

Wirtschaft und Verwaltung

Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv

Herausgeber
Prof. Dr. Ludwig Fröhler

unter Mitwirkung von

Dr. Ludwig Heigl, Ministerialdirektor im Bayer.
Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen,
Dr. Riccardo L. Jagmetti, o. Prof. an der ETH Zürich,
Prof. Dr. Horst Sandler, Vizepräsident beim
Bundesverwaltungsgericht

Schriftleitung
Prof. Dr. Ludwig Fröhler, Dr. Egon Hoffmann

1978

1/78

März
Seite 1 bis 64

Wirtschaft und Gewerberecht

Ministerialrat Dr. Hans-Christoph v. Ebner, München
Entwicklungstendenzen des Gewerberechts in der
Bundesrepublik Deutschland 1

Prof. Dr. Ferdinand Kopp, Graz
Entwicklungstendenzen und Probleme des österreichischen Gewerberechts 29

Raymond Littolff, Straßburg
Die Tendenzen des französischen Gewerberechts 50



REDAKTION
Prof. Dr. Ludwig Fröhler, Ltd. Ministerialrat Dr. Egon Hoffmann, GEWERBE-ARCHIV, Max-Joseph-Straße 4, 8000 München 2, Telefon (089) 594330.

Bonner Büro:

Arnim Sagaster, Johannerstraße 1, 5300 Bonn, Telefon (02221) 231041

Sämtliche mit Verfasserangabe versehenen Beiträge stellen nur die Meinungsäußerung des Verfassers, nicht die des Herausgebers oder der Schriftleitung dar.

Manuskripte, Anregungen und Anfragen werden an die Schriftleitung des GEWERBEARCHIV, Max-Joseph-Str. 4, 8000 München 2, erbeten. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Beiträge werden nur angenommen, wenn sie ausschließlich dem GEWERBEARCHIV zum Abdruck angeboten sind.

Aus der Nennung von Markenbezeichnungen in dieser Zeitschrift können keine Rückschlüsse darauf gezogen werden, ob es sich um geschützte

Wirtschaft und Verwaltung

Vierteljahresbeilage zum
Gewerbearchiv

oder um nichtgeschützte Zeichen handelt.

VERLAG UND ANZEIGENVERWALTUNG Gildeverlag Verlag Auto und Kraftrad Hans-Gerhard Dobler GmbH, Postfach 1450, 3220 Alfeld, Telefon (05181) 4061, Telex: 9-2945

Der Nachdruck von Beiträgen, auch auszugsweise, bedarf der Einwilligung des Verlags, die in jedem Einzelfall vorher einzuholen ist.

ANZEIGENLEITUNG
Heyko Klostermeyer
Gültige Anzeigen-Preisliste Nr 2

BEZUGSBEDINGUNGEN
„Wirtschaft und Verwaltung — Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv“ wird der Zeitschrift GEWERBEARCHIV

vierteljährlich beigelegt. Vierteljahresbeilage „Wirtschaft und Verwaltung“ ist nur in Verbindung mit einem Abonnement GEWERBEARCHIV zu beziehen und ist im Bezugspreis enthalten. Die Zeitschrift GEWERBEARCHIV erscheint monatlich. Bezugspreise: Einzelheft GEWERBEARCHIV DM 18.— (inkl. DM 1,50 Versandkosten und DM —,94 MWSt.), vierteljährlich DM 48.— (inkl. DM 2,50 Versandkosten und DM 2,50 MWSt.).

Bestellungen werden vom Verlag, den Postämtern im Bundesgebiet und allen Buchhandlungen entgegengenommen. Abbonnementskündigungen zwei Monate zum Quartalsende. Bei Nichterscheinen infolge höherer Gewalt, Materialverknappung, Streik o.ä. besteht kein Anspruch auf Nachlieferung bzw. Schadenersatz.

DRUCK
Bonner Universitäts-Buchdruckerei,
Baunscheidtstraße 6, 5300 Bonn
Erfüllungsort Alfeld (Leine)

Wirtschaft und Verwaltung

— Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv —
Inhaltsverzeichnis Jahrgang 1978

Heft 1: Wirtschaft und Gewerberecht

Dr. Hans-Christoph v. Ebner, München	Entwicklungstendenzen des Gewerbe- rechts in der Bundesrepublik Deutschland	1
Prof. Dr. Ferdinand Kopp, Graz	Entwicklungstendenzen und Probleme des österreichischen Gewerberechts	29
Raymond Littolff, Straßburg	Die Tendenzen des französischen Gewer- berechts	50

Heft 2: Öffentliche Hand und wirtschaftliche Betätigung

Prof. Dr. Franz-Ludwig Knemeyer, Würzburg	Privatisierung öffentlicher Aufgaben	65
Dr. Günther Barbey, Berlin	Wahrnehmung staatlicher und gemeindli- cher Aufgaben in privatrechtlichen Hand- lungs- und Entscheidungsformen	77
Prof. Dr. Dieter Wilke und Jens Schachel, Berlin	Probleme fiskalischer Betätigung der öf- fentlichen Hand	95
Prof. Dr. Peter Oberndorfer, Linz	Die wirtschaftliche Betätigung der öffentli- chen Hand in Österreich	117

Heft 3: Subventionen

Prof. Dr. Peter Badura, München	Das Subventionsverhältnis	137
Dr. Erich Eyermann, München	Subventionen im Rechtsstaat: Gesetzmä- ßigkeit — Rechtmäßigkeit	149
Prof. Dr. Horst Sendler, Berlin	Subventionen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	156
Prof. Dr. Ferdinand Kopp, Graz	Der Rechtsschutz im Subventionsrecht (unter rechtsvergleichender Berücksichti- gung der Situation in Österreich)	175

Eingriffe in den Gewerbebetrieb

Prof. Dr. Friedrich Kreft, Karlsruhe	Das Recht am eingerichteten und ausgeüb- ten Gewerbebetrieb	193
Prof. Dr. Manfred Zuleeg, Frankfurt	Eingriffe in Gewerbebetriebe durch ver- waltungspolizeiliche Maßnahmen	208
Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Schenke, Bochum	Der Grundrechtsschutz des Gewerbebetrei- benden bei staatlicher Wirtschaftsplanung	226
Prof. Dr. Ludwig Fröhler, Linz/München und Dr. Joachim Kormann, München	Zur Situation des Gewerbebetreibenden bei heranrückender Wohnbebauung	245

