

Autonome und heteronome Verteilung

**Rechtsordnung staatlicher Lenkung
von Produktion und Verteilung**

**Von
Christian Heinze**



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTIAN HEINZE

Autonome und heteronome Verteilung

Autonome und heteronome Verteilung

Rechtsordnung staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung

Von

Dr. Christian Heinze



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

**Alle Rechte vorbehalten
© 1970 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1970 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany**

Meinem Vater

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	10
Einleitung	13
I. Staatstheoretische Grundlegung	18
1. Die Produktions- und Verteilungsordnung des liberalen Rechtsstaates	18
2. Gründe für Abweichungen von der liberalen Produktions- und Verteilungsordnung	21
3. Stadien der Verdichtung staatlicher Herrschaft über Produktion und Verteilung	26
a) Staatliche Einflußnahme auf Produktion und Verteilung als notwendiges Akzessorium jeder liberalen Ordnung	27
b) Daseinsvorsorge	29
c) Sozialstaat	30
d) Heteronome Ordnung als Normalbedingung optimaler und gerechter Produktion und Verteilung	32
II. Rechtsordnung staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung ..	35
1. Gewährleistung gerechter Ergebnisse heteronomer Produktion und Verteilung ist Aufgabe einer besonderen und eigengearteten Rechtsordnung	35

2. Ordnungsmittel staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung. Fiskalische und hoheitliche Verwaltung. Vorbehalt des Gesetzes und Vorbehalt des Plans	36
3. Publizität staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung	46
4. Plansicherheit	49
5. Gleichbehandlung	52
6. Einzelne Folgerungen aus der Koordination von Rechtsstaatlichkeit und gestaltender Verwaltung von Produktion und Verteilung durch den Staat	59
a) Grenzen der Umverteilung	61
b) Wettbewerbskonformität, Marktkonformität	65
c) Koalitionsfreiheit	66
7. Teilhabeanspruch	67
8. Rechtsstellung der Unternehmen gegenüber staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung als Korrelat und Bedingung liberaler Produktions- und Verteilungsordnung	72
9. Insbesondere: Recht der Subventionen	75
a) Begriff der Subvention	75
b) Subventionen unterstehen öffentlichem Recht. Verwaltungsakt — Gesetzesvorbehalt — Vorbehalt des Plans	79
c) Publizität, Plansicherheit	82
d) Gleichbehandlung, Konformität	85
e) Subventionsanspruch	89

Inhaltsverzeichnis	9
10. Entschädigung wegen staatlicher Lenkung von Produktion und Ver- teilung	91
a) Amtspflichtverletzung	91
b) Eingriffe in das Eigentum	91
c) Lenkungsnachteile — Ausgleichsansprüche „sui generis“	98
Literaturverzeichnis	105
Gerichtliche Entscheidungen	110
Fallbeispiele	113
Register	114

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
Art.	= Artikel
AÖR	= „Archiv des öffentlichen Rechts“. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen
BB	= „Der Betriebsberater“. Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg
Bd.	= Band
BGHZ	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV	= „Die Öffentliche Verwaltung“. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart
DRZ	= „Deutsche Rechts-Zeitschrift“. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen
DVBl.	= „Deutsches Verwaltungsblatt“. Carl Heymanns Verlag, Köln
f., ff.	= folgende
Fußn.	= Fußnote
Hrsg.	= Herausgeber
JZ	= „Juristenzeitung“. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen
NJW	= „Neue Juristische Wochenschrift“. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München
RGZ	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Walter de Gruyter Verlag, Berlin

Einleitung

Sicherheit und Ordnung, welche die Zukunft in gewissem Umfang berechenbar macht, wird hinsichtlich *Produktion und Verteilung von Lebensgütern* nach Art, Menge und Empfänger im Westen weitgehend außerhalb des Staates „autonom“ gesucht und gefunden. Auch autonome Produktion und Verteilung bedarf der *Infrastruktur* einer Rechtsordnung, deren Wirkungsweise durchschaubar und deren Dauerhaftigkeit sichergestellt sein muß, damit die Beteiligten ihr Verhalten im freien Spiel der Kräfte planen können, und damit dieses Verhalten durch Vermittlung der diesem freien Kräftespiel immanenten Gesetzlichkeiten zu optimaler und gerechter Produktion und Verteilung führt. Wo aber der *Staat* Produktion und Verteilung nach Inhalt, Menge und Empfänger lenkt, setzt er über diese rechtliche Infrastruktur hinaus von außen her — „heteronom“ — zusätzliche Daten für die Lebensführung des Einzelnen und für das soziale Zusammenleben. Diese Maßnahmen dürfen die Berechenbarkeit der Zukunft nicht beeinträchtigen, sondern müssen sie fördern; auch hier ist es Staatsaufgabe, Sicherheit und Ordnung zu schaffen. Dazu müssen die Maßnahmen in ihrer Wirkung und Wirkungsweise bekannt, durchschaubar und verlässlich, die zusätzlichen Daten dauerhaft und geeignet sein, zu besseren Ergebnissen zu führen, als ohne die Maßnahmen erreicht würden. Nur so bleibt Lebensplanung und Entfaltung individueller Freiheit und insbesondere autonomes Wirtschaften neben staatlichen Maßnahmen zur heteronomen Gestaltung von Produktion und Verteilung sinnvoll möglich. Soweit immer mehr an Gewicht und Umfang zunehmende staatliche Lenkungsmaßnahmen nicht vermieden werden können, muß deshalb nicht nur der Einzelne, sondern auch die Wirtschaft das größte Interesse daran haben, daß diese Maßnahmen nicht verschleiert, willkürlich oder unbeständig gestaltet, sondern publiziert, rechtlich durchdrungen, angemessen begrenzt und dauerhaft fixiert werden.

Die Gegensätzlichkeit von *freiheitlicher Verfassung* und einer *Ordnung heteronomer Produktion und Verteilung* liegt auf der Hand; diese muß verändern, was jene bewahren soll; heteronome Ordnung ist ohne Eingriffe in die individuelle Freiheit nicht möglich¹. Die vorliegende

¹ Vgl. (schon 1938) *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger. Vgl. ferner *Fritz Werner*, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AÖR Bd. 81, S. 89. *Hans Huber* hat diese Antinomie in seinem Aufsatz „Soziale Verfassungsrechte?“ in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S. 9, auf die treffende Formel des Gegensatzes von Gewährleisten und Gewähren gebracht.

Schrift befaßt sich nicht mit der Tragweite dieser Antinomie, soweit sie nicht im konkreten Anwendungsfall, zum Beispiel mit Bezug auf den Geltungsinhalt eines Grundrechts, ermittelt werden muß. Sie befaßt sich auch — mit derselben Einschränkung — nicht mit der Frage, inwieweit die Entfaltung heteronomer Produktions- und Verteilungsordnung notwendig oder wünschenswert oder im Hinblick auf die erwähnte Antinomie abzulehnen ist. Sie nimmt vielmehr die tatsächliche Bedeutung und den wirklichen Umfang staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung unter der geltenden rechtsstaatlichen Verfassung² als reale Gegebenheit hin, an deren substantielle Reduktion gegenwärtig nicht ernsthaft gedacht werden kann. Auch eine noch so scharfe Antinomie jener Realität zu dieser Verfassung darf nicht von der Notwendigkeit rechtlicher Bewältigung staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung ablenken. Soweit heteronome Ordnung sich durchsetzt, muß sie sich jedenfalls als Rechtsordnung oder an der Rechtsordnung ausweisen.

Die *Inadäquanz liberalstaatlicher Rechtsformen* für die Bewältigung der Problematik des Produktion und Verteilung lenkenden Staates ist längst erkannt und kaum bestritten³. Dennoch unternimmt die Rechtspraxis immer wieder den Versuch, diese Problematik unter Beschränkung auf jene Rechtsformen zu lösen. Das Ergebnis muß man als unzulänglich bezeichnen⁴. Zugleich liegt aber nahe, daß das gegenwärtig beträchtlich verbreitete Unbehagen am Staat zu einem wesentlichen Teil auf Mängel der Zweckmäßigkeit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit des Ablaufs und Ergebnisses von Produktion und Verteilung zurückgeht⁵, und ihre Fähigkeit zur Behebung dieser Mängel ist Prüfstein und Existenzfrage der bestehenden staatlichen Ordnung⁶.

Solche Erwägungen sind Beweggrund der vorliegenden Schrift. Sie sieht ein wichtiges Hindernis einer Bewältigung der produktions- und verteilungsstaatlichen Problematik in der Scheu, den Gegensatz des liberalen Rechtsstaates zur staatlichen Lenkung von Produktion und Ver-

² Vgl. dazu Thiele, Wie liberal ist unsere Wirtschaftsordnung? DVBl. 1968 S. 897.

³ Vgl. z. B. Scheuner, Intervention, S. 3 f.

⁴ Soweit Impulse zu einer rechtlichen Bewältigung wirksam sind, gehen sie in erster Linie von der Rechtslehre und mit geringerer Intensität von Rechtsprechung und Exekutive aus, während die Beiträge der Gesetzgebung nur Teilbereiche erfassen.

⁵ Radbruch erwähnt in seiner „Rechtsphilosophie“ (4. Aufl., 1950) einen Hinweis von Viktor von Weizsäcker aus dem Jahre 1929, wonach „Renten-neurosen“ in Wahrheit „Rechtsneurosen“ sind (S. 203). Die psychologische Alternative gesicherter Teilhabe an den Lebensgütern ist Panik; vgl. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 19.

⁶ In seiner Bonner Rektoratsrede von 1950 erwähnte Friesenhahn, die Entscheidung des Bonner Grundgesetzes für den Sozialstaat könne einmal zur Schicksalsfrage der Verfassung werden (Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. III, S. 63).

teilung und zugleich die Tatsache der Koexistenz beider zu erkennen und als Realität zu akzeptieren, die Koexistenz, soweit möglich, zu einer *Synthese* zu entwickeln⁷ und die rechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen. Im folgenden wird deshalb eine Unterscheidung und Synthese der Ordnungen autonomer und heteronomer Produktion und Verteilung und ein *System rechtlicher Folgerungen* für die staatliche Lenkung von Produktion und Verteilung entwickelt.

In ihrer Antinomie zum liberalen Rechtsstaat sowie in der Struktur ihrer rechtlichen Problematik unterscheidet sich staatliche Lenkung von Produktion und Verteilung nicht nach der Art ihres Gegenstandes. Im liberalen Staat ist nicht nur die Befriedigung der *wirtschaftlichen* (im weitesten Sinne, der zum Beispiel Verkehr und Kommunikation einschließt), sondern auch der *gesundheitlichen*, *kulturellen*, *pädagogischen* und *informatorischen* Bedürfnisse nach Qualität und Quantität grundsätzlich autonom. Da sich die staatliche Intervention auf alle diese Bereiche erstreckt, befaßt sich auch die vorliegende Schrift mit Produktion und Verteilung nicht nur wirtschaftlicher, sondern schlechthin aller notwendigen und nicht notwendigen *Lebensgüter*, d. h. Güter, die der Befriedigung menschlicher Lebensbedürfnisse dienen. Der staatlichen Interessen in die wirtschaftliche Produktion und Verteilung kommt nur tatsächlich nach Umfang und Gewicht gegenwärtig hervorragende Bedeutung zu, sie ist aber staatstheoretisch und juristisch Bestandteil der geschlossenen Erscheinung einer alle Versorgungsbereiche umfassenden heteronomen Produktions- und Verteilungsordnung. Das schließt nicht aus, daß im Rahmen dieser grundsätzlichen Zuordnung wichtige Besonderheiten für den wirtschaftlichen wie für die anderen erwähnten Lebensbereiche gelten.

Im folgenden wird der Begriff „*Produktion*“ in seinem weitesten Sinn gebraucht, in dem er alle Maßnahmen und Veranstaltungen umfaßt, die unmittelbar oder mittelbar auf Gewinnung, Be- und Verarbeitung, Herstellung, Zubereitung, Bereitstellung an bestimmtem Ort, Leistung, Lieferung, Verteilung oder Abgabe von Gütern, also auf ihre Schaffung und Verwertung von ihrer Aufsuchung oder Entstehung bis zum Verbrauch gerichtet sind. Unter „*Gütern*“ werden alle materiellen und immateriellen wirtschaftlichen oder anderen Rohstoffe, Erzeugnisse, Veranstaltungen, Waren, Dienstleistungen und sonstigen Leistungen (zum Beispiel Nutzgewährungen) verstanden, die unmittelbar oder mittelbar der menschlichen Lebensführung dienen. „*Verteilung*“ bedeutet die Zuteilung der Güter nach Art und Menge an die Verbraucher und schließt im Sinne

⁷ Daß eine solche Synthese möglich ist, hat Forsthoff mehrfach dargelegt, vgl.: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, *passim*, und: Die Bundesrepublik Deutschland, *passim*, sowie: Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, S. 192.

der „*Umverteilung*“ die *Wegnahme* ein, soweit diese Voraussetzung staatlicher Verteilung ist. In entsprechend weitem Sinne soll der Begriff „*Produktionsmittel*“ alle Faktoren der Produktion aller Güterarten, also zum Beispiel die Mittel zur Schaffung anderer Produktionsmittel, Infrastrukturen wie Transport und Verkehr, menschliche Intelligenz und Arbeitskraft, fachliches Können, sanitäre und kulturelle Einrichtungen sowie den monetären Apparat umfassen. Die vorliegende Schrift handelt also von „*Nehmen/Teilen/Weiden*“ im Sinne Carl Schmitts⁸. Wo im folgenden vom „*Staat*“ die Rede ist, sind alle Erscheinungsformen öffentlicher Verwaltung gemeint, zum Beispiel auch Gemeindeverwaltungen und Selbstverwaltungen, ferner öffentliche Anstalten und Körperschaften aller Art sowie „*Beliehene Unternehmer*“. Staatliche „*Lenkung*“ von Produktion und Verteilung umfaßt im Sinne der vorliegenden Schrift auch die Produktion und Verteilung durch den Staat selbst, und zwar sowohl unmittelbar durch Staatsorgane oder Regiebetriebe als auch mittelbar durch rechtlich selbständige Unternehmen, es sei denn, daß die staatlichen Unternehmungen den Bedingungen und Regeln autonomer Produktion und Verteilung wirklich uneingeschränkt folgen, insbesondere der Gewinnerzielung im Wettbewerb dienen.

Die Verdichtung staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung von einer Ausnahmeerscheinung zur normalen Funktion ist mit der sich gegenwärtig vollziehenden Verschmelzung von Staat und Industriegesellschaft zu einer funktionalen Einheit verbunden, die ihrerseits durch Überformung des Staates und der Industriegesellschaft zur Technostruktur gekennzeichnet ist⁹. Dieser komplexe Umwandlungsvorgang muß wichtige Rückwirkungen auf die *Natur und Organisation des Staates* selbst haben, welche die Ansicht verstärken mögen, daß der Staat im Sinne einer der historischen Situation vom 16. bis zum 19. Jahrhundert zugeordneten Begriffsbildung seinem Ende entgegengeht. Zum Beispiel wird fraglich, inwieweit die heteronome Ordnung von Produktion und Verteilung notwendig derselben Organisation „*Staat*“ und innerhalb dieser Organisation denselben Organen aufgegeben sein muß, über die auch im übrigen die staatliche Willensbildung und ihr Vollzug stattfindet, und inwieweit die bestehenden Gewalten und Organisationen der Staatswillensbildung und Exekutive zur Bewältigung der neuen Aufgaben geeignet und zur Übernahme der Verantwortung für optimale und gerechte Produktion und Verteilung wirklich voll in der Lage sind¹⁰. Dieser

⁸ Vgl. die gleichnamige Schrift, in: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, S. 95 bis 113.

⁹ Vgl. *Galbraith*, *Die moderne Industriegesellschaft*, S. 76 ff.; *Forsthoff*, *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre*, S. 194.

¹⁰ Mit Bezug auf die Gesetzgebung hat *Ipsen* vom „*Zweifel des Einzelnen an der demokratischen Gleichheit, der Allgemeinheit und Gerechtigkeit des Gesetzes, an der Volkssouveränität*, damit aber auch ... an der Funktion und

Frage kann in der vorliegenden Schrift nicht nachgegangen werden. Es sei lediglich verzeichnet, daß in der Bundesrepublik Deutschland die notwendige heteronome Ordnung von Produktion und Verteilung einerseits offenbar einhellig als Staatsaufgabe angesehen und auch *de facto* weitgehend vom Staat übernommen wird, daß sich aber wichtige Ansätze für besondere Formen der Willensbildung und Organisation bei ihrer Bewältigung zeigen¹¹. Voraussichtlich werden neue, angepaßte Institutionen und Verfahren auch neue Rechtsstrukturen zur Bewältigung der zusätzlichen, die Ordnung von Produktion und Verteilung betreffenden Hauptaufgabe des Staates mit sich bringen. Die moderne Rechtsfigur des Plans deutet in diese Richtung¹². Die Rechtspraxis kann sich ihrer gegenwartsbezogenen Aufgabe aber nicht mit dem Hinweis auf eine noch ausstehende Entwicklung entziehen, sondern muß sich mit dem Erkenntnis- und Organisationsstand der Gegenwart auseinandersetzen und behelfen.

Mit der staatlichen Lenkung von Produktion und Verteilung sind gewichtige Probleme der verfassungsrechtlichen *Kompetenzverteilung auf Bund und Länder*¹³ sowie auf verschiedene Bundesorgane, aber auch des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts und des Rechtsschutzes eng verbunden. Auch auf diese Probleme kann in der vorliegenden Schrift nur am Rande eingegangen werden.

Kraft des Gesetzes, die soziale Ordnung eigenmächtig zu bestimmen" gesprochen (Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL, Heft 10, S. 90). Diese Krise des Parlamentarismus hebt die Bedeutung der Justiz: Versagt der Gesetzgeber, so muß der Richter in die Lücke treten; so Fritz Werner, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AÖR, Bd. 81, S. 87 f. Inwieweit diese Remedien ausreichen kann und welche neuen Probleme und Krisen sie mit sich bringt, ist eine Frage für sich. — Zum Thema „Demokratie und Planung“ vgl. Kaiser, Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung, S. 26 f.

¹¹ Vgl. zum Thema „Verbände“ die Bemerkungen bei Forsthoff, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, S. 198 ff.; vgl. ferner auch meinen Aufsatz „Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung und die Umbildung der Verfassung“, in: Der Staat, 1967, S. 433 ff. Zum Thema „Subvention und Staatsorganisation“ siehe Zacher, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL, Heft 25, S. 382 ff.

¹² Vgl. Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, S. 21 f. — Zu den neuen, angepaßten Verfahren gehört auch die Erscheinung der „privaten“ Vermittlung von Subventionen, vgl. Zacher, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL, Heft 25, S. 370 ff.

¹³ Vgl. Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, S. 25 ff.; Zacher, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL, Heft 25, S. 387 ff. Zur Frage einer Bundeskompetenz zur Verteilung des Vermögenszuwachses vgl. Forsthoff, Der Entwurf eines Zweiten Vermögensbildungsgesetzes, BB. 1965, S. 383.

I. Staatstheoretische Grundlegung

1. Die Produktions- und Verteilungsordnung des liberalen Rechtsstaates

Die Produktion und Verteilung betreffende Rechtsordnung, Verwaltung und Politik des liberalen Rechtsstaates, welcher der gegenwärtigen Staatsrealität historisch vorausgeht und als eine ihrer Grundstrukturen fortwirkt, geht davon aus, daß eine ausreichende Produktion qualitativ möglichst hochstehender Güter bei möglichst geringem Aufwand und ihre gerechte Verteilung *kraft autonomer*, das heißt: nicht vom Staat gesetzter, zum Beispiel ökonomischer, fachtechnischer, soziologischer oder psychologischer Gesetze stattfindet, wenn der Staat sich grundsätzlich darauf beschränkt, erstens *Freiheit und Rechtsgleichheit* der Staatsgenossen bei ihrer auf Produktion und Verteilung gerichteten Betätigung und zweitens den bei dieser Betätigung ständig neu gestalteten *status quo* der Zuordnung der Produktionsmittel und des Ergebnisses der Verteilung zu gewährleisten¹. Auch der liberale Rechtsstaat bedarf der *Legitimation* seiner Produktions- und Verteilungsordnung: Grundlage seiner Beschränkung auf die Gewährleistung von Freiheit und Rechtsgleichheit ist nicht Indifferenz, sondern die Überzeugung von Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit des Ergebnisses autonomer Wirtschaft². Prämissen dieser Überzeugung ist allgemeine Produktivität des Einzelnen (mag sie auf dem Selbsterhaltungstrieb oder auf anderen Antrieben beruhen), das Streben nach einem möglichst großen Güteranteil als Motor zwischenmenschlichen Wettbewerbs und die Funktion des Marktes als Anreiz für und Ausgleich von Produktion, Angebot und Nachfrage. Auch soweit Gewinnstreben, Wettbewerb und Marktfunktion bereichsweise nicht oder nicht mehr als Faktoren der Steuerung von Produktion und Verteilung

¹ Unter dem „liberalen Rechtsstaat“ wird hier ein Staatstypus verstanden, der nur theoretisch gedacht und in der Wirklichkeit niemals rein vorhanden ist. In der Staatswirklichkeit können die Merkmale dieser Staatsform derart überwiegen, daß sie einen bestimmten, historischen Staat wesentlich kennzeichnen, doch ist es nicht anders möglich, als daß in diesem wirklichen Staat zugleich andere, der Idee des liberalen Rechtsstaates nicht zugehörige und ihr sogar widerstreitende Ordnungen verwirklicht sind. Was hier zur Beschreibung, Begründung und Kritik des liberalen Rechtsstaates ausgeführt wird, betrifft deshalb konkrete Staatswesen, insbesondere die Bundesrepublik Deutschland, nur mit dieser Einschränkung.

² Die Kategorien des Nehmens, Teilens und Weidens wohnen allen Rechtsystemen latent inne: Carl Schmitt, Nehmen/Teilen/Weiden, S. 109.

anerkannt werden, wird diese Steuerung „technologischen“, ökonomischen und psychologischen Gesetzmäßigkeiten zugeschrieben, die jedenfalls von staatlicher Einflußnahme grundsätzlich unabhängig sind³. Wenn man nicht verkennt, daß auch eine liberale Ordnung Produktion und Verteilung in gewissem Umfang von außen her nach Inhalt und Ergebnis gestaltet, indem sie den Trägern bestimmter menschlicher Eigenschaften und den durch den status quo Begünstigten ein vorteilhaftes Verteilungsergebnis und bestimmten wirtschaftlichen Organisationsformen ein Gediehen gewährleistet, das ohne diese Ordnung nicht ohne weiteres gesichert wäre, kann man sie als *Ordnung autonomer Produktion und Verteilung* bezeichnen, insofern in ihr die Entscheidungen über Inhalt, Menge, Empfänger und Nutznießer von Produktion und Verteilung in den wesentlichen Anwendungsfällen auf Grund ökonomischer, technischer, psychologischer oder soziologischer, also jedenfalls dem Produktions- und Verteilungsbereich eigener, nicht vom Staat gegebener Gesetze fallen.

Begründung und Kritik der Prämissen, auf die sich die staatliche Entscheidung für eine Ordnung autonomer Produktion und Verteilung als Garant zweckmäßiger und gerechter Produktions- und Verteilungsergebnisse stützt, gehören zwar in die Bereiche der Wirtschaftswissenschaften, der Technik, der Soziologie und der Psychologie. Soweit von ihnen die Legitimation liberal-rechtsstaatlicher Produktions- und Verteilungsordnung abhängt, muß sich jedoch auch die Staatstheorie mit diesen Prämissen befassen, um ihre Verantwortung mit Bezug auf die Verwirklichung materieller Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit zu erfüllen. Für die Staatstheorie sind dabei vor allem zwei Feststellungen wichtig: *erstens*, daß die liberal-rechtsstaatliche Produktions- und Verteilungsordnung historisch vor allem in Europa und in Nordamerika zu einer revolutionären Verbesserung der allgemeinen und individuellen Versorgung geführt hat und daß keine Ordnung entwickelt ist, die zu besseren Ergebnissen geführt hätte, sowie *zweitens*, daß die Eignung des Wettbewerbsprinzips als ein wichtiger Faktor der Gewährleistung optimaler Produktion und gerechter Güterverteilung bei größtmöglicher persönlicher Freiheit nicht widerlegt ist; auch wird stets einleuchten, daß der

³ Vgl. *Galbraith*, Industriegesellschaft, passim: Die Entwicklung der Technik hebt zwar in bestimmten Branchen der Produktion und Verteilung die Funktion des Marktes als Mittler zwischen Produktionsplanung und Verteilung weitgehend auf, vor allem weil die Produktionsplanung einen Aufwand an Forschung und Zeit erfordert, der von kleinen oder mittleren Unternehmen nicht aufgebracht werden kann und die Entscheidung über Produktion und Preis vom Markt abbrückt; die Folge ist eine Unternehmenskonzentration, die unbestritten Gewinnstreben, Wettbewerb und Marktfunktion in den Hintergrund treten läßt oder sogar ausschaltet. Dennoch bleibt ein optimales Ergebnis von Produktion und Verteilung nach Ansicht von *Galbraith* prinzipiell ohne heteronome Intervention gewährleistet.

größeren Leistung die Zuteilung eines größeren Güteranteils entspricht, soweit Quantität und Qualität der Produktion von menschlicher, individueller Leistung abhängen, denn das ist nichts anderes als die Bedingung der Arbeitsteilung und ihre logische Folge. Daraus ist andererseits *nicht* zu schließen: *erstens*, daß ein prinzipiell liberal-rechtsstaatliche Produktions- und Verteilungsordnung unter allen natürlichen, soziologischen oder technischen Voraussetzungen, an allen Orten oder zu allen Zeiten gleichermaßen gerecht und zweckmäßig wäre, oder *zweitens*, daß sie zur Lösung aller wirtschaftlichen Probleme geeignet wäre, noch *drittens*, daß sie stets ihrer Idee gemäß funktioniert hätte, wo sie eingesetzt worden ist.

Seiner Grundlegung entsprechend *beschränkt* sich die *Produktion und Verteilung* betreffende *Rechtsordnung des liberalen Rechtsstaates* im wesentlichen auf den Schutz vor Gewalt und Täuschung, auf die Durchsetzung vertraglicher Bindungen und auf die Gewährleistung des durch Leistung erworbenen Vermögens (insbesondere des Eigentums) als der Bedingungen und der Erscheinungsformen des Ergebnisses autonomer Betätigung bei Produktion und Verteilung, sowie auf Regelungen, welche Produktion und Verteilung generell erleichtern, wie die Festlegung von Maßen, Gewichten und technischen Normierungen. Hierher gehört auch die Bereitstellung einer Währung, insbesondere von Zahlungsmitteln, soweit damit kein Einfluß auf Inhalt und Empfänger von Produktion und Verteilung verbunden ist. Hinzu kommt die Unterhaltung von Einrichtungen der Verwaltung und Rechtspflege zur Verwirklichung der Rechtsordnung im Einzelfall.

Über die liberale Grundordnung hinaus unterhält der liberale Rechtsstaat ein System von Rechtsnormen, das durch inhaltsbezogene Einflußnahme auf Produktion und Verteilung der *Korrektur von Mängeln im Automatismus des Wettbewerbs* dienen soll. Es handelt sich vor allem um diejenigen Teile des Wettbewerbsrechts, die nicht lediglich die Ordnungsfunktion haben, unlautere Praktiken auszuschließen, sondern die wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen oder Umstände verbieten oder kompensieren. Um die Erhaltung oder Herstellung der Funktion des Wettbewerbs geht es auch dem Koalitionsrecht der Arbeiter, weil ein autonomer Ausgleich von Angebot und Nachfrage mit Bezug auf abhängige Arbeit wegen einer vorgegebenen Ungleichheit der Marktposition der Partner dieses Austauschs ohne rechtliche Korrektur nicht möglich wäre. Derartige staatliche Eingriffe in die eigengesetzliche Produktion und Verteilung werden mit der Notwendigkeit begründet, die Freiheit vor der Selbstvernichtung durch Freiheitsmißbrauch zu schützen. Die Berechtigung dieser Begründung und die Wirksamkeit der auf sie gestützten Maßnahmen ist nicht immer unbestritten⁴. Im vorliegenden Zu-

⁴ So weist Galbraith, *Industriegesellschaft*, S. 202 ff., 212, auf Bedenken

sammenhang kommt es aber lediglich darauf an, daß sich solche die liberale Rechtsordnung ergänzenden Normensysteme, die über die Garantie des autonom geschaffenen status quo hinausgehen, im Rahmen dieser Ordnung halten. Zwar sollen sie Unvollkommenheiten des Ergebnisses der Anwendung liberaler Ordnung auf Produktion und Verteilung ausgleichen, jedoch im Wege *systemimmanenter Korrekturen* im Gegensatz zu Maßnahmen, die das System einschränken oder verändern und ihm entgegengesetzt sind.

Der Staat kann um so freiheitlicher sein, je mehr er sich auf seine Aufgabe der *Friedensordnung nach innen* beschränkt. Denn zur Beendigung des „Kampfes aller gegen alle“ genügt es, die Freiheit der Staatsgenossen voneinander zu gewährleisten, und mit dieser Zielsetzung ist vereinbar, daß der Staat zugleich die Gewährleistung der Freiheit der Staatsgenossen vom Staate selbst übernimmt. Erst die über bloße Friedensordnung hinausgehende Bewältigung von *Gemeinschaftsaufgaben*, z. B. außenpolitische Machtentfaltung, insbesondere Verteidigung nach außen, aber auch alle anderen Veranstaltungen zu einer gestaltenden Veränderung des Gemeinschaftslebens, die ohne solche Veranstaltungen nicht zustande käme⁵, setzt erhebliche *Freiheitsbeschränkungen* nach innen voraus. Mit der Gewährleistung der Freiheit der Staatsgenossen voneinander und vom Staate ist bereits — ohne daß dies der Hauptgrund oder auch nur ein Motiv für die Errichtung der Friedensordnung sein müßte — die auf Eigentum und Wettbewerb gegründete Produktions- und Verteilungsordnung als Reflexwirkung im Kern vorhanden. Wenn der Staat es übernimmt, die Erfüllung freiwillig eingegangener Verpflichtungen zu erzwingen, so bedeutet das keine prinzipielle Durchbrechung der Beschränkung des Staates auf die Aufgabe der Friedensordnung. Die Produktions- und Verteilungsordnung des liberalen Rechtsstaates ist also mit dessen Grundordnung zum Teil identisch und verschmolzen und ihr im übrigen adäquat und kongruent, sie besteht im wesentlichen in der Anwendung der liberalen Friedensordnung auf Produktion und Verteilung⁶.

2. Gründe für Abweichungen von der liberalen Produktions- und Verteilungsordnung

Der vorliegenden Schrift geht es darum, die rechtliche Ordnung staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung von den Grundlagen her

gegen das amerikanische Antitrustrecht hin. Die Gefahr liebt nahe, daß die „Korrektur“ über das Ziel hinausschießt.

⁵ Zum Beispiel Gemeinschaftswerke im Sinne von Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 152 ff.

⁶ Es bedeutet noch keine Durchbrechung dieser Ordnung, wenn das Verteilungsergebnis durch differenzierte Steuererhebung verändert wird, soweit

zu fördern. Sie schließt sich der ganz herrschenden Auffassung an, daß in der Bundesrepublik Deutschland außer den Grundrechten einschließlich des Gleichheitssatzes keine Verfassungsrechtsnormen gelten, die eine dem Inhalt nach bestimmte Ordnung von Produktion und Verteilung gebieten oder verbieten (siehe unten Abschnitt II 6). Die Entscheidung über Ausdehnung oder Einschränkung staatlicher Produktion und Verteilung oder staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung ist deshalb, im Rahmen der Grundrechte und der verfassungsrechtlichen Zuständigkeits- und Verfahrensordnung, der Gesetzgebung und der Exekutive anheimgestellt. Die Staats- und Rechtslehre muß für die Bundesrepublik den diesen Rahmen einhaltenden jeweiligen Umfang (im Gegensatz zur Art und Weise) der Entfaltung der staatlichen Produktion und Verteilung und der staatlichen Lenkung von Produktion und Verteilung als gegeben hinnehmen. Weil aber die liberale, autonome Produktions- und Verteilungsordnung historisch vorgegeben und kraft unverfassungsmäßigem Recht prinzipiell gültig ist, setzt die rechtliche Bewältigung der mit der staatlichen und staatlich gelenkten Produktion und Verteilung gegebenen *Abweichung von der liberalen Ordnung* ein *Verständnis der Hauptgründe* voraus, die zu dieser Abweichung Anlaß gegeben haben. Eine zutreffende Interpretation des einschlägigen Rechts ist nur unter Bezugnahme auf *Sinn und Zweck* der Gesamtordnung staatlich gelenkter Produktion und Verteilung zu erwarten. Deshalb rechtfertigt sich der Versuch, Beweggründe für die Entfaltung staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung zu ermitteln. Dabei empfiehlt es sich, davon auszugehen, daß zwei Gruppen dieser Beweggründe denkbar sind. Die eine Gruppe umfaßt Beweggründe, die sich aus Kollisionen des anerkannten Ziels der Produktions- und Verteilungsordnung (nämlich: optimale Produktion und gerechte Verteilung) mit anderen Interessen des Gemeinschaftslebens ergeben. Man denke z. B. an die Gefahr, daß die Verabsolutierung des Ziels optimaler Produktion in Verbindung mit einer Konzentration der Menschen auf wirtschaftlichen Wettbewerb Egoismus, Entfremdung und Demoralisierung zur Folge hat, während es Aufgabe des Staates ist, Gemeinsinn und gemeinnützige Betätigung, Soziabilität und Moral der Staatsgenossen zu fördern. Oder man denke an die Möglichkeit, daß die zu optimaler Produktion und Verteilung führenden Veranstaltungen und Verhältnisse mit den Interessen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Landesverteidigung, der Außenpolitik oder mit soziologischen Bedürfnissen nicht in Einklang stehen⁷. Zur anderen

die Differenzierung generell erfolgt und an bestehende Unterschiede anknüpft, statt neue zu schaffen, zum Beispiel wenn jeder nach dem Maße seines Vermögens zur Tragung der öffentlichen Lasten herangezogen wird.

⁷ Zu den Beweggründen, die zu staatlichen Eingriffen in die autonome Produktions- und Verteilungsordnung Anlaß geben, kann auch die Notwendigkeit der Gewährung sogenannter Entwicklungshilfe gehören. Diese Notwendig-

Gruppe gehören die Beweggründe aus einem Versagen der Produktions- und Verteilungsordnung bei der Hervorbringung und Gewährleistung optimaler Produktion und gerechter Verteilung.

Beweggründe für Abweichungen von der liberalen Produktions- und Verteilungsordnung können aus einer *grundsätzlichen Kritik* an dieser Ordnung abgeleitet sein. Solche grundsätzliche Kritik betrifft zum Beispiel die Gefahr, daß autonome Akkumulation von Herrschaft über Produktionsmittel in persönliche Herrschaft umgemünzt wird und zu Ausbeutung entartet und daß Autonomie sich selbst durch Monopolisierung vernichtet.

Neben dieser grundsätzlichen Kritik kommen vorübergehende oder permanente *strukturelle* Erscheinungen bestimmter Produktionszweige oder einzelner Produktionsbedingungen als Beweggründe für Abweichungen von der liberalen Produktions- und Verteilungsordnung in Betracht. Umwälzende Veränderungen der Produktionstechnik innerhalb bestimmter Produktionszweige, wie sie zum Beispiel in der Landwirtschaft vor sich gehen, können Veränderungen der Betriebsgröße und des Arbeitskräfteeinsatzes, der Betriebsart und -organisation notwendig machen. Die Auffindung neuer Grundstoffe kann neben Anpassungen der soeben erwähnten Art die Teilliquidation eines ganzen Industriezweiges oder die Umstellung der ihm angehörenden Unternehmen erfordern, wie das zeitgenössische Beispiel der Steinkohlenindustrie zeigt. Die Einordnung der Volkswirtschaft in internationale Wirtschaftsorganisationen und damit der Unternehmen in einen neuen Markt kann staatliche Intervention erforderlich machen, um die Anpassung an die internationales Verhältnisse zu ermöglichen oder zu erleichtern; auch hierfür ist die gegenwärtige Lage der deutschen Landwirtschaft ein Beispiel. Die Veränderungen können ein solches Ausmaß annehmen und ihre Bewältigung Anstrengungen einer derartigen Größenordnung notwendig machen, daß die autonomen Kräfte nicht ausreichen, sie zu bewirken, insbesondere wenn rein ökonomischen Antrieben hemmende Momente soziologischer Art entgegenwirken. Es kann sich ergeben, daß ein volkswirtschaftliches Bedürfnis nach dem Aufbau einer bestimmten Industrie, welche die Volkswirtschaft auch tragen könnte, mit Rücksicht auf das ungewöhnliche Ausmaß der erforderlichen Investitionen oder auf politische Un gewissheiten autonom nicht befriedigt wird, wie das im Bereich der deutschen Luftfahrtindustrie der Fall zu sein droht. In der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft sind Abweichungen von der liberalen Ordnung von Pro-

keit hat außenpolitische und außenwirtschaftliche Komponenten. Insbesondere erscheint die wirtschaftliche Entwicklung weniger entwickelter Länder als Voraussetzung einer langfristig gesunden Wirtschaftsentwicklung in den hochentwickelten Ländern. An eine — im Sinne der die vorliegenden Darlegungen beherrschenden Antinomie — „autonome“ Bewältigung der Entwicklungsaufgabe ist jedoch natürlich nicht zu denken.

duktion und Verteilung dadurch bedingt, daß wegen der technischen Bindung der Versorgung mit Strom und Gas an Leitungen und weitgehend im Eigentum der öffentlichen Hand stehende Leitungswege der Wettbewerb um den einzelnen Verbraucher eingeschränkt und die Preisgestaltung außerökonomischen Belastungen ausgesetzt ist. Schließlich wäre es auch ein Strukturproblem, wenn eines Tages wachsende Automation beträchtliche Unterbeschäftigung zur Folge haben und dadurch die autonome Bildung eines gerechten Verteilungsergebnisses verhindern würde.

Ein Teil der Gründe für heteronome Produktions- und Verteilungsordnungen hängt mit der Gefahr *produktionsfremder Einflüsse*, welche die Funktionsfähigkeit autonomer Produktion und Verteilung beseitigen oder beeinträchtigen, sowie mit produktionsfremden *Interessen* zusammen, die das Interesse an einem optimalen Ergebnis von Produktion und Verteilung überwiegen. Der Staat muß zum Beispiel damit rechnen, daß außenwirtschaftliche Verbindungen im Interesse anderer Staaten unterbrochen oder belastet werden, und gegebenenfalls auch selbst derartige Mittel einsetzen, denn außenpolitische Machtentfaltung folgt nicht den Gesetzen innerstaatlicher Friedensordnung. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer gewissen Autarkiebestrebung — eine Erwägung, die zum Beispiel zum Entschluß von Ländern ohne eigene Erdölvorkommen zur Unterstützung der Aufsuchung und Gewinnung einheimischer Energieträger-Bodenschätze oder zum Erwerb von Gewinnungsrechten im Ausland beitragen kann, auch wenn diese Maßnahmen den Gesetzen autonomer Produktion und Verteilung zuwiderlaufen. Die Vorsorge für Naturkatastrophen kann Kosten verursachen, die bei reinem Wettbewerbsverhalten als unökonomisch betrachtet und nicht aufgewendet würden, so daß Grund für heteronome Maßnahmen zu bestehen scheint. Die Gewöhnung ganzer Gruppen von Erwerbstätigen an die Erwerbsbedingungen ihres Produktionszweiges und ihr Interesse an der Aufrechterhaltung der damit verbundenen sozialen Verhältnisse kann dazu Anlaß geben, autonomen Veränderungen, bewußt auf Kosten des optimalen wirtschaftlichen Ergebnisses, durch heteronome Maßnahmen entgegenzuwirken.

