

Übungshausarbeit: Wirtschaftsförderung in der Pandemie*

Von Privatdozent Dr. Johannes Eichenhofer, Bochum/Bielefeld**

Sachverhalt

Als sich im Frühjahr 2020 das Corona-Virus zunehmend auch in Deutschland ausbreitet, führt dies in zahlreichen Wirtschaftszweigen zu massiven Umsatz- und Gewinneinbußen. Besonders betroffen ist die Gastronomie- und Hotelbranche, die über Umsatzrückgänge von fast 90 % gegenüber dem Vorjahr klagt. Daher legt die Bundesregierung im März 2020 ein umfassendes Subventionsprogramm unter der Bezeichnung „Corona-Sofort-Support (CSS)“ auf. Danach können sich betroffene Betriebe aus der Hotel- und Gastronomiebranche an die als zuständig bestimmten staatlichen Stellen wenden und die Auszahlung eines zuvor benannten Geldbetrages beantragen, der sich aus der Differenz zwischen den gegenwärtig anfallenden Ausgaben (Miete, Strom, etc.) und den gegenwärtig erzielten Einnahmen ergibt (sog. Liquiditätsengpass). Allerdings wird der Kreis der Förderberechtigten von vorneherein auf „kleinere und mittelständische Unternehmen mit einer regionalen Verwurzelung“ begrenzt. Eine eigene gesetzliche Grundlage wird für das Programm nicht geschaffen. Allerdings werden die für die Subventionen verwendeten Mittel im Haushaltsplan des Bundes eingeplant, der vom Deutschen Bundestag mit Sitzung vom 13.5.2020 ordnungsgemäß beschlossen wurde.

Das „CSS“-Programm, dem eine entsprechende Vereinbarung von Bund und Ländern vorausgegangen ist, sieht vor, dass die Subventionen vom Bund getragen, aber von den Ländern ausgezahlt werden sollen. Diese dürfen auch darüber entscheiden, welche Stelle die Auszahlung durchführen soll. Im Bundesland L ist diese Aufgabe dem Landeswirtschaftsministerium übertragen worden. Daraufhin wendet sich im Juni 2020 das in der Stadt S im Bundesland L ansässige Traditionshotel H an das Wirtschaftsministerium des Landes L und beantragt auf Grundlage des dargelegten „Liquiditätsengpasses“ die Erteilung einer Subvention, die ihr – nach eingehender Prüfung seitens des Landeswirtschaftsministeriums – auch ausgezahlt wird.

Auch die Europäische Union will die krisengebeutelten europäischen Unternehmen finanziell unterstützen. Zu diesem Zweck beschließt die EU-Kommission, bereits vorhandene Mittel aus dem EU-Sozialfonds (Art. 163 AEUV) in ein neu geschaffenes Programm „Covid EU Aid (CovEUA)“ umzuschichten. Für die Konzeption dieses Programms, das vollständig aus Mitteln des EU-Haushalts finanziert wird, ist allein die EU-Kommission verantwortlich. Sie entwickelt auch die „Allgemeinen Förderrichtlinien“, aus denen sich ergibt, welche Unternehmen förderberechtigt sind. Hierin heißt es,

es müsse sich um „kleinere und mittelständische Unternehmen mit Sitz in der EU“ handeln. Durchgeführt wird das Programm von den Mitgliedstaaten, die auch die für die Auszahlung zuständigen Stellen benennen dürfen. In Deutschland werden hierzu die Bundesländer ermächtigt und das Land L benennt daraufhin auch insoweit das Landeswirtschaftsministerium als zuständige Stelle. Nachdem H, das trotz der „CSS“-Subvention unter massivem wirtschaftlichen Druck steht, einen entsprechenden Antrag beim Wirtschaftsministerium des Landes L gestellt hat, wird ihm auch eine Förderung auf Grundlage des „Covid EU Aid“-Programmes gewährt.

