

Wernhard Möschel

Den Staat an die Kette legen –
Gegen die Aushöhlung des
Wettbewerbs durch den Staat

Mit einem Vorwort
von Jan Kleinewefers

Gutachten für
Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. (VDMA)
und
IMPULS-Stiftung für den Maschinenbau, den Anlagenbau und
die Informationstechnik

© Juli 1995

Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik
Kaiser-Friedrich-Promenade 157, 61352 Bad Homburg

ISBN 3-89015-046-2

Inhalt

Für freien Wettbewerb – gegen die Subventionswirtschaft

Vorwort

Jan Kleinewefers

7

Den Staat an die Kette legen – Gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat

Wernhard Möschel

11

I.	Strukturprinzipien einer marktwirtschaftlichen Ordnung	11
1.	Entscheidungsträger, Entscheidungsgegenstand, Entscheidungsverfahren	11
2.	Werturteile	12
3.	Begrenzte Staatsaufgaben	16
a)	Protektiver Staat	16
b)	Der distributive Staat	19
c)	Der produzierende Staat	20
d)	Gemeinsame methodische Begrenzungen	21
e)	Schlußfolgerungen	22
II.	Der tatsächliche Befund im Deutschland des Jahres 1995	25
1.	Globale Kennziffern	25
2.	Spezifischer Befund und Wirkungsanalyse	25
a)	Eigene Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand	26
b)	Subventionspolitik	32
c)	Außenwirtschaftliche Protektion	45

III.	Der rechtliche Befund	48
1.	Zum deutschen Recht	48
a)	Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand	48
b)	Subventionskontrolle	51
2.	Zum europäischen Gemeinschaftsrecht	52
a)	Der Staat als Unternehmer	53
b)	Zur Subventionsaufsicht der Gemeinschaft	58
IV.	Zu den Ursachen für solche Entwicklung	66
1.	Spätfolgen sozialistischen Gedankenguts	66
2.	Strukturschwächen in demokratischen Gesellschaften	68
V.	Lösungsansätze	70
1.	Der Möglichkeitsbereich	70
a)	Anknüpfungspunkte	70
b)	Umsetzungsart	74
2.	Konkrete Vorschläge	80
a)	Zur Privatisierung	81
b)	Subventionsbegrenzungsgesetz	85
c)	Ein neuer Art. 94a EG-Vertrag	89
VI.	Zusammenfassung	90

Für freien Wettbewerb – gegen die Subventionswirtschaft

Jan Kleinewefers

Die Marktwirtschaft wird am Standort Deutschland mit zunehmendem Tempo ausgehöhlt. Bereits 1986 konstatierten Kieler Ökonomen, daß nur etwa die Hälfte der Wertschöpfung in der Bundesrepublik Deutschland unter Wettbewerbsbedingungen entsteht.

Bekanntlich geht es bei Verstößen des Staates gegen das Wettbewerbsprinzip nicht allein um punktuelle, ein einzelnes Unternehmen oder eine Branche begünstigende Maßnahmen. Der Staat kann schon bei der Gestaltung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen den Wettbewerb verzerren. So bietet die konkrete Ausgestaltung der Steuerpolitik, der Außenwirtschaftspolitik, der Forschungspolitik oder auch der öffentlichen Auftragsvergabe zahlreiche Ansatzpunkte, unsere Wirtschaftsordnung mit mehr oder weniger Wettbewerb zu versehen.

Im Zentrum unserer Kritik stehen aber besonders die immer mehr um sich greifenden punktuellen Eingriffe des Staates. Dieses Problem ist gerade für eine immer noch weitgehend mittelständisch organisierte Branche wie den deutschen Maschinenbau von besonderer Bedeutung. Wir sind mit dieser Thematik in der Vergangenheit jedoch kaum oder fast nie in die Öffentlichkeit gegangen. Das mag einmal daran liegen, daß punktuellen Staatseingriffen scheinbar Einzelfälle zugrunde liegen. Hinzu kommt, daß die negativ Betroffenen sich erfahrungsgemäß scheuen,

das Problem publik zu machen. Man versucht, die Sache irgendwie zu regeln.

Aber nicht nur die betroffenen Unternehmen trauen sich mit ihren berechtigten Klagen nur selten an die Öffentlichkeit. Auch die Verbände tun sich schwer, da sie die Interessen aller Mitglieder zu vertreten haben. Sind sowohl Begünstigte als auch Leidtragende einer staatlichen Intervention in einem Verband organisiert, gerät dieser in Loyalitäts- und Neutralitätskonflikte mit seinen Mitgliedsfirmen. Diesem Dilemma zwischen dem Anspruch sowohl des „Geschädigten“ als auch des „Begünstigten“ auf Loyalität und dem Anspruch aller Mitglieder auf Neutralität entkommt ein Verband in der Regel nur durch Stillschweigen, das vom mit seinem Problem allein gelassenen Verbandsmitglied wiederum stillschweigend erduldet wird.

Diese Problematik hat sich in der hinter uns liegenden Rezession zweifellos verschärft. Es sind eine Fülle neuer konkreter Beispiele für staatliche, den Wettbewerb verzerrende Interventionen hinzugekommen – auch in unserer Branche. Ich möchte aus den oben genannten Neutralitätsgründen auf Details nicht eingehen. Nur soviel: Es darf nicht sein, daß Firmen, die mit Augenmaß und unter Einhaltung solider Finanzrelationen gewachsen sind, für ihre weitsichtige Unternehmenspolitik bestraft werden, weil notleidende Wettbewerber, die sich in ihren Expansionsplänen oder sonst verkalkuliert haben, durch öffentliche Hilfen über Wasser gehalten werden. Wirtschaftlich gesunde Gesellschaften können durch Subventionen an kranke Wettbewerber selbst krank werden. Ob kranke Gesellschaften durch Subventionen gesunden, ist und bleibt eine offene Frage.

Da der VDMA direkt und ad hoc in diesem oder jenem konkreten Fall nichts tun konnte, hat er gemeinsam mit der ihm nahestehenden „IMPULS - Stiftung für den Maschinenbau, den Anlagenbau und die Informationstechnik“ das Frankfurter Institut unter Federführung von Herrn Prof. Dr. Wernhard Möschel beauftragt, eine Studie zum Thema „Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat“ zu erstellen. Ziel dieser Studie ist es, ausgehend von einer Bestandsaufnahme wettbewerbsverzerrender Eingriffe des Staates, die Notwendigkeit herauszustellen, den „Staat an die Kette zu legen“.

Der deutsche Maschinenbau als Wettbewerbsbranche par excellence tritt traditionell für freien Wettbewerb und die Beschränkung des Staates auf die Gestaltung der ordnungspolitischen Rahmenbedingungen ein. Unsere Branche betrachtet die zunehmende Degenerierung der Marktwirtschaft zur Subventionswirtschaft deshalb mit großer Sorge. Sie empfindet die durch Staatseingriffe verursachte Aushöhlung des Leistungswettbewerbs nicht nur als Bedrohung; sie sieht darin eine konkrete Schädigung ihrer aus eigener Kraft erreichten und bislang erfolgreich verteidigten Wettbewerbsposition.

Unsere Sorge gilt aber nicht allein der Wettbewerbssituation im Maschinenbau, wengleich wir auf diesem Feld besonders sensibilisiert sind. Es geht uns um die Sache generell: Jenseits der ungleichen Behandlung von Branchen, aber auch von einzelnen Firmen durch Subventionen bedrückt uns vor allem die zunehmende Außerkraftsetzung des Preises und des Preismechanismus, den Fundamenten einer wettbewerblich orientierten Marktwirtschaft, durch den Staat. Die gesamtwirtschaftliche Koordination der Konsum- und Investitionsentscheidungen wird ver-

fälscht, die Funktionsfähigkeit der Marktwirtschaft untergraben. Die von Staatseingriffen ausgehende, schleichende Unterminierung der Marktwirtschaft ist eins der viel zu wenig diskutierten Probleme am Standort Deutschland.

Den Staat an die Kette legen – Gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat

Wernhard Möschel

I. Strukturprinzipien einer marktwirtschaftlichen Ordnung

Die Strukturprinzipien einer marktwirtschaftlichen Ordnung lassen sich in Kategorien der Entscheidungstheorie verdeutlichen, nämlich nach Entscheidungsträger, Entscheidungsgegenstand und Entscheidungsverfahren.¹

1. **Entscheidungsträger, Entscheidungsgegenstand, Entscheidungsverfahren**

Die Entscheidungsträgerschaften sind dezentral verteilt. Es agieren die einzelnen Marktteilnehmer, seien es natürliche Personen, seien es juristische Personen. Es gibt keinen, wie auch immer legitimierten, zentralen Funktionszuweiser von außen. Die Präferenzen der einzelnen entscheiden darüber, was für welche Zwecke zu welchen Kosten hergestellt werden soll. In Anlehnung an Schumpeter spricht man vom methodologischen Individualismus im Gegensatz zu holistischen Vorstellungen, welche auf vorweg definierte Gesamtzwecke einer Gesellschaft abheben wollen.

Die Entscheidungsgegenstände sind grundsätzlich beliebige. Das Tun des einzelnen ist weder nach Inhalt noch nach

¹ Vgl. hierzu *W. Möschel*, Rechtsordnung zwischen Plan und Markt, Tübingen 1975, S. 6 ff.

Motivation vorwegbestimmt. Für einen Außenstehenden liegt immer Handeln in Ungewißheit des Einzelfalles vor. Der wissenschaftstheoretische Grund dafür liegt darin, daß man Freiheitspositionen aufheben würde, wollte man sie inhaltlich vorwegdefinieren.

Das Entscheidungsverfahren ist der Vertrag, die Willenseinigung zwischen den Beteiligten. Keiner kann dem anderen etwas aufzwingen. Seine Zustimmung ist erforderlich. Katallaxie, Tauschwirtschaft, schließt notwendig eine Friedensordnung mit ein.

Wie bei solchen Vorgaben kein Chaos entsteht, kein „Sauhafen“, wie sich Franz Böhm einmal ausgedrückt hat,² war bekanntlich das Erkenntnisinteresse der klassischen englischen Nationalökonomie. Sie hat auch die grundsätzliche Antwort gefunden, nämlich den Markt, jene spontane Ordnung, in welcher die einzelnen dezentral ihr Verhalten in Lieferung und Erhalt von Informationen in wechselseitiger Anpassung ständig koordinieren.

2. Werturteile

Geht man von einer Beschreibung zu einer Empfehlung über, also von einer positiven Theorie zu einer normativen, so werden unausweichlich Werturteile eingeführt. Diese sind offenzulegen. Hinter einem marktwirtschaftlichen Konzept stehen im Kern vier Werturteile:³

- Eine solche Ordnung vermag ein Höchstmaß an wirtschaftlicher Handlungsfreiheit zu gewährleisten, etwa

2 Vgl. H. H. Götz, *Architekt der Freiheit*, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 39 vom 15. Febr. 1975.

3 W. Möschel (Fn. 1), S. 13 ff.

Vertragsfreiheit, Gewerbefreiheit, Investitionsfreiheit, Eigentumsrechte an unternehmensgebundenen Ressourcen, Vereinigungsfreiheit. Ein zentral gesteuertes Wirtschaftssystem dagegen ließe sich mit individuellen Freiheitsrechten nicht vereinbaren; es würde zerbrechen und muß sie deshalb ausschließen. Man spricht vom *Freiheitsargument*.

- Eine dezentral und sich nichtautoritär im Markt koordinierende Wirtschaftsordnung führt zu ökonomischen Ergebnissen, die allgemein als positiv bewertet werden. So steuert der Markt die Produktionsfaktoren innerhalb des horizontalen und vertikalen Aufbaus der Produktion in ihre produktivsten Einsatzmöglichkeiten. Damit verbindet sich eine ständige Anpassung der Produktion an sich verändernde Nachfragestrukturen und Herstellungstechniken. Fehlinvestitionen werden dadurch begrenzt. Die Zusammensetzung und Verteilung des Angebots an Gütern jedweder Art richtet sich nach den Käuferpräferenzen und damit nach individuellen Bedürfnissen. In einer stärker dynamischen Perspektive erzwingt der Markt eine Induzierung und Entfaltung des technischen Fortschritts bei Gütern wie Herstellungs- und Vertriebsmethoden. Man spricht insoweit vom *Effizienzargument*. Als unverfänglicher Beobachter sei Karl Marx zitiert: „Erst sie (sc. die Bourgeoisie) hat bewiesen, was die Tätigkeit der Menschen zustande bringen kann. Sie hat ganz andere Wunderwerke vollbracht als ägyptische Pyramiden, römische Wasserleitungen und gothische Kathedralen ... Die Bourgeoisie reißt durch die rasche Verbesserung aller Produktionsinstrumente, durch die unendlich erleichterten Komm-

unikationen alle, auch die barbarischsten Nationen in die Zivilisation.“⁴

- Eine Überantwortung wirtschaftlicher Austauschvorgänge in den Bereich der Gesellschaft vermag einen wesentlichen Beitrag zu einer Art horizontalen Gewaltenteilung in einem Gemeinwesen zu geben. Die Chance, auf diese Weise ökonomische Macht zu dezentralisieren und mit den Mitteln des Rechts zu bändigen, ist höher, als wenn sich zentrale politische Macht und zentralisierte ökonomische Macht vereinigen. Man spricht vom *Demokratieargument*. Die marxistische These, eine Akkumulation privater ökonomischer Macht führe zu einer verhängnisvollen Usurpierung politischer Macht, gilt nicht weniger für den Staat selbst. Es gibt in der Geschichte der Industriestaaten bis heute kein Beispiel dafür, daß politische Macht, welche die Verfügung über die Produktionsmittel einschließt, mit der politischen Freiheit der Bürger vereinbar ist.
- Schließlich werden auf diese Weise Konfliktlösungsmechanismen zwischen den Individuen dezentralisiert. Ein System inhaltlich konkretisierbarer subjektiver Rechte – das Eigentum ist dafür ein Beispiel – wird ermöglicht und zugleich abstrakt-genereller Regelung zugänglich. Dies bedeutet nicht nur eine Entlastung des Staates von permanentem Ad hoc-Dezisionismus, sondern bildet die Basis des Rechtsstaates überhaupt. Zwischen marktwirtschaftlicher Ordnung und Rechtsstaat besteht insoweit eine strukturelle Komplementarität. Man spricht vom *Rechtsstaatsargument*.

4 K. Marx/F. Engels, Manifest der Kommunistischen Partei, Reclam Stuttgart 1969, S. 26, 28.

Man gewinnt auf diese Weise einen Verankerungspunkt, ein Referenzsystem, an welchem sich Fehlentwicklungen und Korrekturvorschläge gleichermaßen messen lassen. Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Ordnungsmuster bedürfen einer spezifischen, bei veränderten Bedingungen im Zeitablauf immer wieder zu überprüfenden Rechtfertigung. Der Gedanke ist nur in anderen Worten prägnant auch im Gesamtkonzept 1990 für die Privatisierungs- und Beteiligungspolitik des Bundes ausgedrückt: „In der Sozialen Marktwirtschaft gebührt grundsätzlich privater Initiative und privatem Eigentum Vorrang vor staatlicher Zuständigkeit und staatlichem Eigentum (Subsidiaritätsprinzip). Privates Eigentum und privatwirtschaftliche, durch Markt und Wettbewerb gesteuerte und kontrollierte unternehmerische Tätigkeit gewährleisten am besten wirtschaftliche Freiheit, ökonomische Effizienz und Anpassung an sich verändernde Marktverhältnisse und damit Wohlstand und soziale Sicherheit für die Bürger.“⁵

Solchem Denkansatz wird gelegentlich der Vorwurf der Ideologie gemacht. Exemplarisch ist eine Kritik an Vorschlägen des Kronberger Kreises zur Deregulierung der Arbeitsmärkte: „Damit ist eigentlich schon das ganze Geheimnis enthüllt: Es handelt sich um nicht weniger (beziehungsweise nicht mehr) als die beherzte Behauptung eines Regel-Ausnahme-Tatbestandes mit eingebauter Automatik zu Lasten der Gegenseite. Wer sich auf diese Zuweisung des Geländes einläßt, hat schon verloren, ehe die Schlacht beginnt. Er ist auf der Rolle desjenigen festge-

5 *Bundesministerium der Finanzen, Material für die Presse, Gesamtkonzept 1990 für die Privatisierungs- und Beteiligungspolitik des Bundes, Bonn 28. Nov. 1990, S. 5.*

legt, der gegen Freiheit und Effizienz einen naturwidrigen Zustand verteidigt – eine hoffnungslose Position.“⁶

Daran trifft zu, daß das Konzept auf durchaus offengelegten Werturteilen beruht, welche ein marktwirtschaftliches System insgesamt konstituieren: Freiheit, Wohlstand, Frieden, Rechtsstaat. Sie werden regelmäßig auch von den Kritikern nicht in Frage gestellt. Auf dieser Basis wird das postulierte Regel-Ausnahme-Verhältnis zu einer bloßen Frage wertungsmäßiger Konsistenz. Bei Konsistenzfragen, die Fragen einer logischen Wahrheit sind, braucht man sich noch nicht einmal über Inhalte zu streiten.

3. Begrenzte Staatsaufgaben

Es wäre fehlsam, aus diesem Denkansatz zu folgern, er dränge einen Staat notwendig in die Rolle eines Nachwächterstaates oder eines Minimalstaates, wie man heute gerne sagt. Ein Staat bleibt auch bei einer dezidiert marktlichen Betrachtungsweise vielfältig und unverzichtbar gefordert.

a) *Protektiver Staat*

Am wichtigsten ist seine Rolle als protektiver Staat. Sie weist drei Facetten auf:

- Die erste betrifft sog. konstitutive *Regulierungen*, allgemeine Spielregeln, ohne welche weder ein gedeihli-

6 M. Kittner, Zum Schutz der Schwachen. Die Deregulierung des Arbeitsmarktes läuft auf eine Stärkung der Marktposition der Arbeitgeber hinaus. Argumente aus Gewerkschafts-sicht, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 98 vom 27. April 1991, S. 13.

ches Zusammenleben von Individuen noch marktliche Austauschprozesse überhaupt möglich wären.⁷ Sie sind Gegenstand der allgemeinen Rechtsordnung, des Eigentumsrechts, des Vertragsrechts, des Strafrechts usw. Auch soziale Verhaltensmuster, etwa von der Art „honesty is best policy“ spielen in diesem Zusammenhang eine überragende Rolle. Regulierungen solcher Art liegen im Erkenntnisinteresse der modernen property rights-Theorie und der Transaktionskostenökonomie. Beides verschmilzt mittlerweile in eine neue Institutionenökonomie.

