

§ 6 „Der Staat hat nichts zu verschenken“

Rechtliche Substanz in einem Gemeinplatz

Josef Isensee

I.	Das Rechtssprichwort und seine Quellen	118
II.	Das staatsrechtliche Verbot der Schenkung.....	121
	1. Die private Freiheit des Schenkens und der Ausschluss des Staates.....	121
	2. Veräußerungsverbote und Vermögensprivatisierung.....	125
	3. Vom bürgerlichrechtlichen Vertragstatbestand der Schenkung zum staatsrechtlichen Schenkungsverbot.....	130
	a. Inkompatibilität der bürgerlichrechtlichen Maßstäbe	130
	b. Die kritische Grenze zwischen legitimen und illegitimen Staatsleistungen	132
III.	Legitimation der Staatsausgaben	135
	1. Gegenleistung des Subventionsempfängers.....	135
	2. Subsidiarität, Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit	136
	3. Illegitime „Geschenke“.....	139
IV.	Bundesstaatliche Kompetenzverteilung.....	140
V.	Inkurs: Historische Folien.....	144
	1. Rückblick auf den Patrimonialstaat	144
	2. Scheidung von Staatsvermögen und Privatvermögen des Herrschers	145
VI.	Legitime Staatsgeschenke.....	146
	1. Staatsgeschenke für Staatsgäste.....	146
	2. Staatsgeschenke für Bürger.....	148

Wer nach Heidelberg fährt, um über ein Thema der Finanzverfassung zu referieren, trägt Eulen nach Athen. Hier fand der Vogel der Minerva seinen finanzverfassungsrechtlichen Nistplatz. Hier wurden der herkömmlich finanzblinden deutschen Staatsrechtslehre die Augen geöffnet. Daran wirkte Reinhard Mußgnug überaus heilsam mit durch, seine bei Hans Schneider erstandene Habilitationsschrift über die Normqualität des Haushaltsplans, durch die Ernst Forsthoff gewidmete Studie über die zweckgebundene öffent-

liche Abgabe, mit der die Dogmatik der Sonderabgabe wie der nichtsteuerlichen Abgaben überhaupt einsetzt, die staatsvermögensrechtlichen Studien zu den Fragen, wem die Nofretete gehört, wem die Beute des Türkenlouis, wem das badische Krönungsornat.

Um nicht Eulen nach Athen zu tragen, bringe ich einen Spatzen mit: einen juristischen Gemeinplatz, in dem sich keine tiefere Weisheit versteckt.

I. Das Rechtssprichwort und seine Quellen

„Der Staat hat nichts zu verschenken“ – eines der ungezählten Rechtssprichwörter, in denen ein Sinnzusammenhang aufblitzt, der hinter verschiedenen rechtlichen Regelungen steht, vergleichbar den Sentenzen wie „error iuris nocet“, „casum sentit dominus“, „in praeteritum non vivitur“. Hier verdichten sich Rechtsgedanken zu lapidarer Kürze. In dieser Form ergeben sie noch keinen Rechtssatz. Vielmehr repräsentieren sie den Sinn eines möglichen oder eines geltenden Rechtssatzes. Es handelt sich nicht um eine lex, sondern um eine ratio legis, zumeist um eine ratio legum, den Sinn, der mehreren unterschiedlichen Rechtssätzen gemeinsam ist. Ein solcher hat seinen Ort nicht im positiven Gesetz, sondern im Diskurs der Rechtsinterpreten und Gesetzanwender.¹ Sie sind es, die sich auf solche Formeln verständigt haben.

¹ Dem Satz, daß der Staat nichts zu verschenken hat, wird rechtliche Bedeutung zugesprochen: *Dietrich Schindler*, Die Bundessubventionen als Rechtsproblem, 1951, S. 152; *Arnold Köttgen*, Subventionen als Mittel der Verwaltung, in: DVBl 1953, S. 485 (487); *Hans Peter Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 20, (33); ders., Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25 (1967), S. 257 (287 f.); ders., Subventionen, in: HStR IV, ¹1990 (²1999), § 92 Rn. 30; *Karl-Otto Henze*, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, 1958, S. 21 f.; *Christian-Friedrich Menger*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch 51 (1960), S. 149 (155); *Klaus Stern*, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, in: JZ 1960, S. 518 (521); *Ingo von Münch*, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, in: AöR 85 (1960), S. 270 (290 f.); *Dietrich Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 183 Fn. 40; *Martin Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 94 Anm. 481; *Karl Zeidler*, Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, in: Der Staat 1 (1962), S. 321 (335); *Ferdinand Möller*, Gemeindienliche Subventionsverwaltung, 1963, S. 144; *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, ¹1964, S. 332 f.; *Franz*

Den Ohren des juristischen Laien klingen die Topoi schroff und gnadenlos, zumal wenn es um den Zusammenhang von Recht und Geld geht: „Geld muß man haben“, sein finanzrechtliches Pendant: „Fiscus semper locuples“² (frei übersetzt: „Der Fiskus ist immer solvent“), „Fiscus non erubescit“³ (frei übersetzt: „Der Fiskus kennt keine Scham“), „Pecunia non olet“,⁴ „Iudex non calculat“⁵ „Ohne Schuß kein Ius“. Das gilt auch für den Topos, der die Hoffnung auf Staatsgeschenke abweist. Das liegt an der sprachlichen Form der Sentenz, die verkürzt, zuspitzt, resümiert, dem Aphorismus gleich, der den „letzten Ring einer langen Gedankenkette“ bildet.⁶

Sprüche dieses Genres sind nicht für das Publikum bestimmt, sondern für die mehr oder weniger geschlossene Gesellschaft der professionellen Rechtsinterpreten. Die Juristen verständigen sich über sie und ersparen sich längere Ableitungen. Der letzte Ring steht für die ganze Gedankenkette. Der Topos *bedarf* keiner Begründung. Er *ist* die Begründung. Sapi-
enti sat.

Sein Urheber braucht keine gelehrte Autorität wie Cicero oder Bartolus zu sein. Vielleicht geht er auf einen findigen Repetitor zurück. Der Ursprung des Schenkungsverbots liegt im Dunkeln. Der Gedanke klingt an in Albert Haenels Bemerkung, es sei „schlechterdings kein selbstverständliches

Eppe, Subventionen und staatliche Geschenke, 1966, S. 88 ff., 137 ff.; *Otto Schlichter*, Klageformen bei der verwaltungsgerichtlichen Durchsetzung von Subventionsansprüchen, in: DVBl 1966, S. 738 (739); *Karl Heinrich Friauf*, Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, in: DVBl 1966, S. 729 (731); *Wolfgang Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 380; *Hans F. Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25 (1967), S. 308 (336 f. mit Fn. 128); *Gerhard Gindely*, Das Verbot staatlicher Schenkungen an Private, Diss. München 1970, S. 36 ff. (weit. Nachw. Fn. 3); *Walter Leisner*, Darf der Staat gütig sein?, in: NJW 2001, S. 1329 (1331 f.); *Henning Tappe/Rainer Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, 2015, § 8 Rn. 721. – Aus der Judikatur: BGH, Urt. v. 30.1.1967, in: NJW 1967, S. 726 (728); BVerwGE 6, 282 (287); BVerwG, Urt. v. 19.12.1958, in: NJW 1959, S. 1098 (1099); VGH Kassel, Urt. v. 29.11.1962, in: DVBl 1963, S. 443 (446).

² *Bartolus*, Komm. zu Dig. 36, 3, 1 § 18. Weitere Quellen *Detlef Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, ⁷2007, S. 86 (F. 40).

³ *M. Tullius Cicero*, Epistulae ad familiares 5, 12 (13), 1. Vgl. Liebs (N 2), S. 86 (F. 38).

⁴ Kaiser Vespasianus zugeschrieben.

⁵ Dig. 9, 8, 1 S. 1. Dazu Liebs (N 2), S. 114 (F. 150).

⁶ *Marie von Ebner-Eschenbach*, Aphorismen, in: dies., Gesammelte Schriften, 1. Bd., ²1905, S. 3.

Recht des Staates, „Schenkungen zu machen“.⁷ Dietrich Schindler verwirft die verbreitete Meinung, die Subvention sei „lediglich eine Liberalität, gewissermaßen ein Geschenk“.⁸ Die Formel, daß der Staat nichts zu verschenken hat, erlangt nachhaltige Wirkung durch Arnold Köttgen und Hans Peter Ipsen. Sie führen die Zitatenspalte in der deutschen Staatsrechtslehre an, in die sich der Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht einreihen.⁹ Sie beanspruchen nicht, eine neue Doktrin zu inaugrieren. Ipsen setzt die Einsicht als gegeben voraus.¹⁰ Für Köttgen liegt sie „auf der Hand“.¹¹

Die Gegenposition repräsentiert ein Debattenbeitrag im Reichstag des Norddeutschen Bundes. Als dieser im Jahre 1868 über die Zulässigkeit eines Zuschusses zum Germanischen Museum in Nürnberg berät, erklärt der Abgeordnete Johannes Miquel, der spätere Finanzminister Preußens: „Um Schenkungen zu machen, dazu braucht man sich nicht in der Verfassung die Kompetenz vorzuschreiben; das ist ein wahres Menschenrecht und Recht jeden Staates.“¹² Die Antithese regt an, die These zu hinterfragen und dem heute wohletablierten Konsens auf den Grund zu gehen.

Der Topos wird in unterschiedlichen Bezügen verwendet: im Recht des Staatsvermögens, der Subventionen, des Staatshaushalts, im einfachen Recht wie im Verfassungsrecht. Das Schenkungsverbot zieht sich als roter Faden durch unterschiedliche Staatsaufgaben. Es geht aus von einem bestimmten Vorverständnis über Sinn und Grenze der Staatsgewalt. Das Vorverständnis ruft nach staats- und verfassungstheoretischer Reflexion. Mit ihr soll die *tour d’horizon* durch das Staatsrecht der Staatsausgaben beginnen.

⁷ *Albert Haenel*, Deutsches Staatsrecht, Bd. I, 1892, S. 380 Fn. 2 – gegen Miquel (unten N 12).

⁸ *Schindler* (N 1), S. 152.

⁹ Auswahlbibliographie s. o. N 1.

¹⁰ *Ipsen*, Subventionierung (N 1), S. 20.

¹¹ *Köttgen* (N 1), S. 487.

¹² Abg. Johannes Miquel in der 19. Sitzung des Reichstags des Norddeutschen Bundes am 9. Juni 1868, in: Stenographische Berichte, 1. Bd., 1868, S. 334.