Konkurrentin K, eine nach niederländischem Recht in der Rechtsform „naamloze vennootschap (N.V.)“ – dem niederländischen Pendant zur deutschen Aktiengesellschaft (AG) – gegründete Unternehmensgruppe mit Sitz in Amsterdam, die weltweit über 500 Hotels, davon rund die Hälfte innerhalb der Europäischen Union und fünf in verschiedenen Städten im Bundesland L betreibt, beantragt ebenfalls finanzielle Mittel nach beiden Programmen („CSS“ und „CovEUA“). Beide Anträge lehnt das Landeswirtschaftsministerium jedoch ab, da es sich bei K erkennbar nicht um ein „kleines oder mittelständisches Unternehmen“ handle, das „regional“ bzw. in der EU „verwurzelt“ sei.

K, die ebenfalls unter enormem wirtschaftlichem Druck steht, erhebt deshalb Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht und begehrt Zahlung der Hilfen aus den beiden Programmen. Dabei beruft sich K auf ihre Grundrechte aus Art. 14, 12 und 3 GG, die durch die Ablehnung ihres Antrages (bei gleichzeitiger Bewilligung der Anträge des H) verletzt würden. Nachdem das Verwaltungsgericht die Klage der K abweist, erhebt K erfolglos Berufung und schließlich Revision zum Bundesverwaltungsgericht (BVerwG). Dieses bestätigt aber im Wesentlichen die Entscheidungen der Vorinstanzen und lehnt mithin einen Anspruch der K mit Urteil vom 31.1.2022 ab, das K am 1.2.2022 zugestellt wird. Hierin heißt es u.a., der Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG erstrecke sich von vorneherein nicht auf öffentlich-rechtlich gewährte Leistungen und erst recht nicht auf solche, die noch gar nicht gewährt wurden. Art. 12 Abs. 1 GG schütze zwar grundsätzlich die Wettbewerbsfreiheit. Allerdings werde diese durch die Erteilung von Subventionen an einen Mitbewerber, wie vorliegend H, von vorneherein nicht berührt. Auch Art. 3 Abs. 1 GG sei nicht verletzt, da die Ungleichbehandlung von K und H verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei. Soweit K die Zahlung aus dem europäischen Programm „EU Covid Aid“ begehre, seien ohnehin nicht die Grundrechte des GG, sondern die der EU-Grundrechte-Charta (GRCh) maßgeblich. Das BVerfG habe im Frühjahr 2021 entschieden, dass die Grundrechte der GRCh aber in Struktur und Inhalt deckungsgleich mit jenen des GG seien. Daher sei K auch nicht in seinen Grundrechten aus der GRCh verletzt.

K hält diese Entscheidung in mehrfacher Hinsicht für verfassungswidrig. Zum einen habe das BVerwG ihren Anspruch aus Art. 14, 12, 3 Abs. 1 GG in verfassungswidriger Weise verkannt. Die Gewährung der Förderungen sei für ihr wirtschaftliches Überleben essentiell. Große Unternehmen seien

* Die Hausarbeit wurde im Wintersemester 2021/22 im Rahmen der Vorlesung „Grundrechte“ gestellt, die der *Verf.* als Lehrstuhlvertreter an der Universität Bielefeld gehalten hat. Er dankt Frau Wiss. Mitarbeiterin *Juliane Klei* für eine kritische Durchsicht einer früheren Fassung dieses Textes.

** Der *Verf.* ist Privatdozent an der Universität Bielefeld und gegenwärtig Lehrstuhlvertreter an der Ruhr-Universität Bochum.

von der Coronakrise genauso betroffen wie kleine. Daher sei die Beschränkung der Förderung auf kleine und mittelständische Unternehmen eine Diskriminierung größerer Unternehmen. Darüber hinaus hätten weder das Landeswirtschaftsministerium noch das BVerwG näher begründet, warum K kein „mittelständisches“ Unternehmen sein soll. Da dieser Begriff in den „Allgemeinen Förderrichtlinien“ der EU-Kommission zwar verwendet, aber – was zutrifft – nicht näher definiert werde, habe das BVerwG diese Rechtsfrage dem EuGH vorlegen müssen. Dasselbe gilt für die Frage, inwiefern eine Nichterteilung der Förderung aus dem „EU Covid Aid“-Programm die K in ihren Grundrechten aus der GRCh verletze. Indem das BVerwG dies unterlassen habe, habe es nicht nur seine Vorlagepflicht aus Art. 267 AEUV verletzt, sondern der K auch ihren gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorenthalten. Daher erhebt K am 7.2.2022 Verfassungsbeschwerde zum BVerfG.

