Zweckprogrammierung“) . . . . .	539

1. Vervollständigung des Normprogramms .....	539
2. Besondere Ermächtigungen der Verwaltung .....	540
III. Die Rolle der Judikative .....	541
C. Zweckprogrammierung im Bereich der Richtlinien- bzw. Haushaltssubventionierung .....	541
I. Inhalt und Reichweite der Programmierung durch den Haushaltsgesetzgeber („primäre Zweckprogrammierung“) ..	541
1. Horizontale Zweckkoordination .....	541
2. Notwendige Reichweite der Programmierung durch den Haushaltsgesetzgeber .....	542
II. Anforderungen an die Programmvervollständigung der Verwaltung („sekundäre Zweckprogrammierung“) .....	543
1. Die rechtlichen Vorgaben durch den Haushaltsplan .....	543
2. Die Pflicht der Verwaltung zur Normkonkretisierung .....	547
3. Die Reichweite der Bindungswirkung .....	548
III. Die Rolle der Judikative .....	548
D. Zweckprogrammierung im Bereich von Bund und Ländern gemeinsam wahrgenommener Aufgaben .....	549
I. Die Gemeinschaftsaufgaben des Art. 91a GG .....	550
1. Besonderheiten bei der Zweckprogrammierung .....	550
a) Inhalt und Reichweite der gesetzlichen Programmierung ...	550
b) Zweckprogrammierung durch Rahmenpläne .....	552
c) Zweckprogrammierung in der Durchführungsphase .....	553
d) Stellung der Judikative .....	554
2. Horizontale Zweckkoordination .....	554
II. Die Forschungsförderung gemäß Art. 91b GG .....	555
1. Besonderheiten bei der Zweckprogrammierung .....	555
2. Horizontale Zweckkoordination .....	556
III. Die Investitionshilfekompetenz des Art. 104a Abs. 4 GG .....	556
1. Besonderheiten bei der Zweckprogrammierung .....	556
2. Horizontale Zweckkoordination .....	556
§ 14 <i>Zweckprogrammierung im kommunalen Bereich</i> .....	557
A. Grundlagen .....	557
B. „Gewaltenteilung“ und Organkompetenz auf kommunaler Ebene.	558
I. Vorbehalt des (staatlichen) Gesetzes .....	558
II. Innerkommunaler Rats- bzw. Rechtssatzvorbehalt .....	562

III. Rechtsstaatliche Probleme der Zweckprogrammierung . . . . .	563
C. Horizontale Zweckkoordination bei kommunalen Subventionen . .	563
I. Horizontaler Koordinationsbedarf in der Kommunalpolitik .	563
II. Rechtspflicht zur koordinierten Aufgabenwahrnehmung . . . .	564
III. Koordinierungsmedien . . . . .	564
1. Verfassungsrechtliche und gesetzliche Vorgaben . . . . .	564
2. Die Gemeindevertretung als zentrales Koordinierungsgremium	565
3. Verwaltungsorganisation . . . . .	565
D. Bewertung . . . . .	566

## 5. Teil

### Verwirklichung des Subventionszwecks: Die verwaltungsrechtliche Subventionsordnung

§ 15 <i>Grundfragen der Zweckverwirklichung</i> . . . . .	567
A. Zweckverwirklichung im Subventionsverhältnis . . . . .	568
I. Das Subventionsverhältnis als Rechtsverhältnis und Schuldverhältnis . . . . .	568
II. Begründung und Rechtsnatur . . . . .	569
B. Zweckverwirklichung und Verhaltensbindung . . . . .	570
I. Die Verknüpfung von Verhaltensbindung und Begünstigung .	570
II. Typologie der Verhaltensbindungen nach ihrer Funktion . . . .	571
1. Sicherung des (Haupt-)Zwecks der Subvention . . . . .	571
2. Kompensierende Verhaltensbindungen . . . . .	571
3. Einführen weiterer öffentlicher Interessen . . . . .	572
4. Schonung von Rechtsgütern und Vermögen . . . . .	573
III. Typologie der Verhaltensbindungen nach ihrer rechtlichen Struktur . . . . .	573
1. Rechtsfolgeorientierte Ansätze . . . . .	573
a) Durchsetzbare Rechtspflichten . . . . .	573
b) Die Rückabwicklung des Subventionsverhältnisses . . . . .	574
c) Weitergehende administrative Sanktionen . . . . .	575
d) Strafrechtliche Sanktionen und Ordnungswidrigkeiten . . . .	575
2. Tatbestandliche Ansätze . . . . .	576
a) Zwecksicherung durch private Vorleistung („Ex-post-Subvention“) . . . . .	576

b) Die Unterscheidung von konditionaler und finaler Programmierung .....	577
c) „Rechtswidrigkeit“ und „Zweckwidrigkeit“ als Auslöser zwecksichernder Maßnahmen .....	578
d) Zwecksicherung durch Kontrolle .....	579
C. Der Interessenausgleich .....	579
I. Die einzustellenden rechtlichen Interessen .....	579
II. Formelle Aspekte der Herstellung des Interessenausgleichs ..	581
III. Materielle Konzepte für den Interessenausgleich .....	581
1. Die Unterscheidung von Handlungs- und Kontroll- maßstab .....	581
2. Die einschlägigen Rechtsgrundsätze .....	582
D. Das Subventionsverhältnis im Rahmen der Mehrebenenstruktur ..	582
§ 16 <i>Zweckverwirklichung im Bereich der Europäischen Union</i> ..	583
A. Zweckverwirklichung im Subventionsverhältnis .....	584
I. Direkter und indirekter Vollzug .....	584
II. Begründung und Rechtsnatur der Subventionsverhältnisse ..	585
B. Zweckverwirklichung und Verhaltensbindung .....	586
I. Die Verknüpfung von Verhaltensbindung und Begünstigung .	586
II. Typologie der Verhaltensbindungen nach ihrer Funktion ....	586
1. Sicherung des (Haupt-)Zwecks der Subvention .....	586
2. Kompensierende Verhaltensbindungen .....	586
3. Einführen weiterer öffentlicher Interessen .....	587
4. Schonung von Rechtsgütern und Vermögen .....	587
III. Typologie der Verhaltensbindungen nach ihrer rechtlichen Struktur .....	588
1. Rechtsfolgeorientierte Ansätze .....	588
a) Durchsetzbare Rechtspflichten .....	588
b) Die Rückabwicklung des Subventionsverhältnisses .....	588
c) Verwaltungsrechtliche Sanktionen .....	589
d) Strafrechtliche Sanktionen .....	593
2. Tatbestandsorientierte Ansätze .....	596
a) Rechtswidrigkeit als Auslöser zwecksichernder Maßnahmen .....	596
aa) Das Konzept der Unregelmäßigkeit .....	596
bb) Die Differenzierung in Haupt- und Nebenpflichten als mittelbares Konzept der Zwecksicherung .....	597
cc) Das Konzept der Unzuverlässigkeit .....	598

b) Zweckwidrigkeit als Auslöser zwecksichernder Maßnahmen .....	598
aa) Umgehungsgeschäfte .....	598
bb) Verstoß gegen Durchführungsbedingungen .....	600
c) Zwecksicherung durch Kontrolle .....	600
C. Der Interessenausgleich .....	601
I. Die einzustellenden rechtlichen Interessen .....	601
1. Die Interessen der Europäischen Union als Subventionsgeber ..	602
2. Die Interessen des Subventionsnehmers .....	602
3. Sonstige öffentliche und private Interessen .....	603
II. Formelle Aspekte der Herstellung des Interessenausgleichs ..	603
1. Die Reichweite des Rechtssatz- bzw. Ratsvorbehalts .....	603
a) Die Rückabwicklung des Subventionsverhältnisses .....	604
b) Verwaltungsanktionen .....	604
2. Die Einwirkung weiterer formaler Rechtsprinzipien .....	605
III. Materielle Konzepte für den Interessenausgleich .....	605
1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	606
2. Die Unterscheidung von Haupt- und Nebenpflichten .....	608
3. Grenzen der Verantwortlichkeit .....	609
a) Das Konzept der „höheren Gewalt“ .....	610
b) Der Verschuldensgrundsatz .....	613
c) Haftung für Drittverhalten .....	616
4. Vertrauensschutz .....	618
5. Interessenausgleich nach Risiko- und Verantwortungssphären ..	620
IV. Die Entscheidung über den Interessenausgleich im Einzelfall und ihre Justitiabilität .....	621
1. Fehlerhafter Interessenausgleich im Subventionsstatut und seine Folgen für das Subventionsverhältnis .....	621
2. Fehler auf der Ebene der Vergabeentscheidung .....	621
D. Probleme der Zweckverwirklichung im Verhältnis von Europäischer Union und Mitgliedstaaten .....	622
I. Problemstellung und Lösungsmöglichkeiten .....	622
1. Probleme der Zweckverwirklichung im mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnis .....	622
a) Funktion und Grenzen nationaler Autonomie bei der Verwaltung von Gemeinschaftsrecht .....	623
b) Das Prinzip der Effektivität des Gemeinschaftsrechts .....	624
c) Rechtsstaatliche Aspekte .....	625
2. Das Verwaltungsrechtssystem im indirekten Vollzug .....	625
a) Die Europäisierung nationalen Verwaltungsrechts und die Entwicklung eines europäischen Verwaltungsrechts ....	626

b) Gemeinschaftsverwaltungsrecht und Recht der EG-Verwaltung .....	627
c) Richterrecht und sekundäres Gemeinschaftsrecht .....	627
d) Gemeinschaftsaufsicht und (Mit-)Verwaltung durch Gemeinschaftsorgane .....	628
II. Gemeinschaftsverwaltungsrecht .....	628
1. Allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsverwaltungsrechts ..	629
2. Positive Regelungen des Gemeinschaftsverwaltungsrechts .....	632
a) Regelungspraxis .....	632
b) Kompetenzen .....	634
III. Gemeinschaftsaufsicht .....	636
1. Allgemeine Grundsätze .....	636
2. Primärrechtliche Vorgaben .....	637
3. Sekundärrechtliche Ausgestaltung .....	638
IV. (Mit-)Verwaltung durch die Kommission .....	638
1. (Mit-)Verwaltung im Innenverhältnis zu den Mitgliedstaaten ..	639
2. (Mit-)Verwaltung im Außenverhältnis zu den Beihilfe- empfängern .....	639
§ 17 <i>Zweckverwirklichung im Bereich von Bund, Ländern und Kommunen</i> .....	641
A. Zweckverwirklichung im Subventionsverhältnis .....	641
I. Das Subventionsverhältnis als Rechts- und Schuldverhältnis ..	641
1. Die Subventionsleistung .....	642
2. Die Gegenleistung .....	642
3. Rechtliche Qualifikation des Subventionsverhältnisses .....	643
II. Die Rechtsnatur des Subventionsverhältnisses .....	644
III. Die Begründung des Subventionsverhältnisses .....	648
1. Handlungs- und Rechtsformen der Subventionsvergabe .....	648
2. Die Problematik der Subventionsvermittlung .....	651
a) Problemstellung .....	651
b) Typologie und Abgrenzung von Subventionsmittlungs- verhältnissen .....	653
c) Legalisierung der Rechtslage durch § 44 Abs. 3 BHO .....	656
IV. Besonderheiten .....	657
1. Das Steuersubventionsverhältnis .....	657
2. Das Realsubventionsverhältnis .....	659
B. Zweckverwirklichung und Verhaltensbindung .....	661
I. Die Verknüpfung von Verhaltensbindung und Begünstigung ..	661

II. Typologie der Verhaltensbindungen nach ihrer Funktion . . . .	662
1. Sicherung des (Haupt-)Zwecks der Subvention . . . . .	662
2. Kompensierende Verhaltensbindungen . . . . .	662
3. Einführen weiterer öffentlicher Interessen . . . . .	663
4. Schonung von Rechtsgütern und Interessen . . . . .	664
III. Typologie der Verhaltensbindungen nach ihren Rechtsfolgen	664
1. Durchsetzbare Rechtspflichten . . . . .	664
2. Die Rückabwicklung des Subventionsverhältnisses . . . . .	665
3. Verwaltungsrechtliche Sanktionen . . . . .	666
4. Straf- und Ordnungswidrigkeiten . . . . .	667
IV. Typologie der Verhaltensbindungen nach ihren tatbestandlichen Voraussetzungen . . . . .	667
1. Rechtswidrigkeit als Auslöser zwecksichernder Maßnahmen (voraussetzungsgebundene Subventionsvergabe) . . . . .	668
a) Rechtsgrundlage und Rechtsfolge . . . . .	668
b) Rechtswidrigkeit . . . . .	669
c) Verantwortungsbereiche . . . . .	669
2. Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten als Auslöser zwecksichernder Maßnahmen . . . . .	670
3. Zweckwidrigkeit als Auslöser zwecksichernder Maßnahmen (verwendungszweckgebundene Subventionen) . . . . .	671
a) Die Bestimmung des § 49 Abs. 3 VwVfG . . . . .	672
b) Die Funktion des § 49 Abs. 2 VwVfG im Subventionsrecht .	674
aa) Voraussetzungen . . . . .	675
bb) Widerruf mit Wirkung für die Zukunft . . . . .	676
c) Weitere Sicherungsmöglichkeiten . . . . .	679
aa) Die bedingte Subventionsvergabe . . . . .	679
bb) Der vorläufige Verwaltungsakt . . . . .	680
cc) Selbstverpflichtungserklärung als Rechtsgrundlage . . . .	683
dd) Die Figur des „rechtswidrig gewordenen“ Verwaltungsaktes . . . . .	686
4. Zwecksicherung und Beweislastverteilung . . . . .	690
5. Zwecksicherung durch Kontrolle . . . . .	691
V. Besonderheiten im Rahmen von Subventionsgesetzen . . . . .	693
1. Fünftes Verstromungsgesetz . . . . .	693
2. Landwirtschafts-Gasölverwendungsgesetz . . . . .	693
3. Filmförderungsgesetz . . . . .	694
4. Investitionszulagengesetz . . . . .	695
VI. Besonderheiten im Steuersubventionsverhältnis . . . . .	695
1. Vergünstigungen auf der Grundlage des Einkommensteuer- bescheids . . . . .	696
2. Vergünstigungen bei der Mineralölsteuer . . . . .	697

C. Der Interessenausgleich . . . . .	699
I. Interessenberücksichtigung durch die ausführende Verwaltung 699	
1. Die auszugleichenden rechtlich geschützten und sonstigen normativen Vorgaben . . . . .	699
2. Der Interessenausgleich durch die ausführende Verwaltung . . .	700
II. Formelle Vorgaben für den Interessenausgleich . . . . .	700
1. Reichweite des Gesetzesvorbehalts . . . . .	700
a) Übertragung von Aufgaben auf Private . . . . .	701
b) Die Rechtsfolgen des Zwecksicherungsregimes . . . . .	701
c) Die Verhaltensbindungen . . . . .	701
aa) Verhaltensbindungen bei Vorliegen eines Subven- tionsanspruchs . . . . .	701
bb) Verhaltensbindungen bei Ermessenssubventionen . . . . .	702
d) Besonderheiten im Rahmen von Subventionsverträgen . . . . .	704
2. Die Einwirkung weiterer formaler Rechtsprinzipien . . . . .	705
III. Materielle Konzepte für einen Interessenausgleich . . . . .	707
1. Die Angemessenheit der Zweckverwirklichung . . . . .	707
a) Beurteilungsgegenstand und -maßstab . . . . .	710
b) Allgemeine Vorgaben für einen Interessenausgleich nach Risiko- und Verantwortungssphären . . . . .	714
c) Besonderheiten bei Gesetzessubventionen . . . . .	717
2. Berücksichtigung der Interessen Dritter . . . . .	719
IV. Die Entscheidung über den Interessenausgleich im Einzelfall und ihre Justitiabilität . . . . .	720
1. Fehlerhafter Interessenausgleich im Subventionsstatut . . . . .	720
2. Fehler auf der Ebene des Subventionsaktes . . . . .	721
3. Das Rücknahme- und Widerrufsermessen . . . . .	722
4. Geltendmachung des Erstattungsanspruchs . . . . .	723
D. Zweckverwirklichung und Interessenausgleich in der Mehrebenenstruktur – mit besonderer Berücksichtigung des Beihilfeaufsichtsrechts . . . . .	723
I. Grundlagen . . . . .	724
1. Die Stellung der Kommission im Zweckverwirklichungsprozeß	725
2. Interessenausgleich durch transparentes Verfahren . . . . .	725
3. Der Kooperationscharakter des Beihilfeaufsichtsverfahrens . . . . .	726
II. Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane . . . . .	727
1. Die Entscheidung über die Vereinbarkeit oder Unvereinbar- keit von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt . . . . .	727
2. Die Restitutionsentscheidung . . . . .	728
a) Voraussetzungen und Rechtsfolge . . . . .	728

b) Schranken .....	729
c) Einwirkung auf die Durchführung .....	731
3. Maßnahmen zur Sicherung des Notifizierungsgebots und des Durchführungsverbots .....	732
III. Die Entscheidungen nationaler Organe .....	732
1. Anpassung des Subventionsprogramms .....	732
2. Umsetzung der Restitutionsentscheidung .....	733
3. Rückforderung formell rechtswidriger Beihilfen .....	735
4. Indirekte Zweckverwirklichung durch Haftung .....	735
a) Haftung des Subventionsnehmers .....	735
b) Haftung des Subventionsgebers .....	736

## 6. Teil

### Gewährleistung des Subventionszwecks: Die Kontrolle der Zweckverwirklichung

§ 18 <i>Grundfragen der Erfolgskontrolle</i> .....	738
A. Die Kontrolle des Verwaltungshandelns .....	739
I. Funktion von Kontrollen im modernen Steuerungsstaat .....	739
II. Arten und Reichweite der Kontrolle .....	740
1. Entwicklungstendenzen hinsichtlich einer Erfolgskontrolle in Theorie und Praxis .....	740
2. Kontrolle als rechtswissenschaftliches Problem .....	740
B. Methodische und systematische Ausgangspunkte .....	741
I. Kontrollbegriff .....	741
II. Kontrollgegenstand .....	742
III. Kontrollorgane und -institutionen .....	743
1. Judikative .....	743
2. Finanzkontrolle (Rechnungshöfe) .....	744
3. Politische Kontrolle (Parlamente) .....	744
4. Ausbau verwaltungsinterner Erfolgskontrollen .....	745
IV. Kontrollmaßstäbe und Kontrollmedien .....	745
C. Verbandskompetenz .....	746
§ 19 <i>Erfolgskontrolle im Bereich der Europäischen Union</i> .....	747
A. Das System der Erfolgskontrolle .....	747

I. Judikative .....	747
II. Parlament .....	748
III. Kommission .....	748
1. Allgemeine inhaltliche und institutionelle Vorgaben .....	748
2. Besondere Evaluationsprogramme .....	749
a) Erfolgskontrolle im Bereich der Strukturfonds .....	749
b) Erfolgskontrolle im Bereich Forschung und techno- logische Entwicklung .....	750
c) Sonstige Bestimmungen über eine Erfolgskontrolle .....	750
IV. Der Europäische Rechnungshof .....	750
1. Prüfungsmaßstab .....	750
2. Prüfungszeitpunkt .....	751
3. Prüfungsbereich .....	751
a) Die Prüfungskompetenz im vertikalen Verhältnis zu den Mitgliedstaaten .....	752
b) Die Prüfungskompetenz gegenüber Privatpersonen .....	752
B. Besonderheiten im Beihilfeaufsichtsrecht .....	752
§ 20 <i>Erfolgskontrolle im Bereich von Bund und Ländern</i> .....	754
A. Judikative .....	754
B. Parlament .....	755
C. Verwaltungsinterne Erfolgskontrolle .....	756
D. Rechnungshof .....	758
I. Prüfungsauftrag und -maßstab .....	759
1. Reichweite des Prüfungsauftrags .....	759
2. Reichweite des Prüfungsmaßstabs .....	759
a) Wirtschaftlichkeitsprüfung und Erfolgskontrollen .....	760
b) Zielauswahl- und Aufgabenkritik .....	761
c) Gesetzliche Subventionsprogramme .....	762
II. Prüfungszeitpunkt .....	762
III. Prüfungsbereich .....	763
1. Prüfungskompetenz im vertikalen Verhältnis .....	763
2. Prüfungskompetenz gegenüber Privatpersonen .....	767
IV. Rechtspolitische Vorschläge .....	769

§ 21 Erfolgskontrolle im kommunalen Bereich .....	771
A. Innerkommunale Erfolgskontrolle .....	771
I. Inhaltlich .....	771
II. Institutionell .....	772
B. Überörtliche Erfolgskontrolle .....	773
I. Kommunale Rechtsaufsicht .....	773
II. Finanzkontrolle .....	773
Zusammenfassung .....	775
Verzeichnis des zitierten Sekundärrechts der Europäischen Union .....	785
Literaturverzeichnis .....	791
Stichwortverzeichnis .....	829

## Abkürzungsverzeichnis

Die Abkürzungen im Text folgen den Empfehlungen von *H. Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage 1993.

Es werden ferner folgende Abkürzungen verwendet:

AK	Alternativkommentar
ANBest-I	Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung
ANBest-P	Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung
BISD	Basic Instruments and Selected Documents
BK	Bonner Kommentar
BSP-Eigenmittel	Bruttosozialprodukt-Eigenmittel
CMLR	Common Market Law Review
DVO	Durchführungsverordnung
EAGFL	Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
ECLR	European Competition Law Review
EFRE	Europäischer Fonds für regionale Entwicklung
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
EGZ	Europäische Gesellschaft für Zusammenarbeit
ELR	European Law Review
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
ESF	Europäischer Sozialfonds
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
FIAF	Finanzinstrument zur Ausrichtung der Fischerei
GA	Generalanwalt
GAKG	Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“
GATS	General Agreement on Trade in Services (Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen)
GRWG	Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“
G/T/E	Groeben/Thiesing/Ehlermann

GVlWg	Landwirtschafts-Gasölverwendungsgesetz
HO	Haushaltsordnung
JCMS	Journal of Common Market Studies
JWTL	Journal of World Trade Law
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaft
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Nds.FG	Niedersächsisches Finanzgericht
RMC	Revue du Marché Commun
RV-Fo	Rahmenvereinbarung zur Forschungsförderung
Slg	Sammlung
StabG	Stabilitätsgesetz
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums)
W/B/S	Wolff/Bachof/Stober
WTO	World Trade Organization
WÜRV	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
WuV	Wirtschaft und Verwaltung
ZFS	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## Einleitung

Die nachfolgende Untersuchung stellt die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung dar. Ein derartiger Versuch ist bisher nicht unternommen worden. Zwar ist das Subventionsrecht schon längst nicht mehr eine „Lücke der öffentlich-rechtlichen Forschung“ oder eine „wissenschaftliche terra incognita“, wie *Arnold Köttgen* zu Beginn der 50er Jahre noch zutreffend feststellte.<sup>1</sup> Als Meilensteine der durch solche Äußerungen herausgeforderten Hinwendung zu diesem Rechtsgebiet seien an dieser Stelle, angesichts einer kaum zu übersehenden Flut von Publikationen<sup>2</sup> nur exemplarisch, die bahnbrechende Schrift von *Hans Peter Ipsen* über die „Öffentliche Subventionierung Privater“<sup>3</sup>, die Monographien von *Volkmar Götz*<sup>4</sup> und *Wilhelm Henke*<sup>5</sup> über das Recht der Wirtschaftssubventionen, die Behandlung des Themas „Verwalten durch Subventionen“ durch die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1966 in Graz<sup>6</sup> sowie des Themas „Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen“ durch den Deutschen Juristentag 1984 in Hamburg<sup>7</sup> genannt. Angesichts dieser „Vorarbeiten“ erscheint es zumindest als überzogen, wenn *Rolf Stober*, mit Blick auf die Wirtschaftsförderung, kürzlich meinte, eine dogmatische Durchdringung des Subventionsrechts stehe noch aus.<sup>8</sup>

Allerdings kommt mit dieser Äußerung ein nach wie vor bestehendes Unbehagen an einer vermeintlichen „dogmatischen Unterbilanz“<sup>9</sup> und der „Kraftlosigkeit der Bemühungen um die Leistungsverwaltung“<sup>10</sup> zum Ausdruck. Dieses entlädt sich immer wieder, in der Hoffnung auf das Gesetz als zentralem Ordnungsfaktor, im Ruf nach einer umfassenden Kodifizierung des Subventions-

---

<sup>1</sup> *A. Köttgen*, DVBl 1953, S. 487.

<sup>2</sup> Vgl. dazu im Überblick die Nachweise im Literaturverzeichnis.

<sup>3</sup> *H. P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956.

<sup>4</sup> *V. Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966.

<sup>5</sup> *W. Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, 1979.

<sup>6</sup> Mit den Referaten von *Hans Peter Ipsen* (VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 257 ff.) und *Hans Friedrich Zacher* (aaO., S. 308 ff.).