Im Zusammenhang der vorliegenden Schrift ist eine Behandlung der Gründe staatlicher und staatlich gelenkter Produktion und Verteilung nicht zum Zwecke einer umfassenden Auseinandersetzung, sondern nur im Hinblick darauf am Platze, daß Sinn und Zweck staatlicher Maßnahmen für ihre rechtliche Würdigung von Bedeutung sind. Auch in diesem beschränkten Rahmen sind aber einige generelle und grundsätzliche Erwägungen über die *Logik jener Gründe* und dieser Kritik am Platze.

Die Begründung einer Abweichung von der liberalen Produktions- und Verteilungsordnung unterliegt — neben der unzutreffenden Tat-

sachenfeststellung — vor allem zwei Fehlerquellen: die Abweichung wird auf die Kritik eines Produktions- oder Verteilungsergebnisses gestützt, das sich bei richtiger Würdigung als optimal und gerecht erweist, oder das Produktions- und Verteilungsergebnis ist zwar mangelhaft, doch hat das seine Ursache außerhalb der liberalen Ordnung oder in deren Infrastruktur. Zum Beispiel kann das Verteilungsergebnis nicht als mangelhaft angesehen werden, wenn unterschiedliche Teilhabe am Verteilungsergebnis im Einzelfall unterschiedlicher Leistung angemessen und proportional ist. In diesem Fall konstituiert gerade der Teilhabeunterschied den systemgemäßen Anreiz zur Leistungsverbesserung ohne staatlichen Eingriff. Übrigens ist es die Natur der Dinge, die Leistung durch Vermögen belohnt, und liberale Ordnung beschränkt sich darauf, eine friedliche Verwirklichung dieses Kausalzusammenhangs zu gewährleisten. Ein heteronomer Ausgleich setzt die Verteilungsautomatik außer Funktion, welche die liberale Ordnung rechtfertigt, und kann zu einem ungerechteren statt zu einem gerechteren Verteilungsergebnis führen⁸. Staatliche Produktion und Verteilung oder staatliche Lenkung von Produktion und Verteilung können ferner nicht mit Mängeln des Ergebnisses autonomer Produktion und Verteilung gerechtfertigt werden, die nicht in dieser Autonomie, sondern in Mängeln der Infrastruktur liberaler Ordnung ihre Ursache haben. Würden zum Beispiel Mängel der Rechtspflege zu Verzögerungen der Rechtsprechung führen, die eine rechtzeitige Durchsetzung autonom erworbener Rechte ungewiß machen würden, so könnte nicht ein Ausgleich des infolgedessen verfälschten Verteilungsergebnisses, sondern nur eine Beschleunigung der Rechtsprechung als angemessene Abhilfe gelten. Auch Produktions- und Verteilungsmängel, die ihre Ursachen in Mängeln der finanziellen Infrastruktur liberaler Ordnung haben, wie sie etwa Kreditmangel oder eine Veränderung des Geldwerts im Zeitablauf darstellen, können nur durch Korrektur dieser Infrastruktur angemessen behoben werden. Führt die mangelhafte Ausbildung einer Bevölkerungsgruppe zu Verteilungsfehlern, so sind auf die Dauer nicht heteronome Verteilungseingriffe, sondern eine Verbesserung der Ausbildungseinrichtungen oder des Zugangs zu ihnen eine angemessene Lösung. Erst recht werden heteronome Maßnahmen nicht dadurch gerechtfertigt, daß andere in Abweichung von der liberalen Ordnung eingeführte heteronome Veranstaltungen zu Produktions- oder Verteilungsfehlern führen. Für die nachfolgenden Erwägungen ist also vor allem festzuhalten, daß zwischen Ursachen und Abhilfen von Mängeln des Produktions- und Verteilungsergebnisses zu unterscheiden ist, die auf Män-

⁸ Das gilt entsprechend auch, soweit der Leistungsunterschied auf Unterschiede persönlicher Ausbildung oder Begabung zurückgeht. Die Negation solcher Unterschiede wäre nicht nur unnatürlich und lebensfremd, sondern müßte auch höchst nachteilige Folgen für den allgemeinen Leistungsstand und damit für das Produktionsergebnis zeitigen.

gel des autonomen Geschehens und die auf Mängel staatlicher Maßnahmen oder Veranstaltungen (zum Beispiel Fehler der Infrastruktur, der systemimmanenten Korrekturen oder der Maßnahmen staatlicher Intervention) zurückgehen.

3. Stadien der Verdichtung staatlicher Herrschaft über Produktion und Verteilung

Die in Theorie und Wirklichkeit zu verzeichnenden Reaktionen auf Unzulänglichkeiten des Ergebnisses autonomer Produktion und Verteilung reichen von einem Konservatismus, der lediglich systemimmanente Korrekturen zugestehen will, bis hin zu der Forderung totaler Revolutionierung liberaler Ordnung in eine Gemeinwirtschaft. Dazwischen sind alle möglichen Kombinationen autonomer und heteronomer Ordnungen denkbar. Im folgenden sollen verschiedene Stufen der Verwirklichung und Bewußtwerdung heteronomer Produktions- und Verteilungsordnung in groben Zügen dargestellt werden.

Dabei ist sorgfältig zu unterscheiden. Nicht jede staatliche Machtentfaltung, welche in die Freiheitssphäre des Einzelnen mit Bezug auf Produktion und Verteilung eingreift, stellt eine heteronome Einflußnahme in dem hier gemeinten Sinne dar. Auch die Produktions- und Verteilungsordnung des liberalen Rechtssstaates bedient sich staatlicher Macht zur *Durchsetzung der Friedensordnung*, zur *Gewährleistung* des autonom geschaffenen *status quo* (insbesondere des Eigentums und der Verbindlichkeit der Verträge) und zum Schutz der Freiheit vor ihrem Mißbrauch zur Freiheitsbeschränkung. Es wäre aber falsch, in einer derart systemimmanenten staatlichen Machtentfaltung den Ausdruck einer Heteronomie von Produktion und Verteilung zu sehen; vielmehr hat diese staatliche Machtentfaltung auf Inhalt und Ergebnis von Produktion und Verteilung nur insofern Einfluß, als sie die Realisierung autonomer Entscheidungen und zu diesem Zweck nötigenfalls die Autonomie selbst gewährleistet⁹. Erst diejenigen Maßnahmen, Normierungen und Veranstaltungen, mit denen der Staat auf Grund der Annahme, daß die Herstellung der Bedingungen autonomer Produktion und Verteilung nicht möglich ist oder daß die autonome Gestaltung nicht zu angemessenen Ergebnissen führt, aktiv auf *Inhalt, Menge und Empfänger von Produktion und Verteilung* Einfluß nimmt, gehören einer heteronomen Ordnung an. In bezug auf die Entwicklung dieser heteronomen Ordnung kann man die folgenden Stadien unterscheiden.

⁹ Wenn der Zivilrichter Recht oder Pflicht zum Nehmen oder Geben feststellt und wenn der Gerichtsvollzieher auf Grund des Zivilurteils nimmt oder gibt, wird nicht heteronome, sondern autonome Verteilung vollzogen.

a) Staatliche Einflußnahme auf Produktion und Verteilung als notwendiges Akzessorium jeder liberalen Ordnung

Wie schon erwähnt wurde, kann der *liberale Rechtsstaat niemals rein verwirklicht* werden. In aller Wirklichkeit tritt neben die liberal-staatliche Infrastruktur der Rechts- und Verwaltungsordnung eine weitere Infrastruktur, mit welcher der Staat aktiv, nach eigener Entscheidung, vom Standpunkt der Gesellschaft her gesehen heteronom gestaltend, auf Produktion und Verteilung einwirkt und an ihr teilnimmt. Hierin gehört die Bereitstellung von Verkehrs- und Kommunikationsmitteln (Land- und Wasserstraßen, Flughäfen, Bahn-, Post- und Rundfunkanstalten), Markt-, Forschungs- und Prüfungseinrichtungen (landwirtschaftliche, chemisch- und physikalisch-technische Anstalten, Schlachtgüter), Einrichtungen der Gesundheitspflege (Krankenhäuser, hygienische Anstalten), Bildungseinrichtungen (Schulen, Universitäten), kulturellen Einrichtungen (Theater, Sammlungen), und Versorgungseinrichtungen (Schwimmbäder, Kanalisation, Kläranlagen), insbesondere von Unternehmen zur Deckung des Bedarfs an gewissen Massengütern (Elektrizität, Gas, Wasser); hierher gehört ferner die Verteilung von Lebensgütern in Form einer Nothilfe (Fürsorge), gegebenenfalls durch Zuwendung von Geld, an besonders und unverschuldet bedürftige Personen. Soweit der Staat Produktionsmittel bereitstellt, handelt es sich also weitgehend um Veranstaltungen zur Ermöglichung oder Erleichterung der Produktion von Lebensgütern des Letztverbrauchs durch alle (insbesondere die außerhalb des Staates stehenden) Produzenten ohne Ansehen der Zweckmäßigkeit oder Gerechtigkeit des Ergebnisses ihrer Betätigung (sogenannte „Infrastruktur“) und meist überhaupt nicht oder nur in zweiter Linie um die unmittelbare Deckung eines Endbedarfs; deckt der Staat ausnahmsweise den Bedarf von Endverbrauchern, so handelt es sich um die Bereitstellung von Lebensgütern, deren ausreichende Produktion mit möglichst geringem Aufwand und/oder deren Verteilung auch vom Standpunkt des liberalen Produktions- und Verteilungsprinzips her durch den Staat besser gewährleistet erscheint als durch autonome Aktivität¹⁰. Als heteronome Infrastruktur muß man auch alle diejenigen staatlichen Maßnahmen ansehen, die der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bei Produktion und Verteilung dienen, denn sie haben ihren Grund darin, daß autonome Gestaltung eben diese Sicherheit und Ordnung von Ablauf und Ergebnis¹¹ nicht gewährleistet. Dazu gehören auch Maßnah-

¹⁰ Es ist charakteristisch für solche Staatsleistungen, weitgehend mit sogenannten Vorzugslasten verbunden zu sein; diese erweisen sich als eine heteronome Produktions- und/oder Verteilungsordnung besonders zugeordnete Rechtsform.

¹¹ Zum Beispiel den Arbeits- und Gewerbeschutz, aber auch die Ungefährlichkeit der Produkte, zum Beispiel des Kraftfahrzeugs im Verkehr, des elektrischen Geräts im Gebrauch, ferner zum Beispiel eine geordnete Bodennutzung, insbesondere Bebauung.

men, die jenem Zweck mittelbar dienen, wie zum Beispiel die Regelung der Zulassung zu bestimmten Berufen. Aktive, gestaltende staatliche Einflußnahme auf Produktion und Verteilung ist auch in zahlreichen Normen des Privatrechts, insbesondere zum Beispiel des Arbeitsvertragsrechts zu sehen. Zwingende Vorschriften über Arbeiterfürsorge und Urlaub gehen auf die Unzulänglichkeit des Ergebnisses autonomer Gestaltung der Arbeitsbedingungen zurück.

Alle diese staatlichen Entfaltungen haben durch ihren aktiven, heteronomen Einfluß auf das Ergebnis von Produktion und Verteilung nach Inhalt und Empfänger eine grundsätzlich andere Bedeutung als system-immanente Infrastrukturen. Wenn sie dennoch zunächst *nicht als Gegensatz* zur *liberalen Ordnung* autonomer Produktion und Verteilung *empfunden* werden, beruht das nur zum Teil darauf, daß ihr Maß heteronome Einflußnahme gering und die Einflußnahme für den Verteilungsempfänger wenig spürbar ist, weil sie sich auf einer frühen, dem Verbraucher fernliegenden Stufe des Produktionsprozesses vollzieht (beides trafe zum Beispiel auf Bundesbahn, Bundespost, Straßen und Elektrizitätsversorgung nicht zu). Es beruht schon eher darauf, daß das Ergebnis dieser Veranstaltungen weitgehend nach dem Maße egalitärer Gleichheit verteilt wird und jeder daran partizipieren kann. Allerdings bleibt auch bei egalitärer Nutzungsordnung weiter Spielraum für heteronome Einfluß auf den Inhalt der produktiven Staatsleistung (zum Beispiel örtliche Festlegung von Verkehrs-Trassen oder Schulen, Qualität und Quantität der Verkehrsleistung oder des Unterrichts). Letzten Endes ist der Mangel des Gefühls der Gegensätzlichkeit zur autonomen Produktion und Verteilung einfach Folge einer Gewöhnung an die Erscheinung, an der es nie fehlte, und der Einsicht in die unabdingbare Notwendigkeit einer subsidiären Ergänzung der autonomen durch eine heteronome Ordnung, sowie vor allem des Umstandes, daß staatliche Teilnahme an und Einflußnahme auf Produktion und Verteilung mit der liberalen Grundordnung nur ausnahmsweise und im Vergleich zum Gesamtvolumen von Produktion und Verteilung in geringem Umfang verbunden worden ist.

Solange und soweit diese Abweichungen von der Ordnung autonomer Produktion und Verteilung als Ausnahmen, notwendige Übel und subsidiäre Hilfskonstruktionen verstanden wurden, trat die besondere rechtliche Struktur der heteronomen Ordnungen nur selten ins Bewußtsein¹². Es meldete sich kaum ein Bedürfnis nach ihrer systematischen Zusammenfassung. Auftretende Rechtsprobleme wurden notdürftig mit Hilfe der Kategorien liberal-rechtsstaatlicher Ordnung bewältigt. Wo sich adaequates Sonderrecht bildete, wurde es recht und schlecht in das Ge-

¹² Eine Ausnahme gilt für Lorenz von Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre*, 3. Aufl., Bd. II, S. 605 ff.

bäude liberal-staatlicher Ordnung hineingezwängt oder als Ausnahme hingenommen.

b) Daseinsvorsorge

Das Phänomen des produzierenden und verteilenden Staates ist als geschlossene, einheitliche, der liberalen Ordnung entgegengesetzte Erscheinung und als grundlegendes Rechtsproblem zuerst von Forsthoff erkannt und mit der Bezeichnung *Daseinsvorsorge* innerhalb der Staats- und Verwaltungsrechtslehre diskutierbar gemacht worden¹³. Der Begriff beschränkt sich auf einen begrenzten Kreis von Veranstaltungen zur Befriedigung spezifischer moderner, mit der von Forsthoff ins Bewußtsein gehobenen Schrumpfung des „beherrschten Lebensraumes“ bei umgekehrt proportionaler Ausdehnung des „effektiven Lebensraumes“ verbundener, lebenswichtiger¹⁴ und allgemeiner Bedürftigkeiten des Einzelnen wie der Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser sowie mit Verkehrs- und Kommunikationsmitteln, der hygienischen Sicherung, der Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit, Arbeitslosigkeit usw., soweit sie grundsätzlich und weitgehend¹⁵, aber nicht ohne Gegenleistung, vom Staat übernommen worden sind¹⁶. Er hält sich im Rahmen der zur Zeit seiner Entstehung prinzipiell noch immer herrschenden Anschauung, daß staatliche Eingriffe in Produktion und Verteilung als Ausnahmen liberaler Produktions- und Verteilungsordnung erscheinen. Eine weitere Ausdehnung des Begriffs, wie sie sich in Literatur und Praxis häufig findet, würde seine Brauchbarkeit als Rechtsbegriff beeinträchtigen und liegt auch nicht im Sinne seines Autors. Die für die Bewältigung der durch die Daseinsvorsorge eingeleiteten Entwicklung entscheidende Erkenntnis Forsthoffs liegt darin, daß Rechtsformen der Freiheit grundsätzlich nur zur Zuordnung beherrschten Lebensraumes geeignet sind, während effektiver Lebensraum durch Teilhabe zugeordnet werden muß.

Die Entdeckung der Daseinsvorsorge als besonderer Erscheinungsform staatlicher Entfaltung mit eigener rechtlicher und soziologischer Logik fällt nicht zufällig in die Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts. Sie steht in der soeben erwähnten korrelativen Entwicklung der Erweiterung des effektiven und Schrumpfung des beherrschten Lebensraums an dem Punkt, an dem die quantitative Zunahme der einschlägigen staatlichen

¹³ Die Verwaltung als Leistungsträger, *passim*, insbes. S. 12.

¹⁴ Gegen diese Einschränkung Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 17.

¹⁵ Nach Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 49, Fußnote 72: ausschließlich.

¹⁶ Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 4 ff., 7, 42. Zum Begriff und zu einigen Stellungnahmen der Fachliteratur vgl. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 16 ff.

Veranstaltungen dazu führt, daß jedenfalls der beschränkte Kreis der Veranstaltungen zur Daseinsvorsorge qualitativ nicht mehr als bloßes Akzessorium autonomer Produktion und Verteilung aufgefaßt werden kann, dessen rechtliche Problematik im Rahmen der liberalen Ordnung mitbewältigt wird, sondern in seiner Eigengesetzlichkeit anerkannt werden muß.

Die rechtliche Problematik der Daseinsvorsorge liegt im wesentlichen in der Frage, wie die *Teilhabe* der Staatsgenossen an den Vorsorgeleistungen sichergestellt und ein Mißbrauch des mit der Vorsorge verbundenen Machtzuwachses des Staates ausgeschlossen werden kann¹⁷. Dabei spielt eine Rolle, inwieweit dem Staat bei der Daseinsvorsorge die Wahl zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Formen freisteht¹⁸.

c) Sozialstaat

Über Daseinsvorsorge hinaus beherrscht der Staat Produktion und Verteilung durch seine Entfaltung als Sozialstaat. Der Begriff vom Sozialstaat wird zwar im juristischen Sprachgebrauch sehr unterschiedlich angewandt. Es liegt sogar für den Juristen nahe, im Ausdruck „sozial“ ein „*indefinibiles definiens*“ zu sehen¹⁹, das unter dem Verdacht „juristischer Belletristik“ steht²⁰. Doch bezeichnet der Begriff vom Sozialstaat eine Erscheinung, die in der historischen Entwicklung staatlicher Einflußnahme auf Produktion und Verteilung ihren deutlich gegenüber anderen Stufen abgegrenzten Ort hat: Im Unterschied zur Daseinsvorsorge, die in unmittelbarer Beteiligung des Staates an der Produktion und in der Verteilung des Ergebnisses besteht, befaßt sich sozialstaatliche Entfaltung wesentlich mit der Verteilung oder mit der Lenkung der Verteilung nicht vom Staat in eigener Regie, sondern vom wirtschaftenden Einzelnen oder Unternehmen gewonnener Produktionsergebnisse, insbesondere mit der *Einkommens-Umverteilung*. Sozialstaatliche Verteilung kann im allgemeinen im Gegensatz zur Daseinsvorsorge nur gebend

¹⁷ Vgl. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 15 ff. Vollkommen verständnislos sind Kommentare, die im Begriff der Daseinsvorsorge eine Zweckschöpfung zur Ausdehnung des Staateinflusses auf die Güterverteilung sehen (vgl. Blank, Monatsblätter für freiheitliche Wirtschaftspolitik, 1958, S. 348 ff. und S. 682 ff., am zuletzt angegebenen Ort unter Berufung auf Fischerhof, DÖV, 1957, S. 312).

¹⁸ Forsthoff hat gezeigt, daß Daseinsvorsorge bestimmten Rechtsformen, zum Beispiel derjenigen anstaltlicher Nutzgewährung, besonders verhaftet ist; vgl.: Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 23 ff.

¹⁹ Forsthoff, Verfassungsprobleme des Sozialstaates, S. 5.

²⁰ Fritz Werner, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, Beilage Nr. 2 zur Staatszeitung für Rheinland-Pfalz vom 29. Januar 1956, 7. Jahrgang, Nr. 5, S. 2.

verteilen, was der Staat anderweit genommen hat²¹. Während staatliche Daseinsvorsorge nach Art und Gegenstand begrenzt ist, unterscheidet sich sozialstaatliche Entfaltung von anderen Interventionen des Staates in Produktion und Verteilung ferner vor allem durch ihren Anlaß, nämlich die sachlich und zum Teil auch zeitlich, jedenfalls prinzipiell begrenzte Notlage bestimmter Gruppen der Rechtsgenossen²². Auch große Veranstaltungen zur Umverteilung, wie der Lastenausgleich, sind den sozialstaatlichen Maßnahmen zuzurechnen, erhalten aber ihr besonderes Gepräge aus der Einmaligkeit des Verteilungszustandes, auf dessen Änderung sie gerichtet sind.

Sozialstaatliche Umverteilung findet in vielfältigen Formen und weitgehend ohne systematische Anknüpfung an die Ursachen der Verteilungsmängel meist vom Verteilungsergebnis her statt. Sie vollzieht sich weitgehend durch direkte Hingabe von Geld oder Gütern durch den Staat an den notleidenden Verteilungsempfänger zum Beispiel in den verschiedenen Formen der sogenannten Sozialhilfe, der Arbeitslosen- und Arbeitsunfähigkeitsunterstützung, sowie durch anstaltliche Gewährung zum Beispiel von Kranken- und Altenpflege. Sozialstaatliche Umverteilung kann aber auch durch heteronome Gestaltung verteilungsrelevanter Beziehungen der Wirtschaftspartner, insbesondere der Arbeitgeber und Arbeitnehmer (der sogenannten Sozialpartner), zum Beispiel durch Vorschriften über Mutterschutz stattfinden. Diese heteronomen Ordnungen sind gelegentlich mit der Anordnung mehr oder weniger direkter Gewährung von Leistungen oder Gütern durch ein Wirtschaftssubjekt an ein anderes, zum Beispiel durch Heranziehung der Arbeitgeber zur Tragung eines Teils der Kosten der Sozialversicherung, verbunden.

Früheste Erscheinungsform des Sozialstaates war die reine Nothilfe in Form der Sozialfürsorge. Diese Nothilfe und auch noch der nächste Schritt in der sozialstaatlichen Entwicklung, nämlich das Sozialversicherungswerk der achtziger Jahre des neunzehnten Jahrhunderts wurden — ebenso wie die staatliche Daseinsvorsorge — zunächst als eng umgrenzte Ausnahmen vom Prinzip autonomer Produktion und Verteilung und als Akzessorium des liberalen Rechtsstaates aufgefaßt. Selbst die beträchtliche Ausbreitung des Sozialstaates nach dem ersten Weltkrieg und der Ausdruck, den ihr die Weimarer Reichsverfassung gab, hat nicht zu einer anderen Bewertung oder zu einer breiten und grundsätzlichen Auseinandersetzung mit der Strukturproblematik des Sozialstaates geführt. Erst nach der Proklamation des Sozialstaates in Art. 20 Abs. 1 GG

²¹ Über den Zusammenhang sozialstaatlichen Gebens und Nehmens vgl. Carl Schmitt, *Nehmen/Teilen/Weiden*, S. 95 ff.

²² Hans Achinger, *Soziale Sicherheit*, S. 12, stellt forlgenden Katalog der Risiken auf, für die soziale Sicherheitsmaßnahmen in Frage kommen: Krankheit, Niederkunft, Invalidität, Alter, Tod des Versorgers, Arbeitslosigkeit, außerordentliche Ausgaben, beruflich bedingte Schäden (Unfall, Krankheit).

und mit der nach dem zweiten Weltkrieg einsetzenden nochmaligen Expansion staatlicher Ingerenz auf Produktion und Verteilung ist die Besonderheit und Eigenart des Sozialstaates deutlich ins theoretische Bewußtsein getreten²³. Auch nachdem sie in ihrer Eigengesetzlichkeit erkannt ist, bleibt Sozialstaatlichkeit autonomer Produktion gegenüber subsidiär und nachgeordnet²⁴.

**d) Heteronome Ordnung als Normalbedingung
optimaler und gerechter Produktion und Verteilung**

Die Einordnung der gestaltenden Einflußnahme des Staates auf Produktion und Verteilung als Ausnahmetatbestand (zum Beispiel: als Folge kriegswirtschaftlicher Notwendigkeiten) und als untergeordnete Neben- und Randerscheinung autonomer Produktion und Verteilung wird der gegenwärtigen Wirklichkeit nicht mehr gerecht²⁵. Die staatliche Herrschaft über Produktion und Verteilung durch Lenkung des Produktionsinhalts und Bestimmung des Verteilungsempfängers greift über die Sachbereiche der Daseinsvorsorge und über die Anlässe sozialstaatlicher Maßnahmen noch weit und entscheidend hinaus, obwohl auch diese Sachbereiche und Anlässe noch ständig an Bedeutung zunehmen. „Nehmen, Teilen, Weiden“ ist zur staatlichen Hauptaufgabe geworden. Ihre Bewältigung ist für die wirtschaftliche und soziale Lage großer Kreise von Rechtsgenossen (man denke zum Beispiel an die landwirtschaftlichen Unternehmer und Arbeitnehmer) maßgebend. Sozialstaatliche Maßnahmen sind in Veranstaltungen übergegangen, die nicht mehr den Charakter der Nothilfe, sondern denjenigen normaler Versorgungseinrichtungen tragen, welche bei normalem Lebensverlauf in Anspruch genommen zu werden pflegen. Heteronome Produktion und Verteilung hat damit aufgehört, Ausnahme- und Randerscheinung zu sein. Mögen die Übergänge — wie oft beim Umschlag von Quantität in Qualität — verschwommen erscheinen: die Wirklichkeit nötigt dazu, staatliche Herrschaft über Produktion und Verteilung als gleichrangige und gleichgewichtige Komponente des Produktions- und Verteilungsergebnisses anzusehen, die ihren eigenen, hinter denjenigen autonomer Produktion und Verteilung an Wichtigkeit und Rang nicht zurückstehenden Gesetzen folgt und

²³ Vgl. *Forsthoff* (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, *passim*, insbesondere die dort abgedruckten Referate über Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, die von *Forsthoff* und *Bachof* auf der Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer zu Bonn im Oktober 1953 gehalten wurden (Erstabdruck VVDStRL, Heft 12, S. 8 ff., 37 ff.).

²⁴ Die Subsidiarität findet treffenden Ausdruck in der Bezeichnung des Sozialstaates als eines Systems von Aushilfen; *Forsthoff*, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in: *Eprrhosis*, Festschrift für Carl Schmitt, Bd. I, S. 187.

²⁵ Vgl. *Scheuner*, Intervention, S. 12.

rechtlicher Durchdringung ebenso dringend bedarf wie diese. Zwar sind weder Daseinsvorsorge oder staatlich gelenkte Produktion neuartige Vorgänge. Auch hat kaum eine dieser Erscheinungen historische Priorität. Die historischen Abschnitte der Habilitationsschrift *Rüfners*²⁶ zeigen vielmehr, daß viele Formen heteronomer Ordnung von Produktion und Verteilung von jeher Bestandteil staatlicher Entfaltung waren²⁷. Auch der liberale Rechtsstaat in seiner konkreten deutschen Ausprägung hat sie niemals ausgeschlossen oder beseitigt. Und doch ist staatliche Einflußnahme auf Produktion und Verteilung in der gegenwärtigen Staatswirklichkeit von jenen historischen Erscheinungen vor allem durch zweierlei wesentlich unterschieden: einmal durch die grundlegend gewandelten wirtschaftssoziologischen und technischen Verhältnisse²⁸, zum anderen durch die Antinomie der staatlichen Intervention und der grundsätzlich fortgeltenden liberalen Ordnung²⁹. Der Gegenwart ist es deshalb vorbehalten und aufgegeben, der staatlichen Gestaltung von Produktion und Verteilung als einer der rechtsstaatlichen Ordnung gleichwertigen und gleichrangigen, rechtlich besonderen, heteronomen Ordnung einen eigenen Platz in der Rechtstheorie zuzuweisen.

Die Anwendung des Sozialstaatsbegriffs in Rechtspraxis und Rechtslehre unterwirft ihn einer Tendenz der Umfangserweiterung, nach der er nicht auf Maßnahmen der Umverteilung und auch nicht auf die Bewältigung von Notlagen und Ausnahmesituationen beschränkt, sondern auf jede Beeinflussung der Produktion und Verteilung ausgedehnt werden soll. Dieser Usus dürfte auf die Bedeutung des politischen Begriffs vom Sozialismus zurückgehen. Er ist der rechtlichen Durchdringung heteronomer Verteilung förderlich. Denn da Sozialstaatlichkeit ein Verfassungsauftrag ist, müßte auch die rechtliche Durchdringung staatlich gelenkter Produktion und Verteilung als Gebot der Verfassung angesehen werden, wenn man davon ausginge, daß Sozialstaatlichkeit schlechthin Wirksamkeit mit dem Ziel optimaler Produktion und gerechter Verteilung der Lebensgüter bedeutet. Dennoch empfiehlt es sich, einer solchen Ausweitung des Sozialstaatsbegriffs entgegenzutreten, um unzulässigen und falschen Folgerungen aus geltenden normativen Anwendungen dieses Begriffs, insbesondere der verfassungsrechtlichen

²⁶ Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1. und 2. Kapitel.

²⁷ Vgl. auch Hans H. Klein, *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, S. 53 ff.

²⁸ Vgl. dazu die oben in Abschnitt I 3 b erwähnten Erkenntnisse *Forsthoffs*.

²⁹ Deshalb ist mit dem Hinweis, daß z. B. die als „Daseinsvorsorge“ bezeichneten staatlichen Funktionen schon seit langer Zeit, zum Teil seit jeher vom Staat wahrgenommen werden, nichts ausgesagt, was die soziologische oder rechtliche Bedeutung und Problematik gegenwärtiger staatlicher Einflußnahme auf Produktion und Verteilung beträfe.

Sozialstaatsklausel vorzubeugen: diese Normierungen können aus historischen und systematischen Gründen nur auf den Sozialstaatsbegriff im engeren Sinne bezogen werden, der durch Notlagenbewältigung und Subsidiarität bestimmt ist.

II. Rechtsordnung staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung

1. Gewährleistung gerechter Ergebnisse heteronomer Produktion und Verteilung ist Aufgabe einer besonderen und eigengearteten Rechtsordnung

Staatliche und staatlich gelenkte Produktion und Verteilung bedarf rechtlicher Ordnung. Das gilt zwar nicht schon deshalb, weil es sich um staatliche Funktionen handelt, denn wichtige staatliche Funktionen, z. B. im Bereich der Außenpolitik, der Verteidigung und der Wirtschaftspolitik entziehen sich rechtlicher Regelung¹. Das ergibt sich auch nicht aus dem rechtsstaatlichen Prinzip. Rechtsstaatlichkeit bedeutet keineswegs möglichst weitgehende Juridifizierung aller staatlichen Entfaltung², sondern Gewährleistung der Freiheit des Einzelnen gegenüber staatlichen Eingriffen durch Befehl, Verbot und Zwang oder Maßnahmen gleicher Wirkung. Staatliche Lenkung von Produktion und Verteilung wird aber nur zum Teil durch Befehl, Verbot und Zwang oder Maßnahmen gleicher Wirkung vermittelt. Die Anforderung an das Recht, die Ordnungsprobleme staatlicher und staatlich gelenkter Produktion und Verteilung zu lösen, ergibt sich vielmehr erstens aus der Kombination und Koordination staatlicher und staatlich gelenkter Produktion und Verteilung mit einer rechtsstaatlichen Ordnung, und zweitens aus der Natur der staatlichen Produktions- und Verteilungsmaßnahmen als Fortentwicklung und Verfeinerung der staatlichen Friedensordnung, deren Charakter als Rechtsordnung als selbstverständlich gelten kann: Soweit der Staat als Friedensordnung unter anderem die Bedingungen autonomer Produktion und Verteilung regelt, ist diese Ordnung notwendig Rechtsordnung. Strafrecht, bürgerliches Recht, Verwaltungsrecht wäre auch dann Recht, wenn keine Verfassungsnormen die damit verbundenen Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Rechtsordnung vorbehielten. Das mag besonderer Begründung für das öffentliche Recht bedürfen, soweit es als Festlegung der Befugnisse und Aufgaben des Staates wesentlich Selbstbindung ist: Die Rechtsnatur dieser Selbstbindung entspricht der

¹ Ein seit altersher wirksames Mittel zur Kontrolle solcher Funktionen ist der Vorbehalt der Budgetbewilligung.

² Einen solchen Begriff vom Rechtsstaat als eines von Recht und Gesetz beherrschten Staates legt Fechner (Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in: Recht und Staat, Nr. 174, 1953, S. 5) zugrunde.

Grundtatsache, daß die Entfaltung des Staates zur Friedensordnung durch Eingrenzung der Rechtssphäre des Einzelnen einer Legitimation durch Ziele der Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit oder Rechtssicherheit bedarf. Erfordert die historische Entwicklung eine Ergänzung der staatlichen Ordnung, weil die bloße Friedensordnung, als Ordnung autonomer Produktion und Verteilung, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit in diesem Bereich nicht mehr gewährleistet, so muß auch die neue Verteilungsordnung Rechtsordnung sein³.

Die Erkenntnis der Besonderheit⁴, Selbständigkeit und gleichrangigen Bedeutung heteronomer Produktions- und Verteilungsordnung neben der liberal-rechtsstaatlichen Ordnung führt zu der Notwendigkeit, die erstere als ein geschlossenes System zu begreifen, das alle Staatsfunktionen der Produktion und Verteilung oder ihrer Lenkung umfaßt. Die dieses System beherrschenden Normen gelten auch für diejenigen Formen staatlicher oder staatlich gelenkter Funktion, die unter der ausschließlichen oder prinzipiellen Herrschaft der liberal-rechtsstaatlichen Ordnung lediglich als Rand- oder Ausnahmeherscheinungen dieser Ordnung aufgefaßt wurden, also insbesondere für alle Formen der Daseinsvorsorge und der sozialstaatlichen Umverteilung. Die herkömmlichen Rechtsordnungen dieser Funktionen werden sich übrigens zum Teil als von großem Nutzen für die Entwicklung der Rechtsordnung staatlicher und staatlich gelenkter Produktion und Verteilung erweisen. Wie stets empfiehlt es sich auch hier, der Bewältigung neuer Probleme die Errungenschaften hergebrachter Ordnungen und Lehren möglichst weitgehend nutzbar zu machen. Unter Einbeziehung oder nach Anpassung des liberalstaatlichen Rechts aller überkommenen heteronomen Akzessorien autonomer Ordnung bildet das Recht staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung ein selbständiges, gleichberechtigtes System eigener Art. Es hat neben dem Recht liberaler Friedensordnungen die Bedeutung eines der beiden Hauptpfeiler unserer staatlichen Ordnung. Die nachstehenden Ausführungen widmen sich dem Versuch der Entwicklung von Grundlegungen eines Systems dieser Rechtsordnung staatlicher Produktion und Verteilung.

2. Ordnungsmittel staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung. Fiskalische und hoheitliche Verwaltung. Vorbehalt des Gesetzes und Vorbehalt des Plans

Staatliche Herrschaft über Produktion und Verteilung vollzieht sich entweder durch *produktive* oder *verteilende* Betätigung der staatlichen

³ Während die staatlichen Ordnungen autonomer Wirtschaft wesentlich Ordnungen des Verhaltens der Staatsgenossen sind, betrifft das Recht heteronomer Ordnung von Produktion und Verteilung wesentlich staatliche Maß-

Einrichtungen selbst⁵ oder durch *Maßnahmen*, die eine bestimmte staatliche oder außerstaatliche Betätigung bei Produktion oder Verteilung herbeiführen. Innerhalb heteronomer Verteilung ist zwischen *Umverteilung*, die das autonom zustande gekommene Verteilungsergebnis rückgängig macht, ändert oder durch ein anderes ersetzt, und der *Bestimmung des Verteilungsergebnisses durch Lenkung des Produktions- oder Verteilungsprozesses* zu unterscheiden. Umverteilung wiederum kann *indirekt* stattfinden, indem der Verteilende (in erster Linie der Staat) nimmt und gibt, oder indem der Gebende veranlaßt wird, den Gegenstand der Verteilung *direkt* dem Verteilungsempfänger zuzuwenden. Der Inbegriff dieser Betätigungen und Maßnahmen bildet die heteronome Produktions- und Verteilungsordnung, die der liberalstaatlichen Ordnung gegenübersteht.

Dabei kommt der *produktiven und verteilenden* Betätigung des Staates durch eigene Einrichtungen eine spezifische *Doppelnatur* zu: Es handelt sich um Maßnahmen, die dem Gesetz und dem staatlichen Einzelakt insofern vergleichbar sind, als sie die angestrebte Ordnung, nämlich das Produktions- und Verteilungsergebnis, das sein soll, bestimmen: Insofern haben sie *normativen* Charakter. Zugleich verändern sie aber unmittelbar selbst Ablauf oder Ergebnis des Produktions- oder Verteilungsprozesses und sind insofern selbst auch *Gegenstand der staatlichen Ordnung*, die den Maßstab ihrer Rechtmäßigkeit bildet.

Im übrigen bedient sich staatliche Herrschaft über Produktion und Verteilung weitgehend auch derselben Ordnungsmittel, welche die liberalstaatliche Friedensordnung konstituieren. So sind zum Beispiel *Befehl, Verbot und Zwang* nicht nur Ordnungsmittel des liberalen Rechtsstaates, sondern auch solche staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung. Der Eingriff in die Produktion durch Anordnung zum Beispiel eines Beimischungzwangs oder einer bestimmten Kapazitätsausnutzung oder die mit bedeutenden Auswirkungen auf das Verteilungsergebnis verbundenen bodenordnenden, insbesondere baurechtlichen Maßnahmen (man denke an die beträchtlichen Wertveränderungen, welche durch die bloße verwaltungsrechtliche Freigabe von Ackerland für die Nutzung als Industriegelände bewirkt werden) und der Eingriff in die Verteilung zum Beispiel durch Anordnung einer Vorratshaltung oder durch Preisvorschriften, durch Rationierung oder schlicht durch Anordnung der Hingabe von Gütern durch ein Wirtschaftssubjekt an ein anderes ist Anwendung von Befehl, Verbot und Zwang.

nahmen. Das trägt zur Erklärung bei, weshalb der Ausbau des Rechts dieser heteronomen Ordnungen hinter ihrer tatsächlichen Ausbreitung zurückbleibt.

⁴ „Non-Konformität“: Ipsen, VVDStRL, Heft 25, S. 264.

⁵ Dazu Hans H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, *passim*; ferner Bülck, Hämmerlein, Jecht, Perridon, Verwaltung mit Unternehmen.

Besondere Bedeutung im Rahmen staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung haben *Arrangement* und *Vereinbarung* zwischen Staat und Betroffenen⁶. Auf solche Weise zustande gekommene Bindungen der Verwaltungsunterworfenen sind rechtlich nicht anders zu beurteilen und unterliegen denselben Voraussetzungen wie Verpflichtungen aus einem staatlichen Befehl oder Verbot, wenn der Betroffene zur Eingehung der Verpflichtung durch Vermittlung außerrechtlicher, aber objektiver Umstände, zum Beispiel ökonomischer Gesetzlichkeiten gezwungen war.

Vergünstigung und *Belastung* sind zwar typische Erscheinungen heteronomer Verteilung. Doch ist die Belastung auch im Bereich der Güterverteilung dem liberalen Rechtsstaat nicht fremd, der zur Finanzierung von Gemeinschaftsaufgaben der Erhebung von Steuern bedarf, und auch die rechtsstaatlichen Ordnungsmittel kennen Vergünstigungen in Form von Freistellungen von Ge- oder Verboten. Eine typische produktions- und verteilungsstaatliche Kategorie ist neben der direkten produktiven Betätigung allein die Vergünstigung in Form staatlicher *Gewährung* von wirtschaftswerten Gütern.

Ziele einer heteronomen Produktions- und Verteilungsordnung, insbesondere Ziele, die den herkömmlichen Kategorien der Daseinsvorsorge und des Sozialstaats angehören, können sowohl untereinander als auch mit liberal-rechtsstaatlichen Zielen verbunden und mit Hilfe ein und derselben Maßnahme oder ein und desselben Ordnungsmittels angestrebt werden. Ein Beispiel derartiger *Kombination* verschiedener Ordnungen in ein und demselben Ordnungsmittel ist die Differenzierung zum Zwecke der Umverteilung oder zum Zwecke der Produktionslenkung bei der Steuererhebung.