Frage

Hat die Verfassungsbeschwerde der K Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Bitte erstatten Sie ein umfassendes Rechtsgutachten, das auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, notfalls hilfsgutachtlich.

Lösungsvorschlag

Anmerkung: Die nachfolgenden unverbindlichen Lösungshinweise stellen keine Musterlösung dar, sondern benennen lediglich Problemschwerpunkte, welche für die Aufgabenstellung maßgeblich erschienen.¹

Die Verfassungsbeschwerde der K hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig (A.) und soweit sie begründet ist (B.).

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff., 13 Nr. 8a BVerfGG für die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden zuständig.

II. Beteiligten² oder Beschwerdefähigkeit³

Nach § 90 Abs. 1 BVerfGG hat „jedermann“ das Recht, eine Verfassungsbeschwerde zum BVerfG zu erheben. Als „jedermann“ gilt jede natürliche oder juristische Person, die als Trägerin der als verletzt geltend gemachten Grundrechte (Art. 1–19 GG) und grundrechtsgleichen Rechte (Art. 20

Abs. 4, Art. 33, 38, 101, 103, 104 GG) in Betracht kommt, d.h. jede grundrechtsberechtigte und -fähige Person.⁴ Vorliegend macht K, eine nach niederländischem Recht gegründete Unternehmensgruppe in der Rechtsform „naamloze vennootschap (N.V.)“ – dem niederländischen Pendant zur deutschen Aktiengesellschaft (AG) – eine Verletzung von Art. 14, 12, 3 und 101 Abs. 1 S. 2 GG geltend.

I. Anforderungen des Art. 19 Abs. 3 GG

Fraglich ist, ob sich K auf diese als verletzt geltend gemachten Grundrechte und das grundrechtsgleiche Recht berufen kann, d.h. ob sie grundrechtsberechtigt und in Bezug auf die genannten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte grundrechtsfähig ist. Grundrechtsberechtigt sind juristische Personen nur, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 3 GG erfüllen, d.h. es muss sich um eine inländische juristische Person handeln und die von ihr als verletzt geltend gemachten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte müssen ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sein.

a) Juristische Person

Im verfassungsrechtlichen Sinne umfasst der Begriff der „juristischen Person“ alle durch Privatrecht (und in beschränktem Umfang durch öffentliches Recht⁵) gegründeten verselbständigten Zusammenschlüsse, die vollständig oder teilweise rechtsfähig sind.⁶ K ist in einer Rechtsform des niederländischen Privatrechts, nämlich der „naamloze vennootschap (N.V.)“, gegründet. Wie dem Sachverhalt zu entnehmen ist, handelt es sich hierbei um das niederländische Pendant zur deutschen Aktiengesellschaft, mithin um eine vollrechtsfähige Vereinigung des Privatrechts und damit auch um eine juristische Person i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG.

b) „Inländische“ juristische Person

Problematisch ist hingegen, inwiefern es sich bei K auch um eine „inländische“ juristische Person handelt. Nach der Rspr. des BVerfG⁷ kommt es bei Gesellschaften dafür darauf an, ob sie ihren Sitz, d.h. ihren tatsächlichen Geschäftsmittelpunkt und/oder Verwaltungssitz im Bundesgebiet haben (sog. Sitztheorie). Dies ist bei K nicht der Fall: ihr Sitz befindet sich nämlich in den Niederlanden. Mithin stellt sie unter strenger Anwendung der Sitztheorie keine „inländische“ juristische Person dar. Allerdings hat das BVerfG für juristische Personen, die ihren Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat haben, eine Ausnahme gemacht. So müssen diese juristischen Personen wegen des – dem nationalen Verfassungsrecht vorgehenden – Diskriminierungsverbotes des Art. 18 AEUV ebenfalls als „inländisch“ behandelt werden. Das BVerfG spricht insofern von einer „Anwendungserweiterung“ des Art. 19 Abs. 3 GG.⁸ Da es sich bei den Niederlanden um einen Mitgliedstaat der EU handelt, wäre K nach Maßgabe dieser Rspr. auch als

¹ Der Fall ist in Teilen angelehnt an BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel).