<sup>7</sup> Mit dem Gutachten von *Albert Bleckmann* (Band I – Gutachten – Teil D) und dem Referat von *Karl Heinrich Friauf* (Band II – Sitzungsberichte – Teil M).

<sup>8</sup> *R. Stober*, BB 1996, S. 1845.

<sup>9</sup> *F. Ossenbühl*, DÖV 1971, S. 515, sowie, unter Bezugnahme hierauf, *O. Bachof*, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 212 f.

<sup>10</sup> *H. F. Zacher*, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 312.

rechts.<sup>11</sup> Vor einer derartigen Verengung der Diskussion, sei sie nun rechtspolitisch motiviert oder durch Ausführungen zum Gesetzesvorbehalt verfassungsrechtlich eingefordert, hat bereits *Hans Friedrich Zacher*<sup>12</sup> zu Recht gewarnt, macht doch auch eine gesetzliche Regelung eine angemessene Systematik des Subventionsrechts nicht entbehrlich, im Gegenteil: sie setzt sie voraus.

Die augenfällige Diskrepanz zwischen herausragenden wissenschaftlichen Leistungen bei der Durchdringung des Subventionsrechts einerseits und den nicht zu bestreitenden Defiziten des entwickelten Instrumentariums zur Lösung anstehender Rechtsprobleme andererseits läßt sich am ehesten dadurch erklären, daß sich die Schwerpunkte der Problemstellungen und damit auch der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung in den vergangenen 50 Jahren durchgreifend gewandelt haben. Um manche „alten“ Streitfragen ist es in letzter Zeit ruhiger geworden, sei es, weil sie befriedigend gelöst werden konnten, sich ihre Bedeutung im Lichte veränderter rechtlicher oder tatsächlicher Umstände relativiert hat, oder sei es schlicht, weil alle Argumente ausgetauscht sind und ein weiteres Arbeiten an dogmatischen Alternativen angesichts einer fest etablierten und von der Rechtsprechung bestätigten Praxis wenig erfolgversprechend scheint. Zur gleichen Zeit haben sich jedoch neue Konfliktlinien und Problemschwerpunkte herausgebildet, insbesondere im Zuge einer zunehmenden europarechtlichen Überlagerung des nationalen Rechts. Eine kurze Skizze dieser zwei entgegenreisenden Strömungen, die als Rechtfertigung für eine grundlegende Neubefassung mit dem Subventionsrecht dienen sollen, mag dies veranschaulichen.

Unter der Geltung des Grundgesetzes war die Rechtswissenschaft zunächst aufgrund praktischer Erfordernisse damit konfrontiert, begriffliche<sup>13</sup> und konstruktive Fragen der Abwicklung von Subventionen zu klären. Diese berührten insbesondere die Schnittstelle des öffentlichen Rechts zu privatrechtlichen Gestaltungen und die Einschaltung (privater) Dritter bei der Subventionsvergabe (Subventionsmittler).<sup>14</sup> Markantes Beispiel hierfür ist *Hans Peter Ipsens* Schrift „Öffentliche Subventionierung Privater“ aus dem Jahre 1956 mit der Entwicklung der sogenannten „Zwei-Stufen-Theorie“.<sup>15</sup> Diese „Konstruktionsfragen“<sup>16</sup> verloren in dem Maße an Bedeutung, in dem sich eine weitgehende öffentlich-rechtliche Durchdringung des Subventionsrechts durchsetzte.

<sup>11</sup> Mit überwältigender Mehrheit empfahl die Abteilung Verwaltungsrecht des Deutschen Juristentages 1984 „in Ergänzung zum geltenden Haushaltsrecht und den Verwaltungsverfahrensgesetzen den Erlaß von Gesetzen zur Regelung des Verfahrens der Vergabe von Subventionen an Unternehmen durch Bund und Länder“, vgl. Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, 1984, Band 2, Teil M, S. 189 (Beschluß II. 1.); so auch *K. H. Friauf*, Referat Juristentag 1984, M 19.

<sup>12</sup> *H. F. Zacher*, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 315.

<sup>13</sup> Zur früheren Auseinandersetzung um den Subventionsbegriff vgl. *K. Stern*, JZ 1960, S. 519 ff.; *A. Hamann*, DVBl 1963, S. 492 f.

<sup>14</sup> Vgl. z.B. *V. Charbonnier*, Öffentliche Wirtschaftsförderung, S. 133 ff.

<sup>15</sup> *H. P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 64 ff.

<sup>16</sup> So die Überschrift des letzten Abschnitts „Konstruktionsfragen“, vgl. *H. P. Ipsen*, Öff-

Einen weiteren Schwerpunkt der Bemühungen bildete die Diskussion über die Handlungsformen der Subventionsvergabe.<sup>17</sup> Allerdings erwies sich diese als wenig ergiebig, da hier rechtliche Vorgaben weitgehend fehlen. So ist es nicht verwunderlich, daß zur Frage der „richtigen“ Handlungsform kein Konsens erzielt werden konnte, die verschiedenen Konzeptionen vielmehr einander unveröhnlich gegenüberstehen. Überwiegend wird in Übereinstimmung mit der Subventionspraxis der Verwaltungsakt als geeignetes Instrument zur Begründung von Subventionsverhältnissen angesehen.<sup>18</sup> Nach wie vor wird aber auch mit großem Nachdruck für eine stärkere (oder sogar ausschließliche) Verwendung der Form des verwaltungsrechtlichen Vertrags plädiert.<sup>19</sup>

Den dritten Schwerpunkt bildete das Denken vom individuellen Rechtsschutz (insbesondere Grundrechtsschutz) aus.<sup>20</sup> Als Folge der erwähnten öffentlich-rechtlichen Durchdringung des Subventionsrechts und vor allem als Folge der Verfeinerung der Grundrechtsdogmatik, insbesondere der Ausweitung der grundrechtlichen Schutzwirkungen, konnte ein angemessener Rechtsschutz insbesondere für den Konkurrenten erreicht werden.<sup>21</sup>

Schließlich führte die Forderung nach einer gesetzlichen Regelung des Subventionswesens nicht zu einem Ende der Praxis der Richtliniensubventionierung. Die Geltung des Gesetzesvorbehalts ist lediglich für besonders grundrechtssensible Bereiche wie etwa die Pressesubventionierung anerkannt.<sup>22</sup> Gleichwohl sind die Stimmen zugunsten einer Erstreckung des Gesetzesvorbehalts auf das Subventionsrecht bis hin zur Begründung eines sog. „Totalvorbehalts“<sup>23</sup> ebenso wenig verstummt wie die rechtspolitische Forderung nach einer gesetzlichen Regelung.<sup>24</sup> Es mag richtig sein, daß dieser „juristische Dauerbrenner“<sup>25</sup> zu den umstrittensten Fragen des öffentlichen Wirtschaftsrechts zählt.<sup>26</sup> Nachdem hierzu alle Argumente ausgetauscht zu sein scheinen und kaum Aussicht auf eine Änderung einer seit Jahrzehnten gefestigten Rechtspraxis besteht,

---

fentliche Subventionierung Privater, S. 59 ff.; zu „Konstruktionsfragen“ auch *K. Stern*, JZ 1960, S. 560 ff.

<sup>17</sup> Grdl. *M. Zuleeg*, Die Rechtsform der Subventionen, 1965.

<sup>18</sup> Vgl. z.B. *V. Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 41 ff.

<sup>19</sup> *Ch.-F. Menger*, VerwArch Bd. 69 (1978), S. 93, 99 f., und insbesondere *W. Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 1979.

<sup>20</sup> Vgl. dazu *H. P. Ipsen*, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 297 ff.; *H. F. Zacher*, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 354 ff.

<sup>21</sup> Vgl. dazu *P.-M. Huber*, Konkurrentenschutz im Verwaltungsrecht, S. 19 ff., 135 ff., 375 ff., 408 ff.

<sup>22</sup> OVG Berlin, NJW 1975, S. 1938 f.; OLG Frankfurt, NVwZ 1993, S. 706 f.; offengelassen von BVerfGE 80, S. 124, 132.

<sup>23</sup> So zuletzt *H. Bauer*, DÖV 1983, S. 53 ff.; zur Lehre vom „Totalvorbehalt“ vgl. zusammenfassend: *W.-R. Schenke*, GA 1977, S. 313 ff.

<sup>24</sup> Vgl. dazu die Beschlüsse des Deutschen Juristentages 1984, o. Fn. 11.

<sup>25</sup> *R. Stober*, GewArch 1993, S. 136, mit Verweis auf *P.-M. Huber*, Konkurrentenschutz im Verwaltungsrecht, S. 497.

<sup>26</sup> *R. Stober*, GewArch 1993, S. 136, m. Nachw.

ist es angesichts verhärteter Fronten treffend, wenn Ähnlichkeiten mit einem Glaubenskrieg gesehen werden.<sup>27</sup>

Parallel zu dem „Niedergang“ der „klassischen“ Fragen subventionsrechtlicher Streittradition haben sich in der Staats- und Verwaltungsrechtslehre der jüngeren Zeit neue Diskussionsschwerpunkte herausgebildet. Tendenzen einer rechtstheoretischen Neuorientierung, erkennbar etwa am zunehmenden Einfluß der Rechtsverhältnislehre,<sup>28</sup> veränderte dogmatische Perspektiven, erkennbar etwa am zunehmenden Einfluß steuerungstheoretischer Konzepte,<sup>29</sup> aber auch neue inhaltliche Schwerpunkte wie etwa die Debatten über Funktion und Reformbedarf des Haushaltsrechts,<sup>30</sup> über die Stellung der Rechnungshöfe im Staatsgefüge,<sup>31</sup> vor allem aber über die Problematik einer europarechtlichen Überlagerung des nationalen Verwaltungsrechts<sup>32</sup> können nicht ohne Rückwirkungen auf das Recht der Subventionen bleiben. Schon diese Entwicklungen lassen eine „Neuvermessung“ des Gebietes auf der Grundlage veränderter Koordinaten angezeigt sein. Der Eindruck verstärkt sich, blickt man etwas näher auf die sich in letzter Zeit in Praxis und Rechtsprechung abzeichnenden Problemschwerpunkte und Herausforderungen des Subventionsrechts.

Während Subventionen früher isoliert als Herausforderung für die nationale Rechtsordnung gesehen werden konnten,<sup>33</sup> bilden sich gegenwärtig deutlich

<sup>27</sup> R. Stober, GewArch 1993, S. 136, m. Nachw.

<sup>28</sup> Vgl. dazu allg. N. Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982; zur dogmatischen „Umsetzung“ vgl. etwa H. Bauer, Die Bundestreue, 1992; R. Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992; M. Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995.

<sup>29</sup> Zum „Verwaltungsrecht als Recht der Systemsteuerung“ vgl. etwa E. Schmidt-Aßmann, Die Verwaltung 1994, S. 151 ff. Paradigmatisch auch das Thema „Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung“ auf der Staatsrechtslehrertagung 1996 in Dresden, mit den Referaten von Matthias Schmidt-Preuß und Udo Di Fabio, VVDStRL Bd. 56 (1997), S. 160 ff.

<sup>30</sup> Vgl. etwa das Tagungsthema „Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle“ der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1983 in Köln, mit den Referaten von Albert von Mutius und Gunnar Folke Schuppert, VVDStRL Bd. 42 (1984), S. 147 ff., sowie W. Heun, Staatshaushalt und Staatsleitung, 1989.

<sup>31</sup> Vgl. dazu die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1995 in Wien, mit den Referaten von Christoph Degenhart und Helmuth Schulze-Fielitz, VVDStRL Bd. 55 (1996), S. 190 ff.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu etwa die Referate von M. Zuleeg und H.-W. Rengeling auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1993 zum Thema „Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen“, VVDStRL Bd. 53 (1994), S. 154 ff.; dazu grdl. zuletzt Th. v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996.

<sup>33</sup> So setzte sich W. Henke noch in seiner Schrift von 1979 zum Ziel, „eine wissenschaftlich befriedigende und praktisch brauchbare Ordnung für die Verwaltung der Wirtschaftssubventionen in der Bundesrepublik – ohne Berücksichtigung der Europäischen Gemeinschaft – zu schaffen“ (W. Henke, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, S. IV). „Ausgeschlossen werden auch die Verträge der Europäischen Gemeinschaft und ihre supranationalen Regelungen, weil deren Einbeziehung die Ausbildung eines geschlossenen Subventionsrechts sehr erschweren würde“ (W. Henke, aaO., S. 1).

Grundstrukturen einer *internationalen Subventionsordnung* heraus, die das nationale Recht zunehmend prägt (darüber unten 2. Teil).<sup>34</sup> Die Europäischen Gemeinschaften als Bestandteile und Glieder der Europäischen Union<sup>35</sup> haben dabei nicht nur die Rolle eines bedeutsamen supranationalen Subventionsgebers (dazu gleich). Im Rahmen des Beihilfeaufsichtsverfahrens der Art. 87 ff. EGV kommt ihnen zudem die Funktion zu, die Subventionsordnungen der Mitgliedstaaten dadurch zu koordinieren, daß diesen in mehr oder weniger großem Umfang Maß und Richtung vorgegeben wird. Die sogenannten Subventionskodizes der Kommission lesen sich wie Anleitungsbücher zur Subventionierung.<sup>36</sup> Der „shooting star“ des internationalen Subventionsrechts ist jedoch ohne Zweifel das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT) unter dem neuen institutionellen Dach der Welthandelsorganisation (WTO) nach den 1995 in Kraft getretenen Reformen der „Uruguay-Runde“.<sup>37</sup> Im Subventionskodex '94<sup>38</sup> wurde der Konflikt zwischen dem nationalen Interesse am Einsatz von Subventionen als Instrumente der Wirtschaftspolitik und dem Interesse der „Staatengemeinschaft“ an der Vermeidung negativer Auswirkungen auf den Welthandel erstmals durch eine positive Umschreibung von (lediglich beschränkt angreifbaren) Subventionen zu lösen versucht.<sup>39</sup> Ein wesentliches

---

<sup>34</sup> Richtungsweisend insoweit V. Götz, *Recht der Wirtschaftssubventionen*, S. 77 ff., 101 ff., und neuerdings G. Haverkate, *Subventionsrecht*, S. 335 ff.

<sup>35</sup> Nur am Rande sei an dieser Stelle auf das durch den Vertrag über die Europäische Union geschaffene terminologische, aber auch rechtsdogmatische Dilemma hinsichtlich des Verhältnisses der drei ursprünglichen Gemeinschaften (EGKS, EAG und EWG, jetzt gemäß Art. 8 EUV als EG bezeichnet) zur Europäischen Union hingewiesen. Keine der hierzu vertretenen Theorien, sei es die sog. „Trennungsthese“ (vgl. dazu Ch. Koenig/M. Pechstein, *Die Europäische Union*, S. 4 ff.) oder die „Verschmelzungsthese“ (A. v. Bogdandy/M. Nettesheim, *EuR* 1996, S. 20 ff.) können alle Widersprüche des Vertrages lösen. Erklärungswert und Konsistenz sind wohl bei einem Modell vertikaler Eingliederung („Verklammerungsthese“) am höchsten (vgl. dazu O. Dörr, *EuR* 1995, S. 344 ff.; A. v. Bogdandy/M. Nettesheim, *EuR* 1996, S. 11 f.). Durch den EUV wurden die weiterhin eigenständigen Gemeinschaften in die Europäische Union als Verband oder „gestufte internationale Organisation“ eingegliedert.

Terminologische Konsequenz ist, daß „Gemeinschaftsrecht“ neben „Unionsrecht“ besteht, letzteres jedoch einerseits Handlungsagenden der Europäischen Union schafft, andererseits jedoch auch gemeinsame Bestimmungen für die Gemeinschaften enthält. Der Begriff „Europäische Union“ eignet sich zur Bezeichnung des Gesamtverbandes, einschließlich der Gemeinschaften (P. Badura, *EuR* Beiheft 1/1994, S. 19), jedoch sollte aus Gründen begrifflicher Präzision von einer einzelnen oder mehreren Gemeinschaften die Rede sein, wenn auf diese begrenzte Rechtsprobleme behandelt werden.

<sup>36</sup> Vgl. dazu den Sammelband der *Europäischen Kommission*, *Wettbewerbsregeln für staatliche Beihilfen*, 1995.

<sup>37</sup> Vgl. dazu M. Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, S. 107 ff.

<sup>38</sup> Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen vom 15. April 1994, *ABl. EG* Nr. L 336/156.

<sup>39</sup> Bereits der Subventionskodex '79 brachte, insbesondere in der Präambel und in Art. 11 zum Ausdruck, daß Subventionen mit einer bestimmten Zielsetzung (z.B. Regionalförderung) legitime Instrumente staatlicher Politik sind. Allerdings wurden hieran, abgesehen von einer allgemeinen Rücksichtnahme- und Abwägungspflicht, noch keine konkreten Rechtsfolgen geknüpft.

Charakteristikum der sich herausbildenden internationalen Subventionsordnung ist damit neben dem traditionellen negativen „Prinzip der beschränkten Subvention“ die Suche nach Kriterien für eine „international akzeptable Subvention“<sup>40</sup>.

Die Internationalisierung des Subventionsrechts bezieht sich jedoch nicht nur auf die Entwicklung von Normen, die die nationalen Subventionsordnungen koordinieren und harmonisieren. Mit der Europäischen Gemeinschaft ist ein weiterer bedeutender Subventionsgeber auf den Plan getreten. Während im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik schon seit langem in großem Umfang Subventionen eingesetzt werden, verfolgt die EG heute eine Vielzahl unterschiedlicher politischer Ziele unter Einsatz dieses Instruments; dies reicht von der Struktur- und Regionalpolitik (im Rahmen der Strukturfonds der Art. 158 ff. EGV) über Ziele der Umwelt- und Verkehrspolitik (im Rahmen des Kohäsionsfonds gemäß Art. 161 Abs. 2 EGV) bis hin zu den Feldern der Forschungs- und Technologieförderung (Art. 163 f. EGV) und der Industrieförderung (Art. 157 EGV). Diese Subventionskompetenzen der EG haben die bereits bestehenden Subventionskompetenzen auf nationaler Ebene – von Bund, Ländern und Gemeinden – nicht verdrängt, sie treten vielmehr in Konkurrenz und ergänzend hinzu. Das Verhältnis der subventionsvergebenden Einheiten zueinander im Sinne einer „föderalen Subventionsordnung“ steht deshalb heute mehr denn je auf der Tagesordnung von Politik- und Rechtswissenschaft (darüber näher unten 3. Teil). Eine Verteilung der Subventionskompetenzen auf die verschiedenen Ebenen als ausschließliche Kompetenzen wurde niemals versucht, ganz abgesehen von der Frage, ob dies bei indirekten Steuerungsinstrumenten überhaupt möglich wäre. Vielmehr hat sich die auf nationaler Ebene seit langem festgestellte Politikverflechtung<sup>41</sup> auf das Verhältnis der nationalen Subventionsgeber zum Subventionsgeber EG übertragen. Die Gefahren, die damit verbunden sind, liegen auf der Hand: es gilt nicht nur zu verhindern, daß sich die Förderungsprogramme der verschiedenen Subventionsgeber gegenseitig in ihrem erwünschten Effekt behindern („konterkarieren“), auf dem Spiel steht vielmehr auch, daß durch Verflechtungen die Kompetenzordnung untergraben und Verantwortlichkeiten verwischt werden. Dieses Problem ist auf nationaler Ebene mit der Einführung der Gemeinschaftsaufgaben gemäß Art. 91a und 91b GG sicher noch nicht zufriedenstellend und schon gar nicht umfassend gelöst. Ob die zumeist neuen Vorschriften und Mechanismen des EGV (etwa in Art. 151, 159, 161, 163, 164 EGV) eine tragfähige Koordination der Subventionspolitiken leisten können, ist zumindest offen.

Nicht weniger als im Verhältnis der Subventionsgeber zueinander (im „vertikalen Verhältnis“) besteht auch auf der Ebene eines bestimmten Subventionsgebers Koordinationsbedarf („horizontale Subventionsordnung“, darüber näher

---

<sup>40</sup> G. C. Hufbauer/J. Shelton Erb, *Subsidies in International Trade*, S. 8, 11; S. Langer, *Grundlagen*, S. 255 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu F. W. Scharpf u. a., *Politikverflechtung*, 1976.

unten 4. Teil). Die hier auftretenden Fragestellungen, wer im Organverhältnis zueinander die Kriterien der Subventionspolitik rechtlich festlegen kann, welche (rechtsstaatlichen) Anforderungen an diese Regelungen zu stellen sind und wie dabei andere staatliche Ziele (Haushaltsinteressen, Verwirklichung sonstiger politischer Ziele) angemessen zu berücksichtigen sind, weisen weit über den alten Streit um den erweiterten Gesetzesvorbehalt hinaus (traditionelle Kriterien der Gewaltenteilung greifen im Fall von Gemeinden oder der Europäischen Union ohnehin nicht). Im Vordergrund des Interesses steht in diesem Zusammenhang heute mehr denn je die Frage nach der Rolle der Verwaltung bei der Konkretisierung (bzw. Erstellung) von Subventionsprogrammen. Angesichts der geringen Regelungsdichte des Subventionsrechts hat sie mit einem dichten Netz von Subventionsrichtlinien einen „Ordnungsrahmen“<sup>42</sup> oder ein „Ordnungssurrogat“<sup>43</sup> geschaffen, das die Bedürfnisse der Praxis und den eigenen „Normenhunger“<sup>44</sup> zu befriedigen scheint. Gleichwohl bleibt ein Unbehagen: einerseits führte die starke Stellung der Verwaltung bei der Konkretisierung des „parlamentarischen Subventionsprogramms“ zu einer Aufwertung der Exekutive, die in einem Spannungsverhältnis zu herkömmlichen Vorstellungen von Gewaltenteilung zu stehen scheint. Andererseits wurden rechtsstaatliche Defizite der Richtlinienpraxis erkennbar; das Verfahren des Richtlinienerlasses, insbesondere die häufig fehlende Publizität, wurde zunehmend kritisiert.<sup>45</sup> Die Unsicherheiten der Rechtsprechung im Umgang mit Subventionsrichtlinien bestätigen diesen Befund.<sup>46</sup> Entsprechende Probleme der Rechtsstaatlichkeit und des institutionellen Gleichgewichts stellen sich auf europäischer Ebene. Im Rahmen des Beihilfeaufsichtsrechts hat die Kommission ein immer dichter werdendes Netz von „Gemeinschaftsrahmen“ bzw. „Subventionskodizes“ („guidelines“, „frameworks“, „codes of conduct“) geschaffen. Sie dirigiert damit in einer völlig neuen Qualität die nationalen Subventionspolitiken. Auch dieses Subventionsstatut bedarf nicht nur einer rechtlichen Qualifizierung, sondern verlangt ebenso nach rechtsstaatlicher „Domestizierung“.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> M. Oldiges, NJW 1984, S. 1927 ff.

<sup>43</sup> H. F. Zacher, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 312.

<sup>44</sup> V. Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 286.

<sup>45</sup> K. Vogel, VVDStRL Bd. 24 (1965), S. 164; H. Klein, Rechtsqualität und Rechtswirkungen von Verwaltungsnormen, S. 181; Ch. Gusy, DVBl 1979, S. 255 ff.; A. Wittling, Die Publikation von Rechtsnormen, S. 255 ff.; K. Lange, Innenrecht und Außenrecht, S. 329; speziell für Subventionsrichtlinien: M. Oldiges, NJW 1984, S. 1929 f.

<sup>46</sup> Vgl. etwa VGH Kassel, NVwZ-RR 1994, S. 483: Ein Verstoß gegen die Vergaberichtlinien führe zur Rechtswidrigkeit des Subventionsbescheids und damit zu seiner Rücknahme gemäß § 48 VwVfG. Den Gerichten komme jedoch bezüglich der Auslegung der Richtlinie keine eigene Interpretationskompetenz zu, mit der Folge, daß sie ihrer Entscheidung die Auslegung der Verwaltung zugrunde zu legen haben.

<sup>47</sup> Vgl. dazu insbesondere die Beiträge sowie die Diskussion zum Thema „The Commission's Policy Frameworks“, in: Ian Harden (Hrsg.), State Aid: Community Law and Policy, Köln 1993, S. 51 ff.

Die bisher geschilderten Erscheinungen betrafen alle den Bereich der abstrakt-generellen Festlegung des Subventionsprogramms. Seine Verwirklichung findet dieses jedoch erst in der Umsetzung in Form von *konkret-individuellen Subventionsverhältnissen* (dazu näher unten 5. Teil). In der Entscheidung über die Subventionsvergabe im Einzelfall müssen die Interessen einer Vielzahl von mehr oder weniger direkt Betroffenen (vom Subventionsgeber über die internationalen Akteure und die Konkurrenten bis hin zum Subventionsempfänger) berücksichtigt und zum Ausgleich gebracht werden. Auch in diesem Bereich ist eine Verlagerung der Problemschwerpunkte zu beobachten. Etwas in den Hintergrund gerückt sind etwa die Fragen des Konkurrentenschutzes.<sup>48</sup> Zwei neuere Problemkreise sind demgegenüber in den Mittelpunkt rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzungen getreten: der Schutz der Interessen der internationalen Akteure (GATT/WTO, EU) sowie der Schutz des Subventionierten selbst vor unangemessenen Verhaltensbindungen.