Das Subventionsverhältnis

Von Prof. Dr. Peter Badura, München

I. Wirtschaftsförderung im Sozialstaat

1. Die Wirtschaftsförderung im Gesamtbild des Subventionswesens

Subventionen sind Finanzhilfen aus öffentlichen Mitteln, die von der Verwaltung Unternehmen oder Haushalten gewährt werden, um damit ein bestimmtes Ziel des öffentlichen Interesses zu erreichen oder zu fördern. Die Finanzhilfe kann in einem Zuschuß, einer Prämie, einer Zinsvergünstigung, einem Darlehen, einer Bürgschaft oder einer Garantie bestehen¹⁾. Durch die Gewährung der Finanzhilfe, die als Bewilligung, d. h., im Wege des Verwaltungsaktes, oder durch Vertrag erfolgen kann, entsteht zwischen der Verwaltung und dem Begünstigten das Subventionsverhältnis. Rechtsform und Inhalt des Subventionsverhältnisses bestimmen sich nach den zugrunde liegenden gesetzlichen oder sonstigen Vorschriften. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten, die dem Subventionsverhältnis entspringen, ermöglichen und sichern den Subventionszweck und dienen als Rechtsgrund der dem Subventionsempfänger gewährten Leistung.

Die subventionsweise vergebene Finanzhilfe beruht weder auf einer Gegenleistung des Empfängers, noch zielt sie auf eine bloße Vermehrung von dessen Einkünften ab²⁾. Durch ihren überschießenden öffentlichen Zweck und durch die beabsichtigte Wirkung, die über den Transfer von Finanzmitteln hinausreicht, unterscheidet sich die Subvention hauptsächlich von allen Arten der Sozialleistungen. Wie alle Grenzziehungen, die sich an verfolgten Zwecken oder beabsichtigten Wirkungen orientieren, ist diese Unterscheidung allerdings nicht trennscharf.

Der durch eine Finanzhilfe, also durch Leistung, angestrebte Förderungszweck läßt sich häufig auch durch eine Steuervergünstigung erreichen, also durch den Verzicht der öffentlichen Hand auf eine nach den allgemeinen Vorschriften geschuldete öffentliche Abgabe. Der nach Ziel und Wirkung möglichen Gleichsetzung von Finanzhilfe und Steuervergünstigung entspricht nicht auch eine rechtliche Austauschbarkeit dieser Förderungsinstrumente. Die Steuervergünstigung setzt stets eine Regelung durch Gesetz voraus, ist haushaltsrechtlich keine Ausgabe und unterliegt kompetenzrechtlich den Bestimmungen über die Finanzverfassung³⁾. Eine eigentümliche Mischform von Finanzhilfe und Steuervergünstigung ist die Investitionszulage nach dem Investitionszulagengesetz, jetzt i. d. F. vom 3. 5. 1977 (BGBl. I S. 669). Sie wird durch die Finanzämter aus den Einnahmen an Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer an Steuerpflichtige i. S. d. Einkommensteuergesetzes und des Körperschaftsteuer-

1) H. Zacher, Bericht über das in der Bundesrepublik Deutschland geltende Wirtschaftsrecht, 1973, S. 69 ff.

2) Hans J. Wolff, VerwR III. 3. Aufl., 1973, S. 258; H. Zacher, Bericht aaO., S. 68.

3) Vgl. K. Vogel, Verfassungsfragen der Investitionszulage und verwandter Vergünstigungen, DOV 77, 837, 840.

gesetzes gewährt, setzt aber im Einzelfall das Bestehen einer Steuerschuld nicht voraus. Der Gewährung der Investitionszulage ist ein Verwaltungsverfahren vor der Wirtschaftsverwaltung vorgeschaltet, in dem über die notwendige Bescheinigung über die Förderungswürdigkeit eines Vorhabens entschieden wird⁴⁾. Ungeachtet der steuerrechtlichen Ausgestaltung dieser Förderungsmaßnahme, besteht zwischen der Wirtschaftsverwaltung und dem Empfänger der Zulage ein Subventionsverhältnis⁵⁾. 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.

Die Zielsetzungen, denen Subventionierungen dienstbar gemacht werden, können wirtschafts-, sozial- und kulturpolitischer Art sein. Da diese Ziele überdies ineinander übergehen können, wie z. B. bei der Filmförderung oder bei der Förderung der Landwirtschaft, läßt sich schwerlich ein überzeugendes Kriterium finden, das gerade die Wirtschaftsförderung durch Subventionen von den anderen Fällen eindeutig abscheidet. Dies spricht dagegen, den Begriff der Subvention auf die Wirtschaftssubvention einzuschränken. Auf der anderen Seite ist es durchaus einleuchtend, auf der Grundlage einer typologischen Begriffsbildung das Hauptaugenmerk auf die Wirtschaftsförderung durch Subventionen zu richten; denn die Subvention ist ein wesentliches und charakteristisches Element der Wirtschaftslenkung oder Wirtschaftsbeeinflussung. Folgerichtig hat die juristische Behandlung des Subventionswesens ihren Platz hauptsächlich im Wirtschaftsverwaltungsrecht gefunden⁶⁾. Die Begriffsbestimmung in § 264 StGB (Subventionsbetrug) orientiert sich an den kriminalpolitischen Erfordernissen der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. 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 ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird und der Förderung der Wirtschaft dienen soll (§ 264 Abs. 6 StGB). Die verwaltungsrechtliche Bedeutung des diese Strafvorschrift ergänzenden Gesetzes gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen (Subventionsgesetz)⁷⁾ ist, abgesehen von der Regelung über die Herausgabe von Subventionsvorteilen (§ 5 SubvG), gering⁸⁾. Der straf-

4) *P. T. Tettinger*, Aktuelle Fragen der staatlichen Förderung privater Investitionen, *GewArch* 76, 318; *K. Vogel*, Verfassungsfragen aaO.; ders., Begrenzung von Subventionen durch ihren Zweck, in: *Festschrift für Hans Peter Ipsen*, 1977, S. 539, 542ff.

5) Vgl. *BVerwGE* 48, 211.

6) *M. Zuleeg*, Die Rechtsform der Subvention, 1965, S. 5, 13ff.; *V. Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966; *W. Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 194ff.; *G. Rinck*, Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., 1977, S. 103ff.; *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: *I. v. Münch*, Hrsg., Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1976, S. 257, 305ff.

7) Art. 2 des Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. 7. 1976 (BGBl. I S. 2034, 2037). – Dieses Gesetz gilt für Leistungen, die Subventionen i. S. d. § 264 StGB sind, für Leistungen nach Landesrecht jedoch nur, soweit das Landesrecht dies bestimmt. Hierzu z. B. das *BaySubvG* vom 23. 12. 1976 (*BayGVBl.* S. 586).