² Diesen Begriff verwendet *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Kap. 3 Rn. 153.

³ Diesen Begriff verwenden etwa *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1388; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 145.

⁴ Vgl. statt vieler etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 4 Rn. 153 ff.

⁵ Vgl. etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 4 Rn. 158 ff.

⁶ Vgl. *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 224 m.w.N.

⁷ Vgl. etwa BVerfGE 21, 207 (209).

⁸ Vgl. BVerfGE 129, 78 (94 ff.); BVerfG NJW 2016, 1044 ff.

„inländische“ juristische Person zu qualifizieren.

c) Wesensmäßige Anwendbarkeit

Schließlich müssten die von K als verletzt geltend gemachten Grundrechte (Art. 14, 12, 3 GG) und das grundrechtsgleiche Recht des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auch „wesensmäßig“ auf juristische Personen anwendbar sein. Das BVerfG beurteilt diese Frage nach dem Kriterium des „personellen Substrats“, wonach ein „Durchgriff“ auf die „hinter der juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll erscheinen lässt.“⁹ In der Literatur¹⁰ wird stattdessen auf das Kriterium der „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ zurückgegriffen, wonach eine wesensmäßige Anwendung immer dann in Betracht kommt, wenn eine juristische Person im gleichen Ausmaß wie natürliche Personen einem hoheitlichen Eingriff ausgesetzt ist. In seiner jüngeren Rspr.¹¹ hat das BVerfG auch auf dieses Kriterium zurückgegriffen. Danach scheidet eine wesensmäßige Anwendung solcher Grundrechte aus, die in spezifischer Weise natürliche Personen, nämlich ihre körperliche Integrität (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) oder ihre individuelle Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) schützen. Dagegen ist eine wesensmäßige Anwendung der sog. Wirtschaftsgrundrechte, d.h. Art. 14¹² und 12¹³ GG, ebenso anerkannt wie eine wesensmäßige Anwendung des Allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG¹⁴), der nämlich zugleich einen allgemeinen, auch im Rechtsstaatsprinzip zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsatz darstellt.¹⁵ Da das grundrechtsgleiche Recht des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vom BVerfG als objektiver Verfassungsgrundsatz verstanden wird, können sich sogar ausländische juristische Personen hierauf berufen.¹⁶ Folglich sind die von K geltend gemachten Grundrechte und das grundrechtsgleiche Recht des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auch wesensmäßig auf K anwendbar.

2. Verletzung der Grundrechte der GRCh

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die Gewährung der Beihilfe¹⁷ nach Maßgabe des „CovEUA“-Programmes mög-

licherweise nicht an den Grundrechten des GG, sondern an denjenigen der GRCh zu messen ist. Der Wortlaut des § 90 Abs. 1 BVerfGG lässt allerdings nur Verfassungsbeschwerden mit der Behauptung zu, in den Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten des GG verletzt zu sein. Allerdings hat das BVerfG in seiner neueren Rechtsprechung¹⁸ anerkannt, dass mit der Verfassungsbeschwerde auch eine Verletzung der Grundrechte der GRCh geltend gemacht werden kann. Dies ist die Konsequenz daraus, dass sich das BVerfG in Fällen, die EU-rechtlich „vollständig determiniert“¹⁹ sind, ebenfalls vorbehält, den betreffenden EU-Rechtsakt am Maßstab der GRCh zu prüfen (dazu noch IV. 1. b).

Anmerkung: Zuweilen wird in Lehrbüchern²⁰ empfohlen, nach der Beschwerdefähigkeit auf die Prozessfähigkeit, d.h. die Fähigkeit einzugehen, selbst wirksam Prozesshandlungen vorzunehmen. Allerdings ist dies nur in ganz wenigen Fällen problematisch, so etwa bei Minderjährigen und bei Entmündigten. Bei K bestehen solche Bedenken hingegen nicht, sodass auf den Punkt der Prozessfähigkeit nicht gesondert eingegangen werden muss. Es könnte allenfalls erwähnt werden, dass K sich nach § 22 BVerfGG anwaltlich vertreten lassen muss.

