

## **Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand**

Bericht über den 1. Hamburger Wirtschaftsrechtstag - Von Prof. Dr. Bernhard Stürer, Münster/Osnabrück und Caspar David Hermanns, Osnabrück

Das Wirtschaftsrecht hat sich in den letzten Jahren wohl zu einer der Materien entwickelt, die aufgrund der permanent fortschreitenden Internationalisierung und dem allgemeinen Regelungsdickicht nur noch schwer zu durchdringen ist. Gleichwohl steigt die Bedeutung des Wirtschaftsrechts, sind es doch gerade auch die europarechtlichen Einflüsse, die die gesamte deutsche Rechtsordnung maßgeblich beeinflussen. Vor diesem Hintergrund konnten die Gastgeber des 1. Hamburger Wirtschaftsrechtstags, Hauptgeschäftsführer der Handelskammer Dr. Hans-Jörg *Schmidt-Trenz*, Hamburg, sowie der geschäftsführende Direktor des Instituts für Recht der Wirtschaft, Prof. Dr. Rolf *Stober*, Hamburg, am 29. September 1998 auch mehr als 60 mit dem Wirtschaftsrecht befaßte Experten begrüßen.

Als Beginn einer neuen Kooperation und weiteren Mosaikstein der kurzen, aber bewährten Zusammenarbeit, bezeichnete *Stober* den 1. Hamburger Wirtschaftsrechtstag und bedankte sich bei *Schmidt-Trenz* für die Einladung in die Hamburger Handelskammer, die der Veranstaltung das passende Ambiente verlieh.

Thematisch betreffe die Veranstaltung im wesentlichen zwei Fragenkomplexe. Zum einen müsse die wirtschaftsverfassungsrechtliche und ordnungspolitische der Subventionierung - also das „Ob“ -, zum anderen müsse auch die verfahrens- und materiellrechtliche Seite von Subventionen - also das „Wie“ - ausgeleuchtet werden. Allerdings sei schon der Begriff von Subventionen terminologisch, definitiv und gegenständlich bisher nicht einheitlich geklärt. Aus dem Blickwinkel der Bundesrepublik Deutschland sei das Subventionsregime vor allem unter dem Stichwort des Gesetzesvorbehalts ein juristischer Dauerbrenner, zumal die Grundlagen von Subventionen weder in einem

Subventionsgrundsatzgesetz noch in Spezialgesetzen normiert ist. Das Wohl und Wehe von Subventionsprogrammen liege daher weitgehend bei der Verwaltung, deren Erfindungsreichtum zu Lasten einer inneren Systematik immer neue Förderrichtlinien hervorzaubere. Während einerseits gemäß der staatlichen Informationsverantwortung interessierten Unternehmern Informationen über Subventionsmöglichkeiten leicht zugänglich gemacht werden sollten, dürften Subventionen andererseits nicht Berufszugangs- und Berufsausübungshürden bewirken. Daher müßte die Zahl der Förderprogramme deutlich gestrafft werden. Sehr bedauerlich sei es, daß die Beschleunigungsgesetzgebung der vergangenen Jahre am Subventionsrecht vorbeigegangen ist. So sei zu überlegen ob infolge der Wirtschaftsnähe von Subventionen die Subventionierung nicht auf die Industrie- und Handelskammern zu übertragen seien, schloß *Stober*.

Mit den „Grundlagen und Entwicklungen des deutschen Subventionsrechts“ setzte sich auch Prof. Dr. Rainer *Pitschas*, Speyer, auseinander und zog dabei eine kritische Zwischenbilanz. Ausgangspunkt seiner Überlegungen sei die Erkenntnis, daß die Unzulänglichkeiten des deutschen Subventionsrechts wachsen würden, stellte der Speyerer Hochschullehrer klar. Daher sei eine Korrektur des deutschen Subventionsrechts auf europäischer Ebene erforderlich, wobei allerdings auch die Beihilfepraxis anzupassen sei. Zwar seien Subventionen nicht per se schädlich und auch soziale Anliegen müssen bei diesem Thema berücksichtigt werden. Es fehle aber an einer Optimierung in Europa und in der Bundesrepublik und auch die Auswirkungen auf den Markt würden nicht hinreichend berücksichtigt werden. Des weiteren sei es ein Trugschluß zu glauben, Fehler der Vergangenheit durch zunehmende Verrechtlichung heilen zu können. Dennoch sei es problematisch und nicht nur hierin stimmte *Pitschas* seinem Vorredner *Stober* zu, daß es bisher zu keiner Kodifikation des Subventionsrechts, wie es schon der 55. DJT in Hamburg 1984 gefordert hatte, gekommen sei. Dies habe zur Konsequenz, daß