Für die rechtliche Würdigung einer staatlichen Maßnahme ist von grundlegender Bedeutung, ob sie zur heteronomen Produktions- und Verteilungsordnung gehört. Aus vorstehendem ergibt sich jedoch, daß die Eigenart des Ordnungsmittels hierüber nur in beschränktem Umfang Aufschluß gibt.

Rechtsstaatlichem Denken bereitet es keine Schwierigkeiten, die *Zugehörigkeit* der Ordnungsmittel autonomer Produktion und Verteilung zum *öffentlichen Recht* zu erkennen. Diese Ordnungsmittel sind Befehl, Verbot und Zwang. Auch soweit es sich dabei nicht um Gesetze, Verordnungen oder Satzungen, sondern um Einzelakte handelt, bestimmen sie die Grenzen der Freiheit des Einzelnen gegenüber staatlicher Ordnung. Das gilt auch für Vergünstigungen in Form von Befreiungen von einem Befehl oder Verbot: hier liegt lediglich eine besondere Technik dieser

⁶ Vgl. Krüger, VVDStRL, Heft 11, S. 139. Für den Vertrag als Instrument der Planung spricht sich Redeker, Staatliche Planung im Rechtsstaat, JZ, 1968, S. 542, aus.

Abgrenzung vor. Im Hinblick auf die Funktion der Abgrenzung der im Rechtsstaat prinzipiell unbeschränkten Freiheitssphäre des Einzelnen gegenüber staatlicher Entfaltung ist die öffentlichrechtliche Natur dieser Ordnungsmittel nicht zweifelhaft. Weniger sicher sind Rechtstheorie und Rechtspraxis hinsichtlich der Einordnung der spezifischen Ordnungsmittel heteronomer Produktion und Verteilung. Maßnahmen, wie sie der vom Staat direkt betriebenen Produktion und Verteilung, insbesondere der Gewährung von Gütern zugrunde liegen, erscheinen herkömmlichem rechtsstaatlichem Denken als weitgehend von rechtlichen Ordnungen freie, höchstens privatrechtlichen Beschränkungen und Bindungen unterliegende, sogenannte *fiskalische Funktionen*. Eine solche Betrachtungsweise wird der Entwicklung und Bedeutung heteronomer Ordnungen nicht mehr gerecht. Die rechtliche Eigenart der spezifischen Ordnungsmittel heteronomer Produktion und Verteilung kann nur auf Grund der Einsicht in ihre systematische Zusammengehörigkeit und besondere Eigenart zutreffend erkannt werden.

Entsprechend der prinzipiellen Ausschließung staatlicher Maßnahmen zur Lenkung von Produktion oder Verteilung aus dem Repertoire liberalstaatlicher Entfaltung wurden Gegenstände der Produktion und Verteilung vom liberalen Staat grundsätzlich nur zur Erwirtschaftung von Einkünften oder insoweit verwaltet, als sie als Hilfsmittel und Hilfseinrichtungen zur Bewältigung der Staatsaufgaben, insbesondere der Einrichtungen zur Ausübung und Durchsetzung von Befehl, Verbot und Zwang Verwendung finden. Da mit der Erwirtschaftung von Einkünften und der Bereitstellung der Hilfsmittel der Verwaltung weder der Intention nach noch — solange die Maßnahmen punktuell und exzeptionell blieben — effektiv eine gestaltende Einwirkung des Staates nach außen hin verbunden war, blieb diese Verwaltung als sogenannte „*fiskalische*“ Verwaltung nur dem *privaten Recht* unterworfen und damit rechtlich dem Inhalt nach beliebige staatliche Betätigung. Bedeutung und Grenzen des Begriffs fiskalischer Verwaltung werden jedoch problematisch, sobald Produktion und Verteilung zum wesentlichen Gegenstand ordnender Staatsfunktion, und die Gewährung sächlicher (wirtschaftswerter) Güter zu einem der Hauptordnungsmittel des Staates wird.

Die Ausdehnung staatlicher Entfaltung auf die Lenkung von Produktion und Verteilung und die Entwicklung dieser Funktion zu einer staatlichen Hauptaufgabe muß ihre Einordnung in den Bereich des *öffentlichen Rechts* zur Folge haben⁷. Da privatrechtliche Betätigung prin-

⁷ Diese Erkenntnis steht am Anfang der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das in der in BVerwGE 1, S. 306, abgedruckten Entscheidung die Bewilligung öffentlicher Mittel für den Wohnungsbau dem öffentlichen Recht unterstellt hat. Vgl. dazu Fritz Werner, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AÖR, Bd. 81, S. 91: diese Einordnung trifft zu, weil es sich um eine Funktion zur Erfüllung der sozialstaatlichen Verpflichtung handelt.

zielle rechtliche Ungebundenheit, öffentlichrechtliche Betätigung dagegen rechtliche Gebundenheit des Betätigungs inhalts und Gestaltungsziels bedeutet, kann diese Einordnung aus dem oben in Abschn. II 1 erwähnten Gründen nicht zweifelhaft sein⁸. Die Gleichwertigkeit staatlicher Einflußnahme auf Produktion und Verteilung, auch soweit sie nicht die Form von Befehl, Verbot oder Zwang annimmt, mit diesen Formen als Ordnungsmitteln wurde schon oben erwähnt. Für den Einsatz der staatlichen Ordnungsmittel gelten aber stets und ohne Rücksicht auf den Ordnungsbereich (auch soweit es sich um die Ordnung privatrechtlicher Verhältnisse handelt) die Normen des öffentlichen Rechts. Privatrecht ist, seiner Natur als Inbegriff von Regelungen des grundsätzlich autonomen Verhältnisses der Rechtsgenossen zueinander entsprechend, nicht geeignet, die grundsätzlich heteronome Einflußnahme des Staates adäquat zu ordnen. Die neuere Lehre vom sogenannten „Verwaltungsprivatrecht“ kommt zwar oft zu angemessenen Ergebnissen, indem sie Regeln öffentlichen Rechts zu Bestandteilen dieses Sonderprivatrechts erklärt. Diese Konstruktion erscheint jedoch als irreführende Komplizierung, weil nicht einzusehen ist, warum jene Regeln nicht unmittelbar als solche des öffentlichen Rechts Anwendung finden sollen, und weil sie in einer Konfusion der Begriffe vom privaten und öffentlichen Recht besteht. Schließlich erscheint die Zuordnung staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung zum öffentlichen Recht geboten, um sicherzustellen, daß die gerichtliche Überprüfung aller einschlägigen Maßnahmen in ein und demselben Rechtsweg konzentriert wird. Es wäre nicht sinnvoll, wenn staatliche Maßnahmen in diesem Bereich nur deshalb einmal dem ordentlichen, einmal dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg zugeordnet wären, weil sie einmal mit herkömmlichen Ordnungsmitteln der Eingriffsverwaltung, ein andermal mit Gewährungen verbunden sind.

Staatliche Lenkung von Produktion und Verteilung ist zwar prinzipiell auf das *Einzelinteresse* gerichtet, das auch nicht dadurch, daß es viele oder alle Rechtsgenossen teilen, zum Interesse der *Allgemeinheit* wird⁹. Das kann jedoch der Zuordnung dieser staatlichen Betätigung zum Bereich des öffentlichen Rechts nicht entgegengehalten werden. Denn die Unterscheidung zwischen dem Interesse der *Allgemeinheit* und demjenigen des Einzelnen ist als Kriterium der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht ungeeignet, schon weil die Interessen der

⁸ Die „Flucht ins Privatrecht“ ist der staatlichen Intervention verlegt; vgl. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 47.

⁹ Eine Anekdote berichtet, daß auf dem Schreibtisch eines Staatssekretärs des Bundeswirtschaftsministeriums, der dieses Amt während eines langen und wichtigen Zeitraums bekleidet hat, stets das Bild einer jungen Dame stand, und daß der Staatssekretär auf die Frage, wer die Dame sei, zu entgegnen pflegte, das sei „Lieschen Müller“, die er bei allen seinen Erwägungen im Sinne habe.

Einzelnen und der Allgemeinheit oft so untrennbar miteinander vermischt sind, daß sich nicht einmal feststellen läßt, welches Interesse im Vordergrund steht oder als primäres Interesse bezeichnet werden kann. Im Bereich von Produktion und Verteilung wiederholt sich diese Verquickung insofern, als Einzelwirtschaft und Volkswirtschaft in enger wechselseitiger Abhängigkeit voneinander stehen.

Nicht die technische, äußerliche Eigenart eines Teils der Maßnahmen fiskalischer Verwaltung, sondern ihr Ziel, ihr Umfang und ihre Bedeutung haben sich geändert. Nach dieser Änderung verläuft die Grenze zwischen staatlichen Maßnahmen, welche die staatliche Ordnung selbst bewirken und ausmachen und Maßnahmen, welche der staatlichen Aufgabenerfüllung nur mittelbar dienen, durch die Gruppe derjenigen Maßnahmen hindurch, welche die herkömmlichen Kriterien fiskalischer Be-tätigung erfüllen; einer auch danach noch privatrechtlich zu beurteilenden Gruppe fiskalischer Maßnahmen auf der einen Seite stehen auf der anderen Seite die herkömmlich öffentlichrechtlich eingeordneten und die übrigen, bisher als „fiskalisch“ angesehenen Maßnahmen gegenüber. Rechtstheoretisch kann diese Umwälzung entweder durch *Aufgabe oder durch Umdeutung des Begriffs der fiskalischen Verwaltung* für die Zukunft bewältigt werden. Aus praktischen Gründen kann es sich empfehlen, die Umdeutung der Neubildung von Begriffen vorzuziehen. Eine Grenze der Umdeutung liegt im Sprachgebrauch und in der Verantwortung gegenüber der Sprache. Die Lehre hat wohl überwiegend den Begriff der Hoheitsverwaltung auf einen Teil der fiskalischen Verwaltung ausgedehnt, diese als „schlichte Hoheitsverwaltung“ und den herkömmlichen Teil der Hoheitsverwaltung als „obrigkeitliche“ Verwaltung bezeichnet. Dagegen ist einzuwenden, daß die Gewährung als wichtiger Teil lenkender Verwaltung von Produktion und Verteilung eben nicht Hoheitsverwaltung im eigentlichen Wortsinn ist, und daß diese Terminologie den Irrtum fördert, mit der für die hoheitliche Verwaltung im hergebrachten Sinne geltenden (rechtsstaatlichen) Ordnung könne auch die Problematik gestaltender Verwaltung von Produktion und Verteilung bewältigt werden. Dennoch erscheint die Terminologie noch vertretbar und ihr wird deshalb im Interesse möglichst weitgehend gleicher Sprachinhalte gefolgt, solange nicht bessere Alternativen Anerkennung gefunden haben. Dann ergibt sich, daß Maßnahmen und Ordnungen, die der staatlichen Lenkung von Produktion und Verteilung dienen, nicht mehr als fiskalische, sondern als hoheitliche, und zwar zumindest schlichthoheitliche Verwaltung anzusehen ist. Nur wo die Verwaltung sächlicher Güter lediglich ein Hilfsmittel (und nicht ein Ordnungsmittel) der — sei es obrigkeitlichen, sei es schlichten — Verwaltung ist, oder wo sich der Staat (was weder rechtsstaatliche noch produktions- oder verteilungsstaatliche Prinzipien verbieten) wie ein privates Wirtschafts-

subjekt und ohne Einsatz von Mitteln heteronomer Ordnung am autonomen Wirtschaftsverkehr beteiligt, gilt sie auch künftig als fiskalische Verwaltung, die ausschließlich privatrechtlichen Normen unterliegt und im übrigen rechtlich nicht gebunden ist.

Vom Gesichtspunkt dieser Erwägungen aus stellt sich insbesondere die Gewährung von Lebensgütern durch den Staat, sei es im Rahmen der Daseinsvorsorge, der sozialstaatlichen Entfaltung oder in den über Exzessionalität und Subsidiarität hinaus entwickelten Bereichen heteronomer Produktion oder Verteilung, ohne weiteres als ein Ordnungsmittel von gleichem rechtlichen Rang wie Befehl und Verbot dar, durch das eine der wichtigsten, wenn auch jüngsten Hauptaufgaben des modernen Staates erfüllt wird. Deshalb ist eine der Produktion oder Verteilung oder ihrer Lenkung dienende staatliche Gewährung niemals ein rechtsfreier „Fiskalakt“, sondern unter allen Umständen eine Maßnahme, welche den Normen des öffentlichen Rechts unterliegt¹⁰. Ist sie Einzelakt und ist Empfänger der Gewährung ein bestimmtes Rechtssubjekt, so ist die Gewährung *Verwaltungsakt*¹¹. Eine besonders wichtige Form der Gewährung ist bereits im rechtsstaatlichen Verwaltungsrecht zu einem differenzierten Rechtsinstitut entwickelt worden: die Gewährung von Verwaltungsleistungen im Rahmen der *nutzbaren Anstalt*. Die besonderen Schwierigkeiten, die Fragen des Anstaltsrechts dabei immer wieder aufgeworfen haben, beruhen darauf, daß die anstaltliche Nutzgewährung mit Befehl, Verbot und Zwang als den typischen Ordnungsmitteln des liberalen Rechtsstaates systematisch nicht unter einen Hut gebracht werden kann. Mit dieser Zuordnung des Rechts der nutzbaren Anstalt zum Ordnungsbereich staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung lösen sich seine Probleme nach Maßgabe der für Gewährungen allgemein geltenden Erwägungen angemessen und widerspruchsfrei.

Zu den Ordnungsmitteln heteronomer Produktion und Verteilung gehören selbstverständlich auch *Gesetz*, *Rechtsverordnung* und *Satzung*¹². Während das Gesetz jedoch im Rahmen der Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung, insbesondere der Ordnung autonomer Produktion und Verteilung, insofern von zentraler Bedeutung ist, als die Ordnungsmittel des Befehls, Verbots und Zwanges kraft rechtsstaatlicher Grundentscheidung stets der gesetzlichen Grundlage bedürfen, gilt dieser *all-*

¹⁰ Das schließt nicht aus, daß die Gewährung mit privatrechtlichen Vollzugsakten verbunden ist.

¹¹ Vgl. BVerwGE 1, S. 306.

¹² Gesetze zur Ordnung staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung beinhalten oft selbst Lenkungsmaßnahmen. Solche Gesetze sind deshalb häufig Erscheinungsform des modernen Phänomens einer Verwaltung durch Gesetz. Welche verfassungsrechtlichen Grenzen einer solchen Betätigung gesetzt sind (vgl. dazu Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 151 f. sowie Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG), kann hier nicht erörtert werden.

gemeine Vorbehalt des Gesetzes für den Bereich heteronomer Ordnung von Produktion und Verteilung nur insoweit, als sich diese Ordnung solcher Ordnungsmittel bedient, die Freiheit und Eigentum des Einzelnen beschränken¹³. Insbesondere findet der allgemeine Gesetzesvorbehalt grundsätzlich auf die Gewährung staatlicher Leistungen keine Anwendung¹⁴. Die prinzipielle Rechtsgebundenheit staatlicher Produktion und Verteilung und staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung hat also nicht eine entsprechende Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts zur Folge. Die verbreitete Ansicht, Rechtsstaatlichkeit bedeute lückenlose Erfassung staatlicher Entfaltung durch den Gesetzesvorbehalt, unterstützt zwar von ihrer Motivation her die hier vertretene These der Notwendigkeit rechtlicher Durchdringung des staatlichen Einflusses auf Produktion und Verteilung, beruht aber auf einem Mißverständnis des Rechtsstaatsbegriffs. Das gilt auch für die weniger weit gehende Lehre, die den allgemeinen Gesetzesvorbehalt auf alle nicht rein fiskalischen Betätigungen der Verwaltung erstrecken möchte¹⁵. Unabhängig von der Frage, ob einem so erweiterten Gesetzesvorbehalt auch durch Gesetze im nur formellen Sinne, zum Beispiel durch den Haushaltplan, oder durch andere Formen von Parlamentsbeschlüssen genügt wäre¹⁶, kann dieser Lehre nicht gefolgt werden, weil sie weder auf eine positiv-rechtliche Norm gestützt noch aus der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für den Rechtsstaat abgeleitet werden kann¹⁷. Auch ein Gesetzesvorbehalt für alle Maßnahmen der Wirtschaftslenkung¹⁸ oder für Korrekturen der

¹³ Vom allgemeinen Gesetzesvorbehalt ist der spezielle Gesetzesvorbehalt zu unterscheiden, der im Rahmen der Gewaltenteilung für bestimmte Regelungsbereiche durch Gesetz angeordnet werden kann.

¹⁴ Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 268, der allgemein von „Vorteilsgewährung“ spricht, und Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 23.

¹⁵ Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, passim, Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 205; Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL, Heft 19, S. 165, 177.

¹⁶ So Jesch, a.a.O., S. 172, 227; dazu kritisch Köttgen, Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, S. 18, 35 f., 76; vgl. auch Götz, Subventionen, S. 298 ff., 302. Die Auffassung von Jesch ist mit dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff und dem geltenden Verfassungsrecht des Gesetzes meines Erachtens nicht vereinbar.

¹⁷ Verfassungsrechtliche Grundlage des Gesetzesvorbehalts ist Art. 2 Abs. 1 GG; für die Anwendungsbereiche der Art. 12 und 14 GG ist der Vorbehalt jedoch diesen Artikeln als den speziellen Normen zu entnehmen. Nach Art. 2 Abs. 1 GG kann die Freiheit des Einzelnen nur durch die verfassungsmäßige Ordnung eingeschränkt werden. Danach beschränkt sich der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung und damit derjenige des Gesetzes auf den Schutz der Freiheit. So verhält es sich auch mit dem Rechtsstaatsprinzip: es bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als daß in Freiheit und Eigentum nur ausnahmsweise und nur unter Einhaltung bestimmter Verfahren und Formen eingegriffen werden darf; auf freiheitsrechtlich irrelevante Maßnahmen hat das Rechtsstaatsprinzip keine Wirkung.

¹⁸ Ernst Rudolf Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV, 1956, S. 204.

Wettbewerbsbedingungen¹⁹ oder für sozialstaatliche Entfaltung²⁰ entbehrt der rechtlichen Grundlage²¹. Demgemäß unterliegt insbesondere die Gewährung als Ordnungsmittel des Produktion und Verteilung gestaltend verwaltenden Staates dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes nur insoweit, als mit ihr eine Festlegung der Grenzen der Freiheit ihres Empfängers oder eines Dritten verbunden ist, sei es daß Freiheitsbeschränkungen auch nur mittelbar bewirkt werden²². Eine mittelbare Freiheitsbeschränkung im Sinne des allgemeinen Gesetzesvorbehalts kann allerdings nicht schon darin gesehen werden, daß durch die Gewährung der Vergünstigung unter der Bedingung eines Tuns, Duldens oder Unterlassens ein Anreiz zur Annahme der Bedingung gesetzt wird. Beruht der Freiheitsverzicht auf freier Willensbetätigung, so würde ein auf Schutz vor einer solchen Freiheitsbeschränkung gerichteter Gesetzesvorbehalt letzten Endes vor der eigenen Willensbetätigung schützen. Das ist jedoch nicht Gegenstand rechtsstaatlichen Schutzes. Anders liegt es, wenn die Annahme der Vergünstigung Voraussetzung der Ausübung einer Freiheit ist. Hier unterliegt die mit der Vergünstigung verbundene Bedingung dem Gesetzesvorbehalt. Wird zum Beispiel eine Wirtschaftssubvention unter Auflagen in einer Weise gewährt, daß eine bestimmte Art und Weise der Erwerbsbetätigung nur unter Annahme der Subvention möglich ist, so sind die Auflagen wie Regelungen der Berufsausübung sowohl desjenigen, der die Subvention annehmen, als auch desjenigen, der auf sie verzichten möchte, zu beurteilen und nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zulässig²³.

Soweit nach alledem ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt für die heteronome Ordnung von Produktion und Verteilung nicht gilt, gewinnt die *Verwaltungsvorschrift* (im einschlägigen Zusammenhang meist als „Richtlinie“ bezeichnet) besondere Bedeutung als Grundlage der Einzel-

¹⁹ Köttgen, Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, S. 67; a. A. Friauf, Verfassungsrechtliche Problematik, S. 736.

²⁰ Götz, Subventionen, S. 283.

²¹ Ob das ein Unglück ist — wie Zacher meint (vgl. VVDStRL, Heft 25, S. 310 ff. und S. 362: „Rechtsträgheit“) — hängt davon ab, ob vom Gesetzgeber prinzipiell gerechtere oder wichtigere Regelungen staatlicher Gewährung zu erwarten sind als von der Exekutive. Das ist keineswegs ausgemacht. Jedenfalls liegen dem Mangel rechtlicher Durchdringung der Leistungsverwaltung sehr viel mehr und tiefere Probleme zugrunde, als durch ein „Ringen um den Gesetzesvorbehalt für eben diese leistende Verwaltung“ bewältigt werden könnten. Eine Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts könnte dieser Bewältigung vielmehr unter Umständen entgegenwirken.

²² Götz, Subventionen, S. 290, bezeichnet die „Interdependenz von Leistung und Eingriff“ als ausreichenden Anlaß, die Anwendung des Gesetzesvorbehalts zu fordern; vgl. auch Imboden, Gesetz, S. 42, und BVerwGE 6, S. 282. Diese Formel ist nicht genügend präzise. Es kommt darauf an, ob der Empfänger zur Annahme der mit der Beschränkung verbundenen Leistung genötigt ist, sei es zum Beispiel um eine Freiheit ausüben zu können.

²³ Vgl. unten Abschnitt II 9 b.

maßnahmen der Produktion und Verteilung gestaltenden Verwaltung, insbesondere der Gewährung. Andererseits liegt durchaus nahe, daß die gesetzliche Ausformung bestimmter Verteilungsgesetzordnungen mit ihrer Konsolidierung und Perpetuierung auch jenseits des Gesetzesvorbehalts zunehmend Platz greifen wird.

Während für staatliche gestaltende Verwaltung von Produktion und Verteilung der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes nur insoweit gilt, als sie sich Freiheit und Eigentum berührender Ordnungsmittel bedient, kann die mit ihr verbundene Abweichung von der autonomen Produktions- und Verteilungsordnung nur bei *Planmäßigkeit* im Sinne einer vorgängigen Festlegung von Zwecken und Mitteln gerechtfertigt werden²⁴. Ist staatliche Einflußnahme auf Produktion und Verteilung legitimiert und geboten, um Mängel autonomer Produktion und Verteilung zu vermeiden oder auszugleichen, so müssen die einschlägigen Maßnahmen und Ordnungen miteinander und mit dem angestrebten Zweck in einem logischen, kausalen und finalen Zusammenhang stehen. Dabei wird man sich nur ausnahmsweise vorstellen können, daß eine Maßnahme mit Bezug auf einzelne Wirtschafts- bzw. Verteilungssubjekte gerechtfertigt ist, vielmehr wird die Zwecklegitimation einer jeden Ordnung und Maßnahme im allgemeinen für einen größeren Produktions- und Verteilungsbereich und oft für einen abstrakt bestimmbaren Kreis von Rechtssubjekten zutreffen. Der Plan als Grundlage und Voraussetzung staatlicher Lenkung²⁵ von Produktion und Verteilung ist auch im Interesse einer klaren Abgrenzung und Koordination der Bereiche autonomer und heteronomer Produktions- und Verteilungsordnung erforderlich, ohne welche weder die eine noch die andere zu gerechten oder auch nur zweckmäßigen Ergebnissen führen kann²⁶. Den inhaltlichen Anforderungen des Gesetzesvorbehalts entsprechend wird man an den Produktions- und Verteilungsplan gewisse Mindestanforderungen der Bestimmtheit und Vollständigkeit der Umschreibung von Zweck und Mitteln (nach Subjekt, Objekt, Inhalt, Raum und Zeit) und ihres Zusammenhangs zu stellen haben²⁷.

²⁴ Zur Zweckrationalität staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung als Bedingung ihrer Rechtmäßigkeit vgl. unten Abschnitt II 5.

²⁵ Man sollte stets sehr sorgfältig zwischen Planung und Lenkung unterscheiden. Staatliche Planung ohne Lenkung ist durchaus denkbar und rechtlich problemlos. Im Zentrum rechtlicher Problematik steht die Lenkung, und Planung ist ein Mittel, Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit des Ergebnisses der Lenkung zu gewährleisten.

²⁶ Die Voraussetzung der Planmäßigkeit bei der „Steuerung des ökonomischen Prozesses durch hoheitliches Handeln“ betont bereits *Ehlermann*, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, S. 66.

²⁷ Besondere Wichtigkeit hat die Abgrenzung des Planbereichs, vgl. *Kaiser*, Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung, S. 28 f., *Ipsen*, VVDSRL, Heft 25, S. 295, spricht plastisch (mit Bezug auf Subventionen) von der „notwendigen Programmdichte“.

Dem rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes entspricht im Bereich heteronomer staatlicher Ordnung von Produktion und Verteilung nach alledem ein *Vorbehalt des Plans*²⁸. Dieser Vorbehalt hat einen formellen und einen materiellen Inhalt. In formeller Hinsicht beinhaltet er die Forderung nach Bestimmtheit und nach Festlegung und Fixierung nach der Art der Rechtsvorschriften (vgl. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) sowie nach Publizität (siehe unten zu II 3), in materieller Hinsicht diejenige nach Zweckrationalität, Systemgerechtigkeit und Folgerichtigkeit des Plans. Diesem Vorbehalt sind die Mittel heteronomer staatlicher Ordnung von Produktion und Verteilung zusätzlich auch insofern unterworfen, als sie aus rechtsstaatlichen Gründen dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen. Im übrigen liegt nahe, daß die Form der abstrakten Vorschrift, sei es der Rechts- oder Verwaltungsvorschrift, häufig für die Aufnahme des Planes geeignet sein wird. So wird durch § 10 des Bundesbaugesetzes vom 23. Juni 1960²⁹ dem Bebauungsplan die Form der Satzung zugewiesen. Auch das Gesetz zur Sicherung des Steinkohleneinsatzes in der Elektrizitätswirtschaft vom 5. September 1966³⁰ hat den Charakter eines Plans für gestaltende Einflußnahme auf die Stromerzeugung.

3. Publizität staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung

Geht man davon aus, daß alle Maßnahmen staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung, auch soweit es sich nicht um Anordnungen in Rechtsvorschriften handelt, Ordnungsmittel darstellen, denen für das Zusammenleben im Staat dieselbe Wichtigkeit und eine ebenso bedeutende Wirkung zukommt wie den herkömmlichen, für die Ordnung autonomer Produktion und Verteilung entworfenen Anordnungen, so müssen auch die *Publizitätsanforderungen*, die für Eingriffe in Freiheit und Eigentum gelten, grundsätzlich für alle Ordnungsmittel staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung gelten³¹. Publizität ist ein Wesensmerkmal und eine logische Bedingung jeder normativen Ordnung, bei deren Verwirklichung menschliches Verhalten eine instrumentale Bedeutung hat. Staatliche Maßnahmen zur Lenkung von Produktion und Verteilung werden in besonderem Maße durch ihren Zweck bestimmt und legitimiert. Daraus wurde oben³² der „Vorbehalt des Plans“ abgeleitet. Daraus ergibt sich weiter, daß Publizität, die Wesensmerkmal und nicht nur formelle Geltungsbedingung des Gesetzes ist, auch ein wesentliches

²⁸ „Freiheit und Rationalität entspringen ein und derselben Wurzel, fordern und bedingen einander“, *Kaiser*, Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung, S. 34.

²⁹ BGBI. I S. 341, geänd.

³⁰ BGBI. I S. 545.

³¹ Vgl. *Zacher*, VVDStRL, Heft 25. S. 354 bis 362.

³² Abschn. II 2.

Element des Produktions- und Verteilungsplans darstellt. Denn nur wenn Zweck und Mittel der Planung allen Betroffenen bekannt ist oder sie sich zumindest Kenntnis davon verschaffen können, kann das Planziel und die Planordnung durch entsprechendes Verhalten der Betroffenen erreicht werden, insbesondere zum Beispiel eine vorgesehene Gewährung von ihrem Destinatar in Anspruch genommen werden³³. Eine zusätzliche Begründung ergibt sich für das Publizitätsprinzip aus der in der Staatsordnung der Bundesrepublik Deutschland verwirklichten Koordination von Maßnahmen staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung mit einer Ordnung autonomer Produktion und Verteilung. Kenntnis des Publikums von den vorgegebenen Bedingungen und Gesetzmäßigkeiten des autonomen Produktions- und Verteilungsablaufs ist Voraussetzung eines zweckmäßigen und gerechten Ergebnisses. Zu diesen Gegebenheiten gehören nicht nur Naturtatsachen sowie technische und ökonomische Regeln, sondern auch die staatlichen Ordnungen. Staatliche Lenkungsmaßnahmen sind als Begrenzungen autonomer Ordnung zugleich Bedingungen des Funktionierens dessen, was von dieser Ordnung nach der Begrenzung übrigbleibt. Deshalb ergibt sich auch aus dem Erfordernis der Unterrichtung der nicht unmittelbar betroffenen Wirtschaftssubjekte die Notwendigkeit der Publizität staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung³⁴.

Man kann das Publizitätsprinzip auch auf einen Grundsatz der *Verteilungsklarheit* zurückführen, dessen Einhaltung nicht nur das allgemeine Gerechtigkeitsbedürfnis befriedigt, sondern auch Voraussetzung demokratischer Kontrolle und Fortentwicklung der Produktions- und Verteilungsordnung ist³⁵. Schließlich ist die Kenntnis der Maßnahmen heteronomer Ordnung von Produktion und Verteilung einschließlich ihres Zwecks Voraussetzung der Rechtsschutzsuche im Bereich heteronomer Produktion und Verteilung, da von Inhalt und Zweck der Maßnahme die Rechtsstellung des Einzelnen — wie noch zu zeigen sein wird — wesentlich bestimmt wird.

³³ Vgl. zu diesem Publizitätsbedürfnis *Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL, Heft 25, S. 29, und *Redeker*, Staatliche Planung im Rechtsstaat, JZ, 1968, S. 538 f.

³⁴ Aus der unterschiedlichen Rechtsnatur rechtsstaatlicher und lenkender Ordnungsmittel kann sich ergeben, daß die Publizitätsanforderungen für die einen weniger weit gehen oder einen anderen Inhalt haben als für die anderen.

³⁵ Die Publizitätsanforderung wird durch politische Erwägungen verstärkt. Was *Zolotas*, Monetary Equilibrium and Economic Development, S. 16 f. insofern über die Notwendigkeit der Publizität der Wirtschaftspolitik in Entwicklungsländern besonders klar und überzeugend herausgearbeitet hat, gilt ganz allgemein auch für die Produktions- und Verteilungsordnung entwickelter Länder. Zu den Momenten, die demgegenüber einer „verschleierten Staatsgunst Vorschub leisten“, vgl. *Zacher*, VVDStRL, Heft 25, S. 308 ff.

Gehen die inhaltlichen Anforderungen an die Publizität von Maßnahmen zur staatlichen Gestaltung von Produktion und Verteilung weiter als diejenigen an Eingriffe in Freiheit und Eigentum, so gehen die formellen Anforderungen weniger weit. Soweit die ersteren nicht dem Gesetzesvorbehalt unterliegen, gelten keine allgemeinen Vorschriften über die Verkündung in amtlichen Publikationsorganen. Mangels besonderer Vorschrift (die allerdings sehr wünschenswert wäre) genügt deshalb jede Form der Veröffentlichung, die jedem rechtlich Interessierten die Möglichkeit jederzeitiger Information gibt. Dieser Publizitätsgrundsatz hat bereits in zahlreichen Ordnungen staatlicher und staatlich gelenkter Produktion und Verteilung in Gesetzgebung und Verwaltungspraxis Ausprägung erfahren³⁶. Es bedeutet demgegenüber einen bedauerlichen und rechtlich nicht haltbaren Rückschritt, wenn der Bundesgerichtshof im Urteil vom 22. Februar 1968 die Veröffentlichung der Begründung nicht als Voraussetzung der Gültigkeit des Bebauungsplans angesehen hat³⁷; dieses Urteil ist ein Beispiel dafür, wie leicht die Anwendung hergebrachter rechtsstaatlicher Prinzipien auf Ordnungen heteronome Produktion und Verteilung unter Vernachlässigung der Besonderheit dieses Rechtsbereichs zu unzutreffenden Ergebnissen führen kann.

Die Publizität staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung dient nicht nur der rationellen Zweckverfolgung und der Unterrichtung der beteiligten Lenkungsträger über ihre Aufgaben und über die gegen die Planung zu erwartenden Einwendungen, sondern auch dem Schutz der Interessen der Betroffenen, insbesondere der betroffenen Unternehmen und Einzelpersonen, die durch die Publikation erst zur *Wahrnehmung ihrer Rechte* in den Stand gesetzt werden. Das gilt vor allem für die Publikation des Zwecks einer Lenkungsmaßnahme, der — wie unten in Abschnitt II 5 näher ausgeführt wird — Maßstab ihrer Übereinstimmung mit den Geboten der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit ist³⁸. Das Publizitätserfordernis erstreckt sich deshalb nicht nur auf die staatlichen Lenkungsmaßnahmen zugrunde liegenden Bestimmungen und Planungen, insbesondere Verwaltungsvorschriften

³⁶ Einschlägig ist z. B. die Bebauungsplanung insoweit, als in ihrem Rahmen Umverteilung von Grund und Boden stattfindet. Konsequent ordnen §§ 12, 9 Abs. 6 BBauG die Veröffentlichung des Bebauungsplans mit Begründung an. Vgl. auch § 18 Abs. 2 Satz 1 des Bundesfernstraßengesetzes und § 59 Abs. 1 Satz 1 des Flurbereinigungsgesetzes sowie § 59 Abs. 3 Satz 1 des Musterentwurfs eines Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes. Ähnliche Vorschriften finden sich im Planungsrecht Preußens und des Reichs, vgl. Blümel, Die Bauplanfeststellung I. Auf die Bedeutung der Publizitätsvorschriften des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums in der Wirtschaft weist Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, S. 30 f., hin.

³⁷ Vgl. BB, 1968, S. 254 f., mit meiner Anmerkung.

³⁸ Vgl. Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, S. 30.

(Richtlinien), sondern auch auf den im Einzelfall ergehenden Lenkungsakt. Dem Publizitätserfordernis wird hier meistens die Anwendung der für Verwaltungsakte ganz allgemein entwickelten Grundsätze genügen: Die Einzelakte müssen ausdrücklich ergehen und bedürfen der Mitteilung samt Begründung an den Adressaten und an denjenigen, der ein rechtliches Interesse an der Mitteilung hat. Da die Publizität des Einzelakts Voraussetzung für die Geltendmachung von Rechten in bezug auf Lenkungsmaßnahmen ist, gebietet sie sich auch auf Grund der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

Publizität staatlicher Maßnahmen zur Lenkung von Produktion und Verteilung ist nicht lediglich eine Forderung *de lege ferenda*³⁹, sondern *geltendes Recht*. Die Voraussetzung der Publizität als Rechtsnorm ist eine Ausprägung desselben Rechtssatzes des allgemeinen Verwaltungsrechts, nach dem die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts und seine Begründung unerlässliche Voraussetzungen seiner Wirksamkeit sind⁴⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat es als rechtsstaatlichen Grundsatz bezeichnet, „daß der Staatsbürger, in dessen Rechte eingegriffen wird, einen Anspruch darauf hat, die Gründe dafür zu erfahren; denn nur dann kann er seine Rechte sachgemäß verteidigen“⁴¹. Der Anspruch auf Mitteilung von Gründen setzt den Anspruch auf Bekanntgabe der Maßnahme logisch voraus, und man wird den auf Eingriffe zugeschnittenen Satz auch für Vergünstigungen gelten lassen müssen. Ferner muß, was demnach für Einzelakte gilt, erst recht auf generelle Maßnahmen Anwendung finden, welche die Rechtslage Einzelner, sei es auch „nur“ begünstigend, gestalten. Das Erfordernis der Publizität für generelle Maßnahmen geht im rechtstaatlichen Verwaltungsrecht im allgemeinen Gesetzesvorbehalt auf. Entsteht mit der Ausdehnung der Staatstätigkeit auf eingriffsfreie Funktionen Raum für nach außen gerichtete, generelle Maßnahmen außerhalb dieses Vorbehalts, so tritt die umfassende Geltung des Publizitätsprinzips wieder hervor.

4. Plansicherheit

Ist der staatliche Lenkung von Produktion oder Verteilung zugrunde liegende *Plan* im Sinne der vorangehenden Abschnitte auch dort, wo er nicht den Inhalt eines Gesetzes, einer Rechtsverordnung oder Satzung bildet, *Bestandteil der Rechtsordnung*, so unterliegt auch er den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Prinzips der Rechtssicherheit⁴².

³⁹ Als solche scheint sie von Zacher, VVDStRL, Heft 25, S. 358 ff., gesehen zu werden.

⁴⁰ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 231, 230.

⁴¹ BVerfGE 6 S. 44.

⁴² Zur Rechtsnatur des Prinzips der Rechtssicherheit als unmittelbar anwendbare Verfassungsnorm vgl. die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere BVerfGE 2 S. 403, 405; 14 S. 297 bis 299; 18 S. 143 f.

Rechtssicherheit in ihrer Anwendung auf den Plan im Sinne des Rechts heteronomer Ordnung von Produktion und Verteilung kann man Plansicherheit nennen. Wie sie die Gewähr des Vollzugs und eines gewissen Bestandes des Gesetzes fordert, so fordert sie auch *Vollzug und Bestand* des Plans, weil optimale Ergebnisse staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung aus zwingenden technischen, wirtschaftlichen, soziologischen und psychologischen Gründen ohne Plansicherheit überhaupt nicht möglich sind. Es ist deshalb weniger als die halbe Wahrheit, wenn gesagt wird, die Dynamik des Plans verlange Flexibilität⁴³. Wichtiger ist, daß die Lebensbedürfnisse der verplanten Bereiche Stabilität des Plans verlangen. Deshalb muß man zwischen Planbestand als Regel und Planänderung als Ausnahme unterscheiden⁴⁴.

Rechtstechnisch beruht die Gewähr der Plansicherheit, soweit sie den Planbestand betrifft, zunächst auf dem formellrechtlichen Grundsatz, daß Anordnungen nur in *Formen* zumindest *gleichen Rangs* mit denjenigen geändert werden können, in denen sie selbst zustande gekommen sind oder deren sie zu ihrem Zustandekommen bedürfen. Derartige formelle Anforderungen können in Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften oder übergeordneten Plänen enthalten sein. Mindestens aber gelten die in den vorstehenden Abschnitten II 2 und 3 dargelegten Anforderungen der Bestimmtheit und der Publizität. Daneben beruht die Gewähr der Plansicherheit auf einer Reihe allgemeiner, unabhängig von Ordnungen heteronomer Produktion und Verteilung entwickelter, aber auch auf sie anwendbarer materieller Rechtsgrundsätze öffentlichen Rechts, nämlich des Gleichbehandlungsgebots und des Vertrauensschutzes, mit dem die Bindung des Staates an vorangegangenes Verhalten eng zusammenhängt. Das *Gleichbehandlungsgebot* erfaßt nicht nur gleichzeitige, sondern auch zeitlich aufeinanderfolgende Tatbestände; Zeitablauf für sich allein ist keine Rechtfertigung für Differenzierungen. Da die rechtlich relevante Gleichheit staatlicher Planung, wie unten (in Abschnitt II 5) näher dargetan wird, weitgehend durch den Planungszweck bestimmt wird, erfaßt die Voraussetzung zweckrationaler Lenkungsmaßnahmen die Planänderung um so stärker, weil der zu ändernde Plan einen besonders konkreten Vergleichsmaßstab für die Legitimität der Planänderung unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes bietet: die Änderung ist unter diesem Gesichtspunkt nur gerechtfertigt, wenn der geänderte Zweck oder die Zweckmäßigkeit der geänderten Mittel vernünftigerweise als dem geänderten Zweck oder den geänderten Mitteln überlegen angesehen werden können. Das Prinzip des *Vertrauensschutzes* findet in mannigfaltigen Auffächerungen

⁴³ *Redeker*, Staatliche Planung im Rechtsstaat, JZ, 1968, S. 541.