III. Beschwerdegegenstand

Tauglicher Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist nach § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der „öffentlichen Gewalt“. Anders als i.R.v. Art. 19 Abs. 4 GG ist mit diesem Begriff nicht nur die vollziehende Gewalt gemeint,²¹ sondern alle

„Subvention“ eine Terminologie des deutschen Rechts darstellt (vgl. etwa § 23 BHO, § 264 Abs. 7 StGB) und hier vermögenswerte Leistungen an ein (privates oder öffentliches) Unternehmen ohne marktmäßige Gegenleistung zur Verwirklichung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen bezeichnet (vgl. etwa *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2019, § 11 Rn 13), ist „Beihilfe“ eine Terminologie des EU-Rechts (vgl. etwa Art. 107 ff. AEUV). Hierunter ist nach der Rspr. des EuGH (vgl. etwa EuGH, Urt. v. 16.5.2002 – C-482/99 [Star dust]) jede staatliche Leistung ohne adäquate Gegenleistung an bestimmte Unternehmen (sowie) zu verstehen, die eine Wettbewerbsverfälschung verursacht und einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist (vgl. *Kluth* [a.a.O.], § 11 Rn 18); allgemein zum Beihilfen- und Subventionsrecht etwa: *Kluth* (Fn. a.a.O.), § 11; *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 8; eingehend zu den sog. „Corona-Soforthilfen“ etwa: *Giesberts/Gayger/Weyand*, COVID-19 – Hoheitliche Befugnisse, Rechte Betroffener und staatliche Hilfen, NVwZ 2021, 417 (422).

¹⁸ Grundlegend BVerfGE 152, 216 (236 ff.) – Recht auf Vergessen II.

¹⁹ Vgl. dazu BVerfGE 152, 152 (177 ff.) – Recht auf Vergessen I; BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 46 ff.

²⁰ Vgl. etwa *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 1389; *Hillgruber/Goos* (Fn. 3), Rn. 176 ff.

²¹ So jedenfalls die st. Rspr. des BVerfG, vgl. etwa BVerfGE

⁹ BVerfGE 21, 362 (369); Hier könnte zwar argumentiert werden, dass es bei Kapitalgesellschaften statt einem personalen ein finanzielles Substrat gibt, da dieses letztlich die Haftungsmasse bildet. Ausreichend für die Annahme eines personalen Substrats ist aber, dass sich das Handeln der Kapitalgesellschaft auf ein Handeln natürlicher Personen zurückführen lässt, vgl. *Epping* (Fn. 2), Kap. 4 Rn. 158.

¹⁰ Vgl. etwa v. *Mutius*, VerwArch 65 (1974), 87 (90).

¹¹ Vgl. etwa BVerfGE 122, 342 (355).

¹² St. Rspr. seit BVerfGE 4, 7 (17).

¹³ Vgl. statt vieler etwa BVerfGE 21, 261 (266).

¹⁴ Generell zu juristischen Personen des Privatrechts etwa: BVerfGE 35, 263 (271); speziell für Handelsgesellschaften etwa: BVerfGE 23, 353 (373).

¹⁵ Vgl. etwa BVerfGE 75, 192 (200).

¹⁶ St. Rspr. seit BVerfGE 18, 441 (447).

¹⁷ Unter einer „Beihilfe“ ist – genau wie unter einer Subvention – eine staatliche Förderung bestimmter Unternehmen oder bestimmter Wirtschaftszweige zu verstehen. Während die

drei Gewalten, d.h. Exekutive, Judikative und Legislative. Unter einem „Akt“ ist sowohl ein positives Handeln als auch ein Unterlassen einer der drei Gewalten zu verstehen, wie sich aus §§ 92, 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG ergibt, die von einer „Handlung oder Unterlassung“ sprechen.

