

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 453

**Die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht
und Verfassungswirklichkeit bei Vergabe von
staatlichen Wirtschaftssubventionen
durch die öffentliche Hand**

Von

Dr. Hans-Dieter Grosser



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

HANS-DIETER GROSSER

**Die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht
und Verfassungswirklichkeit bei Vergabe von staatlichen
Wirtschaftssubventionen durch die öffentliche Hand**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 453

**Die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht
und Verfassungswirklichkeit bei Vergabe von
staatlichen Wirtschaftssubventionen
durch die öffentliche Hand**

Von

Dr. Hans-Dieter Grosser

Richter



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Grosser, Hans-Dieter:

Die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht und
Verfassungswirklichkeit bei Vergabe von staat-
lichen Wirtschaftssubventionen durch die öffent-
liche Hand / von Hans-Dieter Grosser. —

Berlin : Duncker und Humblot, 1983.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 453)

ISBN 3-428-05438-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 05438 5

*Meinen lieben Eltern
zum Gedächtnis*

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung, die als rechtswissenschaftliche Dissertation in der gegenwärtigen Fassung, welche den Stand der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich April des Jahres 1982 widerspiegelt, angenommen wurde, stellt eine Untersuchung zum geltenden Recht der Wirtschaftssubventionen in verfassungsrechtlicher Sicht dar. Das Hauptanliegen dieser Studie war es, zu einer Klärung der rechtlichen Probleme der Subventionen, d. h. zu einer Klärung der Problematik, ob die heute fast ausschließlich in gesetzesunabhängigen Verwaltungsvorschriften geübte Subventionspraxis dem vom Bonner Grundgesetz aufgebauten Ordnungssystem der bestehenden Verfassung entspricht, beizutragen. Dies vor allem deshalb, als seit dem Jahre 1972 kein nennenswertes monographisches Werk zum Subventionsrecht mehr erschienen ist, welches insoweit neue Akzente gesetzt hätte. Die bis dahin erörterten Streitfragen blieben vielmehr offen. Insbesondere die subventionäre Grundsatzdebatte im Lichte der Vorbehaltsdoktrin wurde mangels neuer Argumente und Gedanken einfach abgebrochen und nicht mehr weitergeführt, obwohl der Erkenntnisstand mehr als desolat bezeichnet werden kann. Der Streit von ehemals um die Bestimmung des Verhältnisses von Gesetzgebung und Verwaltung nach dem Grundgesetz im Recht der staatlichen Subventionierung ist zugleich auch der heute anzutreffende Meinungsstand im Subventionswesen. Ob bzw. inwieweit die Diskussion diesbezüglich durch die Wesentlichkeitsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts auf ein völlig neues Fundament gestellt oder verlagert worden ist, bleibt abzuwarten. Auf meine Ausführungen hierzu in den Bayerischen Verwaltungsblättern (BayVBl. 1983, S. 551 ff.) sei im übrigen ergänzend hingewiesen.

Angesichts der zu beobachtenden rechtswissenschaftlichen Unterbilanz im Problembereich der Vergabe staatlicher Wirtschaftssubventionen hat sich der gegenständliche Beitrag prinzipiell zur Aufgabe und zum Ziel gesetzt, diesem Mangel abzuwehren. Er versteht sich in der gegebenen Situation als Versuch, hier eine Bestandsaufnahme vorzunehmen, überkommene Positionen zu kritisieren, wo dies erforderlich erschien, und neue Ideen zu entwickeln, so z. B. die Erfordernisse des Gesetzesvorbehalts auch im Leistungsbereich von den Grundrechten her zu bestimmen, was bisher nur ansatzweise geschehen war.