die eigentliche Subventionsvergabe nur durch Exekutive erfolge und der Gesetzesvorbehalt durch Haushaltsplan erfüllt sei. Diese mangelnde Transparenz des Subventionswesens sei mit dem Rechtsstaatsprinzip genauso unvereinbar wie sie einfach abzustellen sei. Deshalb sei es rechtsstaatlich erforderlich, das Subventionierung mit dem Ziel der Systemgerechtigkeit an ordnungs- und wirtschaftspolitische Erwägungen angebunden werde. Dagegen führe der fehlende Zwecknachweis, so *Pitschas*, zu einer indifferenten Vergabepaxis, die Verwaltung konkretisiere die Vorgaben des Gesetzgebers beliebig, obwohl das europäische Gemeinschaftsrecht eine gesetzliche Zweckdifferenzierung Konkretisierung aber erfordere. So müsse man sich die Frage stellen, ob die Alcan-Entscheidung des EuGH<sup>1</sup> nicht auf Verwaltungshandeln zu übertragen sei.

Über die „EG-Subventionsaufsicht durch die Kommission“ referierte Dr. Jens-Peter *Schneider*, Hamburg. Dabei befaßte er sich speziell mit der Aufsicht der Kommission über Beihilfen von Mitgliedstaaten und stellte diese im einzelnen dar. Grundlage der Tätigkeit der Kommission seien die Art. 92 bis 94 (87 bis 89) EGV. Diese basierten auf dem Gedanken des übergreifenden Wettbewerbs im Binnenmarkt, würden aber kein eindimensionales Beihilfeverbot festschreiben, sondern vielmehr abgestufte Möglichkeiten zur Regelung von Ausnahmen vorsehen. Die Grundprobleme des EG-Beihilferechts, nämlich die immer noch mangelhafte Kooperation, Transparenz und Rechtssicherheit, seien zwar durch den Amsterdamer Vertrag vom 02.10.1997 kaum gelöst worden, doch seien diese Probleme zumindest bekannt. Vor diesem Hintergrund müsse man auch die Verordnung des Rates über die Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen<sup>2</sup> und den Kommissionsvorschlag des Rates vom 24.02.1998 für die Anwendung von Art. 93 des EGV<sup>3</sup> sehen, die die Kritik

---

<sup>1</sup>*EuGH*, Urt. v. 20.03.1997 – C-24/95 – DVBl. 1997, 951.

<sup>2</sup>Freistellungsermächtigungs-VO vom 07.05.1998 (ABl. EG 1998 L 142/1 ff.)

<sup>3</sup>Beihilfeverfahrens-VO (ABl. EG 1998 C 116/13 ff.)

aufgegriffen hätten und einer erweiterten Transparenz dienen würden.

Prof. Dr. Werner Meng, Halle, warf die Frage „WTO-Subventionsrecht - eine internationale Subventionsordnung mit juristischer Relevanz?“ auf. Dabei kam er zu dem Ergebnis, daß man vor allem im internationalen Verfahren nun schnell und effektiv gegen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch Subventionen vorgehen könne. So ergänze das WTO-Subventionsrecht möglichst weitgehenden Tarifizierung von Handelshemmnissen und den dann folgenden schrittweisen Abbau der Zölle gekennzeichnete Liberalisierungskonzept des GATT. Abgerundet werde die Subventionskontrolle des GATT schließlich durch eine ganze Reihe von Notifikationspflichten, die wiederum Transparenz herstellen und präventive Reaktionen ermöglichen würden.

Die hierdurch erreichte relative Öffnung der Märkte führe daher zu mehr Wettbewerb, der durch Subventionen verzerrt werden könnte. Doch obwohl der Umfang des Subventionsbegriffs erweitert und detaillierter erfaßt worden sei, bleibe er trotzdem weit hinter einem ordnungspolitischen Ansatz zurück. Trotz der gestiegenen Effizienz werde das internationale Verfahren nur einen Nutzen für geschädigte Unternehmen haben, wenn sich diese vor nationalen Gerichten auf WTO-Recht berufen könnten, wozu sich die Vertragsstaaten des Abkommens über Subventionen und Abwehrmaßnahmen (SCMA) verpflichtet hätten. Zwar könnten in dem internationalen Streitbeilegungsverfahren bei der WTO verbotene und angreifbare Subventionen angegriffen werden und dieses Verfahren sei teilweise auch besonders zügig ausgestaltet. Des weiteren führe die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Subvention in aller Regel zu einer Verurteilung des betreffenden Staates und ermächtige im Falle der Nichtabhilfe zu Vergeltung durch Gegenmaßnahmen. Gleichwohl sei zweifelhaft, inwieweit das einzelne benachteiligte Unternehmen hierdurch einen Ausgleich für den Wettbewerbsnachteil erlangen könne.