8) *G. Schmidt*, Zum neuen Subventionsvergabegesetz, *DVBl.* 78, 200.

rechtliche Subventionsbegriff beschränkt sich auf Finanzhilfen an Betriebe oder Unternehmen, bezieht aber auch öffentliche Unternehmen ein.

Eine finanz- und wirtschaftspolitische Regelung der Subventionen enthält § 12 StabG. Öffentliche Mittel, die für bestimmte Zwecke an Stellen außerhalb der Bundes- oder Landesverwaltung gegeben werden, insbes. Finanzhilfen, sollen so gewährt werden, daß es den Zielen des § 1 StabG nicht widerspricht (§§ 12 Abs. 1, 14 StabG). Diese Richtlinie gilt für Finanzhilfen aller Art und nicht nur für Wirtschaftssubventionen. Über diese Finanzhilfen legt die Bundesregierung dem Bundestag und dem Bundesrat zusammen mit dem Entwurf des Bundeshaushaltsplans alle zwei Jahre eine zahlenmäßige Übersicht vor; dem wird eine Übersicht der Steuervergünstigungen zusammen mit den geschätzten Mindereinnahmen beigefügt (§ 12 Abs. 2-4 StabG). Das Gesetz schreibt für diese Berichtspflicht eine bestimmte Gliederung der Übersichten vor, die allein die Wirtschaftsförderung vor Augen hat und die wesentlichsten Subventionszwecke hervorhebt, nämlich die Erhaltung von Betrieben oder Wirtschaftszweigen, die Anpassung von Betrieben oder Wirtschaftszweigen an neue Bedingungen und die Förderung des Produktivitätsfortschritts und des Wachstums von Betrieben oder Wirtschaftszweigen, insbes. durch Entwicklung neuer Produktionsmethoden und -richtungen. Aus dem zuletzt vorgelegten Sechsten Subventionsbericht⁹⁾ läßt sich ein Überblick über das betroffene Finanzvolumen gewinnen¹⁰⁾. An Finanzhilfen des Bundes sind 13,86 Mrd. gewährt worden. Die Finanzhilfen der Länder belaufen sich auf 8,41 Mrd. DM, die der Gemeinden auf 0,82 Mrd. DM. Hinzu kommen Finanzhilfen aus dem ERP-Wirtschaftsplan in Höhe von 1,55 Mrd. DM und aus konjunkturellen Sonderprogrammen in Höhe von 0,74 Mrd. DM. Die Steuermindereinnahmen aus Steuervergünstigungen insgesamt betragen 22,76 Mrd. DM.

2. Wirtschaftslenkung und Subventionszweck

Die Vergabe einer Subvention zum Zwecke der Wirtschaftsförderung besteht in der Gewährung einer Leistung aus öffentlichen Mitteln, durch die in Gestalt der Lenkung, des Anreizes oder der sonstigen Beeinflussung auf die Ordnung oder den Ablauf der Wirtschaft eingewirkt werden soll. Das aufgrund der Subvention von dem Empfänger geforderte oder erwartete Verhalten, das im öffentlichen Interesse angestrebt wird, ist der unmittelbar im Rahmen des Subventionsverhältnisses verwirklichte Verwaltungszweck. Subventionen sind, kurz gesagt, Wirtschaftslenkung durch Wirtschaftsförderung, sie sind ein Instrument der Konjunktur-, Struktur- und Wachstumspolitik und, sofern die Subventionierungsmaßnahmen sich in ein überlegtes Konzept einfügen, ein

9) Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen und Steuervergünstigungen für die Jahre 1975 bis 1978, BT-Drucks. 8/1195.

10) Alle Zahlen für das Jahr 1977, ausgenommen die Zahlen für die Gemeinden, die dem Jahre 1976 entstammen.

Instrument der Wirtschaftsplanung¹¹⁾. Die Subventionen gehören zu den Gestaltungsformen, mit denen der Staat seine „Verantwortung für das Funktionieren und das Wachstum“ einer Wirtschaft wahrnimmt, die selbst nicht prinzipiell staatliche, sondern private Wirtschaft ist¹²⁾.

In Auslegung der Gliederungsvorschrift des § 12 Abs. 2 StabG bildet der Subventionsbericht der Bundesregierung die drei Gruppen von Finanzhilfen, die gegeben werden, um Produktionen oder Leistungen in Betrieben oder Wirtschaftszweigen zu erhalten oder an neue Bedingungen anzupassen, um den Produktivitätsfortschritt und das Wachstum von Betrieben oder Wirtschaftszweigen zu fördern und um in wichtigen Bereichen des volkswirtschaftlichen Marktprozesses für private Haushalte bestimmte Güter und Leistungen zu verbilligen und die Spartätigkeit anzuregen¹³⁾. Die dritte Gruppe ist mit 8,77 Mrd. DM die weitaus größte. Bei den Subventionen an Wirtschaftsunternehmen umfassen die Erhaltungshilfen 2,03 Mrd. DM, die Anpassungshilfen 2,14 Mrd. DM und die Produktivitäts-(Wachstums-)Hilfen 0,92 Mrd. DM. Beispiele für Erhaltungshilfen sind die Gasölverbilligungen für die Landwirtschaft und für Verkehrsbetriebe zur Verbilligung von Gasöl zum Betrieb schienengebundener Fahrzeuge sowie die Zuschüsse zur Stützung der Kokskohle¹⁴⁾. Zu den Anpassungshilfen rechnen u. a. die Darlehen für die Kleine Hochsee- und Küstenfischerei (Kutterdarlehen), die Zuschüsse für die Stilllegung von Steinkohlebergwerken und die Neubauhilfen für Handelsschiffe¹⁵⁾. Ein Beispiel schließlich für Finanzhilfen zugunsten von Wachstum und Innovation ist die Förderung der Luftfahrttechnik¹⁶⁾.

Der bei der rechtlichen Betrachtung des Subventionswesens durchweg als ausschlaggebend angesehene Subventionszweck erweist sich häufig als mehrdeutig und mehrstufig¹⁷⁾. Um ein klareres Richtmaß zu gewinnen, ist es erforderlich, die Zielsetzung einer Subventionierungsmaßnahme von der Verwirklichung dieser Zielsetzung in den rechtlich im Subventionsverhältnis festgelegten Verwaltungszwecken zu trennen. Die Zielsetzung der Subventionierungsmaßnahme ist häufig, aber nicht notwendig, in Gestalt einer den Subventionsempfänger rechtlich bindenden Verwendungsbeschränkung verwirklicht. Es ist deshalb nur als ein allgemeines Prinzip richtig, daß durch die Subvention das privatwirtschaftliche Verhalten des Subventionsempfängers dem Subven-

11) *H. P. Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25, 1967, S. 257, 281; *L. Fröhler*, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik, 1969, S. 110ff.; *K. Wenger*, Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes, in: ders., Hrsg., Förderungsverwaltung, 1973, S. 15, 25ff., 42; *K. Vogel*, Begrenzung aaO, S. 552.