Vorliegend bieten sich gleich mehrere taugliche Beschwerdegegenstände an. Denn K geht es der Sache nach darum, dass H eine Subvention und eine Beihilfe²² gewährt wurden, während K beides verwehrt wurde. Insofern kommt sowohl eine „Handlung“ (Gewährung von Subvention und Beihilfe an H) als auch eine „Unterlassung“ (Nichtgewährung von Subvention und Beihilfe an K) der „vollziehenden Gewalt“, nämlich des Wirtschaftsministeriums von L, in Betracht. Denkbar wäre es aber auch, die verschiedenen Akte der Judikative, nämlich die Entscheidungen aller Gerichte, welche die Klage der K abgewiesen haben, als Beschwerdegegenstand zu identifizieren. Hier bietet es sich an, auf das letztinstanzliche Urteil, sprich die Entscheidung des BVerwG, zurückzugreifen, da der K hiergegen kein ordentlicher Rechtsbehelf mehr zusteht. Dem BVerwG als letztinstanzlichem Gericht wirft K zudem vor, seine aus Art. 267 UAbs. 3 AEUV folgende Vorlagepflicht verletzt zu haben und sie so in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt zu haben. Bei mehreren Akten öffentlicher Gewalt in der gleichen Sache hat der/die Beschwerdeführer/in die Wahl, welche Akte er/sie angreifen möchte.²³ Hier liegt es aber nahe, dass K gegen das Urteil des BVerwG vorgehen wollte (hinsichtlich Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wäre dies sogar zwingend), da dieses die Entscheidungen der vorherigen Instanzen und zuvor der öffentlichen Verwaltung vollumfänglich bestätigt hatte.

Anmerkung: Möglich wäre es zwar auch, sowohl das BVerwG-Urteil als auch gegen die Entscheidungen des Landeswirtschaftsministeriums vorzugehen. Dann müsste aber im Folgenden stets zwischen beiden Beschwerdegegenständen differenziert werden.

IV. Beschwerdebefugnis

Gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG kann jedermann mit der „Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte“ oder grundrechtsgleichen Rechte „verletzt zu sein“, Verfassungsbeschwerde erheben. Dies setzt voraus, dass eine Grundrechtsverletzung jedenfalls möglich ist (dazu unter 1.). Darüber hinaus verlangt das BVerfG in ständiger Rspr., dass ein/e Beschwerdeführer/in von dem gerügten Akt der öffentlichen Gewalt „selbst, gegenwärtig und unmittel-

bar“²⁴ betroffen bzw. durch ihn beschwert ist (dazu unter 2.–4.).

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Vorliegend ist gleich in mehrerer Hinsicht fraglich, ob eine Verletzung der Grundrechte der K in Betracht kommt. Im Einzelnen ist dabei zwischen der Subvention aus dem Bundeshaushalt (a) und der Beihilfe aus europäischen Mitteln (b) zu differenzieren.

a) Subvention aus dem Bundeshaushalt

Dass K gegenüber H in einer Weise, die nicht gerechtfertigt werden kann, benachteiligt wurde, lässt sich nicht völlig ausschließen, sodass eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG nicht von vornherein unmöglich erscheint. Auch erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass das BVerwG seine Vorlagepflicht verletzt und K dadurch in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt hat. Grundlegende Zweifel an der Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung bestehen vorliegend aber sowohl in Bezug auf Art. 14 Abs. 1 GG (aa) als auch auf Art. 12 Abs. 1 GG (bb).

aa) Art. 14 Abs. 1 GG?