II. Das staatsrechtliche Verbot der Schenkung

1. Die private Freiheit des Schenkens und der Ausschluss des Staates

Der Staat hat nicht teil an einer der höchsten und reinsten Formen der Freiheit, die der Private genießt: zu schenken und darin über seine Güter ohne Rechtszwang zu verfügen. Im Schenken erhebt sich der Private über die Welt des Eigennutzes, der rechtlichen Pflichten und der wirtschaftlichen Notwendigkeiten. Er bringt so seine Würde zur Geltung, wie ihn auf der anderen Seite der Empfänger mit der Annahme des Geschenks in seiner Würde anerkennt. Eben deshalb liegt in der Ablehnung eines Geschenks eine Kränkung des Schenkers. Der Sonnenwirt Christian Wolf, der traurige Held in Schillers Erzählung „Der Verbrecher aus verlorener Ehre“, der sich durch gesellschaftliches Verhängnis und eigene Schuld immer mehr in Kriminalität verstrickt und immer tiefer im Ansehen seiner Umwelt sinkt, erlebt seine bitterste, letzte Demütigung, als ein kleiner Junge, dem er, um ihm etwas Gutes zu tun, eine Geldmünze schenken möchte, diese ihm angewidert ins Gesicht wirft: nun fühlt er sich vollends aus der Gesellschaft verstoßen.¹³

Dem Staat als Organisation sind Empfindungen wesensfremd, die vielfach zum Schenken führen: Liebe, Freundschaft, Großherzigkeit, Artigkeit, Mitleid. In einem Roman Balzacs belehrt der Notar seinen Mandanten über die steuerrechtliche Lage: „... der Fiskus hat kein Herz, er kümmert sich nicht um Gefühle, er packt mit seinen Krallen jederzeit zu.“¹⁴ Dem Rechtsstaat, der nur nach verallgemeinerungsfähigen Maßstäben handelt, sind aber nicht allein die edlen, sondern auch die unedlen Triebkräfte des Schenkens verpönt: situative Eingebungen, Geberlaune, Großmannssucht, vollends Hintergedanken, welche die Spendabilität so manches listigen Agenten des Eigennutzes leiten, zumal die des geschäftstüchtigen Kundenfischers und Lockvogelhändlers: der den Empfänger zum moralischen

¹³ *Friedrich Schiller*, *Der Verbrecher aus verlorener Ehre* (ursprünglicher Titel: *Verbrecher aus Infamie*, 1787), in: ders., *Werke und Briefe*, Bd. 7 (hg. v. Otto Dann), 2002, S. 562 (569 f.).

¹⁴ *Honoré de Balzac*, *La Recherche de l'Absolu* (1834), dt., *Der Stein des Weisen*, in: ders., *Die menschliche Komödie*, Bd. XI, 1972, S. 591 (722). – Reflexionen zur Ambivalenz der „Staatsgüte“: *Walter Leisner*, *Der gütige Staat*, 2000, S. 196 ff.

Schuldner machen, zu Dankbarkeit verpflichten, in emotionale Abhängigkeit bringen möchte und so Eugen Roths Warnung bestätigt:

*„Ein Mensch, der was geschenkt kriegt, denke,
Nichts zahlt man teurer als Geschenke.“¹⁵*

Schenken ist oftmals eine Form der Werbung, der geschäftlichen, der erotischen, der allgemeinen Sympathiewerbung. Der Staat hat Werbung solcher Art nicht nötig. Bürger und Untertanen unterliegen von vornherein seiner Personal- und Gebietshoheit. Ihre Beziehungen sind rechtlich vorgeprägt. Freilich ist er als freiheitlich-demokratischer Ordner des Gemeinwesens auf das Rechtsvertrauen seiner Bürger angewiesen und deshalb bemüht, sich diese kostbare Ressource zu erhalten und einzuwerben. Für das Rechtsvertrauen wirbt die stetige und verlässliche, die redliche und kluge Anwendung des Rechts, nicht aber die Verteilung von Geschenken, die leicht dazu führen können, das Vertrauen in die Wirksamkeit und Integrität des Rechts zu unterminieren.

Die grundrechtliche Freiheit des Privaten umschließt das Recht, zu schenken.¹⁶ Die Freiheit wird jedoch praktisch relativiert durch die wirtschaftliche Notwendigkeit, für sein Auskommen auf dem Markt zu sorgen und in der Regel für jede Leistung eine Gegenleistung zu fordern, für die Ware den Preis, für die Arbeit den Lohn. Das Geschenk ist im privaten Rechtsverkehr die Besonderheit, die von einem moralischen Nimbus umgeben ist. Denn Uneigennützigkeit bedeutet für den Privaten ein Opfer, doch nicht für den Staat. Dieser ist grundsätzlich nicht auf Entgelt angewiesen, weil er sich einseitig-hoheitlich über Abgaben, zumal über die Steuer, die erforderlichen finanziellen Ressourcen verschaffen kann. Unentgeltlichkeit, für den Privaten die Ausnahme, ist für den Staat die Regel.

Private, die einander auf gleicher rechtlicher Ebene begegnen, gestalten ihre vertraglichen Beziehungen privatautonom, ihren jeweiligen Möglichkeiten, Bedürfnissen und Neigungen gemäß, und verständigen sich, ob sie ihre Leistungen entgeltlich oder unentgeltlich erbringen. Was in der Koordinationsbeziehung angemessen ist, lässt sich nicht auf die Subordinationsbeziehung zwischen Staat und Bürger übertragen. Hier gibt es keinen

¹⁵ Eugen Roth, *Mensch und Unmensch*, 41948, S. 99.

¹⁶ Grundrechtliche Fundierung in der Eigentumsgarantie: *Walter Leisner*, *Erbrecht*, in: *HStR VIII*, 32010, § 174 Rn. 6.

freien Leistungsaustausch, kein freies Geben und Nehmen. Hier waltet nicht Privatautonomie, sondern die öffentlichrechtliche Pflichtenordnung; nicht das individuelle Rechtsgeschäft, sondern das allgemeine und gleiche Gesetz; nicht die Idee der Tauschgerechtigkeit, sondern die der Verteilungsgerechtigkeit; nicht persönliche Nähe, sondern sachlicher Abstand. Geschenke unterlaufen die rechtsstaatlichen Gebote der Distanz und der Allgemeinheit. Sie schaffen Sonderbeziehungen, erzeugen illegitime Abhängigkeit, Vernetzung und Verfilzung.¹⁷

Dem Staat kommt die Freiheit des Schenkens auch deshalb nicht zu, weil er von jedweder Freiheit ausgeschlossen ist. Da er die Freiheit der Bürger zu gewährleisten hat, kann er selbst nicht frei sein. Sein Handeln muß den Freiheits- und Gleichheitsrechten standhalten und sich aus Gründen des Gemeinwohls rechtfertigen. Ihm bleiben Spielräume des gemeinwohlorientierten Ermessens. Doch für legitime Willkür, wie sie sich dem Privaten aufzutut, wenn er schenkt, ist kein Platz. Jede Leistung des Staates muß sich der Probe auf ihre Gemeindienlichkeit unterziehen. Dem Privaten steht es frei, auch im Schenken eigennützige Ziele zu verfolgen. Damit erweist sich der Ausschluß des staatlichen Schenkens als Aspekt des Verteilungsprinzips, das jeder rechtsstaatlichen Verfassung zugrunde liegt: daß die Freiheit des Einzelnen ursprunghaft und prinzipiell unbegrenzt, die Macht des Staates prinzipiell begrenzt und begründungsbedürftig ist.¹⁸ Das „wahre Menschenrecht“ und das „Recht jeden Staates“ fallen nicht zusammen. Als Herrschafts- und Leistungsorganisation ist der Staat Mittel zu vorgegebenen Zwecken, indes der Mensch als Person um seiner selbst willen existiert und sich darin seine Würde erweist. Die Staatsorganisation besteht um der Allgemeinheit willen: *res publica res populi*. Ihre Befugnisse sind ihr nur treuhänderisch im Dienst der Allgemeinheit anvertraut. Das demokratische Prinzip, daß alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht, wird ergänzt um das republikanische Prinzip, daß alle Staatsgewalt auf das Wohl des Volkes hin ausgerichtet ist und für das Wohl treuhänderisch ausgeübt wird.¹⁹

¹⁷ Grundsatzkritik an den Wohltaten eines „gütigen“ Staates: *Leisner* (N 14), S. 14 ff., 196 ff., 229 ff., 277 ff.

¹⁸ Begriff *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 126. Näher *Josef Isensee*, *Staat und Verfassung*, in: *HStR II*, 32004, § 15 Rn. 174 ff.

¹⁹ Näher mit Nachw. *Josef Isensee*, *Gemeinwohl und öffentliches Amt*, 2014, S. 64 ff. (66 f., 68 ff.).

Hier konvergieren die staatsrechtliche und die privatrechtliche Wertung. Der Treuhänder verfügt nicht frei über das Treugut. Das bürgerliche Recht verwehrt den Eltern wie dem Vormund, als Vertreter des Kindes auf dessen Kosten Geschenke zu machen.²⁰ Das gilt auch für das Treugut des Staates, die Finanzen. Alle Finanzgewalt ist dazu bestimmt, der Allgemeinheit zu dienen. Das Gebot gilt für die hoheitlichen wie die privatrechtlichen Emanationen der Finanzgewalt, für die Einnahmen, für die Ausgaben wie für die Verwaltung des Vermögens. Sie alle müssen die Probe der Gemeindienlichkeit bestehen. Daher ist die Selbstbedienung der Entscheidungsträger ausgeschlossen, ebenso die Bedienung von Günstlingen unter Individuen und Gruppen.

Der Gleichheitssatz leistet Widerstand gegen Schenkungen solcher Art. Er verbietet Willkür im Umgang mit öffentlichen Mitteln und verbannt damit eine Motivation, der das private Schenken entspringt. „Was der Staat hergibt, hat er vorher anderen weggenommen.“²¹ Das Geben wie das Nehmen bedarf der demokratischen Legitimation, die notwendig durch das Haushaltsgesetz vermittelt wird, aber in grundrechtssensiblen Bereichen, also in der Regel, darüber hinaus noch einer sachgesetzlichen Ermächtigung bedarf.²²

Die Finanzgewalt ist auch in ihrer fiskalischen Erscheinung an die Grundrechte gebunden, so daß der öffentlichen Hand substantielle Privatautonomie versagt bleibt.²³ Sie vermag ihre rechtsstaatlichen Bindungen nicht abzustreifen, wenn sie ihre Immobilien verwaltet und wenn sie sich auf den Markt begibt. Eine vorkonstitutionelle Theorie, daß dem Staat, sofern er in privatrechtlicher Form „wie ein Privatmann“ – als Fiskus – handle, auch die Freiheit des Privaten, die Privatautonomie, zukomme,²⁴ geisterte noch

²⁰ §§ 1641 S. 1, 1804 S. 1 BGB.

²¹ *Zeidler* (N 1), S. 335. Vgl. auch *Zeidler*, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in: *VVDStRL* 19 (1961), S. 208 (235).

²² Zum Meinungsstand *Fritz Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: *HStR* V, ³2007, § 101 Rn. 23 ff. (26 f.); *Jörn Axel Kämmerer*, Subventionen, ebd., § 124 Rn. 31 f. (Nachw.).

²³ *Karl Heinrich Friauf*, Staatsvermögen, in: *HStR* IV, ¹1990 (²1999), § 90 Rn. 46 ff.; *Josef Isensee*, Privatautonomie, in: *HStR* VII, ³2009, § 150 Rn. 105; ders., Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: *HStR* IX, ³2011, § 199 Rn. 40 ff.