12) *H. P. Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen aaO., S. 262.

13) Sechster Subventionsbericht aaO., S. 5.

14) Sechster Subventionsbericht aaO., Anlage 1, Nrn. 5, 53, 97.

15) Sechster Subventionsbericht aaO., Anlage 1, Nrn. 7, 40, 92.

16) Sechster Subventionsbericht aaO., Anlage 1, Nr. 61.

17) Hierzu insbes. die Untersuchung von *K. Vogel*, Begrenzung aaO., S. 545, der das „angestrebte Verhalten“ von den „entfernteren Zwecken“ unterscheidet.

tionszweck dienstbar gemacht und in dem Sinne in Pflicht genommen wird¹⁸⁾. Ob und welche Pflichten der Subventionsempfänger zu erfüllen hat, bestimmt sich nach den zugrunde liegenden Vorschriften und der konkreten Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses.

Subventionen sind Leistungen, die regelmäßig nur aufgrund eines Antrages vergeben werden. So gesehen, wird der Subventionsempfänger aufgrund einer selbständigen, „freiwilligen“ Entschließung zum Unterworfenen eines Subventionsverhältnisses; „omnis subventio est voluntaria“ (Ibsen). So richtig das im Hinblick auf den Entstehungstatbestand des Subventionsverhältnisses ist, so wenig wird es jedoch der wirtschaftlichen Lage des Subventionsbewerbers und Subventionsempfängers gerecht. Das durch eine Subventionierungsmaßnahme bewirkte „Angebot“ hat angesichts des privatwirtschaftlichen Wettbewerbs in prägendem Maße den Charakter der Unausweichlichkeit und nicht grundlos wird deswegen auch die Subvention als ein Instrument der Wirtschaftslenkung bezeichnet. Die rechtliche Ausgestaltung der Teilhabe an einer Subventionierungsmaßnahme, die Bindung an willkürfreie Sachgerechtigkeit und Gleichbehandlung bei der Festlegung des Kreises der Destinatäre und der Anforderungen für den Zugang sind die rechtlich wesentlichen Direktiven für die politische Entscheidung über eine Subventionierungsmaßnahme und für die Ausübung des Ermessens bei der Subventionsvergabe im Einzelfall. Subventionierung und Subventionsvergabe bedürfen verfassungsrechtlich der Rechtfertigung gegenüber dem Gleichheitssatz und der Wirtschaftsfreiheit¹⁹⁾.

Die Subvention als Gegenstand der Wirtschaftsverfassung ist hier nicht näher zu betrachten. Sie muß dort als eine Erscheinungsform des Wirtschaftsinterventionismus, darüber hinaus aber als ein Medium der Umverteilung und des Verteilungskampfes der organisierten Interessen zur Geltung kommen. Die Besonderheit der Leistungsverwaltung durch Subventionierung ist, daß sie eine „Umverteilung bestimmter Quantitäten des Sozialprodukts“ besorgt, „die der Sozialstaat kraft seiner Steuerhoheit . . . in Anspruch genommen hat, nach Maßstäben sozialer Zuordnung und öffentlicher Funktion der privaten Wirtschaftsteilnehmer, deren Verhalten die Subventionsverwaltung durch ihre Zuwendungen stimuliert und im öffentlichen Subventionszweck bindet“²⁰⁾.

II. Staatsrechtliche Grundlagen

1. Parlament, Regierung und Verwaltung

Die Entscheidungen über Einführung, Ausgestaltung, Fortsetzung und Beendigung einer Subventionierungsmaßnahme im Bereich der Wirtschaftsförde-

18) Siehe die Umschreibungen bei *H. P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 7, 9, 57; ders., Verwaltung durch Subventionen aaO., S. 279; *L. Fröhler* aaO., S. 114, 115f.; *Hans J. Wolff*, VerwR III aaO., S. 257. – Siehe dagegen BVerfGE 17, 210, 216: Der Staat „fördert“ durch „finanzielle Zuwendungen („Subventionen“) ein bestimmtes Verhalten der Bürger“, das ihm „aus wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist“.

19) *H. P. Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen aaO., S. 445.

20) *H. P. Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen aaO., S. 301.

rung sind staatsleitende Akte der Wirtschaftspolitik. Sachlich werden sie letzten Endes bestimmt und gebunden durch die sozialstaatliche Verantwortung für die Ordnung, den Ablauf und das Wachstum der Wirtschaft. Eine etwas spezifischere verfassungsrechtliche Richtlinie gibt Art. 109 Abs. 2 GG, anknüpfend an die haushaltswirksame Seite einer Subventionierung durch die Forderung, den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. In Rücksicht darauf beschränkt sich § 12 Abs. 1 StabG auf die Festlegung, daß Finanzhilfen so gewährt werden sollen, daß es den Zielen des § 1 StabG nicht widerspricht. Das ist eine limitative Regelung, kann also nicht als ein Auftrag zur Subventionierung gedeutet werden. Übereinstimmend damit zielt die besondere Berichtspflicht nach § 12 Abs. 4 StabG auf einen Abbau der Finanzhilfen ab.

Die Lenkungs- und Umverteilungsentscheidung, die mit einer Subventionierung getroffen wird, erweist ihren wettbewerbsbeeinflussenden Interventions-effekt vor allem darin, wie sie den Kreis der durch die Subventionierungsmaßnahme zu begünstigenden Unternehmen abgrenzt. Verfassungsrechtlich unterliegt diese Entscheidung dem Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes²¹⁾.

Die parlamentarische Mitwirkung an einer Subventionierungsmaßnahme ist durch das Budgetrecht in jedem Fall dadurch gesichert, daß die erforderlichen Ausgaben in den Haushaltsplan eingestellt werden müssen und dieser der Feststellung durch Gesetz bedarf. Diese Haushaltsentscheidung bedarf zusätzlicher, mit Außenwirkung ausgestatteter Regelungen, um in einzelne Subventionsverhältnisse umgesetzt werden zu können. Soweit diese Regelungen nicht nach den Grundsätzen des Gesetzesvorbehalts durch Gesetz erfolgen müssen oder aus anderen Gründen durch Gesetz verabschiedet werden, treten sie als Regierungsakte in Form von Subventions-Richtlinien in Erscheinung. Gesetz oder Richtlinie bilden die Grundlage für das im Einzelfall von der Verwaltung zu begründende Subventionsverhältnis.