K macht vorliegend geltend, durch den Nichterhalt der Subvention in ihrem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzt zu sein. Dies erscheint jedoch äußerst fraglich. So ist bereits umstritten, inwiefern Subventionen als öffentlich-rechtlich gewährte Leistungen überhaupt dem Schutz des Eigentumsgrundrechts unterfallen.²⁵ Für das BVerfG kommt es dabei darauf an, ob die öffentlich-rechtliche Leistung dem Begünstigten „nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts zugeordnet ist“²⁶, wovon dann auszugehen sei, wenn sie das Äquivalent einer eigenen Leistung des Berechtigten darstelle (so z.B. bei Anwartschaften aus der Sozialversicherung)²⁷, wohingegen eine öffentlich-rechtlich begründete Position nicht unter Art. 14 GG falle, wenn sie überwiegend auf staatlicher Leistung beruhe.²⁸ So ist es auch bei der Subvention: sie wird allein aus staatlichen Mitteln gewährt, ohne dass der Subventionsnehmer dafür eine Gegenleistung zu erbringen braucht.²⁹ Damit zählen Subventionen als einseitig öffentlich-rechtliche Leistungen schon dem Grunde nach nicht zum verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsgrundrecht. Hinzu kommt noch, dass K die Subvention noch gar nicht gewährt wurde. Mithin geht es K gar nicht um bereits erworbene Subventionen, sondern um solche, die sie eventuell künftig erwerben wird. Allerdings ist anerkannt, dass der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG keine bloßen Erwerbsaussichten umfasst (Stichwort: Geschützt wird „das Erworbene“, nicht der „Erwerb“).³⁰ Derlei künftige Erwerbchancen fallen allenfalls in den Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

49, 329 (340); 107, 395 (404 ff.).

²² Zum Beihilfen- und Subventionsbegriff eingehend oben, Fn. 17. Bei der Vergabe von Subventionen und Beihilfen ist die Verwaltung an keine besondere Form gebunden. Regelmäßig wird ein Subventionsrechtsverhältnis aber entweder durch Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG) oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG) begründet, vgl. *Unger* (Fn. 17), § 8 Rn. 50, 52.

²³ BVerfGE 19, 377 (389).

²⁴ Vgl. zuerst BVerfGE 1, 97 (101 f.).

²⁵ Vgl. dazu etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 9 Rn. 451.

²⁶ BVerfGE 69, 272 (300); 72, 175 (195).

²⁷ BVerfGE 116, 96 (121).

²⁸ BVerfGE 48, 408 (413).

²⁹ Vgl. zum Subventionsbegriff bereits eingehend oben, Fn. 17.

³⁰ Grundlegend BVerfGE 30, 292 (335); seither st. Rspr.

Soweit K betont, dass durch die Nichterteilung der Subvention ihr gesamtes Geschäft vor dem Ruin stehe, mag dies zwar zutreffen. Dies ist jedoch nicht zurechenbar auf eine staatliche Maßnahme oder Unterlassung zurückzuführen, sondern auf höhere Gewalt, nämlich die pandemiebedingten Umsatz- und Gewinnrückgänge. Diese gehören jedoch zum unternehmerischen Risiko. Ein allgemeiner, gegen den Staat gerichteter Anspruch auf Abwendung dieses Risikos besteht nicht.

bb) Art. 12 Abs. 1 GG

Darüber hinaus erscheint aber auch eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG zweifelhaft – und zwar aus zwei Gründen: Zum einen ist umstritten, inwiefern die Vergabe einer Subvention an ein Unternehmen die Grundrechte der Konkurrenz verletzen kann. Zum anderen handelt es sich bei Art. 12 Abs. 1 GG um einen Bürger- oder ein „Deutschengrundrecht“ und bei K um eine Gesellschaft nach niederländischem Recht mit Sitz in den Niederlanden.

Zunächst fragt sich, inwiefern Art. 12 Abs. 1 GG überhaupt verletzt sein kann, weil der Konkurrenz eine Subvention gewährt wurde.³¹ Das BVerfG hält dies nur in Ausnahmefällen für möglich. Grundsätzlich schütze die von Art. 12 Abs. 1 GG umfasste Wettbewerbsfreiheit³² nämlich nur „die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen“³³. Da Subventionen regelmäßig aber auf die Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs zielten, stellten sie von vornherein keinen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit dar, sondern ihre Ermöglichung (und zwar für diejenigen, denen die Subvention gewährt wurde). Hinzu kommt, dass dem Staat bei der Vergabe von Leistungen traditionell ein viel größerer Spielraum zuerkannt wird als bei hoheitlichen Eingriffen in Grundrechte.³⁴ Dieser Rspr. wird von Seiten der Literatur nicht nur vorgeworfen, eine „Abkehr von der traditionellen Grundrechtsdogmatik“³⁵ einzuleiten. Sie verkenne auch, dass die Vergabe von Subventionen an ein Konkurrenzunternehmen zwar keinen unmittelbaren, aber einen mittelbarfaktischen Eingriff in die Grundrechte des nicht-berücksichtigten Unternehmens darstelle. Ferner entziehe sie auch „ein zentrales Instrument der Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik weitgehend der grundrechtlichen Kontrolle“, was zudem darauf hinauslaufe, den „Wettbewerb [...] von einem Ergebnis dezentraler individueller Freiheitsrealisierung zu einer staatlich bereitgestellten Institution“³⁶ zu modifizieren. Da beide Auffassungen hier zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, wäre eigentlich eine Streitentscheidung erforderlich. Etwas anderes gilt nur, wenn Art. 12 Abs. 1 GG schon aus anderen Gründen nicht einschlägig ist.