Mit der Publikation dieser Arbeit fühle ich mich meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Ferdinand O. Kopp zu besonders herzlichem Dank verpflichtet und verbunden. Er hat die Dissertation betreut und war mir in den Jahren der wissenschaftlichen Studien als Wissenschaftler und Mensch in gleicher Weise von hohem Rang stets ein leuchtendes Vorbild. Er war nachhaltig um den Fortgang dieser Schrift besorgt und hat sie mit vielfältigen Hinweisen und eingehender Kritik gefördert. Dafür schulde ich ihm aufrichtigen Dank. Für wertvolle ergänzende und weiterführende Anregungen möchte ich auch Herrn Dr. Ludwig Renck, Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, vielmals danken. Mein Dank gilt ferner dem Inhaber des Verlages Duncker & Humblot, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Johannes Broermann für die Aufnahme dieser Abhandlung in die renommierte Reihe der „Schriften zum Öffentlichen Recht“.

München, im Juli 1983

Hans-Dieter Grosser

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

I. Gegenstand, Ziel und Methode der Untersuchung	13
II. Inhalt und Tendenz des Sechsten, Siebten und Achten Subventionsberichts	17
III. Die Rechtsgrundlagen der heutigen staatlichen Subventionsvergabe: Subventionsgesetze und gesetzefreie Subventionen	20

Erstes Kapitel

Subventionsbegriff und Konstruktionsfragen des Subventionsverhältnisses

I. Begriff der Subventionen aus wirtschaftswissenschaftlicher und verwaltungsjuristischer Sicht	23
1. Die Subventionen aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht	24
2. Die Subventionen aus verwaltungsjuristischer Sicht	26
3. Versuch einer Definition der Subventionen als Arbeitsgrundlage	31
II. Rechtsnatur und Rechtsformen der staatlichen Subventionen	31
1. Analyse der Problematik	31
2. Inhaltliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen im Verhältnis des Hoheitsträgers zum privaten Subventionsempfänger	32
a) Die rein privatrechtliche Rechtsform	32
b) Das Subventionsverhältnis aus der Sicht der Zweistufentheorie	33
c) Das Subventionsverhältnis als rein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis	37
aa) Das subventionäre öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnis auf der Grundlage eines Verwaltungsakts	38
bb) Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Gestaltungsform des Subventionsverhältnisses	39
cc) Die Subventionierung nach der gemischt-rechtlichen Theorie	42

*Zweites Kapitel***Verfassungsdirektiven der staatlichen
Subventionierung nach dem Bonner Grundgesetz**

I. Verfassungsaussagen zur Zulässigkeit und Zuständigkeit im Hinblick auf die Vergabe staatlicher Subventionen	46
1. Verfassungsrechtliche Legitimation der staatlichen Subventionsvergabe	46
2. Die Gesetzgebungskompetenz für die Subventionsvergabe im Bereich von Bund und Ländern	51
3. Die Verwaltungskompetenz für die Subventionsvergabe im Bereich von Bund und Ländern	53
II. Verfassungsschranken der staatlichen Subventionierung nach der traditionellen Lehre vom Gesetzesvorbehalt	56
1. Die Fondswirtschaft und Fondsverwaltung als Vorläufer der heutigen Subventionsverwaltung	56
2. Der Vorbehalt des Gesetzes im Bereich der subventionsgewährenden Verwaltung	59
a) Der Vorrang des Gesetzes (negative Gesetzmäßigkeit)	59
b) Der Vorbehalt des Gesetzes im allgemeinen nach Sinn und Zweck seiner Konzeption (positive Gesetzmäßigkeit)	59
c) Die Behandlung des Gesetzesvorbehalts im Bereich der subventionsgewährenden Verwaltung durch Literatur und Rechtsprechung	62
aa) Materielle rechtliche Problematik	62
bb) Verfahrensrechtliche Problematik	68
3. Fragen der Publizitätswirkung bei der heutigen Subventionierung	73
III. Verfassungsgebot eines erweiterten Gesetzesvorbehalts für die Vergabe staatlicher Wirtschaftssubventionen	74
1. Eingrenzung des Problems durch Eliminierung nichttauglicher Argumente, die für eine Erweiterung des Gesetzesvorbehalts angeboten werden	76
a) Argument aus der durch den Wandel des monarchischen Prinzips des 19. Jahrhunderts zur parlamentarischen Demokratie des modernen Verfassungsstaates bedingten Verfassungsstruktur	76
b) Argument aus dem Gewaltenteilungsprinzip	77