2. Haushaltsgesetz und Subventionsstatut

Die Vergabe der Subvention erfolgt im Einzelfall durch die Aufwendung öffentlicher Mittel aufgrund eines Subventionsverhältnisses. Die Bereitstellung der erforderlichen Mittel unterliegt dem parlamentarischen Budgetrecht und dem Haushaltsrecht, das Subventionsverhältnis unterliegt dem in Gesetz oder Richtlinie festgelegten Subventionsstatut. Die haushaltsgesetzliche Bewilligung der Mittel kann zwar durch die dem Haushaltsansatz beigelegte Umschreibung

21) BVerfGE 17, 210, 216; BVerwG DVBl. 73, 412; HessVGH DVBl. 66, 752; OVG Münster GewArch. 76, 290. – *I. v. Münch*, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, AöR 85, 1960, S. 270; *H. Kreussler*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen, 1973. – Da Subventionierungsmaßnahmen gerade auf eine differenzierende Beeinflussung der Wettbewerbsbedingungen abzielen, die Ungleichbehandlung also eine wesensbestimmende Wirkung der Wirtschaftsförderung durch Subventionen ist, konzentriert sich die Frage auf die dem Willkürverbot und dem Übermaßverbot zu entnehmenden Grenzen der politischen Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Auswahl und Definition des öffentlichen Interesses als der Grundlage der Subventionierung.

der Zweckbestimmung den wesentlichen Inhalt des durch Richtlinie festzulegenden Subventionsstatuts bestimmen, sie kann aber das Subventionsstatut nicht ersetzen. Das Haushaltsgesetz gibt der Exekutive Ermächtigungen zur Bewirtschaftung von zugewiesenen Mitteln, kann aber für sich allein Ansprüche oder Verbindlichkeiten weder begründen noch aufheben (§ 3 HGrG). Das Subventionsverhältnis bedarf deshalb der Grundlage in einer Regelung außerhalb des Haushaltsgesetzes²²⁾. Dementsprechend können die haushaltsrechtlichen Vorschriften über die Behandlung von „Zuwendungen“ bei der Aufstellung und der Ausführung des Haushaltsplans (§§ 14 HGrG, 23 BHO; §§ 26 Abs. 1 HGrG, 44 Abs. 1 BHO)²³⁾ nicht als Bestandteil des Subventionsstatuts angesehen werden. Mittelbewirtschaftung und Subventionsvergabe überschneiden sich allerdings insofern, als gem. § 26 Abs. 1 Satz 2 HGrG bei der Gewährung von Zuwendungen zu bestimmen ist, wie die zweckentsprechende Verwendung der Zuwendungen nachzuweisen ist, so daß in den Verwaltungsvorschriften zum Vollzug der Haushaltsordnungen zugleich allgemeine Vorschriften über das Subventionsverhältnis niedergelegt werden²⁴⁾.

Besondere Gesetze über Subventionierungsmaßnahmen haben entweder einen speziellen Charakter²⁵⁾ oder stellen Rahmen- und Richtliniengesetze dar, in denen neben einer Globalermächtigung²⁶⁾ Grundsätze über die Ausgestaltung und Vergabe der Subventionen geregelt sein können²⁷⁾.

III. Konstruktionsfragen des Subventionsverhältnisses

1. Begründung und Eigenart des Subventionsverhältnisses

Die Art der Begründung, die Rechtsform und der mögliche Inhalt des Subventionsverhältnisses ergeben sich aus dem Subventionsstatut, das durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift festgelegt ist. Nach der bisherigen Praxis muß es als Regelfall angesehen werden, daß das Subventionsverhältnis öffentlich-rechtlichen Charakter hat und daß es durch Verwaltungsakt, den Bewilligungsbescheid, begründet wird. Doch kann das Subventionsverhältnis auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zustande kommen²⁸⁾. Es ist nicht von vornher-

22) BVerfGE 38, 121.

23) *H. Zacher*, Bericht aaO., S. 68 f.; *K. Vogel*, Begrenzung aaO., S. 547 ff.

24) Siehe beispielsweise Anlage 1 zu den Verwaltungsvorschriften zu Art. 44 BayHO: Grundsätze für die Verwendung der Zuwendungen des Staates sowie für den Nachweis und die Prüfung der Verwendung (allgemeine Bewirtschaftungsgrundsätze).

25) Z. B. das Gasöl-Verwendungsgesetz – Landwirtschaft vom 22. 12. 1967 (BGBl. I S. 1339), zuletzt geändert durch Art. 11 des Steueränderungsgesetzes 1973 vom 26. 6. 1973 (BGBl. I S. 676).

26) Hierzu *H. P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung aaO., S. 38.

27) Z. B. Gesetz zur Förderung der bayer. Landwirtschaft vom 8. 8. 1974 (GVBl. S. 395), bes. Art. 5 Abs. 5; bayer. Gesetz über die Förderung der kleinen und mittleren Unternehmen sowie der freien Berufe (Mittelstandsförderungsgesetz) vom 8. 10. 1974 (GVBl. S. 497), bes. Art. 3 Abs. 2. – *G. Hofmeir*, Mittelstandsförderung in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung der Länder, Diss. München 1977.

28) BVerwG DÖV 59, 573; OVG Münster BB 72, 1297. – *H. P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung aaO., S. 71; ders., Verwaltung durch Subventionen aaO., S. 299; *M. Zuleeg*, Rechtsform aaO., S. 61 f.; *Hans J. Wolff*, VerwR III aaO., S. 264; *H.-J. Knack*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976, § 54, Rdnr. 6.2. Für eine rein privatrechtliche Gestaltung des Subventionsverhältnisses *H. Meister*, Subventionen der öffentlichen Verwaltung außerhalb gesetzlicher Regelungen, DVBl. 72, 593.

ein ausgeschlossen, daß das Subventionsverhältnis allein aufgrund normativer Regelung entsteht²⁹⁾, doch muß das schon deswegen als ein Ausnahmefall bezeichnet werden, weil die Vergabe einer Subvention im Einzelfall regelmäßig eine Ermessensentscheidung darstellt. Auch dort, wo ein Subventionsanspruch aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Betracht kommt, muß angenommen werden, daß die Gewährung der Subvention einen Verwaltungsakt voraussetzt³⁰⁾.