⁴⁴ Umgekehrt, mindestens mit Bezug auf den Wirtschaftsplan, von *Simson*, Planänderung als Rechtsproblem, in: *Kaiser*, Hrsg., Planung I, S. 419 f.

Anerkennung und breite Anwendung. Der allgemein-verwaltungsrechtliche Satz der Verbindlichkeit von Zusagen der Verwaltung⁴⁵, die Anerkennung von Grenzen der Widerruflichkeit begünstigender Verwaltungsakte, des Bestandsschutzes (insbesondere des Eigentumsschutzes) subjektiver Rechte und die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelte Bindung auch des Gesetzgebers zu konsequentem Verhalten beruhen im Grunde auf diesem Prinzip. Erfüllt nun ein Plan im hier gemeinten Rechtssinne die oben umrissenen Anforderungen der Bestimmtheit und Publizität, und dienen seine Anordnungen zumindest auch dem Interesse der betroffenen Einzelnen, so ist davon auszugehen, daß diese Anordnungen die Voraussetzungen erfüllen, unter denen Zusagen verbindlich sind und damit subjektive öffentliche Rechte begründen, und unter denen eine Änderung dieser Anordnungen eine Vermutung der Inkonsistenz gegen sich hat. Das gilt auch dann, wenn der Kreis der Begünstigten abstrakt umschrieben ist, denn der Plan erhebt in seiner Abstraktheit auch Anspruch auf dieselbe Verbindlichkeit wie jene Einzelregelungen, mit denen verbindliche Zusagen der Verwaltung verbunden zu werden pflegen⁴⁶.

Der Grundsatz der Plansicherheit ist in dem in der Rechtslehre entwickelten *Plangewährleistungsgedanken* enthalten. Plangewährleistung kann nämlich zweierlei bedeuten: erstens Aufrechterhaltung und konsequente und vollständige Durchführung des Plans und zweitens die Gewährung von Entschädigung wegen nachteiliger Wirkungen des Plans oder wegen Abweichungen vom Plan. Es dürfte sich deshalb empfehlen, zwischen einem Anspruch auf Plandurchführung und einem Anspruch auf Ausgleich von Lenkungsnachteilen zu unterscheiden. Der Plangewährleistungsanspruch im Sinne eines Rechts auf Entschädigung wegen Planänderungen ist die logische Folgerung aus dem Plandurchführungsanspruch, doch ist der Entschädigungsanspruch auch ohne Anerkennung eines Plandurchführungsanspruchs vertretbar⁴⁷. Für einen Anspruch auf Aufrechterhaltung und Durchführung des Plans haben sich im Prinzip *Ipsen*⁴⁸ und *Krüger*⁴⁹ ausgesprochen⁵⁰. *Krüger* bejaht Bindung des Staates

⁴⁵ Vgl. *Zeidler*, Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über Auskünfte und Zusagen in der öffentlichen Verwaltung beizubehalten?, insbes. S. 64.

⁴⁶ Eigentumsschutz genießen Planpositionen, welche die Voraussetzungen der Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte erfüllen, ebenso wie diese Rechte insoweit, als der Berechtigte zu ihrem Erwerb oder zu ihrer Ausübung Kapital und/oder Arbeit aufgewendet hat, und soweit dieser Aufwand nur in Verbindung mit dem subjektiven öffentlichen Recht seinen Wert behält. Vgl. dazu unten Abschnitt II 10 b.

⁴⁷ Vgl. dazu unten Abschnitt II 10.

⁴⁸ Diskussionsbeitrag in VVDStRL, Heft 11, S. 129; vgl. auch *Ipsen*, Fragestellungen zu einem Recht der Wirtschaftsplanung, S. 35 ff.; und *derselbe*,

an die von ihm gesetzten Plandaten jedenfalls dann, wenn „man sich in dem durch die Daten erwünschten Sinne tatsächlich verhalten hat, also z. B. ermuntert durch steuerliche Vergünstigungen eine Investition in einem Entwicklungsland getätigt hat“. Für einen solchen Fall hat *Krüger* Bedenken gegen die Aufhebung der Steuervergünstigung vor Abschluß der Transaktion⁵¹, ⁵².

In materieller Hinsicht bedeutet Gewährleistung des Planbestandes nicht absolute Bestandsgewähr eines Plans. Pläne können vielmehr zum Wohle der Allgemeinheit geändert werden. Hier hat der in Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG enthaltene Rechtsgedanke analoge Geltung: Voraussetzung der Planänderung ist, daß das mit der Änderung angestrebte Allgemeinwohl dem dadurch zurückgesetzten Individualinteresse und dem durch die geänderte Planung verfolgten Allgemeinwohl überlegen ist. Aus diesen Gründen kann zum Beispiel ein fiskalisches Interesse für sich allein niemals eine Planänderung rechtfertigen, durch welche individuelle, rechtlich geschützte Positionen erheblich beeinträchtigt werden, wie auch ein solches fiskalisches Interesse für sich allein niemals eine Enteignung rechtfertigt⁵³.

Der Plandurchführungs-Anspruch richtet sich als Emanation des Verfassungsrechtsgebots der Rechtssicherheit gegen alle Erscheinungsformen staatlicher Gewalt, also insbesondere auch gegen den Gesetzgeber⁵⁴.

5. Gleichbehandlung

Das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot unterscheidet sich von den meisten der Verwirklichung liberaler Ordnung dienenden mate-

Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, S. 63 ff.; sowie *derselbe*, Planung in Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S. 231 ff.

⁴⁹ VVDStRL, Heft 11, S. 140, und in dem Aufsatz: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 382.

⁵⁰ Dagegen *Ehlermann*, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, S. 68 ff.

⁵¹ Allgemeine Staatslehre, S. 602, 616 ff.

⁵² Die gerichtliche Nichtigerklärung eines gesetzwidrigen Plans hat mit einem Plangewährleistungsanspruch entgegen der Ansicht von *Redeker*, JZ, 1968, S. 541, nichts zu tun, und zwar auch dann nicht, wenn sie einen Entschädigungsanspruch nach sich ziehen sollte. Dagegen ist *Redeker* darin zuzustimmen, daß die auf Einhaltung der Bebauungsplanung gerichtete Nachbarklage als Anwendungsfall eines Plandurchführungs-Anspruchs angesehen werden kann.

⁵³ Vgl. *Janssen*, Entschädigung, S. 167; *Kimminich*, in: Bonner Kommentar, 2. Bearb. zu Art. 14, Randnr. 125; *Werner Weber*, Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 340, 382 f.; vgl. ferner das Urteil des *Badischen Staatsgerichtshofs* vom 3. Juli 1950, VerwRSpr., Bd. II, S. 90; so auch schon die herrschende Lehre zur Zeit der Geltung der Weimarer Reichsverfassung; vgl. *Anschütz*, Kommentar, Anm. 11 zu Art. 153; *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 310.

⁵⁴ *Krüger*, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 382. Vgl. dazu das unten in Abschn. II 9 c behandelte Beispiel einer

riellen rechtsstaatlichen Verfassungsnormen dadurch, daß die letzteren nicht nur nach ihrem Sinn und Zweck, sondern auch nach ihrer normativen Struktur ausschließlich auf die Ausgrenzung eines Bereichs individueller Freiheit gegenüber staatlichem Eingriff gerichtet sind, während das Gleichbehandlungsgebot den Inhalt staatlicher Anordnungen und Maßnahmen in einem positiven, auf eine bestimmte Wirkung gerichteten Sinne gestaltet. Während die Struktur der Grundrechte durch ihre typisch negative Bedeutung als Verbot bestimmter staatlicher Maßnahmen gekennzeichnet ist, verbietet der Gleichheitssatz nicht nur unzulässig differenzierte Eingriffe in den Bereich individueller Freiheit, sondern *gebietet* darüber hinaus, daß *alle staatlichen Maßnahmen*, auch soweit sie keine solchen Eingriffe darstellen, eine *gleiche Wirkung* auf die Betroffenen entfalten. Während sich so die der Liberalität dienenden materiellen Verfassungsnormen überhaupt nur auf einen Teilbereich staatlicher Aktivität beziehen, betrifft das Gleichbehandlungsgebot alle nach außen wirksamen, dem öffentlichen Recht unterliegenden staatlichen *Betätigungen*⁵⁵.

Maßnahmen staatlicher Lenkung von Produktion oder Verteilung greifen nur zum Teil unmittelbar in die Freiheitssphäre der Einzelnen ein. Die Struktur des Eingriffs weisen in erster Linie diejenigen Maßnahmen auf, die durch Gebot, Verbot oder Zwang ein für Produktion oder Verteilungl wirksames Tun, Dulden oder Unterlassen des Einzelnen herbeiführen. In ihrer Eingriffsfunktion unterliegen diese Maßnahmen ohne Einschränkungen der herkömmlichen liberalen Rechtsordnung, insbesondere zum Beispiel den Schranken der Grundrechte. Darauf ist hier nicht einzugehen. Dagegen findet diese Ordnung auf jenen anderen, ständig an Bedeutung gewinnenden Anteil staatlicher Maßnahmen keine unmittelbare Anwendung, die keine Eingriffe in die Freiheit des Einzelnen darstellen. Die staatliche Betätigung durch eigene Produktion oder durch Gewährung und Versagung von Verteilungen aller Art bleibt unberührt durch Normen, die dem Befehlen und Verbieten Grenzen setzen. Dagegen steht die Struktur des Gleichbehandlungsgebots seiner Anwendung auf diese Betätigung nicht entgegen, sondern fordert sie vielmehr⁵⁶. Der Inhalt des Gleichheitssatzes mit Bezug auf diesen Anwendungsbereich besteht in dem Gebot, daß staatliche Lenkung von Produktion und Verteilung zu einem *gleichmäßigen Versorgungsergebnis* führen muß. Bei Eingriffen mit Bezug auf Produktion und Verteilung tritt diese Anforderung zu den liberal-staatlichen Beschränkungen hinzu.

Reduzierung der gesetzlich gewährten Anpassungsbeihilfen für die deutsche Erdölgewinnungsindustrie.

⁵⁵ Vgl. Werner Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S. 31.

⁵⁶ Zum Gleichheitssatz als „Gebot gleicher Begünstigung“ vgl. Mertens, Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes, S. 8 f., 63 ff.

Hinsichtlich des *normativen Gehalts* des Gleichbehandlungsgebots wird seit *Aristoteles* zwischen „*iustitia distributiva*“ und „*iustitia commutativa*“ unterschieden. Mit dieser Unterscheidung verbindet sich die Vorstellung einer qualitativ besonderen Art „austeilender“ Gerechtigkeit, die sich durch ihren Inhalt von der „ausgleichenden“ Gerechtigkeit unterscheidet. Der Unterschied wird darin gesehen, daß der austeilenden Gerechtigkeit eine verhältnismäßige Gleichheit mit der Maxime „jedem das Seine“ und der ausgleichenden Gerechtigkeit eine absolute Gleichheit mit dem Inhalt „jedem dasselbe“ entspricht⁵⁷. Eine solche Anschauung kann es nahelegen, eine verhältnismäßige Gleichbehandlung gebietende „*iustitia distributiva*“ der auf Produktion und Verteilung bezogenen Staatsfunktion in besonderer Weise zuzuordnen. Das geht jedoch deshalb nicht an, weil die *aristotelische* Unterscheidung in Wahrheit keine funktionelle, sondern eine nicht weiter ableitbare wertmäßige Unterscheidung innerhalb des Gerechtigkeitsbegriffs ist: Sowohl innerhalb wie außerhalb des Bereichs von Produktion und Verteilung, sowohl bei Befehl und Verbot wie bei Gewährung und Versagung kann verhältnismäßige und absolute Gleichheit dem Gerechtigkeitsprinzip entsprechen.

Überhaupt führen, innerhalb wie außerhalb des Problemkreises liberalstaatlicher Abwehr ungerechtfertigt differenzierender Eingriffe, Versuche einer allgemeinen und abstrakten *Umschreibung* des materiellen Inhalts des Gleichbehandlungsgebots wenig weiter, weil sie davon abhängt, „im Hinblick worauf“ Gleichbehandlung geboten ist (was die Verfassung wiederum nicht allgemein festzulegen vermag)⁵⁸. Dieser Inhalt kann nur mit Bezug auf Einzelfälle oder Gruppen von Einzelfällen überzeugend entwickelt werden. Fest steht lediglich, daß eine auf Rechtsicherheit bedachte Anwendung des Gleichbehandlungsgebots aus ihm keine Ordnung optimaler Gerechtigkeit ableiten, sondern lediglich die Einhaltung von *Grenzen der Willkür*⁵⁹ und Unsachlichkeit gewährleisten kann. Das ist in der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* oft zutreffend entwickelt worden.

Bei der Interpretation des Gleichbehandlungsgebots mit Bezug auf staatliche Maßnahmen im Bereich der Lenkung von Produktion und Verteilung weist diese Rechtsprechung jedoch eine merkwürdige Zwiespältigkeit auf. Auf der einen Seite hat das *Bundesverfassungsgericht* wiederholt die These aufgestellt, der Bereich der darreichenden Verwaltung

⁵⁷ Vgl. Ernst von Hippel, Geschichte der Staatsphilosophie in Hauptkapiteln, I. Band, S. 152 f.

⁵⁸ Vgl. Mertens, Selbstbindung, S. 46.

⁵⁹ Nach Ipsen, Gleichheit, S. 177 ff., und Mertens, Selbstbindung, S. 4 f., geht der Gleichheitssatz über den Willkürbegriff hinaus. Doch ist auch der Willkürbegriff relativ; er kann und muß so verstanden werden, daß er den von Mertens dargestellten Inhalt des Gleichheitsgebots umfaßt.

— insbesondere auch soweit die Darreichung der Wirtschaftslenkung dient — unterliege notwendig der *Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in weitestem Maße*⁶⁰ und jedenfalls in weiterem Maße als die Eingriffsverwaltung; das müsse „besonders dann gelten, wenn der Staat nicht Leistungen gewährt, um einer dringenden sozialen Notlage zu steuern oder eine — mindestens moralische — Verpflichtung der Gemeinschaft zu erfüllen (wie etwa beim Lastenausgleich), sondern aus freier Entschließung durch finanzielle Zuwendungen („Subventionen“) ein bestimmtes Verhalten der Bürger fördert, das ihm aus wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist“⁶¹. Auf der anderen Seite finden sich in der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* Gründe, die den Beginn einer Bewältigung der besonderen Anforderungen der Verteilungsordnung erkennen lassen. So heißt es im sogenannten „Investitionshilfeurteil“ vom 20. Juli 1954, wirtschaftslenkende Gesetze im Interesse einzelner Gruppen müssen „durch das öffentliche Interesse geboten sein und dürfen nicht willkürlich die schutzwürdigen Interessen anderer vernachlässigen“⁶² und bei seiner Würdigung der Milchmarktordnung im Urteil vom 27. Januar 1965 hat das *Bundesverfassungsgericht* (allerdings in gewissem Widerspruch zu dem im selben Urteil bestätigten Grundsatz besonderer Zurückhaltung bei der Prüfung wirtschaftslenkender Maßnahmen) auf die Bedeutung der Zweckbestimmung der Marktordnung für Inhalt und Ausmaß der in ihrem Rahmen gewährten Begünstigungen, auf das Erfordernis der Systemgerechtigkeit der Ausgestaltung im einzelnen abgehoben⁶³. Wichtige, einschlägige Sätze finden sich ferner im Beschuß vom 11. April 1967, wo es heißt:

„Die ungleiche Behandlung der verschiedenen Typen von Großbetrieben des Einzelhandels lag nicht von Anfang an in der Absicht des ... Gesetzgebers. Er hat es aber versäumt, die wirtschaftlichen Veränderungen, die sich aus dem Strukturwandel der Betriebsformen des Einzelhandels im Laufe der Zeit ergeben haben, bei der Rechtsgestaltung zu berücksichtigen; er hätte ihnen entweder durch Aufhebung der Diskriminierung der Warenhäuser oder aber durch sachgemäße Erweiterung des Geltungsbereichs der Bestimmung Rechnung tragen müssen. Hielte er auf dem hier in Frage stehenden Gebiet einen Mittelstandsschutz für geboten, so müßte er den Kreis der von einem Rabattverbot Betroffenen oder Begünstigten sachgemäß abgrenzen; maßgebendes Kriterium müßte für die Begünstigung die Zugehörigkeit zum Mittel-

⁶⁰ BVerfGE 11, S. 60; 12, S. 166; ähnlich BVerfGE 22, S. 169.

⁶¹ BVerfGE 17, S. 216. Ähnlich *Münch, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, AÖR, Bd. 85, 1960, S. 295 ff.*

⁶² BVerfGE 4, S. 18 f.

⁶³ BVerfGE 18, S. 331, 334, 340.

stand, für die vom Verbot Betroffenen die Eigenschaft als Großunternehmen sein. Mit Art. 3 Abs. 1 GG ist es aber nicht vereinbar, daß aus dem Kreise der hier dem Mittelstand gegenübergestellten Großunternehmen nur die Warenhäuser herausgegriffen und allein durch das Rabattverbot gegenüber anderen Großunternehmen benachteiligt werden, die sich nach Größe und wirtschaftlicher Kraft von den Warenhäusern nicht unterscheiden und ebenfalls im Wettbewerb mit dem mittelständischen Einzelhandel stehen⁶⁴.“

Der erste, der Produktions- und Verteilungsordnung gegenüber abstinente Teil dieser Rechtsprechung ist nicht haltbar und wird auch durch den zweiten widerlegt. Wie in BVerfGE 4 S. 19 — wenn auch in anderem Zusammenhang — richtig ausgesprochen ist, bleibt der *Prüfungsmaßstab* des Art. 3 Abs. 1 GG stets — und das heißt: wirklich in allen Anwendungsfällen — *derselbe*. Das kann schon nach Wortlaut und Zusammenhang dieser Verfassungsnorm schwerlich anders sein: es gibt keinen Anhaltspunkt in der Verfassung, der es rechtfertigte, dem Art. 3 Abs. 1 GG mit Bezug auf Freiheitsbeschränkungen einen strengeren Maßstab zu entnehmen, als er ihn mit Bezug auf Gewährungen enthält. Eher könnte in dem positiven Ausdruck des Sozialstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 1 GG eine *lex specialis* gesehen werden, die für ihren Anwendungsbereich ein strengeres oder intensiver wirksames Gleichbehandlungsgebot verordnet als der allgemeine Gleichheitssatz⁶⁵. Da das Bundesverfassungsgericht nirgends eine Begründung für seine These vom besonders weiten Gewährungsermessen gibt, ist man auf Spekulationen darüber angewiesen. Dabei liegt am nächsten, daß die These ihren Grund in der Assoziation zur besonderen Freiheit des Altruisten („Schenkers“) und in der „Rechtlosigkeit“ des Beschenkten, verbunden mit der Erwägung hat, daß Gewährungen typisch etwas Positives, ein Superfluum darstellen und deshalb für die Sphäre der Bedachten bzw. nicht Bedachten nicht so gravierend sind wie das Negativum eines mit Beeinträchtigungen verbundenen Eingriffs in die Freiheit. Es war demgegenüber die Absicht des 2. und 3. Kapitels des I. Teils und des 1. Kapitels des II. Teils dieser Schrift, die Gleichwertigkeit der Ordnung staatlicher und staatlich gelenkter Produktion und Verteilung mit der Freiheitsordnung und die Beziehungslosigkeit zwischen staatlichen Gewährungen und Kategorien des Altruismus nachzuweisen⁶⁶.

Der zweite Teil der soeben angedeuteten Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* weist auf die wichtige Rolle hin, die das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot als Grundlage eines Systems der

⁶⁴ BVerfGE 21, S. 304 f.

⁶⁵ Vgl. Mertens, Selbstbindung, S. 87.

⁶⁶ Vgl. auch unten Abschnitt II 9 a, cc.

Rechtsordnung heteronomer Produktion und Verteilung spielt. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, daß heteronome Produktions- und Verteilungsmaßnahmen in hervorragendem Maße zweckbestimmt sind. Lenkung ohne legitimen Zweck müßte als willkürlich angesehen werden, so daß im Bereich staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung der Zweck zu dem Maßstab wird, im Hinblick auf den die staatlichen Maßnahmen gleich sein müssen⁶⁷. Diese Zweckrationalität, verstärkt durch die weitgehende Bestimmtheit von Produktions- und Verteilungsabläufen durch wissenschaftlich nachweisbare, wertungsfreie Gesetzmäßigkeiten, erzeugt zwar nicht aus sich selbst heraus das Rechtsgesetz, an dem die betreffenden Maßnahmen zu messen wären. Wohl aber bietet sie zahlreiche Vergleichspunkte und feste Relationen, die zur Folge haben, daß die Anwendung des Gleichheitssatzes in diesem Feld zu konkreteren Subsumtionsergebnissen führt, als das vielfach bei seiner Anwendung im Bereich des Freiheitsschutzes möglich ist. Das hat das Bundesverfassungsgericht im „Investitionshilfe-Urteil“ ausgesprochen, wo das Gericht darauf hinweist, es könne bei „Gesetzen, die konkrete Maßnahmen verwirklichen wollen“ (häufig sind Maßnahmen staatlicher Produktion oder Verteilung oder ihrer Lenkung dieser Art) „leichter als bei anderen Gesetzen erkennbar sein, ob die gesetzliche Regelung der Eigenart des Sachverhalts noch entspricht, durch sie gerechtfertigt ist und am Gedanken der Gerechtigkeit orientiert ist. Insofern mag dem Gleichheitssatz hier eine erhöhte praktische Bedeutung zukommen“⁶⁸.

Legitimität des Maßnahmenzwecks, Erforderlichkeit und Eignung der Maßnahme zur Erreichung des legitimen Zwecks, Gleichmäßigkeit der Ausgestaltung im einzelnen im Hinblick auf diesen Zweck und Rechtfertigung von Differenzierungen durch diesen Zweck sowie Sachgerechtigkeit, das heißt hier Vereinbarkeit mit vorgegebenen rechtlichen, sozialen, wirtschaftlichen, technischen und kulturellen Gegebenheiten (insbesondere Gesetzmäßigkeiten) sind die Kriterien der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen heteronomer Produktion und Verteilung, die sich aus der Anwendung des Gleichheitssatzes ergeben⁶⁹. Das wird im 6. und 7. Kapitel dieses Teils in einzelnen Beispielen ausgeführt. Dabei wird sich auch zeigen, daß die Rechtsordnung heteronomer Produktion und Verteilung durch ihre Koexistenz mit der liberalen rechtsstaatlichen Ord-

⁶⁷ Vgl. Ipsen, Gleichheit, S. 186; Mertens, Selbstbindung, S. 52; Götz, Subventionen, S. 45 f., Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, S. 31.

⁶⁸ BVerfGE 4, S. 18 f.; vgl. dazu Forsthoff, Über Maßnahmengesetze, zit. nach: Rechtsstaat im Wandel, S. 83, 85, 95 ff.

⁶⁹ Unterscheidet man, wie Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 206 ff., mit Bezug auf Wirtschaftssubventionen richtig vorschlägt, zwischen Primär- und Endzwecken, so sind im vorliegenden Zusammenhang die Endzwecke maßgeblich.

nung weiter spezifiziert, konkretisiert und gefestigt wird. Hier sei betont, daß der Gleichheitssatz in der weitestgehenden inhaltlichen Ausformung und Effizienz, deren er fähig ist, auch im Ordnungsbereich heteronomer Produktion und Verteilung, insbesondere auch mit Bezug auf Gewährungen angewendet werden muß, und daß diese Anwendung hier dank der ausgeprägten zweckrationalen Eigengesetzlichkeit dieses Bereichs sogar zu besonders konkreten Ergebnissen führt⁷⁰.

Die Zweckrationalität staatlicher Maßnahmen zur Lenkung von Produktion und Verteilung ermöglicht allerdings um so weniger differenzierte Folgerungen, je unmittelbarer die Maßnahmen ein *endgültiges Verteilungsergebnis* beim Einzelnen als Endempfänger aller Verteilung bewirken. Während nämlich Lenkungsmaßnahmen, die auf das endgültige Verteilungsergebnis nur mittelbar einwirken, in ihrer relativen Zweckmäßigkeit durch vielfältige technische und ökonomische Gesetze bestimmt werden, hat Verteilung an den Endverbraucher nur dann ihren Zweck außerhalb ihrer selbst, wenn der Verteilungsempfänger zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden soll, was im Rechtsstaat nur in engen Grenzen, zum Beispiel zur Förderung einer Beteiligung am ökonomischen Wettbewerb, zulässig erscheint. Im übrigen trägt Verteilung an den Verbraucher und insbesondere die Zuteilung von Lebensgütern im Rahmen der eigentlich sozialen Maßnahmen des Staates ihren Zweck in sich selbst, und ihre Zweckmäßigkeit kann deshalb nicht an ihrer Eignung zur Erreichung eines außerhalb der Verteilungsmaßnahme liegenden Zwecks, sondern allenfalls zum Beispiel am individuellen Bedürfnis gemessen werden. Die Differenziertheit des Verteilungszustandes, den die Maßnahme schafft, wird insoweit kraft staatlicher Entscheidung auf Grund heteronomer Wertung gesetzt. Um diese Wertung am Gleichheitssatz zu messen, stehen weit weniger Kriterien zur Verfügung als für die Beurteilung der ökonomischen Zweckmäßigkeit einer Maßnahme mittelbarer Lenkung von Produktion oder Verteilung. Die Folge ist allerdings nicht eine Auflockerung der Rechtsbindung durch den Gleichheitssatz.

⁷⁰ Vgl. *Ballerstedt*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR, Bd. 74, S. 153: „Das wirtschaftsgestaltende Gesetz ist im wirtschaftsrechtlichen Sinne Recht, wenn und soweit es in der von ihm geschaffenen Ordnung seine *causa finis* findet.“ Vgl. auch *Friauf*, Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, DVBl. 1966, S. 730: „Der Lenkungszweck der interventionistischen Maßnahmen muß den entscheidenden Maßstab für ihre verfassungsrechtliche Bewertung bilden.“ Den Zweck einer Lenkungsmaßnahme als Maßstab ihrer verfassungsrechtlichen Gleichmäßigkeit betonen ferner *Ipsen*, Rechtsfragen der Investitionshilfe, AöR, Bd. 78, S. 314; *Henze*, Finanzhilfe, S. 102; *Heinze*, Gesetz zur Sicherung des Steinkohleneinsatzes in der Elektrizitätswirtschaft, 1967, S. 36, 38–40, 47, 74, 81, 84. *Mertens*, Selbstbindung, S. 41 ff., meint, daß der Gleichheitssatz mit Bezug auf Begünstigungen nicht mehr als bloße Willkürschanke, sondern als „positives Gleichheitsgebot“ angewendet werde, dessen Maßstäbe aus gesetzlichen und verfassungsmäßigen Wertungen folgen.

Das Fehlen von Differenzierungsgründen rückt vielmehr die egalitäre Komponente des Gleichbehandlungsgebots in den Vordergrund.

6. Einzelne Folgerungen aus der Koordination von Rechtsstaatlichkeit und gestaltender Verwaltung von Produktion und Verteilung durch den Staat

Die gleichzeitige Geltung autonomer und heteronomer Ordnungen in bestimmten Produktions- und Verteilungsbereichen und -ebenen des selben Produktions- und Verteilungssystems ist eine Realität. Ihr muß das Recht folgen. Der Koordination staatlicher Gestaltung und liberaler Ordnung von Produktion und Verteilung steht die rechtstaatliche Verfassung, insbesondere in ihrer Ausprägung durch das Bonner Grundgesetz, nicht entgegen⁷¹. Das Grundgesetz hat *keine* speziell auf die Produktions- und Verteilungsordnung bezogene, diese Ordnung als Ganzes *umfassende Entscheidung für Autonomie oder Heteronomie*, insbesondere keine Entscheidung für ein bestimmtes Wirtschaftssystem getroffen. Weder die Sozialstaatsklausel der Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG noch die Garantien der Berufs- und Eigentumsfreiheit in Art. 12 und Art 14 GG beinhalten eine solche Entscheidung, und zwar auch nicht im Sinne einer allgemeine Subsidiarität der einen gegenüber der anderen Ordnung, wenn auch Berufs- und Eigentumsfreiheit — wie noch erörtert wird — von großer Tragweite für die Ordnung von Produktion und Verteilung sind⁷². Diese Enthaltsamkeit des Grundgesetzes

⁷¹ Vgl. Forsthoff, Die verfassungsrechtliche Problematik der Investitionshilfe, BB 1953, S. 421.

⁷² Ipsen, Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, S. 95, entnimmt zwar Art. 2 Abs. 1 GG ein „Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit“, doch dürfte das nur insofern zutreffen, als diese Wirtschaftsfreiheit Gegenstand eines allgemeinen Grundrechts auf Freiheit von ungesetzlichem Zwang ist. Der Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG geht hier nicht weiter als derjenige des allgemeinen Gesetzesvorbehalts (anderer Ansicht Forsthoff, Die verfassungsrechtliche Problematik der Investitionshilfe, BB 1953, S. 421). Nipperdey hat sich mit seiner Auffassung, das Grundgesetz beinhalt die „institutionelle Garantie und verfassungsmäßige Entscheidung der Marktwirtschaft“ (Die soziale Marktwirtschaft in der Bundesrepublik, S. 9, 14; vgl. auch *derselbe*, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, DRZ 1950, S. 193 ff.) nicht durchgesetzt. Ebensowenig läßt sich die These von Ipsen aufrechterhalten, das Grundgesetz enthalte eine „grundsätzliche Entscheidung für den Sozialstaat im Sinne der Gestaltung der Sozialordnung“, nämlich einer Neu- und Andersgestaltung der Eigentums- herrschaft bis hin zu seiner Neuverteilung (Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL, Heft 10, S. 74 f., 102): Anschluß an Ernst-Rudolf Huber (Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 30 f. und: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 97 f.) hat sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Interpretation durchgesetzt, daß das Grundgesetz keine Entscheidung für ein bestimmtes Wirtschaftssystem enthält (vgl. BVerfGE 4, S. 18). Obwohl einiges für die Annahme eines prinzipiellen Vorranges autonomer Ordnungen spricht — daß es unantastbare Bereiche dieser Ordnungen gibt und daß heteronome Ordnungen konform gestaltet werden müssen, vertritt

bedeutet jedoch nicht auch produktions- und verteilungspolitische Enthaltsamkeit des Staates und seiner Rechtsordnung. Bei der Wichtigkeit, welche die moderne Gesellschaft dem Ergebnis aller Produktion und Verteilung beimißt, ließe sich eine solche Neutralität nicht aufrechterhalten⁷³. Mit Bezug auf die Ordnung von Produktion und Verteilung ist der Staat vielmehr zu Entscheidungen von großer Tragweite veranlaßt. Diese Entscheidungen entbehren auch nicht der verfassungsrechtlichen Relevanz⁷⁴, die im folgenden an einigen Beispielen erörtert wird.

Ausgehend von der prinzipiellen Indifferenz des Grundgesetzes gegenüber der Alternative autonomer oder heteronomer Produktion und Verteilung ist zu unterscheiden: Heteronome Ordnung von Produktion und Verteilung vollzieht sich teils mit Hilfe von Eingriffen in Freiheit und Eigentum, teils ohne solche Eingriffe. Soweit diese Ordnung die Grenzen von Freiheit und Eigentum neu bestimmen muß, stößt sie auf die Schranken des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips, insbesondere der Grundrechte, und unterliegt dem formellen Subsidiaritätsprinzip des Gesetzesvorbehalts. Soweit sie dagegen jene Grenzen unberührt läßt, ist sie von derartigen Beschränkungen frei. Die rechtsstaatlichen Garantien bewirken die Gewährleistung eines Kernbestandes autonomer Produktion und Verteilung, vor allem soweit sie Berufsfreiheit und Eigentum zu absoluten, unübersteigbaren Barrieren gegen staatliche Intervention erheben. Diese Grenze kann mit Rücksicht auf Art. 79 Abs. 3 GG auch im Wege der Verfassungsänderung nicht beseitigt werden. Im unterverfassungsmäßigen Rechtsraum gilt eine breite Ordnung autonomer Produktion und Verteilung. Gestaltende Verwaltung von Produktion und Verteilung muß dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip und der

auch die vorliegende Schrift — wird hier von der Interpretation des Grundgesetzes durch diese Rechtsprechung ausgegangen, die allgemein in der Staats- und Gerichtspraxis und überwiegend in der Rechtslehre (vgl. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 209 ff.) Anerkennung gefunden hat. Dabei ist es wohl mehr eine terminologische Frage, ob man die feststehenden Garantien der Art. 2, 12 und 14 GG als verfassungsrechtliche „Grundentscheidung“ gelten läßt. Dagegen spricht, daß dieser Ausdruck für umfassende Entscheidungen wie diejenige für Demokratie oder Rechtsstaat vorbehalten bleiben sollte.

⁷³ Vgl. Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, S. 31.

⁷⁴ Das rechtfertigt es nicht, sie als „Wirtschaftsverfassung“ zu bezeichnen. Überhaupt sollte dieser Begriff in der juristischen Diskussion nicht verwendet werden, weil er nichts juristisch adäquat zu bezeichnen vermag: Die „Verfassung“ der Wirtschaft als ihr tatsächlicher Zustand ist nicht Gegenstand der Rechtswissenschaft, der Inbegriff der für die Wirtschaft geltenden Rechtsordnung ist als „Wirtschaftsrecht“ treffend bezeichnet, der Verfassungsbegriff würde hier nur irreführende Assoziationen einer besonderen Normqualität wecken; auch fundamentale Sätze des Wirtschaftsrechts würden die Bezeichnung als Verfassung im juristischen Sinne nicht mit Recht tragen, weil Fundamentalität keine juristische Qualität begründet, und die für die Wirtschaftsordnung maßgebenden Verfassungsnormen sind Bestandteil der Staatsverfassung und können mithin nicht zutreffend als Wirtschaftsverfassung bezeichnet werden.

unterverfassungsmäßigen Produktions- und Verteilungsordnung Rechnung tragen, auch soweit eine solche gestaltende Verwaltung Freiheit und Eigentum unangetastet lässt: Heteronome Ordnung muß der zugleich bestehenden und in einem Kernbestand verfassungsrechtlich garantierten autonomen Ordnung *konform* gestaltet sein und darf sie zwar unter Umständen einschränken, aber nicht zur Konkurrenz widersprüchlicher Anordnungen und Maßnahmen mit gleichzeitigem Geltungsanspruch führen. Die vorliegende Schrift kann die Folgerungen aus diesem Grundverhältnis heteronomer und autonomer Ordnung nicht vollständig darstellen. Sie beschränkt sich vielmehr auf die nachfolgenden Anwendungsfälle:

a) Grenzen der Umverteilung

Heteronome Gestaltung von Produktion und Verteilung kollidiert mit der geltenden, den *status quo* schützenden *Vermögensordnung*, insbesondere mit dem *Grundrecht des Eigentums*. Das ist am wenigsten der Fall, wo die heteronome Gestaltung im Wege der Produktion und Verteilung durch staatseigene Einrichtungen stattfindet. Auch Anordnungen und Gewährungen, die das Verteilungsergebnis nur mittelbar gestalten, indem sie einen bestimmten Verlauf des Produktions- und Verteilungsergebnisses bewirken, lassen die Kollision ihrer heteronomen Ordnung mit dem *status quo* der Verteilung von Vermögen und Eigentum oft nicht augenfällig erkennen. Soweit sie bestehende Positionen berühren, kann sich zwar die Frage nach dem Vorbehalt des Gesetzes stellen, doch muß ihnen der *status quo*, wenn ihre formellen Voraussetzungen erfüllt sind, im allgemeinen weichen. Die verfassungsrechtliche Grenze des Eigentumsschutzes wird nicht berührt, da die Maßnahmen den Raum der vom Grundrechtsschutz nicht erfaßten Eigentumsbindung nicht verlassen. In die größte Nähe zu verfassungsrechtlichen Grenzen gerät heteronome Lenkung jedoch im Bereich der *Umverteilung*, wo die Hingabe des Verteilungsgutes mit seiner Wegnahme verbunden ist oder die Wegnahme des Verteilungsgutes oder der zu seiner Bereitstellung erforderlichen Mittel zur Voraussetzung hat. Für eine derartige Umverteilung läßt die verfassungsrechtliche *Vermögensordnung* im Rechtsstaat zwei Wege offen. Soweit der Staat zum Zwecke der Umverteilung auf die Wegnahme von Gütern angewiesen ist, steht das Rechtsinstitut der Enteignung zur Verfügung, wenn die Verteilungsmaßnahme zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dient. Heteronome Umverteilung zugunsten der Allgemeinheit in diesem Sinne findet zum Beispiel bei der Enteignung von Grundeigentum für Einrichtungen der Daseinsvorsorge statt. Dient die Verteilung dagegen nicht dem Allgemeinwohl, sondern den Interessen von Gruppen oder Einzelnen, so verweist die rechtsstaatliche Verfassung den Staat für die Beschaffung des Verteilungsgegenstandes oder der für

seine Bereitstellung erforderlichen Mittel auf den Weg der Steuererhebung⁷⁵.

Nun gibt es Erscheinungsformen heteronomer Gestaltung der Verteilung durch den Staat, bei denen zweifelhaft ist, ob sie zu jenen Lenkungen des Produktions- und Verteilungsablaufs gehören, vor denen der status quo zurücktreten muß, weil die rechtsstaatliche Verfassung ihnen gegenüber in materieller Hinsicht keinen Schutz gewährt, oder ob sie jener Umverteilung zuzurechnen sind, die eine Wegnahme von Gütern umfaßt, wie sie unter der rechtsstaatlichen Verfassung nur im Wege der Enteignung oder Steuererhebung zulässig ist. Anwendungsfälle von Umverteilungen, auf welche diese Fragestellung zutrifft, sind zum Beispiel die Verpflichtung der Arbeitgeber zu Aufwendungen für die Vermögensbildung der Arbeitnehmer⁷⁶ oder die Heranziehung der bei den Berufsgenossenschaften akkumulierten Mittel zur Entlastung bestimmter Wirtschaftszweige. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zwar mit der zuletzt erwähnten Umverteilungen mit dem Ergebnis befaßt, daß die gegen sie erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken nicht durchgreifen^{76a}. Die Entscheidungsgründe können jedoch nicht als umfassende und endgültige Lösung der hier angeschnittenen Fragen angesehen werden.

Der schwierige und bisher nur von wenigen Autoren erfaßte Fragenkreis kann hier nicht eingehend behandelt werden. Die Erörterung muß sich auf einige, für seine Verarbeitung wichtige Argumente beschränken:

aa) Bei Anwendungsfällen *indirekter Umverteilung* (siehe oben Abschnitt II 2 am Anfang) treten Wegnahme und Hingabe augenfällig in Erscheinung. Soweit es sich um Wegnahme von Gegenständen des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes (Art. 14 GG) handelt, liegen die rechtsstaatlichen Grenzen der Umverteilung klar zu Tage. Umstritten ist aber, welche Gegenstände den Eigentumsschutz des Art. 14 GG genießen und insbesondere, ob sich der Eigentumsschutz auf die Freiheit von der Belastung mit *Geldleistungspflichten* erstreckt⁷⁷. Die Erstreckung

⁷⁵ Die rechtsstaatliche Verfassung läßt für diese soziale Umverteilung oder „Verschichtung“ prinzipiell „nur den indirekten Weg über die Steuerhoheit offen“, Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, zit. nach: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S. 196, und derselbe, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, S. 192. Enteignungen zum Zwecke sozialer Umschichtungen sind schlechthin unzulässig, vgl. Werner Weber, Eigentum und Enteignung, S. 348 f., und derselbe, Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung nach neuem Verfassungsrecht, NJW 1950, S. 401.

⁷⁶ Vgl. Forsthoff, Der Entwurf eines Zweiten Vermögensbildungsgesetzes, BB 1965, S. 388 ff.

^{76a} BVerfGE 23, S. 12 ff.