- Die zweite Facette umfaßt die sog. *speziellen Regulierungen*. Hier geht es darum, durch positiv gestaltende Eingriffe Märkte überhaupt erst funktionsfähig zu machen. Man hat es hier mit den tatsächlichen Funktionsbedingungen von Märkten zu tun. Man spricht von Marktversagen. Die wichtigsten Sachverhalte sind die folgenden drei:⁸ Bei natürlichen Monopolen kann die in einem Markt nachgefragte Menge von einem einzigen Anbieter zu niedrigeren Kosten produziert werden als von jeder größeren Zahl von Unternehmen. Damit hat man z.B. gesetzlich geschützte Alleinstellungen beim Eisenbahnverkehr, bei den Netzen zur Nachrichtenübermittlung und in der leitungsgebundenen Energieversorgung rechtfertigen wollen. Mit ruinöser Konkurrenz werden umgekehrt Sachlagen beschrieben, daß es auf bestimmten Märkten zu viel Wettbewerb gäbe, der zur Verdrängung leistungsfähiger Anbieter und da-

7 Näher *Deregulierungskommission*, Marktöffnung und Wettbewerb, Stuttgart 1991, Tz. 2 ff.

8 Dazu *W. Möschel*, Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung, *Juristenzeitung* 43 (1988), S. 885, 891 ff.

mit zur Verschwendung volkswirtschaftlicher Ressourcen führe. Als eine Fallgruppe wird inverses Anbieterverhalten genannt (Angebotssteigerung trotz Rückgangs der Preise). Dies spielt bei der Regulierung der Landwirtschaft und der Märkte für Arbeitsleistungen eine Rolle. Chronische Überkapazitäten aufgrund von Unteilbarkeiten des Angebots sollen eine Regulierung der Verkehrsmärkte rechtfertigen. Ruinöse Konkurrenz aufgrund asymmetrischer Information mit den Konsequenzen sog. adverse selection und moral hazard spielt im Versicherungs- und im Bankengewerbe eine Rolle. Auch staatliche Zwangsversicherungssysteme (Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung, gesetzliche Krankenversicherung, staatliche Krankenhausversorgung) haben darin eine Wurzel. In Kategorien mangelnder Versicherungsfähigkeit läßt sich schließlich eine staatliche Finanzierung von technischen Großprojekten (Weltraumforschung) oder von Grundlagenforschung analysieren. Von externen Effekten spricht man, wenn Nachteile oder Vorteile für Dritte, die mit der Produktion oder dem Konsum eines Gutes verbunden sind, nicht in die Marktbeziehungen internalisiert werden. Bei negativen externen Effekten entsteht Überproduktion, bei positiven Unterversorgung. Damit werden staatliche Marktverhaltensregulierungen gerechtfertigt, für den ersten Fall etwa Steuern, Gebote, Verbote, Auflagen – der Bereich des Umweltschutzes ist ein Beispiel –, im zweiten Fall etwa Subventionen.

- Die dritte Facette zielt auf eine *stabilitätspolitische Ebene*. Dies meint die Frage, ob eine marktwirtschaftliche Ordnung in dem Sinne instabil ist, daß es immer wieder zu Ungleichgewichten kommt. Exogene Störungen, Störungen, die vom Geldkreislauf ausgehen, Folgen

eines Nachfragemangels, Friktionen auf der Angebotsseite, kommen als Ursachen in Betracht. Keynesianische Auffassungen bejahen dies bekanntlich im Gegensatz zu ihren monetaristischen, stärker an Regelmechanismen orientierten Opponenten. Wer den Staat in der Verantwortung für Preisstabilität, Vollbeschäftigung, außenwirtschaftliches Gleichgewicht und angemessenes Wachstum sieht, öffnet die Tür zu ggf. weitreichenden Eingriffen. Die Bandbreite reicht dabei von einer mittelfristigen Verstetigung des Konjunkturprozesses durch Globalsteuerung, im wesentlichen Mittel der Geld- und Fiskalpolitik, bis hin zu perfektionistischer Feinsteuerung.

b) Der distributive Staat

Regulierung unter dem Aspekt der Umverteilung ist nicht mit ökonomischem Marktversagen begründbar. Es handelt sich vielmehr um eine Korrektur von Ergebnissen aus tatsächlichen oder vorgeblichen ethischen Gründen heraus. Ein Marktsystem ohne jedes Umverteilungselement könnte dazu führen, daß zwar die Katzen der Reichen genügend Milch haben, Kinder der Armen dabei aber verhungern (H. Giersch). Dies bedeutet indes nicht, daß ethisch begründete Umverteilungsvorstellungen einer ökonomischen Folgenanalyse entzogen wären. So sollte das Allokationssystem der Märkte durch das Distributionssystem möglichst wenig beeinträchtigt werden. Dagegen wird immer verstoßen, wenn Preisregulierungen zum Zwecke einer Einkommenssicherung erfolgen. Verbreitet ist dies z.B. innerhalb der Landwirtschaft. Solche Fehlentwicklungen stecken aber auch hinter nicht kostenorientierten Tarifen im noch monopolgeschützten Telefonverkehr (Umverteilung zwischen Stadt und Land, zwischen priva-

ten und gewerblichen Nutzern, zwischen Nahbereich und Fernbereich). Auch muß es für jede Umverteilung quantitative Grenzen geben, wenn die Leistungsfähigkeit des Gesamtsystems nicht in Frage gestellt sein soll. Bismarck sprach von der Henne, welche die goldenen Eier lege und die man nicht schlachten dürfe. Dies läßt sich formal verdeutlichen: Bei einem Abgabensatz von 0% ist das Aufkommen ebenso null wie bei einem solchen von 100%. Im letzteren Fall würde niemand mehr arbeiten. Dazwischen ist das Abgabenaufkommen positiv. Es muß ein Maximum geben, einen Punkt, von dem ab höhere Abgabensätze zu einem niedrigeren Aufkommen führen. Früher sprach man vom Swift'schen Steuereinkommens, heute von der sog. Laffer-Kurve. Man kann beides zusammen auch in eine Art Verhältnismäßigkeitsprinzip überführen: Das eingesetzte Mittel der Umverteilung muß zur Zielerreichung überhaupt geeignet sein, die ins Auge gefaßten Destinatäre tatsächlich erreichen. Der getätigte Eingriff müßte im Hinblick auf die Zielerreichung der geringstmögliche sein, und der dabei insgesamt entstehende Schaden darf nicht größer sein als der Nutzen, den die Umverteilung stiften soll.

c) Der produzierende Staat

Ein solcher ist originär nur dann wirklich gefordert, wenn es um die Bereitstellung, nicht notwendigerweise um die Herstellung sog. öffentlicher Güter geht. Dies sind solche Güter, „für die entweder die doppelte Bedingung erfüllt ist, daß der Gebrauch durch den einen nicht mit dem Gebrauch durch einen anderen rivalisiert und – deshalb – niemand vom Gebrauch ausgeschlossen werden soll (was sich nicht von selbst versteht), oder die einfache Bedingung, daß aus tatsächlichen Gründen ein Ausschluß vom

Gebrauch unmöglich oder jedenfalls unwirtschaftlich ist. Solche „öffentlichen Güter“ werden tauschwirtschaftlich entweder gar nicht oder nur in unzureichendem Maße nachgefragt und angeboten.“⁹ Individuelle und kollektive Logik decken sich nicht. Zu nennen sind etwa die Landesverteidigung, die innere Sicherheit, wohl auch die Rechtspflege, nicht zufällig klassische Aufgabenbereiche schon des liberalen Ordnungsstaates.

d) *Gemeinsame methodische Begrenzungen*

Soweit solche Staatstätigkeit mit Marktversagen gerechtfertigt wird, sind durchweg methodische Begrenzungen mit zu bedenken. So ist Referenzsystem wohlfahrtsökonomischen Marktversagens das statische Modell vollkommener Konkurrenz. Es ist in der Realität nicht herstellbar. Jede Abweichung von diesem Modell als Marktunvollkommenheit und deshalb als Marktversagen zu qualifizieren, läuft darauf hinaus, das Leben auf diesem Globus mit demjenigen in einem Paradies zu vergleichen. Man hat solchen methodischen Zugang zu Recht als Nirwana-approach verworfen. So kann man z.B. bei leitungsgebundenen Angeboten Modelle entwickeln, wonach bei gegebener Technik und bei gegebenem Bedarf ein Monopolist am kostengünstigsten anbieten könnte. Unter der zusätzlichen Voraussetzung der Instabilität eines solchen Monopols kann es dann sinnvoll erscheinen, dieses Unternehmen vor Wettbewerb zu schützen. Ausgeblendet wird bei einem solchen Kalkül, ob das Monopolunternehmen dann nicht z.B. in internen Ineffizienzen versinkt. Keine Pro-

9 *Deregulierungskommission* (Fn. 7), Tz. 5,
Kronberger Kreis, Privatisierung auch im Westen,
Bad Homburg vdH 1993, Tz. 17.

duktion ist bekanntlich leichter als die von Kosten. Die maßlose personelle Überbesetzung sowohl bei der Deutschen Bundesbahn als auch bei der Deutschen Bundespost, dies gilt für den Telekommunikationsbereich ebenso wie für die sog. gelbe Post, sind Beispiele dafür.

Ebenso illusionär erscheint auf der anderen Seite die Unterstellung eines weisen oder doch jedenfalls neutralen Gesetzgebers und einer professionell-technokratischen Administration. Auch hier handeln Menschen. Es gibt kein Anzeichen dafür, daß dies andere Menschen sind als jene, welche sich auf Märkten bewegen. Wie man dort von der brauchbaren Hypothese ausgeht, der einzelne verfolge in erster Linie seine Eigeninteressen, so sehr gilt dies hier. Dann aber öffnet sich Staatstätigkeit unausweichlich der Dummheit, der Korruption, der Vetternwirtschaft, Partei-strategien, dem Einfluß von Interessenverbänden und – in Demokratien – den Sachzwängen beim Wettbewerb um Wählerstimmen. Gemessen an einem Idealzustand sind wir durchgehend mit Staatsversagen bzw. Regulierungsversagen konfrontiert. Bei der Abwägung zwischen alternativen Ordnungsmustern ist diese Dimension in Rechnung zu stellen (*comparative institutional approach*). Daran wird zugleich deutlich, daß Marktunvollkommenheiten bis hin zum technischen Marktversagen für sich allein kein hinreichender Grund für eine Regulierung sind. Es kommt immer darauf an, ob ein insgesamt besseres Arrangement zur Verfügung steht.

e) Schlußfolgerungen

Solche ordnungspolitische Reflexion hat insgesamt folgenden Nutzen:

- Sie ermöglicht eine Analyse des Konsequenzzusammenhangs, der zwischen dem Wollen einzelner Ziele, z.B. ökonomischer Handlungsfreiheit, und anderen Zielen besteht. Gleiches gilt auf der Ebene des Mitteleinsatzes, wenn diesen Mitteln auch Zielqualität zukommt. Die dynamische Eigengesetzlichkeit solcher Sachverhalte wird als Problem erkennbar.
- Sie gestattet eine geschlossene Analyse von Funktionsbedingungen und eröffnet ein entsprechendes Potential sachadäquater Reformbemühungen.
- Ein systematisches Verständnis einer Rechts- und Wirtschaftsordnung wird konzipierbar und läßt sich für eine Auslegung einfacher Gesetze und der Verfassung fruchtbar machen. Ein Beispiel für letzteres ergibt sich, wenn man den Staat von einem spezifischen Grundrechtsverständnis her für verpflichtet hält, Bedingungen zu gewährleisten, unter denen verfassungsmäßig geschützte Rechte auch gesellschaftlich funktionsfähig bleiben.
- Eine wissenschaftliche Diskussion von Funktionszusammenhängen wird möglich, ohne daß gegenüber vermeintlich nur ideologisch begründbaren oder nur politisch entscheidbaren Standpunkten vorzeitig das Handtuch geworfen werden müßte.
- Eine ordnungsbezogene Betrachtungsweise ermöglicht die Ableitung von Kriterien für die Entscheidung von Ziel- und Interessenkonflikten, ohne solche Entscheidung damit im Einzelfall schon zwingend zu determinieren.

- Neben die Verfassung mit ihrer absoluten Grenze für das rechtlich Machbare tritt eine Prüfungsebene unter dem Aspekt funktionaler Zweckmäßigkeit, ob Konformität, Neutralität, Beeinträchtigung oder Zerstörung im Hinblick auf einen gesetzten allgemeineren Ordnungsrahmen gegeben sind.

II. Der tatsächliche Befund im Deutschland des Jahres 1995

Der tatsächliche Befund in unserem Land ist gegenwärtig ein völlig anderer.

1. Globale Kennziffern

Einige globale Kennziffern mögen ihn verdeutlichen. So hat die Staatsabgabenquote, d.h. die Summe von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen in Prozent des Bruttoinlandprodukts, im Jahre 1994 mit rund 45% eine historische Höchstmarke erreicht. Die Staatsausgabenquote, welche darüber hinaus noch die Kreditfinanzierung berücksichtigt, hat die Schwelle von 50% des Bruttoinlandproduktes längst überschritten. Im Klartext heißt dies, nahezu jede zweite erwirtschaftete Mark wird dem einzelnen aus der Tasche gezogen und läuft über öffentliche und parafiskalische Kassen. Die Summe der Sozialleistungen liegt mittlerweile bei rund 1.000 Milliarden DM pro Jahr. Dies ist die Größenordnung der gesamten Exportleistungen. Indikatoren für Mündigkeit und Selbstverantwortung des einzelnen als den Grundwerten einer marktwirtschaftlichen Ordnung sind dies wahrhaftig nicht. Allein mit den Sonderbelastungen aus der Wiedervereinigung Deutschlands lassen sich diese historischen Höchstwerte nicht mehr begründen.

2. Spezifischer Befund und Wirkungsanalyse

Eine spezifische Betrachtung bestätigt diesen ersten Eindruck. Drei besonders wichtige Aspekte seien dabei näher diskutiert, die eigene Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen

Hand, das Subventionswesen bzw. -unwesen und schließlich protektionistische Elemente.

a) Eigene Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand

Bei der eigenen Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, des Staates in seinen verschiedenen Erscheinungsformen, gilt es unter dem Aspekt einer Aushöhlung des Wettbewerbs zu differenzieren.

aa) Im Kleide des Privatrechts

Nicht gemeint sind jene Fälle, in denen eine originäre Staatsaufgabe nur im Kleide des Privatrechts erfüllt wird. Ein Beispiel dafür ist etwa die Wahrnehmung der Luftverkehrspolizei durch eine privatrechtliche GmbH, die sich zu 100% im Besitz des Bundes befindet und welche mit dieser Hoheitsaufgabe beliehen ist. Hier gibt es keinen Markt, auf welchem Zutritte Privater und Wettbewerb möglich wären. Die öffentliche Hand bleibt bei solcher Flucht in das Privatrecht nach ständiger Rechtsprechung an die Kompetenzvorschriften des öffentlichen Rechts wie an die Grundrechte gebunden. Der Zweck solcher Organisationsprivatisierung besteht regelmäßig darin, sich den engen Grenzen des Budgetrechts und der damit verbundenen parlamentarischen und öffentlichen Kontrolle zu entziehen, namentlich den Starrheiten des öffentlichen Besoldungsrechts auszuweichen. So war entscheidendes Motiv in dem genannten Beispiel schlicht, den knapp gewordenen Fluglotsen höhere Gehälter zahlen zu können. Eine strukturelle Anpassung innerhalb des Besoldungsrechts für den öffentlichen Dienst galt als unerwünscht. Man fürchtete Nachahmungsforderungen seitens anderer Beamtengruppen wie etwa dem Polizeidienst.

bb) Echtes natürliches Monopol

Nicht hierher gehören weiter Sachverhalte eines echten natürlichen Monopols. Es kann auf technischen oder organisatorischen Gründen beruhen. In solchen Fällen wird Schutz vor Willkür des Monopolisten nötig (Schutz der Abnehmer vor Ausbeutung, Aufrechterhaltung eines Drucks in Richtung Kostensenkung beim Monopolanbieter).¹⁰ In bestimmten Fällen mag gar umgekehrt ein Schutz des natürlichen Monopolisten vor Konkurrenz auf einem Segment des Gesamtmarktes angezeigt sein. Eine Regulierungsoption in solchen Fällen ist die Übernahme solchen Angebots in staatliche Wahrnehmung. Doch gibt es nur wenige Fälle, in denen das Vorliegen eines natürlichen Monopols wirklich unstreitig geblieben ist und noch weniger Fälle, in denen man tatsächlich einen Schutz des Monopolisten vor Wettbewerb verlangen muß. Insbesondere gilt dies nicht mehr für den Telekommunikationsbereich. Aufgrund der technischen Entwicklung ist dort nicht nur im Fernverkehr, sondern mittlerweile auch im Ortsnetz Wettbewerb möglich geworden.

Doch selbst im Falle eines wirklichen natürlichen Monopols ist die Zuweisung der Aufgabe an ein öffentliches Unternehmen in aller Regel, gemessen an den genannten Regulierungszielen, unverhältnismäßig und dann abzulehnen. So reicht für manche Formen natürlicher Monopole der potentielle Wettbewerb, die Drohung des Marktzutritts von außen, als Kontrollinstrument völlig aus. Das allgemeine Kartellrecht bleibt ohnehin unberührt. Dies gilt etwa für spezielle Dienstleistungen auf lokalen Märkten. Der Jargon spricht von *contestable markets*. In anderen Fällen,

¹⁰ Hierzu *Kronberger Kreis*, Privatisierung (Fn. 9), Tz. 19 ff.

in denen ein Monopolist durch hohe irreversible Investitionen (sunk costs) vor Marktzutritten eher geschützt ist, ist die Option des Wettbewerbs um den Markt, wenn denn schon der Wettbewerb im Markt nicht funktionsfähig ist, vielfach ein geeigneter Weg (zeitlich befristete Konzessionierung). Beispiele sind die lokale Stromverteilung, der öffentliche Personennahverkehr. Wo auch dies ausscheidet, pflegt ein privates Angebot unter staatlicher Aufsicht das weitaus überlegene Arrangement gegenüber der Alternative eines öffentlichen Monopolunternehmens zu sein. Denn die letztere Gestaltung lädt sozusagen institutionell zum Mißbrauch ein. Spieler, Schiedsrichter, im weiteren Sinne auch noch Regelaufsteller (Gesetzgeber) sind identisch. Fiskalische Interessen schlagen nach aller Erfahrung durch. In den Worten Franz Böhms: Öffentliche Monopolunternehmen haben im Vergleich zu privaten obendrein ein gutes Gewissen.¹¹

cc) Wirtschaftstätigkeit auf offenen Märkten

Aushöhlungen des Wettbewerbs verbinden sich mit staatlicher Wirtschaftstätigkeit immer dann, wenn sich diese auf grundsätzlich offenen Märkten im Wettbewerb zu Privaten vollzieht. Hier ist schon konzeptionell ein Defekt gegeben. Soll das Staatsunternehmen, gleichgültig ob in einer öffentlichrechtlichen Organisationsform wie eine Anstalt oder in einer privatrechtlichen wie eine Aktiengesellschaft oder eine GmbH, einen spezifischen öffentlichen Auftrag verfolgen, z.B. Umverteilungsziele über eine Preispolitik nach sozialen Gesichtspunkten, so erodiert solcher Auftrag unter Bedingungen wirksamen Wettbe-

11 Zitiert nach K. Biedenkopf, Der Politiker Franz Böhm, in Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Franz Böhm. Beiträge zu Leben und Wirken, Melle 1980, S. 53, 56.

werbs unausweichlich. Der öffentliche Auftrag verpflichtet sich. Der Sparkassensektor ist ein Beispiel für solche Entwicklung. Ähnliches zeichnet sich für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten innerhalb des sog. dualen Systems ab. Verhalten sich die öffentlichen Institute freilich nicht anders als private, so ist die staatliche Wirtschaftspräsenz überflüssig. In den Worten der Bundesregierung:

- „Es ist nicht Aufgabe des Staates, dort unternehmerisch tätig zu werden, wo private Initiative Aufgaben ebenso gut und ohne Beeinträchtigung staatlicher Belange erfüllen kann.
- Es ist nicht Aufgabe des Staates, bei hoher Steuerlast und hoher Staatsverschuldung Substanzakkumulationen zu Lasten und anstelle des einzelnen Bürgers zu betreiben. Überall da, wo es möglich ist, muß in weitestgehendem Umfang privates Eigentum an die Stelle des staatlichen Eigentums treten.“¹²

Werden solche Unternehmen durch eine Mischung von Subvention und Protektion geschützt, wozu auch Grauzonenmaßnahmen wie privilegierte Geschäftsbeziehungen mit öffentlichen Auftraggebern gehören können, so wird das institutionelle Arrangement Markt nicht mehr nach seiner eigenen Logik als Problemlösungsverfahren genutzt. Es kommt unausweichlich zu Verfälschungen des Wettbewerbs. Die gebotene Lösung ist in solchen Fällen die Vorhaltung eines öffentlichen Spezialinstituts, welches sich von den allgemeinen Märkten fernhält. Die Kreditanstalt für Wiederaufbau sei als Beispiel genannt.