Die Interessen der Europäischen Union im konkreten Subventionsverhältnis manifestieren sich regelmäßig in der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Subventionsvergabe, etwa bei einem Verstoß gegen Beihilfeverordnungen im Fall nationalen Vollzugs von Gemeinschaftsbeihilfen oder bei einem Verstoß nationaler Subventionen gegen Bestimmungen des Beihilfeaufsichtsrechts. Die dann notwendig werdende Rückabwicklung richtet sich nach nationalem Verfahrensrecht, regelmäßig nach § 48 VwVfG. Eine wichtige Schranke für die Anwendung nationalen Rechts sieht der *Europäische Gerichtshof* jedoch in ständiger Rechtsprechung im Diskriminierungsverbot sowie im Verbot praktischer Vereitelung.<sup>49</sup> Von den deutschen Verwaltungsgerichten wurde die Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich akzeptiert und durch eine europarechtskonforme Auslegung der Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensrechts umgesetzt.<sup>50</sup> Wie tragfähig diese Lösung auf Dauer sein wird und zu welchen Problemen sie im Detail noch führen wird, muß sich allerdings erst noch erweisen. Offen ist auch die Frage, ob das verschärfte GATT/WTO-Subventionsrecht Auswirkungen auf konkrete Subventionsverhältnisse haben wird.

Bei der Analyse der neueren Rechtsprechung zum Subventionsrecht fällt ein weiterer Schwerpunkt auf: zunehmend liegen den Rechtsstreitigkeiten Probleme der Zweckverwirklichung bzw. der Zweckverfehlung zugrunde. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob im Einzelfall der Subventionsgeber oder der Subventionsnehmer das Risiko des Scheiterns des mit der Subventionsvergabe angestrebten Erfolgs zu tragen hat (Zweckverfehlung) und inwieweit der Subventionsgeber das Zweckverfehlungsrisiko zulässigerweise auf den Subventionsnehmer abwälzen darf. In letzter Zeit wurden von Praxis und Rechtsprechung

---

<sup>48</sup> Vgl. etwa die Rechtsprechungsübersichten von A. Dickersbach, NVwZ 1993, S. 846 ff. und NVwZ 1996, S. 962 ff.

<sup>49</sup> Vgl. dazu Th. v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, S. 345 ff.

<sup>50</sup> Vgl. dazu etwa BVerwGE 74, S. 357; 92, S. 81; 95, S. 213; J. Kokott, DVBl 1993, S. 1235 ff.; E. Pache, NVwZ 1994, S. 318 ff.; E. Steindorff, ZHR 152 (1988), S. 474 ff.

eine Vielzahl von rechtlichen Konstruktionen entwickelt und bestätigt, die dem Gesetzgeber oder der Verwaltung eine weitgehende Verlagerung des Zweckverfehlungsrisikos auf den Subventionsnehmer ermöglichen. Einerseits wurden einschneidende gesetzliche Sicherungsmodelle bestätigt<sup>51</sup> oder sogar noch zu Ungunsten des in die Pflicht genommenen Subventionsnehmers ausgelegt<sup>52</sup>. Auf der anderen Seite wurden insbesondere auch die Möglichkeiten der Verwaltung erweitert, das Zweckverfehlungsrisiko auf den Subventionsnehmer zu übertragen;<sup>53</sup> besonders hingewiesen sei nur auf die im Subventionsrecht entwickelte Figur des vorläufigen Verwaltungsaktes<sup>54</sup>. Während es so zunehmend zu einem Ausbau der Sicherungsmöglichkeiten des Subventionsgebers kam, fand der Aspekt einer Begrenzung dieser Risikoverlagerung nur wenig Beachtung. Primär wurde dabei der formale Aspekt einer Obliegenheit der Verwaltung zu Ausdrücklichkeit und Bestimmtheit der entsprechenden Regelungen in den Richtlinien oder dem Subventionsbescheid betont.<sup>55</sup> Kaum Beachtung fanden jedoch materielle Aspekte einer Begrenzung der Risikoverlagerung. Die Erörterungen beschränkten sich auf den Hinweis, daß ein umfassendes Absichern der Rechtswidrigkeit eines Bewilligungsbescheides durch Nebenbestimmungen unzulässig,<sup>56</sup> bzw. daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren sei.<sup>57</sup> Die von der Literatur angemahnte Aufgabe, das Zweckverfehlungsrisiko nach Risikosphären zu verteilen,<sup>58</sup> wurde dagegen bisher von der

<sup>51</sup> Rückforderung bei Verletzung von Aufzeichnungspflichten: VGH Kassel, RIW 1994, S. 84 ff., sowie, mit zusätzlicher Beweislastumkehr: BVerwG, NVwZ 1992, S. 772 ff. Verfall einer Kaution im Marktordnungsrecht: BVerwGE 82, S. 278 ff. Zur besonders scharfen Rückforderungsregelung bei Gasölbetriebsbeihilfen im Falle unrichtiger Angaben vgl. BVerwG, DVBl 1994, S. 409 f.

<sup>52</sup> Vgl. insbesondere die Rechtsprechung zur Dreijahresfrist des Investitionszulagengesetzes für den Verbleib von geförderten Wirtschaftsgütern im Betrieb des Subventionsnehmers: BVerwG, DÖV 1993, S. 913 f. (Notwendigkeit der Identität Investor/Betreiber); NdS. FG, EFG 1994, S. 444 (Wirtschaftsgut muß ab Anschaffung drei Jahre ununterbrochen im Betrieb sein). Vgl. zur fünfjährigen Bindungsfrist des § 7d Abs. 6 EStG: BFH, DStZ 1994, S. 156.

<sup>53</sup> So BVerwG, NJW 1969, S. 809 ff.; BSGE 48, S. 120 ff.; BSG, NVwZ 1984, S. 62 ff.; OVG Lüneburg, NVwZ 1985, S. 500 f. mit Hinweis auf die Figur des „Verwaltungsaktes auf Unterwerfung“; BVerwG, DVBl 1983, S. 810 ff. (Gleisanschlußverkehr): Widerruf beseitigt Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Subvention; OVG Lüneburg, NVwZ 1985, S. 499 f.: Rücknahme des Subventionsbescheides nach § 48 VwVfG, wenn Verwaltungsentscheidung nicht durch den Subventionszweck gerechtfertigt ist (bei Verstoß gegen Subventionsrichtlinien); VGH Mannheim, NVwZ 1987, S. 520 f.: Widerruf bei Verpflichtung der Vorlage eines ordnungsgemäßen Verwendungsnachweises; BVerwGE 89, S. 345 ff.: Rückforderung im Rahmen eines fehlgeschlagenen Vertragsverhältnisses.

<sup>54</sup> BVerwGE 67, S. 97 ff. (Magermilch); OVG Münster, NVwZ 1993, S. 76 ff.

<sup>55</sup> Vgl. dazu VGH Kassel, NVwZ 1989, S. 165 ff.; VGH Kassel, NVwZ 1990, S. 879 ff. (Unklarheiten hinsichtlich der Rechtsform der Vergabe gehen zu Lasten der Behörde). Entsprechend entschieden das BVerwG, NVwZ-RR 1990, S. 178 ff., daß der Verwaltung eine Verschiebung der durch Gesetz vorgenommenen Risikoverteilung hinsichtlich der Zweckverfehlung verwehrt ist.

<sup>56</sup> OVG Münster, NVwZ 1993, S. 76, 79, m. w. Nachw.

<sup>57</sup> Vgl. etwa VGH Kassel, RIW 1994, S. 84 ff.

<sup>58</sup> P. Weides, NJW 1981, S. 841, 845 ff.; V. Götz, NVwZ 1984, S. 480, 484.

Rechtsprechung vernachlässigt. Ähnliche Fragestellungen ergeben sich auch im Bereich der Gemeinschaftsbeihilfen.<sup>59</sup>

Die Beobachtung, daß bei der Umsetzung eines Subventionsprogramms im Rahmen konkreter Subventionsverhältnisse Fragen der Zweckverwirklichung (Zwecksicherung/Zweckverfehlung) einen herausragenden Stellenwert erlangt haben, ist noch in einem weiteren Zusammenhang von Interesse. Die gesamte Verwaltungstätigkeit ist heute wesentlich stärker ziel- und zweckorientiert als früher. Die Leistungs- und insbesondere die Subventionsverwaltung bildet lediglich ein markantes Beispiel für diese Erscheinung. Diese Verwaltungstätigkeit muß sich in einem Verfassungsstaat nicht nur nach der Rechtmäßigkeit fragen lassen, sondern gerade auch am Umfang der Zweckerreichung im Sinne einer *Ergebniskontrolle* messen lassen (darüber näher unten 6. Teil). Die Verwaltungseffizienz des Leistungsstaats wird neben einer reinen Rechtmäßigkeitskontrolle (sei es intern durch die Verwaltung selbst oder extern durch Gerichte) zusätzlich einer Finanzkontrolle (regelmäßig extern durch Rechnungsprüfungsorgane) unterworfen. Die Erwartungen, die dabei an die Tätigkeit der Rechnungshöfe herangetragen werden, nämlich staatliche Leistungen einer effektiven Erfolgskontrolle zu unterziehen, drohen deren traditionellen Auftrag, die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung zu prüfen (vgl. Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG), zu übersteigen. Stellung und Funktion der Rechnungshöfe im Staatsaufbau stehen deshalb auch erneut im Mittelpunkt rechtswissenschaftlichen Interesses.<sup>60</sup> Gerade die Aufgabe, Subventionsprogramme einer Ziel- und Erfolgskontrolle zu unterziehen, wird nicht nur zunehmend angemahnt,<sup>61</sup> sie wird teilweise auch schon wahrgenommen. Fragen der Zweckkontrolle sind in den Subventionsberichten der Bundesregierung zu eigenständigen Abschnitten avanciert.<sup>62</sup> Die Rechnungshöfe unterstellen die Subventionspraxis verstärkt einer kritischen Überprüfung.<sup>63</sup> Eine interessante Frage ist es in diesem Zusammenhang, inwieweit die EG-Kommission im Rahmen der Beihilfeaufsicht (oder auch die WTO im Rahmen ihrer Subventionskontrolle) verstärkt zu einer Ergebniskontrolle gelangen wird.<sup>64</sup> Denn im Bereich der Gemeinschaftsbeihilfen hat sich der Topos der Erfolgskontrolle bereits fest etabliert. Auch ein Blick ins Ausland fördert gerade in institutioneller Hinsicht eine Vielfalt interessanter Verfahren der Subventionskontrolle ans Tageslicht. Verwiesen sei hier nur auf das Budgetverfahren in den USA, mit dessen Hilfe der Kongreß eine detaillierte Subventionskontrolle durchführt (dazu wird für jede Sachmaterie ein Haushaltsausschuß eingerichtet-

<sup>59</sup> Vgl. dazu unten S. 586 ff. und S. 601 ff.

<sup>60</sup> Vgl. etwa die Tagung der Staatsrechtslehrer 1995 in Wien.

<sup>61</sup> Vgl. etwa W. Spannowsky, DÖV 1995, S. 41 ff.

<sup>62</sup> Seit dem 6. Subventionsbericht, S. 32 ff., vgl. zuletzt den 16. Subventionsbericht, S. 33 ff.

<sup>63</sup> In diesem Sinne etwa das Ergebnis einer Konferenz der Präsidenten der Rechnungshöfe, DÖV 1986, S. 363 ff.

<sup>64</sup> Vgl. dazu W. Spannowsky, JZ 1992, S. 1160 ff.; zu den Anforderungen des Europarechts an eine Erfolgskontrolle vgl. M. Bullinger, Generalbericht, S. 198 ff.

tet).<sup>65</sup> Auf dieser Grundlage hat sich eine intensive rechtspolitische Diskussion entwickelt. Es seien hier nur beispielhaft einige Vorschläge genannt: die Bündelung der Prüfungsaktivitäten der Rechnungshöfe,<sup>66</sup> die Errichtung von Subventionsämtern<sup>67</sup> oder die Errichtung eines unabhängigen Sachverständigenrates<sup>68, 69</sup>

Die Darstellung der im Subventionsrecht gegenwärtig besonders heftig diskutierten Probleme sollte lediglich zeigen, daß es sich lohnen wird, dieses Rechtsgebiet wieder einer gründlichen Untersuchung zu unterziehen. Schwieriger als die Rechtfertigung einer erneuten Behandlung ist jedoch die Frage nach Aufbau und Zielsetzung einer solchen Arbeit, insbesondere nach den notwendig werdenden Ausgrenzungen. Denn bereits an dieser Stelle muß einer möglichen Erwartung entschieden entgegengetreten werden: eine umfassende Darstellung des geltenden Subventionsrechts kann sicherlich nicht im Rahmen einer Monographie geleistet werden (wobei offen bleiben kann, ob dies vor 50 Jahren noch möglich gewesen wäre). Hierzu wäre ein mehrbändiges Werk erforderlich, bei dem allein schon die Frage nach einer internationalen Subventionsordnung, das Recht der EG-Subventionen oder das Beihilfeaufsichtsrecht der EG mit je eigenen Bänden vertreten sein könnten. Da dieses fiktive Werk trotz der thematischen Verklammerung sehr verschiedene Rechtsgebiete (vom internationalen Handelsrecht über das Europa-, Verfassungs- bis hin zum Kommunalrecht), insbesondere aber jeweils eine kaum zu überblickende Praxis (im Bereich der Kommunalsubventionen, der staatlichen Subventionen, der EG-Interventionen...) erfassen und behandeln müßte, wäre es zumindest wünschenswert, daß dabei verschiedene Experten beteiligt würden.

Ausgehend von der Feststellung, daß hier nicht etwa ein Handbuch des Subventionsrechts geschrieben werden kann, soll im folgenden trotzdem der Versuch unternommen werden, aktuelle Grundfragen des Subventionsrechts unter einheitlichen, übergreifenden Gesichtspunkten zu untersuchen. Der Tatsache, daß dabei kein Handbuch entstehen soll, in dem etwa der interessierte Praktiker zu jeder Subventionsart einschlägige Informationen erhält, soll dabei etwas Positives abgewonnen werden. Durch eine Konzentration auf grundlegende Entwicklungen im Subventionsrecht, die an einzelnen Subventionsarten nur exemplarisch verdeutlicht werden, wird der Blick von den einzelnen Gewächsen des

---

<sup>65</sup> Vgl. dazu den Diskussionsbeitrag von *H. D. Jarass*, in: Götz/Klein/Starck, Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 89.

<sup>66</sup> *H. Karehnke*, DÖV 1975, S. 623, 632.

<sup>67</sup> *A. H. Klemp*, Öffentliche Finanzhilfen, S. 164 f.; *M. Schlesinger*, Subventionsvergabe im Wettbewerb, S. 28, m. w. Nachw.

<sup>68</sup> *K. H. Hansmeyer*, FA n.F. Bd. 30 (1971/72), S. 117: „Subventionsrat“; *V. Stern/G. Werner*, Subventionsabbau, S. 46; Unabhängige Sachverständigenkommission zur Überprüfung der Subventionen im Haushalt des Landes Schleswig-Holstein, Abschlußbericht Kiel 1984; Entwurf des Landes Niedersachsen eines Gesetzes über die Bildung eines Sachverständigenremiums zur Bewertung von Subventionen, BR-Drs. 416/84.

<sup>69</sup> Vgl. auch allgemein den Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Erfolgskontrolle bei der Vergabe von Subventionen, BT-Drs. 12/8150.

„Subventionsdschungels“ gehoben und werden die Konturen und Strukturen, insbesondere die Wachstums- und Entwicklungslinien des gesamten Gebietes wahrgenommen, Verbindendes wie auch Trennendes.

Das Gelingen dieses Unternehmens wird davon abhängen, ob Gesichtspunkte gefunden werden können, die es ermöglichen, die genannten, bisher nur lose aneinandergereihten Probleme aus einem einheitlichen Blickwinkel zu betrachten, und die zugleich als Wegweiser die Gefahr bannen, sich in den tatsächlichen Niederungen des Subventionsdschungels zu verirren. Diese einheitliche Perspektive würde von vornherein aufgegeben, würde die Untersuchung, einer traditionellen Herangehensweise folgend, nach Subventionsgebern (Kommunalsubventionen, Bundes- und Landessubventionen, EG-Interventionen etc.) oder auch nur nach Rechtsgebieten (Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Kommunalrecht, Europarecht etc.) gegliedert. Als Alternative bietet sich an, den Untersuchungsgegenstand und seine Sachgesetzlichkeiten in den Vordergrund zu stellen, das Phänomen der Subventionen. Der erste Teil der Untersuchung steht daher ganz im Zeichen des Bemühens, die Grundlagen und Grundstrukturen des Subventionswesens herauszuarbeiten, um hieraus eine „systematische Ordnung des Rechtsstoffes nach einheitlichen Gesichtspunkten“<sup>70</sup> entwickeln zu können.

---

<sup>70</sup> W. Henke, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, S. III.

# 1. Teil

## Grundlagen

### § 1 Funktionelle, rechtliche, integrierte Betrachtungsweise

#### *A. Funktionelle Betrachtungsweise*

##### *I. Mögliche Untersuchungsperspektiven*

Die Perspektiven, von denen her man das Subventionswesen einer rechtlichen Analyse unterziehen kann, sind vielfältig, wenn auch nicht beliebig. Ihren Schwerpunkt kann die Sichtweise des durch die Subvention Begünstigten (Subventionsnehmers),<sup>1</sup> des von ihr ausgeschlossenen oder von ihr betroffenen Dritten (Konkurrenten)<sup>2</sup> oder diejenige des subventionierenden Gemeinwesens (Subventionsgebers)<sup>3</sup> bilden. Bedeutsam sind ferner Auswahl und Betonung des rechtlichen Funktionszusammenhangs, in dem die Subvention steht und von dem aus sie betrachtet wird. Insoweit läßt sich nach einer internationalen (völker- oder europarechtlichen), einer haushaltsrechtlichen, einer bundesstaatlichen, einer grundrechtlichen oder einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Subventionsordnung fragen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *H. F. Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, S. 325 ff.: „Das Subventionsrechtsverhältnis: Der Bürger in der Subvention“.

<sup>2</sup> *H. F. Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, S. 354 ff.: „Der Bürger vor der Subvention“; *M. Zuleeg*, Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage, S. 13 ff., 62 ff.

<sup>3</sup> *H. Wagner*, Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft, S. 47 ff.; *K. Preußner*, Kontrolle, S. 13 ff.; *R. Hansmann*, Der Schutz des öffentlichen Finanzinteresses bei der Gewährung von Subventionen, S. 1 ff.

<sup>4</sup> Dieser in der subventionsrechtlichen Literatur eher seltenen Vorgehensweise entspricht am ehesten *A. Bleckmann* mit seinem Gutachten für den Deutschen Juristentag zum Thema „Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen“, in dem er eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Perspektive entfaltet, vgl. *A. Bleckmann*, Gutachten, D 7, D 21 ff. Sein wesentliches Anliegen ist es, der „chaotische(n) Lage des Subventionswesens“ durch einen stärkeren Rückgriff auf die Verfassung, insbesondere aber durch eine „Weiterentwicklung des Wirtschaftsverfassungsrechts“ zu begegnen (aaO., D 19). Den entscheidenden Ausgangspunkt hierfür sieht *Bleckmann* in der „Sozialen Marktwirtschaft“ als vom Grundgesetz vorausgesetzter Wirtschaftsordnung (aaO., D 21 ff.).

Als mittlerweile klassisch kann man eine eher statische Betrachtungsweise bezeichnen, die die Suche nach Rechtsgrundlagen und Rechtsformen der Subventionsvergabe in den Mittelpunkt rückt. Dabei dienen neben den kompetenzrechtlichen Grundlagen und der Erfassung der Subvention als normativer „Gesamtmaßnahme“<sup>5</sup> insbesondere die Rechtsform sowie die Rechtsnatur der Subvention bei der Vergabe im Einzelfall als Untersuchungsperspektive.<sup>6</sup> Ein markantes Beispiel hierfür ist die Monographie von *Wilhelm Henke* aus dem Jahre 1979.<sup>7</sup> Die Ergebnisse dieser Auseinandersetzung mit dem Subventionsrecht stehen und fallen mit der Prämisse, die bereits im Titel zum Ausdruck kommt: „Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht“. Auf nur wenigen Seiten legt Henke dar, warum „die Begründung des Subventionsverhältnisses durch Vertrag“ als „Grundlage des Subventionsrechts“ dienen soll.<sup>8</sup> Von dieser Prämisse hängt dann der Ertrag des gesamten Werkes ab.

Eine zentrale Rolle bei der Erfassung und Beschreibung des Verwaltungsrechts spielt seit jeher eine modale Typologie der Verwaltungstätigkeit. Bahnbrechend war die Erkenntnis von *Ernst Forsthoff*, daß die Leistungsverwaltung ein eigenständiger Verwaltungstypus ist, der spezifische Rechtsfragen aufwirft.<sup>9</sup> So wurde auch das Subventionsrecht als Leistungsrecht eingeordnet.<sup>10</sup> Der Erkenntniswert dieser Perspektive wurde jedoch angesichts der sehr unterschiedlichen Funktionen staatlicher Leistungen schon bald in Frage gestellt und insbesondere auf die Besonderheiten staatlicher Lenkung durch Leistungen hingewiesen.<sup>11</sup> Dieser Perspektivenwechsel wirkte sich auch auf die wissenschaftliche Erfassung und Behandlung von Subventionen aus. Nicht nur in der Politikwissenschaft,<sup>12</sup> sondern auch in der Rechtswissenschaft ist eine Tendenz erkennbar,

<sup>5</sup> Zum Begriff der „Subvention als Gesamtmaßnahme“ vgl. V. Götz, *Recht der Wirtschaftssubventionen*, S. 23 ff. Er bezeichnet die Entscheidung für die Subvention einschließlich der Setzung ihres Zwecks und der abstrakt-generellen Festlegung des Begünstigtenkreises. Bei der Frage nach der Rechtsnatur dieses Aktes steht die Frage nach der Reichweite des Gesetzesvorbehalts im Subventionsrecht im Mittelpunkt, vgl. dazu unten S. 432 ff., S. 445 ff., S. 505 ff.

<sup>6</sup> Vgl. etwa H. P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, 1956, S. 54 ff.; K.-O. Henze, *Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater*, 1958; M. Zuleeg, *Die Rechtsform der Subventionen*, 1965; C.-F. Menger, *VerwArch* Bd. 69 (1978), S. 93 ff.; D. Ehlers, *VerwArch* 1983, S. 112 ff. Für die Schweiz: P. Richli, *ZFS* 1986, S. 79 ff.; S. Giacomini, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Verfügung im Subventionsverhältnis „Staat-Privater“*, 1992.

<sup>7</sup> W. Henke, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*.

<sup>8</sup> W. Henke, aaO., S. 20 ff., 26.

<sup>9</sup> E. Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, S. 1 ff.; ders., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, S. 9 ff.; ders., *Verwaltungsrecht*, S. 368. Vgl. in diesem Sinne auch neuere Systematisierungsansätze im Verwaltungsrecht, z.B. H. Faber, *Verwaltungsrecht*, §§ 20 ff. (Das Recht der Eingriffsverwaltung), §§ 24 ff. (Das Recht der Leistungsverwaltung), §§ 31 ff. (Das Recht der Infrastrukturverwaltung).

<sup>10</sup> In diesem Sinne grdl. G. Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, S. 3 ff., 145 ff.

<sup>11</sup> So unterschied P. Badura, *DÖV* 1966, S. 629 ff., (noch innerhalb eines umfassender verstandenen Leistungsrechts) die lenkende Verwaltung von der Daseinsvorsorge.