2. Der Vorbehaltsgrundsatz für die Vergabe von Subventionen nach dem Bonner Grundgesetz	79
3. Verfassungstheoretische Begründung eines subventionären Gesetzesvorbehalts	81
a) Rechtsstaats- und demokratietheoretische Begründung einer Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf die Subventionsvergabe	81
aa) Das Rechtsstaats- und Rechtsschutzprinzip des Grundgesetzes als Argument einer Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts für die Vergabe von Subventionen	81
a) Das Belastungsmoment bei der Subventionsvergabe in Richtung auf den Subventionsempfänger	86
β) Das Belastungsmoment bei der Subventionsvergabe in Richtung auf den Dritten (Konkurrenten)	89
bb) Das Demokratiegebot des Grundgesetzes als Postulat eines Gesetzesvorbehalts für die Vergabe von Subventionen	93
cc) Ergebnis und Folgerung	98
a) Legitimationsprinzipien des sozial- und rechtsstaatlichen wie demokratischen Leistungssystems der modernen Industriegesellschaft	98
β) Postulat einer allumfassenden und strengen Publizität	99
b) Grundrechtstheoretische Begründung eines subventionären Gesetzesvorbehalts	99
aa) Die essentiell freiheitssichernde Funktion des Gesetzesvorbehalts im Bereich der Subventionsvergabe	99
bb) Das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung aller Bürger und der Gesetzesvorbehalt für die Vergabe von Subventionen	102
c) Die Bedeutung des Art. 80 GG für einen den Eingriffsbereich exzedierenden Gesetzesvorbehalt auf den staatlichen Subventionsvergabeakt im Hinblick auf den Teilbereich der Setzung abstrakt und generell gefaßter Anordnungen	106
4. Gebot des subventionären Gesetzesvorbehalts nach der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	112

Drittes Kapitel

Legitimationssurrogate der staatlichen Subventionierung

1. Der verwaltungsrechtliche Vertrag als vom Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung freigestelltes Rechtsinstitut zur legitimen Ausgestaltung der staatlichen Subventionierung	115
2. Die Subventionsvergabe auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage durch das mit Antragstellung vorausgegangene tatsächliche Sich-Begeben des Subventionspetenten in ein besonderes Gewaltverhältnis	120

3. Der Ersatz der fehlenden gesetzlichen Legitimation bei Vergabe von Subventionen durch das Institut eines Verwaltungsakts auf Unterwerfung seitens des Subventionspetenten	124
4. Das Haushaltsgesetz bzw. der Haushaltsplan als Gesetz i. S. des Art. 20 Abs. 3 GG	127
5. Fallenlassen bzw. Einschränkung des sog. Bepackungsverbots nach Art. 110 Abs. 4 S. 1 GG als rechtspolitisches Postulat an den Gesetzgeber zwecks Legitimierung der exekutiven Subventionierung	134
6. Die Sozialstaatsklausel in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip als gesetzliche Grundlage für die staatliche Subventionsvergabe	135
7. Legitimation der administrativen Subventionsvergabe kraft Gewohnheitsrechts	138
8. Hinnahme der gegenwärtig rechts- und damit verfassungswidrig geübten Subventionspraxis während einer derzeit noch bestehenden Übergangszeit bis zur endgültigen Ausnormierung durch den Gesetzgeber	142
Schlußbetrachtung	147
Literaturverzeichnis	151

Einleitung

I. Gegenstand, Ziel und Methode der Untersuchung

Nirgends sonst ist die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit schärfer ausgeprägt als in der staatlichen Subventionsverwaltung. Und es scheint, als ob eine Kongruenz nur wiederherzustellen sei, wenn man an beiden Enden ansetzt und sie partiell aufeinander zuführt¹.

Mit der vorliegenden Arbeit soll der Versuch unternommen werden, am Beispiel der Vergabe von Wirtschaftssubventionen durch die öffentliche Hand eine Konfliktsituation im staatlichen Bereich zu analysieren. Die gegenständliche Betrachtung zielt dabei auf eine Klärung der Problematik, ob die heute fast ausschließlich in gesetzesunabhängigen Verwaltungsvorschriften geübte Subventionspraxis dem vom Bonner Grundgesetz aufgebauten Ordnungssystem der geltenden Verfassung entspricht.