„Subventionsverfahren und Subventionsvergabe zwischen Effizienz und Formalismus“ waren Gegenstand der Ausführungen von Prof. Dr. Wilfried Berg, Bayreuth. Nach Bergs Ansicht seien Subventionen wirtschaftliche Mittel, die von Trägern öffentlicher Verwaltung wirtschaftlichen Unternehmen zur Förderung eines öffentlichen Zwecks ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden würden. Angesichts der dienenden Funktion des Subventionsverfahrens sei es für die Effizienz- und Rechtmäßigkeitsbeurteilung erforderlich, den öffentlichen Zweck einer Subvention zu präzisieren. Dies gelinge aber nur dann, wenn zwischen der generell-abstrakten politischen Entscheidung einer Subvention als solcher und der konkreten Vergabe an den Empfänger differenziert, also eine zweistufige Zweckbestimmung vorgenommen werde. Hieraus wiederum folge, daß Bewilligungsbescheide mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte seien, die in weitgehender Kooperation zwischen Verwaltung und Subventionsempfänger zustande kämen. Daher unterwerfe sich der letztere mit seiner Zustimmungserklärung nicht dem Willen der Verwaltung, sondern entscheide selbstbestimmt über alle Modalitäten der Annahme. Unter diesem Gesichtspunkt werde die prinzipielle Pflicht der Verwaltung, den relevanten Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären von den Mitwirkungslasten des Empfängers überlagert. Diese Mitwirkungslasten würden zwar auch für die Verwendungsüberwachung gelten, doch seien Pflichten und Obliegenheiten zur Mitwirkung, die durch die jeweiligen Subventionszwecke nicht gedeckt seien, nicht nur formalistisch, sondern rechtswidrig. Zweckfremder Formalismus beeinträchtige aber die für die Erfüllung öffentlicher Zwecke durch Subventionen unverzichtbare Kooperation zwischen Verwaltung und privater Wirtschaft. Daher appellierte Berg, auf zweckfremden Formalismus im wohlverstandenen öffentlichen Interesse zu vermeiden - selbst wenn im Regelfall kaum jemals ~~Nachdem ich in der Vergangenheit die Vergabe und die Durchführung von Subventionen im Mittelpunkt der Beratungen standen,~~

erläuterte Prof. Dr. Dirk *Ehlers*, Münster, die „Rechtsprobleme der Rückforderung von Subventionen“. Zunächst müsse man davon ausgehen, so *Ehlers*, daß die Rechtsform der Subventionsvergabe die Form der Rückabwicklung bestelle. Da aber einerseits von einer Formenwahlfreiheit ausgegangen werde, andererseits vielfach aber offenbleibe, welche Form gewählt worden sei, führe dies zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Bei der Anwendung der §§ 48 ff. VwVfG sei grundsätzlich zu beachten, daß die Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts diese zwar nicht verdrängen, aber doch erheblich modifizieren würden. Demgemäß sei auch die Kritik an der Subventionsrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unberechtigt, denn auch der EuGH gehe davon aus, daß eine formelle Gemeinschaftswidrigkeit für die Rücknahme von Subventionen nicht ausreichen würden. Habe die Kommission aber bestandskräftig entschieden, daß eine Subvention zurückzunehmen sei, diene das deutsche Recht nur noch der Implementation dieser Entscheidung, was schlicht die Folge der Bestandskraft sei, führte *Ehlers* aus.