Der Verwaltungsakt, durch den die Bewilligung der Subvention ausgesprochen wird, ist seinem Hauptinhalt nach begünstigenden Charakters. Zur Sicherung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Subvention und zur Auferlegung der sonst notwendigen und zulässigen Pflichten des Subventionsempfängers können dem Bewilligungsbescheid Auflagen beigefügt werden³¹⁾. Daß derartige Nebenbestimmungen als Bedingungen anzusehen wären, also auf die Wirksamkeit der Bewilligung von Einfluß wären, kann ohne besondere Anhaltspunkte nicht angenommen werden. Auf einer derartigen Einschätzung beruht allerdings die vom Bundesverwaltungsgericht in Anknüpfung an Hans J. Wolff verwendete Begriffsbildung des „Verwaltungsaktes auf Unterwerfung“³²⁾. Wenn das Gericht ausführt, daß der Antragstellende durch die Unterwerfung nur Pflichten übernommen habe, die dem öffentlich-rechtlichen Subventionszweck dienen sollten, so weist das gerade auf die Einordnung der Nebenbestimmung als Auflage hin³³⁾. Soweit eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt, muß sich die Zulässigkeit der Beifügung von Nebenbestimmungen auch bei der Subventionsbewilligung nach den allgemeinen Grundsätzen richten. Der Antrag auf Gewährung der Subvention kann nicht in dem Sinn als eine „Unterwerfung“ verstanden werden, daß der Subventionsempfänger auch an sich nicht zulässige Nebenbestimmungen damit akzeptieren würde. Denn die Vergabe einer Subvention ist eine wirtschaftsgestaltende Maßnahme, die sich vor den grundrechtlichen Garantien der Wirtschaftsfreiheit und der Gleichbehandlung rechtfertigen muß. Ob die Subventionsbewilligung mit Nebenbestimmungen versehen werden darf und welchen Inhalt diese haben dürfen, richtet sich nach den Kriterien der willkürfreien Sachgerechtigkeit und der Verhältnismäßigkeit, bezogen auf den spezifizierten Subventionszweck³⁴⁾.

Das öffentlich-rechtliche Subventionsverhältnis ist ein leistungsverwaltungsrechtliches Schuldverhältnis. Ob es von der Verwaltung zu begründen ist, hängt von einer durch die materiellen Direktiven des Subventionsstatuts abhängigen Ermessensentscheidung ab, soweit nicht ausnahmsweise normativ ein Anspruch auf Subventionsbewilligung gegeben ist. Kraft des Subventionsver-

29) OVG Hamburg GewArch 75, 20.

30) O. Schlichter, Klageformen bei der verwaltungsgerichtlichen Durchsetzung von Subventionsansprüchen, DVBl. 66, 738.

31) OVG Lüneburg DÖV 67, 866.

32) BVerwG JZ 69, 69. Siehe auch BGHZ 57, 130/133.

33) Siehe auch die kritischen Bemerkungen bei Hans J. Wolff/O. Bachof, VerwR I, 9. Aufl., 1974, S. 408, und bei Renck, JuS 71, 77.

34) H. P. Ipsen, Öffentliche Subventionierung aaO, S. 57, 79; K. Vogel, Begrenzung aaO., S. 552f.

hältnisses ist die Verwaltung verpflichtet, die Subvention nach den festgelegten Modalitäten zuzuwenden und besteht ein entsprechender Anspruch des Subventionsempfängers. Kraft des Subventionsverhältnisses und nach dessen Maßgabe ist die Verwaltung berechtigt, die bestimmungsmäßige Verwendung der Subvention sicherzustellen und ggf. die Rückzahlung der Leistung zu verlangen; dem korrespondieren entsprechende Pflichten des Subventionsempfängers³⁵⁾. Das Subventionsverhältnis ist nicht synallagmatischen Charakters, verbindet aber nach dem Richtmaß des Subventionszweckes gegenseitige Rechte und Pflichten. Zur Kennzeichnung dieser Eigenart des Subventionsverhältnisses ist von „Kooperation“ gesprochen worden, durch welche die Binnenstruktur des Subventionsverhältnisses bestimmt werde³⁶⁾.

2. Zweistufige Gestaltung

Die subventionsweise Vergabe von Darlehen, Bürgschaften oder Garantien im Wege privatrechtlicher Verträge ist Ausübung öffentlicher Verwaltung in privatrechtlicher Rechtsform³⁷⁾. Je nach der von der Verwaltung auf der Grundlage des Subventionsstatuts vorgenommenen Begründung und Ausgestaltung kann das Subventionsverhältnis hier rein privatrechtlich sein³⁸⁾ oder aber sich aus einem kraft Bewilligung entstehenden öffentlich-rechtlichen Grundverhältnis und einem der Ausführung dienenden privatrechtlichen Abwicklungsverhältnis zusammensetzen³⁹⁾. Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilungen ist dabei stets das Subventionsstatut und die auf dessen Grundlage etwa bestehende Gestaltungsfreiheit der Verwaltung⁴⁰⁾. Auch bei der Vergabe von Darlehen, Bürgschaften oder Garantien ist also ein zweistufiges Subventionsverhältnis nicht eine notwendige, sondern nur eine mögliche Gestaltung. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß in diesem Falle eine rein öffentlich-rechtliche Vergabe stattfindet. Soweit in der Kritik an der Zwei-Stufen-Theorie vorausgesetzt wird, daß auch bei der Vergabe von Darlehen, Bürgschaften oder Garantien eine rein öffentlich-rechtliche Konstruktion geboten sei⁴¹⁾, wird damit der im Bereich der Leistungsverwaltung grundsätzlich bestehenden Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers oder der Exekutive hinsichtlich der Rechtsform der Leistungsvergabe nicht hinreichend Rechnung getragen.

35) H. F. Zacher, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25, 1967, S. 308, 326; K. Wenger aaO., S. 30 ff.

36) H. F. Zacher, Verwaltung durch Subventionen aaO., S. 441; darauf aufbauend G. Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, 1973.

37) A. Köttgen, Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 53, 485.

38) BVerwGE 38, 281 betrifft den einer Subventionsvergabe ähnlichen Fall der Bereitstellung von Bauland für den Wohnungsbau nach § 89 Abs. 1 II. WoBauG.