Der methodische Ansatz der Untersuchung ist getragen von einer verfassungsorientierten Betrachtungsweise, der die Aufgabe gestellt ist, das Phänomen der Subventionierung an den objektiven Grundentscheidungen und tragenden Prinzipien der geltenden Verfassung zu messen. Eine dergestalt zugrundegelegte verfassungsgemäße Verfassungstheorie im Sinne der Theorie einer konkreten Verfassung, welche von der Verfassung selbst ihren Ausgang nimmt und die Verfassung in der Wirklichkeit der Gegenwart und auf sie hin auslegt, bedarf schließlich einer wechselseitigen Ergänzung der juristischen Dogmatik aus der Erkenntnis, daß die weithin fragmentarisch und prinzipienhaft sich darstellende Verfassung als zu Recht verstandene Rahmenordnung eine grundsätzlich konkretisierte Aussage für den zu untersuchenden Problemkreis unmittelbar und explizit nicht leistet.

Geht man nun unter dem Aspekt der eben umrissenen Methode davon aus, daß die Verfassung gerade in einer spezifisch rechts- und sozialstaatlichen, demokratischen wie gewaltenteiligen Ordnung angesichts einer geistig-weltanschaulichen wie ökonomisch-pluralistischen Gesellschaft als einheitsbegründende und -gewährleistende normative Festlegung von Organisation, Zielen und Grenzen der staatlichen Hand-

¹ Ossenbühl, S. 550.

lungs- und Entscheidungsgewalt sowie des Grundverhältnisses von einzelnen, Gesellschaft und Staat begriffen werden muß, so lassen sowohl eine Sinnermittlung der angesprochenen und hier einschlägigen Verfassungsgrundsätze sowie eine Konkretisierung des gefundenen Sinns eine Lösung erhoffen, welche genau für den Konflikt paßt, der aufgebrochen ist. Hierbei ist zu beachten, daß es sich bei den Topoi Sozialstaat, Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsstaat nebst der daraus resultierenden wesentlichsten Folgerung in Gestalt der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung² um komplex umschriebene Sinnprinzipien handelt, welche nur aus der im Grundgesetz vergegenwärtigten Tradition des „Verfassungsstaates“ verstehbar sind³. Geht es also darum, die stets vorhandene Diskrepanz zwischen Verfassungsrechtssätzen älteren Ursprungs und der innerhalb einer pluralistischen Gesellschaft ständig fluktuierenden politisch-sozialen Lage in das Ordnungssystem und -verständnis der Gegenwart zu transformieren, dann ist die juristische Hermeneutik auf die Dogmatik geradezu angewiesen⁴. Allein beim Durchgang durch die Dogmatik lernt der Jurist das derzeit geltende Normverständnis als ein eigenes Erkenntnisobjekt begreifen und gegenüber seinem vorjuristischen Vorverständnis abzulösen⁵. So hat beispielsweise eine Interpretation nach Inhalt und Umfang des modernen Gesetzmäßigkeitsprinzips demzufolge mit einer Untersuchung nach seiner überlieferten Form zu beginnen und die Faktoren und Kriterien herauszustellen, die darüber Aufschluß geben, ob dieses ehemals lediglich auf Eingriffe beschränkte, staatliche Leistungen nicht berührende Institut des Verfassungsrechts nach heutigem Verfassungsverständnis noch in seiner historischen Konzeption aufrechterhalten werden kann oder ob es nicht auch zur Richtschnur gegenüber den modernen veränderten Aufgaben der staatlichen Subventionsverwaltung geworden ist. In ähnlicher Weise wird schließlich der Inhalt des grundgesetzlichen Demokratiegebotes auf seinen Legitimationsgehalt im Sinne einer subventionären Bürger-Teilhabe zu ermitteln sein.