12 AaO (Fn. 5), S. 6.

Auf der Ebene des Bundes folgt man dieser Einsicht. Dort ist es seit 1982 zu einer ebenso beharrlichen wie anerkenntniswerten Privatisierungspolitik gekommen. Dies gilt namentlich für den industriellen Beteiligungsbesitz des Bundes. Bei den öffentlichen Großunternehmen Deutsche Bundespost und Deutsche Bundesbahn mußten erst verfassungsrechtliche Hürden aus dem Weg geräumt werden (Art. 87 Grundgesetz). In anderen Fällen ergaben sich Schwierigkeiten aus einer spezifischen Regelung der Altersversorgung des vorhandenen Personals (Lufthansa AG). Die unverändert bestehende Beteiligung an der Saarbergwerke AG hängt mit der ungelösten Problematik der Kohlepolitik zusammen.

Nahezu nichts bewegt sich dagegen auf der Ebene der Länder und der Kommunen. Dies betrifft namentlich den Bankensektor, den Versicherungssektor und die Stromversorgungswirtschaft. Eine EG-rechtlich veranlaßte Übertragung einzelner landeseigener Gebäudebrandversicherungen blieb innerhalb des öffentlichen Sektors (Veräußerung an die Sparkassenorganisationen). Einzelne Bereinigungen wie die Übertragung der Bayernwerk AG an die Viag AG bei gleichzeitiger Minderheitsbeteiligung des Bundeslandes an diesem Unternehmen und Unterbringung weiterer Anteile bei „befreundeten“ Institutionen wie die Bayerische Vereinsbank und die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank blieben Scheinprivatisierungen „à la française“. Gleichwohl sind sie als erster Schritt positiv zu bewerten.

Besonders ärgerlich sind gegenläufige Entwicklungen im Energie- und Bankensektor, welche mittelbar staatliche Wirtschaftstätigkeit stark ausdehnen. Hier sind in erster Linie zu nennen die aggressive Diversifikationsstrategie

des von öffentlichen Kommunen beherrschten Größtunternehmens RWE AG. Das Unternehmen macht völlig risikolos seine Gewinne im monopolgeschützten Stromsektor und rollt damit weitere Märkte auf bis hin zum Einstieg in die Telekommunikation. Ähnliches gilt für die Ruhrkohle AG, die vornehmlich mit Mitteln aus der Steinkohleförderung Unternehmen der Bergbaumaschinenindustrie aufkauft und dort den Wettbewerb "auf den Kopf stellt". Problematisch ist ferner die Beteiligungspolitik der WestLB. Sie stellt sich auch als mittelbare staatliche Industrie- und Regionalpolitik außerhalb des Verfassungsrahmens dar. Mit ihr verbinden sich Verzerrungen der Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten der Beteiligungsunternehmen, namentlich im Sektor Maschinenbau. Kritisch zu sehen ist weiter eine Expansion ursprünglich staatlicher Spezialinstitute wie der Baden-Württembergischen Landeskreditbank in das allgemeine Bankgeschäft. Wettbewerbsverfälschungen beugt man dabei vermeintlich vor durch buchmäßige Trennungen des öffentlichen Fördergeschäfts und des allgemeinen Bankengeschäfts unter Vorhaltung rechtlich unselbständiger Anstalten unter einem gemeinsamen Dach und bei einheitlichem Bankenvorstand. Dies bleiben trickreiche Scheinvorkehrungen des Gesetzgebers. In ihnen manifestiert sich letztlich eine Haltung gegenüber dem allgemeinen politischen Publikum, die mit Verhöhnung eher noch moderat umschrieben ist.

b) *Subventionspolitik*

Die weitaus gravierendste Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat verbindet sich mit einer ausgedehnten Subventionspolitik.¹³

aa) *Begriff und Umfang*

Ihr Ausmaß ist umstritten. Es hängt dies von der Definition des Begriffs Subvention ab. Ein einheitliches Verständnis dafür gibt es nicht. So werden in der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung des Statistischen Bundesamtes unter Subvention nur Zuschüsse subsumiert, die der Staat im Rahmen der Wirtschafts- und Sozialpolitik an Unternehmen gewährt und zwar nur für laufende Produktionszwecke (Stützung von Produktion und Einkommen oder Beeinflussung der Marktpreise). Nicht erfaßt werden andere laufende Übertragungen an den Unternehmenssektor, Investitionszuschüsse, sonstige Vermögensübertragungen und Darlehensgewährungen. Empfänger wie private Haushalte und Organisationen ohne Erwerbszweck bleiben außer Betracht. Insbesondere werden nur Finanzhilfen erfaßt, mit Ausnahme der einbehaltenen Umsatzsteuer dagegen keine Steuervergünstigungen, obwohl beide Instrumente weitgehend austauschbar sind. Für das Jahr 1993 wurde so ein Volumen von 63 Milliarden DM ermittelt.

In der Subventionsberichterstattung des Bundes wird der Subventionsbegriff weiter gefaßt. Insbesondere fallen auch die Steuervergünstigungen zugunsten der Wirtschaft und

¹³ Eingehend *Karl-Bräuer-Institut des Bundes der Steuerzahler*, Subventionsabbau – gesetzliche Zwänge schaffen, Wiesbaden 1995.

bestimmte Hilfen an private Haushalte darunter. Auf diese Weise wird für dasselbe Jahr mit 114 Milliarden DM ein fast doppelt so hoher Betrag ermittelt.

Die an der sog. Strukturberichterstattung beteiligten Wirtschaftsforschungsinstitute kommen für jenes Jahr auf einen Betrag von Subventionen, der mit 216 Milliarden DM wiederum noch einmal fast doppelt so hoch ist. Sinn des hierbei zugrundegelegten Subventionsbegriffs ist, ob durch selektiv wirkende finanzpolitische Vergünstigungen des Staates die Wirtschaftsstruktur bzw. der Unternehmenssektor beeinflusst wird. Namentlich rechnen die Wirtschaftsforschungsinstitute eine Fülle von Transfers und Steuervergünstigungen zu den Subventionen, die im Subventionsbericht der Bundesregierung mit der Begründung ausgeklammert bleiben, es handele sich eher um allgemeine Staatsaufgaben als um besondere Zuwendungen. Forschungsförderung für marktfernere Bereiche, bestimmte Hilfen im Verkehrs- und Kommunikationsbereich sowie alle Hilfen im Sektor Gesundheit und Bildung sind hier zu nennen. Auf einer wiederum anderen Ebene bewegt man sich, wenn es um die Auslegung eines spezifischen Rechtsbegriffes geht, wie etwa dem der Beihilfe nach Art. 92 EG-Vertrag.

Die Unterschiede in der Definition erklären sich aus Unterschieden im jeweils verfolgten Erkenntnisinteresse. Letzteres kann im Grundsatz beliebig sein. Fragt man nach dem Ausmaß einer Aushöhlung oder doch jedenfalls Verfälschung der Wettbewerbsverhältnisse durch finanzpolitische Vergünstigungen, so wird man sich – im Einklang mit Art. 92 EG-Vertrag – in der Tendenz für einen sehr weitreichenden Subventionsbegriff entscheiden: Er müßte mit dem Erfordernis der Begünstigung einer Grup-

pe oder bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige ein gewisses Diskriminierungselement enthalten, und mit dem Erfordernis einer möglichen Verfälschung oder Auslöschung der Wettbewerbsverhältnisse nicht so sehr ein finanzwirtschaftliches Element als ein ordnungspolitisches. Soll ein solcher Subventionsbegriff Basis für eine rechtliche Begrenzung nach Art des Art. 92 EG-Vertrag bilden, so ist darauf Bedacht zu nehmen, daß er in judizialen Verfahren auch praktisch handhabbar und damit durchsetzbar bleibt. Dann könnte ggf. eine gewisse Grobschlächtigkeit oder Holzschnittartigkeit in Kauf zu nehmen sein.

bb) Wirkungsanalyse

Bei einer Wirkungsanalyse seien drei Ebenen unterschieden, Allokationsverzerrungen, ungünstige Wirkungen von der Finanzierung her und Politikdefekte. Im Grundsatz ist man sich hier weitgehend einig. So kann man etwa im 9. Subventionsbericht der Bundesregierung zu den Nachteilen und Gefahren des Subventionswesens folgendes lesen:

- „Beeinträchtigung des marktwirtschaftlichen Steuerungsprozesses über den Preis mit negativer Wirkung für die Ressourcenallokation und den gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt,
- Störung des Wettbewerbs und des Ausleseprozesses über den Markt zu Lasten derjenigen, die sich ohne staatliche Hilfe am Markt behaupten müssen,
- Schwächung von Antriebskräften, Leistungsbereitschaft und Wille zur Selbsthilfe in den Unternehmen, wenn bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten mit Staatshilfe gerechnet wird,

- falsche Weichenstellung für den Strukturwandel zu Lasten des wirtschaftlichen Wachstums,
- Verzerrungen der internationalen Wettbewerbsstruktur zum Nachteil anderer Länder und damit der weltweiten Arbeitsteilung.¹⁴

Man sieht, in der Proklamation ist die Politik sehr viel grundsatztreuer als im praktischen Handeln.

aaa) Allokationsverzerrungen

Die Auswahl der zu subventionierenden Projekte ist ein Problem.¹⁵ Denn die Suchfunktion des Marktes ist außer Kraft gesetzt. Das Vertrauen auf die Weisheit von Beamten, in Deutschland meistens von Juristen, verlangt Mut. Von Hayek nannte dies in seiner Rede aus Anlaß der Verleihung des Nobelpreises eine „Anmaßung von Wissen“. Hitlisten, welche die Mikroelektronik, die Gentechnologie u.ä. auflisten, kann man im übrigen im Reader's Digest oder in der BILD-Zeitung nachlesen. Ein Vorsprung im Wettbewerb läßt sich aufgrund solchen „Wissens“ nicht erzielen.

Verschwendung öffentlicher Mittel ist eine realistische Gefahr. Ein Staat muß sein Geld schließlich nicht bei kritischen privaten Geldgebern einwerben, er treibt es über Zwangsabgaben ein. Zitronen-Auslese, Bürokratiekosten, Auseinanderfallen von Entscheidungskompetenz und Haf-

14 9. Subventionsbericht der Bundesregierung, BT-Drucksache 10/352 (1983), S. 5.

15 Zum folgenden mit Nachweisen W. Möschel, Innovationspolitik als Ordnungspolitik, in C. Ott/H.B. Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Tübingen 1994, S. 40, 45 ff.

tung treten hinzu. Staatsbedienstete haben keine „incentives“. Sie tragen nicht die Verluste von Fehlentscheidungen. Sie konzentrieren sich auf „formal-korrekte“ Entscheidungen. Fehlerpotenzierung und Mitnahmeeffekte bei den Unternehmen sind weiter zu nennen. Eine effiziente Kostenkontrolle ist kaum möglich. In aller Regel muß sich der Staat mit dem Nachweis zufriedengeben, daß Kosten tatsächlich entstanden sind, unabhängig von jeder Sinnfälligkeit. Auch damit hängt es zusammen, daß der Zielerreichungsgrad von Subventionen häufig sehr gering ist. Ein schon klassisches Beispiel sind die Stützungsgelder in der Landwirtschaft. Man schätzt, nur ca. 25% der aufgewandten Mittel kommen bei den Bauern als den eigentlichen Destinatären an. Der Rest versickert auf dem Weg dorthin, etwa bei den Betreibern von Kühlhäusern oder bei russischen Verbrauchern, wenn Vorräte zu Schleuderpreisen abgebaut werden.

Soweit sich, wie schon aus Gründen der Mitteladministration die Regel, die Förderung bei Großunternehmen sammelt, bringt dies Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten kleinerer und mittlerer Unternehmen mit sich. Staatliche Maßnahmen dieser Art lösen eine Tendenz zu Unternehmenskonzentration aus. Eine unumgängliche Marktberreinigung vollzieht sich zudem nicht nach der Leistungsfähigkeit im Wettbewerb. Ausschlaggebend wird vielmehr die Fähigkeit, öffentliche Geldquellen anzuzapfen. Der gängige Lehrsatz aus der Wettbewerbstheorie, ein jeder werde nach seiner Marktleistung entlohnt, wirkt vor diesem Hintergrund seltsam unwirklich.

Wettbewerbsmindernde Subventionen gehen langfristig auch zu Lasten der geförderten Unternehmen selbst. Die Kontrollfunktion des Marktes nimmt ab. Unternehmensin-

terne Effizienzverluste sind die Folge. In Forschung und Entwicklung kann Initiative und Risikofreude abgelöst werden durch Subventionsmentalität. Dies ließ sich etwa beobachten, als die Deutsche Bundespost noch über ein aus ihrem Netzmonopol abgeleitetes Monopol in der Nachfrage nach Endgeräten verfügte. Für die „Hoflieferanten“ des öffentlichen Größtunternehmens brachte das ein bequemes Leben. Die Folge davon war, daß die Entwicklung moderner Endgeräte an ihnen weitgehend vorbeiging und erst in einem Kraftakt nachgeholt werden mußte. Das erste schnurlose Telefon z.B., welches ein so traditionsreiches Großunternehmen wie die Siemens AG anbot, war nichts weiter als ein Toshiba-Gerät, welches man mit einem Warenzeichen von Siemens versehen hatte.

Unvermeidlich treten bei solcher Förderpolitik gesamtwirtschaftliche Struktureffekte auf. Auch deren Kosten sind bilanzierend in Rechnung zu stellen. So hat die staatliche Förderung der Airbus-Produktion Tausende hochqualifizierter Techniker und Ingenieure in eine ganz bestimmte Produktion gezogen. Was sie in anderen Verwendungen geleistet und damit gesamtwirtschaftlich erbracht hätten, bleibt notwendig unbekannt (Opportunitätskosten). Dieser Struktureffekt ist um so gravierender, je knapper eine Ressource ist. Ein ähnlicher Effekt tritt ein, wenn letztlich aus polit-ökonomischen Gründen Branchen oder Betriebe gefördert werden, denen die Vergangenheit gehört, aber nicht die Zukunft. Das wichtigste Beispiel in Deutschland ist die Förderung der hoffnungslos konkurrenzunfähigen Steinkohleproduktion. Eine Tonne Steinkohle, die als ordinäres Massenprodukt über den halben Erdball von Australien nach Deutschland transportiert wird, kostet in Duisburg-Ruhrort ca. 70 DM, wohingegen eine Tonne aus inländischer Produktion mit rund 280 DM

das Vierfache ausmacht. Konrad Seitz hat dazu einmal sarkastisch bemerkt, wenn man schon fördere, dann lieber Computerchips statt Kartoffelchips.¹⁶ Besonders wichtig und verbreitet: Wenn aus arbeitsmarktpolitischen Gründen irgendwo in Deutschland durch Subventionen ein Arbeitsplatz künstlich am Leben erhalten wird, so geht dies immer zu Lasten eines Arbeitsplatzes an anderer Stelle, der dort entweder wegfällt oder nicht neu entsteht. Förderungen dieser Art haben in aller Regel den Charakter eines Nullsummenspieles. Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung faßte diesen Gedanken einmal treffend so zusammen: „Seit langem sind sich die Ökonomen einig und haben dies auch empirisch untermauert, daß durch die deutsche Subventionspraxis im ganzen gesehen mehr Realeinkommen und Arbeitsplätze in den nicht begünstigten Produktionen verloren gehen als in den geschützten Unternehmen erhalten werden.“¹⁷ Insgesamt kann man die Wirkung dieser Allokationsverzerrungen auf Wirtschaftswachstum und Beschäftigung kaum überschätzen.

*bbb) Ungünstige Wirkungen von der
Finanzierungsseite her*

Hinzu treten ungünstige Wirkungen von der Finanzierungsseite her. Subventionen des oben dargestellten Umfangs tragen wesentlich zu einem erhöhten Finanzbedarf der öffentlichen Hand bei. Soweit sie in der Form von Finanzhilfen gewährt werden, führen diese zu Mehrausgaben, im Falle von Steuervergünstigungen zu entsprechen-

16 Podiumsdiskussion in *L. Gerken* (Hrsg.), Europa 2000 – Perspektive Wohin?, Freiburg 1993, S. 192, 194.

17 Auf dem Wege zur wirtschaftlichen Einheit Deutschlands, Jahresgutachten 1990/91, Stuttgart 1990, Tz. 362.

den Mindereinnahmen. Daraus resultieren letztlich Abgabenbelastungen einerseits und eine zu hohe Staatsverschuldung andererseits. Es ist in der Sache unbestritten, daß das wirkungsvollste Wachstums- und Beschäftigungsprogramm eine deutliche Reduzierung der Unternehmensbesteuerung wäre. Nichts stimuliert Unternehmen mehr, neue Produktionschancen wahrzunehmen und die dabei unvermeidlichen Risiken in Kauf zu nehmen, als wenn sie gute Gewinne machen und noch mehr erwarten können. Dem steht gegenwärtig politisch die Notwendigkeit einer Konsolidierung der öffentlichen Haushalte entgegen, nicht zuletzt eine Folge des Umstandes, daß die Sonderbelastungen aus der deutschen Wiedervereinigung eher auf dem Wege zusätzlicher Abgabenbelastung und wachsender Staatsverschuldung als durch Minderausgaben, namentlich Abbau von Subventionen, aufgefangen werden. Diese Reformfalle wird in ihrer Wirkung noch verstärkt: Die weitgehende Absorption der inländischen Ersparnisbildung durch die Kreditaufnahmen der öffentlichen Hand verdrängt insoweit private Investitionen bzw. macht sie teurer, als sie sonst sein müßten. Auch die Verwaltung der Subventionen selbst verursacht beträchtliche Kosten. Veranschlagt man diese mit dem Bund der Steuerzahler annäherungsweise auf rund 5% des Subventionsvolumens, so erreicht man je nach Abgrenzung des Subventionsbegriffes rasch eine Größenordnung von 5 - 10 Milliarden DM im Jahr.¹⁸ Zusatzausgaben solchen Umfangs sind keine zu vernachlässigenden Größen mehr. Volkswirtschaftlich wichtiger noch sind die Fehlleitungen, die sich aus der extremen Verkomplizierung der einschlägigen Rechtsmaterien ergeben. Dies gilt insbesondere für die verbreitete Gewährung von Subventionen in der Technik von Steuer-

18 AaO (Fn. 13), S. 45.

vergünstigungen. Hier ist ein Dickicht entstanden, welches auch Spezialisten nicht mehr verlässlich durchdringen können. Die Kritik des Präsidenten des Bundesfinanzhofes im Zusammenhang der Wohnungsbauförderung, er fürchte, § 10 e des Einkommensteuergesetzes werde von nur 10 Leuten in Deutschland wirklich verstanden, spricht insoweit Bände.¹⁹ Verkomplizierungen dieser Art wirken als Vollbeschäftigungsprogramm für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer. Gesamtwirtschaftlich gesehen, handelt es sich dabei um fehlgeleitete Aufwendungen, die nur deshalb richtig sind, weil sie unter Bedingungen im übrigen falscher Politik erfolgen.