²⁴ Rückschau auf die Fiskustheorie(n) *Bullinger* (N 1), S. 200 ff.; *Krüger*, Staatslehre (N 1), S. 323 ff.

längere Zeit im Schrifttum umher,²⁵ hat sich jedoch unter der verfassungsrechtlichen Einwirkung der Grundrechte und des demokratischen Prinzips nahezu verzogen.²⁶ Lapidar formuliert der Schweizerische Bundesrat in seiner Botschaft zur Finanzreform 1948: „Der Staat kann mit seinen Geldmitteln nicht wie ein Privatmann schalten und walten und darf sie nur für die satzungsmäßigen staatlichen Zwecke verwenden.“²⁷

2. Veräußerungsverbote und Vermögensprivatisierung

Das Argument, daß der Staat nichts zu verschenken hat, wird in Stellung gebracht wider die Vermögensprivatisierung.²⁸ Um der Sauberkeit des staatlichen Lebens willen fordert Herbert Krüger, die Unveräußerlichkeit des Staatsgutes verfassungsmäßig festzuschreiben.²⁹ Verfassungen des konstitutionellen Zeitalters hatten diese Forderung eingelöst, so die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg: „Das Kammer-Gut ist in seinem wesentlichen Bestande zu erhalten und kann daher ohne Einwilligung der Stände weder durch Veräußerung vermindert noch mit Schulden oder sonst mit einer bleibenden Last beschwert werden.“³⁰

In diesen Bahnen hält sich heute die Verfassung des Freistaates Bayern, wenn sie bestimmt: „Das Grundstockvermögen des Staates darf in seinem

²⁵ So bei *Hans Peters*, Die Stellung des Bundes in der Kulturverwaltung nach dem Bonner Grundgesetz, in: FG für Erich Kaufmann, 1950, S. 281 (292 f.); *Hans Schneider*, Werbung im Rundfunk, 1965, S. 22 ff.; *Ernst Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 14 ff.

²⁶ *Hans Hugo Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 94, (140); *Josef Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 11968 (22001), S. 204 ff.

²⁷ Botschaft zur Finanzreform 1948, S. 284, BBl 1948 I 592. Zitiert nach *Schindler* (N 1), S. 152.

²⁸ Vermögensprivatisierung als Gegenbegriff zur funktionalen Privatisierung: *Martin Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 10 f.; *Michael Ronellenfitsch*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: HStR IV, ³2006, § 98 Rn. 45.

²⁹ *Krüger* (N 1), S. 332. Köttgen folgert aus dem Schenkungsverbot, daß willkürliche Dispositionen über das Verwaltungs- und Finanzvermögen rechtlich unterbunden werden (N 1), S. 487.

³⁰ §§ 107 Abs. 1 VerfWürtt. Dazu *Robert von Mohl*, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Bd. I, ²1840, S. 637.

Wertbestand nur auf Grund eines Gesetzes verringert werden.³¹ Das Grundstockvermögen umfaßt alle Kategorien der öffentlichen Sachen, also Finanz- und Verwaltungsvermögen und Sachen im Gemeingebrauch, darunter „alles staatliche Vermögen, das nicht zum Aufbrauch durch die Verwaltung bestimmt ist“,³² also alles Vermögen, das nicht zum Kassenbestand, zu Rücklagen, zu den durch Gesetz oder Haushaltsplan zweckgebundenen Einnahmen gehört.³³ Die Veräußerung durch die Exekutive wird damit nicht verboten, wenn der Erlös dem Verkehrswert entspricht, den Wert des Grundstockvermögens also nicht verringert. Bleibt der Erlös darunter, so bedarf die Veräußerung der formellgesetzlichen Grundlage und der materiellen Rechtfertigung durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben.³⁴ Ein Veräußerungsgeschäft, das diese Voraussetzung nicht erfüllt, verstößt gegen ein gesetzliches Verbot und ist somit nichtig.³⁵ Das Veräußerungsverbot ist also nur relativer Natur. Dagegen bestand in der DDR ein absolutes Veräußerungsverbot. Der Befehl Nr. 64 der Sowjetischen Militäradministration Deutschland vom 17. April 1948 hatte das Volkseigentum für unantastbar erklärt und den Verkauf oder die Übergabe an Private verboten.³⁶

Dem Bundesrecht ist ein solches Tabu fremd. Wohl aber errichtet das Haushaltsrecht Hürden. Es gestattet die Veräußerung von Vermögensgegenständen des Bundes nur, wenn diese zur Erfüllung seiner Aufgaben in absehbarer Zeit nicht benötigt werden.³⁷ Aus dem grundsätzlichen Verbot des Schenkens ergibt sich kein generelles Verbot der Veräußerung. Nicht jedweder Vermögensgegenstand der öffentlichen Hand ist *res extra commercium*.³⁸ Diese Eigenschaft muß im Einzelfall nachgewiesen werden. Sie

³¹ Art. 81 S. 1 BayVerf. Als Ausdruck des Schenkungsverbot es gedeutet vom BGH, Urt. v. 30.1.1967, in: NJW 1967, S. 726 (728). Als Verbot der Verschleuderung des „Tafelsilbers“ von *Josef Franz Lindner*, in: ders./Markus Möstl/Heinrich Amadeus Wolff (Hg.), *Verfassung des Freistaates Bayern*, 2009, Art. 81 Rn. 1.

³² *Wilhelm Hoegner*, *Lehrbuch des Bayerischen Verfassungsrechts*, 1949, S. 121; vgl. auch BayVerfGH 7, 86 (93); *Lindner* (N 31), Art. 81 Rn. 5 ff.

³³ BGH (N 1), S. 726.

³⁴ BGH (N 1), S. 726 (Ls. 2), 728.

³⁵ § 134 BGB. Vgl. BGH (N 1), S. 727.

³⁶ Dazu Obergericht der DDR, Urt. v. 8.10.1957, in: NJ 1957, S. 776 ff., Urt. v. 15.4.1958, in: NJ 1958, S. 577 (578 f.).

³⁷ § 63 Abs. 2 S. 1 BHO. Grundsätzliche Zulässigkeit: *Ronellenfisch* (N 28), § 98 Rn. 45.

³⁸ *Josef Isensee*, *Staatsvermögen*, in: HStR VI, ³2007, § 122 Rn. 107 ff., 111.

ist von Anfang an gegeben für das militärische Gerät der Bundeswehr, das, wenn es in private Hände geriete, das Gewaltmonopol des Staates gefährden könnte. Aber sie umfaßt nicht ohne weiteres alle Kulturgüter in öffentlichen Museen, zumal solchen, die auf unbestimmte Zeit in ihren Depots schlummern. Der staatseigenen Spielbank Aachen, die Werke zeitgenössischer Kunst als Kapitalanlage angekauft hat, vielleicht auch in der Nebenabsicht, einen aufstrebenden Maler zu fördern, ist es grundsätzlich unbenommen, einzelne Werke, wie jüngst Bilder Andy Warhols, auf den Markt zu bringen, wenn die Konjunktur günstig ist und der Empörung der Feuilletons zu trotzen. Auf rechtlichen Widerstand stieße sie nur, wenn es sich um anerkanntes nationales Kulturgut handelte oder wenn gewichtige regionale, historische oder kulturelle Gründe für die Beibehaltung sprächen.³⁹ Es gibt aber keinen Grund, die vorhandenen Vermögenobjekte in öffentlicher Hand, auch nicht ihr heimliches Tafelsilber, um jeden Preis zu horten.

Der Umstand, daß ein öffentliches Unternehmen eine gemeinwohlwichtige Aufgabe erfüllt, wie Bahn, Post, kommunale Daseinsvorsorge, hindert noch nicht einmal die Aufgabenprivatisierung, soweit auch der Private aus eigener Kraft der Aufgabe genügen kann, er also nicht zum Subventionsfall auf Dauer wird, und dem Staat der Sicherstellungsauftrag verbleibt.⁴⁰

Laut Haushaltsrecht darf die Veräußerung von Gegenständen des Staatsvermögens nur zum vollen Wert der Sache erfolgen, es sei denn, daß der

³⁹ Zu den relativ schmalen Veräußerungsverboten *Gindely* (N 1), S. 25 ff. Zum Kulturgüterschutz allgemein *Reinhard Mußgnug*, Das Kunstwerk im internationalen Recht, in: Johann Tönjes Cassens et alii, Kunst und Recht, 1985, S. 15 ff.; ders., Schutz des kirchlichen Kulturerbes vor den Kirchen?, in: Kirchliches Buch- und Bibliothekswesen 4 (2003), S. 47 ff.; ders., Die Staatsangehörigkeit des Kulturgutes, in: FS für Georg Ress, 2005, S. 1531 ff.

⁴⁰ Zur Organisations-, Aufgaben- und funktionalen Privatisierung: *Martin Burgi*, Privatisierung, in: HStR IV, ³2006, § 75 Rn. 6 ff., 16 ff. Zur Sicherstellung: *Burgi*, aaO., § 75 Rn. 3, 26 ff., 30 ff.; *Hermann Butzer*, Sicherstellungsauftrag, in: HStR IV, ³2006, § 74 Rn. 19 ff., 38 ff.; *Bruno Kahl/Andreas Kerst*, Öffentliche Unternehmen, in: Werner Gätzer/Tilmann Schweisfurth (Hg.), Öffentliche Finanzwirtschaft in der Staatspraxis, 2015, S. 613 (626).

Die Verfügungskompetenz über das Staatsvermögen liegt grundsätzlich bei der Exekutive. Freilich bestehen Parlamentsvorbehalte für Grundstücke von erheblichem Wert und besonderer Bedeutung oder für entsprechende Anteile an Unternehmen (§ 64 Abs. 2 und § 65 Abs. 7 BHO). Dazu *Friauf* (N 23), § 90 Rn. 51 f.

Haushaltsplan, oder bei geringerem Wert oder bei dringendem Bundesinteresse das Bundesministerium der Finanzen, Ausnahmen zulassen.⁴¹ Regel und Ausnahmen spiegeln sich im Verfassungsrecht. Für das Bundesverfassungsgericht ist es eine „aus dem Dienst am Gemeinwohl folgende selbstverständliche Verpflichtung der Staatsorgane“, bei der Veräußerung öffentlichen Vermögens grundsätzlich einen angemessenen Preis zu erzielen, bei fiskalischen Veräußerungsgeschäften den Marktpreis.⁴² Der Gesetzgeber darf aber von diesem Grundsatz aus sozial- und wirtschaftspolitischen Gründen abweichen, soweit er den Kreis der Begünstigten sachgerecht abgrenzt, wie er es bei der VW-Privatisierung getan hat mit der Vergabe von verbilligten Volksaktien, die den Aktienbesitz breiter streuen, und von verbilligten Belegschaftsaktien, die die Verbundenheit der Arbeitnehmer mit dem Werk stärken sollten.⁴³ Die Veräußerung unter Marktpreis widerspricht nicht dem Schenkungsverbot, wenn es durch einen legitimen öffentlichen Zweck gerechtfertigt wird und die Prüfung am Gleichheitssatz besteht.

Der Bund ist nicht verpflichtet, den Veräußerungserlös zu Neuerwerbungen für das Grundstockvermögen zu verwenden, wie es die Bayerische Verfassung als Kompensation der Vermögenseinbuße vorsieht,⁴⁴ weil es gute Gründe geben kann, das Grundstockvermögen zu verringern. Immerhin gehört es seit dem 19. Jahrhundert zum Programm liberaler Ordnungspolitik, das Eigentum der toten Hand in das der lebenden Hand zu überführen, ein Programm, das aus der grundrechtlichen Sicht von heute darauf angelegt ist, das reale Substrat der Berufsfreiheit und der Eigentumsgarantie zu vergrößern. In der Ära des Frühkonstitutionalismus forderte Robert von Mohl die Überführung der funktionslos gewordenen Domänen in private Hand, weil der Staat teuer, häufig nachlässig und unzweckmäßig verwalte. Überwachungen könnten selbst im besten Falle nur positiven und groben Schaden abwenden, nie aber zu Vorteilen verhelfen, „welche nur Freiheit und Raschheit des Handelns zu erzeugen vermögen“. Die Gründe

⁴¹ § 63 Abs. 3, § 64 BHO. Analoge Regeln gelten für die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes (§ 63 Abs. 4 BHO).

⁴² BVerfGE 12, 354 (364).

⁴³ BVerfGE 12, 354 (364 ff.).