39) BVerwGE 1, 308; 13, 47; BVerwG DVBl. 73, 416; BGHZ 40, 206; BGH DVBl. 69, 620; BGHZ 57, 130. – H. P. Ipsen, Öffentliche Subventionierung aaO., S. 64 ff.; Hans J. Wolff, VerwR III aaO., S. 263 f.; H.-J. Papier, Fälle zum Wahlfach Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1976, S. 138 ff.; G. Rinck, Wirtschaftsrecht aaO., S. 109 f.

40) BGHZ 57, 130.

41) M. Zuleeg, Rechtsform aaO., S. 48 ff.; L. Fröhler, Wirtschaftsrecht aaO., S. 123 ff.; H.-J. Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz aaO.; Eyermann/Fröhler, VwGO, 7. Aufl. 1977, § 40, Rdnr. 46.

Für die allgemeine Beurteilung des juristischen Wertes der Zwei-Stufen-Theorie muß auf ihren Grundgedanken zurückgegangen werden. Dieser stimmt mit der Lehre Forsthoffs von der Daseinsvorsorge in privatrechtlicher Rechtsform überein und geht dahin, daß auch die Vergabe von Subventionen in privatrechtlicher Rechtsform Ausübung öffentlicher Verwaltung ist. Demnach ist der zum Zwecke einer Subventionierung von der Verwaltung abgeschlossene privatrechtliche Vertrag über ein Darlehen, eine Bürgschaft oder eine Garantie nicht ein nach Privatautonomie zu betrachtendes privatwirtschaftliches Handeln der Verwaltung, sondern Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe in Bindung an die Grundsätze des Verwaltungshandelns⁴²⁾. Aus diesem Grundgedanken der Zwei-Stufen-Theorie folgt, daß jegliche Subventionsvergabe in privatrechtlicher Form den Bindungen des Verwaltungsprivatrechts unterliegt und daß die Versagung einer beantragten Subvention ein Verwaltungsakt ist. Es folgt jedoch nicht notwendig daraus, daß stets auch der Vergabeakt selbst als ein Verwaltungsakt anzusehen wäre. Im Einzelfall darf also weder ohne hinreichende Anhaltspunkte der Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages vorausgesetzt, noch bei einem rein privatrechtlichen Subventionsverhältnis ein vorgehalteter Bewilligungsbescheid konstruiert werden.

Liegt eine zweistufige Gestaltung vor und ist aufgrund des Bewilligungsbescheides ein privatrechtlicher Vertrag zustande gekommen, bestehen ein öffentlich-rechtliches Grundverhältnis und ein privatrechtliches Abwicklungsverhältnis nebeneinander. Das Subventionsverhältnis hat eine „gebrochene“ Struktur⁴³⁾. Die Aufteilung der einzelnen Rechte und Pflichten auf die beiden Bestandteile des Subventionsverhältnisses wird in der Regel so erfolgen, daß die Grundbeziehung öffentlich-rechtlich ist, auch nach Abschluß des privatrechtlichen Ausführungsgeschäftes fortbesteht und der Verwaltung ungeachtet des privatrechtlichen Vertrages hinreichende Einwirkungsmöglichkeiten auf Abwicklung und Fortdauer des Subventionsverhältnisses gestattet⁴⁴⁾. Bei einem rechtlich zulässigen Grunde wird deshalb insbes. eine Beendigung der Subventionierung sowohl im Wege der Rücknahme oder des Widerrufs des Bewilligungsbescheides als auch im Wege der Kündigung des privatrechtlichen Vertrages in Betracht kommen. Der Rückzahlungsanspruch ist im ersten Falle öffentlich-rechtlich, im zweiten Falle privatrechtlich⁴⁵⁾. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, daß die Rechtsbeziehungen im Rahmen des Subventionsverhältnisses nach der Bewilligung allein und abschließend in dem privatrechtlichen Vertrage geregelt werden, so daß die Verwaltung auf die privatrechtlichen Einflußmöglichkeiten beschränkt wird. Die Bewilligung ist dann durch den privatrechtlichen Vertrag gewissermaßen konsumiert, das öffentlich-rechtliche

42) *H.-P. Ipsen*, Haushaltssubventionierung über zwei Stufen, in: Festschrift für Gerhard Wacke, 1972, S. 139, 146, 149. Diese Abhandlung gibt ein Gutachten von 1951 über Filmproduktionskredite wieder.

43) *H.-P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung aaO., S. 64.

44) *H.-P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung aaO., S. 84 ff.; *H.-J. Papier* aaO., S. 140.

45) BGH DVBl. 69, 620; DVBl. 73, 460.

Grundverhältnis beendet⁴⁶⁾. Eine derartige Ausformung der Zweistufigkeit wird allerdings in Subventionsstatut und Bewilligungsbescheid eine eindeutige Grundlage haben müssen. Denn sonst hat das Abwicklungsverhältnis einen öffentlich-rechtlichen Gegenstand und müßte folgerichtig als ein öffentlich-rechtlicher Vertrag angesehen werden.

3. *Einschaltung von Kreditinstituten*

Das wesentliche Anwendungsfeld zweistufiger Gestaltungen sind die Fälle, wo die Vergabe der Subvention durch einen Bewilligungsbescheid der Verwaltung erfolgt, die Abwicklung von Darlehen oder Bürgschaft aber einem Kreditinstitut überlassen wird. Hier entsteht neben dem öffentlich-rechtlichen Grundverhältnis zwischen der Verwaltung und dem Subventionsempfänger ein privatrechtliches Abwicklungsverhältnis zwischen dem Kreditinstitut und dem Subventionsempfänger⁴⁷⁾. Der privatrechtliche Vertragsschluß zwischen dem Kreditinstitut und dem Subventionsempfänger führt den Bewilligungsbescheid der Verwaltung aus. Eine selbständige kraft öffentlichen Rechts bestehende Entscheidungsvollmacht des Kreditinstituts würde eine entsprechende Beleihung kraft eines öffentlich-rechtlichen Deckungsverhältnisses zwischen der Verwaltung und dem Kreditinstitut voraussetzen⁴⁸⁾. Die eine derartige Entscheidungsbefugnis des Kreditinstituts voraussetzende Delegation könnte nur durch oder aufgrund Gesetzes erfolgen. Diese Anforderung entspringt nicht einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt für die Leistungsverwaltung, sondern dem organisatorischen Gesetzesvorbehalt, wonach selbständige Entscheidungsbefugnisse nichtstaatlicher Verwaltungsträger nur durch oder aufgrund Gesetzes geschaffen werden dürfen⁴⁹⁾.