Zum Abschluß des Tages referierte RA Dr. Klaus *Landry*, Hamburg, über „Rechtsschutz- und Konkurrentenschutzaspekte des Subventionsrechts“. Man müsse sich vor Augen halten, so *Landry*, daß die Mitgliedstaaten ihre Unternehmen mit mehr als 100 Milliarden ECU subventionieren würden. Dabei würden auf Deutschland siebzehn Milliarden ECU, auf Frankreich sechs Milliarden ECU und auf Italien elf Milliarden ECU entfallen. Die Verfahren der Beihilfenaufsicht beschränkten sich auf Kommission und Mitgliedstaat als Beteiligte. Die Kommission sei dabei verpflichtet, das Hauptprüfungsverfahren nach Art. 93 durchzuführen, wenn sie nach einer Vorprüfung mit Schwierigkeiten rechne. Vor der abschließenden Entscheidung der Kommission dürfe der Mitgliedstaat keine Beihilfen gewähren; gewährte Beihilfen oder nicht notifizierte seien Rechtsschutz beginne auf der den gerichtlichen Instanzen vorgelagerten Stufen. So sei die Anrufung der Kommission dabei

kostengünstig und des weiteren würde der Informationsstand sowie die Position gestärkt werden. Über die Entscheidung der Kommission seien die Konkurrenten zu informieren und dann unter Berücksichtigung, daß er Nicht-Adressat sei, normal klagebefugt. Dabei sei es belanglos, ob sich die Unternehmen vorher beteiligt hätten.

Gegen allgemein zulässige Beihilfen sei der Rechtsschutz sehr viel schwieriger, da es nämlich an der individuellen Betroffenheit fehle. Die Klagefrist betrage dann zwei Monate und obwohl bei Unkenntnis vom Ausgangsverfahren eine Verlängerung durch Anforderungsfrist bei der Kommission möglich sei, sei dennoch immer höchste Eile geboten. Die Gerichte beschränkten sich bei der Kontrolle der Entscheidung auf die Überprüfung des weiten Ermessens. Insbesondere bei Ausnahmefällen würden Aspekte wie sachfremde Erwägungen und rechtliches Gehör überprüft werden, wobei das Gericht nicht die Erwägungen der Kommission ersetze. Noch weiteres Ermessen werde bei der Überprüfung von Vertragsverletzungsverfahren eingeräumt, doch sei bei einem Schaden infolge ermessensfehlerhafter Betätigung eine Klage gegen Kommission infolge außervertraglicher Haftung möglich. Dies alles seien sehr schwierige Verfahren und im Grunde entfalle der Vertrauensschutz des Beihilfeempfängers nur dann, wenn Konkurrentenklagen nicht eingeleitet werden können. Bei der Überprüfung der Klagen stelle sich das schwierige Problem der Klagebefugnis. Ebenfalls seien Ansprüche aus Amtshaftung oder aber eine Direktklage gegen den Beihilfeempfänger aus § 1 UWG denkbar. Doch sei ihm in der Bundesrepublik bisher kein derartiges Verfahren bekannt geworden. Allerdings habe sich im Jahre 1995 vor dem Handelsgericht Brüssel eine französische Klägerin gegen eine belgische Beklagte gewandt deren italienisches Mutterunternehmen eine Subvention erhalten und diese an die Tochter weitergeleitet und diese sich schließlich mit Dumpingpreisen an einer Ausschreibung beteiligt habe. Alles in allem müsse man aber davon ausgehen, daß die Möglichkeiten des

Rechtsschutzes gegen rechtswidrige Subventionen noch stark ausbaufähig sei.

Genauso skeptisch wie sich *Landry* zum Abschluß seines Vortrages zeigte, muß man wohl das gesamte Ergebnis der Tagung zusammenfassen. Angesichts des hohen Subventionsvolumens einerseits und den beschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter andererseits gehört der Bereich der staatlichen Subventionen wohl zu den noch am geringsten kontrollierten Feldern staatlichen Handelns. Daß dies nicht ohne Konsequenzen auf den Wettbewerb bleibt, wurde ausführlich dargestellt und erörtert. Insofern wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber im Rahmen der allgemeinen Beschleunigungsmotorik und dem Idealbild des schlanken Staates sich im positiven Sinne dem öffentlichen Wirtschaftsrecht annehmen und wettbewerbsverzerrende staatlichen Zuwendungen unterbinden würde. Vor diesem Hintergrund ist es auch kein Zufall, daß diese Themen in der so traditionsreichen Freien und Hansestadt Hamburg angesprochen wurden, denn der Hamburger Wirtschaftsrechtstag, so *Schmidt-Trenz*, solle anhand ausgesuchter aktueller Fragen zu einer Verknüpfung von Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik beitragen. So konnte er schon jetzt verraten, daß nachfolgende Veranstaltungen bereits geplant seien, denen nicht nur die Fachwelt gespannt entgegensehen kann.