⁴⁴ Art. 81 S. 2 BayVerf. Dazu *Lindner* (N 31), Art. 81 Rn. 16 ff.

verstärkten sich noch bedeutend, wenn der Verkauf zur gleichen Zeit einem Mangel an freiem Grundeigentum abhelfe.⁴⁵

Gerade das letzte Argument gewinnt heute wieder Aktualität. Solange es den Markt nach Wohnraum und Geschäftsraum düstert, darf der Staat nicht den Leerstand seiner Gebäude auf unbestimmte Zeit hüten, wenn deren bisherige Nutzung für Verwaltungszwecke sich erledigt hat und keine Raumreserve für eine absehbare andere Nutzung notwendig ist.

Die ordnungspolitischen Gedanken Robert von Mohls werden heute verfassungsrechtlich durch die Institutsgarantie des Privateigentums sanktioniert.⁴⁶ Ihr widerspricht die fortdauernde Akkumulation des Grundeigentums in öffentlicher Hand, das dem Bund als Erben der DDR in den neuen Bundesländern zugefallen ist. Für die Masse an „Volkseigentum“ und sonstigem öffentlichen Eigentum war Privatisierung angezeigt.⁴⁷ Das Schenkungsverbot hindert die Bundesrepublik nicht, Immobilien und Unternehmen aus der DDR-Erbmasse unter Marktpreis an Investoren zu veräußern, wenn diese für Modernisierung und sachgerechte Nutzung eintreten, oder zu günstigen Bedingungen den früheren Eigentümern zurückzugeben, um, wenn auch ohne rechtlichen Zwang, altes Unrecht auszugleichen.

Das Saarland erfüllte eine grundrechtliche Verpflichtung, als es die dominierende Zeitung der Region, die Saarbrücker Zeitung, die durch wechselhafte politische Zeitläufte in Staatshand geraten war, privatisierte, weil die Pressefreiheit kein staatliches Pressemonopol verträgt. Das Land übertrug 26% der Geschäftsanteile an der nunmehrigen GmbH unentgeltlich den gemeinnützigen politischen Stiftungen der drei damals im Landtag vertretenen Parteien, ohne gegen das Schenkungsverbot zu verstoßen, weil diese bodenständigen Organisationen die Gewähr boten, die Eigen- und Sonderbelange des Saarlandes wie die allgemeinen politischen Bildungsinteressen

⁴⁵ *Robert von Mohl*, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Bd. II, ²1844, S. 44 f.

⁴⁶ *Isensee* (N 38), § 122 Rn. 73 ff., 79 ff.

⁴⁷ *Hans-Jürgen Papier*, Vergangenheitsbewältigung: Abwicklung, Ahndung, Entschädigung, in: HStR IX, ¹1997, § 213 Rn. 45; *Josef Isensee*, Rechtsstaat – Vorgabe und Aufgabe der Einung Deutschlands, ebd., § 202 Rn. 131.

gegenüber dem bundesweit operierenden Medienkonzern, der die Mehrheit der Anteile zum Marktpreis erwarb, zur Geltung zu bringen.⁴⁸

3. Vom bürgerlichrechtlichen Vertragstatbestand der Schenkung zum staatsrechtlichen Schenkungsverbot

a. Inkompatibilität der bürgerlichrechtlichen Maßstäbe

In den staatsrechtlichen Kontext paßt nicht die bürgerlichrechtliche Figur der Schenkung: als Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.⁴⁹

Schon der Vertragscharakter, der dieser Figur eignet, findet sich nur in Randzonen der Staatstätigkeit: in der Verwaltung des Finanzvermögens, in der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, im Beschaffungswesen, schließlich auch in der rechtsstaatlich heiklen Figur des subordinationsrechtlichen öffentlichrechtlichen Vertrages.

Nur in engen Grenzen und nur unter Vorbehalt anwendbar ist das bürgerlichrechtliche Merkmal der Unentgeltlichkeit, das Kriterium also, daß die Zuwendung weder in einem rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung noch zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt. Nicht übertragbar ist auch das schenkungsteuerrechtliche Merkmal der freigebigen Zuwendung.⁵⁰

Freilich erbringt auch der Staat sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Leistungen. Die Leistungsverwaltung fordert in vielen Bereichen, zumal denen der Daseinsvorsorge, Gebühren, Beiträge oder privatrechtliche Entgelte, die den Prinzipien der Kostendeckung und der Äquivalenz folgen. Doch darum sind die Befreiung vom Kindergartenbeitrag, die Fahrpreisermäßigung für den Studenten, die beitragslose Mitversicherung der Familienangehörigen in der gesetzlichen Krankenversicherung oder die

⁴⁸ SaarlVerfGH, Urt. v. 16.4.2013, auszugsweise in: NVwZ-RR 2012, S. 537 ff. Näher *Josef Isensee*, Corriger la fortune?, in: Festschrift für Rudolf Wendt, 2015, S. 165 (168 ff.).

⁴⁹ § 516 Abs. 1 BGB. Einen eigenständigen, verwaltungsrechtlichen Begriff der Schenkung bringt *Eppe* (N 1), S. 96 ff.

⁵⁰ § 7 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Dazu *Jens Peter Meincke*, ErbStG, 162012, § 7 Rn. 9.

hochsubventionierte Opernkarte keine Geschenke im Sinne des bürgerlichen Rechts.⁵¹ Denn die finanziellen Vorteile, die dem Einzelnen zufließen, werden gerechtfertigt durch sozialstaatliche wie kulturstaatliche Gründe.

Vollends liegen die kostenlosen Vorteile, die der Einzelne aus dem Gesamtzustand des staatlich geordneten Gemeinwesens zieht, so die öffentliche Sicherheit, die funktionstüchtige Rechtsordnung, die Verkehrswege, das Bildungswesen jenseits des bürgerlichrechtlichen Schenkungshorizonts. In all diesen Vorkehrungen erfüllt der Staat eine auf das Wohl der Allgemeinheit ausgerichtete, öffentliche Aufgabe, um deretwillen die Gegenleistung reduziert wird oder ganz entfällt, so daß von einer Schenkung im zivilrechtlichen Sinn nicht die Rede sein kann, auch nicht von einer gemischten Schenkung. Dabei spielt es keine Rolle, ob die öffentliche Verwaltung eine gesetzlich umschriebene Pflicht erfüllt oder nach pflichtgemäßem Ermessen handelt. Es kommt allein darauf an, ob die Rechtfertigung aus dem *bonum commune* gelingt und ob jedermann einen Vorteil nach allgemeinen rechtlichen Kriterien in Anspruch nehmen kann. In wesentlichen Handlungsbereichen ist die Unentgeltlichkeit Verfassungsgebot, insbesondere in der äußeren wie inneren Sicherheit, deren Gewährleistung den primären Zweck der Staatsgewalt ausmacht.

In der Regel finanziert der Staat seine gemeindlichen öffentlichen Aufgaben über die steuerliche Gemeinlast, die von jedermann nach dem Maß seiner Leistungsfähigkeit aufgebracht wird. Die Finanzverfassung stellt es in weiten Bereichen dem politischen Ermessen des Gesetzgebers anheim, ob er ein Entgelt verlangt oder nicht. Das Schenkungsverbot ist kein Pauschalargument wider den Nulltarif. Fordert der Fiskus aber ein Entgelt, so muß er sich für die gewählte nichtsteuerliche Belastung ihrer Form und ihrer Höhe nach eigens rechtfertigen. Hier betritt er das finanzverfassungsrechtliche Minenfeld der nichtsteuerlichen Abgaben.⁵² Dieses erweist sich als besonders gefährlich, wenn der Gesetzgeber soziale Wohltaten spendet, sie jedoch nicht aus der eigenen Kasse bezahlt, sondern die Finanzierung

⁵¹ Dagegen qualifiziert *Leisner* alle unentgeltlichen Leistungen als „Staatsgeschenke“, so die Sozialhilfe, die beamtenrechtliche Fürsorge und die schulische Erziehung (N 14, S. 157 ff., 166 f., 170 ff.).

⁵² *Josef Isensee*, Nichtsteuerliche Abgaben – ein weißer Fleck in der Finanzverfassung, in: Staatsfinanzierung im Wandel, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, neue Folge Bd. 134 (1983), S. 435 ff.; *Paul Kirchhof*, Nichtsteuerliche Abgaben, in: HStR V, 32007, § 119.

auf Dritte abwälzt und so einer Bevölkerungsgruppe die „Zwangspatenschaft“ für eine andere aufbürdet.⁵³ Bei derlei „Patengeschenken“ entfällt auch die entfernteste Analogiemöglichkeit zum zivilrechtlichen Urbild des Geschenks.

Die Rechtslage zeigt sich anders, wenn der Staat nicht unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt, sondern sich am wirtschaftlichen Wettbewerb beteiligt und sich dem Gesetz des Marktes unterwirft oder wenn er seinerseits im Auftrags- und Beschaffungswesen sowie in der Vermögensverwaltung den Wettbewerb organisiert. Hier geht er auf optimalen Markterfolg aus und „verschenkt“ nicht die Gewinnchancen, die der Markt bietet, soweit die besondere Rechtsgebundenheit und seine Gemeinwohlausrichtung es zulassen.⁵⁴

b. Die kritische Grenze zwischen legitimen und illegitimen Staatsleistungen

Da die Schenkung im zivilrechtlichen Sinn nicht in das System der Staatshandlungen paßt, kann sie auch nicht zulässig sein.⁵⁵ Was dem Privaten erlaubt ist, wird dem Staat verwehrt. Doch darum verwandelt sich der Vertragstatbestand des bürgerlichen Rechts nicht eins zu eins in einen kongruenten Verbotstatbestand des Staatsrechts. Dieser muß eigenständig definiert werden.

1. Die subjektiven Merkmale scheiden aus.⁵⁶ Eine Schenkungsabrede, wie sie dem BGB vorschwebt, ist irrelevant, ebenso das subjektive Merkmal der Schenkungsteuer bei der Schenkung unter Lebenden, daß jedenfalls der Geber die Unentgeltlichkeit kennen und sich vom Willen leiten lassen muß, den Empfänger zu bereichern.⁵⁷ Die Grenze staatlichen Handelns ist

⁵³ Reinhard Mußgnug, Die zweckgebundene öffentliche Abgabe, in: FS für Ernst Forsthoff, 1972, S. 259 (292).

⁵⁴ Ronellenfitsch (N 28), § 98 Rn. 33 ff., 46 ff. Zu den sozialstaatlichen und konjunkturpolitischen Bindungen des Staates, wenn er am privaten Vermögensverkehr teilnimmt, Friauf (N 23), § 90 Rn. 46 ff.

⁵⁵ Dagegen hält Möller in der Subventionsverwaltung das privat- oder öffentlichrechtliche Konstrukt eines atypischen Schenkungsvertrages unter Bedingungen und Auflagen für zulässig (N 1), S. 142 ff.

⁵⁶ Zutreffend Epe (N 1), S. 99 ff.; Gindely (N 1), S. 42 f.

⁵⁷ Dazu Meincke (N 50), § 7 Rn. 11.

ausschließlich *objektivrechtlich* zu bestimmen. Dabei kommt es allein auf die Position des staatlichen Gebers an, nicht auf die des privaten Empfängers.