Subventionen aus der leistungsrechtlichen Betrachtung herauszulösen und in die Palette staatlicher Handlungsinstrumente einzufügen.<sup>13</sup>

Als erkenntnisleitende Perspektive bieten sich dementsprechend die Funktionen des Rechts an. Neben seiner grundlegenden Ordnungsfunktion kommt ihm, bezogen auf den Gegenstand der öffentlichen Verwaltung, in erster Linie Bewirkungs- und eine Rechtsschutzfunktion zu.<sup>14</sup> Gefördert durch den Problemdruck der Praxis spielt unter diesem Gesichtspunkt im Subventionsrecht das Anliegen des Rechtsschutzes traditionell eine bedeutende Rolle, bezogen vor allem auf übergangene Subventionsbewerber und beeinträchtigte Konkurrenten,<sup>15</sup> in neuerer Zeit aber auch auf die Subventionsnehmer selbst<sup>16</sup>. Über eine lange Tradition verfügt mittlerweile auch die Orientierung an der Ordnungsfunktion des Rechts. Richtungweisend war dabei der Beitrag von *Hans F. Zacher* auf der Staatsrechtslehrtagung 1966 zum Thema „Verwaltung durch Subventionen“,<sup>17</sup> in dem er die Betrachtung des Subventionsrechts in erster Linie als „rechtliche Ordnungsaufgabe“ verstand.<sup>18</sup> Einen vorläufigen Höhepunkt erlangte diese erkenntnisleitende Perspektive in den Verhandlungen der verwaltungsrechtlichen Abteilung des 55. Deutschen Juristentages 1984 zum Thema „Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen“. Die Bewirkungsfunktion des Rechts als zentrales Erkenntnisinteresse kommt bereits 1953 in der Abhandlung *Arnold Köttgens* über „Subventionen als Mittel der Verwaltung“ programmatisch zum Ausdruck.<sup>19</sup> Hiermit wurde schon früh der Weg zu einer an den öffentlichen Lenkungsinteressen orientierten instrumentellen Betrachtung des Subventionswesens gebahnt.<sup>20</sup>

---

<sup>12</sup> Vgl. insbesondere *G. Kirchhoff*, Subventionen als Instrument der Lenkung und Koordination, S. 13 ff.

<sup>13</sup> So *G. Störi*, Verhaltenssteuerung durch Subventionen, S. 2, 56 ff. (für die Schweiz); *G. Schetting*, Rechtspraxis, S. 5 f., weist darauf hin, daß die Subvention ein Instrument zwischen Eingriffsverwaltung und „reiner“ Leistungsverwaltung ist (Geben und Nehmen).

<sup>14</sup> Hierzu zuletzt grundlegend *Th. v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, S. 45 ff. et passim.

<sup>15</sup> Vgl. dazu *M. Zuleeg*, Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage, 1974; *F. Kopp*, *WiVerw* 1978, S. 175 ff.; *W.-R. Schenke*, *NVwZ* 1993, S. 718 ff.

<sup>16</sup> Vgl. etwa *P. Henseler*, *VerwArch* Bd. 77 (1986), S. 249 ff.

<sup>17</sup> *H. F. Zacher*, *VVDStRL* Bd. 25 (1967), S. 308 ff.

<sup>18</sup> *AaO.*, S. 316 ff.

<sup>19</sup> *A. Köttgen*, *DVB1* 1953, S. 485 ff.

<sup>20</sup> In dieser Tradition steht insbesondere auch *H. P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956; *ders.*, *VVDStRL* Bd. 25 (1967), S. 258 ff.; *ders.*, Subventionen, Rn. 7 ff.

## II. Funktionelle Betrachtungsweise als Instrument öffentlicher Zweckverfolgung

Subventionen werden von der öffentlichen Hand eingesetzt, um Wirkungen zu erzielen. Sie dienen damit dem Subventionsgeber als Handlungsinstrument, um im Rahmen seines Gemeinwohluftrags politische Zielsetzungen zu verwirklichen.<sup>21</sup> Wirkungen dürfen aus dieser Perspektive nicht zufällig sein, es handelt sich vielmehr um zu bewirkende Wirkungen. Eine rechtliche Untersuchung sollte ihren Ausgangspunkt bei dieser Gestaltungsfunktion von Subventionen nehmen.<sup>22</sup> Damit liegt eine funktionelle Betrachtungsweise nahe.

Dieser methodische Ausgangspunkt findet seine Bestätigung in einem umfassenderen Paradigmenwechsel im öffentlichen Recht.<sup>23</sup> Als Antwort auf die „Krise staatlicher Steuerung“ tritt der „Steuerungsstaat“ in den Mittelpunkt des Interesses.<sup>24</sup> Eine zunehmende Komplexität gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Verhältnisse (als faktische Ursache) sowie die umfassende Verantwortung des Sozialstaats für gesellschaftliche und wirtschaftliche Verhältnisse (als normative Ursache) führen zu einer Erweiterung des staatlichen Handlungsinstrumentariums über die klassischen Handlungsformen hinaus um influenzierende (mittelbar einwirkende) Instrumente. Unter den „neuen“, indirekten Handlungsformen kommt den finanzstaatlichen Handlungsmöglichkeiten („Lenkung durch Geld“)<sup>25</sup> eine zentrale Rolle zu, und zwar sowohl im Rahmen der Mittelvereinnahmung (Lenkungssteuern, Sonderabgaben)<sup>26</sup>, als auch insbesondere im Rahmen der Mittelverausgabung.

Worin liegt nun die besondere Funktion der Subvention im Rahmen der erweiterten staatlichen Handlungsformen? Seit langem schon gilt die Subvention als besonders wirksames Instrument staatlicher Herrschaft.<sup>27</sup> Mit ihrer Hilfe werden staatliche Aufgaben durch Beeinflussung des Verhaltens Privater erfüllt oder gefördert. Die Zweckverwirklichung erfolgt im Rahmen einer kooperativen Interessenstruktur.<sup>28</sup> Normative und tatsächliche Vorgaben für die Koor-

<sup>21</sup> V. Götz, Subventionserschleichung, S. 6 ff.: „Das Politische als Wesenselement der Subventionierung“.

<sup>22</sup> K. H. Friauf, DVBl 1966, S. 732; G. Schetting, Rechtspraxis, S. 6.

<sup>23</sup> Vgl. dazu näher unten S. 57 ff.

<sup>24</sup> F.-X. Kaufmann, Diskurse über Staatsaufgaben, S. 28 ff.; R. Mayntz, Politische Steuerung, S. 263 ff.; W. Henke, JZ 1992, S. 546 f., sieht hierin die „moderne Schicht“ der Dogmatik des öffentlichen Rechts, die die alten ergänzt; E. Schmidt-Aßmann, Die Verwaltung Bd. 27 (1994), S. 151 ff.: „Verwaltungsrecht als Recht der Systemsteuerung“; W. Hoffmann-Riem, DÖV 1997, S. 439, m. Nachw.: „steuerungswissenschaftliche Perspektive“ – „Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft“.

<sup>25</sup> Zur Problematik „Staat und Geld“ sowie „Ausübung der Staatsgewalt durch Geld“ vgl. grdl. K. Vogel, Der Finanz- und Steuerstaat, Rn. 3 ff., 22 ff.

<sup>26</sup> Vgl. dazu M. Rodi, Umweltsteuern, S. 33 ff.

<sup>27</sup> K. H. Friauf, DVBl 1966, S. 729, 732 m. Nachw.

<sup>28</sup> „Die Interessenstruktur der Subvention ist kooperativ“, vgl. G. Schetting, Rechtspraxis

dination öffentlicher Subventionszwecke mit den Zielen und Zwecken der subventionierten Privaten (unter Berücksichtigung der Interessen Dritter) haben daher als Schlüssel für die Erstellung einer Dogmatik des Subventionsrechts zu dienen.<sup>29</sup>

## *B. Besonderheiten einer rechtlichen Betrachtungsweise*

Die Festlegung, daß Subventionen in funktioneller Betrachtungsweise als Instrument öffentlicher Zweckverfolgung untersucht werden sollen, gibt die Blickrichtung oder Perspektive an, sagt jedoch noch nichts über die dabei anzulegenden Maßstäbe aus. Wenn im folgenden aus den vielfältigen in Betracht kommenden Beurteilungskriterien eine spezifisch rechtliche Beurteilung zugrunde gelegt werden soll, so ist damit eine erste grobe Abgrenzung gegenüber anderen, insbesondere politikwissenschaftlichen oder ökonomischen Vorgehensweisen erreicht.

### *I. Außerrechtliche Betrachtungsweisen*

Nicht nur die Rechtswissenschaft befaßt sich mit dem Thema der Subventionen. Unabhängig von ihrer rechtlichen Erfassung sind sie Erscheinungen des politischen Systems, die in das Blickfeld der Politikwissenschaft geraten.<sup>30</sup> Als ökonomische Instrumente, die ihre Wirkkraft der Beeinflussung und Änderung von Marktprozessen verdanken, sind sie traditionell vor allem bedeutender Untersuchungsgegenstand der Wirtschaftswissenschaften. Im folgenden soll ein kurzer Überblick über die wichtigsten nichtjuristischen Forschungsrichtungen auf dem Gebiet des Subventionswesens gegeben werden.

#### *1. Ökonomische Ansätze*

Während den Juristen mit dem Recht nicht nur ein Untersuchungsgegenstand, sondern zudem ein, wenn auch fortzuentwickelnder und konkretisierungsbedürftiger Maßstab vorgegeben ist, definieren sich Ökonomen im wesentlichen durch ihr Forschungsobjekt. Die Methoden der Ökonomie sind

---

der Subventionierung, S. 7 Fn. 14 m. Nachw.; P. Kirchhof, Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken, S. 372: „Blankettinstrument für eine Kooperation von Staat und Bürger“.

<sup>29</sup> Zu diesem methodischen Ansatz vgl. allg. E. Schmidt-Aßmann, Die Verwaltung 1994, S. 151 ff.; zur Bedeutung der Zweckkoordination als Ausgleich staatlicher Steuerungsinteressen und grundrechtlicher Freiheit im Bereich der Forschungsförderung vgl. H.-H. Trute, Forschung, S. 589 ff.

<sup>30</sup> Dazu unten S. 22 f.

dementsprechend heterogen und im Zeitablauf starken Veränderungen ausgesetzt. Dies gilt auch für den Bereich des Subventionswesens. Im folgenden kann es deshalb nur darum gehen, holzschnittartig die wichtigsten konzeptionellen Strömungen und Forschungsschwerpunkte nachzuzeichnen.

### a) Theoretische Konzepte und Traditionen

Ausgangspunkt soll die Unterscheidung zwischen der angloamerikanischen Tradition der „Public Finance“ und der in diesem Rahmen entwickelten Wohlfahrtstheorie einerseits und der deutschen finanzwissenschaftlichen Tradition andererseits bilden.<sup>31</sup> In neuerer Zeit wird dieses Zweigespann durch die gerade im Subventionsbereich wirkungsmächtige Strömung der Neuen Politischen Ökonomie ergänzt.<sup>32</sup>

Auf der Grundlage der philosophischen Konzepte des Utilitarismus und des Individualismus wurde die angloamerikanische Ökonomie seit den Zeiten von *Adam Smith* und *John Stuart Mill* stark von marktwirtschaftlichen Ansätzen geprägt.<sup>33</sup> Gedanklicher Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei die Annahme, daß Marktprozesse im Falle vollkommener Konkurrenz automatisch zu einer optimalen Faktorallokation und Güterverteilung führen. Staatliche Interventionen, gerade auch im Wege von Subventionen, stehen damit von vornherein im Zwielficht eines rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmezustands. In der von *Arthur Cecil Pigou* begründeten *Wohlfahrtsökonomie*<sup>34</sup> wurde jedoch der Blick für mögliche Marktschwächen (market failures) geschärft. Wohlfahrtsverluste können etwa durch den Mißbrauch von Marktmacht auftreten. Suboptimal wirkt der Markt insbesondere bei der Bereitstellung öffentlicher Güter, wenn sie wegen externer Effekte nicht oder nicht ausreichend zur Verfügung gestellt werden. Für den Einsatz von Subventionen ergeben sich hieraus mögliche Rechtfertigungsgründe und Anwendungsfelder. Subventionen können zur Korrektur externer Effekte eingesetzt werden, indem sie im Falle positiver Externalitäten durch Internalisierung der Vorteile zu einem gesamtwirtschaftlich wünschenswerten Aktivitätsniveau anregen (dies ist typischerweise bei Forschungstätigkeiten, insbesondere im Bereich der Grundlagenforschung, der Fall, deren Nutzen regelmäßig auch Dritten oder der Allgemeinheit zugute kommt).<sup>35</sup> Als weitere Einsatzfelder werden die Reduktion von Marktmacht,<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Grdl. zu dieser Unterscheidung *R. A. Musgrave*, FA n.F. Bd. 53 (1996), S. 145 ff.

<sup>32</sup> Vgl. dazu, bezogen auf das Subventionswesen, grdl. *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 87 ff.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 25 ff.

<sup>34</sup> Vgl. *A. C. Pigou*, *The Economics of Welfare*, 1920.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu *N. Andel*, Subventionen, S. 71 ff.; *M. Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, S. 27 ff.; *M. Wiekert*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1996, S. 235 f.

<sup>36</sup> *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 46 ff.; *M. Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, S. 78 ff.

die Bereitstellung von Kollektivgütern<sup>37</sup> sowie von meritorischen Gütern<sup>38</sup> oder Probleme der Außenhandelloptimierung<sup>39</sup> genannt.

Subventionsanalysen auf der Grundlage markt- und wohlfahrtstheoretischer Konzeptionen zeichnen sich im Ausgangspunkt durch eine Fundamentalkritik des Staatsinterventionismus und damit auch der Subventionen aus. Zu Recht haben jedoch *Ewringmann/Hansmeyer*<sup>40</sup> darauf hingewiesen, daß durch die anerkannten Fälle des Marktversagens der praktischen Wirtschaftspolitik Tür und Tor für die Einführung „berechtigter“ Subventionen geöffnet würden. Denn im Rahmen eines relativ realitätsfremden und abstrakten Konkurrenzmodells ließen sich fast immer Anhaltspunkte für ein Marktversagen finden, zumal die Rechtfertigungsgründe ihrerseits interpretationsbedürftig sind.<sup>41</sup> Zudem zeigen diese Konzeptionen gerade dann Schwächen, wenn es darum geht, bestehende Subventionen beherrschbar zu machen oder die Praxis vernünftig zu ordnen.<sup>42</sup>

Gerade in dieser Hinsicht unterscheidet sich die Behandlung von Subventionen auf der Grundlage der *deutschen finanzwissenschaftlichen Tradition*. So finden sich in Deutschland bereits in der Zeit zwischen den Weltkriegen eine Reihe finanzwissenschaftlicher Studien, die „Subventionen als Mittel moderner Wirtschaftspolitik“<sup>43</sup> behandelten. Neben der notwendigen Erfassung der Subventionspraxis<sup>44</sup> wurden Subventionen vor dem Hintergrund insbesondere der volkswirtschaftlichen Theorie von *Gerhard Colm*<sup>45</sup> und einer normativen Theorie des Staatsinterventionismus ebenso wie Regulierungen und andere Instrumente als legitime Eingriffe in die Marktwirtschaft beurteilt.<sup>46</sup> An diese Tradition hat in der Nachkriegszeit insbesondere *Karl-Heinrich Hansmeyer* angeknüpft. Ausgehend von der These der Unentbehrlichkeit von Subventionen als Mittel des wirtschaftspolitischen Kompromisses<sup>47</sup> stellt er die Frage nach Er-

<sup>37</sup> *M. Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, S. 82 ff.

<sup>38</sup> Zu dem auf *R. A. Musgrave* zurückgehenden Begriff der „meritorischen Bedürfnisse“ vgl. *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 81 ff.; *M. Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, S. 86 f. Die Anwendung dieses Konzeptes würde zu einem fast unbegrenztes Rechtfertigungspotential führen, vgl. *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 7.

<sup>39</sup> *N. Andel*, Subventionen, S. 83 ff.

<sup>40</sup> *D. Ewringmann/K. H. Hansmeyer*, Zur Beurteilung von Subventionen, S. 30 f.

<sup>41</sup> *D. Ewringmann/K. H. Hansmeyer*, Zur Beurteilung von Subventionen, S. 31: „Ein Modell, das auf den ersten Blick Subventionen ausschließt, kann daher infolge seiner problematischen Konstruktion zur permanenten Subventionsrechtfertigung umgedeutet werden“.

<sup>42</sup> Zur Kritik wohlfahrtstheoretischer Modellbetrachtung: *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 76 ff.

<sup>43</sup> So der Titel bei *G. Zachau-Mengers*, 1930.

<sup>44</sup> Vgl. dazu etwa *K. Hochdörffer*, Die staatlichen Subventionen der Nachkriegszeit in Deutschland, 1930, S. 15 ff.

<sup>45</sup> *G. Colm*, Volkswirtschaftliche Theorie der Staatsausgaben, S. 1 ff., insbes. S. 47 ff. (zu Subventionen).

<sup>46</sup> *H. F. Freudenberg*, Die Subventionen als Kreislaufproblem in Marktwirtschaft und Staatswirtschaft, 1934, S. 5 ff.

<sup>47</sup> *K.-H. Hansmeyer*, Subventionen als wirtschaftspolitisches Instrument, S. 15 ff.

folgskriterien für Subventionen und Bedingungen ihrer finanzpolitischen Beherrschbarkeit.<sup>48</sup> Paradigmatisch hierfür sind die von *Norbert Andel* in seiner Habilitationsschrift über „Subventionen als Instrument des finanzwirtschaftlichen Interventionismus“ als *conclusio* der Analyse des Einsatzes von Subventionen als Mittel der Allokations-, der Verteilungs- sowie der Stabilisierungspolitik entwickelten „Subventionsregeln“.<sup>49</sup>

Diesen finanzwissenschaftlichen Untersuchungen gelingt es zwar, über eine markttheoretische Rechtfertigung von Subventionen hinaus auch instrumentelle Fragen ihres richtigen, insbesondere zieladäquaten Einsatzes in den Blick zu nehmen. Gleichwohl stießen sie auf Kritik, weil sie, wie die Wohlfahrtstheorien, im Bann optimaler Marktprozesse stünden und wie diese von einem zu optimistischen Bild rationalen Staatsverhaltens, einem „staatswirtschaftlichen Optimum“ ausgingen.<sup>50</sup>

Einen erweiterten Blickwinkel versuchen die in der Tradition der noch relativ jungen „*Neuen Politischen Ökonomie*“<sup>51</sup> stehenden Analysen des Subventionswesens einzunehmen.<sup>52</sup> Sie sind bemüht, idealisierende Annahmen über Marktfunktionen und rationales Staatsverhalten zu vermeiden. Neben dem „Marktversagen“ kommen auch die negativen Folgen staatlicher Eingriffe („Staatsversagen“) in den Blick. So wird die wissenschaftliche Betrachtung erweitert auf alle relevanten am Wirtschaftsgeschehen beteiligten privaten, politischen und staatlichen Akteure einschließlich ihrer jeweiligen Interessenlage.<sup>53</sup>

Aufgrund der oben festgestellten Defizite vereinfachter Modellannahmen ist diese erweiterte Perspektive zu begrüßen. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß damit die Gefahr verbunden ist, daß sich Untersuchungen angesichts einer verwirrenden Vielfalt von Interessen und Einflußnahme in einer Beschreibung des Tatsächlichen verlieren, und die Suche nach ordnenden Gesamtkonzepten aus dem Blick gerät.<sup>54</sup>

### *b) Schwerpunkte und Lücken ökonomischer Forschung*

Die bisher dargestellte Unterscheidung wirtschaftswissenschaftlicher Forschungskonzeptionen ist idealtypisch. Konkrete Untersuchungen legen, zumal in neuerer Zeit, nicht selten eine integrative Vorgehensweise zugrunde,

<sup>48</sup> *K.-H. Hansmeyer*, Subventionen als wirtschaftspolitisches Instrument, S. 20 ff.

<sup>49</sup> *N. Andel*, Subventionen, S. 139 ff.

<sup>50</sup> *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 87 ff., 89.

<sup>51</sup> Ihren Ausgangspunkt nimmt diese Strömung in der Theorie des „Public Choice“, vgl. dazu grdl. *J. M. Buchanan/R. D. Tollison (eds.)*, *Theory of Public Choice*, 1972.

<sup>52</sup> Vgl. dazu grdl. *K. Harzem*, Subventionen aus der Sicht der Neuen Politischen Ökonomie, S. 69 ff.

<sup>53</sup> Vgl. in diesem Sinne etwa *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 87 ff.; *R. Hartig*, Subventionen als Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 86 ff.

<sup>54</sup> Zum Wert der Neuen Politischen Ökonomie für das Staats- und Verwaltungsrecht vgl. *H. H. v. Arnim*, Staatslehre, S 5; *R. Stober*, Rechtstheorie 1990, S. 86 ff.

die die vorhandenen Ansätze in unterschiedlicher Gewichtung zu kombinieren sucht.

Nach dem Vorbild der Steuerwirkungslehre<sup>55</sup> wird dabei der Erforschung der Subventionswirkungen eine besondere Aufmerksamkeit gewidmet.<sup>56</sup> Wirkungsanalysen werden als Voraussetzung für eine „rationale“ Subventionsvergabe anerkannt.<sup>57</sup> Häufig werden die Subventionswirkungen jedoch rein theoretisch analysiert, realitätsnahe, insbesondere empirische Untersuchungen fehlen weitgehend.<sup>58</sup> Es muß an dieser Stelle nicht weiter begründet werden, daß die Erforschung der Subventionswirkungen auch für die rechtliche Betrachtungsweise von großer Bedeutung ist.

Einen nach wie vor aktuellen Gegenstand ökonomischer Forschungen bildet die Lehre vom gerechtfertigten Einsatz von Subventionen, wie sie sich auf der Grundlage markt- und wohlfahrtstheoretischer Konzepte ausgebildet hat.<sup>59</sup> Durch sie wird das theoretische Gerüst für eine praktische Subventionskritik und die Grundlage für die Diskussion über den Abbau von Subventionen geschaffen. Ihre praktische Funktion liegt damit auf dem Gebiet der Politikberatung bei der Konzeptionierung einer rationalen Subventionspolitik.<sup>60</sup> Dagegen erweist es sich als schwierig, von hier aus eine Brücke zur rechtswissenschaftlichen Betrachtung zu schlagen. Wie im Bereich des Steuerwesens sollte man sich davor hüten, aus der finanzwissenschaftlichen Rechtfertigungsdiskussion vorschnell juristische, insbesondere verfassungsrechtliche Schlüsse zu ziehen.<sup>61</sup>

Ähnliches gilt für die Erforschung von Verhaltensweisen der am Subventionsprozeß Beteiligten, die sich im Gefolge der „Neuen Politischen Ökonomie“ mittlerweile als weiterer Schwerpunkt der Untersuchungen etabliert hat.<sup>62</sup> Allerdings können Erkenntnisse über praktische Abläufe im Rahmen des politischen Entscheidungsprozesses den Blick für institutionelle und kompetentielle Rechtsprobleme schärfen.

---

<sup>55</sup> Vgl. dazu *G. Schmolders/K. H. Hansmeyer*, Allgemeine Steuerlehre, 5. Aufl. 1980, S. 123 ff.; *H. Becker*, Finanzwissenschaftliche Steuerlehre, 1990, S. 105 ff.; zur betrieblichen Steuerlehre, die einen Schwerpunkt in der Steuerwirkungslehre hat, vgl. *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 1 Rn. 47, m. Nachw.

<sup>56</sup> In dieser Hinsicht prägend: *N. Andel*, Subventionen, S. 16 ff.; vgl. zuvor schon *H.-J. Gundlach*, Subventionen, 1965, S. 36 ff.; *R. Schorn*, Subventionswirkungen, 1967, S. 55 ff.; *U. Berthold*, Zur Theorie der Subventionen, 1967, S. 43 ff.

<sup>57</sup> *R. Hartig*, Subventionen als Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 32 ff.; *M. Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, S. 96 ff.

<sup>58</sup> *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 2.

<sup>59</sup> Vgl. dazu etwa *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 24 ff.; *R. Hartig*, Subventionen als Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 10 ff.; *M. Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, S. 75 ff.

<sup>60</sup> So sind beispielsweise die Kriterien des Subventionskodex der Länder von 1982 deutlich von derartigen ökonomischen Konzepten beeinflusst, vgl. dazu *M. Schröder*, ZfHR Bd. 152 (1988), S. 399.

<sup>61</sup> Zur Kritik dieses „Kurzschlusses“ im Bereich des Steuerrechts vgl. *M. Rodi*, Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem, S. 7 ff., 31 ff.

<sup>62</sup> Vgl. etwa *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 87 ff.; *R. Hartig*, Subventionen als Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 86 ff.; *M. Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, S. 141 ff.

Schließlich stellt das Bemühen um eine „gute“, „rationale“ Finanzordnung ein erhaltenswertes Element deutscher finanzwissenschaftlicher Tradition dar. So wirkten sich die finanzwissenschaftlichen Vorarbeiten über eine gerechte Steuerordnung<sup>63</sup> auf die steuerrechtliche Diskussion prägend und gewinnbringend aus.<sup>64</sup> Das entsprechende Bemühen der Ökonomie um eine rationale Ordnung des Subventionswesens, das ebenfalls bereits über eine längere Tradition verfügt,<sup>65</sup> hat mit der Arbeit von *Markus Nieder-Eichholz* über „Die Subventionsordnung. Ein Beitrag zur finanzwirtschaftlichen Ordnungspolitik“ eine beachtliche Renaissance erfahren. Durch diese Lehre erhält auch die Rechtswissenschaft nicht nur ein geschärftes Problembewußtsein, sondern zudem eine Art Metaebene, anhand derer eigene Problemlösungsstrategien gespiegelt werden können.