4. *Rückforderung der Subventionsleistung*

Die im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Subventionsverhältnisses als Zuschuß oder Darlehen vergebene Leistung kann von der Verwaltung zurückgefordert werden, wenn ein Erstattungsanspruch gegen den Subventionsempfänger besteht. Der Erstattungsanspruch entsteht entweder, wenn der Bewilligungsbescheid zurückgenommen oder widerrufen werden darf und zurückgenommen oder widerrufen worden ist, oder aufgrund einer dem Bewilligungsbescheid beigefügten Auflage, die unter festgelegten Voraussetzungen eine Rückforderung der Leistung erlaubt. Der Erstattungsanspruch kann gegen den Subventionsempfänger durch Verwaltungsakt festgesetzt und ggf. durchgesetzt

46) So die Gestaltung in dem Fall BGHZ 40, 206.

47) BVerwGE 7, 180; 35, 170; BGH NJW 64, 2060. – M. Zuleeg, Die Rechtsform aaO., S. 89 ff.; Eyermann/Fröhler aaO., Rdnr. 46; U. Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 167 ff. mit einer Analyse der z. T. abweichenden Praxis. – Das Kreditinstitut ist, neben der die Bewilligung aussprechenden Behörde, „Subventionsgeber“ im Sinne des § 264 Abs. 1 StGB (Schönke/Schröder, StGB, 19. Aufl., 1978, § 264, Rdnr. 41).

48) Eyermann/Fröhler aaO., Rdnr. 47a. Der Entscheidung BayVGH NJW 61, 163, lag eine derartige Fallgestaltung nicht zugrunde.

49) BVerwG DÖV 71, 312 mit abl. Anm. Chr. Heinze, DÖV 71, 313, entgegen dem Berufungsurteil BayVGH DVBl. 67, 383.

werden. Dies alles gilt auch dann, wenn die Subventionsvergabe nicht auf einem besonderen Gesetz beruht, sondern lediglich durch Verwaltungsvorschriften geregelt ist⁵⁰). War die Leistungsvergabe im Wege eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erfolgt, kann der Erstattungsanspruch unmittelbar aus einer Vertragsklausel hervorgehen oder sonst wegen Wegfall des Rechtsgrundes der Leistung durch Kündigung oder sonstige Vernichtung des Vertrages seitens der Verwaltung entstehen. Soweit ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist und der Erstattungsanspruch aus dem Vertrag oder aus dessen Rückabwicklung verlangt wird, kommt eine Festsetzung durch Verwaltungsakt nicht in Betracht.

Bei zweistufiger Gestaltung des Subventionsverhältnisses kommt es darauf an, ob der Rückzahlungsanspruch ein Erstattungsanspruch aufgrund des öffentlich-rechtlichen Grundverhältnisses ist oder ob er aus einer Klausel oder der Kündigung des privatrechtlichen Abwicklungsverhältnisses hervorgeht. Eine Kündigung des privatrechtlichen Vertrages ist auch dann möglich, wenn ein Bewilligungsbescheid vorliegt, vorausgesetzt, daß dies vertraglich vorgesehen ist⁵¹). Die Kündigung des privatrechtlichen Vertrages ist also grundsätzlich nicht davon abhängig, daß zuvor ein Widerruf oder eine Rücknahme der Bewilligung erfolgt ist. Andererseits verliert die Verwaltung nicht allein dadurch die Herrschaft über das öffentlich-rechtliche Grundverhältnis, daß zu dessen Ausführung ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen worden ist.

Als Gründe für eine Rückforderung der Subventionsleistung kommen hauptsächlich die zu Unrecht erfolgte Vergabe oder die zweckwidrige Verwendung der Subvention in Betracht. Für die Subventionen im Sinne des § 264 StGB ist in § 5 SubvG nunmehr eine selbständige Anspruchsgrundlage für die „Herausgabe von Subventionsvorteilen“ vorhanden. Wer eine Geldleistung, deren Verwendung durch Gesetz oder durch den Subventionsgeber im Hinblick auf eine Subvention beschränkt ist, entgegen der Verwendungsbeschränkung verwendet und dadurch einen Vorteil erlangt, hat diesen dem Subventionsgeber herauszugeben. Dieser „Herausgabeanpruch“, der sich etwa auf die Erstattung von Zinsgewinnen richten kann, tritt selbständig neben den Erstattungsanspruch wegen der Subventionsleistung.

5. Plangewährleistung

Die Zuwendung einer Subvention beeinflusst die Dispositionen des Subventionsempfängers. Dies entspricht der Zielsetzung der Subventionierung und findet in der durch das Subventionsverhältnis geschaffenen Rechtsposition eine rechtlich gesicherte Grundlage. Subventionen, die nicht nur projektgebunden sind, werden aber möglicherweise bei dem Subventionsempfänger Initiativen

50) BVerwGE 13, 307; 20, 295; BVerwG JZ 69, 69; BVerwGE 35, 170; BVerwG VII C 64.75 GewArch 77, 264; BVerwG VII C 59.75 NJW 77, 1838 (Revisionsurteil zu BayVGH BayVBl.75, 590, wonach im Falle der Richtlinien-Subventionierung eine Rückforderung durch Verwaltungsakt nicht zulässig sein soll).

51) BVerwG DVBl. 73, 416; BGH DVBl. 69, 620; BGH BB 73, 258 mit abl. Anm. *Chr. Heinze*.

und Dispositionen auslösen, die über die von Rechts wegen erworbenen Leistungen hinausgehen. Der Empfänger wird möglicherweise sein Vertrauen darauf setzen, daß eine ihm zuteil gewordene Förderung fort dauert oder auch weiterhin in der bisherigen Höhe gewährt werden wird. Das ist insbes. bei strukturpolitischen Förderungen naheliegend.

Die skizzierte Erwartung des Subventionsempfängers wird sich nur in Ausnahmefällen, so etwa im Falle einer Zusage⁵²⁾, auf einen rechtlich gesicherten Vertrauenstatbestand stützen können.

Die einmal oder für eine gewisse Zeit gewährte Subventionierung ist für sich allein nicht geeignet, eine derartige Rechtsposition zu begründen⁵³⁾. Das muß selbst bei längerfristig angelegten planmäßigen Förderungsmaßnahmen gelten. Die erst auf eine zukünftige Verwirklichung bezogenen Bestandteile eines Förderungsprogrammes weisen keine individuellen Rechte zu und stehen unter dem Vorbehalt ihrer Verwirklichungsbedingungen. Auch hier tritt der Zusammenhang von Subventionierungsmaßnahmen mit der Kontingenz politischer und haushaltswirtschaftlicher Verteilungsentscheidungen zutage.