2. Das Schenkungsverbot ist *materiellrechtlicher Natur*. Es läßt sich nicht auf das bloß formelle Kriterium einer haushaltsrechtlichen oder einer darüber hinaus erforderlichen sachgesetzlichen Grundlage zurückführen.⁵⁸ Freilich bedeuten Ausgaben, die nicht durch Gesetz und Recht gedeckt sind, vergeudetes öffentliches Geld.⁵⁹

3. Für den Finanz- und Steuerstaat verläuft die kritische Grenze zwischen legitimen und illegitimen Leistungen, zwischen der Rechtfertigung durch eine öffentliche Aufgabe und dem Mangel einer solchen Rechtfertigung, nicht aber zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit. Das Schenkungsverbot greift nicht schon dann ein, wenn ein Bedachter auf Kosten der Staatskasse bereichert wird, wie es zivil- oder schenkungsrechtlichen Kriterien entspräche – dann wäre jede Subvention, jede Leistung der Sozialhilfe oder der Entwicklungshilfe eine Schenkung.⁶⁰ Vielmehr kommt es erst dann zum Zuge, wenn eine staatliche Zuwendung oder eine Verfügung über staatliches Gut nicht eine gemeindienliche, öffentliche Aufgabe erfüllt, wie sie in den Gesetzen vorgezeichnet wird. Wird die Zuwendung nicht gerechtfertigt, so geht sie für das Gemeinwohl verloren und wird „verschenkt“.⁶¹ Im finanzrechtlichen Sinn kann man von Geschenken – genauer: von illegitimen Geschenken – sprechen, wenn eine Ausgabe oder eine Verfügung über einen Vermögensgegenstand nicht durch einen Vorteil für das Wohl der Allgemeinheit aufgewogen wird, wenn also finanzielle Ressourcen fehlgeleitet werden. Eine finanzielle Vergünstigung ist nur legitim, wenn sie der Prüfung am Gleichheitssatz standhält.⁶²

⁵⁸ So aber VGH Kassel (N 1), S. 446; *Zeidler* (N 1), S. 335; ablehnend *Gindely* (N 1), S. 47 ff. – Zum Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes in der Leistungsverwaltung *Fritz Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: HStR V, ³2007, § 101 Rn. 23 ff.

⁵⁹ *Zeidler* (N 1), S. 335.

⁶⁰ In diesem Sinne aber der Sprachgebrauch von *Leisner* (N 14), S. 32 ff.

⁶¹ In diesem Sinne *Ipsen*, Verwaltung (N 1), S. 287 f.; ders., HStR IV (N 1), § 92 Rn. 30; *Friauf* (N 1), S. 731; *Gindely* (N 1), S. 9, 45 ff. – Einen weiten Begriff der Schenkung verwendet *Leisner*. Für ihn ist jeder staatlich gewährte Vorteil ein Geschenk (N 14, S. 32 ff., 37 ff., 82 ff., passim).

⁶² *Köttgen* (N 1), S. 487.

4. Der gemeindienliche Zweck der Ausgabe bildet nicht nur den Grund ihrer Legitimation, sondern auch das Maß. Die Einbuße muß zwecktauglich, erforderlich und angemessen sein, wie es das Haushaltsrecht vorgibt. Die Gebote haushälterischer Rationalität, *Wirtschaftlichkeit* und *Sparsamkeit*, verwirklichen das Schenkungsverbot, wie es dem Gebot des treuhänderischen Umgangs mit den staatlichen Ressourcen entspricht.⁶³ Betriebswirtschaftliche Grundsätze kommen zum Zuge in der Vermögensverwaltung, den fiskalischen Hilfsgeschäften und den öffentlichen Unternehmen, wenn und soweit vorrangige, gemeinwohlerhebliche Belange und zwingende Vorschriften nicht entgegenstehen.
5. Das Schenkungsverbot bezieht sich nicht nur auf das Tun, sondern auch auf das *Unterlassen*.⁶⁴ Der Staat darf seine Ressourcen nicht brachliegen lassen. So hat er das steuergesetzlich vorgesehene Steuervolumen auszuschöpfen. Die Besteuerungsbefugnis ist zugleich Besteuerungspflicht. Auch die Befugnisse zum Steuerdispens vertragen keine laxe Handhabung, welche die Lastengleichheit unterläuft. Vielmehr muß sich die Steuerbefreiung aus der Besteuerungsgerechtigkeit im Einzelfall rechtfertigen.⁶⁵ Insofern erlangt das Schenkungsverbot auch Bedeutung für die staatlichen Einnahmen.
6. Das Schenkungsverbot als solches zeitigt noch keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Als ratio legis bedarf es der lex, also der Vermittlung durch das positive Recht, weiter aber noch der Zutat so manchen granum salis,

⁶³ Vgl. *Tappe/Wernsmann* (N 1), § 8 Rn. 721.

⁶⁴ Nach bürgerlichem Recht kann die Schenkung in einer Verminderung der Passiva (Schulderlaß etc.) bestehen (*Jens Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3, 62012, § 516 Rn. 11). Ähnlich ist im Schenkungsteuerrecht jede Minderung von Schulden oder Belastungen beim Bedachten eine Zuwendung unter Lebenden (ErbStR 14 Abs. 2 S. 1). Doch das bloße Unterlassen, eine Forderung geltend zu machen, reicht nicht aus. Es bedarf des positiv zu erklärenden Verzichts (*Meincke* [N 50], § 7 Rn. 9).

⁶⁵ Grundlegend zur Dogmatik des Dispenses *Reinhard Mußgnug*, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, 1964. Speziell zur Rechtfertigung des Steuerdispenses: *Josef Isensee*, Das Billigkeitskorrektiv des Steuergesetzes, in: FS für Werner Flume, Bd. II, 1978, S. 129 ff.

ehe es operationabel werden kann. Soweit es sich aber zu einem Veräußerungsverbot verdichtet hat, bildet es ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.⁶⁶

III. Legitimation der Staatsausgaben

1. Gegenleistung des Subventionsempfängers

Zuwendungen dürfen im Haushaltsplan nur veranschlagt werden, wenn der Bund oder das Land an der Erfüllung der Zwecke durch den Empfänger ein erhebliches Interesse hat, das sonst nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden könnte.⁶⁷ Subventionen sind keine Geschenke.⁶⁸ Sie werden nicht *donandi causa* gewährt, sondern *stimulandi causa*.⁶⁹ Nach Hans Peter Ipsen ist eine Subvention begrifflich bedingt durch die erwartete Gegenleistung des Empfängers, mit seinem Verhalten den öffentlichen Subventionszweck zu fördern: „eine Gegenleistung, die zwar keine marktwirtschaftliche ist und die Subventionierung nicht tauschwirtschaftlich kennzeichnet, es aber ausschließt, das Subventionieren ein staatliches Geschemachen zu nennen.“⁷⁰ Was für die Wirtschaftssubvention gilt, das gilt entsprechend für das studentische Stipendium. Denn in beiden Fällen schulden die Empfänger besondere Anstrengungen, die dort einem Wirtschaftszweig, hier dem Bildungspotential der Gesellschaft, letztlich der Allgemeinheit, zugute kommen.

Die Subvention kann auch erbrachte Leistungen belohnen und so mittelbar Leistungsbereitschaft für die Zukunft anregen und stärken. Prämien dieser Art finden sich in verschiedenen Verwaltungssektoren vom Bildungswesen bis zum kommunalen Fassaden- und Vorgartenwettbewerb.⁷¹

⁶⁶ So BGH (N 1), S. 728; *Menger* (N 1), S. 155. Ablehnend BVerwG, Urt. v. 19.12.1958, in: NJW 1959, S. 1098 (1099).

⁶⁷ § 14 HGrG, § 23 BHO.

⁶⁸ *Ipsen*, Öffentliche Subventionierung (N 1), S. 20, 33; *Zacher* (N 1), S. 337 Fn. 128; *Leisner* (N 14), S. 207 f.

⁶⁹ *Möller* (N 55), S. 144. Vgl. auch *Eppe* (N 1), S. 102 ff., 137 ff.

⁷⁰ *Ipsen*, Verwaltung (N 1), S. 287 f.; ders., Subventionen (N 1), § 92 Rn. 30. Zuvor schon *Schindler* (N 1), S. 152 f.

⁷¹ Zur Ex-post-Subvention *Zacher* (N 1), S. 337. Beispiele *Möller* (N 55), S. 72.

Zu Recht leitet der Bundesgerichtshof den Grundsatz, daß der Staat kein Recht zu Geschenken hat, aus rechtsstaatlichen Prinzipien ab, insbesondere aus dem Willkürverbot.⁷² Doch gibt es auch ein sozialstaatliches Argument. Soziale Leistungen sind keine Geschenke, weil sie der Solidarpflicht der staatlichen Allgemeinheit entspringen, die einen Mindeststandard für alle ihre Glieder gewährleistet und die Sache der schwächsten ihrer Zugehörigen zu ihrer eigenen Sache macht. Analoge Gründe rechtfertigen im internationalen Raum die Entwicklungshilfe.⁷³

Staatliche Körperschaften, die Investoren und Unternehmen einzuwerben versuchen, locken mit Steuervorteilen per Gesetz oder Verwaltungsakt, ohne auf Steuergleichheit, Diskriminierungsverbot, Wettbewerbsfairness zu achten. Così fan tutte: So machen es alle Steuergläubiger, die miteinander konkurrieren: Gemeinden, Bundesländer, Mitgliedstaaten der EU, letztere in der Form von Beihilfen, mit denen Luxemburg die Finanzierungsgesellschaft Fiat und die Niederlande die Starbucks-Kette in das Land locken und in ihm halten wollen.

2. Subsidiarität, Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit

Der treuhänderische Umgang des Staates mit seinen Finanzen fordert die Rechtfertigung seiner Zuwendungen aus dem Subsidiaritätsprinzip.⁷⁴ Die öffentliche Hand beansprucht nicht das Monopol für die Herstellung und die Finanzierung des Gemeinwohls. Vielmehr geht sie davon aus, daß unter den Bedingungen der grundrechtlichen Freiheit die Gesellschaft sich von unten nach oben entfaltet, daß sich ihre Zugehörigen grundsätzlich selber versorgen und der Staat für die finanziellen Voraussetzungen der Grundrechtsausübung nur dann einsteht und gemeindienliche Aufgaben

⁷² BGH (N 1), S. 728.

⁷³ Zu Prinzipien und Maßstäben der Entwicklungshilfe *Philipp Dann*, Entwicklungszusammenarbeit, in: HStR XI, ³2013, § 249 Rn. 40 ff.

⁷⁴ Zu Inhalt und Konsequenzen: *Hans Heinrich Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: HStR II, ³2004, § 31 Rn. 51 ff.; *Josef Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, ³2006, § 73 Rn. 65 ff.; *Hermann Butzer*, Sicherstellungsauftrag, ebd., § 74 Rn. 64, 66; *Bernd Grzeszick*, Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, ebd., § 78 Rn. 31 ff.

nur dann in eigener Regie erfüllt, wenn die einzelnen für sich oder im gesellschaftlichen Verbund ihnen nicht genügen.⁷⁵ Die Dosierung der Ausgaben bemißt sich nach den haushaltsrechtlichen Maximen der Zwecktauglichkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, der kaufmännischen Vorsicht.⁷⁶ Die Gebote haushälterischer Rationalität wirken darauf hin, daß der Staat seine finanziellen Ressourcen nicht vergeudet, nicht vertut, nicht „verschenkt“.⁷⁷

Die abstrakten Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Umgang mit öffentlichen Finanzen erfordern Realitätssinn und Urteilskraft der Entscheidungsträger.⁷⁸ Sie werden in ihr Gegenteil verkehrt, wenn die Verwaltung Aufträge an den Bieter mit dem billigsten Gebot vergibt, ohne zuvor Seriosität, Qualität und Nachhaltigkeit zu überprüfen, mit der Folge, daß die Sparsamkeit zur Verschwendung geraten kann, wie manches Großprojekt zeigt. Die gebotene Haushaltswahrheit wird fadenscheinig und die gebotene Haushaltsklarheit trübe, wenn die Zuwendungen an Griechenland als Darlehen ausgewiesen werden, obwohl niemand in Regierung und Parlament daran glaubt, daß sie jemals zurückgezahlt werden. Gleichwohl ist der verlorene Zuschuß nicht per se ein „Geschenk“.