## 2. Politikwissenschaftliche Ansätze

Sieht man in Subventionen ein wichtiges Instrument der Politikgestaltung, so liegt es nahe, in diesem Bereich auch ein zentrales Feld politikwissenschaftlicher Forschung zu vermuten. Bei näherem Hinsehen wird jedoch deutlich, daß sich die Politikwissenschaft hinsichtlich der Frage nach der Eignung von Subventionen zur Politikgestaltung zurückhält. Die Tatsache, daß dabei das Feld weitgehend den Ökonomen überlassen wird, mag an den finanzwissenschaftlichen Implikationen und Vorfragen der Problemstellung liegen. Neben einer auf bestimmte Politikbereiche bezogenen sektoralen Betrachtung<sup>66</sup> gilt dies auch für eine globale Betrachtung von Subventionen als politischem Lenkungsmittel.

Eine bedeutende Ausnahme von dieser Feststellung stellt die Dissertation von *Gerd Kirchhoff* über „Subventionen als Instrument der Lenkung und Koordinierung“ aus dem Jahr 1972<sup>67</sup> dar. Auf der Grundlage der Regierungslehre von *Wilhelm Hennis*<sup>68</sup> untersucht Kirchhoff die Frage, für welche Zwecke Subventionen ein geeignetes Mittel darstellen können und wie Subventionen gehandhabt werden sollen. Dabei sieht er in der „Effizienz“<sup>69</sup> und in der „Systemkon-

---

<sup>63</sup> Vgl. hierzu etwa *R. Meyer*, Die Principien der gerechten Besteuerung in der Finanzwissenschaft, 1884; *G. Schmölders*, FA n.F. (1963/64), S. 53 ff.; *F. Neumark*, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, 1970; weitere Nachweise bei *K. Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 1, S. 260 f.

<sup>64</sup> Das Werk von *Klaus Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, 1993, nimmt dabei eine Brückenfunktion ein, vgl. hierzu *M. Rodi*, ZG 1993, S. 369 ff.

<sup>65</sup> Vgl. insbesondere die von *N. Andel*, Subventionen, S. 139 ff. formulierten „Subventionsregeln“.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu etwa aus finanzwissenschaftlicher Sicht *A. Kötzle*, Die Eignung von Subventionen für die Umweltpolitik, 1980, S. 18 ff.

<sup>67</sup> Veröffentlicht im Jahr 1973.

<sup>68</sup> *W. Hennis*, PVS 1965, S. 422 ff.

<sup>69</sup> Hierunter versteht *Kirchhoff* die „Leistungswirksamkeit“ der Subventionen im Hinblick auf den angestrebten Lenkungs- und Koordinierungserfolg, *G. Kirchhoff*, Subventionen, S. 15.

formität<sup>70</sup> an jede Subventionierung zu stellende Forderungen. Der Gang der Untersuchung ist durch eine Analyse des Lenkungs- und Koordinierungsprozesses und der dabei relevanten Bedingungen auf den Ebenen Staat-Bürger, Staat-Subventionsvermittler, Bund-Länder sowie Regierung-Parlament bestimmt.<sup>71</sup> Diese ebenso instrumentale wie prozessuale Vorgehensweise deckt sich in ihrer Perspektive mit der oben begründeten Sichtweise von Subventionen als staatliche Handlungsform. Auch eine genuin rechtliche Betrachtungsweise wird an den Ergebnissen eines derartigen Untersuchungsansatzes nicht vorbegehen können.

## II. Die Frage nach einer rechtlichen Ordnung des Subventionswesens – die Subventionsrechtsordnung

Dem allen gegenüber hat eine rechtliche Betrachtung ihren Ausgangspunkt in der Tatsache zu nehmen, daß Subventionen in großem Umfang als Instrumente staatlicher Zweckverfolgung eingesetzt werden. Praktische Erfahrung und Anschauung geben *Volkmar Götz* darin Recht, daß man sich trotz aller Kritik mit der Subventionsvergabe wohl auf Dauer einrichten müsse, sich die „ordnungspolitischen Aufgaben“ von Subventionen nicht einfach leugnen lassen.<sup>72</sup> Offensichtlich ist andererseits, daß sich dieses politische Gestaltungsinstrument nur widerstrebend in eine Rechtsordnung einfügen läßt, deren Strukturen mehr auf ein traditionelles ordnungsrechtliches Handeln des Staates als auf finanzstaatliche Steuerungsmechanismen ausgerichtet sind. Aus diesem Umstand resultieren vielfältige Kollisionen des Subventionsinstrumentariums mit rechtlichen Funktionszusammenhängen wie der Haushaltsordnung, der föderalen Ordnung, der Kompetenzordnung oder den Grundrechten. Dieser Konflikt zwischen den mit Subventionen verfolgten Bewirkungsinteressen und vorgefundenen Strukturen der Rechtsordnung müßte durch eine rechtliche Ordnung des Subventionswesens auf einem mittleren Abstraktionsniveau gelöst werden. Dieser käme die Aufgabe zu, auf der Grundlage der besonderen Sachgegebenheiten nach übergreifenden Gesichtspunkten die verschiedenen rechtlichen Interessen und Ordnungsstrukturen einander zuzuordnen und zum Ausgleich zu bringen. Eine derartige rechtliche Ordnung des Subventionswesens wird durch die Verfassung, die Subventionen zwar mittelbar anerkennt, jedoch nicht weiter regelt, nicht vorgegeben. Ebenso ist der Gesetzgeber bisher davor zurückgeschreckt, allgemeine Grundsätze des Subventionsrechts zu re-

---

<sup>70</sup> Hierunter versteht *Kirchhoff* die Vereinbarkeit dieses auf öffentlichen Finanzhilfen basierenden Steuerungsmechanismus mit den Prinzipien, die für eine demokratische und d.h. insbesondere freiheitliche Gesellschaftsordnung und für die parlamentarische Regierungsweise kennzeichnend sind, *G. Kirchhoff*, Subventionen, S. 15.

<sup>71</sup> *G. Kirchhoff*, Subventionen, S. 22.

<sup>72</sup> *V. Götz*, Subventionserschleichung, S. 12.

geln.<sup>73</sup> Einzelne Subventionsgesetze können hierzu nur wenig beitragen, da sie in Regelungsstruktur und Ordnungsvorstellungen zu heterogen sind, als daß sich aus ihnen verallgemeinerungsfähige rechtliche Grundprinzipien ableiten ließen.

Die „Unerträglichkeit des Ordnungsdefizits“<sup>74</sup>, die das Fehlen einer solchen rechtlichen Subventionsordnung mit sich bringt, wurde häufig beschworen.<sup>75</sup> Dabei wird dem von der Praxis beschrittenen (Aus-)Weg, diese Lücke durch ein komplexes und feinmaschiges System von Verwaltungsvorschriften (Subventionsrichtlinien) als „Ordnungssurrogat“ zu füllen, die Fähigkeit abgesprochen, das „Ordnungsproblem der Subventionen“ zu lösen.<sup>76</sup> Abgesehen von den begrenzten Rechtswirkungen der Richtlinien<sup>77</sup> fehlt ihnen die Einheitlichkeit und die Kraft, grundlegende Ordnungsvorstellungen zu entwickeln. Normative Visionen lassen sich hinter den rechtlichen Detailregelungen kaum erkennen. Die Ordnungsaufgabe fällt damit den Gerichten und insbesondere der Rechtswissenschaft zu. Zentrale Bedeutung gewinnt an dieser Stelle die methodische Frage, wie sich angesichts eines Dickichts von Detailvorschriften mit unterschiedlichen Rechtswirkungen auf der Grundlage der dem Recht zugrundeliegenden und von ihm aufzugreifenden Sachstrukturen des Subventionswesens und unter Berücksichtigung mehrerer, zum Teil interdependenter Rechtsordnungen (einschließlich europäischer und internationaler Vorgaben) einheitliche Ordnungsvorstellungen entfalten lassen. Hierauf wird im Rahmen der Erörterung der rechtlichen Elementarstrukturen des Subventionswesens zurückzukommen sein.<sup>78</sup>

### C. Integrierte Betrachtungsweise

Die rechtliche Analyse von Subventionen als Instrumente öffentlicher Zweckverwirklichung kann im Einzelfall in erheblichem Maße durch konkrete Gegenstände oder konkrete rechtliche Maßstäbe bestimmt sein. Die Erfordernisse der Rechtspraxis und die diesen entsprechende Publikation als Kommentar oder spezielle monographische Erörterung drängen die Rechtswissenschaft in der Tendenz zu einer thematisch beschränkten Betrachtung, etwa von Subventionen eines bestimmten Typs oder von Regeln bestimmter einzelner

---

<sup>73</sup> Vgl. dazu insbesondere die Gutachten, Referate und Diskussionen des 55. Deutschen Juristentages zum Thema „Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen“; der dort verwendete Begriff des Ordnungsrahmens soll allerdings nicht übernommen werden, da er zu sehr dem neoliberalen ordnungspolitischen Denken verbunden ist und damit bereits inhaltliche Vorstellungen transportiert.

<sup>74</sup> H. F. Zacher, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 308, 312, 396.

<sup>75</sup> M. Zuleeg, DÖV 1984, S. 733 f.; A. Bleckmann, Ordnungsrahmen, D 18 ff.

<sup>76</sup> H. F. Zacher, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 315.

<sup>77</sup> Vgl. dazu unten S. 522 ff.

<sup>78</sup> Vgl. dazu unten S. 57 ff.

Rechtsgebiete. Verstärkt wird die objektbezogene Vorgehensweise durch die Spezialisierung von Rechtspraktikern und Rechtswissenschaftlern, durch die sie mit bestimmten Rechtsgebieten und rechtlichen Maßstäben in besonderer Weise vertraut sind. Auf diese Weise bildete sich zum Beispiel neben einer spezifischen kommunalrechtlichen Literatur zum Subventionsrecht<sup>79</sup> insbesondere auch ein am Maßstab des Europarechts ausgerichtetes subventionsrechtliches Schrifttum aus.<sup>80</sup> Daneben lassen sich verfassungs- und verwaltungsrechtliche<sup>81</sup> sowie speziell haushaltsrechtliche Ansätze unterscheiden.<sup>82</sup> Anstelle dieses traditionellen objekt- bzw. maßstabbezogenen Vorgehens soll im folgenden eine integrierte Betrachtungsweise gewählt werden.

### *I. Das Ineinandergreifen verschiedener Rechtsordnungen*

Angesichts einer fortschreitenden Verzahnung nicht nur der Problemlagen, sondern auch des Handlungsinstrumentariums verschiedener Träger öffentlicher Gewalt sowie der diese steuernden Rechtsordnungen, stoßen die soeben beschriebenen isolierten Betrachtungsweisen heute auf deutliche Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit.

Im Subventionsrecht macht sich dies dadurch bemerkbar, daß das Instrumentarium zunehmend in koordinierende Rechtsrahmen eingebunden ist. Beispielsweise unterfallen Subventionen im Bereich der regionalen Wirtschaftsförderung gleich in doppelter Weise einer prägenden Netzwerkstruktur. Einerseits sind die Aktivitäten von Bund, Ländern und Kommunen auf diesem Gebiet durch das Regelungssystem des Art. 91a GG hinsichtlich der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ miteinander verklammert. Andererseits ist dieser Subventionsbereich in die Gemeinschaftspolitik zur Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts gemäß Art. 158 ff. EGV eingebunden, die ihren Ausdruck vor allem in dem Mechanismus der Kofinanzierung durch die Strukturfonds, hier besonders den Europäischen Regionalfonds gemäß Art. 160 EGV, findet. In diesem Verbundsystem stehen weniger die (verfassungs- und verwaltungsrechtlichen) Probleme der

---

<sup>79</sup> Vgl. dazu insbesondere A. Köttgen, Der heutige Spielraum kommunaler Wirtschaftsförderung, 1963; F. Möller, Gemeindliche Subventionsverwaltung, 1963; ders., Kommunale Wirtschaftsförderung, 1963; K. Lange, Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftsförderung, 1981; D. Ehlers (Hrsg.), Kommunale Wirtschaftsförderung, 1990.

<sup>80</sup> So bereits ein ausgeprägter Schwerpunkt bei V. Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 101 ff.; A. Bleckmann, Subventionen, S. 155 ff. sowie (exemplarisch) B. Börner/M. Bulinger (Hrsg.), Subventionen im Gemeinsamen Markt, 1978; K.-H. Rolfes, Regionale Wirtschaftsförderung und EWG-Vertrag, 1991; W. Cremer, Forschungssubventionen im Lichte des EGV, 1995.

<sup>81</sup> Vgl. etwa V. Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, mit der Einteilung in „Grundlagen“, „Besonderes Wirtschaftsrecht“ und „Verfassungsrecht“.

<sup>82</sup> Deutlich haushaltsrechtlich ausgerichtet ist G. Flaig, Subventionsrecht, Rn. 5 ff. et passim.

Subventionsvergabe durch Bund, Länder oder die EG als solche im Mittelpunkt des Interesses, als vielmehr die Koordinationsmechanismen und also die darin zum Ausdruck kommende Verschränkung der Rechtsordnungen.

Zu einem Ineinandergreifen verschiedener Rechtsordnungen im Bereich des Subventionsrechts kommt es jedoch auch unabhängig von derartigen Erscheinungen der Politik- und Instrumentenverschränkung. So nimmt die das nationale Subventionsrecht prägende Kraft einer sich herausbildenden internationalen Subventionsordnung auf globaler und regionaler Ebene zu.<sup>83</sup> Dies mag für die sich im Rahmen der GATT/WTO-Rechtstrukturen entwickelnde globale Subventionsordnung zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur mit Einschränkungen gelten, da sich diese in materieller (inhaltlicher) und formeller (auf indirekter Einwirkung beruhender) Hinsicht noch in einem Anfangsstadium befindet.<sup>84</sup> Dagegen ist der auf den Vorschriften der Art. 87 ff. EGV über die Beihilfenaufsicht der Gemeinschaft beruhende Rechtsrahmen mittlerweile in einer Weise wirkungskräftig geworden,<sup>85</sup> daß eine Beschäftigung mit nationalem Subventionsrecht ohne Einbeziehung der europarechtlichen Vorgaben sinnvoll nicht mehr möglich ist.<sup>86</sup> Die europarechtliche Überlagerung des nationalen Verwaltungsrechts findet hier einen bereichsspezifisch verstärkten Ausdruck.

Die Vorstellung von *Wilhelm Henke*<sup>87</sup>, die Regelungen des europäischen Subventionsrechts aus der Betrachtung auszuschließen, „weil deren Einbeziehung die Ausbildung eines geschlossenen Subventionsrechts sehr erschweren würde“, ist heute noch weniger zeitgemäß als vor zwanzig Jahren. Vielmehr sollte aus der Not eine Tugend gemacht werden und der Versuch unternommen werden, von einer europäischen Subventionsrechtsordnung zu lernen, die *Arnold Köttgen*<sup>88</sup> bereits in den 50er Jahren, vielleicht etwas zu euphorisch, als „ungleich moderner“ bezeichnet hat.

## II. Parallele Betrachtung verschiedener Subventionsordnungen

Wenn der traditionellen Betrachtungsweise des Subventionsrechts aus den genannten Gründen eine integrierte Perspektive entgegengestellt werden soll, so ist auch dies in unterschiedlichen Varianten vorstellbar und daher näher auszuführen.

<sup>83</sup> Vgl. hierzu näher unten S. 97 ff.

<sup>84</sup> Vgl. hierzu näher unten S. 126 ff.

<sup>85</sup> Vgl. dazu unten S. 152 ff. und S. 187 ff.

<sup>86</sup> Allgemein zur Forderung nach einer Einbeziehung des Europarechts in das verwaltungsrechtliche System *O. Bachof*, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 236; sowie jüngst *E. Schmidt-Aßmann*, Die Verwaltung 1994, S. 141 f.; *Th. v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, S. 194 ff., 395 ff.

<sup>87</sup> *W. Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, S. IV, 1.

<sup>88</sup> *A. Köttgen*, DVBl 1953, S. 491.

Denkbar wäre der radikale Ansatz, nur noch von bestimmten allgemeinen rechtlichen Problemen des Subventionswesens auszugehen, etwa der Frage nach der Rechtsgrundlage oder den verwaltungsrechtlichen Vergabeformen. Auf dieser Grundlage könnte der Versuch unternommen werden, einheitliche rechtliche Problemlösungen zu entwickeln, die anschließend, bezogen auf die spezifische Rechtslage des jeweiligen Subventionsträgers (EG, Bund, Länder oder Kommunen), nur noch verdeutlicht und notfalls modifiziert werden müßten. Dieser Ansatz wäre jedoch nur praktikabel, wenn es im Bereich des Subventionsrechts bereits ein so weitgehendes „ius commune“ gäbe, daß das Gemeinsame der verschiedenen Subventionsrechtsordnungen das Trennende deutlich überwöge. Ohne Zweifel bewegt sich das Subventionsrecht, wie andere Gebiete des Verwaltungsrechts auch, angetrieben durch den Motor des Europarechts in diese Richtung einer stärkeren Anpassung und Vereinheitlichung. Doch dürften die verschiedenen Subventionsrechtsordnungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch so stark in ihren unterschiedlichen Traditionen verhaftet und durch unterschiedliche Prinzipien und Rechtsformen geprägt sein, daß sich eine vollständig integrierte Untersuchung immer wieder in besonderen rechtlichen Erscheinungen und Vorfragen des jeweiligen Rechtskreises verlieren würde und die an sie gerichteten Erwartungen nicht erfüllen könnte.

Als Alternative bietet sich eine Vorgehensweise an, die ihre Vorbilder eher im Bereich der Rechtsvergleichung suchen könnte, nämlich eine *parallele Betrachtung verschiedener Subventionsrechtsordnungen*.<sup>89</sup> Auf der Grundlage einer einheitlichen Analyse der Problemstellungen, wie sie von der Rechtspraxis vorgegeben werden und durch ökonomische und politikwissenschaftliche Betrachtungen vertieft und hinterfragt werden können, soll, gleichsam als Folie, für einzelne Problemkomplexe eine gemeinsame Struktur entwickelt werden. Diese kann dann wie ein Fragenkatalog auf der Grundlage eines einheitlichen Gliederungsschemas für die verschiedenen Fallgruppen, Subventionsvergabe durch die EG, durch Bund und Länder sowie durch die Kommunen, „abgearbeitet“ werden. Diese Vorgehensweise verspricht einen Erkenntnisgewinn in zweierlei Hinsicht. Einerseits ist es denkbar, daß man ausgehend von der allgemeinen Problemanalyse bezogen auf einen bestimmten Subventionsgeber auf Fragestellungen stößt, die bisher aufgrund fehlenden Problembewußtseins so nicht erkannt wurden oder aber unter anderen, eventuell unzutreffenden Zusammenhängen erörtert worden sind. Andererseits begründet die Gegenüberstellung die Aussicht, daß dadurch wechselseitige Einflüsse der Subventionsrechtsordnungen sichtbar, gemeinsame Sachstrukturen transparenter werden und rechtliche Ordnungsansätze miteinander verglichen werden können.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Zu Recht geht *Th. v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, S. 479, 481, davon aus, daß es eben nicht nur um den Vorrang des Gemeinschaftsrechts, sondern auch um einen „diskursiven Ideenwettbewerb“ zwischen nationaler und europäischer Verwaltungsrechtsordnung durch eine „kontrastive Gegenüberstellung“ gehe.

<sup>90</sup> So auch *M. Schröder*, ZHR Bd. 152 (1988), S. 392 f.: weniger „kollisionsrechtliche Betrachtung“ als gegenseitige Anregung.

Natürlich ist diese Vorgehensweise angesichts ihres Umfangs mühsam. Zudem besteht auch hier die Gefahr, sich so weitgehend in die Besonderheiten der einzelnen Rechtskreise zu verlieren, daß „der Wald vor lauter Bäumen nicht mehr gesehen wird“, das Verbindende aus dem Blickfeld gerät. Gangbar ist dieser Weg nur, wenn man sich bei der Planung der einzelnen Etappen auf das Wesentliche, Richtungsweisende konzentriert und Details und kleinere Verästelungen soweit wie möglich außer Betracht läßt.

## §2 Gegenstand der Untersuchung

Der Untersuchungsgegenstand wird durch den zugrunde zu legenden Subventionsbegriff festgelegt. Dessen Anwendungsbereich soll anschließend durch eine Typologie der Erscheinungsformen von Subventionen greifbar gemacht werden.<sup>1</sup>

### *A. Begriff der Subvention*

Es gibt keinen allgemeinverbindlichen Begriff der Subvention. Die Suche nach ihm war und ist zum Scheitern verurteilt. Vielleicht etwas überzogen, im Kern jedoch zutreffend ist die Feststellung von *Norbert Andel*: „Der Grenzertrag der Diskussion um den Subventionsbegriff tendiert gegen Null, nicht selten ist er negativ.“<sup>2</sup> Wie jede Begriffsbildung hat dieser vielmehr dienende Funktion, hängt vom jeweiligen erkenntnisleitenden Interesse ab und ist somit bereichsspezifisch.<sup>3</sup> Begriffsbildungen sind daher in erster Linie eine Frage der Zweckmäßigkeit, die im Hinblick auf das Untersuchungsziel beantwortet werden sollte.<sup>4</sup>

Die Uneinheitlichkeit der Subventionsbegriffe ist daher in der Vielfalt der Untersuchungsperspektiven und -ziele angelegt. Die Definitionen variieren notwendigerweise nicht nur zwischen den einzelnen Wissenschaftszweigen (interdisziplinär), sondern auch innerhalb derselben (intradisziplinär).<sup>5</sup> Selbst ein

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu unten S. 48 ff.

<sup>2</sup> *N. Andel*, Subventionen als Instrumente des finanzwirtschaftlichen Interventionismus, S. 4. Ähnlich eindringlich, bezogen auf Begriffsbildungen des öffentlichen Rechts, bereits *Albert Haenel* vor über 100 Jahren: „Allein in der Wissenschaft des öffentlichen Rechts hat nun einmal jeder Schriftsteller das angeborene Recht, sich die Terminologie auf eigene Faust, nach seinem Belieben und nach dem bedarf seiner dogmatischen Konstruktionen zu bilden. Es ist vollkommen werthlos, darüber zu streiten.“ *A. Haenel*, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 111.

<sup>3</sup> *H. P. Ipsen*, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 276; *V. Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 3 ff.; *F. Eppe*, Subventionen und staatliche Geschenke, S. 30 ff.; *A. Bleckmann*, Ordnungsrahmen, D 12: der Subventionsbegriff ist kein Rechtsbegriff im Sinne von Philipp Heck, sondern ein wissenschaftlicher Ordnungsbegriff.

<sup>4</sup> *C. S. Shoup*, The Terminology of Subsidies, S. 310; *N. Andel*, Subventionen, S. 491; *B. F. Gröbner*, Subventionen, S. 11; *M. Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, S. 20.

<sup>5</sup> *M. Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, S. 22.

von *Albert Bleckmann* vorgeschlagener „Subventionsrahmenbegriff“<sup>6</sup> kann angesichts der Vielfalt von Herausforderungen und Fragestellungen keinen gemeinsamen Nenner bieten. Störend ist die Uneinheitlichkeit jedoch dort, wo sich Untersuchungsgegenstand und Fragestellung decken, wie dies typischerweise bei dem Anliegen, Subventionen quantitativ zu erfassen, der Fall ist.<sup>7</sup>

Im folgenden werden zunächst die verschiedenen in der Ökonomie verwendeten Subventionsbegriffe (I.) sowie die unterschiedlichen Begriffsbestimmungen der positiven Rechtsordnung (II.) dargestellt. Im Anschluß hieran sollen die Kriterien des in der nachfolgenden Untersuchung zu verwendenden Subventionsbegriffs herausgearbeitet werden (III.).