ccc) Politikdefekte

Zu den an der Allokationseffizienz von Märkten und an der Finanzierungsseite ausgerichteten Bedenken tritt die Gefahr von Politikdefekten. Entgegen den oben dargestellten Strukturprinzipien einer marktwirtschaftlichen Ordnung führen Subventionen und die damit verbundenen politischen Einfluß- und Steuerungsmöglichkeiten zu einer Ausdehnung des staatlichen Korridors. Es kommt leicht zu einer Verfilzung zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern. Ist die Bindung so eng wie bei einer öffentlichen Unternehmensträgerschaft, so pflegt die Aufrechterhaltung des Status quo, Reformstillstand die Folge zu sein. Nur so läßt sich politikökonomisch erklären, daß Deutschland in den Sektoren Telekommunikation und Bahnwesen bis heute letztlich nur Trippelschritte unternommen hat und dies nicht so sehr aus besserer Einsicht

19 Siehe „Offerhaus: Ausnahmen bei der Einkommensteuer streichen“. Bericht zur Pressekonferenz des Präsidenten des Bundesfinanzhofes, Handelsblatt Nr. 15 vom 20. Jan. 1995, S. 3.

als in Reaktion auf einen nicht aufhaltbaren Reformdruck seitens des europäischen Gemeinschaftsrechts. Im Sektor der leitungsgelagerten Energieversorgung verharrt man nicht zuletzt aus diesem Grunde ordnungspolitisch beim Stande des Jahres 1935. Subventionen eröffnen weitere Handlungsmöglichkeiten für rent seeking groups. Die quantitativ wichtigsten Beispiele sind die Landwirtschaft und die Kohleindustrie. Beim Kampf um Wählerstimmen kommt es unvermeidlich zu einem Subventionswettbewerb zwischen politischen Entscheidungsträgern. So wird durchaus folgerichtig die deutsche Kohlesubventionierung von „revierfernen“ CDU/CSU-Politikern bekämpft (Teufel, Stoiber), die Vertreter der Union in den Kohleländern Nordrhein-Westfalen und Saarland sehen das ganz anders. Selbst ein so sachkundiger und prinzipienfester Minister wie der frühere Bundesumwelt- und jetzige Bundesbauminister Töpfer konnte sich als Spitzenkandidat der CDU des Saarlandes dem nicht entziehen. Die überraschende Einbeziehung West-Berlins in die Gemeinschaftsaufgabe zum Aufbau der neuen Länder im April 1995 erklärt sich im wesentlichen daraus, daß der Bundeswirtschaftsminister Rexrodt als Vertreter des FDP-Landesverbandes Berlin dort seine Klientel weiß. Hinzu treten Beharrungs- und Ausweitungstendenzen bei Subventionen. Sie werden in aller Regel zum unantastbaren Besitzstand, selbst wenn sich dafür auch nicht ein Hauch von Logik mehr entdecken läßt. So wurde die aus dem Bundeshaushalt zu zahlende Bergmannsprämie einst eingeführt, als es einen Mangel an Kohle und den zu ihrer Förderung nötigen Facharbeitern gab. Heute unter völlig gewandelten wirtschaftlichen Verhältnissen wagt niemand, an der Sinnfälligkeit solcher Sonderzuwendung zu rütteln. Sie ist politisch zum Tabu geworden. Ganz generell gilt, daß es dem Staat, der im Unterschied zu Unternehmen nicht unter dem Überlebens-

druck des Wettbewerbs steht, besonders schwerfällt, ein einmal begonnenes Projekt abzubrechen. Er wird sofort mit sozialpolitischen oder regionalpolitischen Einwänden konfrontiert.

cc) *Rechtfertigungsmöglichkeiten*

Das Bild bliebe unvollständig, wenn nicht auf denkbare Rechtfertigungsmöglichkeiten für Subventionen hingewiesen würde.²⁰

aaa) *Strukturwandel*

Eine erste Gruppe solcher Rechtfertigungsmöglichkeiten hat mit den belastenden Wirkungen aus dem wirtschaftlichen Strukturwandel zu tun. Er kann durch Subvention *verlangsamt*, sozialpolitisch abgefedert werden. Doch sollte dies primär Aufgabe der Sozialpolitik sein. Subjektförderung ist allemal preiswerter als Objektförderung. Häufig findet sich eine Rechnung, wenn Wirtschaftssubventionen niedriger seien als die Beträge, welche andernfalls an die Arbeitslosen zu zahlen seien, lohne es sich allemal, auf Dauer zu subventionieren. Dies bleibt eine Milchmädchenrechnung. Nimmt man sie wirklich ernst, liefe sie auf eine Beschäftigungsgarantie hinaus. Weitere Unternehmen und ganze Branchen müßten subventioniert werden. Der Strukturwandel könnte in einem ölfleckartigen Prozeß tendenziell zum Erliegen kommen.

Subventionen können den Wandel in der Produktionsstruktur *erleichtern*, namentlich wenn im Ausland zu sehr

20 Überblick in HWWA (Hrsg.), Analyse der Subventionspolitik, Hamburg 1984, S. 77 ff. (A. Gutowski)

viel niedrigeren Kosten produziert werden kann. Auch dies würde über eine Verzerrung der internationalen Arbeitsteilung gesamtwirtschaftlich letztlich nur Schaden anrichten. Vertretbar sind allenfalls begrenzte Anpassungshilfen, wenn sich solcher Strukturwandel abrupt vollzieht. Die schockartige Öffnung der früheren DDR-Märkte gegenüber der Weltwirtschaft im Gefolge erst der Wirtschafts- und Währungsunion, dann der deutschen Wiedervereinigung ist ein Beispiel dieser Art. Ein ähnlicher Gedanke kommt in Art. 92 Abs. 2 lit. b) EG-Vertrag zum Ausdruck, wenn es dort heißt, mit dem gemeinsamen Markt vereinbar seien Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind.

Subventionen können schließlich dazu dienen, den Aufbau neuer Wirtschaftszweige zu *fördern*. Hier kommen infant industry-Überlegungen ins Spiel, die Erzielung positiver externer Erträge und Abwehrrsubventionen, seien sie gegen Subventionen anderwärts, seien sie zur Bekämpfung vorhandener Monopolstellungen gerichtet. Man kann hier theoretisch Szenarien bilden, in denen Subventionen gesamtwirtschaftlich Sinn machen; die Praxis ist in aller Regel – aus den im vorangegangenen Abschnitt genannten Gründen heraus – eine völlig andere. Insbesondere ließen sich so nur zeitlich begrenzte und degressiv ausgestaltete Subventionen rechtfertigen. Auch müßten Transparenz und Kontrolle im Verfahren gewährleistet sein.

bbb) Meritorische Güter

Echte Zielkonflikte können dagegen bei der Vorhaltung meritorischer Güter entstehen: An die Stelle der Konsumentenentscheidung, wie sie sich aus dem Marktprozeß

ergibt, tritt eine politische Entscheidung über die besondere „Verdienstwürdigkeit“ einzelner Güter. Autarkie, etwa im Bereich militärischer Basisproduktion, mag dafür ein Beispiel sein. Das meritorische Element in solchen Fällen ist die Folge eines politischen Werturteiles und kann mit ökonomischen Argumenten allein nicht beiseite geschoben werden. Solche „Subventionen“ lassen sich auch als staatlicher Kaufpreis für das erwünschte und im freien Markt so nicht zustande kommende Angebot begreifen. Eine Förderung kann dann, abhängig vom zugrundeliegenden Werturteil und im Unterschied zu Subventionen im Zusammenhang des Strukturwandels, auf Dauer angelegt sein.

Ökonomische Analyse vermag freilich zu zeigen, ob das öffentliche Bedürfnis mit dem niedrigstmöglichen Aufwand erreicht wird. Vielfach läßt es sich auch im Markt befriedigen, so daß jede Notwendigkeit zu einer Subventionierung entfällt. Ein Beispiel ist der geltend gemachte Aspekt der Versorgungssicherheit, die Aufrechterhaltung einer heimischen Energiereserve im Zusammenhang der Steinkohlesubventionierung. Dieses Produkt gibt es weltweit im Überfluß. Seine Förderstätten sind stark gestreut. Zahlreiche finden sich in politisch stabilen Regionen (USA, Kanada usw.). Andere befinden sich unmittelbar vor der Haustür (Großbritannien, Polen). Auch während der beiden Ölpreiskrisen ist es hier nicht zu Verknappungerscheinungen gekommen. Mit anderen Worten: Das geltend gemachte meritorische Gut ist nichts weiter als ein Vorwand. Worum es geht, sind regional- und sozialpolitische Interessen, welche im power play der gesellschaftlichen Gruppen verfolgt werden. In weiten Bereichen ähnlich, wenn auch nicht zur Gänze identisch, ist die Sachlage innerhalb der Landwirtschaft.

c) Außenwirtschaftliche Protektion

Eine Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat verbindet sich weiter mit Maßnahmen außenwirtschaftlicher Protektion, namentlich was den grenzüberschreitenden Verkehr mit Gütern anbelangt. Angesichts der primären Zuständigkeit der Europäischen Union für den Bereich Außenhandel stellt sich die Problematik eher auf ihrer Ebene. Hinzu treten internationale Vereinbarungen (GATT, GATS, OECD). Subventionen und protektionistische Maßnahmen wie Zölle oder gar Kontingentierungen sind in einzelnen Beziehungen Substitute, so daß die im Zusammenhang der Subventionspolitik erörterten Vorbehalte im wesentlichen auch hier Geltung beanspruchen. Näher einzugehen ist aber auf einen spezifischen Denkansatz, dem in jüngster Zeit zunächst wissenschaftliches und dann auch politisches Momentum zugewachsen ist. In Rede steht die Theorie der strategischen Handelspolitik.²¹ Die Wirtschaftstätigkeit in einem Land wird als ein Kontinuum in der Zeit verstanden. Verliert man am unteren Ende Standortvorteile gegenüber nachdrängenden Konkurrenten, ist es Aufgabe einer defensiven Handelspolitik, die strukturellen Anpassungsprozesse zu erleichtern („to buy time“). Am anderen Ende ist es Aufgabe einer aggressiven Handelspolitik, im zukunftsorientierten Hochtechnologiebereich durch staatliche Maßnahmen künstliche komparative Standortvorteile zu schaffen („created comparative advantages“). Anders als zur Zeit David Ricardos seien angesichts schnell voranschreitenden und leicht transferierbaren technischen Wissens heute nicht mehr natürliche Ressourcen und Lagevorteile entscheidend, son-

21 Überblick in *Monopolkommission*, Hauptgutachten 1990/1991, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Baden-Baden 1992, Tz. 1021 ff.

dem Größenvorteile bei Forschung und Entwicklung wie bei der Produktion („economies of scale“) und sog. Lerneffekte. Letztere sind Produktivitätsgewinne aus den Erfahrungen, die man in der Fertigung selbst sammelt. Solche Industrien seien Anwendungsfeld einer selektiven staatlichen Unterstützungspolitik. Aus der Schaffung monopolistischer Positionen („rent creation“) oder aus der nachträglichen Teilhabe daran („rent shifting“) lassen sich so Wohlfahrtsgewinne für ein Land erzielen.

Der entscheidende Einwand gegen diesen Denkansatz liegt in einer völlig realitätsfernen Bedingungsannahme, nämlich daß andere Staaten auf solche Politik nicht reagieren, nicht zu Nachahmungs- oder Vergeltungsmaßnahmen übergehen würden. Das Gegenteil ist wahrscheinlich. Denn die Gewinne, die eine solche Politik den Unternehmen eines Landes bringt, sollen zu Lasten der Gewinne ausländischer Konkurrenten gehen. Es wird zu einem Subventions- und/oder Protektionswettlauf der beteiligten Staaten kommen. Der Wettbewerb der Unternehmen geht über in einen Wettbewerb der Staaten. Die Philosophie des GATT, die trotz aller Unvollkommenheiten entscheidend zu jenem beispiellosen Wachstum des internationalen Handels in der Nachkriegszeit beigetragen hat, würde in ihrem Kern getroffen. Man manövriert sich überdies in die Situation eines Gefangenendilemmas hinein: Alle am Wettlauf um strategische Märkte beteiligten Staaten stehen sich im Ergebnis schlechter. Von sich aus ist jedoch keine Regierung bereit, als einzige ihre Förder- und Schutzpolitik einzustellen. In ein solches „Gefängnis“ geht man besser erst gar nicht hinein. Für ein Land wie die Bundesrepublik Deutschland, welches auf einen freien Außenhandel existentiell angewiesen ist, kann dies wahrhaftig keine Perspektive sein.

Ein kurzes Fazit all dieser Überlegungen lautet so: Für die vielfältigen Aushöhlungen des Wettbewerbs durch den Staat zahlen wir alle, gemessen an den Strukturprinzipien einer marktwirtschaftlichen Ordnung, einen hohen Preis. Er besteht aus Freiheits- und Wohlstandsverlusten zugleich. Diese lassen sich nicht exakt beziffern. Die Ergebnisse des Alternativmodells Wettbewerb sind im Konkreten unbekannt. Ein Vergleich mag plausibel machen, daß die Verluste immens sind: Wenn der Großraum Stuttgart über die vierzig Jahre von 1949 bis 1989 so unendlich mehr prosperierte als der Großraum Leipzig, so lag dies nicht daran, daß hier Schwaben wohnen und dort Sachsen, sondern ausschließlich an den Unterschieden in den ordnungspolitischen Rahmenbedingungen.

Die Bundesrepublik Deutschland kann solche Defizite auch nicht mehr mit Gleichmut beobachten. Das wettbewerbliche Umfeld des Landes hat sich dramatisch verändert. Die früher eher als selbstverständlich wahrgenommene technologische Überlegenheit der westlichen Industriestaaten hat sich verflüchtigt. Sie muß jeden Tag aufs neue in hartem internationalen Wettbewerb erkämpft werden. Nicht nur unmittelbar kostenwirksame Standortvorteile wie etwa ein niedrigeres Lohnniveau, sondern auch ordnungspolitisch überlegene institutionelle Rahmenbedingungen strömen jedenfalls bei den tradable goods in Form von wettbewerblich überlegenen Produkten in dieses Land. Gleiches vollzieht sich auf Drittmärkten, in welchen die deutsche Exportindustrie konkurriert. Anpassungsprozesse werden unausweichlich werden. Verschleppt man sie und werden sie erst aufgrund pathologischen Lernens durchsetzbar, so ist dies ein besonders teurer Weg. Rechtzeitige Vorsorge ist immer besser, als wenn man das Kind zunächst in den Brunnen fallen läßt.

III. Der rechtliche Befund

Zu unterscheiden sind Rechtsgrundlagen auf der Ebene ausschließlich inländischen Rechts und auf der Ebene europäischen Gemeinschaftsrechts.

1. Zum deutschen Recht

Hier herrscht im grundsätzlichen ein ausgedehnter Streit. Die praktischen Ergebnisse, zu denen die Rechtsprechung gelangt, haben sich indes weitgehend stabilisiert.²² Sie gehen in die Richtung, daß es gegen eine Aushöhlung des Wettbewerbs durch eigene Wirtschaftstätigkeit des Staates oder durch Subventionen keine effektiv greifenden Begrenzungen gibt.

a) Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand

Grenzen von Verfassungen wegen gibt es nur in Spurenelementen. Die allgemeine Meinung fordert zwar, daß eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand wie jede staatliche Tätigkeit einem öffentlichen Interesse dienen muß. Die Anforderungen an die Ausfüllung dieses extrem unbestimmten Rechtsbegriffs sind freilich so gering, daß sie regelmäßig dargetan werden können. Das Betreiben von Gaststätten gehört ebenso hierher („Ratskeller“) wie die Aufnahme einer Immobilienmaklertätigkeit.

Die Auffassung, aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung wirtschaftlich erheblicher Freiheitsrechte (Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz: Allgemeine Handlungsfreiheit,

22 Vgl. etwa VGH Mannheim, Neue Juristische Wochenschrift 48 (1995), S. 274 ff. mwN.

Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz: Freiheit der Berufswahl und Berufsausübung, Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz: Gewährleistung des Eigentums) folge zugleich eine Art wirtschaftliche Kompetenzverteilung zwischen öffentlicher Hand und privater Gesellschaft, hat sich als striktes Verfassungsprinzip – es entspräche dann einem Subsidiaritätsprinzip – nicht durchsetzen lassen. Daraus abgeleitete Grenzen werden erst im Extremfall erheblich. Die Rechtsprechung verwendet die etwas schwammige Formel, „wenn die Wettbewerbsfreiheit des Handels in unerträglichem Maße eingeschränkt wird, eine Auszehrung der Konkurrenz vorliegt oder eine Monopolstellung der öffentlichen Hand besteht.“²³ Wortreich wird damit ein Sachverhalt beschrieben, der mit Monopolisierung seitens der öffentlichen Hand oder Verdrängungswettbewerb zu Lasten Privater präziser gekennzeichnet ist.

Spezielle Begrenzungen für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand finden sich in den Haushaltsordnungen des Bundes wie der Länder und den – der Deutschen Gemeindeordnung nachgebildeten – Gemeindeordnungen und Landkreisordnungen. Bei Unterschieden im einzelnen gehen sie insgesamt dahin, es müsse ein wichtiges öffentliches Interesse vorliegen, und der angestrebte Zweck dürfe sich nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lassen. Die praktische Wirkung ist überaus bescheiden. Den beteiligten Hoheitsträgern ist ein weitreichender Beurteilungsspielraum eingeräumt. Insbesondere liegt der primäre Zweck dieser Regelungen darin, die öffentliche Hand vor finanziellen Abenteuern zu bewahren. Es geht nicht um eine sich ordnungspolitisch definierende

23 Grundlegend Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 39, 329 ff.

Nachrangigkeit öffentlicher Wirtschaftstätigkeit. In solchen Sachlagen wird zwar eine sog. Fiskusabwehrklage vor den Verwaltungsgerichten möglich. Sie bleibt aber regelmäßig unbegründet.

Keine nachhaltige Begrenzung ergibt sich schließlich aus der Anwendung der Wettbewerbsgesetze, des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).²⁴ Hier hat es zwar in der jüngeren Rechtsprechung insofern eine wichtige Entwicklung gegeben, als die Qualifizierung einer Maßnahme als öffentlich-rechtlich diese noch nicht der Anwendbarkeit von UWG und GWB entzieht, wenn die öffentliche Hand dabei sich in ein Wettbewerbsverhältnis zu privaten Mitbewerbern begibt. Der Aufruf einer Ärztekammer, einer Körperschaft öffentlichen Rechts, an die angeschlossenen Ärzte – schlichtes Verwaltungshandeln –, Angebote seitens privater Laborunternehmen zu boykottieren, unterfällt sowohl dem UWG wie dem GWB. Doch läßt sich mit diesen Rechtsgrundlagen grundsätzlich nur das „Wie“ öffentlicher Wirtschaftstätigkeit kontrollieren, nicht das „Ob“. Dies ist nur dann anders, wenn die Tätigkeit der öffentlichen Hand sozusagen strukturell bereits gegen die Wettbewerbsgesetze verstößt und damit nur insgesamt untersagt werden kann. Solche Sachverhalte sind selten. Ein Beispiel ist die bekannte Brillenselbstabgabe-Entscheidung des Bundesgerichtshofs.²⁵ Er sah einen Verstoß gegen § 1 UWG, als Allgemeine Ortskran-

24 Überblick bei *O.F. Frh. von Gamm*, Verfassungs- und wettbewerbsrechtliche Grenzen des Wettbewerbs der öffentlichen Hand, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 30 (1984), S. 303 - 309.