⁷⁵ Zur Relevanz des Subsidiaritätsprinzips für die Finanzverfassung vgl. die Beiträge in: Hanno Kube/Ekkehard Reimer (Hg.), Subsidiarität in der Finanzverfassung, 2015.

⁷⁶ Zu dem Zusammenhang *Bruno Kahl/Andreas Kerst*, Subsidiarität in ihrer Bedeutung für öffentliche Unternehmen, in: Anton Rauscher (Hg.), Besinnung auf das Subsidiaritätsprinzip, 2015, S. 35 (43 ff.). Vgl. auch *Eppe* (N 1), S. 137 ff.; *Markus Heintzen*, Staatshaushalt, in: HStR V, ³2007, § 120 Rn. 48; *Christoph Gröpl*, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, ebd., § 121 Rn. 9 ff. (11); *Lars Hummel*, Verfassungsrechtsfragen der Verwendung staatlicher Einnahmen, 2008, S. 261 ff.

⁷⁷ Begründung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus dem Schenkungsverbot: *Tappe/Wernsmann* (N 1), § 8 Rn. 721.

⁷⁸ Realitätssinn und Urteilskraft des Vorstandes einer Krankenkasse, die aufgrund ihrer „Treuhänderfunktion gegenüber ihren Mitgliedern“ nach dem Gebot der Wirtschaftlichkeit (§ 69 Abs. 2 SGB IV; vgl. auch § 12 Abs. 1 SGB V) verpflichtet ist, ihre Aufgaben mit den geringstmöglichen Mitteln zu erreichen, bewähren sich auch darin, ob und wie weit sie einen Zuschuß zu einer Betriebsfeier bewilligen und der Pflege des Betriebsklimas Rechnung tragen. Laut Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen verstößt der Zuschuß in der Regel gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit, es sei denn, daß er „im Rahmen des Notwendigen die Funktionsfähigkeit der Verwaltung aufrechterhalte“ und ohne die Sonderleistung keine sachgerechten, geeigneten Arbeitsbedingungen bestünden (Urt. v. 29.1.2014, in: NZS 2014, S. 503 [504]). Grundlegend BSGE 56, 197 (198 ff.). Kritisch *Otfried Seewald*, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus der Sicht des Bundessozialgerichts, in: SGB 1985, S. 51 ff.

Ängstliche Befolgung der frugalen Maximen kann zu Kleinlichkeit, Peinlichkeit und Lächerlichkeit führen, so als der Bundesrechnungshof dafür sorgte, daß Bundeskanzler Adenauer pro Monat 37,50 DM von seinen Dienstbezügen abgezogen wurden, weil er im Palais Schaumburg zwei kleine Nebenräume seines Arbeitszimmers privat genutzt habe, das eine zum Ausruhen, das andere zum Beisammensein mit nahen Freunden.⁷⁹ – Heutzutage möchte sich auch die Bundesbank an der Hilfe für Flüchtlinge beteiligen und die Gebäude stillgelegter Filialen kostenfrei der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben als Erstaufnahmelager zur Verfügung stellen. Der Chefjurist interveniert: die Bundesbank dürfe nicht staatliche Aufgaben finanzieren. Allenfalls dürfe sie geeignete Immobilien an den Bund vermieten, jedoch, wie es § 36 Abs. 4 BHO verlange, nur zu einem marktgerechten Mietzins, es sei denn, daß der Bundesminister der Finanzen wegen eines dringenden Bundesinteresses eine Ausnahme zulasse. Damit zeichnet sich das Kuriosum ab, daß der Bund der Bundesbank einen Mietzins (sei es in marktgerechter, sei es in symbolischer Höhe) entrichtet, der den Gewinn der Bundesbank erhöht und mit diesem Gewinn in die Bundeskasse zurückfließt.⁸⁰ Angesichts der großen Raumnot sieht übrigens der Bundesminister der Finanzen nunmehr vor, daß Grundstücke den Kommunen mietzinsfrei überlassen werden, soweit und solange sie der Unterbringung von Asylbegehrenden und Flüchtlingen dienen,⁸¹ und daß die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben „Konversionsgrundstücke“, die zuvor zu militärischen Zwecken genutzt wurden, unterhalb des gutachterlich ermittelten Verkehrswerts zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus abgeben kann.⁸²

⁷⁹ Quelle: Der Spiegel 1/1955, S. 34.

⁸⁰ *Cerstin Gammel*, Rechte Tasche, linke Tasche, in: Süddeutsche Zeitung vom 18.9.2015, S. 6.

⁸¹ Entwurf Haushaltsvermerk zu den Herrichtungskosten 3.6. Rechtsgrundlage: § 63 Abs. 4 BHO in Verbindung mit § 63 Abs. 3 S. 2 BHO.

⁸² Entwurf Haushaltsvermerk zum sozialen Wohnungsbau Nr. 60.3. Rechtsgrundlage: § 63 Abs. 3 S. 2 BHO.

3. Illegitime „Geschenke“

Das Verbot von Geschenken greift, wo staatliche Gunst die Prüfung ihrer Verallgemeinerungsfähigkeit nicht besteht, wo die Inhaber der Macht sich selbst, ihre Partei, ihre Klientel bedienen, wo das private wie das politische Geschäft beginnt, nicht zuletzt bei den „Wahlgeschenken“, die, staatsethisch und staatsrechtlich gesehen, in der Tat den Namen Geschenke verdienen. Im Überbietungswettbewerb um die Stimmen der Wähler neigen die Parteien dazu, das Blaue vom Himmel zu versprechen, das sie im Fall ihres Wahlsieges nicht einlösen können, weil sie nunmehr unter das reale Gesetz der Knappheit geraten und sich dem Vorbehalt des Möglichen beugen müssen.⁸³ Ein historisches Lehrstück waren die überzogenen Wahlversprechen Bundeskanzler Erhards, die 1968 zu seinem Wahlsieg beigetragen hatten, mit denen er sich jedoch haushaltswirtschaftlich übernahm, so daß ihm nichts anderes übrigblieb, als sie über ein Haushaltssicherungsgesetz wieder zurückzunehmen.⁸⁴ Im Thema „Wahlgeschenke“ zeigt sich die demokratische Dimension des Schenkungsverbots: der Wähler darf nicht gekauft, nicht bestochen und nicht betrogen werden – am allerwenigsten mit Geld aus der Staatskasse.

Die Frage, ob eine Subvention, eine Abgabenverschönerung oder eine Intervention anderer Art mit dem Gleichheitssatz vereinbar oder ein illegitimes „Steuergeschenk“ ist, läßt sich nur von Maßnahme zu Maßnahme beantworten. Die Rechtfertigung vor den Augen der Öffentlichkeit gelingt leichter, wenn die Begünstigten Arbeitnehmer sind (Steuerfreiheit der Zuschläge für Sonntags-, Feiertags und Nachtarbeit),⁸⁵ als wenn es sich um Unternehmen handelt.

⁸³ Grundsätzlich *Otto Depenheuer*, Vorbehalt des Möglichen, in: HStR XII, 32014, § 269 Rn. 8 ff., 19 ff., 45 ff.

⁸⁴ Gesetze zur Sicherung des Haushaltsausgleichs vom 20.12.1965. Zu den „Wahlgeschenken“ Erhards *Roland Sturm*, Staatsverschuldung, 1993, S. 36. Grundsätzliche Kritik an „Wahlgeschenken“ *Krüger* (N 1), S. 332; *Leisner* (N 14), S. 68 ff.

⁸⁵ § 3 b EStG.

IV. Bundesstaatliche Kompetenzverteilung

Im Zentrum der grundgesetzlichen Finanzverfassung liegt die Ordnung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern. Sie verteilt die Finanzmacht auf zwei Ebenen, begrenzt und diszipliniert sie, sorgt für Transparenz und Kontrolle, sichert mittelbar die grundrechtliche Belastungstoleranz und trägt dazu bei, die vertikale Gewaltenteilung des Bundesstaates aufzubauen. Keine Ausgabe ohne Finanzierungskompetenz. Es genügt nicht, daß sich Bund oder Land auf ein Erfordernis des Gemeinwohls beruft. Das Gemeinwohl als solches gibt keine Finanzierungsbefugnis. Es regelt die Kompetenzausübung, doch es bildet keinen Kompetenztitel. Ausgaben, die nicht durch Kompetenz abgedeckt sind, erfolgen *ultra vires*. Staatsrechtlich gesehen, bilden sie illegitime Geschenke.

Die Staatsrechtslehre leuchtet die Einnahmekompetenzen genau aus; doch die Ausgabenkompetenzen liegen im Schatten. Ein Grund mag sein, daß Grundrechte nicht unmittelbar berührt werden und es in der Regel dem Bürger egal ist, ob die Bundes- oder die Landeskasse zahlt. Doch gerade darum müssen die Kompetenzen sorgfältig eingehalten und streng kontrolliert werden, damit Staatsleistungen nicht zu Geschenken pervertieren.

Für die Bismarck'sche Reichsverfassung stellte Haenel fest, daß die Finanzwirtschaft eines Staates niemals eine selbständige Bedeutung beanspruchen könne; sie sei immer nur „als Mittel untergeordnet unter die durch Verfassung und Gesetz dem Staate obliegenden Aufgaben“. Das Reich sei nicht befugt, Ausgaben zu tätigen, die nicht der Durchführung seiner verfassungsmäßigen (Sach-)Kompetenzen dienten. Dennoch habe das Reich ununterbrochen eine Reihe von Zuwendungen in seine Etats aufgenommen, welche künstlerische, wissenschaftliche oder volkswirtschaftliche Zwecke im Kompetenzbereich der Einzelstaaten förderten, denen aber eine verfassungsmäßige Kompetenz des Reiches nicht entspreche.⁸⁶ Haenels Darstellung der Rechts- und Faktenlage läßt sich auf die Bundesrepublik übertragen. Auch hier folgen von Verfassungs wegen die Ausgaben den Aufgaben. Bund und Länder tragen die Ausgaben, die sich aus der Wahr-

⁸⁶ Haenel (N 7), S. 379 f.

nehmung ihrer Aufgaben, genauer: ihrer Verwaltungskompetenzen, ergeben.⁸⁷ Doch der Bund trifft darüber hinaus Zuwendungen für gemeindliche Aufgaben, die im Kompetenzbereich der Länder liegen. Wenn nach juristischer Begründung gefragt wird (was selten der Fall ist) und sich kein förmlicher Titel findet, wird eine ungeschriebene Aufgabenkompetenz, die sich beliebig dehnen läßt, zumal aus der Natur der Sache, unterlegt.