### *I. Wirtschaftswissenschaftliche Definitionen*

Die in der ökonomischen Literatur verwendeten Subventionsbegriffe sind mindestens ebenso unterschiedlich wie die juristischen Definitionsversuche. Gleichwohl soll im vorliegenden Zusammenhang nicht darauf verzichtet werden, kurz auf sie einzugehen. Einerseits hat die wirtschafts- und finanzwissenschaftliche Beschäftigung mit Subventionen eine längere Tradition als die juristische, so daß man davon ausgehen kann, daß die Rechtswissenschaft zumindest teilweise an ökonomische Forschungsergebnisse angeknüpft hat.<sup>8</sup> Besonders naheliegend ist das in stark wirtschaftspolitisch geprägten Bereichen (z.B. EG-Beihilfeaufsichtsrecht, GATT-Subventionsordnung). Bei der Vielfalt der in den Wirtschaftswissenschaften verwendeten Definitionen kann allerdings die Einteilung nur sehr grob sein und allenfalls „Typen“ wiedergeben.<sup>9</sup>

#### *1. Instrumentenorientierte Ansätze*

Über eine lange Tradition verfügen sehr enge, instrumentenbezogene Definitionen, die im Rahmen finanzwissenschaftlicher Ausführungen zum Thema „Öffentliche Ausgaben“ entwickelt wurden.<sup>10</sup> Subventionen sind danach

<sup>6</sup> *A. Bleckmann*, Ordnungsrahmen, D 9.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu den Versuch verschiedener an der Strukturberichterstattung beteiligter Forschungsinstitute, sich – unter Einbeziehung des Bundesamtes für Statistik – auf einen einheitlichen Subventionsbegriff zu einigen, *B. Fritzsche/M. Hummel/K. H. Jüttemeier/F. Stille/M. Weilepp*, Subventionen, S. 16 ff. Zum Problem der quantitativen Erfassung von Subventionen vgl. näher unten S. 34 f.

<sup>8</sup> So auch hinsichtlich des Subventionsbegriffs ausdrücklich *K. Stern*, JZ 1960, S. 519 ff. Zu einem vergleichbaren Rezeptionsvorgang kam es im Bereich des Steuerverfassungsrechts, vgl. dazu *M. Rodi*, Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem, S. 12 ff., 43 f.

<sup>9</sup> Zu den verschiedenen Systematisierungsmöglichkeiten vgl. *D. Bös*, Gedanken zum Subventionsbegriff in den Wirtschaftswissenschaften, S. 43 ff.

<sup>10</sup> *G. Colm*, Volkswirtschaftliche Theorie der Staatsausgaben, 1927, S. 47; *H.-E. Freudenberg*, Die Subvention als Kreislaufproblem in Marktwirtschaft und Staatswirtschaft, 1934,

Staatsleistungen an Private, insbesondere Unternehmen, denen keine „ökonomische Gegenleistung“ entspricht.<sup>11</sup> Eine Erweiterung erfuhr diese Begriffsbildung, als in der Folge der Aspekt des Zuflusses beim privaten Empfänger in die Betrachtung einbezogen wurde.<sup>12</sup> Damit wurden auch indirekte Vergünstigungen erfaßt.<sup>13</sup>

In der Praxis finden derart weite Definitionen auf einer „kreislauftheoretischen Grundlage“ vor allem im Rahmen volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen Verwendung.<sup>14</sup> Dort versteht man unter Subventionen „Zuschüsse, die der Staat im Rahmen der Wirtschafts- und Sozialpolitik für laufende Produktionszwecke gewährt, sei es zur Beeinflussung der Marktpreise oder zur Stützung von Produktion und Einkommen“.<sup>15</sup>

## 2. Problem- oder wirkungsorientierte Ansätze

Eine weitere Gruppe von Definitionen „ist nicht primär instrument-, sondern problembezogen. Sie stellt auf den gezielt begünstigenden Eingriff des Staates in den marktwirtschaftlichen Bereich ab“.<sup>16</sup> Zentrales Kriterium ist hier der Aspekt der Marktbeeinflussung (insbesondere auch der Wettbewerbsaspekt). *Norbert Andel*<sup>17</sup> sieht das „diskriminierende Element“ als mit dem Subventionsbegriff wesentlich verbunden an.

Als praktischer Anwendungsfall sei hier die Strukturberichterstattung genannt. Auf Anregung der Bundesregierung haben sich die beteiligten fünf Forschungsinstitute im Grundsatz auf einen gemeinsamen Subventionsbegriff geeinigt, dem im wesentlichen die Einflußnahme auf wirtschaftliche Strukturen als Abgrenzungskriterium zugrunde liegt.<sup>18</sup> Ein problem- und wirkungsorien-

---

S. 20 f., 32; A. C. Pigou, *A Study in Public Finance*, 1956, S. 19; R. A. Musgrave, *Public Finance*, 1959, S. 193.

<sup>11</sup> Vgl. etwa N. Andel, *Finanzwissenschaft*, S. 274: „Transferzahlungen an Unternehmen“ als „einseitige Kaufkraftübertragung ohne Gegenleistung“.

<sup>12</sup> Vgl. zu dieser Entwicklung V. Götz, *Recht der Wirtschaftssubventionen*, S. 13 ff.

<sup>13</sup> Vgl. etwa *Görres-Gesellschaft* (Hrsg.), *Staatslexikon*, Freiburg/Basel/Wien, 1989, Stichwort „Subvention“: „Gemeinsamer Nenner der wirtschafts- und finanzwissenschaftlichen Definitionen ist, daß es sich bei Subventionen um Geldzahlungen (Finanzhilfen), geldwerte Leistungen oder Einnahmeverzichte der Gebietskörperschaften einschließlich der Sondervermögen und der EG zugunsten von Unternehmen (nach der engeren Definition) sowie von privaten Haushalten (nach der weiteren Definition) handelt, denen keine marktmäßige Gegenleistung der Empfänger gegenübersteht.“

<sup>14</sup> Vgl. dazu D. Bös, *Gedanken zum Subventionsbegriff in den Wirtschaftswissenschaften*, S. 53 f.; M. Nieder-Eichholz, *Die Subventionsordnung*, S. 30 f.

<sup>15</sup> Statistisches Bundesamt, *Statistisches Jahrbuch 1998*, S. 649.

<sup>16</sup> W. Albers u. a. (Hrsg.), *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Bd. 7, Stuttgart/New York 1977, Stichwort „Subventionen“; dort als „sehr weite Definition“ bezeichnet.

<sup>17</sup> N. Andel, *Subventionen als Instrument des finanzwirtschaftlichen Interventionismus*, 1970, S. 6.

<sup>18</sup> B. Fritzsche/M. Hummel/K. H. Jüttemeyer/F. Stille/M. Weilepp, *Subventionen*, S. 16 ff.; vgl. hierzu insgesamt: *Zwölfter Subventionsbericht*, Rz. 25.

tiertes Subventionsverständnis hat insbesondere die Begriffsbildungen im Bereich des europäischen und internationalen Handels- und Wirtschaftsrechts beeinflusst.<sup>19</sup>

### 3. Aufgabenorientierte Ansätze

Ein Sonderfall der wirkungsorientierten Definitionen sind die aufgabenorientierten.<sup>20</sup> Bei diesen tritt der Lenkungsaspekt der Subventionen zum Zwecke der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in den Vordergrund. So bezeichnet *Hansmeyer* Subventionen „als Geldzahlungen oder geldwerte Leistungen der öffentlichen Hand an Unternehmen..., von denen anstelle einer marktwirtschaftlichen Gegenleistung bestimmte Verhaltensweisen gefordert oder erwartet werden, die dazu führen sollen, die marktwirtschaftlichen Allokations- und/oder Distributionsergebnisse nach politischen Zielen zu korrigieren“.<sup>21 22</sup>

Derartige Definitionen finden in wirtschaftspolitischen Zusammenhängen Verwendung.

## II. Begriffsbestimmungen des positiven Rechts

Vereinzelt enthält das positive Recht Begriffsbestimmungen. Es ist zumindest denkbar, daß sich diese oder einzelne ihrer Bestandteile als verallgemeinerungsfähig erweisen, wenn und soweit nicht Besonderheiten ihres Funktionszusammenhangs entgegenstehen. Vor der Festlegung des dieser Untersuchung zugrunde zu legenden Subventionsbegriffs (unten III.) soll daher noch kurz ein Blick auf die einschlägigen Regelungen geworfen werden.

<sup>19</sup> Vgl. dazu unten S. 36 ff.

<sup>20</sup> Die Übergänge sind fließend, vgl. etwa die von C. S. Shoup maßgeblich beeinflusste Publikation des US Congress, Joint Economic Committee: *The Economics of Federal Subsidy Programs. A Staff Study prepared for the Use of the Joint Economic Committee, Washington 1972*, S. 18: „For the purpose of this study, a subsidy is defined as the provision of Federal economic assistance, at the expense of others in the economy, to the private sector producers or consumers of a particular good, service or factor of production. The Government receives no equivalent compensation in return, but conditions the assistance on a particular performance by the recipient – a quid pro quo – that has the effect of altering the price or costs of the particular good, service or factor to the subsidy recipient, so as to encourage or discourage the output, supply, or use of these items and the related economic behavior“; ähnlich: C. S. Shoup, *Public Finance*, S. 43, 149 ff.

<sup>21</sup> K.-H. Hansmeyer, *Transferzahlungen an Unternehmen (Subventionen)*, 1977, S. 959, 963; noch 1963 hatte *Hansmeyer* Subventionen als „Transferzahlungen an Unternehmen ohne Verwendungsaufgaben“ bezeichnet und sie damit von den mit Verwendungsaufgaben versehenen „Zweckzuwendungen“ unterschieden, vgl. K.-H. Hansmeyer, *Subventionen*, S. 15.

<sup>22</sup> Ebenfalls verhaltensbezogen: M. Schlesinger, *Subventionsvergabe im Wettbewerb*, S. 7, mit Verweis auf R.-D. Bagen, *Subventionen und Subventionspolitik*, S. 5 ff.

## 1. Der strafrechtliche Subventionsbegriff

Eine gesetzliche Definition des Subventionsbegriffs enthält § 264 Abs. 7 StGB. Diese gilt nicht nur für den Tatbestand des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB), sondern auch für das zeitgleich eingeführte Gesetz gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen (§ 1 Abs. 1 SubvG). Eine nähere Betrachtung dieses Begriffes erscheint angesichts des Umstandes, daß *Dreher/Tröndle* in § 264 Abs. 7 StGB „eine für das gesamte öffentliche Recht maßgebliche Definition“ sehen,<sup>23</sup> besonders naheliegend.

„Subvention im Sinne dieser Vorschrift ist eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht oder nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften an Betriebe oder Unternehmen, die wenigstens zum Teil (1.) ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird und (2.) der Förderung der Wirtschaft dienen soll. Betrieb oder Unternehmen im Sinne des Satzes 1 ist auch das öffentliche Unternehmen.“ Durch das Tatbestandsmerkmal „Leistung aus öffentlichen Mitteln“ wird festgelegt, daß nur geldwerte direkte Zuwendungen von der Vorschrift umfaßt werden.<sup>24</sup> Diese Einengung wird verständlich vor dem Hintergrund, daß Manipulationen im Bereich der indirekten Subventionen (Steuervergünstigungen) durch den Tatbestand der Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abgabenordnung strafrechtlich ausreichend erfaßt sind.<sup>25</sup> In den strafrechtlichen Subventionsbegriff einbezogen werden dagegen Leistungen nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft, unabhängig davon, ob die Mittel durch die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft verwaltet werden.<sup>26</sup> Die Leistung muß weiterhin zumindest teilweise „ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt“ werden.<sup>27</sup> Dieses in den ökonomischen Begriffsbildungen anerkannte Kriterium führt zu besonderen praktischen Anwendungsschwierigkeiten, etwa dann, wenn die Leistung nur unwesentlich über dem Marktwert der Gegenleistung liegt (Fälle einer sog. „Gemengelage“) oder für eine öffentliche Leistung ein Markt fehlt (z.B. bei Kredithilfen oder in bestimmten Fällen der Realförderung).<sup>28</sup> Die Einengung des Leistungszwecks auf die „Förderung der Wirtschaft“ hat wiederum spezifisch kriminalpolitische Gründe.<sup>29</sup> Der Gesetzge-

---

<sup>23</sup> *H. Tröndle/Th. Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Rn. 6 zu § 264 StGB.

<sup>24</sup> Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 1. April 1975, BT-Drs. 7/3441, S. 17, 25, sowie *H. J. Wassmann*, Strafrechtliche Risiken bei Subventionen, S. 23 f.

<sup>25</sup> *H. J. Wassmann*, Strafrechtliche Risiken bei Subventionen, S. 17: „§ 264 StGB schützt die Ausgaben, und § 370 AO schützt die Einnahmen des Staates“.

<sup>26</sup> *H. J. Wassmann*, Strafrechtliche Risiken bei Subventionen, S. 25 m. Nachw.; für den Fall von Ausfuhrerstattungen nach dem EG-Marktordnungsrecht vgl. etwa BGH, NStZ 1990, S. 35 ff.

<sup>27</sup> Die Erfüllung des Subventionszwecks ist keine Gegenleistung in diesem Sinne, sondern Voraussetzung für die Gewährung der Subvention, vgl. BGH, NStZ 1990, S. 35 ff.

<sup>28</sup> Hier weicht die Praxis auf das Kriterium der Kostendeckung aus, vgl. *H. J. Wassmann*, Strafrechtliche Risiken bei Subventionen, S. 25 ff.

<sup>29</sup> *W. Leisner*, Die Lenkungsauflage, S. 49 f.; *T. Schmid*, Wirtschaftssubventionen, S. 23.

ber<sup>30</sup> ging aufgrund von Kriminalstatistiken davon aus, daß nur in diesem Bereich ein unabweisbares Bedürfnis für einen verstärkten Strafrechtsschutz bestehe. Eine weitere Besonderheit des strafrechtlichen Subventionsbegriffs, die sich ebenfalls aus einem gesteigerten Strafbarkeitsbedürfnis erklärt, ist die Einbeziehung öffentlicher Unternehmen in den Kreis der Subventionsnehmer (§ 264 Abs. 7 S. 2 StGB).

Die Legaldefinition des § 264 StGB erweist sich somit als in hohem Maße kriminalpolitisch bedingt.<sup>31</sup> Ein näherer Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm<sup>32</sup> zeigt zudem, daß ihr Zustandekommen äußerst umstritten und in gewisser Hinsicht auch zufallsbedingt war. Der Regierungsentwurf<sup>33</sup> legte noch einen rein formellen Subventionsbegriff zugrunde; eine Subvention sei „eine aus öffentlichen Mitteln erbrachte und durch Gesetz als Subvention im Sinne dieser Vorschrift bezeichnete Leistung an Empfänger außerhalb der öffentlichen Verwaltung“. In der Begründung<sup>34</sup> wurde hervorgehoben, diese Vorgehensweise sei die notwendige Konsequenz daraus, daß es keinen allgemein gültigen Begriff der Subvention gebe. Wegen fehlender Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) und der Gefahr von Ungleichbehandlungen durch den Gesetzgeber stieß dies jedoch im Laufe der Beratungen auf heftige Kritik.<sup>35</sup> Trotz aller inhaltlicher Unsicherheiten wurde daher schließlich doch ein materieller Subventionsbegriff eingeführt.

Damit bleibt festzuhalten, daß der Legaldefinition des § 264 Abs. 7 StGB der Makel einer gewissen Beliebigkeit anhaftet. Zumindest ist sie in hohem Maße kriminalpolitisch bedingt. Davon, daß diese Definition für das gesamte öffentliche Recht maßgeblich sei, kann daher keine Rede sein.<sup>36</sup>

## 2. Der Subventionsbegriff der Subventionsberichte

Gemäß § 12 Abs. 2 und 3 StabG hat die Bundesregierung dem Bundestag und dem Bundesrat alle zwei Jahre einen Bericht über die Entwicklung der Finanzhilfen und der Steuervergünstigungen vorzulegen.<sup>37</sup> Die Bundesregierung faßt die zu berücksichtigenden Finanzhilfen und Steuervergünstigungen unter dem

<sup>30</sup> Vgl. Gesetzentwurf, BT-Drs. 7/3441, S. 10 f.

<sup>31</sup> Vgl. dazu BGH, NJW 1999, S. 1196 ff.

<sup>32</sup> Vgl. dazu W. Löwer, JZ 1979, S. 622 ff.

<sup>33</sup> BT-Drs. 7/3441, S. 4; vgl. zur Entstehungsgeschichte näher W. Löwer, JA 1977, S. 320.

<sup>34</sup> BT-Drs. 7/3441, S. 22 ff.

<sup>35</sup> Vgl. dazu den Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. 7/5291, S. 9 ff.

<sup>36</sup> So im Ergebnis auch W. Leisner, Die Lenkungsauflage, S. 49 f. Dagegen hält R. Stober, BB 1996, S. 1845 f., eine Übertragung des Begriffs auf das Wirtschaftsförderungsrecht für geeignet, da dieses ebenso wie das Wirtschaftsstrafrecht dem Schutz des öffentlichen Interesses an einer wirksamen staatlichen Förderung und der Vermeidung von Zweckverfehlungen diene.

<sup>37</sup> Zum System der Subventionsberichterstattung als „Strategie zur Erhöhung der Beherrschbarkeit im Subventionswesen“ vgl. M. Nieder-Eichholz, Die Subventionsordnung, S. 168 ff.

Oberbegriff „Subventionen“ zusammen und nennt den Bericht nach § 12 StabG daher „Subventionsbericht“.<sup>38</sup> Allerdings sind die Begriffe „Finanzhilfen“ und „Steuervergünstigungen“ im Stabilitätsgesetz nicht weiter definiert. Aus § 12 Abs. 1 StabG ergibt sich lediglich, daß es sich bei Finanzhilfen um Bundesmittel handeln muß, die für bestimmte Zwecke an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung gegeben werden. Die Fallgruppen des § 12 Abs. 2 StabG, die als Gliederung für die Finanzhilfen des Subventionsberichts dienen sollen (Erhaltungshilfen, Anpassungshilfen sowie Produktivitätshilfen für die Wirtschaft), schließen die Einbeziehung anderer Finanzhilfen nicht aus.<sup>39</sup> Die Konkretisierung des Begriffs durch die Bundesregierung<sup>40</sup> weist eine Reihe von Ungereimtheiten auf und blieb daher nicht unwidersprochen.<sup>41</sup>

Die Weite des Konzeptes erklärt sich aus dem Zweck der Subventionsberichterstattung, umfassende Transparenz aller staatlicher Leistungen an Dritte zu gewährleisten. Aufgrund dieses spezifischen Ziels ist der Begriff im Rahmen einer verfassungs- bzw. verwaltungsrechtlichen Arbeit wenig geeignet.<sup>42</sup>

### 3. Der haushaltsrechtliche Zuwendungsbegriff

§ 14 HGrG, § 23 BHO und die entsprechenden Vorschriften der Haushaltsordnungen der Länder enthalten eine Bestimmung des haushaltsrechtlichen Begriffs der Zuwendung:<sup>43</sup> „Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Verwaltung des Bundes oder des Landes zur Erfüllung bestimmter Zwecke“.

Die Funktion des haushaltsrechtlichen Zuwendungsbegriffs läßt sich insbesondere anhand der daran geknüpften Rechtsfolgen ermitteln. Zuwendungen sind nach den genannten Bestimmungen in spezifischer Weise rechtfertigungsbedürftig. Zudem unterliegen Zuwendungen gemäß § 43 HGrG, § 91 BHO (sowie den entsprechenden Landesbestimmungen) der Haushalts- und Wirtschaftsprüfung der Rechnungshöfe, die insbesondere auch beim Zuwendungs-

<sup>38</sup> Eine Reihe von Bundesländern erstellt eigene Subventionsberichte mit teilweise abweichenden Begriffsbestimmungen, vgl. dazu 16. Subventionsbericht, Anlage 10. Zu Entstehungsgeschichte, Inhalt und Entwicklung der Subventionsberichterstattung in Bayern vgl. ausführlich *K. D. Diller*, Subventionsberichterstattung der Bundesländer: Bayern, S. 1 ff. Die wechselhafte Abgrenzung des dort verwendeten Subventionsbegriffs (dazu *K. D. Diller*, aaO., S. 12 ff.) macht deutlich, daß nicht die Praxis der Berichterstattung einem ursprünglich gewählten Begriffsinhalt, vielmehr der Subventionsbegriff schrittweise der Praxis der Berichtsabgrenzung angepaßt wurde (*K. D. Diller*, aaO., S. 18).

<sup>39</sup> Vgl. Bericht des Ausschusses für Wirtschafts- und Mittelstandsfragen am 2. Mai 1967 (zu BT-Drs. V/1678), zu § 12 StabG.

<sup>40</sup> Vgl. dazu die „methodischen Erläuterungen“ im 16. Subventionsbericht, Anlage 9.

<sup>41</sup> *G. Haverkate*, Subventionsrecht, S. 336 f.

<sup>42</sup> *Cb. Gusy*, JA 1991, S. 288.

<sup>43</sup> Nach überwiegender, wenn auch umstrittener Ansicht handelt es sich dabei um eine Legaldefinition, vgl. *K. Lange*, Die Prüfung staatlicher Zuwendungen, S. 280; *E. Krämer*, DÖV 1990, S. 546 f.; *a. A.: E. A. Piduch*, Bundeshaushaltsrecht, Anm. 4 zu § 23 BHO.

empfänger durchzuführen ist. Das Zuwendungsregime dient, wie sich bereits aus der Begriffsbestimmung ergibt, insbesondere der Verwirklichung der Erfüllung öffentlicher Subventionszwecke.<sup>44</sup> In dieser Hinsicht weist der haushaltsrechtliche Zuwendungsbegriff eine gewisse Nähe zu den in dieser Untersuchung behandelten Fragestellungen auf.

Demgegenüber ergeben sich für den Anwendungsbereich des Zuwendungsbegriffs bereits aufgrund des Wortlauts, verstärkt durch eine notwendige systematische und teleologische Auslegung, Besonderheiten<sup>45</sup>, die einer Verallgemeinerung und Übertragung auf den Subventionsbegriff im Wege stehen. Dies gilt in erster Linie für den engen, lediglich auf Geldzahlungen bezogenen Leistungsbegriff.<sup>46</sup> Aus systematischen Erwägungen etwa fällt die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen (§ 39 BHO) nicht unter den Zuwendungsbegriff. Aus teleologischen Erwägungen scheidet zudem alle zweckbestimmten Leistungen aus, auf die der Empfänger einen gesetzlichen Anspruch hat. Andererseits faßt der Begriff den Kreis der Zuwendungsempfänger (alle Stellen außerhalb der Bundes- bzw. Landesverwaltung) sehr weit und schließt hier insbesondere auch kommunale Gebietskörperschaften ein. Diese Begriffselemente sind auf die Besonderheiten des haushaltsrechtlichen Verfahrens zugeschnitten und lassen sich nicht auf das Subventionsrecht insgesamt übertragen. Haushaltsrecht und Subventionsrecht decken sich zwar teilweise, stehen jedoch grundsätzlich selbständig nebeneinander.<sup>47</sup>

#### 4. *Begriffsbildungen im internationalen Recht*

In der Einleitung wurde bereits darauf hingewiesen, daß sich gegenwärtig Grundlinien einer internationalen Subventionsrechtsordnung herausbilden. Wichtige Akteure sind in diesem Zusammenhang die Welthandelsorganisation (GATT/WTO) sowie auf regionaler Ebene die Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) und die Europäische Union. Dadurch haben bereits an mehreren Stellen Subventionsbegriffe eine positive Ausprägung in der internationalen Rechtsordnung erfahren. Doch ist die Begriffsbildung noch im Fluß, da die Entwicklung einer internationalen Subventionsordnung am Anfang steht. Im Zusammenhang mit der Behandlung der internationalen Subventionsordnung wird hierauf noch zurückzukommen sein.<sup>48</sup> An dieser Stelle soll jedoch auf die Begriffsbildungen des internationalen Rechts

---

<sup>44</sup> Zur Zweckbindung als maßgeblichem Charakteristikum des Zuwendungsbegriffs vgl. *K. Lange*, Die Prüfung staatlicher Zuwendungen, S. 284 ff.

<sup>45</sup> Vgl. dazu *K. Lange*, Die Prüfung staatlicher Zuwendungen, S. 280 ff.; *E. Krämer*, DÖV 1990, S. 546 ff.

<sup>46</sup> Vgl. dazu *K. Lange*, Die Prüfung staatlicher Zuwendungen, S. 281 ff.; *G. Flaig*, Subventionsrecht, Rn. 28.

<sup>47</sup> *G. Flaig*, Subventionsrecht, Rn. 28.

<sup>48</sup> Vgl. dazu unten S. 108, S. 126 f., S. 152 ff.

schon insoweit eingegangen werden, als sie möglicherweise den hier zugrunde zu legenden Arbeitsbegriff beeinflussen können.

### a) Der Subventionsbegriff in der GATT/WTO-Rechtsordnung

Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT) befaßt sich seit 1947 in den Artikeln VI und XVI ausdrücklich mit Subventionen (engl. „subsidies“, franz. „subventions“), ohne den Begriff zu definieren.