25 BGHZ 82, 375, 395 ff. Brillen-Selbstabgabestellen.

kenkassen dazu übergangen, Brillen über eigene Vertriebsstellen außerhalb des Optikergewerbes zu liefern, und damit einen selbständigen Berufsstand weitgehend zu verdrängen drohten. Hier wurde bereits das „Ob“ öffentlicher Wirtschaftstätigkeit unterbunden. Diese Entscheidung signalisierte indes keinen grundsätzlichen Fortschritt, sie hielt sich in der Nachbarschaft einer überkommenen, wenn in den Grenzen auch durchaus umstrittenen Sachverhaltsgruppe, die man mit dem Stichwort „Marktstörung“ kennzeichnet.

b) *Subventionskontrolle*

Bei der Subventionskontrolle sieht es nach deutschem Recht nicht besser aus.²⁶ Über Subventionen wird, wenigstens im ersten Schritt, regelmäßig in einem Verwaltungsakt entschieden. Wie jeder Hoheitsakt muß er den Kompetenzvorschriften und den Legitimationsgrundlagen hoheitlichen Handelns entsprechen. Im Ergebnis verlangt die herrschende Praxis dafür nicht ein spezifisches Gesetz als Ermächtigungsgrundlage. Dies gilt nur für die klassischen belastenden „Eingriffe in Freiheit und Eigentum.“ Sie läßt eine ganz allgemeine Grundlage, wie sie die Einstellung solcher Mittel in ein Haushaltsgesetz oder – auf Gemeindeebene – in einen im Wege der Satzung verabschiedeten Haushaltsplan darstellt, genügen. Der Ermessensspielraum der Vergabestellen pflegt entsprechend groß zu sein. Solche Verwaltungsakte können von Dritten, auch von Konkurrenten der begünstigten Empfänger, angefochten werden. Man spricht auch von Begünstigungsabwehrklagen.

²⁶ Umfassend A. Bleckmann, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen. Gutachten D zum 55. Deutschen Juristentag, München 1984.

Aus materiell-rechtlichen Gründen haben sie in aller Regel wenig Aussicht auf Erfolg. Wettbewerbliche Aspekte werden erst in Extremlagen erheblich, etwa wenn sich damit eine enteignungsgleiche Verdrängung eines Konkurrenten aus dem Markt verbindet.

2. Zum europäischen Gemeinschaftsrecht

Das europäische Gemeinschaftsrecht errichtet demgegenüber sehr viel engere Grenzen sowohl für die Wirtschaftstätigkeit des Staates als auch für die Beihilfepolitik der Mitgliedstaaten. Nicht zu Unrecht spricht man davon, „daß die Gemeinschaft über die am stärksten marktwirtschaftlich orientierte Verfassung der Welt verfügt.“²⁷ Vorbehalte ergeben sich freilich daraus, daß ein Eingreifen des Gemeinschaftsrechts in der Regel einen Bezug auf den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr voraussetzt. Mit zunehmender Verfestigung des Binnenmarktes mag diese Schwelle in der Zukunft immer leichter erreicht sein. Daneben bleibt auch innerhalb der Wirtschaftsverfassung der EG ein Spannungsverhältnis, welches sich aus der Ausrichtung auf „eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ einerseits und der Gewährleistung der Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten andererseits ergibt (Art. 222 EG-Vertrag: Dieser Vertrag läßt die Eigentumsordnungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt). Damit hing zusammen, daß z.B. die verschiedenen Verstaatlichungsmaßnahmen, welche in Frankreich zu Beginn der 80er Jahre durchgeführt wurden, EG-rechtlich nicht beanstandet wurden.

27 So C.D. Ehlermann, Der Beitrag der Wettbewerbspolitik zum Europäischen Binnenmarkt, Wirtschaft und Wettbewerb 42 (1992), S.5, 15

a) *Der Staat als Unternehmer*

Dennoch bestehen vielfältige Einschränkungen für die unternehmerische Tätigkeit des Staates.²⁸ Zu nennen ist zunächst das Umformungsgebot für die staatlichen Handelsmonopole in Art. 37 EG-Vertrag. Wirtschaftlich machen solche dann keinen Sinn mehr. In Deutschland waren solche Sachverhalte ohnehin kein verbreitetes Phänomen (das frühere Zündwarenmonopol, das Branntweinmonopol). Auf einem anderen Blatt steht, daß diese Regelungen in einzelnen Mitgliedstaaten mithilfe anderer Mechanismen teilweise unterlaufen wurden, etwa bei der faktischen Aufrechterhaltung des französischen Tabakmonopols.

Hinzu treten Rechtswirkungen aus der Gewährleistung der vier Grundfreiheiten, der Freiheit des Waren-, des Dienstleistungs-, des Personen-, des Kapitalverkehrs. Einschränkungen sind dabei nur möglich, wenn sie den berühmten „exigences impératives“ entsprechen, zwingenden Gründen des gemeinen Wohls. Noch nicht abschließend geklärt ist dabei die Behandlung staatlich gewährleisteter Produktionsmonopole. Die Frage berührt primär das Niederlassungsrecht nach Art. 52 EG-Vertrag und wird namentlich im Sektor Elektrizitätswirtschaft praktisch.

Mitgliedstaaten werden weiter umstandslos von den Wettbewerbsregeln der Art. 85 f. EG-Vertrag erfaßt, soweit sie unternehmerisch handeln. Geklärt ist dabei zweierlei: Der

28 Überblick bei *W. Möschel*, Hoheitliche Maßnahmen und die Wettbewerbsvorschriften des Gemeinschaftsrechts, in Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaften und der Marktwirtschaft. Referate des XXV. FIW-Symposiums, Köln-Berlin-Bonn-München 1992, S. 89 ff. mit umfanglichen Nachweisen.

Umstand, daß ein Hoheitsträger sich einer öffentlichrechtlichen Organisationsform bedient, sei es Körperschaft, Anstalt, Sondervermögen, Regiebetrieb oder unmittelbarer Teil der Staatsverwaltung, entzieht ihn noch nicht der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln. Ebenso schließt der hoheitliche Charakter einer Maßnahme nicht ihre gemeinschaftsrechtliche Qualifizierung als unternehmerisch aus. Das gilt, wie seit der British Telecom-Entscheidung des EuGH feststeht, selbst für legislative Akte.²⁹ Auch die vom Bundespostminister erlassenen früheren sog. Benutzungsverordnungen, Rechtsverordnungen im Sinne von Art. 80 Grundgesetz, waren in zahlreichen Kommissionsverfahren auf den Prüfstand u.a. der Art. 85, 86 EG-Vertrag genommen worden. Beides erklärt sich aus dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und der Gleichmäßigkeit seiner Anwendung. Er kann nicht durch formelle Dispositionen auf der Ebene der Mitgliedstaaten ausgehebelt werden. Noch nicht abschließend geklärt ist die materielle Frage, wann in diesem Zusammenhang positiv von unternehmerischem Handeln im Gegensatz zu genuiner Staatstätigkeit auszugehen ist. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geht freilich außerordentlich weit. Dies zeigt etwa seine Entscheidung in Sachen Vermittlungsmonopol der Deutschen Bundesanstalt für Arbeit. Für eine Einschätzung als unternehmerisches Handeln genügte ihm folgendes: „Im Rahmen des Wettbewerbsrechts umfaßt der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung... Daß die Vermittlungstätigkeit normalerweise öffentlichrechtlichen Anstalten übertragen ist, spricht nicht gegen die wirtschaftliche Natur dieser Tätigkeit. Die Ar-

29 EuGH Rs. 41/83, Slg. 1985, S. 873.

beitsvermittlung ... muß nicht notwendig von solchen Einrichtungen betrieben werden.“³⁰ Jede Tätigkeit, die einem Teilnehmer am Markt zugänglich ist, wäre danach unternehmerisch. Ebenso laufen hoheitliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich leer, soweit sie einzelne Wirtschaftssektoren der Anwendung der nationalen Wettbewerbsgesetze ganz oder partiell entziehen. Für die Bundesrepublik Deutschland sind die Ausnahmereiche des GWB angesprochen. Gemeinschaftsrechtlich bleibt das unerheblich. Soweit nicht das Gemeinschaftsrecht selbst einer Anwendung der Wettbewerbsregeln Grenzen setzt, wie dies in Art. 42 Abs. 1 EG-Vertrag für die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und für den Handel damit geschehen ist, setzen sich die Art. 85 ff. EG-Vertrag durch. Dies ist für die Wirtschaftszweige der Banken, Versicherungen, des Verkehrs und für Urheberrechtsverwertungsgesellschaften ebenso entschieden wie für die Telekommunikation. Eine gleiche Entwicklung zeichnet sich im Hinblick auf die leitungsgebundene Energieversorgung ab. Unberührt bleibt die nicht sektoral definierte Regelung in Art. 90 Abs. 2 EG-Vertrag.

Weitere Bindungen für hoheitliches Handeln der Mitgliedstaaten folgen aus der sog. *effet utile*-Rechtsprechung des EuGH. Gestützt auf eine unmittelbare Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag in Verbindung mit Art. 3 g) EG-Vertrag erkennt diese Rechtsprechung eine mittelbare Beeinträchtigung der Wettbewerbsvorschriften durch staatliche Maßnahmen in vier Fallgruppen an:³¹

30 EuGH Rs. 41/90, Slg. 1991, S. 1979, 2016.

31 W. Möschel (Fn. 28), S. 92 ff.

- Staatliche Maßnahmen erleichtern oder fördern wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen von Unternehmen, die nach Art. 85 oder 86 EG-Vertrag verboten sind;
- staatliche Maßnahmen schreiben Unternehmen derartige Verhaltensweisen vor;
- staatliche Maßnahmen verstärken die Auswirkungen von Vereinbarungen, die nach Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag verboten sind;
- staatliche Maßnahmen übertragen privaten Wirtschaftsteilnehmern die Verantwortung für Interventionsentscheidungen im wirtschaftlichen Bereich und verlieren dadurch ihren staatlichen Charakter.

Die jüngste Rechtsprechung hat geklärt, daß die staatliche Maßnahme in diesem Zusammenhang akzessorisch sein muß zu einem Verstoß der handelnden Unternehmen gegen Art. 85 oder 86 EG-Vertrag.³² Diese Rechtsprechung knüpft mithin im Kern nicht an die Inhalte, sondern an die Methoden staatlicher Regelungen an, sie erzwingt Typenklarheit und Zuordnung der Verantwortlichkeit. Grauzonenmaßnahmen in Kooperation zwischen Unternehmen und staatlichen Stellen werden eingeschränkt. Plastisch hat man dies „Entkorporatisierung des sektoriellen Wirtschaftsrechts“ genannt.³³

Die wichtigste wirtschaftsverfassungsrechtliche Vorschrift in diesem Zusammenhang ist schließlich Art. 90 Abs. 1

32 Hierzu *W. Möschel*, Wird die effet utile-Rechtsprechung des EuGH inutile?, *Neue Juristische Wochenschrift* 47 (1994), S. 1709 ff.

33 *B. van der Esch*, Die Artikel 5, 3 f, 85/86 und 90 EWGV als Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 155 (1991), S. 274, 299.

EG-Vertrag. Danach ist es den Mitgliedstaaten untersagt, in Bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, dem Vertrag und insbesondere den Wettbewerbsregeln widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Hier kommt der Grundsatz zum Ausdruck, daß der öffentliche Wirtschaftssektor mit der Privatwirtschaft in dem Sinne gleichgestellt ist, daß ihm keine Privilegien eingeräumt sind. Der Anwendungsbereich der Norm ist namentlich im Hinblick auf Art. 86 EG-Vertrag von selbständiger Bedeutung.³⁴ Anders als innerhalb der *effet utile*-Rechtsprechung ist eine Akzessorietät der staatlichen Maßnahmen zu selbständigem unternehmerischen Handeln nicht gefordert. Ein Verzicht auf dieses Erfordernis hätte die *effet utile*-Rechtsprechung, die sich auf beliebige Unternehmen bezieht, uferlos werden lassen. Im eingeschränkten Anwendungsfeld des Art. 90 Abs. 1 EG-Vertrag (öffentliche Unternehmen und Unternehmen mit besonderen Rechten) entfällt dieses Bedenken. Eine Verletzung der Norm ist schon dann gegeben, wenn das öffentliche Unternehmen in der Befolgung gesetzlicher Vorschriften unvermeidlich einen Mißbrauch begeht. Dies war z.B. die gesetzliche Gewährleistung des Vermittlungsmonopols der Deutschen Bundesanstalt für Arbeit, ohne daß diese in der Lage gewesen wäre, die Nachfrage auf dem Markt zu befriedigen. Die legislative Monopolgewährleistung ging sinnlos auf Kosten der Nachfrager wie der privaten Personalberatungsunternehmen. Der Staat verstößt schon dann gegen Art. 90 Abs. 1 EG-Vertrag in Ver-

34 Zuletzt hierzu mit Nachweisen *E.-J. Mestmäcker*, Zum Begriff des Mißbrauchs in Art. 86 des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft, in Festschrift für Peter Raisch, Köln-Berlin-Bonn-München 1995, S. 441, 450 ff.

bindung mit Art. 86 EG-Vertrag, wenn durch die verliehenen Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der das begünstigte Unternehmen einen Mißbrauch begeht. Dies galt etwa für einen Fernmeldenetzbetreiber, der mit privaten Unternehmen auf den Endgerätemärkten konkurrierte und zugleich über die technischen Spezifikationen dieser Endgeräte und über ihre Zulassung entschied. Auf der genannten Rechtsgrundlage wurde eine strikte Trennung dieser Funktionen nötig.

b) Zur Subventionsaufsicht der Gemeinschaft

aa) Der Zweck

Der bedeutsamste Unterschied zum nur nationalen Recht besteht darin, daß das Gemeinschaftsrecht eine Aufsicht über die von den Mitgliedstaaten gewährten Subventionen kennt, und zwar auf der Grundlage eines allgemeinen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt (Art. 92 und 93 EG-Vertrag). Eine Kontrolle des Bundes über Fördermaßnahmen der Länder oder der Gemeinden gibt es dagegen in Deutschland nicht.

Die Regelung erklärt sich zunächst daraus, daß die Gemeinschaft zum einen eine Zuständigkeit für den Binnenmarkt hat, die Wirtschaftspolitik dagegen unverändert im Verantwortungsbereich der Mitgliedstaaten verbleibt. Ohne eine Kontrolle der Wirtschaftssubventionierung, welche die Mitgliedstaaten gewähren, wäre ein solches Regelungssystem höchst lückenhaft. Denn mit Beihilfen lassen sich die nationalen Märkte de facto ähnlich abschotten wie mit Zöllen, mengenmäßigen Beschränkungen, zollgleichen Abgaben und sonstigen nontarifären Handelshemmnissen. Der Zusammenhang wird unmittel-

bar sichtbar, wenn Beihilfen zugleich von dem Verbot des Art. 30 EG-Vertrag erfaßt werden (Maßnahmen gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung). Ein Beispiel ist die bevorzugte Vergabe öffentlicher Aufträge an Anbieter aus bestimmten inländischen Regionen oder an bestimmte inländische Unternehmen. Art. 30 EG-Vertrag ist nur insofern noch strenger, als es dort keinen Erlaubnisvorbehalt gibt.

Die Regelung der Art. 92 ff. EG-Vertrag hat letztlich freilich einen Zweck, der über die Problematik, welche aus der genannten Zuständigkeitsverteilung erwächst, hinausgeht: Sie zielt auf einen Markt, der von Beihilfen weitgehend frei sein soll. Aus diesem Grund ist eine häufig vorgetragene Argumentation, eine Beihilfe ermögliche angesichts gravierender, wettbewerbsverzerrender Kostennachteile überhaupt erst einen wirksamen Wettbewerb, per se un schlüssig. Die Feststellung einer Verfälschung der Wettbewerbsverhältnisse pflegt denn auch in der Praxis keine Schwierigkeiten zu bereiten, wenn die übrigen Voraussetzungen des Tatbestandes einmal bejaht sind.

bb) Die materielle Reichweite

Bei der materiellen Reichweite des Tatbestandes sind ein horizontaler und ein vertikaler Aspekt auseinanderzuhalten.³⁵

35 Überblick in BDI (Hrsg.), EU-Beihilfenpolitik: Die Tatbestandsmerkmale des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag, Köln 1994.

aaa) Der horizontale Aspekt

Art. 92 EG-Vertrag erfaßt nur Maßnahmen, die sich als eine Begünstigung „bestimmter Unternehmen“ oder „bestimmter Produktionszweige“ erweisen. Nicht erfaßt sind Maßnahmen allgemeiner Wirtschaftspolitik, welche der gesamten Wirtschaft eines Mitgliedstaates zugute kommen wie z.B. eine allgemeine Steuersenkung, Investitionszulagen für alle Unternehmen oder Zuschüsse für die Einstellung von Langzeitarbeitslosen. Es muß ein diskriminierendes Element vorhanden bleiben, im Jargon „Spezifität“ genannt. Auch Einkommenstransfers auf private Haushalte, seien sie einkommens-, sozial- oder vermögenspolitisch motiviert, werden von vorneherein nicht erfaßt. Dies wird erst dann wieder anders, wenn die allgemeine Maßnahme oder der Transfer an Private punktuell bestimmten Unternehmen oder Regionen zugute kommt, z.B. wenn damit entsprechende Bezugsauflagen verbunden sind. Die Bedeutung dieser Abgrenzung zwischen Beihilfe und allgemeiner Fördermaßnahme erwächst daraus, daß erstere, wenn sie ohne Zustimmung der Kommission durchgeführt wurde, von den Mitgliedstaaten zurückverlangt werden muß einschließlich Verzugszinsen.

Die innere Rechtfertigung für eine solche Interpretation des Beihilfebegriffes in Art. 92 EG-Vertrag liegt darin, daß das Regime zwar einen diskriminierungsfreien Wettbewerb zwischen Unternehmen ermöglichen soll, nicht aber eine Gleichschaltung der einzelnen Volkswirtschaften anstrebt. Bei fortbestehender Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für ihre nationale Wirtschaftspolitik läßt Art. 92 EG-Vertrag einen Systemwettbewerb zu. Wenn hier eine Harmonisierung gewünscht ist, ist dies nicht Aufgabe der Kommission nach Art. 92 EG-Vertrag, son-

dem es wird Aufgabe des Ministerrates, eine Rechtsangleichung durch Erlaß einer Richtlinie nach Maßgabe von Art. 101 EG-Vertrag zu erreichen.

bbb) Der vertikale Aspekt

In diesem Rahmen ist die vertikale Reichweite des Beihilfebegriffes sehr groß. Der Tatbestand spricht denn auch von „staatlichen Beihilfen gleich welcher Art.“ So ist der Begriff des Staates im weitesten Sinne zu verstehen. In Deutschland sind das nicht nur der Bund, die Länder und die Gemeinden, sondern auch die Sozialversicherung, die Bundesanstalt für Arbeit, alle Sondervermögen, auch parafiskalische Fonds wie der ERP-Fonds oder der mittlerweile für verfassungswidrig erklärte Kohlepfennig.