Weder Bund noch Länder halten sich streng an die Trennung der Kompetenzen. Neben den grundgesetzlich vorgesehenen Gemeinschaftsaufgaben und Kooperationsagenden wuchert eine präterkonstitutionelle Mischverwaltung.⁸⁸ In der Finanzierungspraxis herrscht Kompetenzpermissivität. Das verfassungsrechtliche Trennungssystem geht über in finanzielle Konkurrenz oder in politische Kooperation ohne System. Eine Flurbereinigung ist im Ansatz steckengeblieben.⁸⁹ Der Bund als die stärkere Finanzmacht erlangt die faktische Überlegenheit, gewinnt durch Zuwendungen mit ihren Zielvorgaben und Nebenbestimmungen präterkonstitutionellen Einfluß auf die Länder in ihren Eigenbereichen wie Schule, Universität, Kultur und vermag, Wohlverhalten im Bundesrat abzukaufen. Nach Dietrich Schindler ist die anziehende Kraft des Geldes, das der Zentralstaat gibt, stärker als die abschreckende Kraft der Pflichten, die den Gliedstaaten zufallen.⁹⁰ Wer zahlt, schafft an. Die Schlagworte der finanzpolitischen Debatte lauten „goldener Zügel“, „Angebotsdiktatur“, „verdeckter Finanzausgleich“.⁹¹ Der Weg führt vom kompetitiven Föderalismus über den kooperativen Föderalismus in den korruptiven Föderalismus.

⁸⁷ Art. 104 a Abs. 1 GG. Zum Konnexitätsprinzip *Hans Herbert von Arnim*, Finanzzuständigkeit, in: HStR VI, ³2008, § 138 Rn. 7 ff.; *Hummel* (N 76), S. 110 ff.; *Markus Heintzen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. 2, ⁶2012, Art. 104 a Rn. 11 ff. Bedenkenswert ist der Reformvorschlag, die Aufgaben-Ausgaben-Konnexität zu ergänzen durch die Konnexität zwischen der Ausgabenverantwortung und der Regelungshoheit auf der Sachebene. Dazu *Ekkehart Reimer*, Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung, in: VVDStRL 73 (2014), S. 153 (178 f.).

⁸⁸ *Hasso Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, in: HStR I, ³2003, § 9 Rn. 74 ff.; *Janbernd Oebbecke*, Verwaltungszuständigkeit, in: HStR VI, ³2008, § 136 Rn. 136 ff.; *Josef Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, ebd., § 126 Rn. 188 ff.

⁸⁹ Dazu *von Arnim* (N 87), § 138 Rn. 75 f.

⁹⁰ *Schindler* (N 1), S. 153.

⁹¹ Zur Finanzierungskompetenz als Machtfrage *von Arnim* (N 87), § 38 Rn. 14 ff. Substantiierte Kritik an der Praxis *Simon Kempny/Ekkehard Reimer*, Neuordnung der Finanz-

Hier sei daran erinnert, daß die grundgesetzliche Zuweisung der Kompetenzen zwingend ist und nicht der Verfügung von Bund und Ländern unterliegt. Eine kompetenzwidrige Zuwendung des Bundes wird nicht dadurch geheilt, daß das Land, das sie entgegennimmt, zustimmt. Der Satz „volenti non fit iniuria“ gilt hier nicht.⁹²

Theodor Maunz, seinerzeit bayerischer Kultusminister, als Staatsrechtslehrer strenger Föderalist, wurde in seinem Universitätsseminar gefragt, warum er in seinen literarischen Äußerungen auf strenge Einhaltung der Kompetenzen dringe, als Regierungsmitglied aber kompetenzwidrige Subsidien des Bundes entgegennehme. Die salomonische Antwort: in der Tat sei es dem Bund von Verfassungs wegen verwehrt, kompetenzfremde Zuweisungen zu geben, doch dem Freistaat sei es nicht verboten, diese anzunehmen. Dem entspricht in der Tat die Praxis. Die Länder wehren sich nicht, wenn der Bund ihnen kompetenzwidrig Lasten abnimmt oder kompetenzwidrige Subsidien zuweist, also fragwürdige „Geschenke“ macht. Ein Land verteidigt die Kompetenzordnung durch Anrufung des Bundesverfassungsgerichts nur dann, wenn ihm die sachliche Regelung politisch mißfällt, so jüngst das Betreuungsgeld.⁹³ Nachdem aber 2015 das Bundesverfassungsgericht dieses Gesetz wegen eines Kompetenzdefekts aufgehoben hat, fordert Bayern, das das mangelhafte Vorhaben initiiert hatte, der Bund solle ihm die freigewordenen Finanzmittel für eine nunmehr landesrechtliche Regelung gleichen Inhalts zuweisen, also für die künftig kompetenzgemäße Sachregelung durch das Land die kompetenzwidrigen Finanzmittel herbeischaffen. Um das Maß vollzumachen, sagt die Bundeskanzlerin zu, daß der Bund diese Mittel den Ländern für nicht näher definierte

beziehungen, Gutachten D, in: Verh. 70. DJT, 2014, Bd. I, D 34 ff., 37 ff. Fundamentalkritik an der geltenden Finanzverfassung überhaupt: *Ulrich Haltern*, Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung, in: VVDStRL 73 (2014), S. 103 (105 ff.).

⁹² *Schindler* (N 1), S. 153. – Zur Unverfügbarkeit und Unverrückbarkeit der bundesstaatlichen Kompetenzen *Josef Isensee*, Die bundesstaatliche Kompetenz, in: HStR VI, ³2008, § 133 Rn. 49 f. (Nachw.).

⁹³ BVerfG, Urt. v. 21.7.2015, in: NJW 2015, S. 2399 ff.

„familienpolitische Maßnahmen“ zuweisen werde.⁹⁴ Über den Grundsätzen der Konnexität und Trennung liegt, mit Reinhard Mußnug gesprochen, der „Fluch der Unverbindlichkeit“.⁹⁵

Wenn das am grünen Holze des normgestrengen deutschen Bundesstaates geschieht, was soll dann am dünnen Holze der normflexiblen Europäischen Union geschehen? Ihr Wirkungskreis wird nicht durch kompetenzrechtlich definierte Tätigkeitsbereiche bestimmt, sondern durch Integrationsziele. Geld ist ein wirksames Integrationsmittel. Mit sonderlichen Subsidiaritätsskrupeln plagt sich die EU nicht ab.⁹⁶ Wenn Bund, Land und Kommune ein populäres Projekt fördern, läßt sich die EU nicht die Gelegenheit entgehen, ein supranationales Sahnehäubchen draufzusetzen und dafür zu sorgen, daß am barrierefreien Dünenübergang auf der Insel Hiddensee eine Tafel das deutsche Nettozahlerland daran erinnert, daß auch sie zu den Geldgebern gehört.⁹⁷

In der Literatur regen sich Versuche, das Finanzierungstohuwabohu rechtlich abzusegnen durch das Konstrukt einer ungeschriebenen Fondszuständigkeit des Bundes⁹⁸ oder einer kompetenzfreien Zone.⁹⁹ Ein Vorläufer war Johannes Miquel, der sich in der Reichstagsdebatte über die Dotation für ein Museum erfreut zeigte, daß der Norddeutsche Bund die „langweilige Einrede der Kompetenz“ losgeworden sei, weil er als „volles Staatswesen“ ohne Rücksicht auf Staatsaufgabe und Kompetenz beschließen könne, welche Einnahmen er dekretiere und welche Ausgaben er machen wolle, weil es sein Beruf sei, „die Deutsche nationale Sache zu vertreten“.¹⁰⁰ Die These

⁹⁴ Dazu *Ralph Bollmann*, Die Gier der Bundesländer, in: Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 27.9.2015, S. 24.

⁹⁵ *Reinhard Mußnug*, Keine moralischen Standpauken, in: Handelsblatt Nr. 29/6 v. 10.2.1994, S. 2.

⁹⁶ Zur Rechtslage: *Henning Tappe*, Subsidiarität im europäischen Verfassungsrecht, in: Kube/Reimer (N 75), S. 65 ff.

⁹⁷ Zur Kompetenzfrage der europäischen Strukturfonds: *Bettina Schöndorf-Haubold*, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, 2005, S. 469 ff.

⁹⁸ Im Anschluß an die Weimarer Praxis *Ipsen*, Subventionierung (N 1), S. 41. Anders dagegen *von Arnim* (N 87), § 138 Rn. 54 ff., 68 ff.; *Rudolf Wendt*, Finanzhoheit und Finanzausgleich, ebd., § 139 Rn. 129.

⁹⁹ Dazu mit Nachw. *Isensee* (N 92), § 133 Rn. 106 ff. Ablehnung der Kompetenzfreiheit für den Schweizer Bundesstaat: *Schindler* (N 1), S. 152.

¹⁰⁰ *Miquel* (N 12), S. 334.

stieß schon unter der Bismarck'schen Reichsverfassung auf Widerspruch.¹⁰¹ Mit der Rigidität der bundesstaatlichen Finanzverfassung ist sie unvereinbar. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst mit dem Urteil zum Betreuungsgeld immerhin ein Zeichen für Kompetenzstrenge gesetzt.¹⁰²

V. Inkurs: Historische Folien

1. Rückblick auf den Patrimonialstaat

Historisch gesehen, ist das Schenkungsverbot alles andere als selbstverständlich. Es setzt die Unterscheidung zwischen dem Öffentlichen und dem Privaten voraus, zwischen Imperium und Dominium,¹⁰³ zwischen staatlicher Gebundenheit und privater Freiheit. Die Unterscheidung folgt aus der Entwicklung des modernen Staates und wird sanktioniert durch seine grundrechtlichen und demokratischen Verfassungsstrukturen. In der Ära des Patrimonialstaates galten dagegen das Territorium als Eigentum des Herrschers und die Bewohner als Zubehör. Er besaß privatrechtliche Verfügungsmacht und konnte sein Land vererben, verpfänden, verkaufen, verschenken. „Das Schicksal des Territoriums ... war in der Hauptsache eine Frage des fürstlichen Vermögensrechts.“¹⁰⁴

Die Habsburger haben ihre Territorien weithin erheiratet und ererbt. Der portugiesische Besitz Bombay ging 1661 als Mitgift einer portugiesischen Infantin an den englischen König Karl II. Rußland verkaufte 1867 Alaska an die USA für 7,2 Mio. US-Dollar. Im Jahre 1954 „schenkte“ Nikita Chruschtschow (als Chef der kommunistischen Partei Alleinherrscher der Sowjetunion) die Krim, zuvor Teil Rußlands, der Ukraine aus wohlwollend-despotischer Geberlaune, als Geste persönlicher Verbundenheit mit dieser Sowjetrepublik. Im zentralistischen System der kommunistischen Parteienherrschaft über die ganze Sowjetunion war diese Verschiebung der

¹⁰¹ Haenel (N 7), S. 379 f. (380 Anm. 2).

¹⁰² BVerfG (N 93), 2399 ff. – zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 mit Art. 72 Abs. 2 GG. Auf dieser Linie bereits BVerfGE 106, 62 (144 ff.); 112, 226, (244 ff.).

¹⁰³ Carl Friedrich von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, ³1860, S. 65.

¹⁰⁴ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ³1914, S. 398 ff.; Krüger (N 1), S. 138 ff., 820 f.

gliedstaatlichen Zuständigkeit freilich bedeutungslos. Doch mit dem Zerfall der Sowjetunion verwandelten sich die bundesstaatlichen Binnengrenzen in völkerrechtliche Außengrenzen, und die Krim wurde für Rußland ausländisches Territorium. Seit Rußland im Jahr 2014 durch völkerrechtswidrigen Gewaltakt sich die Krim zurückgeholt hat, versuchen seine Apologeten, die Annexion dadurch zu legitimieren, daß sie dem Schenkungsakt Chruschtschows die Rechtswirksamkeit absprechen, weil das Staatsgebiet kein tauglicher Gegenstand einer Schenkung sei. Völkerrechtlich ist das Argument haltlos. Es verfehlt auch das sowjetische Verfassungsrecht der Ära Chruschtschow, das der Parteiführung die unbeschränkte Handlungsvollmacht bot. Dennoch zeigt der juristische Fehlgebrauch, daß das Schenkungsverbot als Rechtsgedanke lebendig ist.