⁷⁷ Verneinend BVerfGE 4, S. 7 (17). Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage in BVerwGE 6, S. 134 (144 f.) dahingestellt sein lassen, aber in BVerwGE

des Eigentumsschutzes auf die Freiheit von Geldleistungspflichten erscheint als zwangsläufige Folge der Anerkennung von Geldforderungen als Gegenstand des Eigentumsschutzes, denn der Entzug einer Geldforderung kann unter dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes nicht anders behandelt werden als die Belastung mit einer Geldleistungspflicht; beide Vorgänge sind unter diesem Gesichtspunkt grundsätzlich gleichwertig. Die dem Eigentumsentzug entsprechende Bedeutung der Begründung von Geldleistungspflichten wird deutlich, wenn man erwägt, daß die Erfüllung solcher Pflichten durch den Entzug von Sachen oder Ansprüchen durchgesetzt wird⁷⁸. Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz gestattet zwar grundsätzlich die Auferlegung von Geldleistungspflichten in Gestalt der Anordnung von Abgaben im herkömmlichen Sinne, nämlich von Steuern, Beiträgen und Gebühren. Rechtskonstruktiv läßt sich das mit Bezug auf Steuern mit der spezialgesetzlichen Bedeutung der Art. 105 ff. GG gegenüber Art. 14 GG begründen. Mit der Erhebung von Abgaben im herkömmlichen Sinne ist das in § 9 Abs. 1 der Reichshaushaltsoordnung normierte Prinzip des *Haushaltsvorbehalts* verbunden:

„Alle Einnahmen und Ausgaben des Bundes müssen für jedes Rechnungsjahr veranschlagt und in den Haushaltspflichten eingestellt werden“⁷⁹. Das entspricht zugleich dem Grundsatz der Verteilungsklarheit⁸⁰. Welche Ausgestaltungen der Abgabepflicht und welche Geldleistungspflichten außerhalb des Systems herkömmlicher Abgaben mit dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz vereinbar sind (etwa Abschöpfungen zum Zwecke eines Preisausgleichs), ist eine ungelöste Frage⁸¹.

⁷⁸ S. 247 (266 f.) für den Fall einer sog. „Erdrosselungssteuer“ bejaht. Bejahend — und nicht nur für Fälle der „Erdrosselung“ — Götz, Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ausgleichsabgaben, AÖR, Bd. 85, S. 200.

⁷⁹ Vgl. Roth, Die öffentlichen Abgaben und die Eigentumsgarantie im Bonner Grundgesetz, S. 53.

⁸⁰ Zum Kodifikationseffekt der Art. 105 ff. GG und zum verfassungsrechtlichen Etatisierungszwang des Art. 110 GG vgl. Forsthoff, Die verfassungsrechtliche Problematik der Investitionshilfe, BB 1953, S. 421.

⁸¹ Siehe oben Abschnitt II 2.

⁸² Vgl. dazu Forsthoff, Eigentumsschutz öffentlich-rechtlicher Rechtsstellungen, NJW 1955, S. 1250, mit Bezug auf Steuern, die statt des Anteils am Sozialprodukt den Anteil am Volksvermögen erfassen; Ernst-Rudolf Huber, Wirtschafts-Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 21 ff., 241 ff., der in der Auferlegung von Geldleistungspflichten außerhalb des finanzrechtlichen Systems verfassungsmäßiger Abgaben eine Enteignung sieht. Dem kann man nur folgen, wenn man sowohl rechtmäßige, weil den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG genügende oder durch spezielle Verfassungsrechtssätze gestattete, als auch unzulässige Eingriffe als „Enteignung“ bezeichnet. Denn eine rechtmäßige Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG kann die Auferlegung von Geldleistungspflichten wohl kaum jemals sein (vgl. Forsthoff, Die verfassungsrechtliche Problematik der Investitionshilfe, BB 1953, S. 422), weil die Verbindung solcher Pflichten mit einer (rechtsnotwendig gleichwertigen Geld-) Entschädigung im allgemeinen sinnlos erscheint. — Im Ergebnis der Ableitung verfassungsrechtlichen

bb) Die Wegnahme erscheint weniger augenfällig bei Anwendungsfällen *direkter Umverteilung* (siehe oben Abschnitt II 2 am Anfang), bei denen Einzelne — zum Beispiel als Angehörige einer Gruppe von Wirtschaftssubjekten — durch staatliche Anordnung verpflichtet werden, Leistungen (insbesondere Geldleistungen) an andere Einzelne zu erbringen. Daß solche Anordnungen Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum darstellen, ist dennoch insoweit nicht zweifelhaft, als die Leistungspflicht sich auf Gegenstände bezieht, die anerkanntermaßen vom Schutz des Art. 14 GG erfaßt werden. Wird der Eigentumsschutz des Art. 14 GG auf Forderungen erstreckt, so erscheint aber auch die Folgerung konsequent, daß er ebenso die Freiheit von der *Belastung mit Forderungen* umfaßt, denn es ist in jeder hier relevanten Hinsicht, insbesondere wirtschaftlich von gleicher Bedeutung, wenn dem Einzelnen das Recht entzogen wird, eine Leistung (insbesondere eine Geldleistung) zu fordern, wie wenn seine Verpflichtung begründet wird, dieselbe Leistung (insbesondere Geldleistung) zu erbringen. Die Konsequenz ist, daß direkte Umverteilung durch Begründung der Pflicht Einzelner (sei es auch als Gruppenangehöriger), bestimmte Leistungen an andere Einzelne zu erbringen, unter der Geltung des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes überhaupt nicht möglich wäre⁸², schon weil sie nur im Wege der Enteignung, also gegen Entschädigung zulässig wäre, die Entschädigungspflicht aber den Zweck der Umverteilung zunichte machen würde, aber auch weil es sich im allgemeinen um Maßnahmen im Interesse von Gruppen oder Einzelnen, nicht aber um Maßnahmen zum Wohl der Allgemeinheit handelt.

cc) Ein Anwendungsfall der Umverteilung hat im Grundgesetz eine Spezialregelung erfahren. Es handelt sich um die *Sozialisierung* im Sinne des Art. 15 GG. Die vorstehenden Erwägungen sprechen dafür, daß sie neben der Steuererhebung und der Enteignung in der rechtsstaatlichen Ordnung die einzige Form rechtmäßiger Wegnahme zum Zwecke der Umverteilung darstellt⁸³. Der Gegenschluß aus der Spezialregelung der Sozialisierung unterstützt diese These.

Schutzes vor der Belastung mit Geldleistungspflichten und in einer Reihe der Begründung dieser Ableitung dienender Argumente zutreffend, im übrigen jedoch teils bedenklich, teils eingehenderer Fundierung bedürftig: Roth, Die öffentlichen Abgaben und die Eigentumsgarantie im Bonner Grundgesetz, S. 53 ff., insbes. S. 62 ff. Für die Frage der Erstreckung des Eigentumsschutzes auf die Freiheit von Geldleistungspflichten scheint mir nicht ohne Bedeutung zu sein, daß solche Pflichten überwiegend an den Erwerb, die Innehabung oder Ausübung von Rechten anknüpfen, die unstreitig den Schutz des Art. 14 GG genießen: auch die Einkommenssteuer knüpft an Erwerb und Ausübung von Geldforderungsrechten an.

⁸² Forsthoff, Die verfassungsrechtliche Problematik der Investitionshilfe, BB 1953, S. 421.

⁸³ Vgl. Forsthoff, Der Entwurf eines zweiten Vermögensbildungsgesetzes, BB 1965, S. 387: Nur im Anwendungsbereich des Art. 15 GG ist „soziale Um- schichtung“ verfassungsrechtlich zulässig.

b) Wettbewerbskonformität, Marktkonformität

In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des berühmten Investitionshilfegesetzes hat das *Bundesverfassungsgericht* die danach in vielfältigem Echo wiederholte These von der *wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes* vertreten⁸⁴. Zwar ist richtig, daß kein umfassendes, unter allen Umständen und für alle Wirtschaftsbereiche geltendes verfassungsrechtliches Prinzip der Wettbewerbs- und Marktkonformität gilt⁸⁵. Es kann mit dem Grundgesetz sogar vereinbar sein, in bestimmten Wirtschaftsbereichen Wettbewerb und Marktmechanismus zu beseitigen. Im einzelnen bedarf aber die sehr allgemein gefaßte These des *Bundesverfassungsgerichts* wichtiger Einschränkungen.

Die erste Einschränkung folgt aus dem Grundrechtsschutz des *Eigentums* und der *Berufsfreiheit*. Mit diesen beiden Rechtsinstituten ist ein weiter Kreis denkbarer Wirtschaftsordnungen von der Verwirklichung ausgeschlossen, nämlich alle diejenigen, welche eine Beschränkung des Eigentums und der Berufsfreiheit in ihrem Wesensgehalt oder auch nur in einem Maße implizieren, das nicht mehr nachweislich durch übergeordnete Allgemeininteressen geboten ist.

Die zweite Einschränkung ergibt sich aus dem rechtsstaatlichen Gebot der *Folgerichtigkeit* staatlicher Ordnungen und Maßnahmen. Soweit der Staat die Ordnung autonomer Produktion und Verteilung aufrechterhält, insbesondere also insoweit, als diese Ordnung durch Gesetze und Grundrechte gewährleistet ist, dürfen staatliche Maßnahmen zur Beeinflussung von Produktion und Verteilung der *autonomen Ordnung nicht widersprechen*, denn die staatliche Ordnung muß als Ganzes widerspruchsfrei sein. Wie im Bereich der objektiven Rechtsordnung Widersprüche durch jene Regeln ausgeschlossen werden, welche für den Widerspruchsfall die Derogation der rangniederen, der früheren oder der allgemeinen Norm bewirken, so muß auch in denjenigen Bereichen der Ordnung von Produktion und Verteilung, die nicht von Rechtsnormen beherrscht sind, und im Verhältnis der durch Rechtsvorschriften zur nicht durch Rechtsvorschriften konstituierten Ordnung Widerspruchsfreiheit von Rechts wegen gewährleitet sein. Diese Widerspruchsfreiheit im Sinne einer „*Systemrichtigkeit*“⁸⁶ ist als Inhalt des *Gleichheitssatzes* und des Prinzips der *Rechtssicherheit* Bestandteil der rechtsstaatlichen Ver-

⁸⁴ BVerfGE 4, S. 17 f.: es sei „verfassungsrechtlich ohne Bedeutung, ob das ... zur Wirtschaftslenkung verwandte Mittel ‚marktkonform‘ ist“. Diese These wird offenbar auch von Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL, Heft 11, S. 41, vertreten.

⁸⁵ Vgl. Ernst-Rudolf Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 206, und Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, S. 31 f.

⁸⁶ Vgl. Mertens, Selbstbindung, S. 58.

fassungsrechtsordnung. Soweit Wettbewerb nach wie vor als Medium der Herbeiführung optimaler und gerechter Produktions- und Verteilungsergebnisse durch staatliche Ordnungen vorgesehen und geradezu geboten ist, gilt deshalb durchaus ein Erfordernis möglichst weitgehender *Wettbewerbskonformität* und *Marktkonformität* staatlicher Maßnahmen zur Einflußnahme auf Produktion und Verteilung⁸⁷.

Das hat auch Bedeutung für das Verhältnis heteronomer Beeinflusungen zum *status quo*. Beeinflusungen sind zum Beispiel im Bereich der Produktion so auszustalten, daß durch unterschiedliche Leistungen der Wettbewerber bewirkte Unterschiede der Ertragslage nicht negiert oder beseitigt werden. Auch auf dem Verteilungssektor müssen heteronome Maßnahmen verdiente oder verschuldete Vor- und Nachteile bestehen lassen. Natürlich ist die Feststellung des *Bundesverfassungsgerichts* richtig, jede Wirtschaftslenkungsmaßnahme stelle einen Eingriff in das freie Spiel der Wirtschaft dar, und seien „Wirtschaftslenkungsmaßnahmen verfassungsrechtlich zulässig, so können sie nicht schon dadurch unzulässig werden, daß sie die Wettbewerbslage verändern“⁸⁸. Aber es kommt entscheidend darauf an, wie die Lenkungsmaßnahme im einzelnen ausgestaltet ist, insbesondere wie sie sich zur bestehenden und zur bestehenbleibenden Marktordnung verhält⁸⁹.

c) Koalitionsfreiheit

Maßnahmen staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung dürfen den Einzelnen nicht daran hindern, „Vereine und Gesellschaften zu bilden“ (Art. 9 Abs. 1 GG). Dabei ist nicht die Wahl der Koalitionsmodalitäten (Organisationsformen) gemeint; die Beschränkung der *Koalitionsfreiheit* durch Vorschriften über einen numerus clausus von Modalitäten der Vereinigung, wie sie für das Recht der wirtschaftlichen Vereinigungen gilt, wird — unter dem Vorbehalt des Gesetzes — mit Art. 9 GG allgemein für vereinbar gehalten. Grundrechtlich relevant ist nur die Freiheit, einer individuell (also durch die Mitglieder oder durch den Inhalt oder Gegenstand ihrer Betätigung) bestimmten Koalition beizutreten.

Von besonders naheliegender Bedeutung für heteronome Ordnungen ist auch die in Umkehrung dieses Satzes geltende sogenannte „*negative Koalitionsfreiheit*“. Es kann als allgemein anerkannt gelten, daß Art. 9

⁸⁷ Systemgerechtigkeit, Sachgesetzlichkeit und Folgerichtigkeit hat auch das *Bundesverfassungsgericht* wiederholt von staatlichen Maßnahmen gefordert, vgl. BVerfGE 13, S. 38; 13, S. 331, 340, 343, 345; 15, S. 318, und Beschuß vom 14. Februar 1967, JZ 1967, S. 354.

⁸⁸ BVerfGE 4, S. 24.

⁸⁹ Vgl. dazu unten Abschnitt II 9 d.

Abs. 1 GG auch das Recht gewährleistet, Vereinigungen fernzubleiben. Das soll jedoch nicht für öffentlichrechtliche Zwangszusammenschlüsse gelten⁹⁰. Dieser Stand der Rechtslehre und -Praxis ist nicht befriedigend, insbesondere nicht frei von Widersprüchen. Umfaßt nämlich Art. 9 Abs. 1 GG das Recht zu dem freien Entschluß, einer Vereinigung fernzubleiben, so ist angesichts des Fehlens von Einschränkungen oder eines Gesetzesvorbehalts in Art. 9 Abs. 1 GG kaum überzeugend begründbar, daß dieser Freiheitsschutz öffentlichrechtlichen Koalitionen gegenüber versagen soll⁹¹. Raum für einen öffentlichrechtlichen Koalitionszwang kann dann wohl nur als Ergebnis einer restriktiven Auslegung des verfassungsrechtlichen Tatbestandes „Vereine und Gesellschaften . . . bilden“ verbleiben⁹². Eine solche Erwägung liegt nahe, wenn man bedenkt, daß die Zwangskoalition sich gerade in dem hier interessierenden Zusammenhang oft lediglich als besondere Modalität der Aufbringung finanzieller Mittel für die Verfolgung eines bestimmten Zwecks und dabei typischerweise als Anwendungsfall einer heteronomen Einflußnahme auf Produktion und Verteilung erweist⁹³.

7. Teilhabeanspruch

In dem Maße, in dem sich der Staat nicht darauf beschränkt, eine liberale Ordnung als ergebnisindifferente Infrastruktur autonomer Produktion und Verteilung bereitzustellen, sondern selbst produziert und verteilt und Produktion und Verteilung lenkt, wird das Produktions- und Verteilungsergebnis zum Rechtsproblem. Staatliche Produktion und Verteilung und staatliche Lenkung von Produktion und Verteilung beruht auf einer von der Warte staatlicher Verantwortung her festgestellten Mangelhaftigkeit des Ergebnisses autonomer Produktion und Verteilung. Soweit sich der Staat durch Korrektur oder Ausschaltung dieser Mangelhaftigkeit der optimalen Versorgung des Einzelnen widmet, übernimmt er eine Funktion, die in ihrer Bedeutung für den Einzelnen hinter den staatlichen Eingriffen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in keiner Weise zurücksteht. Der in diesem Bereich der Möglichkeit autonomer Bedürfnisbefriedigung beraubte Einzelne befindet

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 10, S. 89, 102; 10, S. 354, 362; 11, S. 105, 126.

⁹¹ Vgl. Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, S. 91.

⁹² In diesem Sinne hat das *Bundesverfassungsgericht* im sogenannten Investitionshilfeurteil ausgesprochen, daß eine Zwangszuteilung von Aktien nicht gegen Art. 9 Abs. 1 GG verstoßen würde, weil Aktien nur eine „formelle“ Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft vermitteln, während ihre vermögensrechtliche Bedeutung im Vordergrund steht; vgl. BVerfGE 4, S. 7, 26.

⁹³ So in den Fällen berufsständischer Zwangsversorgung, vgl. BVerfGE 10, S. 354, 362; der Familienausgleichskassen, vgl. BVerfGE 11, S. 105, 126; des zur Verfolgung wasserwirtschaftlicher Zwecke errichteten „Erftverbandes“, vgl. BVerfGE 10, S. 89, 102.

sich in einer kaum überschätzbaren Abhängigkeit von der Versorgung. Diese Abhängigkeit kann in dem heteronom geordneten Bereich nicht mehr durch den Automatismus einer Gewährleistung der Bedürfnisbefriedigung durch Markt und Wettbewerb, sondern nur durch die rechtliche Gewährleistung einer Ausgestaltung heteronomer Ordnung kompensiert werden, die zu einem gerechten Produktions- und Verteilungsresultat führt. Bedarf es zur Sicherung der Rechtsstellung des Einzelnen gegenüber einer staatlichen Friedensordnung, die das Ergebnis von Produktion und Verteilung autonomer Betätigung überlassen kann, des Schutzes der individuellen *Freiheit* gegenüber staatlichen Eingriffen, so bedarf es gegenüber einer staatlichen Einflussnahme auf das Ergebnis von Produktion und Verteilung der Gewährleistung der *Teilhabe* des Einzelnen an diesem Ergebnis. Dabei steht die Teilhabe der Freiheit im Range nicht im geringsten nach. Vielmehr erweist sich die Teilhabe gerade als Bedingung der Freiheit, denn wer am Ergebnis von Produktion und Verteilung nicht in gerechtem Umfang beteiligt ist, erleidet insoweit eine Beeinträchtigung seiner Freiheit, als er sich gezwungen sehen kann, Teilhabe durch ein Tun, Dulden oder Unterlassen zu erkaufen, das in Freiheit von ihm nicht verlangt werden könnte. Die Vorstellung von einer Freiheit, die auch demjenigen verbleiben kann, dessen Anteil an den Lebensgütern nicht gesichert ist, hat eine so theoretische Natur, daß sie für die Staats- und Rechtslehre der Gegenwart kaum Folgerungen rechtfertigen kann. All das ist im Grunde längst erkannt und wiederholt eindringlich und überzeugend dargelegt worden⁹⁴. Doch zieht die Rechtspraxis noch keineswegs die ganze Konsequenz aus der Ergänzung des Freiheitsbedürfnisses durch das Teilhabedürfnis⁹⁵. Diese Konsequenz besteht in der Anerkennung eines Rechtsanspruchs auf Teilhabe als Ergänzung des liberalstaatlichen Rechts auf Freiheit, und zwar als Inhalt eines Verteilungsprinzips von verfassungsrechtlichem Rang: die Verwirklichung von Teilhabe wie von Freiheit ist zwar Sache von Gesetzgebung und Verwaltung, aber beider Gewährleistung ist diesen Gewalten nicht letztinstanzlich überlassen. Fehlerhafte Gestaltungen von Gesetzgebung oder Verwaltung unterliegen gerichtlicher, insbesondere verfassungsgerichtlicher Korrektur.

Positivrechtlicher Ort des Teilhabeanspruchs ist der *Gleichheitssatz*⁹⁶ in Verbindung — soweit es sich um den Ausgleich einer strukturellen

⁹⁴ Vgl. Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*; vgl. auch Menger, DVBl. 1960, S. 297 f.

⁹⁵ Ein wichtiger Schritt war die Anerkennung des subjektiven Rechts auf Fürsorge in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts; vgl. dazu Fritz Werner, *Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung*, AÖR, Bd. 81, S. 95.

⁹⁶ Unklar Köttgen, *Fondsverwaltung*, S. 62: einerseits schütze der Gleichheitssatz vor der Versagung der Teilhabe an der Daseinsvorsorge, andererseits soll er nicht „im Sinne einer Generalklausel interpretiert werden“ dürfen, „die

oder akuten Unterversorgung bestimmter Gruppen handelt — mit dem in Art. 20 Abs. 1 GG gesetzten *Sozialstaatsprinzip*⁹⁷. Sein Inhalt ist: Wo immer der Staat produziert und verteilt und soweit er mit Wirkung für Inhalt und Menge Produktion und Verteilung lenkt, haben zumindest alle Deutschen⁹⁸ Anspruch auf gleiche Teilhabe am Ergebnis von Produktion, Verteilung und Lenkung⁹⁹.

Beginnt der Staat, Leistungen zu erbringen, so muß er sie grundsätzlich (und „im Zweifel“) allen erbringen. Auch soweit er im ersten frei ist, ist er im zweiten rechtlich gebunden¹⁰⁰. Im Bereich des Gemeingebrauchs, ja selbst in der Daseinsvorsorge ist das selbstverständlich. Niemand denkt daran, daß es rechtens sein könnte, jemanden von der Benutzung einer Straße, der Bundesbahn oder der Bundespost oder von der Lieferung von Elektrizität, Gas oder Wasser auszuschließen. Soweit bis heute ein *subjektives Recht* auf solche Leistungen, z. B. auf Gemeingebrauch ausdrücklich abgelehnt wird, ist dafür ein stichhaltiger Grund nicht vorhanden¹⁰¹. Die Leugnung des Anspruchs dürfte auf eine allgemeine Zurückhaltung gegenüber der Rechtsform des subjektiven öffentlichen *positiven Rechts* überhaupt beruhen, die mit dem Gedanken

die Lücken einer spezialgesetzlichen Normierung von Teilhaberechten zu schließen vermöchte“. Fritz Werner, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AÖR, Bd. 81, S. 96, leitet den Anspruch aus Art. 2 GG ab.

⁹⁷ Eine positivrechtliche Begründung des Teilhabeanspruchs ist mit Bezug auf die von privatrechtlich verselbständigte Trägern erbrachte Daseinsvorsorge aus deren Monopolstellung abgeleitet worden, vgl. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 26 f. Einerseits unterliegt nach der hier vertretenen Auffassung alle heteronome Einflußnahme des Staates auf Produktion und Verteilung, also auch alle (von privatrechtlich verselbständigte und von anderen Rechtsträgern erbrachte) staatliche Daseinsvorsorge dem öffentlichen Recht und damit dem Gleichheitssatz. Andererseits muß der Monopolgedanke auch im öffentlichen Recht anerkannt werden, und nichts hindert daran, ihn zur Begründung des Teilhabeanspruchs hinzuzuziehen.

⁹⁸ Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 363, Fußnote 5.

⁹⁹ Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 363, anerkennt ein „Allgemeines Recht auf Teilhabe an den Staatsleistungen“. Ein Teilhabeanspruch mit Bezug auf staatliche Leistungen wird grundsätzlich bejaht von Hesse, Verfassungsrecht, S. 115; vgl. Hildegard Krüger, Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage öffentlich-rechtlicher Gruppenrechte, DVBl. 55, S. 178, 208. Der Teilhabeanspruch aus dem Gleichheitssatz ist im Prinzip anerkannt in BVerwGE 7, S. 185; vgl. auch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. April 1959, DÖV 59, S. 710 = NJW 59, S. 1429, und BGHZ 29, S. 76 = JZ 59, S. 405 mit zustimmender Anm. von Raiser.

¹⁰⁰ Insoweit ist der Teilhabeanspruch ein Anwendungsfall der aus dem Gleichheitssatz abgeleiteten „Selbstbindung der Verwaltung“; vgl. Mertens, Selbstbindung, S. 13, 70 ff., und hat, wie dieser Autor treffend bemerkt, den „Charakter einer generellen Meistbegünstigungsklausel“ (S. 22, allerdings leider S. 80 wieder einschränkend). Vgl. auch die Ausführungen von Mertens zu der Frage, ob schon eine individuelle Verwaltungsmaßnahme oder erst eine generelle Praxis den Anspruch auf gleiche Begünstigung auslöst, a.a.O., S. 27 ff.

¹⁰¹ Ein Recht auf Gemeingebrauch als Konkretisierung des allgemeinen Rechts auf Teilhabe an den Staatsleistungen bejaht Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 363.

verbunden ist, der Staat könne mit Leistungsansprüchen überfordert werden¹⁰². Diese Bedenken sind nicht begründet. Der Vornahme- und Leistungsanspruch ist als Rechtsform öffentlichen Rechts seit langem, und heute endgültig, anerkannt und etabliert¹⁰³, und die Gefahr einer Überforderung des Staates durch die Teilhaberechtsordnung besteht in Wirklichkeit nicht, weil der Staat rechtlich durch den Teilhabeanspruch nicht gehindert ist, die Gewährung überhaupt abzuschaffen, an der Teilhabe begeht wird¹⁰⁴. Darüber hinaus ist kein Anlaß, den Staat von den Bindungen rechtmäßiger Gestaltung staatlicher oder staatlich geprägter Produktion und Verteilung freizustellen. Im Gegenteil besteht auch rechtspolitisch ein dringendes Bedürfnis nach rechtlicher Durchdringung und Klärung dieser Staatsfunktion, um den antiintegratorischen Affekten des Mißtrauens, der Unzufriedenheit und des Unverständnisses gegenüber dieser Funktion vorzubeugen. Eine durchsichtige, in ihren Ergebnissen oder wenigstens in ihrer Begründung überzeugende und rechtliche Gestaltung ist Voraussetzung eines gefestigten, von der Anerkennung der Bürger getragenen Staatswesens. Es wird nicht verkannt, daß es im Einzelfall außerordentlich schwierig sein kann, den Inhalt des Teilhabeanspruchs abzugrenzen. Selbstverständlich sind alle möglichen Differenzierungen der den Anspruch auslösenden Maßnahme zulässig, die nicht gegen gesetzliche oder höherrangige Bindungen, z. B. gegen die Anforderungen des Gleichheitssatzes verstößen. Der Aufgabe, diese Bindungen zu ermitteln, darf sich der Jurist nicht entziehen, obwohl sie durch ihre Neuartigkeit erschwert ist.

Vollkommen richtig und von großer Bedeutung für die Rechtsanwendung ist, daß der Teilhabeanspruch, indem er sich auf positive staatliche Maßnahmen richtet, eine grundlegend andere Struktur aufweist als das negative, weil auf staatliches Unterlassen gerichtete Freiheitsrecht. Doch kann aus diesem Strukturunterschied kein Einwand gegen die Möglichkeit eines Teilhabeanspruchs hergeleitet werden. Zwar ist darauf hingewiesen worden, daß ein allgemeiner Teilhabeanspruch keinen in justitiabler Weise bestimmten postiven Inhalt habe: er sage nichts darüber aus, wem zu welchem Zeitpunkt durch welche Instanz welche Leistung zu erbringen sei. Aus diesem Grunde wird auch die Ableitung eines sozialen Grundrechts aus dem Sozialstaatssatz der Verfassung, ja überhaupt die Möglichkeit „sozialer Grundrechte“ als subjektiver Verfassungsrechte abgelehnt¹⁰⁵. Es trifft zu, daß der mit Verfassungsrang aus-

¹⁰² Vgl. *Mertens, Selbstbindung*, S. 65 ff.

¹⁰³ Vgl. schon *Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte*, S. 128 f.

¹⁰⁴ *Götz, Subventionen*, S. 264: der Staat kann die rechtlich gebotene Gleichbehandlung dadurch wiederherstellen, daß er die betreffende Subventionierung ganz abschafft.

¹⁰⁵ *Carl Schmitt, Verfassungslehre*, S. 169; *Hans Huber, Soziale Verfassungs-*

gestattete allgemeine Teilhabeanspruch der Ausfüllung bedarf. Er wird erst aktualisiert und inhaltlich greifbar durch eine staatliche Maßnahme, an der Teilhabe möglich ist. Das ist beim rechtsstaatlichen Freiheitsprinzip nicht anders. Auch Freiheit ist zunächst eine formale, farblose Vorstellung, die erst durch einen konkreten staatlichen Eingriff die justitiablen Konturen eines Rechts erhält. Richtig ist, daß das negative Prinzip der Freiheit juristisch ohne weiteres vollziehbar ist, soweit es lediglich bestimmt gestaffelte formale Anforderungen an den Eingriff stellt (z. B.: Vorbehalt des von der zuständigen Behörde in den vorgeschriebenen Formen erlassenen, gerichtlicher Nachprüfung unterliegenden Verwaltungsaktes, Vorbehalt des Gesetzes oder der Verfassungsänderung). Diesen formellen Anforderungen entsprechen im Bereich des Teilhabe-rechts die Anforderungen der Publizität (Verteilungsklarheit) und des Vorbehalts der Planmäßigkeit. Aber auch hinsichtlich des materiellen Gehalts des allgemeinen Freiheitsrechts ist Justitiabilität eine fragwürdige These: dieser Gehalt wird in der gegenwärtigen Verfassungsrechts-praxis weitgehend mit Hilfe des formalen Prinzips der Verhältnismäßigkeit bestimmt. Nur in einem engsten Kern sind die Grundrechte materiell umschrieben. Ob dem Teilhabeanspruch ebenfalls ein materieller Mindestinhalt zukommt, kann hier dahingestellt bleiben; ein solcher Inhalt ist nicht Voraussetzung der Wirksamkeit eines allgemeinen Teilhabe-anspruchs. Als Ableitung aus dem Gleichbehandlungsgebot teilt der Teilhabeanspruch dessen rechtliche Struktur¹⁰⁶. Gleich kann der Staat nur behandeln, soweit er überhaupt etwas behandelt. Das gilt sowohl mit Bezug auf Eingriffe als auch mit Bezug auf Gewährungen. Nur ist es irreführend, den Teilhabeanspruch darauf zu reduzieren, er sei lediglich ein „formelles“ Recht, kein echtes subjektives Recht auf eine be-stimmte Leistung¹⁰⁷. Denn der Teilhabeanspruch gewinnt seinen justiablen Inhalt durch die Leistung, die ihn auslöst: der Teilhabeanspruch richtet sich prinzipiell genau auf diese Leistung, er wird durch ihre Merkmale inhaltlich bestimmt¹⁰⁸.

Als Ausformung des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots setzt sich der Teilhabeanspruch auch gegenüber dem Gesetz durch. Wo zum Beispiel der Haushaltsplan Rechtsgrundlage für Gewährungen ist, steht § 24 der Reichshaushaltsordnung dem Teilhabeanspruch deshalb nicht entgegen. Nach dieser Gesetzesnorm werden zwar durch den Haus-

rechte?, S. 10 ff.; *Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 188 f.

¹⁰⁶ *Mertens*, Selbstbindung, S. 43 ff., ist allerdings der Ansicht, daß sich aus einem als bloße Willkürschanke verstandenen Gleichheitssatz ein Gebot gleicher Begünstigung nicht ableiten ließe.

¹⁰⁷ *Mertens*, Selbstbindung, S. 21, 79 f.

¹⁰⁸ Zur Frage des örtlichen, zeitlichen und funktionellen Bereichs der Ver-gleichbarkeit vgl. *Mertens*, Selbstbindung, S. 32 ff.

haltsplan Rechtsansprüche nicht begründet. Gewährt aber die Verwaltung auf seiner Grundlage Leistungen, so erzeugt der Gleichheitssatz Teilhabeansprüche für alle, welche die gleichen Voraussetzungen erfüllen wie die Empfänger der Leistungen.

Der Teilhabeanspruch besteht auf alle Arten staatlicher Gewährungen im Rahmen heteronomer Ordnung von Produktion und Verteilung. Insbesondere gilt er auch mit Bezug auf anstaltliche Nutzgewährungen, hier in der Ausprägung als subjektives *Recht auf Zugang zur Anstalt*. Die Einführung eines „*numerus clausus*“ mit Bezug auf den Zugang zu einer Anstalt (zum Beispiel einer Universität¹⁰⁹), der ausschließlich an die Zahl der Anstaltsbenutzer anknüpft, ist mit dem Teilhabeanspruch nicht vereinbar. Eine solche Zugangsbeschränkung kann insbesondere nicht mit dem Mangel finanzieller Mittel zu einer dem Bedarf entsprechenden Erweiterung der Anstalt gerechtfertigt werden, da der Anstaltsträger nicht gehindert ist, den Zugang von der Übernahme einer kostendeckenden Vorzugslast durch die Teilhabeberechtigten abhängig zu machen. Die Ausschließung von Bewerbern um Zugang zu einer nutzbaren Anstalt ist mithin auch dann rechtswidrig, wenn die Kapazität der Anstalt erschöpft ist. Hat die Anstalt für die von ihr bereitgestellten Nutzgewährungen ein Monopol, so ist der Anspruch auf Zugang doppelt begründet¹¹⁰. Freilich kann der Anspruch auf Nutzgewährung auch dort, wo er durch ein Gerichtsurteil im Einzelfall bestätigt ist, letztlich ebenso wenig wie etwa der Anspruch auf Rechtsschutzgewährung durchgesetzt werden. Tritt ein solcher Fall der Undurchsetzbarkeit ein, so liegt es nicht anders, als wenn es — zum Beispiel infolge eines Mangels an Richtern — zu einem Stillstand der Rechtspflege kommt oder wenn Sicherheit und Ordnung infolge eines Mangels an polizeilichen Kräften nicht mehr aufrechterhalten werden können.

8. Rechtsstellung der Unternehmen gegenüber staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung als Korrelat und Bedingung liberaler Produktions- und Verteilungsordnung

Das Verhältnis des *Unternehmens* zur staatlichen Lenkung von Produktion und Verteilung unterscheidet sich wesentlich von dem Verhältnis des Einzelnen als Verbraucher zu dieser staatlichen Funktion. Das Unternehmen ist selbst Bestandteil des Systems von Veranstaltungen und Ordnungen, die der Bedürfnisbefriedigung dienen, während der Einzelne das

¹⁰⁹ Die Universität ist immer zugleich Anstalt, auch wenn sie körperschaftlich organisiert ist.

¹¹⁰ Wer sich um Zugang zu einer Universität bemüht, kann mit Rücksicht auf das in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Grundrecht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte nicht auf andere Universitäten verwiesen werden.

Subjekt des zu befriedigenden Bedürfnisses ist. Die Abhängigkeit des Unternehmens von der staatlichen Funktion hat insofern nicht das gleiche existenzielle Gewicht wie diejenige des Einzelnen. Allerdings ist das Unternehmen nicht nur Instrument der Bedürfnisbefriedigung, sondern zugleich Grundlage und Mittel des Erwerbs des Unternehmers und der im Unternehmen tätigen Personen. Dieses Verhältnis des Unternehmens und seiner Angehörigen zur staatlichen Lenkung von Produktion und Verteilung findet seinen Niederschlag in der Rechtsstellung des Unternehmens gegenüber der heteronomen Produktions- und Verteilungsordnung.

Grundnormen dieser Rechtsstellung sind die Rechtsprinzipien der Autonomie, insbesondere die Grundrechte der Berufsfreiheit und des Eigentums, ebenso wie das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot. Eingriffe sind nur im Rahmen der rechtsstaatlichen Ordnung zulässig. Aber auch andere Maßnahmen heteronomer Ordnung bedürfen der Legitimation, nämlich durch Notwendigkeiten optimaler oder gerechter Produktion oder Verteilung. Auf Grund des Gleichbehandlungsgebots hat jedes Unternehmen einen verfassungsrechtlichen Anspruch darauf, von staatlichen Maßnahmen zur Lenkung von Produktion und Verteilung nicht ungleich betroffen zu werden, und, soweit es sich bei diesen Maßnahmen um Gewährungen handelt, einen *Anspruch auf Teilhabe* an ihnen. Das Grundrecht der Berufsfreiheit beinhaltet somit zugleich einen Anspruch des Einzelnen gegen den Staat, dem Einzelnen die Chance beruflicher Entfaltung zu gewährleisten¹¹¹ — man wird einschränkend hinzufügen müssen: soweit der Staat auf diese Chance gestaltend Einfluß nimmt. Aber diese Ansprüche erhalten einen konkreten Inhalt erst durch die Merkmale, nach denen zulässige von unzulässigen Differenzierungen zu unterscheiden sind. Ähnlich wie beim Teilhabanspruch der natürlichen Person als Subjekt der Befriedigung von Lebensbedürfnissen, bei dessen Differenzierung Bedürftigkeit, Leistungsfähigkeit und Verdienst eine Rolle spielen können, kommt es beim Gleichbehandlungsanspruch des Unternehmens als Produktions- und Verteilungsinstrument auf dessen Funktion im Produktions- und Verteilungsprozeß an. Eine *Differenzierung* ist hier nur insoweit rechtlich zulässig, als sie erstens einem Ziel der heteronomen Veränderung dieses Prozesses dient, das im Kern begründet sein muß (das heißt: nicht willkürlich, zum Beispiel aus sachfremden Gründen gewählt sein darf), und als sie zweitens geeignet ist, dieses Ziel in einem Maße zu fördern, das dem Ausmaß und der Art des heteronomen Einflusses angemessen ist. Hier gewinnen die allgemein geltenden (zum Beispiel die rechtlichen, ökonomischen und technischen) Gesetze des Produktions- und Verteilungs-

¹¹¹ Fritz Werner, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AÖR, Bd. 81 S. 99.

prozesses für die Zulässigkeit von Differenzierungen durch heteronome Maßnahmen entscheidende Bedeutung: Die Maßnahme muß so eingerichtet sein, daß sich der Produktions- und Verteilungsablauf mittels dieser Gesetze zielgemäß gestaltet. Weitergehende nachteilige Wirkungen auf die Betroffenen, die bei anderer Gestaltung der Maßnahme vermeidbar wären, ohne daß ihre Eignung beeinträchtigt würde, das angestrebte Ziel zu erreichen, sind mit dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar; die Maßnahme ist nur in einer Gestaltung rechtmäßig, in der sie solche Wirkungen vermeidet. Daraus ergibt sich unter anderem eine für das Verhältnis der Maßnahme zur liberalen Produktions- und Verteilungsordnung wichtige Folgerung: nicht wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit von Grundrechten oder wegen einer verfassungsrechtlich gebotenen Subsidiarität heteronome Maßnahmen gegenüber der liberalen Produktions- und Verteilungsordnung, wohl aber auf Grund des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots sind Beeinträchtigungen des freien Wettbewerbs und Veränderungen seines Ergebnisses nur insoweit zulässig, als das durch das Ziel der Maßnahme gerechtfertigt ist. In der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* finden sich Stellen, die den Schluß nahelegen können, daß durch staatliche Maßnahmen zur heteronomen Ordnung von Produktion und Verteilung verursachte Wettbewerbsveränderungen stets rechtlich irrelevant seien, weil das Grundgesetz keine bestimmte Wirtschaftsordnung, also auch nicht den freien Wettbewerb garantiere¹¹². Eine solche Schlußfolgerung wäre nicht richtig. Denn das Grundgesetz entscheidet sich zwar (über Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie hinaus) nicht zwischen einer Ordnung autonomer und einer solchen heteronome Produktion und Verteilung, wohl aber verlangt es, daß die staatliche Wirtschaftsordnung dem Gleichbehandlungsgebot entspricht. Solange und soweit der Staat eine Ordnung autonomer Produktion und Verteilung unterhält, ist er deshalb verfassungsrechtlich an Abweichungen von dieser Ordnung gehindert, die nicht durch ein sachlich einleuchtendes Ziel gerechtfertigt und zu seiner Verfolgung erforderlich sind.

Aus der Doppelbedeutung des Unternehmens als Instrument von Produktion und Verteilung und als Erwerbsgrundlage des Unternehmers und der ihm angehörigen Personen können sich bei heteronomen Maßnahmen Zielsetzungen häufen, überlagern und widersprechen, welche die Versorgung dieser Personen und das Produktions- und Verteilungsergebnis im Interesse des Publikums betreffen. Entsprechend dieser Zielsetzungs-Interferenz können für die rechtliche Würdigung solcher Maßnahmen sowohl Erwägungen aus dem Rechtskreis des Einzelnen als Subjekt von Lebensbedürfnissen als auch die vorstehenden Erwägungen zugleich maßgeblich sein.