Art. VI GATT (1947/94)<sup>49</sup> behandelt die Zulässigkeit von Ausgleichszöllen. Diese dürfen unter bestimmten Voraussetzungen erhoben werden, um „Prämien und Subventionen“, die „im Ursprungs- oder Ausfuhrland mittelbar oder unmittelbar für die Herstellung, Gewinnung oder Ausfuhr“ für die betreffende Ware gewährt worden sind, unwirksam zu machen. Art. XVI GATT 1947/94 beschäftigt sich im Abschnitt A mit Subventionen im allgemeinen. Danach haben die Vertragsparteien von ihnen gewährte Subventionen, einschließlich jeder Form von Einkommens- und Preisstützung, die unmittelbar oder mittelbar die Wirkung haben, die Ausfuhr einer Ware aus ihrem Gebiet zu steigern oder die Einführung einer Ware in ihr Gebiet zu vermindern, zu notifizieren.

Diese zwei Grundnormen wurden durch zwei Zusatzabkommen, das Übereinkommen zur Auslegung und Anwendung der Artikel VI, XVI und XXIII des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens vom 12. April 1979 („Subventionskodex '79“)<sup>50</sup> und das im Rahmen der Uruguay-Runde abgeschlossene Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen („Subventionskodex '94“)<sup>51</sup>, konkretisiert und fortentwickelt. Eine Hauptschwierigkeit bei der Anwendung der Verfahren zur Abwehr von Subventionen bildeten jedoch bis heute die Unsicherheiten bei der Bestimmung des maßgeblichen Subventionsbegriffs. Der Subventionskodex '79 brachte hier erstmals eine verbindliche, wenn auch nur wenig konkrete Festlegung.<sup>52</sup> Die Tatsache, daß der Subventionskodex '94 nun in Art. 1 die Begriffsbestimmung einer Subvention enthält, stellt daher einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung einer internationalen Subventionsordnung dar.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Zum Verhältnis des GATT 1947 und des GATT 1994, die zwar nicht rechtlich, jedoch inhaltlich weitgehend identisch sind, vgl. unten S. 116 ff.

<sup>50</sup> Agreement on Interpretation and Application of Articles VI, XVI and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade, BISD 26th Suppl. (1980), S. 56 ff. Deutscher Text: ABl. EG 1980 L 71/72.

<sup>51</sup> Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Bestandteil des Anhangs 1 A des WTO-Übereinkommens. Deutscher Text: ABl. EG 1994 L 336/156.

<sup>52</sup> Vgl. dazu F. Schoch, Unbestimmte Rechtsbegriffe im Rahmen des GATT, S. 176 f.; P. Crocioni, Austrian Journal of Public International Law 47 (1994), S. 52 ff.

<sup>53</sup> Artikel 1 Begriffsbestimmung einer Subvention

1.1 Im Sinne dieses Übereinkommens gilt als Subvention:

a) 1. ein finanzieller Beitrag einer Regierung oder öffentlichen Körperschaft im Gebiet eines Mitglieds (in diesem Übereinkommen „Regierung“ genannt), nämlich,

An diesem Begriff fällt auf, daß er extrem weit und instrumental gefaßt ist. Dies wird verständlich, wenn man sich seine besonderen Funktionsbedingungen vor Augen führt. Es gibt im Rahmen der Welthandelsordnung weder Behörden noch Gerichte, die über eine Auslegung des Begriffs verbindlich entscheiden könnten.<sup>54</sup> Dieser Umstand bedingt die Technizität der Begriffsbildung. Im übrigen geht es im Rahmen des GATT-Subventionsrechts zunächst einmal um die Herstellung von Transparenz des Subventionswesens.<sup>55</sup> Die Weite der Begriffsbildung läßt sich wohl auf das Streben nach einer umfassenden Ermittlung staatlicher Subventionen zurückführen. Dieser stellt quasi einen sehr allgemeinen, kleinsten gemeinsamen Nenner dar. Aus dem Subventionskodex '94 selbst ergibt sich, daß ein derart weiter Subventionsbegriff für eine Reihe von Rechtsfolgen ungeeignet ist. Er wird daher gemäß Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 durch das Konzept einer „spezifischen Subvention“ für diese Fälle wieder enger gefaßt.

Auch wenn in dieser Untersuchung mit Blick auf Rechtsfragen des nationalen Subventionsrechts ein engerer Subventionsbegriff als Ausgangspunkt gewählt wird, findet das GATT-Subventionsrecht doch in jedem Fall Anwendung und kann daher in die Betrachtung einbezogen werden.

### *b) Die Begriffsbildung des Gemeinschaftsrechts*

Im europäischen Gemeinschaftsrecht findet neben dem Begriff der Subventionen zumeist der spezifisch europarechtliche Begriff der Beihilfe Verwendung. Dabei lassen sich mehrere Regelungskomplexe mit sehr unterschiedlicher Zielsetzung unterscheiden: Das auf die handelspolitische Kompetenz der

- 
- (i) eine Regierungspraxis, die direkten Kapitaltransfer (zum Beispiel Zuschüsse, Darlehen, Kapitalaufstockung), den möglichen direkten Transfer von Kapital oder Verbindlichkeiten (zum Beispiel Darlehensgarantien) umfaßt;
  - (ii) Verzicht auf oder Nichterhebung von fälligen staatlichen Einnahmen (zum Beispiel steuerliche Anreize wie Steuergutschriften);
  - (iii) wenn eine Regierung Waren oder Dienstleistungen über den allgemeinen Infrastrukturbedarf hinaus zur Verfügung stellt oder Waren ankauft;
  - (iv) wenn eine Regierung Zahlungen an Fondseinrichtungen leistet oder ein privates Organ mit der Durchführung einer oder mehrerer Arten der in (i) bis (iii) dargestellten Tätigkeiten betraut oder dazu anweist, die normalerweise von der Regierung vorgenommen werden und dieser Praxis sich materiell von den normalerweise von den Regierungen gepflogenen Praktiken nicht unterscheidet;

oder

- a) 2. jede Form der Einkommens- oder Preisstützung im Sinne des Artikels XVI des GATT 1994;

und

- b) wenn ein Vorteil daraus übertragen wird.

1.2 ...

<sup>54</sup> Zur Rolle des Streitbeilegungsverfahrens in diesem Zusammenhang vgl. unten S. 136 ff.

<sup>55</sup> Vgl. etwa Artikel 25 f. des Subventionskodex '94: Notifikation und Überwachung.

Art. 131 ff. EGV gestützte Recht der Ausfuhrbeihilfen (Art. 132 EGV) und das Anti-Subventionsrecht, das Recht der Beihilfeaufsicht (Art. 4 lit. c EGKSV, Art. 87 ff. EGV) sowie schließlich das Recht eigener EG-Subventionen (EG-Interventionsrecht).

Der Anwendungsbereich des Beihilfeaufsichtsrechts wird durch den Begriff der Beihilfe (engl. „state aids“, franz. „aides d'Etat“) beschrieben, der in den Verträgen nicht definiert wird.<sup>56</sup> Wenn Art. 4 lit. c EGKSV von „Subventionen oder Beihilfen“ spricht, so wird in der vom *Europäischen Gerichtshof* in ständiger Rechtsprechung bestätigten Rechtspraxis der Begriff der Beihilfe in einem weiten Sinne als Oberbegriff verstanden, der den Begriff der Subvention umfaßt.<sup>57</sup> Damit wollte der Gerichtshof wohl eine Einengung auf das enge französische finanzwissenschaftliche Verständnis von Subventionen vermeiden.<sup>58</sup> Beihilfen sind nach der Rechtsprechung des EuGH dadurch gekennzeichnet, daß sie dem Begünstigten einen unentgeltlichen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen, der auch in der Verminderung von Belastungen liegen kann.<sup>59</sup> Dabei kommt es nicht auf den Zweck der Begünstigung, sondern auf deren Wirkung an.<sup>60</sup> Bereichsspezifischen Sonderbestimmungen des Bei-

---

<sup>56</sup> Der einzige positive Anhaltspunkt findet sich in Art. 19 des EIB-Protokolls, aus dem sich ergibt, daß auch Zinsvergünstigungen für Darlehen als Beihilfe im Sinn von Art. 87 EGV anzusehen sind. Wenig aussagekräftig ist auch Art. 1 VO 659/1999; danach sind Beihilfen „alle Maßnahmen, die die Voraussetzungen des Art. 92 I EGV erfüllen“.

<sup>57</sup> Grundlegend: EuGH, Rs. 30/59, Steenkolenmijnen, Slg. 1961, S. 1, 42 f., zu Art. 4 lit. c EGKSV: „Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist eine Subvention eine Geld- oder Sachleistung, die einem Unternehmen zu dessen Unterstützung gewährt wird und die außerhalb des Entgelts liegt, welches der Käufer oder Verbraucher für die von dem betroffenen Unternehmen produzierten Güter oder Dienstleistungen entrichtet. In der Beihilfe wird allgemein ein hiermit eng verwandter Vorgang gesehen, der jedoch insofern in stärkerem Maße zweckbetont ist, als Beihilfen speziell als Mittel zur Verfolgung bestimmter Ziele angesehen werden, die in der Regel nicht ohne fremde Hilfe erreicht werden könnten. Der Begriff der Beihilfe ist jedoch weiter als der Begriff der Subvention, denn er umfaßt nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen“; vgl. auch EuGH, Rs. C-387/92, Banco Exterior, Slg. 1994 I, S. 877, 907 und Rs. C-39/94, SFEI, Slg. 1996 I, S. 3547, 3595.

<sup>58</sup> So V. Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 8; zu Recht weist M. Scherthanner, Beihilfeaufsichtsrecht, S. 7, in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der EGKSV in Französisch als einziger authentischer Fassung gilt. Für einen weiten Beihilfebegriff auch A. Bleckmann, WiVerw 1989, S. 81 ff.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. 78/76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, S. 595, 611 Fn. 22; EuGH, Rs. C-241/94, Frankreich/Kommission, Slg. 1996 I, S. 4551, 4578 m. Nachw.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. 173/73, Italien/Kommission, Slg. 1974, S. 709, 718 f. Rn. 13; EuGH, Rs. 310/85, Deufil, Slg. 1987, S. 901, 923 f. Rn. 7 f.; EuGH, Rs. C-241/94, Frankreich/Kommission, Slg. 1996 I, S. 4551, 4575; EuGH, Rs. C-56/93, Belgien/Kommission, Slg. 1997 I, S. 767, 790; V. Götz, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 21. A. A.: S. Hoischen, Die Beihilferegelung in Artikel 92 EWGV, S. 37 ff., der hier voreilig das Kriterium seines allgemeinen Subventionsbegriffs auf den EGV überträgt.

hilfeaufsichtsrechts in den Art. 36, 73 und 132 EGV liegt das gleiche Begriffsverständnis zugrunde.<sup>61</sup>

Besonderheiten gelten lediglich für das Anti-Subventionsrecht der EG, das seine Rechtsgrundlagen in der gemeinschaftlichen handelspolitischen Kompetenz der Art. 131 ff. EGV, seine materiellen Vorgaben jedoch im GATT-Recht, insbesondere dem Subventionskodex '94, findet. Diese Vorgaben wurden durch die VO 2026/97<sup>62</sup> umgesetzt. Bedingt durch seinen spezifischen Zweck unterscheidet sich der Subventionsbegriff hier vom Beihilfebegriff der Art. 87 ff. EGV und Art. 132 EGV.<sup>63</sup>

Weite und Wirkungsorientiertheit dieses Beihilfebegriffs erklären sich aus der Funktion des Beihilfeaufsichtsrechts, das nationale Subventionswesen lückenlos zu erfassen und umfassend auf mögliche negative Wettbewerbswirkungen zu überprüfen. Der im Rahmen des Art. 4 lit. c EGKSV entwickelte restriktive Subventionsbegriff hat keine praktische Relevanz und sollte die hier vorzunehmende Begriffsbestimmung nicht beeinflussen. Vielmehr sollten der gemeinschaftsrechtliche Beihilfebegriff und der auf das nationale Recht bezogene Subventionsbegriff, da sie letztlich aufeinander bezogen sind, einheitlich und damit in beiden Fällen umfassend verstanden werden.<sup>64</sup>

### c) Die Begriffsbildung im Rahmen der OECD

Die OECD sieht eine ihrer wesentlichen Aufgaben in Bemühungen um den Abbau oder die Abschaffung der Behinderungen des zwischenstaatlichen Waren- und Dienstleistungsverkehrs (Art. 2 lit. d OECD-Statut). Für den Bereich des Subventionswesens schlägt sich dies in zwei Tätigkeiten nieder: Einerseits wurden auf Anregung und im Rahmen der OECD spezielle Abkommen zur Subventionsbegrenzung geschlossen und zwar in den Bereichen des Schiffsbaus<sup>65</sup> und des Flugzeugbaus<sup>66</sup>. Andererseits führt die OECD eine umfassende Erhebung und Analyse der Subventionen in den Mitgliedstaaten durch, mit dem Ziel, durch Herstellung von Transparenz und internationaler Vergleichbarkeit langfristig einen Beitrag für eine größere Subventionsdisziplin zu leisten.<sup>67</sup>

<sup>61</sup> Dies gilt trotz des besonderen Funktionszusammenhangs auch für Ausfuhrbeihilfen nach Art. 132 EGV, vgl. *Cb. Vedder*, in: *Grabitz/Hilf*, Rn. 3 zu Art. 112 EGV.

<sup>62</sup> ABl. EG L 288 vom 6. Okt. 1997.

<sup>63</sup> Vgl. dazu Art. 2 VO 2026/97, der weitgehend dem Begriff im GATT/WTO-Recht entspricht.

<sup>64</sup> Für eine synonyme Verwendung der Begriffe auch *E. Grabitz*, RIW 1989, S. 623, 624; *S. Schreiber*, Verwaltungskompetenzen, S. 72.

<sup>65</sup> Agreement Respecting Normal Competitive Conditions in the Commercial Shipbuilding and Repair Industry von 1996.

<sup>66</sup> Abkommen für den Export von Großraumflugzeugen von 1986.

<sup>67</sup> Vgl. dazu den 16. Subventionsbericht, S. 46 f.

In den Spezialabkommen findet ein sehr weiter Subventionsbegriff Verwendung: spezifische<sup>68</sup> Unterstützungsmaßnahmen („measures of support“). Die einzelnen in Betracht kommenden Maßnahmen werden im übrigen aufgelistet in enger Anlehnung an Art. 1 des Subventionskodex '94.<sup>69</sup>

Bei den Bemühungen um mehr Transparenz des Subventionswesens geht es gerade um eine Klärung eines geeigneten Subventionsbegriffs. Dieser hat bisher noch keinen rechtlichen Niederschlag gefunden. Im Rahmen der 1994 abgeschlossenen Arbeitsgruppengespräche wurde ein umfangreicher Fragebogen erstellt und Definitionen und Berechnungsmethoden geklärt.<sup>70</sup> Dabei wird folgender weiter Subventionsbegriff zugrunde gelegt: „Industrial subsidies are specific direct and indirect financial support measures of central or sub-central governments in favour of manufacturing industry resulting in a net cost to government“.

Die Begriffsbildungen im Bereich des internationalen Rechts können nicht ohne weiteres, mit Geltung auch für das nationale Recht, verallgemeinert werden. Zu sehr sind sie durch ihre jeweilige besondere Funktion geprägt, teilweise Ergebnis eines Kompromisses oder wie der Beihilfebegriff des EG-Rechts durch spezifische begriffliche Traditionen beeinflusst.

### III. Der steuerungstheoretische Subventionstypus

#### 1. Funktion und Kriterien einer typologischen Vorgehensweise

Die Darstellung der in den Wirtschaftswissenschaften und der positiven Rechtsordnung verwendeten Subventionsbegriffe hat gezeigt, daß diese jeweils in einem engen Zusammenhang mit ihrer spezifischen Funktion stehen. Dies bestätigt die These, daß es keine allgemeingültige Begriffsbestimmung geben kann. Es ist daher irreführend, von dem verfassungsrechtlichen oder dem verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriff zu sprechen.<sup>71</sup> Weder im Verfassungsrecht noch im (allgemeinen) Verwaltungsrecht findet sich eine Begriffsbestimmung. Anders gewendet kann sinnvollerweise nur von einem strafrechtlichen Subventionsbegriff oder einem haushaltsrechtlichen Zuwendungsbegriff die Rede sein. Entsprechend vielfältig und gelegentlich auch willkürlich sind die in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur verwendeten allgemeinen Subventionsbegriffe.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Hierzu wird ausdrücklich auf das Konzept der Spezifität in Art. 2 des GATT-Subventionskodex '94 verwiesen.

<sup>69</sup> Vgl. im einzelnen Annex I des Schiffbauabkommens.

<sup>70</sup> Vgl. OECD, *Industrial Subsidies: A Reporting Manual*, Paris 1995.

<sup>71</sup> So *H. J. Wolff/O. Bachof*, *Verwaltungsrecht III*, § 154 I 2a; vgl. zum „verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriff“ auch *E. Eppe*, *Subventionen und staatliche Geschenke*, S. 34 ff.

<sup>72</sup> Für einen Überblick vgl. *H.-D. Grosser*, *Wirtschaftssubventionen*, S. 26 ff.

Im folgenden wird daher nicht versucht, den Begriff der Subvention zu definieren. Statt dessen soll an die Tradition angeknüpft werden, sich dem Wesen von Subventionen durch Umschreibung eines Subventionstypus zu nähern.<sup>73</sup> Seine einzelnen Elemente sollen plausibel machen, was im Rahmen dieser Untersuchung im Mittelpunkt des Interesses steht (ohne auszuschließen, daß die Untersuchung gelegentlich auch auf andere Erscheinungen exemplarisch eingehen wird). Daraus ergibt sich dann umgekehrt eine Rechtfertigung dafür, daß bestimmte Phänomene nicht behandelt werden.

Eine solche typologische Vorgehensweise stellt dem deduktiv-begrifflichen Ansatz eine stärker empirisch-induktiv orientierte Vorgehensweise entgegen.<sup>74</sup> Die Erfassung der relevanten Einzelmerkmale hat sich schon deshalb in besonderer Weise an den vorgefundenen Sachstrukturen zu orientieren.<sup>75</sup>

Der Umstand, daß die Rechtsordnung keinen verallgemeinerungsfähigen Rechtsbegriff der Subvention bereithält, darf jedoch nicht bedeuten, daß eine rechtswissenschaftliche Betrachtung gänzlich auf normative Elemente verzichten kann. Die Untersuchung wird als eine rechtliche letztlich an konkreten Rechtskreisen und -strukturen anzusetzen haben. Das durch die Typologie abzusteckende Untersuchungsfeld muß diese, gewichtet nach ihrer Bedeutung, im Auge haben. Auf diese Weise, sozusagen durch die Hintertür, erlangt etwa der haushaltsrechtliche Zuwendungsbegriff indirekt Bedeutung. Angesichts der zunehmenden Überlagerung und Überformung des nationalen Subventionsrechts durch das Gemeinschaftsrecht gilt dasselbe besonders auch für den gemeinschaftsrechtlichen Beihilfebegriff. Aus dieser Perspektive folgt zugleich, daß der Rahmen der Typologie so weit gezogen werden muß, daß die das Subventionsrecht prägenden Vorgaben möglichst weitgehend erfaßt werden können.

Den Ausgangspunkt für die Typenbildung hat jedoch die Fragestellung der Untersuchung zu bilden. Dies entspricht der wohl wichtigsten Folgerung aus der angestellten Analyse der Subventionsbegriffe. Wie bereits erörtert, sollen Subventionen als staatliche Handlungsinstrumente erfaßt werden, mit deren Hilfe staatliche Aufgaben durch eine Beeinflussung des Verhaltens Privater erfüllt oder gefördert werden. Dies weist den Weg hin zu einem „steuerungstheoretischen“ Subventionstypus.

---

<sup>73</sup> H. P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, S. 8, 45 ff., sowie K. Wenger, *Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes*, S. 25 (für *Österreich*) und R. Rhinow, *Wesen und Begriff der Subvention*, 337; G. Störi, *Verhaltenssteuerung durch Subventionen*, S. 4 (für die *Schweiz*).

<sup>74</sup> H. P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, S. 8; K. Wenger, *Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes*, S. 24 f.; M. Schröder, *ZHR* Bd. 152 (1988), S. 398 ff.

<sup>75</sup> K. Wenger, *Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes*, S. 24.

## 2. Elemente der Typenbildung

Aus dieser Perspektive bietet sich, als vorläufige Absteckung des Untersuchungsfelds und nicht als begrifflich starre Ausgrenzung verstanden, folgende Umschreibung an. Subventionen<sup>76</sup> sind

- (a.) vermögenswerte Begünstigungen, die
- (b.) ein Träger öffentlicher Verwaltung (aus öffentlichen Mitteln)
- (c.) an Private zahlt,
- (d.) die weder eine angemessene Gegenleistung für privates Verhalten („Begünstigung“)
- (e.) noch eine Ersatzleistung für erlittene Nachteile sind, durch die der Empfänger
- (f.) zur Erreichung eines bestimmten öffentlichen Zwecks
- (g.) zu einem konkreten Verhalten bestimmt werden soll.

(a.) Durch das Element „vermögenswerte Begünstigung“<sup>77</sup> soll der Anwendungsbereich hinsichtlich der Subventionsleistung möglichst weit gefaßt werden und insbesondere den internationalen Rechtsbegriffen angenähert werden.

Durch den häufig zu findenden Zusatz „finanzielle“ Begünstigung oder „Leistung“<sup>78</sup> werden an dieser Stelle insbesondere sog. Realförderungen<sup>79</sup> und Steuervergünstigungen ausgeklammert.<sup>80</sup> Diese Einengung mag durch spezifische Fragestellungen gerechtfertigt sein, etwa bei einer Konzentration auf haushaltsrechtliche Probleme oder bestimmte Rechtsformen.<sup>81</sup> Wenig überzeugend ist es dagegen, wenn die Begrenzung damit begründet wird, daß sie im Interesse begrifflicher Klarheit und einheitlicher Problemfindung notwendig sei.<sup>82</sup> Auf das dabei häufig vorgebrachte Argument, es fehle bei diesen Begünstigungsformen an einem Subventionsverhältnis, ist sogleich zurückzukommen.

<sup>76</sup> Ähnlich für Österreich: K. Wenger, Förderungsverwaltung, S. 42, sowie für die Schweiz: K. Stengel, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1988, S. 289 (zu den in gleicher Richtung weisenden kodifikatorischen Tendenzen in der Schweiz vgl. G. Störi, Verhaltenssteuerung durch Subventionen, S. 12 ff.); vgl. auch den vom Bundesverfassungsgericht verwendeten Subventionsbegriff: „freiwillige finanzielle Zuwendung des Staates, mit deren Hilfe er ein bestimmtes Verhalten der Bürger fördert, das ihm aus wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist“, BVerfGE 17, S. 210, 216; BVerfGE 72, S. 175, 193.

<sup>77</sup> S. Giacomini, Subventionsrechtsverhältnis, S. 17 f. (für die Schweiz). Ähnlich K. Wenger, Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes, S. 38 ff. (für Österreich); Ch. Gusy, JA 1991, S. 288: „vermögenswerte Zuwendung“; dieser Begriff ist allerdings wegen der Nähe zum haushaltsrechtlichen Zuwendungsbegriff nachteilig.

<sup>78</sup> G. Jooss, RiA 1987, S. 75 f.; G. Flaig, Subventionsrecht, Rz. 16 ff.

<sup>79</sup> Für einen Überblick vgl. G. Flaig, Subventionsrecht, Rn. 67.

<sup>80</sup> Vgl. etwa W. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 196, m. Nachw.; W. Frotscher, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rz. 377; G. Flaig, Subventionen, Rn. 16 ff.; H.-D. Grosser, Wirtschaftssubventionen, S. 30, verweist darauf, daß die Förderung hier nicht den „Hauptzweck“ darstelle.

<sup>81</sup> So bei W. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 197.

<sup>82</sup> So W. Frotscher, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rz. 377.

(b.) Bei der Frage nach dem Subventionsgeber legt es ein steuerungstheoretisches Subventionsverständnis nahe, daß ein *Träger öffentlicher Verwaltung* (unmittelbar oder mittelbar, also ihm zurechenbar) die Begünstigung gewährt hat. Ausschließlich private Subsidien haben aus einer verwaltungsrechtlich motivierten Betrachtung auszuschneiden. Im Interesse einer Harmonisierung mit internationalen Begriffen sind in diesem Rahmen der Kreis der Subventionsgeber wie auch die Anforderungen an die Zurechenbarkeit weit zu fassen.

Subventionsgeber kann jede Stelle sein, die mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut ist.<sup>83</sup> Ohne weiteres sind auch Gemeinden und Gemeindeverbände zu diesem Kreis zu zählen.