2. Scheidung von Staatsvermögen und Privatvermögen des Herrschers

Das Schenkungsverbot setzt überdies voraus, daß der Staat als eigenständige rechtliche Größe sich von den Menschen abhebt, die in seinem Namen handeln. Ein wichtiger Schritt auf dem Weg zum Verfassungsstaat war das Verständnis der Herrschaft als Ausübung eines Amtes in Abgrenzung von der privaten Existenz des Herrschers. Daraus folgt die Trennung des Kammergutes als Bestandteil der Landeshoheit vom Privatvermögen („Schatullgut“) des Landesherrn. Zum staatlichen Kammergut gehören Domänengüter, Manufakturen, auch die Hofausstattung („Pertinenz“).¹⁰⁵ Das Kammergut blieb unberührt vom Wechsel in der Person des jeweils regierenden Monarchen. Es sollte auch unberührt bleiben vom Wechsel der Staatsform im Jahre 1918.¹⁰⁶ Es gehörte nunmehr dem republikanischen Staat wie dem vormals monarchischen. Das Privatvermögen verblieb weiterhin – grundsätzlich jedenfalls – der Familie des vormaligen Monarchen. Freilich ergaben sich vielfach schwierige Abgrenzungsprobleme, zumal bei Liegenschaften, Kunstgegenständen, Archivalien. Die junge Republik fand weithin zum schiedlich-friedlichen Ausgleich der Vermögens-

¹⁰⁵ Dazu *von Mohl* (N 30), S. 636 ff.; *Georg Meyer*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 41895, S. 248, 638; *Friauf* (N 23), § 90 Rn. 11 ff.

¹⁰⁶ *Reinhard Mußgnug*, Die Großherzoglich Badischen Sammlungen zwischen Monarchie und Republik, in: *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg*, 4 (2007), S. 401 (408 ff.).

ansprüche mit den vormals regierenden Häusern. Doch vereinzelt entzündeten sich noch heute Konflikte, wenn ein Nachfahre der Monarchen wie der Markgraf von Baden mittelalterliche Handschriften aus der Badischen Landesbibliothek oder Bilder Hans Baldung Griens aus der Kunsthalle Karlsruhe als Eigentum beansprucht, ihren Verkauf androht und den aufgeschreckten Ministerpräsidenten Baden-Württembergs, der um das Kulturgut des Landes bangt, zu einem Vergleichsangebot drängt. Hier hat Reinhard Mußgnug gründlich und erfolgreich den Nutzen der Rechtshistorie für den gegenwärtigen Staatshaushalt aufgezeigt, als er den Ursprüngen und Zuordnungen der Gegenstände nachging, den heutigen vermögensrechtlichen Status von Urkunden, Gemälden, Schmuck aus Säkularisierungs- und Türkenbeute bestimmte,¹⁰⁷ so dazu beitrug, daß der Staat nicht erwerben mußte, was ihm bereits gehörte und guten Glaubens staatliches Geld verschenkte.

VI. Legitime Staatsgeschenke

1. Staatsgeschenke für Staatsgäste

Jede Regel hat ihre Ausnahmen, auch das Schenkungsverbot. Noch heute gibt es Reservate, in denen der Staat Geschenke macht, und zwar Geschenke im bürgerlichrechtlichen Sinn, und das nicht verdeckt, sondern demonstrativ und besten staatsrechtlichen Gewissens. Das ist der Fall bei Staatsbesuchen. Im zwischenstaatlichen Verkehr gehört es zur außenpolitischen Courtoisie, daß der Besucher ein Gastgeschenk mitbringt, aber auch, daß der Gastgeber ein Gastgeschenk macht.¹⁰⁸ Hier besteht allerdings nicht das staatsrechtliche Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürgern, sondern das völkerrechtliche Verhältnis souveräner Gleichheit zwischen Hoheitsträgern. Es handelt sich um Geschenke, die den bürgerlichrechtlichen Tatbestandsmerkmalen der Unentgeltlichkeit, der Freiwillig-

¹⁰⁷ *Mußgnug* (N 106), S. 411 ff.

¹⁰⁸ Zur Geschenkpraxis der Bonner Republik und ihrer Gäste *Walter Henkels*, Pferde, Teppiche und „Schreckenskammern“, in: FAZ v. 30.11.1976, Nr. 270, S. 5.

lichkeit und des beiderseitigen Einvernehmens entsprechen. Gleichwohl erfüllen sie einen staatsrechtlich legitimen Zweck: die Repräsentation des Staates nach außen sowie die Pflege des politischen Klimas. Mit diplomatischem Fingerspitzengefühl wählt Deutschland seine Geschenke aus nach dem mutmaßlichen oder diskret nachgefragten Geschmack des ausländischen Staatsoberhauptes (für Staats- und Parteichef Breschnew ein Mercedes-Coupé 450 SLC) oder nach dem erhofften Nutzen für die Bevölkerung (einen Sanitätswagen für ein afrikanisches Entwicklungsland).

Auf der deutschen Empfängerseite kann sich ein Rechtsstreit ergeben, wer Eigentum erwirbt, der Staat oder die Person des Staatsoberhauptes, die Bundesrepublik Deutschland oder Bundespräsident Lübke privat. Von dessen Erben forderte die Bundesrepublik die Herausgabe einer flämischen Tapiserie aus der Zeit um 1700 (damaliger Schätzwert 16.000 DM), das Gastgeschenk des französischen Staatspräsidenten de Gaulle. Das Oberlandesgericht Köln sprach den Wandteppich dem Bundespräsidenten persönlich zu, und zwar deshalb, weil ihm das Geschenk nach protokollarischer Vorklärung ausdrücklich zu dem Zweck überreicht worden war, die Privatwohnung des Bundespräsidenten zu schmücken.¹⁰⁹ Ohne diese spezifische Widmung aber wäre der Teppich in Staatseigentum übergegangen. In der Praxis haben sich Kriterien eingespielt, nach denen Staatsgeschenke des zwischenstaatlichen Umgangs in das Eigentum des Amtsinhabers oder in das des Staates übergehen, und nach denen dem Inhaber die Option zum Ankauf zusteht.

Ansonsten besteht ein strenges, enges und dichtes Reglement des Dienstrechts wie des Strafrechts, das allen Amtsträgern die Annahme persönlicher Vorteile verbietet, um die Lauterkeit der Amtstätigkeit zu sichern und noch nicht einmal den bösen Schein der Bestechlichkeit aufkommen zu lassen.¹¹⁰ Als unverfänglich gilt die Annahme von Vorteilen im Wert unterhalb 15 €. Ab dieser Grenze beginnen Genehmigungspflichten und Annahmeverbote. Die Tasse Kaffee und der Schreibkuli mit Firmenlogo des Geschäftspartners gelten noch nicht als korruptionstauglich.

¹⁰⁹ OLG Köln, Urt. v. 20.12.1983, in: NJW 1984, S. 2299 f.

¹¹⁰ § 42 BeamStG, § 71 BBG, §§ 331-336 StGB. Zu den Grenzen zulässiger Geschenke *Roland Bömer*, Anti-Korruptions-Compliance, in: GWR 2011, S. 28 ff; *Klaus Herrmann*, Kommunale Wahlbeamte und das Geschenk(-verbot), in: LKV 2012, S. 537 ff.

Ein solcher Verdacht regt sich nicht, wenn Private den staatlichen Körperschaften Geschenke machen und in der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe fördern: durch Überlassung einer Kunstsammlung, durch eine Stiftungsprofessur, die Bereitstellung von Gebäuden als Flüchtlingsquartiere, durch Spenden. Im Gegenteil: hier winken Dank und Lohn für gemeinnütziges Handeln, für staatsbürgerliche Generosität. Freilich kann mäzenatischer Altruismus in Bestechungsversuch übergehen, wenn ein Unternehmer gut Wetter macht für die Vergabe öffentlicher Aufträge oder ein besorgter Vater für die schulische Versetzung der Tochter. So können fragwürdige Geschenke *an* den Staat den Weg bahnen zu fragwürdigen Geschenken *durch* den Staat.

2. Staatsgeschenke für Bürger

Auch der Staat macht seinen Bürgern Geschenke, die eine entfernte Analogie zu den Geschenken an ausländische Staatsoberhäupter haben, die ohne Rechtszwang erfolgen, der Repräsentation nach innen dienen, Integration leisten und Bürgerfreundlichkeit zeigen sollen. Deutschland tut sich heute schwer in der Repräsentation und der Selbstdarstellung. Gleichwohl hat auch der demokratische Staat seine Würde, die er zur Geltung bringen darf. Aus Sorge, er könne etwas verschenken, braucht er sich bei Empfängen nicht lumpen zu lassen, obwohl der Rechnungshof das Büffet auf ein mögliches Übermaß an Opulenz nachträglich kontrolliert.

Im übrigen trifft auch das bürgerliche Recht eine Ausnahme von dem Verbot, daß die Eltern oder der Vormund Geschenke auf Kosten der Kinder machen, nämlich für den Fall, daß sie einer „sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen“.¹¹¹

So sind finanzielle und geldwerte Geschenke erlaubt als Lohn, Dank, Anerkennung oder Ehrung einer Person.¹¹² Der Gleichheitssatz und das Haushaltsgebot der Sparsamkeit sorgen dafür, daß sie nicht üppig ausfallen. Finanzielle Dankesbekundungen wie die Jubiläumsgaben für Beamte werden standardisiert und verrechtlicht. Sie werden sogar steuerpflichtig, nach

¹¹¹ §§ 1641 S. 2, 1804 S. 2 BGB.

¹¹² Zur Praxis der Gemeinden Möller (N 55), S. 71 f.

kompliziertem Berechnungsmodus aber wieder steuervergünstigt.¹¹³ Die Landeshauptstadt Stuttgart bewilligt zweckfrei und ohne Verwendungsnachweis Jubiläumsgaben an verdiente Vereine und Jubiläumsgaben, so für jedes Vierteljahrhundert des Bestehens 250 €, ab dem 125jährigen Jubiläum 10 € pro Jahr, das alles nach Maßgabe von Richtlinien.¹¹⁴ Demonstrativen Geschenkcharakter haben Blumengebinde und Präsentkörbe, die der Bürgermeister zum 90. wie zum 100. Geburtstag eines Bürgers überbringt. Man mag darin einen Akt der Repräsentation sehen, zugleich die Aufhebung rechtsstaatlicher Distanz durch menschliche Nähe oder – mit einem lakonischen Wort Carl Schmitts aus Anlaß seines eigenen 90. Geburtstags – die Würdigung „makrobiotischer Verdienste“.¹¹⁵

Ein Alter von 80 Jahren ist jedoch unter heutigen Lebenserwartungen noch kein makrobiotisches Verdienst. Lieber Herr Mußnug, Sie erhalten noch keinen kommunalen Geschenkkorb. Doch Sie erhalten von Ihren Kollegen ein Symposion, um Ihre makroepistemischen Verdienste zu feiern.

¹¹³ §§ 34 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 4, 39 b Abs. 3 S. 9 EStG.

¹¹⁴ Richtlinien der Landeshauptstadt Stuttgart über die Gewährung von Jubiläumsgaben an Vereine und Organisationen vom 18. Juli 1996, zuletzt geändert am 25. Oktober 2001.

¹¹⁵ *Carl Schmitt* in einem Brief an den Verfasser, in dem er sich für Glückwünsche zum 90. Geburtstag bedankt.