¹¹² Vgl. oben Abschnitt II 6 b.

9. Insbesondere: Recht der Subventionen

a) Begriff der Subvention

Subvention ist ursprünglich Hilfe. Es liegt nahe, daß sich an Hilfeleistungen Bedingungen knüpfen; dadurch gewinnt die Subvention eine instrumentale Funktion, die später in den Vordergrund tritt. Aus einer subsidiären Ausnahmeleistung wird ein normales Mittel der Lenkung von Produktion und Verteilung. So ist der Subventionsbegriff mit dem Fortschreiten staatlicher Einflußnahme auf Produktion und Verteilung gewachsen und hat seinen ursprünglichen Wortsinn gedehnt und gewandelt¹¹³. Mit der Etablierung heteronomer Produktion und Verteilung als gleichberechtigter Ordnung kann diese Entwicklung als abgeschlossen angesehen werden. Die Subvention ist ein Ordnungsmittel staatlicher Verwaltung geworden, dem zentrale Bedeutung zukommt. Aus dieser Einordnung der Subvention ergibt sich der Inhalt des Subventionsbegriffs als die unmittelbare und besondere Gewährung von Geld¹¹⁴ oder anderen vermögenswerten Leistungen¹¹⁵, oder als Befreiung von der Pflicht zu Abgaben oder anderen vermögenswerten Leistungen¹¹⁶ durch den Staat zu dem Zweck, im Rahmen einer *heteronomen* Ordnung optimale und gerechte Produktion und Verteilung zu bewirken, wenn für die Gewährung oder Befreiung an den Staat keine äquivalente Gegenleistung zurückfließt¹¹⁷. Im einzelnen:

¹¹³ Während es früher weitgehend berechtigt gewesen sein mag, Subventionen in aller Regel als Erscheinungsformen der Sozialstaatlichkeit anzusprechen, ist das heute nur von einem Standpunkt aus konsequent, der den Begriff der Sozialstaatlichkeit auf alle Erscheinungsformen staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung erstreckt. Vgl. *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 263.

¹¹⁴ Nach *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 266, gilt „in aller Regel“: *omnis subventio est pecunaria*.

¹¹⁵ Beispiele bei *Zacher*, VVDStRL, Heft 25, S. 329 ff.

¹¹⁶ So auch die wirtschaftstheoretische Definition; vgl. *Gundlach*, Subventionen, S. 9 f., der allerdings nur „Sondervergünstigungen“ als Subventionen gelten lassen will.

¹¹⁷ *Götz*, Subventionen, S. 5, wendet sich gegen die Bildung eines allgemeinen Subventionsbegriffs. Ihm ist natürlich zuzugeben, daß eine solche allgemeine Begriffsbestimmung nicht einfach im EWG-Recht, im deutschen Verwaltungsrecht oder gar „in der freien Welt“ einheitlich angewandt werden kann. Auch folgen, wie *Friauf*, DVBl. 1966, S. 731, und *Zacher*, VVDStRL, Heft 25, S. 316, betonen, nicht alle Subventionen in jeder Hinsicht denselben Rechtsregeln. Im Rahmen eines allgemeinen Systems der Rechtsordnung staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung ist jedoch die Bildung eines einheitlichen Subventionsbegriffs möglich und gerechtfertigt, um unter dem Gesichtspunkt des Systems in charakteristischer Weise zusammengehörende Erscheinungen, an die sich ähnliche rechtliche Würdigungen knüpfen, gemeinsam zu bezeichnen. Zu den verschiedenen Auffassungen von einer Definition des Subventionsbegriffs vgl. *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 194 ff. Zu der Einteilung der Wirtschaftssubventionen vgl. *Rüfner*, ebenda, S. 200 ff. Es erscheint auch bei näherem Zusehen entgegen der Auf-

aa) Die Subvention kann auf Produktion und Verteilung *aller Arten von Gütern und Leistungen* gerichtet sein. „Subventioniert“ werden Theater, Ausstellungen, Verkehrseinrichtungen, Einrichtungen für Sport, Spiel, Hygiene und Krankenpflege ebenso wie Wirtschaftsunternehmen. In allen diesen Fällen geht es um heteronome Einflußnahme auf Produktion und Verteilung, wobei deren Gegenstand keine Differenzierung hinsichtlich der für solche Einflußnahme allgemein geltenden Rechtsfolgen begründet. Soweit solche Differenzierungen im Rahmen dieser allgemeinen Regeln in Betracht kommen, empfiehlt es sich, zur weiteren Unterscheidung von „Wirtschaftssubventionen“, „Kultursubventionen“, „Gesundheitspflegesubventionen“ usw. zu sprechen. Auch Vorgänge der Umverteilung außerhalb des eigentlich „sozialen“ Bereichs werden als Subventionen bezeichnet¹¹⁸. Keine Subventionen sind Gewährungen oder Befreiungen, die nicht der Produktion und Verteilung von Lebensgütern dienen, wie zum Beispiel die Gewährung von Polizeischutz oder von Rechtsschutz.

bb) Gewährungen und Befreiungen, die nicht der *heteronomen Ordnung* von Produktion oder Verteilung dienen, sind keine Subventionen¹¹⁹. Das gilt zum Beispiel, soweit Aufwendungen unmittelbar im Interesse der Verteidigung oder der auswärtigen Beziehungen oder zur Aufrechterhaltung des Staatsapparates gemacht werden. Das gilt ferner für Leistungen im Rahmen einer Teilnahme des Staates am autonomen Leistungsaustausch, welche die Regeln und Bedingungen dieses autonomen Austausches einhält, also für Leistungen im Rahmen fiskalischer Betätigung¹²⁰.

cc) Zwar sind Gewährungen und Befreiungen, für die eine äquivalente *Gegenleistung an den Staat zurückfließt*, keine Subventionen. Auch aus

fassung von *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 276, m. E. durchaus möglich, zu einem Subventionsbegriff zu gelangen, der dieser Anforderung ebenso gerecht wird wie denjenigen der wirtschaftspolitischen Theorie.

¹¹⁸ Vgl. *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 260. Soweit dort auch Finanzhilfen an politische Parteien als Subventionen erwähnt sind, ist dem vom hier vertretenen Standpunkt aus zu widersprechen, da diese Hilfen mit Produktion und Verteilung von Lebensgütern nichts zu tun haben. Vgl. jedoch auch *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 195, insbes. Fußnote 398.

¹¹⁹ Die „Änderung des freien Zustandekommens von Sozialprodukt und Einkommen“ anerkennt *Stern* (JZ 1960, S. 519 f.) als definiens des Subventionsbegriffs, den er im übrigen allerdings auf „Sonderunterstützungen“ zu „Produktionszwecken“ begrenzt.

¹²⁰ Vgl. BVerwGE 5, S. 325, 327 ff. Mit solchen Aufwendungen und Leistungen können freilich Verwaltungsakte heteronome Produktions- und Verteilungsordnung verbunden sein: das ist zum Beispiel der Fall, wenn der Zuschlag eines öffentlichen Auftrags bei mehreren gleichwertigen Angeboten mit sozialen oder anderen („heteronomen“) Gründen motiviert wird; vgl. BVerwGE 14, S. 65; und erst recht, wenn mit dem Auftrag wirtschaftlich nicht begründete Vorteile für den Auftragnehmer verbunden sind, vgl. *Zacher*, VVDStRL, Heft 25, S. 330 f.

diesem Grunde ist die Gewährung von Beamtenbezügen oder die Gegenleistung für einen Einkauf von Verwaltungsmitteln keine Subvention. Selbst Gewährungen im Rahmen heteronomer Produktions- und Verteilungsordnung, zum Beispiel Leistungen der Daseinsvorsorge, sind keine Subventionen, wenn dem Staat eine äquivalente Gegenleistung zufließt (so im Falle der Versorgung mit elektrischem Strom bei kosten-deckenden Tarifen).

Das bedeutet jedoch keineswegs, daß — wie weithin angenommen wird¹²¹ — *Unentgeltlichkeit* zum Subventionsbegriff gehört. Zunächst ist selbstverständlich, daß alle staatlichen Vergünstigungen einem legitimen öffentlichen Zweck dienen müssen. Staatliche Vergünstigungen sind *Zweckvergünstigungen*. Das gilt nicht nur für Vergünstigungen im Rahmen der Abgrenzung des Freiheitsbereichs, sondern in besonders hohem Maße auch für Gewährungen von Gütern und Leistungen im Rahmen heteronomer Ordnung von Produktion und Verteilung, die deshalb dem Vorbehalt der Planmäßigkeit unterliegen¹²². Deshalb ist es von vornherein verfehlt, an Subventionen Erwägungen der Schenkung im Sinne eines beliebigen (willkürlichen) Altruismus heranzutragen¹²³. Selbst wo Subventionen unentgeltlich sind, hat das mit Schenkung nichts zu tun. Unentgeltliche staatliche Gewährungen können nur als Ordnungsmittel, also nur insoweit, als sie ein Gebot der Zweckmäßigkeit oder Gerechtigkeit erfüllen, zulässig und rechtmäßig sein. Hier verhält es sich nicht anders als bei Freiheitsbeschränkungen, die ebenfalls einer solchen Legitimation bedürfen. Ein Vergleich von Subventionen mit Schenkungen entspricht deshalb dem Vergleich eines Verwaltungsgebots oder -verbots mit einer Nötigung.

Bei Subventionen hat man im übrigen (wie auch sonst bei Vergünstigungen) zwischen Bestimmungsvergünstigungen und Teilhabegewährungen zu unterscheiden. Während Teilhabegewährungen ihren Zweck in sich selbst tragen, weil sie die im Rahmen heteronomer Produktion und Verteilung angestrebte Verteilung unmittelbar selbst herbeiführen¹²⁴, erreichen *Bestimmungsvergünstigungen* ihren Zweck dadurch, daß sie den Vergünstigungsempfänger zu einem bestimmten Verhalten

¹²¹ Götz, Subventionen, S. 8; Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 196.

¹²² Siehe oben Abschnitt II 2. Zur besonderen Zweck- und Zielabhängigkeit der Subventionen vgl. Kaiser, Diskussionsbeitrag, VVDStRL, Heft 25, S. 409 f.

¹²³ Wie hier Ipsen, VVDStRL, Heft 25, S. 287, und Zacher, das. S. 336 f., insbes. Fußnote 128.

¹²⁴ Teilhabegewährung liegt insoweit vor, als mit einer Subvention — wie zum Beispiel bei vielen Gewährungen „grüner“ Planung — nicht nur eine optimale Produktion gefördert, sondern zugleich die Lebenshaltung der Produzenten unmittelbar — und nicht erst als Folge einer Veränderung der Produktion — verbessert werden soll.

veranlassen¹²⁵. In diesem Sinne sind Subventionen häufig als Bestimmungsvergünstigungen ausgestaltet, indem die Leistung, zu welcher der Subventionsempfänger zugunsten eines Dritten oder Dritter (zum Beispiel: der Allgemeinheit) bestimmt werden soll, als Tatbestand der generellen Vorschrift oder als Bedingung oder Auflage der Einzelmaßnahme formuliert ist, auf Grund deren die Subvention gewährt wird. So liegt es bei der Subventionierung von Verbraucherpreisen, von Produktionsumstellungen oder von Einrichtungen zur Deckung eines allgemeinen Bedarfs. Solche Subventionen sind durchaus entgeltlich, sie stehen mit der Leistung, zu der sie bestimmen sollen, in einem synallagmatischen¹²⁶ Zusammenhang, der die Subvention geradezu legitimiert¹²⁷.

dd) Nur die *unmittelbare* Gewährung oder Befreiung durch den Staat¹²⁸ wird als Subvention angesehen, bei Bestimmungsvergünstigungen also zum Beispiel nicht die Leistung, zu welcher der außerhalb des Staates stehende Subventionsempfänger durch die Subvention veranlaßt wird¹²⁹. Diese Einschränkung bedarf der Erwägung: auch hinsichtlich der vom Staat, sei es durch Subventionen, veranlaßten Leistungen können die das Recht der Subventionen beherrschenden Probleme der Publizität, Gleichbehandlung, Teilhabe usw. auftreten.

Wenn nach der hier erläuterten Definition nur **besondere** Gewährungen oder Befreiungen als Subventionen angesehen werden, so soll der Subventionsbegriff damit von Leistungen abgegrenzt werden, die der Allgemeinheit erbracht werden (zum Beispiel die Nutzgewährung an Sachen im Gemeingebräuch). Subvention setzt eine zumindest gruppenmäßig

¹²⁵ In der wirtschaftspolitischen Theorie wird der Subventionsbegriff als auf Bestimmungsvergünstigungen beschränkt verstanden, vgl. Gundlach, Subventionen als Mittel der Wirtschaftspolitik, 1965, S. 8: „An Stelle einer Gegenleistung wird ein bestimmtes Verhalten der begünstigten Unternehmen bei der Bestimmung von Standort, Verfahren, Richtung und Programm oder Umfang ihrer Produktion oder bei der Bestimmung ihrer Absatz- und Beschäftigungsmärkte erwartet, das die Durchsetzung bestimmter wirtschaftspolitischer Zielsetzungen ermöglichen soll.“ Beachtenswert ist der Hinweis auf Finalität und Gegenleistungs-Ersatz in dieser Definition. (Die Aufzählung der Verhaltensweisen, zu denen bestimmt werden soll, erscheint allerdings als zu eng.) Vgl. dazu auch Gundlach, a.a.O., S. 11 f.

¹²⁶ Neben die synallagmatische kann eine kooperative Interessenstruktur treten, die Zacher, VVDStRL, Heft 25, S. 319, sogar für primär hält, vgl. auch ders., a.a.O., S. 410.

¹²⁷ Vgl. Ipsen, VVDStRL, Heft 25, S. 279 ff., 287.

¹²⁸ Gewährung durch den Staat im Sinne des Subventionsbegriffs kann auch vorliegen, wenn ein privates Rechtssubjekt eine staatliche Leistung erbringt, indem es „im Namen und für Rechnung“ des Staates unmittelbar an ein anderes privates Rechtssubjekt leistet; vgl. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 50: wenn ein privates Rechtssubjekt „auf Grund staatlicher Sanktion“ leistet.

¹²⁹ So auch die wirtschaftstheoretische Definition; vgl. Gundlach, Subventionen, S. 8 f.

individualisierte Zuteilung von Gewährungen oder Befreiungen vor-
aus¹³⁰.

Bei Vorliegen der begrifflichen Voraussetzungen im übrigen kann jede *natürliche oder juristische Person* Subventionsempfänger sein. Es be-
stehen insbesondere keine durchgreifenden Bedenken gegen die Vor-
stellung von selbständigen Gliederungen des Staates (Länder, Gemein-
den, sonstige öffentlich-rechtliche Rechtspersonen) als Subventionsemp-
fänger¹³¹. Allerdings fehlt es am Subventionsbegriff, soweit der Staat eine
Verwaltungstätigkeit finanziert¹³², zu welcher der Finanzierungsempfän-
ger nicht durch die Gewährung finanzieller Mittel veranlaßt, sondern
durch öffentlich-rechtliches Gebot verpflichtet ist.

ee) Gewährungen *an Endverbraucher* werden von einem Teil der
rechtswissenschaftlichen Autoren nicht als Subventionen angesehen¹³³.
Diese Einschränkung erscheint nicht angezeigt. Zumindest die meisten
Subventionen dienen der Einflußnahme auf das Verteilungsergebnis beim
Endverbraucher. Es ist nicht einleuchtend, daß Maßnahmen nur deshalb
vom Subventionsbegriff ausgeschlossen sein sollen, weil sie diesen
Zweck unmittelbar und nicht nur mittelbar verwirklichen¹³⁴.

ff) Die *Befreiung* von der Pflicht zu Abgaben oder anderen Leistungen
unterscheidet sich nur in rechts- und verwaltungstechnischer Hinsicht von
der Gewährung von Geld oder Leistungen¹³⁵. In bezug auf die grund-
sätzlichen Rechtsfragen, zum Beispiel des Vorbehalts des Plans, der
Plansicherheit, der Gleichbehandlung, der Konformität und der Rechts-
stellung des Einzelnen kann eine solche Befreiung deshalb in subven-
tionsrechtlicher Hinsicht nicht anders behandelt werden als eine positive
Leistung des Staates. Das schließt nicht aus, daß sich im einzelnen recht-
liche Unterschiede ergeben¹³⁶.

¹³⁰ Vgl. *Zacher*, VVDStRL, Heft 25, S. 321 f.

¹³¹ A. A. *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 421; *Götz*, Subventionen, S. 1: Nur Be-
günstigungen Privater seien Subventionen; desgl. *Zacher*, VVDStRL, Heft 25,
S. 317; teils weiter, teils noch enger *Stern*, JZ 1960, S. 519 f.; nur Unterstützun-
gen an „Unternehmer“; man bedenke, daß öffentliche Körperschaften als Trä-
ger von Regiebetrieben Unternehmer sein können.

¹³² Sog. *Dotation*, vgl. *Wolff*, Verwaltungsrecht III, S. 216, der den Begriff
jedoch nicht genügend eingrenzt.

¹³³ Vgl. *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 262, Fußnote 9, und S. 280. So auch die
wirtschaftstheoretische Definition; vgl. *Gundlach*, Subventionen, S. 9. *Zacher*,
VVDStRL, Heft 25, S. 317, möchte in Zuwendungen, deren ausschließlicher
Zweck Mehrung des Einkommens der Empfänger ist, keine Subventionen
sehen.

¹³⁴ Vgl. *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft,
S. 196.

¹³⁵ *Zacher*, VVDStRL, Heft 25, S. 317 f., spricht von „*Verschonungssubven-
tionen*“.

¹³⁶ Mit wesentlich anderer Betonung *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 286 f., der
offenbar Befreiungen überhaupt nicht als Subventionen im Rechtssinne be-
handeln möchte.

b) Subventionen unterstehen öffentlichem Recht
Verwaltungsakt — Gesetzesvorbehalt — Vorbehalt des Plans

Als Ordnungsmittel staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung unterliegt die Gewährung und Versagung von Subventionen dem öffentlichen Recht; sie ist hoheitliche, und zwar *schlicht-hoheitliche Verwaltung*¹³⁷. Die Entscheidung über die Gewährung oder Versagung ist *Verwaltungsakt*¹³⁸. Damit ist die Geltung einer *Zweistufentheorie*¹³⁹ nicht ausgeschlossen, nach der Vollzugsakte zur Gewährung von Subventionen privatrechtlicher Natur sein können¹⁴⁰.

Die Gewährung von Subventionen unterliegt nicht dem *allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes*, es sei denn, daß mit ihr ein Eingriff in Freiheit und Eigentum verbunden ist^{141, 142}. Auch im Rahmen dieser Auffassung ist Gegenstand lebhafter Erörterung, ob *andere Voraussetzungen der Legalisierung von Subventionen* gelten und welche Rechtsnatur generellen Verwaltungsvorschriften über Subventionsgewährungen zukommt¹⁴³. Diese Fragen können hier nicht eingehend erörtert werden.

¹³⁷ So die ganz herrschende Auffassung der deutschen Rechtslehre und -praxis, vgl. *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 285, 287; vgl. das Urteil des *Bundesverwaltungsgerichts* vom 19. Dezember 1958, DÖV 1959, S. 706; einschränkend *Zacher*, VVDStRL, Heft 25, S. 350 ff., siehe aber auch S. 356. *Zacher* meint (S. 350 f.), die Frage der Zuordnung des Subventionsverhältnisses zum öffentlichen oder privaten Recht besitze „weitaus weniger Ordnungswert als zumeist angenommen“. Ich möchte den Ordnungswert dieser Zuordnung dagegen für sehr beträchtlich halten, weil das öffentliche Recht im Gegensatz zum Privatrecht vom Gleichbehandlungsgebot und von den Maßgaben des öffentlichen Zwecks beherrscht wird.

¹³⁸ Siehe oben Abschnitt II 2.

¹³⁹ *Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 62 ff., 83 ff.

¹⁴⁰ Allerdings darf eine Zweistufentheorie nicht so angewendet werden, daß die Frage nach dem Anspruch auf Gewährung oder Bestand der Subvention ausschließlich privatrechtlich beurteilt wird; deshalb kann dem Urteil des LG Frankfurt am Main vom 16. November 1967 (BB 1968, S. 482 f.) nicht gefolgt werden; vgl. die Anm. von *Ritter*, a.a.O. Überzeugend *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 297 ff. Anderer Ansicht *Zacher*, VVDStRL, Heft 25, S. 347 ff.

¹⁴¹ Siehe oben Abschnitt II 2. Anderer Ansicht *Stern*, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 524 f.; wier hier BVerwGE 6, S. 282, und Urteil des *Bundesverwaltungsgerichts* vom 19. Dezember 1958, DÖV 1959, S. 708.

¹⁴² Ein spezieller Gesetzesvorbehalt gilt nach Art. 115 GG für die „Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen“ durch den Bund, die „zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können“.

¹⁴³ Vgl. dazu oben Abschnitt II 2. *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 290 ff., fordert eine solche Legalisierung und hält Subventionsrichtlinien für Rechtssätze. Anstelle eines Legalitätsvorbehalts möchte ich den Vorbehalt des Plans setzen. Die Rechtssatzqualität der Subventionsrichtlinie halte ich nicht für eine notwendige Konsequenz daraus, daß sie Rechte erzeugt.

Wird die Subventionsgewährung (als Bestimmungsvergünstigung) von einer bestimmten Art und Weise der unternehmerischen Betätigung abhängig gemacht (zum Beispiel von Maßnahmen zwischenbetrieblicher Arbeitsteilung, von Stillegungen oder Fusionen), so ist sie mit einem *Eingriff in Freiheit und Eigentum* derjenigen Unternehmen verbunden, die jene Bedingungen erfüllen, um in den Genuß der Subventionen zu gelangen, wenn diese Unternehmen aus Gründen, die im Sachzwang-Mechanismus der Ordnung autonomen Wirtschaftens liegen, insbesondere aus betriebswirtschaftlichen Gründen (zum Beispiel wegen einer Verschiebung der Kosten-Ertrags-Relation) ohne Teilhabe an den Subventionen neben den dieselben Subvention genießenden Konkurrenzunternehmen nicht ohne beträchtliche Einbußen fortbestehen könnten. Zugleich stellt die Subventionsgewährung in diesen Fällen einen Eingriff in Freiheit und Eigentum derjenigen Unternehmen dar, welche die Subvention nicht in Anspruch nehmen, aber durch die vermittels der Subventionierung herbeigeführte unternehmerische Betätigung der Konkurrenzunternehmen gezwungen sind, zur Vermeidung beträchtlicher Einbußen ihre eigene unternehmerische Betätigung umzustellen oder im Extremfall aus dem betroffenen Gewerbezweig auszuscheiden¹⁴⁴. Aber auch ohne mit Auflage oder Bedingung verbunden zu sein, kann die Subvention zugleich Eingriffscharakter besitzen. Das kann, wenn von zwei in Konkurrenz stehenden Unternehmen nur dem einen eine Subvention gewährt wird, hinsichtlich der Wirkung dieser Subvention auf das nicht subventionierte Unternehmen der Fall sein¹⁴⁵. Die Rechtsnatur solcher Subventionsmaßnahmen als Eingriffe in Freiheit und Eigentum ist nicht deshalb zu verneinen, weil sie ihre compulsive Wirkung nicht durch Befehl oder Verbot, sondern vermittels ökonomischer Gesetzlichkeiten entfalten, denn die durch solche Gesetzlichkeiten vermittelte Wirkung ist nicht weniger zwingend, sondern kann sogar zwingender sein als diejenige eines staatlichen Befehls oder Verbots¹⁴⁶. Im übrigen gehen auch die zwingenden Wirkungen des Marktes letzten Endes auf die staatliche Garantie der autonomen Ordnung zurück. Aus der Eingriffsnatur einer solchen Subventionsmaßnahme ergibt sich, daß sie dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt. Handelt es sich bei den mit der Subventionsmaßnahme erzwungenen Verhaltensweisen der betroffenen Unternehmen um solche, deren Anordnung durch staatliche Befehle oder Verbote als

¹⁴⁴ Vgl. Köttgen, Fondsverwaltung, S. 138; Zacher, VVDStRL, Heft 25, S. 365.

¹⁴⁵ Vgl. Mertens, Selbstbindung, S. 97 f.

¹⁴⁶ Vgl. Friauf, Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, DVBl. 1966, S. 732 ff.; vgl. auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. März 1966, DVBl. 1966, S. 869, das finanziell nachteilige Maßnahmen einem Eingriff in die freie Betätigung einer Privatschule gleichstellt. Soweit derartige objektive Sachzwänge vorherrschen, kann weder der Satz „omnis subventio est voluntaria“ noch „volenti non fit iniuria“ gelten, dies zu Ipsen, VVDStRL, Heft 25, S. 267.

Regelung der Berufsausübung im Sinne der Art. 12 GG anzusehen wäre, so unterliegt die Maßnahme den Voraussetzungen und Schranken dieses Grundrechts.

Im übrigen unterliegen Subventionen als Maßnahmen heteronomer Ordnung von Produktion und Verteilung in jedem Falle, auch wenn sie nicht mit einem Eingriff in Freiheit und Eigentum verbunden sind und deshalb vom allgemeinen Gesetzesvorbehalt nicht erfaßt werden, dem *Vorbehalt des Plans* (siehe oben Abschnitt II 2 am Ende)¹⁴⁷.

c) **Publizität, Plansicherheit**

Die generell für Maßnahmen heteronomer Ordnung von Produktion und Verteilung postulierten Voraussetzungen der Publizität und der Plansicherheit gelten auch für Subventionsmaßnahmen.

Das gilt zunächst für das Publizitätserfordernis (siehe oben Abschnitt II 3)¹⁴⁸. Mit Bezug auf die Publizität von Subventionsmaßnahmen ist besonders wichtig, daß auch ihre Zwecke und Gründe festgelegt und publiziert sein müssen. Soweit es sich um Bestimmungsvergünstigungen (siehe oben Abschnitt II 9 a, cc) handelt, können Subventionen ihren Zweck, Personen oder Unternehmen zu einem planmäßigen Verhalten zu veranlassen, ohne die vorausgesetzte *Planpublizität* überhaupt nicht erfüllen. Der Mangel der Planpublizität bewirkt aber darüber hinaus eine schwere Beeinträchtigung des autonom verbleibenden Ablaufs von Produktion und Verteilung. Denn da nur eine zutreffende Kenntnis aller Produktions- und Verteilungsbedingungen zu einem Verhalten der autonomen Beteiligten führen kann, das ein optimales Ergebnis zur Folge hat, müssen versteckte Änderungen dieser Bedingungen sich in einer Verfälschung des Ergebnisses niederschlagen. Neben den Schaden für das allgemeine Wohl tritt dabei häufig ein Nachteil des Beteiligten, der sich infolge seiner Unkenntnis — gemessen an seinem Interesse — falsch verhalten hat. Hier zeigt sich deutlich, wie ein Publizitätsmangel mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip des Vertrauensschutzes kollidiert: Verlangt die staatliche Ordnung autonomer Produktion und Verteilung vom Einzelnen geradezu ein Verhalten, dessen Maßstab neben den objektiven Gegebenheiten, insbesondere der Marktlage von Angebot und Nachfrage,

¹⁴⁷ *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 294 ff., spricht vom „Subventions-Statut“, hat aber dabei wohl mehr Legalitätsfragen als den Aspekt der Planmäßigkeit im Auge.

¹⁴⁸ Vgl. *Zacher*, VVDStRL, Heft 25, S. 354 ff. *Ipsen*, VVDStRL, Heft 25, S. 297, verlangt „strikte Durchsetzung“ der „samtlichen Publizität“ der Subventionsrichtlinien „mindestens im Bereich der Subventionsinteressenten“. Zumindest *Zacher* bleibt jedoch hinter der Rechtslage zurück, soweit er Publizität nur als Problem *de lege ferenda* behandelt (a.a.O., S. 358 ff.); vgl. dazu oben Abschnitt II 3.

sein eigenes Interesse ist, so kommt eine stillschweigende, heteronome Änderung der Bedingungen, welche ein der autonomen Ordnung entsprechendes Verhalten des Einzelnen zu seinem eigenen Nachteil ausschlagen läßt, einer Täuschung und einem Vertrauensbruch gleich.

Auch der Grundsatz der Plansicherheit (vgl. oben Abschnitt II 4) findet im Bereich der Subventionsmaßnahmen ein wichtiges Anwendungsfeld. Ein Beispiel für die Anwendung dieses Grundsatzes auf eine Wirtschafts-Subventionsmaßnahme bietet die Gewährung und spätere Verringerung der *Anpassungsbeihilfen für die deutsche Mineralölgewinnungsindustrie*:

Im Zuge der Entwicklung einer deutschen Mineralölindustrie hatten die Anfang des Jahrhunderts als Finanzzölle eingeführten Mineralölzölle die Funktion von Schutzzöllen übernommen. Der Gesetzgeber gewährte der einheimischen Industrie im Rahmen der Neuregelung der Abgaben auf Mineralöl aus dem Jahre 1953 einen Zollschutz von rund 85,— DM/t. Als die Bundesrepublik zum 1. Januar 1964 zur Erfüllung der im EWG-Vertrag übernommenen Verpflichtung genötigt war, den Außenzoll für Rohöl zu beseitigen, wurde in Art. 5 des Gesetzes über Umstellung der Abgaben auf Mineralöl vom 20. Dezember 1963¹⁴⁹ die Gewährung einer Anpassungsbeihilfe an die deutschen Erdölgewinnungsunternehmen vorgesehen, „um sie zu erhalten und der deutschen Erdölgewinnungsindustrie die Anpassung an die neue Wettbewerbslage zu erleichtern“. Die Gewährung der Anpassungsbeihilfe beruhte auf einem zwischen Bundesregierung und Mineralölgewinnungsindustrie vereinbarten Plan, nach dem mit der Beihilfe Bemühungen um den Erwerb von Aufsuchungs- und Gewinnungsrechten und Aufsuchungs- und Erschließungsarbeiten finanziert werden sollten. Bei Durchführung dieses Plans sollte die deutsche Mineralölgewinnungsindustrie nach 6 Jahren in der Lage sein, ohne staatliche Subventionen zu bestehen¹⁵⁰. Höhe und Dauer der Gewährung der Anpassungsbeihilfen war gesetzlich derart festgelegt, daß von vornherein feststand, welche Unternehmen welche Gesamtbeihilfen zu erhalten hatten. Art. 5 GUAM gewährte auf die Beihilfen einen Rechtsanspruch¹⁵¹.

Es war mit dem Grundsatz der Plansicherheit nicht zu vereinbaren, daß der Bundesgesetzgeber die Anpassungsbeihilfe durch Art. 14 des Finanzplanungsgesetzes vom 23. Dezember 1966¹⁵² ausschließlich aus fiskalischen Gründen erheblich, nämlich um mehr als ein Viertel des ursprünglich

¹⁴⁹ BGBI. I, S. 995 — GUAM.

¹⁵⁰ Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes über Umstellung der Abgaben auf Mineralöl von 1963, Bt-Drs. IV/1473, S. 11 zu A I und II.

¹⁵¹ Vgl. neben dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 GUAM, BT-Drs. IV/1473, S. 14, und BT-Drs. zu Drucksache IV/1613, S. 2.

¹⁵² BGBI. I, S. 697.

insgesamt zur Verfügung gestellten Betrages kürzte. Damit verstieß er gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Rechtssicherheit und durchbrach den Vertrauenschutz, der den betroffenen Unternehmen durch das vorangegangene Tun der Bundesrepublik im Rahmen der vorstehend umrissenen Planung zustand. Mit der Einschränkung der Beihilfen hat der Gesetzgeber die Grenzen der Befugnis zu Gesetzesänderungen verletzt. Die Besonderheit des vorliegenden Falles, die diese Grenzen markiert, ist in der Einbindung des Rechts auf Anpassungsbeihilfe in einen wechselwirksam verknüpften Bestand von Zusagen zu einem planmäßigen, zeitlich und inhaltlich fixierten Zusammenwirken von Staat und Wirtschaft zu sehen. Hinzu kommt, daß die betroffenen Unternehmen die ihnen zufallenden Maßnahmen bei der Gesetzesänderung bereits ins Werk gesetzt hatten und eine Unterbrechung, Teilung, Verringerung oder Rückgäiggigmachung dieser Maßnahmen aus technischen und wirtschaftlichen Gründen nicht möglich ist. Mit ihrer Einlassung auf den Plan von 1963 haben die Unternehmen der deutschen Erdölgewinnungsindustrie den Zeitpunkt verpaßt, in dem ihre Umstellung auf reine Verarbeitungs- und Vertriebsunternehmen noch wirtschaftlich sinnvoll gewesen wäre. Gegenüber einem so begründeten Bestandsschutzinteresse können sich rein fiskalische Interessen nicht durchsetzen.

Ähnlich liegt der Fall, über den das Reichsgericht in seinem Urteil vom 10. Januar 1933 entschieden hat: In einer Verordnung der Reichsregierung von 1923 war bestimmt worden, daß für die *Einfuhr von Gefrierfleisch* bestimmte Erleichterungen gelten und „mindestens bis 31. Dezember 1933“ in Kraft bleiben sollten. Die Gefrierfleischimporteure haben im Vertrauen auf diese Regelung bedeutende Investitionen vorgenommen. Die Einfuhrerleichterungen wurden jedoch bereits in den Jahren 1925 bis 1930 wieder aufgehoben. Das Reichsgericht hat in seinem Urteil den Standpunkt vertreten, die Verordnung von 1923 habe den Importeuren kein wohlerworbenes Recht verliehen¹⁵³. Diese Entscheidung ist mit der heute gültigen Auffassung vom normativen Gehalt des Verfassungsprinzips der Rechtssicherheit nicht vereinbar¹⁵⁴.

Ein weiteres Beispiel aus dem Bereich der Wirtschaftslenkung ist das folgende:

Während der Zeit der Geltung *außenhandelsrechtlicher Beschränkungen* der Einfuhr von Ölen nach dem Ende des zweiten Weltkrieges bestand eine *Inlandsnachfrage nach Tallöl*. Das inländische Unternehmen, das Tallöl durch Bearbeitung im Lohnauftrag eines anderen Unternehmens für dieses in den Zustand versetzte, in dem es von diesem ande-

¹⁵³ RGZ 139, S. 177.

¹⁵⁴ Vgl. sowohl zur Mineralöl-Anpassungsbeihilfe als auch zum Gefrierfleischfall ganz im Sinne der vorstehenden Ausführungen Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, S. 35 ff.

ren Unternehmen auf dem Inlandsmarkt an Industrieunternehmen abgesetzt werden konnte, war von der Verwaltung auf Wunsch der zuletzt genannten Unternehmen (Bedarfsträger) aufgefordert worden, das Tallöl selbst zu erwerben und nach Bearbeitung an die Bedarfsträger für eigene Rechnung weiterzuveräußern. Um Zwangsanordnungen zu vermeiden, ist das Bearbeitungsunternehmen dieser Aufforderung gefolgt. Als in der Folgezeit die Aufhebung außenhandelsrechtlicher Beschränkungen zu einem Angebot von Substitutionswaren für Tallöl auf dem Inlandsmarkt führte, konnte das Bearbeitungsunternehmen das von ihm auf Grund der Vereinbarung mit der Verwaltung gekaufte Tallöl nicht mehr oder nur noch mit erheblichem Verlust absetzen.

Aus dem Grundsatz der Plansicherheit ist ein subjektives Recht des Bearbeitungsunternehmens darauf abzuleiten, daß die Verwaltung die außenhandelsrechtlichen Beschränkungen, welche die von dem Bearbeitungsunternehmen übernommenen Geschäfte wirtschaftlich ermöglichen, nicht in einer Weise abändert, durch welche dem Bearbeitungsunternehmen Schaden entstehen muß¹⁵⁵.

d) Gleichbehandlung, Konformität

Differenzierungen bei der Subventionsgewährung sind nur zulässig, soweit sie erforderlich sind, um den legitimen Zweck der Subventionsmaßnahme als Ganzen zu erreichen (vgl. oben Abschnitt II 5). „Das Willkürverbot erhält im Bereich der Subventions-Detaillierung deshalb größere Wirksamkeit, weil die Frage, ob sich für eine Differenzierung „einleuchtende Gründe“ finden lassen, nicht mehr formelhaft mit der Feststellung irgendeines möglichen Grundes, sondern nur nach Vergleich mit den übrigen Subventionstatbeständen beantwortet werden darf. Der Gesetzgeber schafft durch die von ihm getroffene Subventionsmaßnahme selbst Tatsachen, an die er, wenn seine Regelung mit dem Gleichheitssatz in Einklang stehen soll, bei allen Differenzierungen in der Auswahl des Kreises der Subventionierten gebunden ist¹⁵⁶.“ Das gilt nicht nur für den Gesetzgeber, sondern auch für Subventionsgewährungen, die nicht auf gesetzlicher Grundlage beruhen. Das von *Ipsen*¹⁵⁷ betonte „subventionäre Ermessen“ hat mithin enge Grenzen.

Subventionsmaßnahmen dürfen der *Ordnung autonomer Produktion und Verteilung*, soweit sie fortbesteht, nicht widersprechen (vgl. oben Abschnitt II 6 b). Ein solcher Widerspruch würde vorliegen, wenn eine Subvention bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung einer Ordnung auto-

¹⁵⁵ *Forsthoff-Krause*, Gutachten, S. 26.

¹⁵⁶ *Götz*, Subventionen, S. 267 f.

¹⁵⁷ VVDStRL, Heft 25, S. 282.

nomer Produktion oder Verteilung, insbesondere von Markt und Wettbewerb, in dem von ihr betroffenen Bereich bestehende und durch Wettbewerb gewonnene Vorteile beseitigen oder im Wettbewerb verlorene oder nicht erreichte Positionen wiederherstellen oder zuweisen würde. Denn die Aufrechterhaltung autonomer Ordnung enthält die Entscheidung, daß optimale Produktions- und Verteilungsergebnisse nach wie vor im Wettbewerb angestrebt werden sollen. Dann wäre es aber nicht folgerichtig, wenn durch Subventionen ein unzweckmäßiges Verhalten im Wettbewerb belohnt, ein zweckmäßiges dagegen bestraft würde. Soll durch Subventionen ein bestimmtes Unternehmerverhalten (zum Beispiel Maßnahmen zur Strukturverbesserung, etwa Betriebsumstellungen oder Zusammenschlüsse) erreicht werden, so darf die Subvention einem Teil der miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen nicht schon deshalb vorenthalten werden, weil sie die angestrebten Maßnahmen bereits aus eigener Kraft verwirklicht haben. Abgesehen von dem wirtschaftspolitischen Widersinn, daß andernfalls Wohlverhalten im Sinne der heteronomen Ordnung nachträglich bestraft würde, wäre das als *venire contra factum proprium* einer staatlichen Ordnung anzusehen, die zugleich autonome Produktion und Verteilung ermöglicht und propagiert und diejenigen um die Früchte des Wettbewerbs bringt, die sich in optimaler Weise mit zweckmäßigen Anstrengungen und Aufwendungen daran beteiligen. Als Rechtsgrundlage des Verbots eines derart widersprüchlichen staatlichen Verhaltens wirken das Gleichbehandlungsgebot und der Grundsatz des Vertrauensschutzes zusammen. Darüber hinaus ist denkbar, daß eine Subventionsmaßnahme mittels des zwingenden Mechanismus der aufrechterhaltenen Wettbewerbsordnung Unternehmen zu einem bestimmten Verhalten im Wettbewerb nötigt oder zu Verlusten führt, die eine Substanzeinbuße zur Folge haben. Dann stellt die Maßnahme nicht nur einen Eingriff dar, welcher dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterliegt (siehe oben Abschnitt II 9 b), sondern sie unterliegt als Regelung der Berufstätigkeit und als Inhaltsbestimmung oder Beschränkung des Eigentums (nämlich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Schranken der Grundrechte der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und des Eigentums (Art. 14 GG)¹⁵⁸.