Die Frage der Zurechenbarkeit ist unter Würdigung der Möglichkeit zur Verhaltenssteuerung zu beantworten. Dazu genügt es, wenn die Begünstigung, wie etwa bei der Abnahmeverpflichtung alternativ erzeugter Energie im Rahmen des Stromeinspeisungsgesetzes<sup>84</sup>, von der öffentlichen Hand angeordnet wird, ohne dadurch finanziell belastet zu sein. Sie wird dadurch formell zum Subventionsgeber.<sup>85</sup> Erfolgt die Begünstigung im weitesten Sinne aus öffentlichen Mitteln, so kann dies über eine formelle Subventionsträgerschaft hinaus erweiternd als Indiz für das Vorliegen einer Subvention gewertet werden.<sup>86</sup>

(c.) Es entspricht dem Verständnis der Subvention als Steuerungsinstrument, daß auf der anderen Seite des Rechtsverhältnisses grundsätzlich ein *Privater* stehen muß, dessen Verhalten durch Setzen finanzieller Anreize auf die Erfüllung öffentlicher Zwecke ausgerichtet wird. Bei dieser Feststellung darf jedoch nicht übersehen werden, daß es zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung und rechtlich selbständigen Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Gebietskörperschaften), aber auch öffentlich beherrschten oder kontrollierten Personen des privaten Rechts (z.B. öffentlichen Unternehmen) zu Konstellationen mit vergleichbaren Problemlagen der Zwecksicherung und Zweckverwirklichung kommen kann. An dieser Stelle erweist sich eine typologische Abgrenzung des Untersuchungsfelds als Vorteil. Sie kann beim „Normalfall“ der Subventionierung Privater ansetzen, muß aber nicht aus begrifflichen Gründen darauf verzichten, ähnliche Erscheinungen „im Bereich des Öffentlichen“ zumindest als Anschauungsmaterial einzubeziehen.

Dies gilt zunächst für *zweckgebundene Zuwendungen an Körperschaften des öffentlichen Rechts*.<sup>87</sup> Finanzhilfen an Kommunen stellen zwar in erster Linie eine Frage der föderalen Kompetenzverteilung und des Finanzausgleichs dar. Soweit sie zur Verwirklichung bestimmter Projekte ausgegeben werden, führen sie jedoch haushaltsrechtlich zu vergleichbaren Problemen, wie sie bei der Sub-

<sup>83</sup> Vgl. zu diesem Ansatz näher *K. Wenger*, Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes, S. 32 ff.

<sup>84</sup> Vgl. dazu unten S. 157 ff.

<sup>85</sup> *V. Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 29 f.

<sup>86</sup> Dies entspricht der zu Art. 87 Abs. 1 EGV vertretenen Ansicht, vgl. dazu unten S. 157 ff.

<sup>87</sup> Für die „Subventionierung“ eines Kirchenbaus im Rahmen der Errichtung neuer Kasernen vgl. *VGH Kassel, NVwZ 1990, S. 879 ff.*

ventionierung Privater auftreten.<sup>88</sup> Auch auf der Seite Zuwendungsempfänger entspricht die Interessenlage dann der von subventionierten Privaten.<sup>89</sup> Zweckgebundene Zuwendungen an Körperschaften des öffentlichen Rechts, insbesondere die Kommunen, sollten daher nicht generell aus der Betrachtung ausgeschlossen werden.<sup>90</sup>

Für eine grundsätzliche Einbeziehung der *Zuwendungen an öffentliche Unternehmen* in die Untersuchung spricht aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht der Umstand, daß diese wegen Art. 86 Abs. 1 EGV Beihilfen gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV darstellen können.<sup>91</sup> Für die Relevanz des Aspektes der Verhaltensbindung in diesem Zusammenhang spricht zudem die Tatsache, daß Hilfen an öffentliche Unternehmen vom strafrechtlichen Subventionsbegriff des § 264 StGB erfaßt werden.

(d.) Bereits aus dem Begriff der Begünstigung folgt, daß der durch die öffentliche Hand gewährte Vorteil keine angemessene Gegenleistung für privates Verhalten darstellen darf.<sup>92</sup> Das *Fehlen einer marktmäßigen Gegenleistung* ist bereits nach den ökonomischen Begriffsbestimmungen wesentlich.<sup>93</sup>

(e.) Ebenso darf die staatliche Begünstigung *keine Ersatzleistung für erlittene Nachteile* sein. Das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen dient dem Ausgleichszweck und will nicht lenken.<sup>94</sup>

(f.) Konstitutives Element eines verwaltungsrechtlichen Instruments ist es, daß es der *Erreichung eines bestimmten öffentlichen Zwecks* dient.<sup>95</sup> Bereits dadurch realisiert sich die Einflußnahme der Verwaltung in Wahrnehmung öffent-

---

<sup>88</sup> Dementsprechend weit ist auch der haushaltsrechtliche Zuwendungsbegriff, vgl. dazu oben S. 35 f. Siehe hierzu insbesondere die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an Gebietskörperschaften durch den Bund und entsprechende Vorschriften der Länder.

<sup>89</sup> Zu Beispielen aus der Rechtsprechung vgl. etwa OVG Münster, NVwZ 1985, S. 118 f. (Zuschuß zur Renovierung eines kommunalen Hotels); VGH München, BayVBl 1991, S. 209 ff. (Zuschuß zur Errichtung eines Gehwegs).

<sup>90</sup> Pragmatisch auch G. Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, S. 88 ff.; dagegen grundsätzlich K. Wenger, Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffs, S. 29 f. (für Österreich); zu weitgehend dagegen die Schweizer Lehre, die keine Abgrenzung gegenüber Maßnahmen des Finanzausgleichs vornimmt, vgl. etwa S. Giacomini, Subventionsverhältnis, S. 5 f.

<sup>91</sup> Vgl. hierzu G. v. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Rn. 12 zu Art. 92 EGV.

<sup>92</sup> Vgl. zu diesem Element näher G. Haverkate, Subventionsrecht, S. 342 f.

<sup>93</sup> Vgl. hierzu M. Nieder-Eichholz, Die Subventionsordnung, S. 25, m. w. Nachw.

<sup>94</sup> F. Epe, Subventionen und staatliche Geschenke, S. 49, m. Nachw.: für „Ausgleichsverhältnisse“ gilt das „Ausgleichsprinzip“; K. Wenger, Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffs, S. 28 f.; V. Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 12, faßt hierunter neben dem Lastenausgleich auch Hilfen für Vertriebene und Flüchtlinge.

<sup>95</sup> Zur konstitutiven Bedeutung des öffentlichen Zwecks für den Begriff der Subvention: BVerwG, NJW 1959, S. 1098; F. Epe, Subventionen und staatliche Geschenke, S. 61; H. F. Zacher, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 317 f.; G. Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, S. 4; W. Henke, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 2; W. Frotscher, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 375 ff.; J. Hey, StuW 1998, S. 300.

licher Aufgaben.<sup>96</sup> Das (tatsächliche) Vorliegen eines ausreichenden öffentlichen Zwecks im Einzelfall ist dagegen nicht Begriffsmerkmal der Subvention, ein Fehlen führt vielmehr zur Rechtswidrigkeit der Subventionsmaßnahme.<sup>97</sup>

Häufig wird bei Untersuchungen zum Subventionsrecht eine Begrenzung auf Wirtschaftssubventionen zugrunde gelegt.<sup>98</sup> Hierfür lassen sich eine Reihe einleuchtender Gesichtspunkte anführen, allen voran die praktische Relevanz dieses Bereichs, stellen doch Subventionen ein wesentliches Mittel der Wirtschaftslenkung dar.<sup>99</sup> Normativ wird dieser Eindruck durch den wirtschaftsrechtlichen Hintergrund der Art. 87 ff. EGV<sup>100</sup> sowie den Umstand verstärkt, daß der strafrechtliche Subventionsbegriff des § 264 StGB gerade auf Wirtschaftssubventionen zielt. Weniger überzeugend ist dagegen das Argument, der Subventionsbegriff würde durch die Einbeziehung nicht-ökonomischer Tatbestände zu stark ausgeweitet und dadurch unbrauchbar.<sup>101</sup> Im Gegenteil stößt eine trennscharfe Erfassung von Wirtschaftssubventionen auf kaum überwindbare Schwierigkeiten.<sup>102</sup> Zu Recht kommt *Franz Eppe* bei seiner eingehenden Untersuchung der Gründe, die eine Beschränkung des Subventionsbegriffs auf die Wirtschaftsförderung rechtfertigen, zu dem Ergebnis, daß der Wert einer wirtschaftsrechtlichen Darstellung letztlich nur auf dem Gebiet der Didaktik und der Zweckmäßigkeit liegen kann.<sup>103</sup> Da vorliegend Subventionen als Instrument der Zwecksetzung und Zweckverwirklichung betrachtet werden, soll das Kriterium des Subventionszwecks inhaltlich nicht eingeschränkt werden.<sup>104</sup>

(g.) Anhand des Kriteriums „Bestimmung zu einem konkreten Verhalten“ entscheidet sich, ob man einen engen Subventionsbegriff vertritt (indem man auf den Verhaltenszweck abstellt)<sup>105</sup> oder einen weiten Subventionsbegriff (wenn man den Zweck genügen läßt, daß erwünschte Zustände geschaffen und

<sup>96</sup> Zu Begriff und Erscheinung der Einflußnahme vgl. *H. Schlotke*, Die hoheitliche Einflußnahme auf die Empfänger öffentlicher Subventionen und ihre rechtlichen Grenzen, S. 81 ff.

<sup>97</sup> *G. Haverkate*, Subventionsrecht, S. 343 f.

<sup>98</sup> *K. Stern*, JZ 1960, S. 519 ff.; *V. Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 8 ff.; *W. Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 1 ff.

<sup>99</sup> *P. Badura*, WiVerw 1978, S. 138; *M. Schröder*, ZHR Bd. 152 (1988), S. 394.

<sup>100</sup> So die Argumentation bei *V. Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 8 ff.

<sup>101</sup> So *K. Stern*, JZ 1960, S. 520.

<sup>102</sup> *P. Badura*, WiVerw 1978, S. 138; *M. Schröder*, ZHR Bd. 152 (1988), S. 394.

<sup>103</sup> *F. Eppe*, Subventionen und staatliche Geschenke, S. 40 ff.

<sup>104</sup> *F. Eppe*, Subventionen und staatliche Geschenke, S. 40 ff.; *H. Schlotke*, Die hoheitliche Einflußnahme auf die Empfänger öffentlicher Subventionen und ihre rechtlichen Grenzen, S. 5; *K. Wenger*, Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes, S. 27 (für Österreich); *G. Flaig*, Subventionsrecht, Rn. 1.

<sup>105</sup> Für einen engen Subventionsbegriff: *H. P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 56 (mit Hinweis auf den angelsächsischen Begriff der „conditional grant“) und *ders.*, VVDStL Bd. 25 (1967), S. 279 ff., 281; ähnlich *H. F. Zacher*, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 317; *H. P. Bull*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 752; *G. Flaig*, Subventionsrecht, Rz. 19, und für Österreich: *K. Wenger*, Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes, S. 26, 42, sowie für die USA und die Schweiz: *S. Giacomini*, Subventionsverhältnis, S. 8 ff.

unerwünschte verhindert werden)<sup>106</sup>.<sup>107</sup> Vorliegend soll ein enges Verständnis zugrunde gelegt werden, geht es doch im wesentlichen um die Analyse von Vorgängen der Verhaltenssteuerung und in diesem Rahmen um Mechanismen der Zweckverwirklichung. Nur in diesen Fällen kommt ein spezifisches öffentlich-rechtliches Subventionsverhältnis zustande.

Das Vorliegen eines solchen, Rechte und Pflichten, insbesondere auch konkrete Verhaltenspflichten des Subventionsnehmers koordinierendes Subventionsverhältnisses ist der wesentliche Streitpunkt bei der Frage, ob *Steuervergünstigungen* (und auch Realförderungen<sup>108</sup>) als „indirekte Subventionen“ berücksichtigt werden sollen.<sup>109</sup> Die Besonderheit, daß das Subventionsverhältnis in diesem Fall in einem Steuergesetz angelegt ist, rechtfertigt es nicht, dieses Subventionsverhältnis aus den hier angestellten Betrachtungen auszuklamern.<sup>110</sup> In beiden Fällen kommt es zu einem spezifischen Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung einerseits und dem subventionierten Privaten andererseits, einschließlich der Vollzugsmaßnahmen zur Zweckverwirklichung.<sup>111</sup> Es handelt sich bei wirtschaftlicher Betrachtung um austauschbare Instrumente.<sup>112</sup> Zusätzlich verweist *Klaus Vogel* darauf, daß sich alle Subventionen, unabhängig von ihrer jeweiligen Rechtsgrundlage, nach denselben Sacherfordernissen eines rechtsstaatlich geordneten Subventionswesens zu richten haben.<sup>113</sup>

---

<sup>106</sup> Für einen *weiten Subventionsbegriff*: V. Götz, *Recht der Wirtschaftssubventionen*, S. 23; G. Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, S. 147; *ders.*, NVwZ 1988, S. 774: öffentlicher Zweck genügt (Einwirken auf einen gesellschaftl. Prozeß, der ohne die Subvention anders verlaufen würde, z.B. Existenzhaltung eines Unternehmens); *ders.*, *Subventionsrecht*, S. 361 ff. Vgl. auch G. Lübke-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, S. 218 f., die das Vorliegen einer Verhaltensbindung als Rechtmäßigkeits-, nicht jedoch als Begriffsvoraussetzung ansieht.

<sup>107</sup> D. Ehlers, DVBl 1993, S. 861.

<sup>108</sup> Vgl. hierzu auch den Sachverhalt VGH Mannheim, NJW 1978, S. 2050 ff.

<sup>109</sup> *Ablehnend*: H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht III*, § 154 I a 2a; K. Stern, JZ 1960, S. 521; M. Zuleeg, *Rechtsform*, S. 16; V. Götz, *Recht der Wirtschaftssubventionen*, S. 16 ff.; P. Badura, *WiVerw* 1978, 137 f.: Im übrigen aber fehlt es im Fall der Steuervergünstigung an einem besonderen, vom steuerrechtlichen Rechtsverhältnis unterschiedenen spezifischen Subventionsverhältnis, so daß verwaltungsrechtlich die Steuervergünstigung nicht als Subvention betrachtet werden kann“; W. Henke, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen*, S. 1 ff. (2 f.); P. J. Tettinger, *GewArch* 1981, S. 105; W. Burger, *Der Einkommensbegriff im öffentlichen Schuldrecht*, S. 35 f.; W. Frotscher, *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Rn. 378 f.; H.-W. Arndt, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Rn. 190; F. Flaig, *Subventionsrecht*, Rn. 25; R. Stober, *BB* 1996, S. 1446.

<sup>110</sup> So im Ergebnis U. W. Babrowski, *Steuerbefreiung*, S. 49 ff.; H. F. Zacher, *VVDStRL Bd. 25* (1967), S. 318; H. W. Bayer, *StuW* 1972, S. 145 f.; H. G. Ruppe, *Steuerbegünstigungen als Subvention?*, S. 58 ff.; J. Lang, *StuW* 1987, S. 230 f.; K. Preußner, *Wirtschaftssubventionen*, S. 10 f.

<sup>111</sup> Zum Vorliegen eines Subventionsverhältnisses bei Steuervergünstigungen vgl. näher S. 657 ff.

<sup>112</sup> H. W. Bayer, *StuW* 1972, S. 145 f.; H. G. Ruppe, *Steuerbegünstigungen als Subvention?*, S. 65 ff.; J. Lang, *StuW* 1987, S. 230 f.

<sup>113</sup> K. Vogel, *Begrenzung von Subventionen durch ihren Zweck*, S. 543 f.

Außer Betracht bleiben demgemäß Begünstigungen, deren Zweck sich in einer Vermögensmehrung erschöpft, wie dies etwa bei *Sozialleistungen* typischerweise der Fall ist.<sup>114</sup> Die reine Sozialleistung (sog. Sozialtransfer), bei der es auf eine Verhaltensbindung nicht ankommt, ist allerdings von (möglichen) Subventionen im Sozialbereich (z.B. Förderung des Altenheimbaus) zu unterscheiden.<sup>115</sup> Eine trennscharfe Grenzziehung kann es dabei nicht geben.<sup>116</sup> Häufig stehen, wie dies etwa für das Arbeitsförderungsgesetz typisch ist, beide Elemente in einem Gesetz nebeneinander.<sup>117</sup>

### B. Erscheinungsformen der Subventionen

Das somit umschriebene Verständnis der Subvention als verwaltungsrechtliches Handlungsinstrument ist einerseits eng, weil es auf die Umsetzung der Zweckerreichung durch konkrete Verhaltensbindungen abstellt. Auf der anderen Seite ist es jedoch weit, weil es die Subvention instrumental und damit unabhängig von ihrer konkreten Zielsetzung, ihrer Rechtsform sowie der gewährenden staatlichen Einheit sieht. Auf dieser Grundlage sind die Erscheinungsformen von Subventionen hinsichtlich Inhalt und Form äußerst vielfältig. Die folgende Übersicht soll, gegliedert nach verschiedenen, möglicherweise rechtsrelevanten Kriterien, einen ersten Überblick verschaffen.<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> K. Stern, JZ 1960, S. 520; F. Eppe, Subventionen und staatliche Geschenke, S. 53 ff.: hier gilt das Sozialprinzip; H. F. Zacher, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 317; V. Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 11 f.; P. Badura, WiVerw 1978, S. 137; K. Wenger, Funktion und Merkmal eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes, S. 28 (für Österreich); S. Giacomini, Subventionsverhältnis, S. 8 ff. (für Deutschland, USA und die Schweiz).

<sup>115</sup> G. Flaig, Subventionsrecht, Rz. 19 Fn. 37, mit Verweis auf Wolff/Bachof, S. 305; V. Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, S. 349 ff. Vgl. dagegen die auf M. Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 156 ff., zurückgehende Unterscheidung zwischen „aufgabenerfüllenden“ und „aufgabenübertragenden“ Subventionen.

<sup>116</sup> P. Badura, WiVerw 1978, S. 137, spricht vom „überschießenden öffentlichen Zweck“, der die Subventionseigenschaft im Einzelfall begründet.

<sup>117</sup> Vgl. dazu I. Ebsen, DVBl 1988, S. 887, der zwischen „Lenkungsgesetzen“ und „Bedarfsdeckungsgesetzen“ unterscheidet.

<sup>118</sup> Zu Recht hat sich P. Kirchhof, Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken, S. 373, gegen die Ansicht gewandt, die Unterscheidung von Subventionsarten wäre „Enumeration ohne rechtserheblichen Effekt“ (G. Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, S. 130). Angesichts der geringen rechtlichen Durchformung des Subventionsrechts kommt der Analyse seiner Sachstrukturen eine besondere, auch die Rechtsdogmatik prägende Funktion zu.

<sup>119</sup> G. Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, S. 66 ff.

## I. Typologie nach Subventionsgebern und Subventionsträgern

Bei der Festlegung des zugrunde zu legenden Subventionsverständnisses wurde festgehalten, daß als Subventionsgeber jede Stelle in Betracht kommt, die mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut ist. Neben den Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände) können das internationale Organisationen, sonstige Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts, aber auch Beliehene sein. Bei der Frage der Zurechenbarkeit wurde bereits das Problem angeschnitten, inwieweit dabei die Begünstigung aus öffentlichen Mitteln folgen muß.

Gerd Schetting<sup>119</sup> hat aufgezeigt, daß es eine Reihe notwendiger sowie fakultativer Kriterien gibt, die die Eigenschaft als Subventionsgeber oder – in seiner Terminologie – Subventionsträger begründen. „Kommt bei einer Subvention nur ein Rechtssubjekt als Träger in Betracht, so vereinigt dieses in sich die Funktionen der Bereitstellung der Mittel bzw. des Bürgschaftsrahmens, des Regelns und Gestaltens des Subventionsverhältnisses, der Entscheidung über sein Zustandekommen, seiner Verwaltung nach dem Zustandekommen und der Kontrolle über die Zweckverwirklichung“.<sup>120</sup> Dies könne je nach rechtlichem Zusammenhang unterschiedlich zu beantworten sein. So komme es etwa bei den verfassungsrechtlichen Ordnungsproblemen der Zuständigkeit für die Subventionierung oder der Teilhabe an Subventionen zur Bestimmung des Trägers in erster Linie auf die Regelungs- und Mittelbereitstellungsfunktion an.<sup>121</sup>

Die Vorteile dieses Ansatzes zeigen sich in dem fast regelmäßig vorliegenden Fall, daß die „relevanten“ Funktionen auf verschiedene Rechtssubjekte verteilt sind. Dies führt zur Aufspaltung der Subventionsträgereigenschaft und zur Möglichkeit, daß es hinsichtlich einer Subvention mehrere partielle Subventionsträger geben kann.<sup>122</sup> Damit ist ein wertvolles begriffliches Instrumentarium geschaffen, um Phänomene einer mehrstufigen Subventionsordnung erfassen zu können.<sup>123</sup>

## II. Typologie nach den Rechtsgrundlagen

Eine Typologie von Subventionen nach ihren Rechtsgrundlagen wirkte seit jeher als zentrales Ordnungskriterium im Rahmen rechtswissenschaftlicher Untersuchungen.

Nach wie vor ist die Praxis der Subventionsvergabe durch die Erscheinung der Richtlinien- oder Haushaltssubventionierung geprägt. Als Rechtsgrundlage

---

<sup>120</sup> G. Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, S. 66 f.

<sup>121</sup> G. Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, S. 67.

<sup>122</sup> G. Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, S. 67 f.

<sup>123</sup> Vgl. dazu unten S. 198 ff.

dienen hier auf einem Ansatz im Haushaltsplan beruhende Verwaltungsvorschriften (Subventionsrichtlinien). Auch wenn man den Haushaltsplan nicht als vollwertiges Gesetz (mit Außenwirkung) betrachtet,<sup>124</sup> kann die Richtlinien-subventionierung nur bedingt als „gesetzesfrei“ bezeichnet werden. Die Rechtsbeziehungen zwischen Subventionsgeber und Subventionsnehmer werden durch das allgemeine Verwaltungsrecht, insbesondere das Verwaltungsverfahrensgesetz ausgestaltet. In Konkurrenz zu diesem Regelungsmodell steht die Subventionsvergabe auf gesetzlicher Grundlage, etwa des Filmförderungsgesetzes. Richtlinien-subventionierung und Subventionsgesetz sind jedoch lediglich zwei Extreme auf einem stufenlosen Kontinuum.<sup>125</sup> Dazwischen sind verschiedene Formen von Globalgesetzen vorstellbar (vgl. etwa § 41 BWaldG), in deren Rahmen der Gesetzgeber Regelungskompetenzen mehr oder weniger weitgehend, ausdrücklich oder faktisch auf andere Organe delegiert.<sup>126</sup> Besonderheiten gelten schließlich für Steuervergünstigungen mit ihrer Rechtsgrundlage im Steuergesetz.

Diese Konstellation kehrt auf der Ebene des Europäischen Gemeinschaftsrechts wieder. Auch hier lassen sich Haushaltssubventionen, die von der Kommission auf der Grundlage eines Ansatzes im Haushaltsplan vergeben werden, von Rechtssatzsubventionen auf der Grundlage detaillierter Rats-Verordnungen unterscheiden.<sup>127</sup>

### III. Typologie nach dem Subventionszweck

Nicht weniger bedeutend für eine Untersuchung des Subventionsrechts ist eine Typologie nach dem Subventionszweck, dem nach *Hans F. Zacher*<sup>128</sup> am stärksten prägenden, zugleich aber auch am schwierigsten zu erfassenden Element der Subventionsvergabe.

Für die Erstellung eines rechtlichen Ordnungsrahmens des Subventionswesens wird es in erster Linie auf eine *systematisch-formale Typologie der Subventionszwecke* ankommen. Aufgrund des Wirkungspluralismus von Subventionen<sup>129</sup> können Subventionszwecke (als zu bewirkende Wirkung) vielfältig sein.<sup>130</sup> Eine Mehrheit von Subventionszwecken<sup>131</sup> kann im Verhältnis der Gleichordnung oder Über-/Unterordnung stehen (Haupt- und Nebenzweck-

<sup>124</sup> Hierzu näher unten S. 514 ff.

<sup>125</sup> *I. Ebsen*, DVBl 1988, S. 889.

<sup>126</sup> Zu den „spezialgesetzlichen Globalermächtigungen“ vgl. *L. Herbst*, DÖV 1973, S. 619.

<sup>127</sup> Vgl. hierzu unten S. 440 ff.

<sup>128</sup> *H. F. Zacher*, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 318.

<sup>129</sup> *D. Ehlers*, DVBl 1993, S. 863.

<sup>130</sup> Für einen Überblick vgl. *P. Henseler*, VerwArch Bd. 77 (1986), S. 259; zu den tatsächlichen Schwierigkeiten (empirischer sowie finanzwissenschaftlicher Natur), die Subventionszwecke festzustellen, vgl. *Gutowski/Thiel*, DJT 1984, M 58 ff.

<sup>131</sup> Vgl. dazu *G. Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats, S. 26 ff.