Das Verbot umfaßt in seiner ersten Kategorie – über die Ausgabenseite – alle sog. Finanzhilfen wie verlorene Zuschüsse, zinsgünstige Darlehen, Zinszuschüsse, Bürgschaften und nichtmarktübliche Beteiligungen an Unternehmen.

Zu einer zweiten Kategorie gehören die Formen einer Subventionierung über die Einnahmeseite der öffentlichen Haushalte, Steuerermäßigungen, -erleichterungen, -nachlässe, Steuerpräferenzen sowie die Freistellung oder Ermäßigung bei öffentlichen Abgaben und Gebühren.

Vom Zweck der Vorschrift her fallen unbestritten in eine dritte Kategorie auch alle sonstigen verdeckten Formen einer Subventionierung, eine Kreditlenkung über einen verstaatlichten Bankenapparat, der Einsatz staatlicher Unternehmen zum Zwecke der Wirtschaftsförderung, Förderungen von Unternehmen oder Regionen über Verkehrsta-

rife, die nicht marktgerechte Veräußerung von Sachgütern, die Übernahme von Dienstleistungen durch die öffentliche Hand, Preisausgleichskassen, im Einzelfall auch Mindest- und Höchstpreisregelungen.

Die Gebührenfinanzierung der öffentlichen Rundfunkanstalten im dualen System kommt hier auf den Prüfstand, wenn diese Mittel nicht zur Erfüllung eines im Markt sonst nicht erreichbaren öffentlichen Auftrags verwandt werden. Gleiches gilt für die Gewährträgerhaftung im öffentlichen Bankensektor, wenn ein „reasonable private investor“ ein solches Risiko mangels Ausschüttung niemals auf sich nähme.

cc) Zum Verfahren

Das Kontrollverfahren der Art. 92 ff. EG-Vertrag ist kompliziert.³⁶ Es umfaßt im wesentlichen drei Etappen, ein Vorprüfverfahren, ein Hauptprüfverfahren und die eventuelle Untersagungs- oder Genehmigungsentscheidung. Das Vorprüfverfahren schließt schon für sich den Vorgang ab, wenn die angemeldete Maßnahme keine Beihilfe ist oder bereits genehmigt ist oder aber als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen wird. Hält die Kommission die Beihilferegelung für unvereinbar oder hat sie ernste Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt, so leitet sie das Hauptprüfverfahren ein. Nach Abschluß dieses Verfahrens entscheidet sie, ob die geplante Regelung dem Verbot des Art. 92 Abs. 1 unterliegt und damit von Mitgliedstaaten nicht in Kraft gesetzt wer-

36 Überblick in BDI (Hrsg.), EU-Beihilfenpolitik: Die Rechte der Unternehmen und die Rolle der Mitgliedstaaten in der Beihilfenpolitik, Köln 1995.

den darf oder ob sie aufgrund der Ausnahmetatbestände der Abs. 2 und 3 des Art. 92 genehmigt werden kann.

Am Vorprüfverfahren sind offiziell nur die Kommission und der betreffende Mitgliedstaat beteiligt. Allerdings ist niemand gehindert, insbesondere nicht die begünstigten Unternehmen, die benachteiligten Konkurrenten oder ihre Verbände, Eingaben zu machen oder gar erst durch eine informelle Beschwerde die Aufmerksamkeit der Kommission zu erregen. Akzeptiert die Kommission im Ergebnis schon hier die Maßnahme, so können Konkurrenten nach Art. 173 Abs. 2 EG-Vertrag dagegen Klage vor dem Europäischen Gerichtshof erheben, falls sie „individuell und unmittelbar“ betroffen sind. Der bloße Umstand, daß ein Dritter auf demselben Markt tätig ist, reicht für sich nicht. Es muß substantiiert vorgetragen werden, daß er durch die Beihilfe in der Marktstellung wesentlich beeinträchtigt ist. Im Grundsatz muß der Dritte im Vorprüfverfahren auch bereits eine gewisse Rolle gespielt haben. Dies wirft naturgemäß Transparenzprobleme auf. Der Gerichtshof hat dem mittlerweile dadurch Rechnung getragen, daß eine aktive Mitwirkung eines Dritten im Vorprüfverfahren nicht unerläßlich ist, nämlich dann nicht, wenn er davon gar nichts wissen konnte. Unter dieser Voraussetzung ist auch das Verstreichen der Ausschlußfrist von zwei Monaten, welche Art. 173 EG-Vertrag für solche Klagen vorsieht, überwindbar.

Im Hauptprüfverfahren werden Dritte dagegen offiziell zur Stellungnahme aufgefordert. Dies geschieht durch Veröffentlichungen im Amtsblatt. Hier ist eine aktive Teilnahme Dritter am Verfahren ein unerläßliches Erfordernis, wenn eine spätere Klage gegen die Einstellung des Ver-

fahrens oder gegen die explizite Genehmigung der Beihilfe aufgrund eines Ausnahmetatbestandes zulässig sein soll.

Verstoßen Mitgliedstaaten gegen ihre hier bestehenden Pflichten (keine Notifizierung der beabsichtigten Beihilfe, Durchführung der Maßnahme, obwohl die Kommission eine abschließende Entscheidung noch nicht erlassen hat, die Beihilfe wird nicht aufgehoben oder umgestaltet), so kann die Kommission gegen diese ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Auch Klagerechte Dritter vor nationalen Gerichten kommen in Betracht. Ein Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenvorschriften macht den mitgliedstaatlichen Hoheitsakt in jedem Falle formal rechtswidrig.³⁷

Insgesamt ist dieses Verfahren verbesserungsfähig. Namentlich sollte die Transparenz des Vorprüfverfahrens nachhaltig gesteigert werden. Die weitaus meisten Sachverhalte werden bereits hier erledigt. Erleichterungen, welche die Rechtsprechung Drittbetroffenen bei Klagen mittlerweile gewährt, reichen nicht hin. Denn der Gerichtshof räumt der Kommission zwar nicht bei der Interpretation des Rechtsbegriffs Beihilfe, aber bei der Frage, ob diese mit dem Gemeinsamen Markt insgesamt vereinbar ist, einen beträchtlichen Beurteilungsspielraum ein. Dritte sollten demgemäß rechtzeitig schon innerhalb des administrativen Verfahrens präsent sein können. Praktisch werden sich solche Verbesserungen der Transparenz nur in der Form realisieren lassen, daß die Verbände der betroffenen Branche frühzeitig informiert werden. Es bleibt dann deren Aufgabe, die potentiell betroffenen Unternehmen entsprechend rasch in Kenntnis zu setzen.

37 Vgl. EuGH, Rs. C-354/90, Slg. 1991, S. 5505 (Saumon).

Materiell wäre der überragende Reformpunkt eine Erstreckung der Beihilferegelung auch auf die Gemeinschaft selbst. Gegenwärtig erfaßt das Gesetz nur Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Der Bedarf danach ist im Gefolge von Maastricht I mit seiner Ausdehnung politisch-diskretionärer Entscheidungsfelder auf Gemeinschaftsebene bis hin zur Industriepolitik nach Art. 130 EG-Vertrag größer geworden.

IV. Zu den Ursachen für solche Entwicklung

Insgesamt ist es erstaunlich, in welchem Ausmaß die Bundesrepublik Deutschland, in Sonntagsreden gerne als ein profiliert marktwirtschaftliches Land gepriesen, sich in der Praxis von den Strukturprinzipien eines solchen Ordnungskonzepts entfernt hat. Zwei tiefere Ursachen sind entscheidend, zum einen Spätfolgen sozialistischen Gedankenguts, zum anderen und wichtiger Strukturschwächen innerhalb demokratischer Gesellschaften.³⁸

1. Spätfolgen sozialistischen Gedankenguts

Die Herausbildung des heutigen Interventions- und Sozialstaats ist von dem, was man in Europa sozialistisches Gedankengut oder in den USA progressive movement nennt, wesentlich beeinflusst worden. Dahinter stand die Vorstellung einer verhältnismäßig geschlossenen, wenigstens durch moderne Erziehung erreichbaren Wertegemeinschaft innerhalb einer Gesellschaft im Gegensatz zu divergierenden, beliebigen Individualinteressen. Hinzu trat ein Glaube an die Leistungsfähigkeit wissenschaftlicher Erkenntnis und wissenschaftlicher Methoden. Konstruktivismus, wie von Hayek dies nannte, überlagerte die eher evolutionstheoretisch begreifbare Ordnung des Marktes, verdrängte das Prinzip von Versuch und Irrtum als entbehrliche Verschwendung. Aus heutiger Sicht scheint es, daß solche Vorstellungen schon in den 60er Jahren ihren

38 Hierzu *W. Möschel*, Erstarrung durch Bürokratisierung und Reglementierung, in Alfred Herrhausen Gesellschaft für internationalen Dialog (Hrsg.), *Erstarrende Gesellschaft in bewegten Zeiten*, Stuttgart 1993, S. 125, 127 ff.

Zenit überschritten hatten. Sie wirken freilich vielfältig fort. So ist das Menschenbild des liberalen Ökonomen, der auf die Handlungsfreiheit und die Selbstverantwortung des einzelnen gerade im Bereich des Wirtschaftlichen setzt, nicht für jedermann attraktiv. Dies gilt namentlich für denjenigen, der wenig Zutrauen zur eigenen Kraft und Leistungsfähigkeit hat. Er wendet sich nicht von vornherein gegen Elemente der Zwangsbetreuung und damit der Unselbständigkeit. Eine verbreitete Präferenz für Umlageverfahren in den Sozialversicherungssystemen – im Gegensatz zu Kapitaldeckungsverfahren – dürfte hierin eine Wurzel finden. Weitgehend Ähnliches gilt für eine häufig anzutreffende Reserve gegenüber den Ungewißheiten und Lasten einer Wettbewerbsordnung – Stichwort: Strukturwandel. Der Ruf nach sozialer Abfederung durch Subvention oder gar nach Schutz vor Wettbewerb, namentlich aus Drittstaaten, durch Protektion, gehört hierher. Die Akzeptanz einer marktwirtschaftlich geprägten Ordnung dürfte in Deutschland immer noch weniger auf Einsicht und Verständnis beruhen als auf der – jedenfalls bislang – dauernden Erfahrung, daß sie insgesamt erfolgreich arbeitet.

Eher gegenläufig zu diesen Spätfolgen ist, wie es scheint, ein zunehmender Verlust an republikanischen Tugenden oder an Gemeinsinn. Eine Maxime von der Art „Öffentliche Dinge sind auch Deine Dinge“ wirkt heute fast schon komisch. Was wir demgegenüber vielfältig beobachten, ist ein ausgeprägtes Sankt-Florians-Prinzip. In ein etwas schnoddriges Bild gefaßt: Wenn der Gürtel enger zu schnallen ist, fummelt ein jeder nur am Gürtel seines Nachbarn herum.

Insgesamt hat solche Abweichung von den marktwirtschaftlichen Strukturprinzipien sehr viel mit dem Souve-

rän, dem principal, zu tun und nicht nur mit den politischen Entscheidungsträgern, den agents, auf die man bevorzugt einschlägt.

2. Strukturschwächen in demokratischen Gesellschaften

Auf der Ebene der politischen Entscheidungsträger machen sich Strukturschwächen bemerkbar, wie sie in demokratischen Gesellschaften nahezu unvermeidlich scheinen. Wir wissen nicht, was politische Akteure wirklich denken. Man kann nur versuchen, ihr Verhalten zu erklären und daraus Prognosen für die Zukunft abzuleiten. Am brauchbarsten hat sich bis heute die etwas hartgesottene Public-Choice-Theorie erwiesen. Sie überträgt das Analyseinstrumentarium der neoklassischen Ökonomie auf die Märkte der Politik. Auf diese Weise wird unmittelbar einsehbar, daß Recht zu haben, aber Wahlen zu verlieren, niemals eine Option für die Politik sein kann. Gruppeninteressen, die sich leichter organisieren lassen, haben eine größere Durchsetzungschance als schwer zu mobilisierende Allgemeininteressen. Dies gilt insbesondere, wenn Gruppennachteile sofort sichtbar sind, überwiegende Gemeinwohlvorteile demgegenüber in komplexen und schwer identifizierbaren Zurechnungsketten versickern. Das liberale Plädoyer für eine Verbesserung von Rahmenbedingungen oder für mehr Wettbewerb stößt hier auf Grenzen der Durchsetzbarkeit. Kleinen Gruppen mit einheitlichem Wählerverhalten kann unter solchen Bedingungen ein überproportionaler Einfluß zuwachsen. Die Agrarlobby in den westlichen Industriestaaten ist das wichtigste Beispiel dafür. Diese Mechanismen spielen nicht nur im Verhältnis von principal und agent, sie gelten auch inner-

halb der Parteien im Verhältnis von Parteiführung zu den Abgeordneten oder zur Funktionärsbasis.

Eine Facette dieses Erklärungsansatzes ist, daß innerhalb eines solchen Systems die Berücksichtigung zukünftiger Interessen notwendig auf Schwierigkeiten stößt. Sie sind in aller Regel nicht organisierbar. So verdrängen z.B. die politischen Kräfte in hohem Maße die Probleme, in welche die im Umlageverfahren finanzierte gesetzliche Rentenversicherung aufgrund der sich abzeichnenden demographischen Entwicklung hineintreibt. Ähnlich verantwortungslos wird zu Lasten einer kommenden Generation gehandelt, wenn die Mittel aus einer hohen Staatsverschuldung überwiegend konsumtiv verwandt werden. Eine Spielart solcher Strukturschwäche ist es, wenn sich ein Gesetzgeber in eine Entscheidungssituation treiben läßt, aus der es nur noch einen inferioren Ausweg gibt. Die Debatte um die gesetzliche Pflegeversicherung bietet insoweit reiches Anschauungsmaterial.

Ein gewisses Gegenbeispiel liefert der gesamte Komplex des Umweltschutzes. Hier scheinen sich Zukunftsinteressen in einer freien Gesellschaft einigermaßen nachhaltig durchgesetzt zu haben. Möglicherweise hängt dies in Deutschland mit der konkreten Erfahrung des sog. Waldsterbens und mit einer – angeblichen oder tatsächlichen – Neigung zu Angstpsychosen zusammen. Doch ist dies ein Gegenbeispiel von Gewicht, aus dem mancher Optimismus ableiten mag.

V. Lösungsansätze

Die denkbaren Lösungsansätze seien zunächst abstrakt-generell vorgestellt.³⁹ Die im letzten Abschnitt zu entwickelnden konkreten Vorschläge verwirklichen daraus nur einen Teilbereich mit Rücksicht auf eine Einschätzung dessen, was gegenwärtig und auf mittlere Sicht polit-praktisch durchsetzbar erscheint.

1. Der Möglichkeitsbereich

Hier ist nach Anknüpfungspunkt und nach Umsetzungsart zu trennen.

a) *Anknüpfungspunkte*

Vier Ebenen kommen in Betracht:

aa) *Die Aufgabenseite*

Am wichtigsten scheint, die Aufgabenseite des Staates zu begrenzen. Es sollte sehr viel mehr dem Bereich der Gesellschaft, das heißt dem einzelnen und dem Markt überlassen bleiben. Konkret bedeutet dies entschlossene Privatisierung. Solche Idee der stärkeren Entstaatlichung zielt freilich weiter. Sie bezieht das Ausbildungssystem mit ein. Am wichtigsten wäre es, die sozialen Sicherungssysteme von den Arbeitsverträgen, mit denen sie im Grunde nichts zu tun haben, abzukoppeln. Auch aus dieser Sicht geht die verwirklichte Pflegeversicherung in die falsche Richtung. Sie bekräftigt nur den alten Trott. Obwohl in der Problemstruktur nicht voll vergleichbar, kann man sich beim Ver-

39 Vgl. W. Möschel, Erstarrung (Fn. 38), S. 132 ff.

hältnis von Staats- und Gesellschaftskompetenz an das Muster anlehnen, welches der EG-Vertrag für das Verhältnis von Mitgliedstaaten zur Europäischen Gemeinschaft vorsieht: Keine virtuelle Allzuständigkeit der Gemeinschaft, sondern Prinzip der limitierten Einzelermächtigung und ein Subsidiaritätsprinzip von der Art, daß die Staatsaufgaben auf ihren unerläßlichen Kern reduziert werden.

bb) Die Einnahmenseite

Ein zweiter Aufgreifpunkt ist die Einnahmenseite der öffentlichen Hand. Eine Begrenzung hier wäre in der Lage, den fatalen Zusammenhang zwischen Zugang zu den Einkünften der Bürger und ständiger Ausdehnung der Staatsaufgaben zu unterbrechen. Auch ließe sich der Wettstreit zwischen unterschiedlichen Interessengruppen, mit Hilfe des Gesetzgebers für sich leistungsfremde Einkommen zu erzielen, etwas dämpfen. Auf EG-Ebene schlägt sich dieser Gedanke darin nieder, daß die Gemeinschaft sich letztlich aus Matrikularbeiträgen der Mitgliedstaaten finanziert und eine Änderung der Finanzverfassung nicht nur der Einstimmigkeit des Ministerrats bedarf, sondern von den Mitgliedstaaten gemäß ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften ratifiziert werden muß (Art. 201 EG-Vertrag). Auf staatlicher Ebene sei an der Vorschlag Herbert Gierschs erinnert, den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes dahin zu ergänzen, daß jedermann von einer zusätzlich verdienten Mark mindestens die Hälfte soll behalten dürfen. Man kann grundsätzlich fragen, ob durch eine Umgestaltung der vertikalen Finanzverfassung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden und durch einen Ausbau plebiszitärer Verfahren die Einnahmenhoheit nicht wieder stärker in die Hand des Souveräns zurückgegeben werden sollte. Dabei ist auf einen geeigneten Minderhei-

tenschutz Bedacht zu nehmen. Es sollte nicht die jeweilige Mehrheit in die Lage versetzt werden, permanent ihre Hände in den Taschen der Minderheit zu halten.

cc) *Die Organisationsseite*

Der dritte Ansatzpunkt ist die Organisationsseite. Zum einen geht es um mehr Wirtschaftlichkeit beim Management staatlicher Einrichtungen. Neben anderen hat der Kronberger Kreis diesbezüglich ausgefeilte Vorschläge dargelegt.⁴⁰ Ihr Pfiff liegt in einer Kombination von drei Reformschichten: Rechnungsinstrumente, welche sich an privatwirtschaftliche Vorbilder anlehnen, sollen die überkommene Kameralistik ablösen. Eine Einführung ziel- und ergebnisbezogener Führungsprinzipien und eine Stärkung dezentraler Entscheidungs- und Wirtschaftsautonomie sollen höhere Flexibilität gewährleisten. Eine Rückkehr zur leistungsbezogenen Besoldung und Beförderung soll eine verbesserte Anreizstruktur schaffen.

Zum anderen geht es um eine Rechts- und Verwaltungsvereinfachung zugleich. So ließe sich eine vielfach überzogene Regelungsdichte abbauen, etwa wenn Verbote mit Erlaubnisvorbehalt öfter in ein System der Anzeigepflicht überführt würden, wenn auf verschiedene Behörden zerstückelte Genehmigungsverfahren wieder stärker in einer Hand konzentriert würden; insbesondere die Verselbstän-

40 *Kronberger Kreis*, Reform der öffentlichen Verwaltung, Bad Homburg v.d.H. 1991; Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren. Bericht der Unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, herausgegeben vom Bundesminister für Wirtschaft, November 1994.

digung der Umweltverträglichkeitsprüfung wäre rückgängig zu machen. Entscheidungsfristen für Verfahren, Ausschlußfristen für die Beteiligung anderer Behörden könnten für eine erwünschte Beschleunigung sorgen. Eine tendenziell hypertrophe Kontrolldichte ließe sich auflockern, wenn die Zahl drittschützender Normen abgebaut würde, wenn die Verwaltungsgerichte auf der Tatbestandsseite den Verwaltungsstellen in höherem Maße, als dies gegenwärtig geschieht, einen Beurteilungsspielraum beließen. Auch an eine stärkere Einbeziehung externer Sachverständiger ist zu denken. Dieser Punkt berührt sich mit der Privatisierungsdiskussion.