Verstößt eine Subventionsmaßnahme gegen den Gleichheitssatz oder das rechtsstaatliche Prinzip des Vertrauensschutzes oder stellt sie einen unzulässigen Eingriff in die Grundrechte der Berufsfreiheit oder des Eigentums dar, so ist sie *rechtswidrig*. Ist sie mit einem Eingriff in subjektive Rechte verbunden, so muß — wird die Eingriffsnatur konsequent zu Ende gedacht — ein Rechtsanspruch des Dritten auf Unterbleiben und

¹⁵⁸ Ich hätte Bedenken dagegen, mit *Ipsen* (VVDSrl, Heft 25, S. 302 f.) daneben ein Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit anzunehmen.

gegebenenfalls auf Rückforderung der Subvention anerkannt werden. Daß Vertrauensschutz der Rückforderung entgegenstehe, kann hier (wie anderweit ein Verbot des Widerrufs rechtswidriger Verwaltungsakte) nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Ist ein solcher Ausnahmefall gegeben, so kommt ein Entschädigungsanspruch in Betracht (vgl. unten Abschnitt 10). Stets bleibt aber zu beachten, daß die Rechtswidrigkeit der Subventionsmaßnahme durch Einbeziehung aller die gleichen Voraussetzungen erfüllenden Personen und Unternehmen beseitigt werden kann, wenn sie allein in deren Ungleichbehandlung ihren Grund hat.

Ein Beispiel für bedenkliche Differenzierungen von Subventionen bieten die in den Bundeshaushaltsplänen für die Jahre 1963 bis 1967 in einer Größenordnung zwischen 69 und 153 Millionen DM jährlich ausgewiesenen „Zuschüsse zur Förderung der vertikalen Verbundwirtschaft“¹⁵⁹, soweit sie für *Strukturmaßnahmen im Bereich der Molkereiwirtschaft* bestimmt sind. Die Richtlinien des Bundesministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten für die Vergabe dieser Mittel haben vorgesehen, daß Zuschüsse zu gewähren sind, wenn durch Rationalisierungsmaßnahmen, Arbeitsteilung oder Fusion über Kostensenkungen und bessere Wahrnehmung der Marktchancen eine „Steigerung der Wirtschaftlichkeit und möglichst auch der Qualität“ sowie schließlich eine „Erhöhung des Milchaufliegepreises“ erreicht werden kann¹⁶⁰. Eine nach diesen Richtlinien gewährte Subvention kann eine Wettbewerbsverschiebung zur Folge haben, indem die subventionierten Unternehmen von Kosten entlastet werden, welche andere Unternehmen, die eben zu den durch die Subventionen angestrebten Zwecken Investitionen vorgenommen haben, aus eigener Kraft aufbringen mußten und in der Zukunft erwirtschaften müssen. Die Kostenentlastung kann dazu führen, daß die subventionierten Unternehmen höhere Milchaufliegepreise anbieten und dadurch die nicht subventionierten Unternehmen wegen des mengenmäßig im wesentlichen konstanten Milchangebots von ihren Bezugsquellen abschneiden, so daß diese neben den Kosten ihrer Strukturverbesserungsmaßnahmen, für deren Finanzierung sie nicht auf staatliche Maßnahmen gewartet haben, noch eine Beschränkung ihres Marktanteils in Kauf nehmen müssen. Diese Auswirkung kann für das einzelne Unternehmen gravierend sein und es im extremen Fall zum Ausscheiden aus dem Markt zwingen. Eine solche Maßnahme würde das Gleichbehandlungsgebot verletzen. Obwohl sie ohne Ge- oder Verbote wirkt, würde

¹⁵⁹ Vgl. jeweils Einzelplan 10, Kapitel 02, Titel 623 des Bundeshaushaltplanes.

¹⁶⁰ Vgl. Abschnitt I Nr. 1 und 2 der Richtlinien des Bundesministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten vom 19. Juni 1967 — III B 5 — 3243.13 —, abgedruckt in: „Richtlinien 1967“, herausgegeben vom Land- und Hauswirtschaftlichen Auswertungs- und Informationsdienst, Landwirtschaftsverlag GmbH, Hiltrup.

sie auch eine Regelung der Berufsausübung oder, wo sie die Erdrosselung von Konkurrenzunternehmen zur Folge hätte, unter Umständen sogar der Berufswahl darstellen¹⁶¹, die wegen ihrer Ungleichmäßigkeit mit Art. 12 GG nicht vereinbar wäre¹⁶².

Subventionsmaßnahmen dürfen zur Eingehung bestimmter Koalitionen nur zwingen, soweit das der Subventionszweck erfordert und wenn die Maßnahmen auf gesetzlicher Grundlage beruhen, wenn ferner die Betroffenen dadurch nicht gehindert werden, Koalitionen ihrer Wahl anzugehören und wenn die Koalition, auf deren Bildung sich der Zwang bezieht, lediglich eine organisatorische Modalität der Erbringung von Leistungen darstellt, von denen Subventionen zu Recht abhängig gemacht werden können. (Vgl. dazu oben Abschnitt II 6 c.) Im Bereich staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung sind unter dem Gesichtspunkt der Koalitionsfreiheit der Wirtschaftsunternehmen vor allem Maßnahmen zu würdigen, bei denen Gewährungen von der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Vereinigung oder Gesellschaft abhängig gemacht werden. Solche Maßnahmen sind mit der vorstehend angedeuteten Maßgabe durch Art. 9 Abs. 1 GG verboten. Ein instruktiver Anwendungsfall ist die in der Landwirtschaftslenkung gebräuchliche Bevorzugung der Mitglieder von Genossenschaften, wie sie zum Beispiel in Abschnitt 1 der Richtlinien des Bundesministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten über die „Förderung der Kellerwirtschaft im Weinbau (genossenschaftliche Anlagen der Winzer)“¹⁶³ zum Ausdruck kommt. Der mit dieser Bevorzugung verbundene Druck auf Weinwirtschaftsunternehmen, einer Genossenschaft beizutreten, ist — vom Vorbehalt des Gesetzes abgesehen — mit Art. 9 Abs. 1 GG um so weniger vereinbar, als die Implikationen eines solchen Beitritts weit über die Folge einer Beitragspflicht hinausgehen und die Unternehmenspolitik und -Einstellung grundlegend beeinflussen müßten¹⁶⁴.

¹⁶¹ Daß finanziell wirksame Differenzierungen als solche Regelungen anzusehen sind, hat das *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 13, S. 186, und 16, S. 162) mit Bezug auf Steuern und das *Bundesverwaltungsgericht* (Urteil vom 11. März 1966, DVBl. 1966, S. 869) mit Bezug auf die Versagung einer Subvention anerkannt; vgl. auch *Friauf*, DVBl. 1966, S. 732. Zur Frage der „Erdrosselung“ vgl. allerdings BVerfGE 16, S. 163 ff. und BVerwGE 6, S. 265 ff., 268.

¹⁶² Zu den Voraussetzungen und Grenzen einer Regelung der Berufsausübung vgl. BVerfGE 7, S. 378, 405 ff.; 13, S. 97 ff.; 16, S. 167 ff.; 18, S. 324 ff., 327, 334 f.

¹⁶³ Abgedruckt in: Richtlinien — Förderungsmaßnahmen des Bundes für die Land- und Forstwirtschaft — Landwirtschaftsverlag Hiltrup, 1967, Nachtrag S. 17.

¹⁶⁴ Zu demselben Ergebnis gelangt Götz, Subventionen, S. 271, bereits auf Grund des Gleichbehandlungsgebots.

e) Subventionsanspruch

Der Staat hat prinzipiell die Wahl, ob er den Anforderungen des Gleichheitssatzes und der Grundrechte der Berufsfreiheit und des Eigentums dadurch Rechnung tragen will, daß er auf eine diesen Anforderungen nicht genügende Subventionsmaßnahme überhaupt verzichtet¹⁶⁵ oder aber dadurch, daß er diesen Anforderungen durch die Ausgestaltung der Maßnahme genügt. Diese Wahl besteht grundsätzlich auch dort, wo bereits ausdrücklich ein Anspruch auf Subventionen (zum Beispiel durch Gesetz oder Zusage) eingeräumt ist, und auch noch nach Beginn der Durchführung einer Maßnahme. Wird auf die Subventionsmaßnahme verzichtet, so hat es bei den oben in Abschnitt II 9 d erwähnten Rechten der durch die bereits vollzogenen Gewährungen Betroffenen sein Bewenden. Solange und soweit dagegen an der Subventionsmaßnahme festgehalten wird, gilt folgendes:

Gewährt der Staat Subventionen, so haben grundsätzlich alle diejenigen, die sich unter dem Gesichtspunkt des Subventionszwecks in gleicher Lage befinden wie der oder die Subventionsempfänger, einen *Rechtsanspruch* auf Gewährung der gleichen Subvention¹⁶⁶. Soweit mit der Subvention das Ergebnis der Verteilung der Lebensgüter, zum Beispiel über den Einkommensanteil, bei den durch die Subvention Befürworteten reguliert wird, ist der Subventionsanspruch eine Ausprägung des allgemeinen Teilhabeanspruchs und teilt dessen Begründung (siehe oben Abschnitt II 7). Soweit die Subvention dagegen zugleich oder stattdessen Maßnahme der Wirtschaftslenkung zur mittelbaren Bestimmung des Ergebnisses von Produktion und Verteilung im Interesse unternehmensfremder Dritter ist, beruht er auf der oben in Abschnitt II 8 behandelten, für das Subventionsrecht in Abschnitt II 9 d spezifizierten Rechtsstellung des Unternehmens gegenüber staatlicher Lenkung. Nicht nur der Anspruch auf Gleichbehandlung¹⁶⁷ gebietet die Gewährung der Subvention an alle Unternehmen, sondern es kann auch nur durch Annahme eines Anspruchs auf gleichmäßige Subventionsgewährung ausgeschlossen werden, daß die Subventionsmaßnahme wegen ihrer Ungleichheit eine verfassungsrechtlich unzulässige Regelung der Berufsausübung darstellt (vgl. oben Abschnitt II 9 d). Das in Art. 12 GG gewährleistete Grundrecht der Berufsfreiheit erweist sich insoweit als „Instrument zur Sicherung der Rechte des Individuums auf wirtschaftliche Teil-

¹⁶⁵ Siehe oben Abschnitt II 7, 9 d und Götz, Subventionen, S. 264.

¹⁶⁶ BGHZ, Urteil vom 30. April 1959, DÖV 1959, S. 710; Münch, Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip, JZ 1960, S. 304; Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 559; Schlichter, Klageformen, DVBl. 1966, S. 741; Urteile des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 21. Dezember 1956, ESVGH 6, S. 231 ff.

¹⁶⁷ Vgl. Henze, Finanzhilfe, S. 100.

habe“¹⁶⁸. Allerdings wird ein Anspruch auf Subventionsgewährung auf Grund des Gleichheitssatzes nicht durch eine Subventionsgewährung ausgelöst, die aus anderen Gründen als wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz rechtswidrig ist (zum Beispiel gegen ein gesetzliches Verbot verstößt); die Gewährung einer rechtswidrigen Subvention kann nur Entschädigungsansprüche auslösen. Da der unter den genannten Voraussetzungen gegebene Subventionsanspruch auf dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot, gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 12 GG beruht, kann er weder durch Gesetz noch durch eine im Range unter dem Gesetz stehende Anordnung ausgeschlossen werden¹⁶⁹.

Hängt nach alledem der allgemeine Subventionsanspruch davon ab, ob sich der Staat zur Durchführung der Subventionsmaßnahme entschlossen hat, so kommt es entscheidend darauf an, wodurch ein solcher Entschluß formell indiziert wird. Solange ein Gesetz, eine Rechtsverordnung oder Satzung, eine Verwaltungsvorschrift oder Richtlinie, ein Haushaltsansatz oder ein Plan besteht, ist davon auszugehen, daß eine darin vorgesehene Subventionsmaßnahme durchgeführt werden soll. Auch wenn in solchen Fällen die Subventionierung ins Verwaltungsermessen gestellt ist, entsteht der Subventionsanspruch mit dem Beginn ihrer Durchführung. Ist dagegen keine derartige Grundlage ersichtlich, so kann der Anspruch durch einzelne Subventionsgewährungen nicht ausgelöst werden, weil nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Gewährungen der Grundlage in einer maßgeblichen Entscheidung über die Durchführung einer Subventionsmaßnahme entbehren. Hier liegt näher, daß die Gewährungen rechtswidrig sind, schon weil sie dem Vorbehalt des Plans

¹⁶⁸ Götz, Subventionen, S. 255. Im Ergebnis ähnlich Kötgen, Fondsverwaltung, S. 64: nach seiner Ansicht „kann sich ein von der Fondsverwaltung übergangener Unternehmer nicht nur auf den Gleichheitssatz, sondern möglicherweise auch auf die Freiheit des Wettbewerbs berufen“. Anderer Ansicht Ipsen, VVDStRL, Heft 25, S. 283, 445. Ein ganz ähnlicher Rechtsgedanke liegt auch dem Urteil des *Bundesverwaltungsgerichts* vom 11. März 1966, DVBl. 1966, S. 869 zugrunde: Danach folgt aus dem Verfassungsrecht auf freie Betätigung von Privatschulen in Verbindung mit dem in Art. 3 GG garantierten Recht der Chancengleichheit, daß der Staat die Privatschulen in dem Umfang subventionieren muß, indem er den öffentlichen Schulen Zuschüsse zu gewähren pflegt. Mit dem Gleichbehandlungsgebot allein könnte dieses Ergebnis nicht begründet werden, weil die Unterhaltung der Staatsschule etwas anderes ist als Subventionierung. Erst das Grundrecht der Berufsfreiheit in seiner Funktion als Garantie der Teilhabe am Berufszugang in Verbindung mit der vom Staat durch die Einrichtung von Schulen geschaffenen Konkurrenzsituation führt zum Subventionsanspruch.

¹⁶⁹ Vgl. oben Abschnitt II 7. Obwohl zum Beispiel nach § 1 Abs. 1 des sog. Zweiten Verstromungsgesetzes vom 5. September 1966, BGBl. I, S. 545, eine Subvention zum Einsatz von Kohle in Kraftwerken lediglich gewährt werden „kann“, besteht auf die Subvention ein Rechtsanspruch, seit von der Ermächtigung in breitem Umfang Gebrauch gemacht wird; vgl. Heinze, Gesetz zur Sicherung des Steinkohleneinsatzes in der Elektrizitätswirtschaft, Anm. 5 zu § 1. Zum Anspruch auf Kontinuität einer Subventionsgewährung vgl. oben Abschnitt II 9 c.

(siehe oben Abschnitt II 2) nicht genügen, so daß nur Ansprüche der in ihren subjektiven Rechten Verletzten auf Rückgängigmachung oder auf Entschädigung in Betracht kommen.

10. Entschädigung wegen staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung

a) Amtspflichtverletzung

Der Amtshaftungsanspruch aus Art. 34 GG, § 839 BGB gewährt eine Entschädigung für Schäden aller Art, die durch rechtswidrige Verwaltungsmaßnahmen zur Lenkung von Produktion und Verteilung adäquat verursacht werden. Als Grund für die *Rechtswidrigkeit* der Amtshandlung kommt zum Beispiel eine Verletzung der aus dem Grundsatz der Plansicherheit folgenden subjektiven Rechte in Betracht¹⁷⁰. Doch kann der Amtshaftungsanspruch in der Rechtsordnung der Lenkung von Produktion und Verteilung nur insoweit eine Rolle spielen, als sich diese Rechtsordnung derart konsolidiert hat, daß sich der entscheidende Beamte nicht auf die Unklarheit der Rechtslage berufen kann. Öfter als im Bereich der Eingriffsverwaltung kann es bei rechtswidrigen Verwaltungsmaßnahmen im Bereich des Arrangements und der Gewährung mit Rücksicht auf die heute noch weitgehend bestehende Unklarheit an einem *Ver-schulden* fehlen, das Voraussetzung des Amtshaftungsanspruchs ist¹⁷¹.

b) Eingriffe in das Eigentum

Maßnahmen der Eingriffsverwaltung zur Lenkung von Produktion und Verteilung können Enteignungen darstellen und damit die Gewährung einer Enteignungsentschädigung voraussetzen oder, wenn sie rechtswidrig sind, nicht durch das allgemeine Wohl legitimiert oder nicht durch Gesetz vorgesehen und mit einer zulässigen Entschädigungsregelung verbunden sind, auch Entschädigungsansprüche wegen enteignungsgleichen Eingriffs begründen.

Anwendungsfälle lenkungsrechtlicher Enteignungen sind die Inanspruchnahmen von Sachen für Zwecke der Daseinsvorsorge, zum Beispiel von Grund und Boden für Eisenbahnen oder Elektrizitätsversorgungsanlagen. Auch sonst liegt nahe, daß heteronome Einflußnahme auf Produktion und insbesondere auf Verteilung Sachen nehmen muß, um sie anderweitig zuordnen zu können. Besondere Probleme wirft die Frage der enteignungsrechtlichen Würdigung der Wegnahme von Geld bzw. der Verpflichtung zu Geldleistungen auf (vgl. dazu oben Abschnitt II 6 a). Da-

¹⁷⁰ Vgl. oben Abschnitt II 4 und II 9 c.

¹⁷¹ Ein Amtshaftungsanspruch wird für den Tallöl-Fall (siehe oben Abschnitt II 9 c) bejaht im Gutachten von *Forsthoff-Krause*, S. 26 ff.

neben kommen Enteignungen in Betracht, wo durch Befehl, Verbot und Zwang in die Betätigung des Einzelnen bei Produktion und Verteilung eingegriffen wird, soweit es sich nämlich dabei um die Einschränkung der freien Verfügung über Sachen, Sachgesamtheiten und/oder Rechte (zum Beispiel über den „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“) handelt und die Grenze der Eigentumsbindung überschritten ist. Dieser Zugriff auf Sachen und Rechte bietet im wesentlichen die allgemeine enteignungsrechtliche Problematik, wie sie sich unabhängig von dem besonderen Gesichtspunkt heteronomer Lenkung von Produktion und Verteilung stellt. Besonderer Erörterung bedürfen jedoch Fragen, die das Objekt des Eigentumsschutzes (insbesondere das Recht am Gewerbebetrieb) betreffen und speziell die Frage, wann gerade im Zuge von Lenkungsmaßnahmen individuelle Rechtspositionen (zum Beispiel subjektive öffentliche Rechte) entstehen, die ihrerseits Eigentumsschutz genießen. Ferner erweist es sich als ein speziell lunkungsrechtliches Problem, welche Lenkungsmaßnahmen als Eingriffe, insbesondere als Einzel-eingriffe im enteignungsrechtlichen Sinne anzusehen sind und ob und wann Entscheidungen über heteronom ordnende Gewährungen solche Eingriffe darstellen.

aa) Inwieweit Rechtspositionen, die im Rahmen autonomer Produktion und Verteilung entstanden sind, den Schutz der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie genießen, ist eine der rechtsstaatlichen Verfassungstheorie geläufige Frage. Der Entwicklung des Eigentumsbegriffs im Sinne des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes kann hier nicht nachgegangen werden. Nachdem neben dem Vollrecht an der Sache auch einzelne aus dem Eigentum fließende Berechtigungen und schließlich auch Forderungsrechte, neben Privatrechten unter gewissen Voraussetzungen auch öffentliche Rechte in den Eigentumsschutz einbezogen worden sind, konzentriert sich die Auseinandersetzung gegenwärtig auf die Frage, in welchem Umfang diese Rechtspositionen verfassungsrechtlichen Schutz genießen und welche Bindungen der Rechtsausübung andererseits das Objekt verfassungsrechtlichen Schutzes noch nicht berühren.

Als Schutzobjekt der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, dessen Beeinträchtigung durch Maßnahmen staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung besonders naheliegt, ist das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ anerkannt. Daß dieses Recht als Inbegriff von Sacheigentum und Forderungen sowie „allem, was seinen“ (des Gewerbebetriebs) „wirtschaftlichen Wert ausmacht“, Eigentumsschutz genießt, ist nicht zweifelhaft¹⁷². Im Zusammenhang mit dem anerkannten

¹⁷² Vgl. BVerfGE 1, S. 264, 277 (Urteil vom 30. April 1952) und ständige Rechtsprechung; BGHZ 23, S. 163; BGH JZ 1961, S. 374 (Urteil vom 23. Januar 1961); BGHZ 45, S. 90 (Urteil vom 31. Januar 1966); *Kimminich*, Bonner Kommentar,

Kriterium, daß nur die *Substanz* des Eigentums verfassungsrechtlich geschützt ist¹⁷³, erscheint jedoch im Einzelfall zweifelhaft, wann Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die Substanz des Rechts am Gewerbebetrieb berühren. Nach der denkbar restriktivsten Auffassung zu dieser Frage liegt keine Substanzeinbuße vor, solange der Eingriff nicht zur Folge hat, daß im Gesamtergebnis des betroffenen Unternehmens ein Verlust eintritt. Wenn auch die Verlustgrenze bei Berücksichtigung einer angemessenen Kapitalverzinsung prinzipiell ein brauchbares Kriterium als Ausgangspunkt für die Ermittlung einer Substanzeinbuße gelten kann, ist zu berücksichtigen, daß der Unternehmensbegriff auch Gebilde mit betrieblichen Gliederungen umfaßt, die selbstständig wirtschaften und nur deshalb nicht selbst Unternehmen sind, weil ihnen die Rechtspersönlichkeit fehlt. Aber auch innerhalb solcher Gliederungen bestehen selbstständige Betriebe und sogar innerhalb des Betriebes kann die Auswirkung von Lenkungsmaßnahmen unter Umständen sehr konkret und auch rechnungsmäßig exakt ermittelt werden. In diesen Fällen kann es nicht rechtens sein, die Einbuße an wirtschaftlicher Substanz, sei es durch Entwertung einzelner Investitionen, sei es durch Zerstörung der Ertragsfähigkeit einzelner Betriebe oder Gliederungen desselben Unternehmens zu übersehen, um enteignungsrechtliche Folgerungen ausschließlich vom Gesamtergebnis des Unternehmens abhängig zu machen. Denn die rechtliche Zusammenfassung oder Aufgliederung ist unter dem Gesichtspunkt staatlicher Lenkung belanglos und unterliegt der freien Unternehmerdisposition¹⁷⁴.

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb spielt in einem von *Redeker*¹⁷⁵ berichteten Fall eine Rolle: Eine üble *Gerüche verbreitende Fabrik* ist fern von Siedlungen errichtet worden. Als sich später eine Wohnsiedlung bis in die Nähe der Fabrik ausdehnt, werden dem Unternehmen nach § 25 Abs. 3 GewO kostenverursachende Auflagen zur Unterdrückung der Gerüche gemacht. Greifen diese Auflagen in die Substanz des Unternehmens ein, indem sie zu Verlusten führen, so können sie sich als Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellen und Ansprüche auf enteignungsrechtliche Entschädigung auslösen, wenn man nicht davon ausgehen muß (was hier dahingestellt bleiben soll), daß der Betrieb

2. Bearbeitung zu Art. 14, Randnr. 20; *Ehlermann*, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, S. 88 ff.; *Koppesteiner*, BB 1967, S. 221. Schon die Konkurrenzfähigkeit eines Wirtschaftsunternehmens wird von *Friauf* als Schutzgut gegenüber dem enteignenden Eingriff einer strukturverändernden Subvention angesehen, DVBl. 1966, S. 733, Fußnote 47.

¹⁷³ Vgl. BVerfGE 13, S. 229 f.

¹⁷⁴ Aus diesen Gründen bestehen Bedenken gegen die allzu allgemeine Formulierung in einigen Gerichtsurteilen, eine durch staatliche Maßnahmen erzwungene Betriebseinschränkung sei kein entschädigungspflichtiger Eigentumseinriff; vgl. BVerfGE 16, S. 187; BGHZ 8, S. 247 f.

¹⁷⁵ JZ 1968, S. 541.

von vornherein mit der Rechtsmöglichkeit von Auflagen nach § 25 Abs. 3 GewO belastet war, und wenn die Auflagen auch nicht bei der ursprünglichen Genehmigung des Unternehmens rechtmäßig vorbehalten waren.

bb) Ein zweites, staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung besonders zugeordnetes Problem ist, welche der gerade durch Maßnahmen derartiger *Lenkung geschaffenen Rechtspositionen* als Eigentum im Sinne der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie zu gelten haben.

Geht man davon aus, daß staatliche Lenkung von Produktion und Verteilung stets den Regeln öffentlichen Rechts unterliegt, und hält man sich im Rahmen der herrschenden enteignungsrechtlichen Dogmatik, so können nur solche durch Lenkungsmaßnahmen geschaffenen Rechtspositionen den Schutz der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie genießen, die sich als *subjektive öffentliche Rechte* erweisen. Dabei ist vor allem zu beachten, daß es zur Begründung solcher Rechte — wie die herrschende Lehre von der Verbindlichkeit von Zusagen der Verwaltung bestätigt¹⁷⁶ — keines Gesetzes und keiner Rechtsverordnung oder Satzung bedarf. Sie können deshalb auch durch Verwaltungsvorschrift, durch Einzelanordnung, durch ein über das Gleichbehandlungsgebot zur Selbstbindung führendes Verhalten der Verwaltung oder durch Vereinbarung begründet werden. Neben dem Gleichbehandlungsgebot ist das Prinzip der Rechtsicherheit geeignet, günstige Planpositionen zu subjektiven Rechten zu verstärken. Eigentumsschutz können demnach insbesondere diejenigen Rechtspositionen genießen, die nach den oben in Abschnitt II 4 enthaltenen Darlegungen aus dem Gebot der Plansicherheit folgen¹⁷⁷.

Nach dem gegenwärtigen Stand der Lehre sind subjektive öffentliche Rechte dem Eigentum in grundrechtlicher Hinsicht allerdings nur insoweit gleichzustellen, als sie durch Einsatz von *Arbeit oder Kapital* erworben worden sind oder soweit zu ihrer Ausübung ein Einsatz von Arbeit und Kapital stattgefunden hat, der bei Wegfall des Rechts verloren wäre¹⁷⁸. Das gilt auch für Plan- und Lenkungsrechtspositionen, und insbesondere dann, wenn der Aufwand einer Gegenleistung für die Einräumung der Rechtsposition gleichzusetzen ist¹⁷⁹. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb grundsätzlich ein Privatrecht ist, das nicht durch Lenkungsmaßnahmen gewährt, sondern durch wirtschaftliche Leistung erworben wird. Dieses Recht wird inhaltlich durch alle im Rahmen des Gewerbebetriebs erbrachten Aufwendungen an Arbeit und Kapital bestimmt, ohne daß es

¹⁷⁶ Vgl. oben Abschnitt II 4.

¹⁷⁷ Vgl. für den Bereich des Subventionswesens die oben in Abschnitt II 9 c erörterten Beispiele.

¹⁷⁸ Vgl. *Redeker*, JZ 1968, S. 542, der den Gesichtspunkt des Inswerksetzens durch „Dispositionen“ hervorhebt.

¹⁷⁹ Vgl. *Forsthoff*, NJW 1955, S. 1249; *Friauf*, DVBl. 1966, S. 738.

eines Rückgriffs auf die Erwägung bedürfte, ob diese Aufwendungen mit einer günstigen Plan- oder Lenkungsposition zusammenhängen. Aber der eigentumsrechtliche Schutz des Rechts am Gewerbebetrieb ist, wie vorstehend in Abschnitt II 10 b, aa erwähnt, auf dessen durch die Verlustgrenze bestimmte „Substanz“ beschränkt. Deshalb kann die eigentumsähnliche Plan- oder Lenkungsposition einen über denjenigen des Rechts am Gewerbebetrieb hinausgehenden, eigentumsrechtlichen Schutz vermitteln. Das Recht am Gewerbebetrieb kommt nämlich als Schutzobjekt nur in Betracht, soweit nicht Enteignung einzelner zum Gewerbebetrieb gehörender Rechte in Frage steht. Wie der Entzug eines zum Gewerbebetrieb gehörenden Grundstücks nicht nur dann eine Enteignung darstellt, wenn der Gewerbebetrieb durch den Entzug in die Verlustzone gerät, so ist auch der Entzug oder die Beschränkung eines durch Lenkungsmaßnahmen zugunsten eines Gewerbeunternehmens begründeten subjektiven öffentlichen Rechts in seiner enteignungsrechtlichen Würdigung vom Recht am Gewerbebetrieb und insbesondere von dessen Ertragslage unabhängig.

Ein besonderes enteignungsrechtliches Problem stellt sich im Bereich staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung, wenn vorgesehene *Gewährungen* *widerrufen* oder begonnene *Gewährungen* *eingestellt* werden. Enteignungsrechtliche Folgerungen kommen hier in Betracht, wenn Widerruf und Einstellung auf subjektive Rechte auf Gewährungen treffen. Gegen die Eigentumsqualität solcher Rechte wird die Erwägung geltend gemacht, der Staat müsse frei entziehen können, was er frei gewährt hat. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Gestaltung der die Gewährung umfassenden Lenkung eben nicht „frei“, sondern Gegenstandstand öffentlich-rechtlicher Bindung ist. Im übrigen ist die Frage, ob auf die Gewährung ein subjektives öffentliches Recht besteht, nach den allgemeinen Grundsätzen (Rechtssicherheit, Vertrauensschutz, Zusagetatbestand, Inswerksetzen, Aufwand von Arbeit und Kapital, Bindung an vorangegangenes Tun, Gleichbehandlungsgebot) zu beurteilen^{180, 181}.

Im folgenden soll an Hand einiger *Beispiele* dargetan werden, inwie weit nach alledem Eigentumsschutz wegen einer Änderung von Plan- und Lenkungsmaßnahmen in Betracht kommt.

¹⁸⁰ Vgl. zum Eigentumsschutz „durch Zueignung individualisierter Rechte aus Subventionsverhältnissen“ Zacher, VVDStRL, Heft 25, S. 367 f. Aus der oben in Abschnitt II 9 c enthaltenen Erwägungen zu der Gewährung von Anpassungsbeihilfen für die deutsche Erdölindustrie in Art. 5 MinÖlStUmstG ergibt sich, daß dem Rechtsanspruch auf die Beihilfen der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz zukam. Auch der ebenda behandelte, im Jahre 1933 vom Reichsgericht entschiedene, sogenannte „Gefrierfleischfall“ könnte heute nicht anders beurteilt werden.

¹⁸¹ In Übereinstimmung mit der allgemeinen enteignungsrechtlichen Zumutbarkeitstheorie fordert Redeker, JZ 1968, S. 547, Unverhältnismäßigkeit der Eingriffsfolge als Voraussetzung eines Entschädigungsanspruchs.

Ein im positiven Recht geregeltes Musterbeispiel für Entschädigungsansprüche der hier erörterten Art ist § 44 des Bundesbaugesetzes, soweit danach Entschädigungen aus Anlaß der Änderung von Bebauungsplänen zu gewähren sind¹⁸².

In dem oben in Abschnitt II 10 b, aa erwähnten, von Redeker berichteten Fall der üble Gerüche verbreitenden Fabrik ist denkbar, daß dem Unternehmen ein subjektives öffentliches Recht auf Grund einer vorangegangenen staatlichen Plan- oder Lenkungsmaßnahme zusteht. Das kann der Fall sein, wenn die Fabrik gerade auf Grund staatlicher Planung an ihrem ursprünglich abgelegenen Ort errichtet worden ist, um Geruchsbelästigungen menschlicher Siedlungen auszuschließen. Wird die Auflage nach § 25 Abs. 3 GwO unter diesen Voraussetzungen dadurch erforderlich, daß eine Änderung der Bebauungsplanung zur Ausdehnung von Siedlungen bis in die Nähe der Fabrik führt, so greift die Auflage in ein durch die erste Planung begründetes Recht des Unternehmens ein und stellt eine Enteignung bzw. einen enteignungsgleichen Eingriff dar.

Als weiteres Beispiel für den Eintritt eines Schadens als Folge einer Planänderung nennt Redeker¹⁸³ folgenden Fall: Im Interesse deutscher wirtschaftlicher Betätigung in einem anderen Land fördert die Bundesrepublik die Lieferung bestimmter Waren aus der Bundesrepublik in dieses Land, die ihrerseits in die Bundesrepublik eingeführt werden müssen, durch Befreiung der sonst mit einer Abschöpfungsabgabe belasteten Einfuhren in die Bundesrepublik zum Zwecke der Wiederausfuhr in das andere Land. Um im Rahmen der EWG erhobenen Vorstellungen zu entsprechen, beseitigt die Bundesrepublik später die Abschöpfungsfreiheit. Dadurch entsteht den deutschen Unternehmen, die bereits Einfuhr- und Ausfuhrverträge geschlossen haben, von denen sie sich nicht mehr befreien können, bei deren Abwicklung ein Verlust. Hier trifft die Abschöpfungsabgabe auf die planmäßig begründete Rechtsposition der Außenhandelsunternehmen. Soweit sie diese Position durch den Abschluß von Verträgen ins Werk gesetzt haben und Erfüllungsverpflichtungen übernommen haben, die von der außenwirtschaftlichen Lage unabhängig sind, muß der Rechtsstellung der Unternehmen der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz zuerkannt werden.

Mit Recht hat der *Bundesgerichtshof* im Urteil vom 31. Januar 1966 (sog. Knäckebrot-Entscheidung) einen Anspruch auf Enteignungsentschädigung auf Grund der Veränderung einer im Zusammenhang mit der Einführung von Schutzzöllen bei einem Außenhandelsunternehmen entstandenen Plan- und Lenkungsposition grundsätzlich bejaht. Er hat in dem mit diesem Urteil entschiedenen Fall eine Anspruchsgrundlage für

¹⁸² Vgl. Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, S. 28.

¹⁸³ JZ 1968, S. 541.

den Fall gesehen, daß „ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden wäre, auf Grund dessen ein Unternehmer sich auf das Weiterbestehen des Schutzzolls hätte verlassen dürfen, etwa wenn er durch die Bundesregierung unter Hinweis auf das Bestehen eines Schutzzolls zu erhöhten Aufwendungen und Investitionen veranlaßt worden wäre; in einem solchen Fall könnte eine Enteignungsentschädigung in Frage kommen, wenn entgegen der in dem Unternehmer begründeten Erwartung der Schutzzoll alsbald wieder aufgehoben oder in einer ins Gewicht fallenden Weise gesenkt würde“¹⁸⁴.

Mit diesen Ausführungen ist mindestens zum Teil umrissen, was neuerdings unter der Bezeichnung des „*Plangewährleistungsanspruchs*“ im Sinne eines Anspruchs auf Ausgleich von Schäden verstanden wird, die durch eine Planungsänderung verursacht worden sind. Es zeigt sich, daß solche Ansprüche ihren Rechtsgrund mindestens zum Teil im verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz haben.

cc) Erkennt man an, daß die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie nicht nur Rechte an Sachen und Forderungen gegen Entzug und Sonderbeschränkung, sondern auch die Freiheit von der heteronomen Belastung mit Sonderforderungen des Staates oder Dritter durch den Staat schützt, und bejaht man auch den Schutz der durch staatliche Regelungen, Anordnungen, Zusagen etc. zumindest auch im Interesse Einzelner begründeter Rechtspositionen (subjektive öffentliche Rechte), soweit damit ein Aufwand des Einzelnen an Arbeit oder Kapital verbunden ist, so bleiben unter dem Gesichtspunkt des Lenkungsnachteile-Ausgleichs nach Enteignungsrecht im wesentlichen zwei Fragenkreise offen: die Unterscheidung zwischen allgemeinen und individuellen Belastungen und diejenige zwischen einem Eingriff und sonstigen Benachteiligungen.

Vom Entzug des Vollrechts abgesehen kann nach wohl einhelliger Auffassung in Schrifttum und Praxis eine *allgemeine und gleichmäßige Belastung* kein enteignungsrechtlich relevanter Eingriff sein¹⁸⁵. Große Schwierigkeiten kann jedoch im einzelnen Anwendungsfall die Feststellung bereiten, ob eine generelle Belastung oder eine Sonder- oder Einzelbelast vorliegt. Als Indiz für die Beantwortung dieser Frage wird gelten können, ob eine der Belastung entsprechende Geldleistungspflicht im Wege der Besteuerung begründet werden könnte, also dem Grundsatz der Steuergleichheit entspräche. Die Tauglichkeit dieser Hilfserwägung

¹⁸⁴ BGHZ 45, S. 90 f. = JZ 1966, S. 358 f.

¹⁸⁵ Vgl. Stödter, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 190 ff., und Kimminich, in: Bonner Kommentar, Randnr. 46 ff. zu Art. 14, und die dort ausführlich verarbeitete Literatur und Rechtsprechung. Es ist die Erwägung vom Sonderopfer als Merkmal des enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriffs, welche zum Beispiel den Ausspruch des *Bundesverfassungsgerichts* rechtfertigt, daß preisrechtliche Vorschriften in aller Regel zulässige Eigentumsbindungen enthalten; BVerfGE 8, S. 330.

erweist sich an dem Beispiel der durch Gesetz vom 9. September 1965 (BGBI. I S. 1217) zu Lasten von Unternehmen der Erdölwirtschaft begründeten Pflicht zur Haltung von Erdölvorräten¹⁸⁶: Könnten die Kosten der Vorratshaltung als Zwecksteuern dem Kreis der zur Vorratshaltung verpflichteten Unternehmen auferlegt werden, so weist auch die Pflicht zur Vorratshaltung denjenigen Grad von Allgemeinheit und Gleichmäßigkeit auf, der zu ihrer Einordnung als Eigentumsbindung führt. Im Bereich wirtschaftslenkender Belastungen kann die Beurteilung, ob ein Sonderopfer oder eine generelle Last vorliegt, mit Recht unter anderem von der Eigenart der damit verbundenen Wettbewerbsbeeinträchtigung abhängig gemacht werden. Werden alle miteinander in direktem Wettbewerb stehenden Unternehmen eines Wirtschaftszweiges (zum Beispiel alle Hersteller und Einführer bestimmter Erdölprodukte) gleichmäßig belastet, so wird man von einem Sonderopfer nicht sprechen können, selbst wenn ein anderer Wirtschaftszweig, zu dem die belasteten Unternehmen in einem Substitutionswettbewerb stehen (wie er zum Beispiel zwischen Erdöl- und Kohleindustrie herrscht) durch die Belastung profitiert.

Enteignungsrechtliche Entschädigung kommt nach der noch herrschenden Lehre, an der festzuhalten ist, nur in Betracht, wenn ein *Eingriff* vorliegt¹⁸⁷. Zum Eingriff gehört, daß die Maßnahme ein Ziel verfolgt, das die unter enteignungsrechtlichem Gesichtspunkt zu würdigende Beeinträchtigung notwendig einschließt, gegebenenfalls sogar in dieser Beeinträchtigung besteht. An diesen Voraussetzungen fehlt es nicht schon deshalb, weil die Beeinträchtigung nur eine mittelbare Folge der staatlichen Maßnahme ist.

c) Lenkungsnachteile — Ausgleichsansprüche „sui generis“

Nach der im vorangehenden Abschnitt (II 10 b) vertretenen Auffassung führen nur solche Lenkungsnachteile nicht zu Entschädigungsansprüchen nach enteignungsrechtlichen Regeln, die weder im Entzug noch in der Beschränkung subjektiver Rechte noch in der Belastung mit Ansprüchen bestehen oder nicht als Sonderopfer anzusprechen oder nicht auf einen staatlichen Eingriff zurückzuführen sind. Werden subjektive Rechte und

¹⁸⁶ Vgl. dazu *Ipsen*, Gesetzliche Bevorratungsverpflichtung Privater, AÖR, Bd. 90, S. 393 ff.

¹⁸⁷ *Forsthoff*, Lehrbuch, S. 332; *Ballerstedt*, Wirtschaftslenkung, AÖR, Bd. 74, S. 145 f.; *Friauf*, Verfassungsrechtliche Problematik, DVBl. 1966, S. 732. Mindestens die neuere Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* entfernt sich allerdings von der Voraussetzung der Unmittelbarkeit und Zielgerichtetheit des enteignungsrechtlich relevanten Eingriffs, vgl. BGHZ 23, S. 157; 37, S. 44, 47. *Zacher*, VVDStRL, Heft 25, S. 369, erwähnt Finalität neben „effektiver“ Ungleichheit des (staatlichen) „Angriffs“ auf das Eigentum alternativ als Voraussetzungen des Eigentumsschutzes. Kausalität an Stelle von Finalität läßt *Janssen*, Entschädigung, S. 87 f., genügen.