Mit der vorstehend aufgezeigten Methode ist der Arbeitsmodus der Problembehandlung exakt abgesteckt. Zugleich ist damit eine klare Absage den Verfassungsinterpretationsmethoden erteilt, welche mehr oder weniger zum Abbau der Normativität der Verfassung beitragen und unter Übergehung der formellen und materiellen Kautelen des

² Im verwaltungsrechtswissenschaftlichen Schrifttum wird das Gesetzmäßigkeitsprinzip unterschiedlich jeweils als Element der bezeichneten Verfassungsdirektiven angesehen, vgl. hierzu 2. Kap. II. 2. c) aa), III. 3. a) bb), 3. Kap. 6 sowie die entsprechende „Funktionsanalyse“ durch Kisker, NJW 1977, S. 1314 f.

³ Vgl. Rincken, S. 242 mit Nachweisen.

⁴ Vgl. Wieacker, Festschrift, S. 311 ff. und Gadamer, S. 242.

⁵ Vgl. Esser, S. 91 und 133.

Art. 79 des Grundgesetzes die Tür zur Änderung der Verfassung ohne Verfassungsänderung weit öffnen⁶. Widersprochen sei bereits an dieser Stelle der *Friedrich Müllerschen* These, wonach Rechtsnorm und Wirklichkeit innerhalb des Vorgangs der (Rechts-)Konkretisierung als prinzipiell gleichrangig wirksame Momente der Normkonkretisierung erscheinen⁷. Als entscheidend und wesentlich ist allemal festzuhalten, daß einer Standortfixierung und -limitierung der Verfassungswirklichkeit aus verfassungsrechtlicher Sicht die Prämisse voranzustellen ist, daß dem Verfassungsrecht durch seinen Rang, die Erschwerung seiner Änderung und die ihm innewohnende Tendenz zu dauerhaften stabilen Regelungen ein ausgesprochen statisches Element im Gegensatz zur Dynamik der ständig im Flusse befindlichen Verfassungswirklichkeit immanent ist und daß allein die geltende Verfassung das entscheidende Kriterium bietet, bestehende Widersprüche von Recht und Wirklichkeit aufzudecken und verbindlich zu beantworten⁸. Da der Verfassungswirklichkeit keine unmittelbare normative Relevanz zukommt und somit letztlich entscheidend sein muß, welche Position ihr der Verfassungsinterpret aus verfassungsrechtlichem Aspekt zuordnet, ist schließlich kritisch Stellung zu nehmen, ob die aus Kreisen der rechtswissenschaftlichen Lehre und Jurisdiktion gezeigten Bemühungen, zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit zu vermitteln, fähig sind, der Lehre von der Normativität des Faktischen Eintritt in das Verfassungsrecht zu gewähren und damit ein Bindeglied zwischen Verfassungsrecht und Subventionswirklichkeit zu schaffen.

Der Problemkreis Verwaltung durch Subventionen war im Jahre 1966 zweiter Beratungsgegenstand der Tagung Deutscher Staatsrechtslehrer zu Graz. Bereits damals machten die starken Gegensätzlichkeiten in nahezu allen entscheidenden Punkten von Bericht und Mitbericht sichtbar, daß die durch die gegenwärtige Subventionsverwaltung aufgeworfenen Probleme noch lange nicht vor einer abschließenden Klärung standen, wenngleich keinesfalls der hohe Wert der Beiträge, den beide Referenten zu dieser Thematik leisteten, übersehen werden soll⁹. Selbst in der nachfolgenden Diskussion blieben viele Punkte ungelöst. So war es nicht gelungen, die Kontroverse zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit bei der Vergabe von Subventionen zu entschärfen und die staatliche Wirklichkeit in diesem Teilbereich ausschließlich an der Verfassung zu orientieren. Dabei spiegeln sich hierin

⁶ Vgl. zu dieser Problematik kritisch Böckenförde, NJW 1976, S. 2089 ff.

⁷ Vgl. Müller, S. 54 ff. und 151.

⁸ Vgl. Hamann / Lenz, Grundgesetz, S. 42 f.

⁹ Vgl. hierzu den Bericht von Ipsen, VVDStRL 25, S. 257 ff. sowie den Mitbericht von Zacher, VVDStRL 25, S. 308 ff.