Solche Ideen sind nicht neu. Ohne dabei auftauchende Zielkonflikte herunterspielen zu wollen, sind es vielfach doch unheilige Allianzen, die einer Durchsetzung entgegenstehen. Auch die Wirtschaft gehört zu den Sündern. Es sei nur an Versuche erinnert, Importwettbewerb durch die Aufrechterhaltung nontarifärer Handelshemmnisse zu behindern.

dd) Politische Infrastruktur

Ein vierter Punkt läßt sich unter der Bezeichnung „Politische Infrastruktur“ zusammenfassen. Gemeint sind Fragen der Rekrutierung des politischen Nachwuchses, der innerparteilichen Kandidatenaufstellung, des Wahlrechts. Dieser Punkt kann hier nicht im einzelnen diskutiert werden. Als potentiell wichtig sei er aber jedenfalls nachrichtlich erwähnt.

b) Umsetzungsart

Die eigentlichen Schwierigkeiten liegen in der politik-ökonomischen Umsetzbarkeit von Reformideen.

aa) Verfassungslösung

Die traditionelle Lösung, einen Gesetzgeber an die Kette zu legen, ist eine Verfassungslösung. Sie begrenzt von vornherein seine Gestaltungs- und seine Fehlgestaltungsmöglichkeiten. Das Bonner Grundgesetz ist auf dem Felde der Wirtschafts- und Sozialpolitik jedoch relativ offen. Verfassungsändernde Mehrheiten für stärkere Begrenzungen zu finden, dürfte heute ausgeschlossen sein. Denn die vorgeblichen oder tatsächlichen Verlierer bei solchen Änderungen stehen fest. Ihr Widerstand führt zur Stabilisierung des status quo. Was sich bestenfalls erreichen läßt, sind vage Staatszielbestimmungen, wie sie jüngst in das Grundgesetz aufgenommen wurden. Hier schiebt man die Verantwortung letztlich auf die Gerichte, deren künftiger Umgang mit diesen Normen nicht wirklich vorhersehbar ist.

bb) Parakonstitutionelle Lösungen

Ein zweiter Denkansatz läßt sich als parakonstitutionelle Lösung bezeichnen. Das wichtigste Beispiel ist der EG-Vertrag mit seinem Vorrang vor jedem nur nationalen Recht. Daraus ist zunehmend ein Reformimpuls in Richtung Deregulierung und mehr Wettbewerb erwachsen. Genannt seien die Telekommunikation, das Verkehrswesen (Luftverkehr, Straßengüterverkehr, Eisenbahn), das Versicherungswesen, die Kreditwirtschaft. Eine Umgestaltung der weitgehend monopolistisch strukturierten Elektrizitätswirtschaft.

tätswirtschaft steht auf der Agenda. Besonders wichtig sind die oben näher erörterten Beihilfevorschriften des Gemeinschaftsrechts. In erster Linie diese werden z.B. zu einer Revision der deutschen Kohlepolitik beitragen; Schwierigkeiten, die man in Brüssel macht, werden in Bonn dankbar entgegengenommen.

Hervorzuheben ist, daß die hier aktivierten Rechtsgrundlagen in den Gemeinschaftsverträgen selbst enthalten sind. Eine Verständigung darauf war im Jahre 1957 noch möglich, weil sie sozusagen unter dem Schleier der Ungewißheit erfolgte. Keiner unter den Mitgliedstaaten konnte voraussehen, was aus den unbestimmten Rechtsbegriffen und den Formelkompromissen des Vertragswerks sich im einzelnen entwickeln würde. Maastricht I war teilweise schon ein Versuch derer, die das ordnungspolitische Spiel verloren hatten, nachträglich die Spielregeln zu verändern.

Das Instrument ist auch im diskretionär-politischen Bereich einsetzbar, nämlich bei der Schaffung sekundären Gemeinschaftsrechts aufgrund von Mehrheitsentscheidungen: Man kann sich in Brüssel überstimmen lassen und damit Lösungen erreichen, die allein national nicht durchsetzbar sind. Dem entsprechen freilich Risiken. Die europäische Lösung kann sich auf den kleinsten gemeinsamen Nenner beschränken und im Einzelfall dann zu einem Rückschritt gegenüber einer nationalstaatlichen Lösung führen. Zu erinnern ist an die diversen Protektionismen in der gemeinsamen europäischen Außenhandelspolitik (Selbstbeschränkungsabkommen im Hinblick auf den japanischen Automobilexport, restriktive Regelungen bezüglich sensitiver Produkte wie Kohle, Stahl, landwirtschaftliche Erzeugnisse, Textilien in den sog. Europaabkommen mit Polen, Ungarn und Tschechien).

In die Gruppe parakonstitutioneller Lösungen gehören weiter multilaterale oder bilaterale völkerrechtliche Verträge. Gedacht ist an den Typus GATT, OECD-Codices, UN-Konventionen. Man schiebt Reformen auf die Ebene des Völkerrechts. Der nationale Gesetzgeber, der die völkerrechtliche Vereinbarung in das innerstaatliche Recht transferieren muß, kann dann nur noch insgesamt Ja oder Nein sagen. Das erhöht faktisch die Durchsetzungschance für Reformen. Der Weg ist in der bisherigen Praxis wenig effizient. Es werden schon auf der Ebene des völkerrechtlichen Vertrags zu viele Vorbehalts- und Ausweichmöglichkeiten geschaffen. Aber er ist ausbaufähig. Zu verfolgen ist auch die Idee Jan Tumlirs, in solchen Verträgen subjektive Rechte der einzelnen Bürger zu begründen.⁴¹ Damit wäre ein selbständiger Durchsetzungsmechanismus geschaffen.

cc) Stabilisierungsfaktoren im Inland

Stabilisierungsfaktoren im Inland außerhalb des Parlaments formen eine dritte Gruppe. Zu denken ist an Institutionen nach Art der Bundesbank, des Rechnungshofes, an die zwingende Einschaltung von unabhängigen Kommissionen (zum Beispiel Stellungnahme der Monopolkommission vor jeder Ministerebene eines untersagten Unternehmenszusammenschlusses), an eine Weisungsfreiheit oberer Bundesbehörden, wie dies für die Einzelfallentscheidungen des Bundeskartellamtes zutrifft. Agency-Lösungen etwa nach Art der FCC in den Vereinigten Staaten oder des Office of Telecommunications in Groß-

41 Überblick bei *H. Hauser/P. Moser/R. Planta/R. Schmid*, Der Beitrag von Jan Tumlir zur Entwicklung einer ökonomischen Verfassungstheorie, *ORDO* 39 (1988), S. 219 - 237.

britannien kommen in Betracht. Dies wäre innerhalb der sogenannten Postreform I von 1989 eine vorzugswürdige Option gewesen. So realisierte diese außerhalb dessen, was das europäische Gemeinschaftsrecht ohnehin an Liberalisierung erzwang, nur das, was sich die Deutsche Bundespost schon immer gewünscht hatte. Im Kontext der Stabilisierungsfaktoren ist auch die Treuhandanstalt zu nennen, auf EG-Ebene die unabhängige EG-Kommission. Beratungsgremien nach Art des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung können Autorität aufbauen, welche politisch nur schwer überwindbar sein mag. Manchmal sind Reformen leichter durchsetzbar, weil sie keine legislativen, sondern nur administrative Mittel erfordern. Ein Beispiel sind die Eigenkapitalgrundsätze für Banken. Die Empfehlungen des sogenannten Basle-Committee konnten so relativ geräuschlos umgesetzt werden. Hier wäre noch Raum für institutionelle Phantasie.

dd) Einfache Gesetze

Zur Gruppe der einfachen Gesetze seien drei Facetten angesprochen.

- Reformen sind denkbar unterhalb der „Wahrnehmungsschwelle“, das heißt so, daß eine breite Öffentlichkeit nicht bemerkt, was geschieht. Dies kommt in Deutschland gar nicht so selten vor. Ein fast schon groteskes Beispiel ist die Neufassung des Art. 21 im Staatsvertrag der Länder über den Rundfunk im vereinten Deutschland aus dem Jahre 1991. Er brachte auf der Ebene der Landesmedienanstalten eine verquere Investitions- und Fusionskontrolle für den privaten Rundfunk. Die Öffentlichkeit wurde dessen erst sehr viel

später gewährt. Anlaß waren die Querelen um eine Lizenzverlängerung für den Sender SAT 1 in Nordrhein-Westfalen. Doch ist ein Reforminstrument dieser Art wenig demokratisch und es sollte in einer offenen Gesellschaft jedenfalls auf Dauer nicht eben realistisch sein.

- Blockaden, die eine Folge des Einflusses von Interessengruppen sind, legen als Gegenstrategie nahe, Reformmaßnahmen so umfassend anzulegen, daß die damit verbundenen Verteilungswirkungen sich über die verschiedenen Einflußgruppen hinweg tendenziell ausgleichen und auf diese Weise neutralisieren. Die praktischen Erfahrungen mit solcher Strategie sind in diesem Lande nicht positiv. Es sei nur an die ebenso langandauernden wie vergeblichen Bemühungen erinnert, die öffentlichen Subventionshaushalte nachhaltig zu reduzieren. Dafür gibt es einen objektiven Grund: Das politische Kalkül bei solcher Strategie der Lastenneutralisierung zielt nicht so sehr auf die Ebene des principal, der Bevölkerung in ihren unterschiedlichen Interessengruppierungen, sondern in erster Linie auf die Ebene des agent, der politischen Parteien. Hier funktioniert solche Strategie nicht, wenn eine free rider-Sachlage besteht, etwa eine Partei vom Zuschnitt der Republikaner von solchen Maßnahmen zu profitieren droht.
- Vertrauen auf die Durchsetzungskraft der Vernunft, genauer, dessen, was man dafür hält, bildet eine weitere Facette. Doch setzt dies einschlägige Aufklärungs Bemühungen voraus. Hier scheint in Deutschland manches unterentwickelt zu sein. Es beginnt mit dem Defizit, daß ein Denken in wirtschaftlichen Zusammenhängen nicht Bestandteil traditioneller Allgemeinbildung

zu sein pflegt, setzt sich fort in einer nicht gerade eindrucksvollen Berichterstattung vieler Medien in Wirtschaftsfragen und reicht hin bis zu politischen Entscheidungsträgern, die sich allzu häufig als bloßes Echo von Publikumsgruppen verstehen denn als eigene kraftvolle Stimme innerhalb des politischen Konzerts. All dies macht es gelegentlich möglich, Reformen unter bewußtem Einsatz von Irrationalität durchzusetzen: Als innerhalb des Steuerreformpakets der Jahre 1985 - 1990 der Spitzensatz der Einkommensteuer von 56 auf 50% gesenkt werden sollte und dieses Vorhaben sofort dem üblichen Neideinwand begegnete, beschränkte man sich bekanntlich auf eine Senkung um 3 Prozentpunkte, allerdings bei Vorverlegung des Beginns der oberen Proportionalzone. Die Folge war, daß jetzt tatsächlich nur noch die Spitzenverdiener von dieser Änderung profitierten. Bei der ursprünglichen Option wäre der gesamte linear-progressive Einkommensteuerast etwas nach unten gekommen, so daß jeder Lohn- bzw. Einkommensteuerzahler partizipiert hätte. Die Öffentlichkeit war's gleichwohl zufrieden. Daß diese kontraproduktive Antwort auf das Neidargument von zwei mit allen Wassern gewaschenen Sozialpolitikern propagiert worden war, ist eine Pointe, die fast schon ermüdend wirkt.

Wie auch immer man Irrationalität als Reformerleichterung bewerten mag, Versuche, einen Beitrag zur Aufklärung zu leisten, bleiben mühsam und haben vielfach nur auf lange Frist Aussicht auf Erfolg.

ee) Pathologisches Lernen

Die größten Umsetzungschancen für Reformen dürften aus dem erwachsen, was man pathologisches Lernen

nennt: Ein Krisendruck wird so stark, daß Änderungen schlichtweg erzwungen werden. Die über Jahrzehnte hin verschleppte Reform der Bundesbahn gehört ebenso hierher wie die 1996 und damit viel zu spät erfolgende Teilprivatisierung der Deutschen Bundespost Telekom. Bei leeren Kassen des Bundes wird der Weg der Eigenfinanzierung von außen unausweichlich. Auf EG-Ebene setzte sich ein Herkunftslandprinzip erst dann durch, als die Versuche zu ambitionierter Rechtsvereinheitlichung in den achtziger Jahren gescheitert waren. Eine Reform der europäischen Agrarpolitik wird bestenfalls unter dem Druck ihrer Unbezahlbarkeit erreichbar sein. Die unterlassene Reform der gesetzlichen Rentenversicherung wird sich im bestehenden System Bahn brechen: Der Charakter der Rente als Lohnersatz wird dahinschwinden. Sie wird angesichts der sich abzeichnenden demographischen Entwicklung nur noch ein Existenzminimum sichern können. Für alles, was darüber hinausgeht, muß private Vorsorge eintreten. Die politische Klasse von heute dürfte sich dessen wohl bewußt sein, sie spricht es nur nicht aus. Auch die mittlerweile deutliche Überforderung des Bundeshaushaltes wird Einsparungen erzwingen, die in der Vergangenheit als Tabu galten. Man muß sich dabei nur über eines im Klaren sein: Pathologisches Lernen ist häufig ein realistischer Reformweg. Er ist aber auch mit Abstand der teuerste.

2. Konkrete Vorschläge

Die im folgenden darzustellenden konkreten Vorschläge konzentrieren sich auf zwei Bereiche, nämlich auf eine zu forcierende Privatisierungspolitik der verschiedenen öffentlichen Hände einerseits und auf ein neu zu schaffendes

Bundesgesetz zur Begrenzung von Subventionen (Subventionsbegrenzungsgesetz) andererseits.

a) *Zur Privatisierung*

Über die Notwendigkeit einer solchen wurde bereits oben das Gebotene gesagt.⁴² Das reformatorische Schwergewicht liegt dabei nicht mehr bei den Unternehmensbeteiligungen des Bundes. Es befindet sich auf der Ebene der Länder und der Kommunen. Vier legislative Maßnahmen bieten sich an:

- In das Bundesgesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätze-gesetz-HGrG) wird eine Bestimmung aufgenommen, wonach eine wirtschaftliche Tätigkeit einer öffentlichen Gebietskörperschaft nur in engen Grenzen zulässig ist. Die Länder sollen verpflichtet werden, diese Grundsätze in ihre jeweiligen Gemeindeordnungen aufzunehmen, damit auch die Ebene der Kommunen erfaßt wird. In der Formulierung kann man sich an Vorschriften anlehnen, die in einzelnen Haushaltsordnungen bereits vorhanden sind (z.B. § 65 Bundeshaushaltsordnung). Allerdings müßten die danach geforderten Voraussetzungen gegenüber dem geltenden Recht, welches im Sinne einer wirklichen Begrenzung kaum effektiv geworden ist, verschärft werden. So sollte nicht nur ein wichtiges öffentliches Interesse gefordert sein, sondern ein zwingendes. Die weitere Voraussetzung, daß der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreicht werden kann, mag beibehalten werden.

42 Vgl. oben II.2.a.

Man sollte sie nur durch den Zusatz ergänzen, „*insbesondere nicht durch eine Wirtschaftstätigkeit Privater*.“

- Entscheidend ist, daß eine solche Begrenzung als *Schutzgesetz für davon betroffene private Wirtschaftsunternehmen* ausgestaltet ist. Es geht nicht mehr in erster Linie darum, die Träger von Hoheitsgewalt vor finanziellen Abenteuern zu bewahren. Die Zielrichtung sollte eine ordnungspolitische sein, wonach der Staat im Sinne der oben nachgezeichneten Strukturprinzipien einer marktwirtschaftlichen Ordnung nur strikt subsidiär wirtschaftlich tätig werden darf. Die im vorangegangenen Spiegelstrich formulierte Ergänzung „*insbesondere nicht durch eine Wirtschaftstätigkeit Privater*“ drückt diesen Gedanken aus. In der Begründung zu einem entsprechenden Änderungsgesetz des Haushaltsgrundsätzegesetzes mag dieser Gedanke so verdeutlicht werden, daß er im Wege einer evidenten historischen Interpretation die Gerichte effektiv bindet und von diesen – in welcher Auslegungstechnik auch immer – nicht ausgehebelt werden kann.

- Ebenso sollten die Gebietskörperschaften in einem solchen Gesetz zu einer turnusmäßigen Vorlage sog. *Privatisierungsrechnungen* veranlaßt werden.⁴³ Dies kann in standardisierter Form, die im einzelnen vorgeschrieben wird, erfolgen. Auf diese Weise würde vielfach überhaupt erst eine realistische Diskussion über die zur Verfügung stehenden Handlungsoptionen ermöglicht. Dies gilt für die zuständigen Parlamente, einschließlich der Gemeindeebene, ebenso wie für das interessierte allgemeine Publikum.

43 Vgl. *Kronberger Kreis*, Privatisierung (Fn. 9), Tz. 36.

- Die Entscheidung einer Gebietskörperschaft, namentlich von Gemeinden, eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit selbst aufzunehmen oder dafür eigene Unternehmen vorzuhalten, wird in hohem Maße von steuerlichen Rahmenbedingungen beeinflusst.⁴⁴ Gegenwärtig sind diese zugunsten der öffentlichen Tätigkeit und zu Lasten potentiell konkurrierender Privatanbieter nachhaltig verzerrt. Eine gemeindeeigene Müllabfuhr zahlt z.B. keine Steuern, während eine private GmbH Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer, Gewerbesteuer und Vermögensteuer aufbringen muß. Wird die öffentliche Wirtschaftstätigkeit in Unternehmen eigener Rechtsform ausgegliedert, so geschieht dies meist in der Weise, daß gewinnbringende und verlustbringende Betriebe gekoppelt werden. Dies führt zu verdeckten internen Quersubventionen. Diese wirken nicht nur allokatonsverzerrend, sie führen regelmäßig auch dazu, daß weiterhin keine Steuern anfallen. Hier ist eine *steuerliche Gleichstellung* einerseits und eine *Unterbindung solcher verdeckter Quersubventionierung* andererseits angezeigt.