Sonderopfer unter den vorstehend entwickelten Voraussetzungen anerkannt, so bleibt außerhalb des Rechts der Enteignung nur geringer Raum für Erwägungen über einen Rechtsanspruch auf Ausgleich von Lenkungsschäden: Es handelt sich um die Fälle, in denen solche Schäden als Folge der Vornahme oder des Unterlassens staatlicher Maßnahmen auftreten, die keine Eingriffe im enteignungsrechtlichen Sinne darstellen. Es soll aber dem Stand der Rechtsprechung und Lehre Rechnung getragen werden, die (noch) nicht bereit ist, subjektive öffentliche Rechte in dem oben umschriebenen Umfang anzuerkennen und dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz zu unterstellen, und die auch in der Belastung mit Forderungen und ähnlichen Verpflichtungen keinen enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriff sieht. Deshalb werden im folgenden eine Reihe rechtlicher Gesichtspunkte erörtert, auf die ein Anspruch auf Ausgleich von Lenkungsnachteilen unabhängig von Amtspflichtverletzung und verfassungsrechtlichem Eigentumsschutz gestützt werden kann¹⁸⁸.

aa) Im Rahmen staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung werden Einzelne oder Unternehmen *zu vermögenswerten Leistungen herangezogen*. Die Grenzen der Zulässigkeit einer solchen Heranziehung wurden schon oben erörtert. Sie ergeben sich aus dem Verbot direkter Umverteilung und daraus, daß der Rechtsstaat für die Beschaffung der für Umverteilungen benötigten Mittel auf den Weg der Steuererhebung verwiesen ist (siehe oben Abschnitt II 6 a). Folgt man der oben vertretenen Auffassung, daß auch die Freiheit von der heteronomen Begründung von Forderungen den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz genießt, so werden die Grenzen der Heranziehung zu vermögenswerten Leistungen ferner durch Art. 14 GG bestimmt (vgl. dazu oben Abschnitt II 10 b). Dann bleibt aber noch zu fragen, ob Heranziehungen, die nicht mit einem enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriff verbunden sind, den Staat zur Entschädigungsleistung in Gestalt einer *Abgeltung* der auferlegten Leistungen verpflichten. Folgt man der hier vertretenen Auffassung des Eigentumsschutzes nicht, so erstreckt sich die Frage allgemein auf die Heranziehung zu vermögenswerten Leistungen.

Zu ihrer Beantwortung ist zu sagen: Wie eine allgemeine und gleichmäßige Belastung — vom Entzug von Sachen abgesehen — keinen enteignungsrechtlich relevanten Eingriff darstellt, so kann sie auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten keinen Ausgleichsanspruch wegen Lenkungsnachteilen begründen. Ipsen hat zwar in seinem Aufsatz über „*Gesetzliche Bevorratungsverpflichtung Privater*“¹⁸⁹ für den Anwen-

¹⁸⁸ Es wird nicht verkannt, daß rechtsdogmatisch eine „Rückkehr zum klassischen Enteignungsbegriff“ mit Vorteilen verbunden wäre. Eine solche Rückkehr würde erleichtert, wenn die im folgenden dargelegten Anspruchsgrundlagen allgemeine Anerkennung fänden.

¹⁸⁹ AÖR, Bd. 90, S. 393, 430 ff.

dungsfall der Pflicht zur Haltung von Mineralölvorräten aus Art. 2 Abs. 1 GG gefolgt, der Lenkungszweck rechtfertige die Begründung einer Pflicht zu unentgeltlicher Vorratshaltung nicht, weil er durch die weniger stark in die Wirtschaftsfreiheit eingreifende Einführung einer solchen Pflicht in Verbindung mit der Gewährung eines staatlichen Entgelts ebenfalls erreicht werden könnte. Ein so weitgehendes Subsidiaritätsprinzip kann jedoch der Verfassung nicht entnommen werden. Vielmehr ist der Staat befugt, im allgemeinen Wohl liegende Ziele durch Auferlegung generell und gleichmäßig wirkender Lasten und Beschränkungen zu verfolgen, ohne daß sich hieran eine Entschädigungspflicht knüpft. (Zur Frage der Abgrenzung der gleichmäßigen, generellen Belastung zum Sonderopfer vergleiche die Erörterungen oben in Abschnitt II 10 b, cc.) Positivrechtliche Grundlage eines Anspruchs auf Abgeltung kann aber das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot sein, wenn die Auferlegung einer Leistungspflicht ohne Abgeltung eine ungleiche Belastung des oder der Verpflichteten zur Folge hätte. Handelt es sich um Verpflichtungen, die sich an eine Berufstätigkeit knüpfen, so bedarf es der Abgeltung auch deshalb, um die Verpflichtungen mit Rücksicht auf die mit ihnen verbundene ungleiche Belastung nicht zu einer unzulässigen Regelung der Berufsausübung werden zu lassen.

Es fragt sich, ob das Ergebnis ein anderes ist, wenn Einzelne oder Unternehmen zu vermögenswerten Leistungen herangezogen werden, durch die eine *öffentliche Aufgabe* erfüllt wird¹⁹⁰. Das hat zunächst die Schwierigkeit, zu bestimmen, ob eine öffentliche Aufgabe vorliegt. „Der *Ordnungsbegriff*, welcher der Scheidung des ‚Öffentlichen‘ und Privaten zugrunde liegt, kann . . . nur der staatliche, der Staat selbst sein. Das ausschließliche Kriterium ist die konkrete Entscheidung des Staates darüber, was öffentlich und was privat ist.“¹⁹¹ Mit der Entscheidung über die Übertragung einer Aufgabe auf das Publikum dürfte nun gerade ihre nicht öffentliche Natur impliziert sein. Aus diesen Gründen kann die Erdölvorratshaltung schwerlich als öffentliche Aufgabe angesehen werden, wenngleich sie gesetzlich vorgeschrieben ist. Etwas anderes kann gelten, wenn eine Aufgabe, über deren öffentliche Natur bereits entschieden ist, auf das Publikum abgewälzt wird. Im Fall einer solchen „*Abbürdung*“ kann m. E. durchaus privatrechtliches Auftragsrecht analog zur Begründung eines Abgeltungsanspruchs herangezogen werden.

Nun liegt es nahe, die Verteilung sozialer Vergünstigungen kraft verfassungsrechtlicher Entscheidung (in der Sozialstaatsklausel der Art. 20, 28 GG) grundsätzlich als öffentliche Aufgabe anzusehen. Deshalb wird man einen Abgeltungsanspruch zu bejahen haben, wenn zum Beispiel

¹⁹⁰ So *Ipsen*, Bevorratungsverpflichtung, S. 430 ff.

¹⁹¹ *Forsthoff*, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, S. 17.

Unternehmen, die öffentlich Verkehrsleistungen erbringen, verpflichtet werden, Kriegsbeschädigte oder Schüler zu Tarifen zu befördern, welche die Beförderungskosten zuzüglich eines angemessenen Gewinns nicht decken. Das Verlangen nach einer solchen Tarifgestaltung kann zum Beispiel auf Grund des § 39 Abs. 2 des Personenbeförderungsgesetzes erwartet werden¹⁹². Deshalb ist im Lande Baden-Württemberg eine entsprechende Abgeltung in Abschnitt III der Richtlinien des Innenministeriums über die Durchführung der Erstattung der notwendigen Beförderungskosten für Schüler öffentlicher Schulen und Kinder in Schulkinder- gärten vom 17. Mai 1967¹⁹³ vorgesehen. Der Abgeltungsgrundsatz ist für die Anwendungsfälle des § 39 Abs. 2 des Personenbeförderungsgesetzes auch von der Bundesregierung anerkannt worden¹⁹⁴.

bb) Das *Gleichbehandlungsgebot* kann auch außerhalb der Verpflichtung des Publikums zu vermögenswerten Leistungen zur Begründung von Ansprüchen auf Entschädigung wegen Nachteilen herangezogen werden, die durch Maßnahmen staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung verursacht, aber nicht als enteignende oder enteignungsgleiche Eingriffe anerkannt sind. Das kommt in Betracht, wo eine Belastung gegen das verfassungsrechtlich *Gleichbehandlungsgebot* verstieße, wenn die mit ihr verbundene Differenzierung nicht durch Entschädigung ausgeglichen würde. Dieser Gedanke liegt auch der Auffassung Werner Webers zugrunde, daß die Beeinträchtigung von Erwerbsmöglichkeiten bestimmter Unternehmen durch Festsetzung von *Einzugs- und Absatzgebieten für Milch* „nur dadurch dem Verdikt eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz der Verfassung (Art. 3 GG)“ entgeht, daß sie „mit einer Ausgleichsleistung gekoppelt“ wird, die „der Tendenz zu einem möglichst vollkommenen Ausgleich entsprechen muß“¹⁹⁵. Den Gedanken an einen aus dem *Gleichbehandlungsgebot* folgenden Ausgleichsanspruch, dem allerdings auch auf anderem Wege als durch Gewährung einer Geldentschädigung genügt werden kann, hat der *Bundesgerichtshof* im Urteil vom 31. Januar 1966 prinzipiell bestätigt, wo es heißt: „Allerdings ist die Tatsache, daß die Bekl.“ (scil.: die Bundesrepublik) „künstlich den Getreidepreis hochhielt, nicht ohne jede Bedeutung. Die Tatsache verpflichtet die Bekl., die deutsche Industrie nicht ohne jeden Schutz einer ausländischen Konkurrenz auszusetzen, die gerade wegen des für sie bestehenden niedrigen Einkaufspreises für Getreide eine bessere Ausgangslage hinsichtlich der Preisgestaltung hatte. Die Bekl. durfte, auch wenn die Verhältnisse nicht zur Existenzvernichtung eines inländischen Brot-

¹⁹² Für den in wirtschaftlicher Hinsicht ähnlich gelagerten Fall der Deutschen Bundesbahn vgl. §§ 28, 28 a des Bundesbahngesetzes.

¹⁹³ Gemeinsames Amtsblatt Nr. 14 vom 5. Juni 1967, S. 265, 269 ff.

¹⁹⁴ Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag vom 18. Juni 1965, BT-Drs. IV/3602.

¹⁹⁵ In: Rechtsfragen der milchwirtschaftlichen Marktordnung, 1962, S. 19.

herstellers geführt haben würden, den künstlich erhöhten Getreidepreis nicht fordern, ohne zugleich durch andere Maßnahmen (Erhebung eines Schutzzolls, Gewährung von Subventionen), bezogen auf den Roggengenpreis, eine Gleichheit in der Ausgangslage herbeizuführen.“¹⁹⁶

cc) Als Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf Ausgleich von Lenkungsschäden kommt ferner der Grundsatz des öffentlich-rechtlichen *Vertrauenschutzes* in Betracht. Als Ausprägung dieses Grundsatzes sind die Regeln der Verbindlichkeit von Zusagen der Verwaltung und der Satz „*pacta sunt servanda*“ Bestandteile des öffentlichen Rechts. Als Folge der Verbindlichkeit der Verträge ziehen auch positive Vertragsverletzungen der Verwaltung Entschädigungsansprüche nach sich. Es bestehen keine Bedenken dagegen, Normen des bürgerlichen Rechts bei Beurteilung von Grund und Höhe solcher Ansprüche analog auch im öffentlichen Recht staatlicher Lenkung von Produktion und Verteilung anzuwenden. Allerdings dürfen an den Vertrauenschutz-Tatbestand nicht dieselben Anforderungen gestellt werden wie an das Zustandekommen privatrechtlicher Verträge. Der Staat bindet sich bereits durch die Publikation des Plans, wenn erkennbar ist, daß er selbst bestimmte Planverwirklichungsmaßnahmen übernehmen und/oder das Publikum zur Planverwirklichung veranlassen will.

Einen Anwendungsfall erwähnt *Forsthoff* in seinem Beitrag „Über Mittel und Methoden moderner Planung“¹⁹⁷: Die Verwaltung des österreichischen Rundfunks hatte den Plan gefaßt, mit der Ausstrahlung von Farbfernsehprogrammen zum Anfang des Jahres 1968 zu beginnen, und dadurch die österreichische Industrie zur Produktion der erforderlichen Empfangsgeräte veranlaßt. Infolgedessen entstand dieser Industrie hoher Schaden, als die Rundfunkverwaltung den Beginn der geplanten Farbfernsehsendungen um zwei bis vier Jahre verschob. *Forsthoff* zeigt, daß die *Konnexität* zwischen den staatlichen und privaten Maßnahmen den ursprünglichen Beschuß zu einem Plan im Rechtssinne macht. Sie macht ihn auch zu einem Vertrauenschutztatbestand im hier erörterten Sinne.

dd) Soweit durch staatliche Lenkungsmaßnahmen Einzelne oder Unternehmen im Zusammenhang mit einer aktiven Mitwirkung am Produktions- und Verteilungsprozeß einen Schaden erleiden, kommt ein Ersatzanspruch aus folgenden Gründen in Betracht.

Wie oben ausgeführt, genügt die konkrete Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland der staatlichen Verantwortung für ein optimales und gerechtes Ergebnis bereichsweise, aber grundsätzlich dadurch, daß sie

¹⁹⁶ Sogenannte „Knäckebrotentscheidung“, BGHZ 45, S. 90 f = JZ 1966, S. 359.

¹⁹⁷ S. 26 f.; vgl. auch S. 37.

Einzelne und Unternehmen zum *autonomen Wirtschaften* im Wettbewerb ermutigt. Diese staatliche Produktions- und Verteilungsordnung hat eine entsprechende Betätigung der Wirtschaftsteilnehmer zur Voraussetzung. Die „Spontaneität des Erwerbsstrebens“ ist „geradezu zu einem Motiv von öffentlicher Erheblichkeit erhoben“¹⁹⁸. Folgt der Einzelne der damit gesetzten Aufforderung, um sich nach Maßgabe der *staatlich gesetzten Daten* am Wettbewerb zu beteiligen, so muß der Staat im Fall der Veränderung jener Daten die substanziellen Einbußen an dem durch Einsatz von Kapital und/oder Arbeit erworbenen Vermögen ersetzen¹⁹⁹. Das muß erst recht gelten, wo die betreffenden staatlichen Daten nicht Bestandteil einer allgemeinen Ordnung autonomer Produktion und Verteilung, sondern Ordnungsmittel staatlicher Lenkung darstellen, zum Beispiel einen wirtschaftslenkenden Plan konstituieren²⁰⁰. Der Anspruch auf Entschädigung wegen Planänderungen muß auch unabhängig von enteignungsrechtlichen Erwägungen anerkannt werden. Abgesehen davon, daß der Gedanke der Rechtssicherheit zu seiner Begründung beiträgt, ergibt er sich aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der Systemkonformität staatlicher Ordnungen (siehe oben Abschnitt II 6 b). Er findet eine zusätzliche Begründung in der analogen Struktur der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung²⁰¹. Das private Wirtschaftssubjekt kann und muß diejenigen Risiken tragen, die es beherrscht oder kalkulieren kann, diese Risiken werden durch die Gewinnchance kompensiert. Nicht dagegen können dem Einzelnen auch Risiken aufgebürdet werden, die seiner Beherrschung und seiner Kalkulation dadurch entzogen sind, daß der Staat sie setzt und im Einzelfall sogar realisiert und zum Eingriff verdichtet²⁰². „Dem Risiko des Unternehmers steht als notwendiges Korrelat die Freiheit der geschäftlichen Gebarung gegenüber, die es ermöglicht, das Risiko zu vermeiden oder in bestimmter Weise zu begrenzen. Fehlt diese Freiheit, dann verliert der Grundsatz individueller Risikobelastung nicht nur seinen rechtspolitischen Sinn, sondern auch seine Rechtfertigung im gel-

¹⁹⁸ Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 601.

¹⁹⁹ Vgl. Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, S. 34 f.

²⁰⁰ Für die Anerkennung des Anspruchs hat sich mit Recht Ipsen ausgesprochen, vgl. Diskussionsbeitrag zur Marburger Staatsrechtslehrtagung 1952, VVDStRL, Heft 11 S. 129; zustimmend Krüger, das. S. 140 und derselbe, Allgemeine Staatslehre, S. 616; a. A. Ehlermann, a.a.O., S. 68 ff.

²⁰¹ Für einen Fall, in dem es zur Abwendung einer von einem Privatunternehmen auf Grund einer staatlichen Lenkungsmaßnahme übernommenen besonderen Gefahr zusätzlicher staatlicher Maßnahmen zur Sicherung des durch die Lenkungsmaßnahme angestrebten Ablaufs bedurft hätte, haben schon Forsthoff-Krause, Gutachten, S. 26, eine Rechtspflicht zu diesen zusätzlichen Maßnahmen bejaht. Das ist nichts anderes als ein Anwendungsfall der in der neueren Lehre so bezeichneten Plangewährleistungspflicht.

²⁰² Zur Wechselbezüglichkeit der Möglichkeit freien Wählens und Entscheidens und der Risikoverteilung siehe schon Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 40.

tenden Recht.“²⁰³ „Wenn der Unternehmer faktisch nicht mehr Herr seiner Entscheidungen ist, kann ihm nicht mehr die ganze Verantwortung für geschäftliche Fehlentwicklungen aufgebürdet werden.“²⁰⁴

²⁰³ *Forsthoff-Krause*, Gutachten, S. 22; vgl. auch *Ehlermann*, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, S. 34.

²⁰⁴ *Koppensteiner*, Intervention, Wettbewerb und Unternehmen, BB 1967, S. 223, der sich allerdings im Ergebnis — zu Unrecht — gegen den Ausgleichsanspruch wendet.

Literaturverzeichnis

Achinger, Hans: Soziale Sicherheit, Stuttgart 1953.

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933, Neudruck Darmstadt 1960.

Bachof, Otto: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Korreferat auf der Bonner Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Oktober 1953, VVDStRL, Heft 12, S. 37 ff., Nachdruck in: Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (siehe dort).

Ballerstedt, Kurt: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AÖR Bd. 74 (1948).

Blank, Hans: Energieversorgung unwiderruflich Aufgabe der öffentlichen Hand? Monatsblätter für freiheitliche Wirtschaftspolitik, Frankfurt 1958, S. 348 ff., 682 ff.

Blümel, Willi: Die Bauplanfeststellung I, res publica, Heft 5, Stuttgart 1961.

Böckenförde, Werner: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957.

Bülck, Hartwig - Hämmerlein, Hans - Jecht, Hans - Perridon, Louis: Verwaltung mit Unternehmen, in: Politik und Verwaltung, Heft 10, Baden-Baden 1968.

Bullinger, Martin: Öffentliches Recht und Privatrecht, res publica, Heft 17, Stuttgart 1968.

Ehlermann, Claus-Dieter: Wirtschaftslenkung und Entschädigung, Heidelberg 1957.

Eppe, Franz: Subventionen und staatliche Geschenke, Stuttgart 1966.

Fechner, Erich: Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in: Recht und Staat, Nr. 174, 1953.

Fischerhof, Hans: Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, S. 312.

Fleiner, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928.

Forsthoff, Ernst: Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931.
— Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart und Berlin 1938.
— Die verfassungsrechtliche Problematik der Investitionshilfe, BB 1953, S. 421 ff.
— Verfassungsprobleme des Sozialstaates, Münster 1954.
— Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Referat auf der Bonner Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Oktober 1953, VVDStRL, Heft 12, S. 8 ff. Nachdruck in: Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (siehe dort).

- Eigentumsschutz öffentlichrechtlicher Rechtsstellungen, NJW 1955, S. 1249.
 - Über Maßnahmengesetze, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, Nachdruck in: *Forsthoff*, Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 83.
 - Die Bundesrepublik Deutschland, Merkur 1960, S. 807 (Heft 151), Nachdruck in: *Forsthoff*, Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 197 ff.
 - Der Entwurf eines Zweiten Vermögensbildungsgesetzes, BB 1965, S. 388 ff.
 - Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 9. Aufl., München 1966.
 - (Hrsg.): Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Aufsätze und Essays, Wege der Forschung, Bd. CXVIII, Darmstadt 1968.
 - Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in: *Epirrhosis*, Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1968, Bd. I, S. 185 ff.
 - Über Mittel und Methoden moderner Planung, in: *Kaiser* (Hrsg.), Planung III, Baden-Baden 1968, S. 21 ff.
- Forsthoff, Ernst - Krause, Hermann:** Rechtsgutachten über die Entschädigungspflicht der Bundesrepublik gegenüber den Spangenberg-Werken, Hamburg-Eidelstedt, aus wirtschaftslenkenden Maßnahmen, 7. Mai 1951, Maschinenschrift.
- Friauf, Karl Heinrich:** Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, DVBl. 1966, S. 729.
- Friesenhahn, Ernst:** Staatsrechtslehrer und Verfassung (Bonner Rektoratsrede), Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. III, Düsseldorf 1951, S. 63.
- Galbraith, John Kenneth:** Die moderne Industriegesellschaft, München und Zürich 1968.
- Götz, Volkmar:** Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ausgleichsabgaben, AÖR, Bd. 85 (1960), S. 200 ff.
- Recht der Wirtschaftssubventionen, München und Berlin 1966.
- Gundlach, Hans-Jürgen:** Subventionen als Mittel der Wirtschaftspolitik, Berlin und Frankfurt a. M. 1965.
- Heinze, Christian:** Gesetz zur Sicherung des Steinkohleneinsatzes in der Elektrizitätswirtschaft, Berlin und Frankfurt a. M. 1967.
- Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung und die Umbildung der Verfassung, Der Staat, 1967, S. 433 ff.
- Henze, Karl-Otto:** Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, Heidelberg 1958.
- Hesse, Konrad:** Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe, 2. Aufl. 1968.
- von Hippel, Ernst:** Geschichte der Staatsphilosophie in Hauptkapiteln, I. Band, Meisenheim am Glan 1955.
- Huber, Ernst-Rudolf:** Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen, Bd. 1 (1953), Bd. 2 (1954).
- Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 97 ff., 135 ff., 172 ff., 201 ff.
- Huber, Hans:** Soziale Verfassungsrechte?, in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, 1948. Nachdruck in: *Forsthoff* (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit.

- Imboden, Max: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 2. Aufl., Basel und Stuttgart 1962.*
- Ipsen, Hans-Peter: Enteignung und Sozialisierung, Bericht auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1951, VVDStRL, Heft 10, S. 90.*
- Rechtsfragen der Investitionshilfe, AÖR, Bd. 78 (1952/53), S. 285 ff.
 - Gleichheit, in: *Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte*, Bd. II, Berlin 1955, S. 111 ff.
 - Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin und Köln 1956.
 - Planung in Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, in: Universitätstage 1965, Veröffentlichung der Freien Universität Berlin, „Wissenschaft und Planung“, S. 231 ff.
 - Verwaltung durch Subventionen, Referat auf der Grazer Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1966, VVDStRL, Heft 25, S. 257 ff.
 - Gesetzliche Bevorratungsverpflichtung Privater, AÖR, Bd. 90 (1966), S. 393 ff.
 - Fragestellungen zu einem Recht der Wirtschaftsplanung, in: *Kaiser (Hrsg.), Planung I*, Baden-Baden 1965, S. 35 ff.
 - Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in: *Kaiser (Hrsg.), Planung II*, Baden-Baden 1966, S. 63 ff.
- Janssen, Günter: Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, Stuttgart 1961.*
- Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, Neudruck Darmstadt 1963.*
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, Neudruck Offenburg 1948.*
- Jesch, Dietrich: Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961.*
- Kaiser, Joseph H.: Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung, in: *Kaiser (Hrsg.), Planung I*, Baden-Baden 1965.*
- Kimminich, Otto: Erläuterungen zu Art. 14 GG, in: Bonner Kommentar, 2. Bearbeitung.*
- Klein, Hans H.: Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, res publica, Heft 18, Stuttgart 1968.*
- Köttgen, Arnold: Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, res publica, Heft 14, Stuttgart 1965.*
- Koppenstein, Hans-Georg: Intervention, Wettbewerb und Unternehmen, BB 1967, S. 217.*
- Krüger, Herbert: Aussprache über: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Marburger Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1952, VVDStRL, Heft 11, S. 137 ff.*
- Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 382.
 - Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966.
- Krüger, Hildegard: Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage öffentlicher Gruppenrechte, DVBl. 1955, S. 178, 208.*

- Mallmann**, Walter: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, Bericht auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Köln, 1960, VVDStRL, Heft 19, S. 165 ff.
- Menger**, Christian-Friedrich: Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, S. 297 ff.
- Mertens**, Hans-Joachim: Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes, Hamburg 1963.
- von Münch**, Ingo: Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, AÖR, Bd. 85, 1960, S. 295 ff.
- Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip, JZ 1960, S. 304.
- Nipperdey**, Hans Carl: Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, DRZ 1950, S. 193.
- Die soziale Marktwirtschaft in der Bundesrepublik, in: Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe, Heft 10, 1954.
- Radbruch**, Gustav: Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart 1950.
- Redeker**, Konrad: Von der Nachbarklage zum Planbefolgsungsanspruch (Plangewährleistungsanspruch), DVBl. 1968, S. 7.
- Staatliche Planung und Rechtsstaat, JZ 1968, S. 537.
- Roth**, Karlernst: Die öffentlichen Abgaben und die Eigentumsgarantie im Bonner Grundgesetz, in: Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, NF Bd. 3, Diss. Heidelberg 1958.
- Rüfner**, Wolfgang: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967.
- Scheunert**, Ulrich: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Referat auf der Marburger Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Oktober 1952, VVDStRL, Heft 11, S. 1 ff.
- Schlichter**, Otto: Klageformen bei der verwaltungsgerichtlichen Durchsetzung von Subventionsansprüchen, DVBl. 1966, S. 738 ff.
- Schmitt**, Carl: Verfassungslehre, Berlin 1928.
- Nehmen/Teilen/Weiden, in: Gemeinschaft und Politik, 1. Jg., Nr. 2, Bad Godesberg 1953, S. 18—27, Nachdruck in: Verfassungsrechtliche Aufsätze 1924 bis 1954, S. 489—504, und in: Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S. 95—113, hier zitiert nach dem zuletzt genannten Sammelwerk.
- von Simson**, Werner: Planänderung als Rechtsproblem, in: Kaiser (Hrsg.), Planung I, Baden-Baden 1965, S. 419 ff.
- von Stein**, Lorenz: Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Aufl., Bd. II, 1887/88.
- Stern**, Klaus: Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 518 ff.
- Stödter**, Rolf: Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburg 1933.
- Thiele**, Willi: Wie liberal ist unsere Wirtschaftsordnung? DVBl. 1968, S. 897.
- Weber**, Werner: Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung nach neuem Verfassungsrecht, NJW 1950, S. 401.

- Eigentum und Enteignung, in: *Neumann-Nipperdey-Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. 2, Berlin 1954, S. 348 f.
 - Rechtsfragen der milchwirtschaftlichen Marktordnung, Göttingen 1962.
- Werner, Fritz:** Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, Beilage Nr. 2 zur Staatszeitung für Rheinland-Pfalz vom 29. Januar 1956, 7. Jg. Nr. 5; in etwas abweichender Fassung auch abgedruckt in: *AÖR*, Bd. 81 (1956), S. 89.
- Wolff, Hans J.:** Verwaltungsrecht, München, Bd. I, 7. Aufl. 1968, Bd. II, 2. Aufl. 1967, Bd. III, 2. Aufl. 1967.
- Zacher, Hans F.:** Verwaltung durch Subventionen, Mitbericht auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Graz vom 12. bis 15. Oktober 1966, *VVDStRL*, Heft 25, S. 308 ff.
- Zeidler, Karl:** Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über Auskünfte und Zusagen in der öffentlichen Verwaltung beizubehalten?, in: *Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages*, Bd. I — Gutachten — 2. Teil, Tübingen 1962.
- Zolotas, Xenophon:** *Monetary Equilibrium and Economic Development*, Princeton 1965.

Gerichtliche Entscheidungen

<i>Bundesverfassungsgericht</i>	(mangels besonderen Zusatzes: BVerfGE Bd.)	Seite
Urteil vom 30. April 1952 (Eigentumsschutz des Gewerbe- betriebs)	1 S. 264, 277	92
Urteil vom 1. Juli 1953 (Nordrhein-Westfälisches Beanstandungsgesetz)	2 S. 403, 405	49
Urteil vom 20. Juli 1954 (Investitionshilfe)	4 S. 7, 18	55, 56, 59, 62, 65, 66, 67
Urteil vom 16. Januar 1957 (Ausreisefreiheit)	6 S. 44	49
Urteil vom 11. Juni 1958 (Apotheken-Urteil)	7 S. 378, 405 ff.	88
Beschluß vom 12. November 1958 (Preis-Beschluß)	8 S. 330	97
Urteil vom 29. Juli 1959 (Erftverband)	10 S. 89, 102	67
Beschluß vom 25. Februar 1960 (Bayerische Ärzteversorgung)	10 S. 354, 362	67
Beschluß vom 5. April 1960 (Schlechterstellung von Ehegatten im Lastenausgleich)	11 S. 60	55
Urteil vom 10. Mai 1960 (Kindergeldgesetz)	11 S. 105, 126	67
Urteil vom 21. Februar 1961 (Kriegsschadenberücksichtigung bei Vermögensabgabe)	12 S. 166	55
Beschluß vom 27. Juni 1961 (Bundesentschädigungsgesetz, Stichtag)	13 S. 38	66
Urteil vom 17. Juli 1961 (Handwerk, Befähigungsnachweis)	13 S. 97	88
Beschluß vom 30. Oktober 1961 (Berufsregelung)	13 S. 186	88
Urteil vom 29. November 1961 (Ladenschlußgesetz)	13 S. 229 f.	93

		Seite
Urteil vom 24. Januar 1962 (Systemgerechtigkeit von Gesetzen)	13 S. 331, 340, 343, 345	66
Beschluß vom 11. Oktober 1962 (Rentenversicherungs-Neuregelung)	14 S. 297—299	49
Beschluß vom 14. März 1963 (Gewerbesteuer)	15 S. 318	66
Urteil vom 22. Mai 1963 (Berufsregelung)	16 S. 162, 187	88, 93
Beschluß vom 12. Februar 1964 (Wohnungsbauprämién)	17 S. 216	55
Beschluß vom 7. Juli 1964 (§ 7 b EStG)	18 S. 143 f.	49
Urteil vom 27. Januar 1965 (Zweck- und Systemgerechtigkeit einer Marktordnung)	18 S. 331, 334, 340	55, 88
Beschluß vom 14. Februar 1967 (Folgerichtigkeit von Gesetzen)	JZ 1967 S. 354	66
Beschluß vom 11. April 1967 (Sachgemäßes Kriterium für Mittelstandsschutz)	21 S. 304	56
Beschluß vom 11. Juli 1967 (Zweitkindergeldanspruch des Schwiegervaters)	22 S. 169	55
Beschluß vom 19. Dezember 1967 (Unfallversicherungs-Neuregelungs- gesetz).	23 S. 12	62
 Bundesverwaltungsgericht	(mangels besonderen Zusatzes: BVerwGE Bd.)	
Urteil vom 21. Dezember 1954 (Film-Selbstkontrolle)	1 S. 306	42
Urteil vom 7. November 1957 (Öffentliche Aufträge)	5 S. 325	76
Urteil vom 17. Januar 1958 (Bundesausgleichsabgabe für sterilisierte Milch)	6 S. 134	62
Urteil vom 7. März 1958 (Spielautomatensteuer)	6 S. 247, 265, 268	63, 88
Urteil vom 21. März 1958 (Ölmühlen-Preisausgleich)	6 S. 282	80
Urteil vom 23. Juli 1958 (Vertriebenen-Kredite)	7 S. 185	69

		Seite
Urteil vom 19. Dezember 1958 (Margarine-Subvention während Korea-Krise)	DÖV 1959 S. 706	80
Urteil vom 8. März 1962 (Öffentliche Aufträge)	14 S. 65	76
Urteil vom 11. März 1966 (Subventionsanspruch der Privat- schulen)	DVBl. 1966 S. 869	81, 88, 90
Bundesgerichtshof	(mangels besonderen Zusatzes: BGHZ Bd.)	
Urteil vom 22. Dezember 1952 (Beeinträchtigung eines Anliegers im Gemeingebrauch)	8 S. 273 ff.	93
Urteil vom 28. Januar 1957 (Beeinträchtigung eines Anliegers durch Genehmigung zur besonderen Straßennutzung durch Dritte)	23 S. 157 ff.	92, 98
Urteil vom 10. Dezember 1958 (Verteilung von Siedlungsgelände durch die öffentliche Hand)	29 S. 76 = JZ 1959 S. 405 m. Anm. Kaiser	69
Urteil vom 30. April 1959 (Recht auf Einbeziehung in staatliche Wirtschaftshilfe)	DÖV 1959 S. 710 = NJW 1959 S. 1429 = BB 1959 S. 754	69, 89
Urteil vom 23. Januar 1961 (Apotheken-Rezeptsammelstelle)	JZ 1961 S. 374	92
Urteil vom 31. Januar 1966 (Knäckebrot)	45 S. 90 = JZ 1966 S. 358	84, 96, 97, 101, 102
Urteil vom 22. Februar 1968 (Begründung zum Bebauungsplan)	BB 1968 S. 254 m. Anm. Heinze	48
Reichsgericht		
Urteil vom 10. Januar 1933 (Gefrierfleisch)	RGZ 139 S. 177	84
Badischer Staatsgerichtshof		
Urteil vom 3. Juli 1950 (Enteignung zum Zweck der Waldausstattung von Gemeinden)	VerwRSpr Bd. 2 Nr. 90 S. 411	52
Hessischer Verwaltungsgerichtshof		
Urteile vom 21. Dezember 1956	ESVGH Bd. 6 S. 231 ff.	89
Landgericht Frankfurt		
Urteil vom 16. November 1967 (Erdöl-Bohrdarlehen)	BB 1968 S. 482 f. m. Anm. Ritter	80

Fallbeispiele

**(Die Ziffern hinter den Stichworten bezeichnen
die Seitenzahlen der vorliegenden Schrift)**

- Anpassungsbeihilfen der deutschen Mineralölgewinnungsindustrie 83 f.**
- Beförderungstarife für Kriegsbeschädigte und Schüler 101**
- Berufsgenossenschafts-Ausgleich 62**
- Einfuhrpräferenzen zur Exportförderung 96**
- Einzugs- und Absatzgebiete für Milch 101**
- Erdöl-Vorratshaltung auf Grund gesetzlicher Anordnung 93, 99 f.**
- Erftverband 67**
- Familienausgleichskassen 67**
- Farbfernsehplan des österreichischen Rundfunks 102**
- Gefrierfleischimporte auf Grund einer Einfuhrlenkung 84**
- Geruchsbelästigungen durch Fabrikanlage nach Ausdehnung eines Siedlungs-gebiets 93 f., 96**
- Knäckebrot und Schutzzoll 96 f., 101 f.**
- Molkereiindustrie, Strukturverbesserung 87 f.**
- Rabattverbot für Warenhäuser 55 f.**
- Steuervergünstigungen für Investitionen in Entwicklungsländern 96**
- Tallöl-Verarbeitung unter dem Schutz außenhandelsrechtlicher Beschränkun-gen der Einfuhr von Substitutionswaren 84 f.**
- Vermögensbildung der Arbeitnehmer 62**
- Weinbau — Kellereiwirtschaft 88**

Register

(Die Ziffern hinter den Stichworten bezeichnen
die Seitenzahlen der vorliegenden Schrift)

- Abbürdung 100
Abgaben, öffentliche 63
Abgeltungsanspruch 99 ff.
Änderung von Lenkungspositionen
siehe auch: Widerruf von Gewährungen, Plangewährleistung 96
Altruismus siehe Schenkung
Amtshaftung 91
Anstalt, nutzbare 42, 72
Arrangement 38
Autonomie — Heteronomie 13 f., 18 f., 32 f., 59, 73
Befehl, Verbot, Zwang 37
Befreiung 75, 79
Belastung 38
Berufsfreiheit 65, 86
Bestimmungsvergünstigung 77
Daseinsvorsorge 29 f.
Datengewährleistung 103
Eigentum, Eigentumsschutz 51, 61, 65, 86, 92, 97 f.
Eigentumsschutz der Freiheit von
Geldleistungspflichten 62 ff.
Eingriff in Freiheit und Eigentum
81, 91, 97 f.
Entschädigung 91 ff.
Entwicklungshilfe 22 f.
fiskalische Verwaltung 39 f.
Forderungen, Belastung mit — 64
Freiheit und heteronome Ordnung
13 f.
Freiheitsbeschränkungen 21
Friedensordnung 21, 26
Gegenleistung 75, 76 f.
Geldleistungspflichten und Eigentumsschutz 62 f.
Gemeinschaftsaufgaben 21
Gesetz 42
Gesundheitspflege 15, 76
Gewährung von Gütern 38, 42
Gewerbebetrieb, eingerichteter und
ausgeübter 92 f.
Gleichheit, Gleichbehandlungsgebot
18, 50, 52 ff., 68 ff., 73, 85 f., 101
Güter 15, 76
Haushaltsvorbehalt 63
Heteronomie — Autonomie siehe
Autonomie — Heteronomie
hoheitliche Verwaltung 41
Information 15
Infrastruktur 13, 27
Interesse des Einzelnen, der Allgemeinheit 40
iustitia commutativa — iustitia
distributiva 54
Koalitionsfreiheit 66 f., 88
Konformität 61, 65 ff., 85 f.
Korrekturen des Wettbewerbs-
systems 20 f.
Kultur 15, 76
Lebensgüter 15
Legitimation der Produktions- und
Verteilungsordnung 18
Lenkung 13, 16, 37, 94
Lenkungsnachteile — Ausgleichsansprüche 93 ff.
liberale Ordnung von Produktion
und Verteilung 20, 27 f.
liberaler Rechtsstaat 18 ff.
liberalstaatliche Rechtsformen 14
Neutralität, wirtschaftspolitische, des
Grundgesetzes 65
Nothilfe 31

- obrigkeitliche Verwaltung 41
Öffentlichrechtliche Natur der Mittel
zur Ordnung von Produktion und
Verteilung 38 f., 79 f.
- Pädagogik 15
Planbestimmtheit 45 f.
Plangewährleistung 50 ff., 97
Plansicherheit 49 ff., 82 f.
Planung 45
Privatrecht 39
Produktion 15, 26
Produktionsmittel 16
produktive Staatsfunktion 36 ff.
Publizität 46 ff., 82 f.
- Rechtssicherheit 50, 65
Rechtsstaat 27, 59 ff.
Rechtsverordnung 42
Rechtsweg 40, 47 f.
Richtlinie 44, 48 f.
- Satzung 42
Schenkung, staatliche 77
schlichthoheitliche Verwaltung 41, 80
Sicherheit und Ordnung 13
Sozialisierung 64
Sozialstaat 30 ff., 69
Staat 16
subjektives öffentliches Recht 51, 69,
94
Subsidiarität 59, 74
Subvention 75 ff.
- Subventionsanspruch 89 f.
Systemrichtigkeit 65
- Teilhabe 30, 67 ff., 73
- Umverteilung 16, 30, 37, 61 ff.
Unentgeltlichkeit 77
Unternehmen 72 ff.
- Vereinbarung, Vertrag 38
Vergünstigung 38
Vermögensordnung 61
Verteilung 15, 26
verteilende Staatsfunktion 36 ff.
Verteilungsklarheit 47, 63
Vertrauenschutz 50 f., 102
Verwaltungsakt 42, 79
Verwaltungsprivatrecht 40
Verwaltungsvorschrift 44, 48 f.
Vorbehalt des Gesetzes 43, 79 f.
Vorbehalt des Plans 46, 79 f.
- Wettbewerb 18, 65 ff., 86
Widerruf von Gewährungen 95
Willkür 54 f.
Wirtschaftsverfassung 60
- Zusagen der Verwaltung 51
Zweckrationalität von Maßnahmen
zur Lenkung von Produktion oder
Verteilung 57, 74, 77
Zweistufentheorie 80