Die Schwierigkeit bei der praktischen Umsetzung solcher Vorschläge liegt darin, daß es sich dabei um sog. zustimmungspflichtige Gesetze handelt. D.h., ohne eine zustimmende Mehrheit auf der Ebene des Bundesrates kann eine solche Gesetzesänderung nicht wirksam werden. Angesichts der in diesem Lande vorherrschenden politischen Kultur, besser Unkultur, bedeutet dies, der nackte Einzelegoismus wird zum alleinigen Kriterium für eine Zustimmung oder Ablehnung. Parteipolitische Motivationen treten in der Praxis des Bundesrates – außerhalb ideologean-

44 Näher *Kronberger Kreis*, Privatisierung (Fn. 9), Tz. 34 ff.

fälliger Felder wie z.B. die Reform des § 218 StGB – demgegenüber in die zweite Reihe. Insgesamt ist der Mangel an Gemeinsinn erschreckend, auch und gerade auf der Ebene politischer Entscheidungsträger. Gegenüber der Bevölkerung setzen diese obendrein ein ungutes Signal von der Art: „Jeder denkt an sich, selbst zuletzt.“

Ein Ausweg könnte in zwei Richtungen gesucht werden: Zum einen ist der Druck aus der öffentlichen Diskussion in Richtung forcierter Privatisierung zu verstärken. Nicht nur die ordnungspolitischen Gralshüter dieser Republik, vom Sachverständigenrat, dem Wissenschaftlichen Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, der Monopolkommission über den Kronberger Kreis bis hin zum Bund der Steuerzahler reichend, ziehen in dieser Frage an einem Strang. Auch die breite Öffentlichkeit hegt deutliche Sympathie gegenüber solchen Vorschlägen. Die Anregung der Monopolkommission, den öffentlichen Geschäftsbankensektor zu privatisieren, ist in Meinungsumfragen von rund 83% der Befragten unterstützt worden.⁴⁵

Zum anderen ist auf der Ebene der Gesetzgebungsvorschläge daran zu denken, solche Reformanliegen zu Entscheidungsbündeln zusammenzuschnüren. Bei analogen Vorgängen innerhalb der Gesellschaft wäre dann zwar von Erpressung zu sprechen. Für eine pluralistische Gesellschaft, die überdies des Gemeinsinns in diesem Maße entbehrt, gibt es schwerlich eine bessere Alternative.

45 Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung - Blick durch die Wirtschaft Nr. 160 vom 20. August 1992, S. 1 („Viele Bürger wollen offenbar lieber private Sparkassen. Emnid-Umfrage zur Forderung der Monopolkommission nach Privatisierung“)

b) Subventionsbegrenzungsgesetz

Die Verabschiedung eines Subventionsbegrenzungsgesetzes, welches die öffentliche Hand auf allen ihren Ebenen bindet, ist der weitaus wichtigere Schritt, um einer Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat entgegenzutreten. Gewiß wäre es am sichersten, wenn es gelänge, solche Regelungen jedenfalls in einem Kernbereich mit Verfassungsrang auszustatten. Dann wäre der Staat sozusagen auf Dauer an die Kette gelegt. Angesichts der Schäden, die mit Subventionen insgesamt angerichtet werden, wäre eine mit solcher Regelung verbundene Inflexibilität auch innerhalb einer nicht vorhersehbaren Zukunft kein zu hoher Preis. Doch dürfte eine Absicherung mit Verfassungsrang gegenwärtig und auf absehbare Zeit illusionär sein.

Einfache Gesetze haben den Nachteil, daß sie nachträglich wieder mit einfachen Mehrheitsverhältnissen geändert werden können. Dem läßt sich in der Form entgegenwirken, daß einem einfachen Subventionsbegrenzungsgesetz in der öffentlichen Meinung ein besonderer Rückhalt verschafft wird. Dies war im Falle des Bundesbankgesetzes und der Deutschen Bundesbank gelungen. Nach eher unrichtiger, insbesondere nach der Änderung des Art. 88 Grundgesetz im Gefolge von Maastricht I dubioser, aber durchaus herrschender Auffassung ist die Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank nur einfachgesetzlich gewährleistet. Doch ist diese von einer positiv eingestellten Öffentlichkeit derart abgeschirmt, daß keine politische Kraft es wagt, an diesem Status auch nur zu rühren. Eine vergleichbare Entwicklung wäre für ein solches Subventionsbegrenzungsgesetz anzustreben. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich nicht, wie dies der Bund der Steuerzahler unlängst vorgeschlagen hat, solche Begrenzungen für eine

Subventionsgewährung in das Haushaltsgrundsätzegesetz einzuarbeiten.⁴⁶ Noch weniger sollte man solche Regelungen in das Stabilitäts- und Wachstumsgesetz aufnehmen. Im Kontext einer Fiskalpolitik, die mit dem gescheiterten und zunehmend obsolet gewordenen Anspruch konjunktureller Glättung antritt, wären auf *Begrenzung* von Subventionen zielende Normen durchaus verunglückt positioniert.

Will man mit Subventionsbegrenzungen primär einer Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat entgegentreten, ist es folgerichtig, den Subventionsbegriff horizontal in Anlehnung an Art. 92 EG-Vertrag zu definieren. Ein Diskriminierungselement, eine Spezifität im europarechtlichen Jargon, bleibt dann zentral. Maßnahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik, auch Transfers an Private, wenn sie sich nicht verschleiernd als mittelbare Subventionen erweisen, werden dann nicht erfaßt. Dies wäre anders, wenn eine weitergehende Zielrichtung verfolgt wird, etwa eine generelle Begrenzung von Ausgaben aus fiskalischen Gründen. So sympathisch ein solches Ziel erscheint, so sehr dürfte man sich um die Chance bringen, überhaupt einen Schritt in eine richtige Richtung zu tun. Ein Insistieren auf einer Maximallösung steht dem nur im Wege. Auch ergibt sich dann das Risiko einer uferlosen Reichweite des Subventionsbegriffes. Dies würde aller Wahrscheinlichkeit nach wieder ausbalanciert mit eher großzügigen Möglichkeiten der Rechtfertigung für solchen Mitteleinsatz. Dann wäre aber im Saldo insgesamt wenig erreicht.

Materiell ist ein grundsätzliches Verbot vorzusehen, von dem im Einzelfall abgewichen werden kann. Eine genaue-

46 AaO (Fn. 13)

re Konturierung solcher Erlaubnistatbestände, etwa infant industry-Überlegungen, könnte geeignet sein, Tore zu öffnen, durch welche alle Interessenten eher mühelos hindurchmarschieren. Vorzugswürdig erscheinen stärker unbestimmte Rechtsbegriffe mit einer verfahrensmäßigen Gewährleistung, daß sie teleologisch korrekt konkretisiert werden. So sollte ein zwingendes öffentliches Interesse an Subventionsgewährung erforderlich sein. Eine solche sollte immer auch nur als strikt subsidiär in Betracht kommen, wobei als Handlungsalternativen nicht nur an sonstige administrative, sondern auch an legislative Maßnahmen zu denken ist. Das materielle Problem ließe sich wesentlich entschärfen, wenn zwei weitere Voraussetzungen eingehalten sind: Solche Subventionen dürfen nur zeitlich begrenzt und aus der Logik, die Förderung absehbar auf einen Punkt Null zu bringen, auch nur degressiv gewährt werden.

Umfassende Transparenz sollte hergestellt werden. Dies beginnt damit, daß für solche Subventionen als Instrument ausschließlich offene Finanzhilfen in Betracht kommen, nicht aber verdeckte Steuerbegünstigungen. Letzteres mag für staatliche Maßnahmen außerhalb eines so umrissenen Subventionstatbestandes möglich bleiben (Transfers an Private, Maßnahmen allgemeiner Wirtschaftspolitik ohne Diskriminierungselement im Unternehmenssektor). Zur Transparenz sollten weiter Anhörungspflichten im Hinblick auf unmittelbar Betroffene gehören. Dann ist garantiert, daß deren Standpunkt eine Chance hat, sich innerhalb der Entscheidungsfindung zur Geltung zu bringen. Damit korrespondiert eine Pflicht zur Begründung für eine vom grundsätzlichen Verbot abweichende Subventionierung. Flankierend sollte eine regelmäßige Berichtspflicht

über Inhalt, Ausmaß und namentlich Erfolgskontrolle bei gewährten Subventionen hinzutreten.

Entscheidend sind die verfahrensmäßigen Mechanismen, welche in der Praxis eine Berücksichtigung solcher Begrenzungen erzwingen. Zwei Wege sollten kumulativ zur Anwendung kommen:

- Am wichtigsten wäre es, betroffenen Dritten die Möglichkeit zu einer Konkurrentenschutzklage einzuräumen. Dann ist ein vom politischen Ermessen unabhängiger Kontrollmechanismus vorhanden. Sollte er – eher ausnahmsweise – statt in eine Verhinderung der Subvention in Hinnahme derselben unter Schadenersatz münden, so wäre klarzustellen, daß die mit solchen Subventionsbegrenzungen verfolgten Zwecke drittschützenden Charakter aufweisen. Pauschalierung von Schadenersatz über die Beweiserleichterungen hinaus, welche im Rechtsgedanken des § 287 ZPO enthalten sind, mag eine zusätzliche Hilfe sein.
- Neben die Aktivierung der Privatinteressen Betroffener sollte als ein weiterer Mechanismus die Einschaltung eines unabhängigen Sachverständigengremiums treten. Man mag es Subventionskontrollrat nennen. Im Sinne der oben formulierten Systematik wäre dies ein Stabilisierungsfaktor. Er sollte über Anhörungs-, Äußerungs- und Berichtsrechte verfügen. Die Notwendigkeit seiner Zustimmung bzw. umgekehrt formuliert die Möglichkeit eines Vetos seinerseits gegen die Gewährung von Subventionen sollte man nicht in Betracht ziehen. Das Demokratieprinzip, die Ermächtigung der Gesetzgebungsorgane zu selbstverantwortlicher Entscheidung, wäre dann übermäßig strapaziert. Ein Stabilisierungs-

faktor solcher Art ist akzeptabel, wenn ihm sozusagen eindimensional die ausschließliche oder doch ganz primäre Berücksichtigung eines bestimmten Zieles überantwortet ist. Das ist z.B. bei der Deutschen Bundesbank unter dem Aspekt der Währungssicherung der Fall. Bei der Entscheidung von Zielkonflikten, wie sie bei Subventionen auftreten können, ist eine auf das Parlament und damit letztlich den Souverän zurückgehende Legitimation vorzugswürdig. Dies ist kein Widerspruch zur Tatsache, daß die Kontrolle einer einmal getroffenen Entscheidung durch die Gerichte unberührt bleibt.

c) *Ein neuer Art. 94a EG-Vertrag*

Man kann in diesem Zusammenhang auch auf die Kategorie der parakonstitutionellen Lösung zurückgreifen. Wenn man die Chancen zur Durchsetzung eines solchen Subventionsbegrenzungsgesetzes, zur bewußten Selbstbindung der politischen Entscheidungsträger, ohnehin für gering hält, mag man an einen Umweg über Brüssel denken: Maastricht II böte Gelegenheit, den EG-Vertrag in der Weise zu ergänzen, daß in einem neu zu schaffenden Art. 94 a EG-Vertrag den Mitgliedstaaten aufgegeben wird, für ihre interne Wirtschaftssubventionierung einen Regelungsrahmen zu schaffen, der sich inhaltlich an Art. 92, 93 EG-Vertrag anlehnt. Das Risiko eines Scheiterns bei einer Ratifizierung von Maastricht II durch die nationalen Verfassungsorgane mit Rücksicht auf einen solchen Reformpunkt erscheint eher gering. Ein solcher Vorschlag klingt nicht sehr demokratisch, er könnte aber wirksam sein.

VI. Zusammenfassung

In der Sozialen Marktwirtschaft gebühren privater Initiative und privatem Eigentum grundsätzlich Vorrang vor staatlicher Zuständigkeit und staatlichem Eigentum. Der tatsächliche Befund in unserem Land ist gegenwärtig ein völlig anderer. Nahezu jede zweite erwirtschaftete Mark wird dem einzelnen aus der Tasche gezogen und läuft über öffentliche oder parafiskalische Kassen. Insgesamt ist es erstaunlich, in welchem Ausmaß die Bundesrepublik Deutschland, in Sonntagsreden gerne als ein profiliert marktwirtschaftliches Land gepriesen, sich in der Praxis von den Strukturprinzipien eines solchen Ordnungskonzepts entfernt hat.

Besondere Gefahren drohen der Marktwirtschaft durch die unmittelbare oder mittelbare staatliche Wirtschaftstätigkeit auf an sich grundsätzlich offenen Märkten. Werden staatliche Unternehmen auf solchen Märkten durch eine Mischung von Subvention und Protektion geschützt, wozu auch Grauzonenmaßnahmen wie privilegierte Geschäftsbeziehungen mit öffentlichen Auftraggebern gehören, kommt es unausweichlich zu Verfälschungen des Wettbewerbs.

Mit der ausgedehnten Subventionspolitik des Staates wird der Wettbewerb noch weitaus stärker ausgehöhlt. Den Grundsatz der Marktwirtschaft, wonach ein jeder nach seiner Marktleistung entlohnt wird, setzt die Subventionspraxis außer Kraft. Das gilt um so mehr, als der Staat mit Subventionen und Beihilfen nicht nur indirekt, sondern zunehmend direkt in den Wettbewerb zwischen einzelnen Unternehmen eingreift. Denjenigen Unternehmen, die wirtschaftlich gesund sind oder welche die Anpassungs-

krise aus eigener Kraft bewältigt haben, aber für sich nicht das Subventionsinteresse der öffentlichen Hand erregen können, wird auf diese Weise das Überleben künstlich erschwert. Die unumgängliche Marktbereinigung vollzieht sich nicht nach Leistungsfähigkeit im Wettbewerb. Ausschlaggebend ist vielmehr die Fähigkeit, öffentliche Geldquellen anzuzapfen. Da sich das wettbewerbliche Umfeld Deutschlands dramatisch verändert hat, können solche ordnungspolitischen Defizite nicht mehr mit Gleichmut hingenommen werden.

Der rechtliche Befund

Gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch eigene Wirtschaftstätigkeit des Staates oder durch Subventionen bestehen derzeit keine effektiv greifenden Begrenzungen durch *inländisches Recht*. So gibt es für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand Grenzen von Verfassungen wegen nur in Spurenelementen. Auch aus der Anwendung der Wettbewerbsgesetze, des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ergeben sich Begrenzungen nur im geringen Ausmaß. Mit diesen Rechtsgrundlagen läßt sich grundsätzlich nur das „Wie“ öffentlicher Wirtschaftstätigkeit kontrollieren, nicht das „Ob“. Auch bei der Subventionskontrolle sieht es nach deutschem Recht nicht besser aus.

Im *europäischen Gemeinschaftsrecht* bestehen dagegen sehr viel engere Grenzen sowohl für die Wirtschaftstätigkeit des Staates als auch für die Beihilfepolitik der Mitgliedstaaten. Nicht zu Unrecht spricht man davon, daß die Gemeinschaft über die am stärksten marktwirtschaftlich geprägte Verfassung der Welt verfügt. Vorbehalte ergeben

sich freilich daraus, daß ein Eingreifen des Gemeinschaftsrechts in der Regel einen Bezug auf den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr voraussetzt.

Bei der Subventionskontrolle liegt der bedeutsamste Unterschied zum nationalen Recht darin, daß das Gemeinschaftsrecht eine Aufsicht über die von den Mitgliedstaaten gewährten Subventionen kennt, und zwar auf der Grundlage eines allgemeinen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt (Art. 92 und 93 EG-Vertrag). Verstoßen Mitgliedstaaten gegen ihre hier bestehenden Pflichten, so kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Auch Klagerechte Dritter vor nationalen Gerichten kommen in Betracht. Ein Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenvorschriften macht den mitgliedstaatlichen Hoheitsakt in jedem Falle rechtswidrig. Dieses europäische Regelungswerk bleibt aber verbesserungsfähig. Zudem räumt der Europäische Gerichtshof der Kommission zwar nicht bei der Interpretation des Rechtsbegriffs „Beihilfe“, wohl aber bei der Frage, ob diese mit dem Gemeinsamen Markt insgesamt vereinbar sei, einen beträchtlichen Beurteilungsspielraum ein.

Subventionsbegrenzungsgesetz

Lösungen zur Begrenzung staatlicher Wirtschaftstätigkeit und der Subventionspraxis bestehen in einer zu forcierenden Privatisierungspolitik der verschiedenen öffentlichen Hände einerseits und in einem neu zu schaffenden Bundesgesetz zur Begrenzung von Subventionen (Subventionsbegrenzungsgesetz) andererseits.

Die Verabschiedung eines *Subventionsbegrenzungsgesetzes*, welches die öffentliche Hand auf all ihren Ebenen

bindet, wäre ein wichtiger Schritt, um der Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat entgegenzutreten. Dabei könnte der Begriff der Subvention in Anlehnung an Art. 92 EG-Vertrag definiert werden. Da es auf absehbare Zeit illusionär sein dürfte, ein solches Gesetz mit Verfassungsrang auszustatten, ist nur die Verabschiedung eines einfachen Gesetzes möglich. Um dabei dem Nachteil entgegenzuwirken, daß es nachträglich wieder mit einfacher Mehrheit geändert wird, muß dem Subventionsbegrenzungsgesetz in der öffentlichen Meinung ein besonderer Rückhalt verschafft werden. Dies ist im Falle der Deutschen Bundesbank und des Bundesbankgesetzes gelungen. Eine vergleichbare Entwicklung wäre für ein solches Subventionsbegrenzungsgesetz anzustreben. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich nicht, solche Begrenzungen für eine Subventionsgewährung, wie dies der Bund der Steuerzahler unlängst vorgeschlagen hat, in das Haushaltsgrundsätzegesetz einzuarbeiten.

Das Subventionsbegrenzungsgesetz sollte ein grundsätzliches Verbot vorsehen, von dem im Einzelfall abgewichen werden kann. Eine genauere Auflistung solcher Erlaubnistatbestände sollte vermieden werden. Dies könnte Tore öffnen, durch welche alle Interessenten eher mühelos hindurchmarschieren. Vorzugswürdig erscheinen stärker unbestimmte Rechtsbegriffe mit einer verfahrensmäßigen Gewährleistung, daß sie teleologisch korrekt konkretisiert werden. So sollte ein zwingendes öffentliches Interesse an Subventionsgewährung erforderlich sein. Zudem sollte umfassende Transparenz hergestellt werden. Als Instrument sollten ausschließlich offene Finanzhilfen in Betracht kommen, nicht verdeckte Steuerbegünstigungen. Zur Transparenz sollten weiter Anhörungspflichten im Hinblick auf unmittelbar Betroffene gehören. Dann ist

garantiert, daß deren Standpunkt eine Chance hat, sich innerhalb der Entscheidungsfindung zur Geltung zu bringen.

Entscheidend sind aber die verfahrensmäßigen Mechanismen, welche in der Praxis eine Berücksichtigung solcher Begrenzungen erzwingen. Drei Wege sollten kumulativ zur Anwendung kommen:

- Am wichtigsten wäre es, betroffenen Dritten die Möglichkeit zu einer Konkurrentenschutzklage einzuräumen. Dann ist ein vom politischen Ermessen unabhängiger Kontrollmechanismus vorhanden.
- Neben die Aktivierung der Privatinteressen Betroffener sollte als ein weiterer Mechanismus die Einschaltung eines unabhängigen Sachverständigengremiums treten. Man könnte es Subventionskontrollrat nennen. Der Rat sollte über Anhörungs-, Äußerungs- und Berichtsrechte verfügen. Die Notwendigkeit seiner Zustimmung bzw. die Möglichkeit eines Vetos gegen die Gewährung von Subventionen sollte nicht in Betracht gezogen werden. Das Demokratieprinzip, die Ermächtigung der Gesetzgebungsorgane zu selbstverantwortlicher Entscheidung, wäre dann übermäßig strapaziert.
- In den Maastricht II-Verhandlungen von 1996 sollte ein Art. 94a in den EG-Vertrag eingeführt werden, wonach den Mitgliedstaaten aufgegeben wird, für ihre internen Wirtschaftssubventionen eine Kontrolle nach dem Muster der Art. 92ff. EG-Vertrag zu verwirklichen.