³¹ Vgl. dazu etwa *Unger* (Fn. 17), § 8 Rn. 6–8, 83 ff.

³² Zur Frage, inwiefern die Wettbewerbsfreiheit von Art. 12 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, etwa: *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 387.

³³ So BVerfGE 105, 252 (265).

³⁴ Siehe dazu noch im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG unten, B. I. 3. b).

³⁵ *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), 20 (38 f.).

³⁶ *Unger* (Fn. 17), § 8 Rn. 8.

Ein solcher Grund könnte darin zu sehen sein, dass Art. 12 Abs. 1 GG seinem Wortlaut nach nur alle „Deutschen“ schützt. In entsprechender Anwendung von Art. 19 Abs. 3 GG (s.o., II. 1. b) sind hierunter auch „inländische“ juristische Personen, also solche zu verstehen, die nach deutschem Recht gegründet wurden und/oder im Bundesgebiet ihren Sitz haben. Beides ist bei K nicht der Fall (s.o., II. 1. b). Allerdings wurde in dem Zusammenhang bereits betont, dass das BVerfG beim Begriff „inländisch“ zur Umsetzung von Art. 18 AEUV eine „Anwendungserweiterung“ dergestalt vertreten hat, wonach auch juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland erfasst werden (s.o., II. 1. b). Dementsprechend fragt sich, ob sich auch EU-Bürger bzw. juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland auf die Deutschengrundrechte berufen können. Dafür spricht jedenfalls die auch insoweit gebotene Umsetzung von Art. 18 AEUV. Zur Herstellung unionsrechtskonformer Zustände werden deshalb zwei Lösungen diskutiert³⁷: Entweder eine (analoge) Anwendung der Deutschengrundrechte auf ausländische Unionsbürger bzw. juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland, wobei über den Wortlaut („Alle Deutschen“) „hinweggelesen“ werden solle, oder die Betroffenen sollen sich nur auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen können, über den ihnen dann allerdings ein dem Deutschengrundrecht äquivalenter Schutz zusteht. Das BVerfG hat sich für die zweite Variante entschieden.³⁸ Dafür spricht, dass sich die erste Lösung eindeutig über die Wortlautgrenze hinwegsetzt. Auf Grundlage dieser Ansicht könnte sich K jedenfalls insoweit nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG, allerdings auf Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) berufen.

b) Beihilfe aus EU-Mitteln

Fraglich ist zudem, ob K sich wegen der Nichtgewährung der EU-Beihilfe auf die Grundrechte des GG berufen kann. Diese schützen nach Art. 1 Abs. 3 GG zwar vollumfänglich, aber eben auch nur gegen die *deutsche* öffentliche Gewalt. Dagegen bieten gegen ein Handeln der EU-Organe und der Mitgliedstaaten, wenn sie EU-Recht durchführen, die Grundrechte der GRCh Schutz (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRCh). Zwar war lange unklar, ob in diesen Fällen die Grundrechte des GG kumulativ zur Anwendung kommen können.³⁹ Nach der neueren Rspr. des BVerfG⁴⁰ ist dies nur der Fall, wenn den Mitgliedstaaten substantielle Gestaltungsspielräume verbleiben. Ist ein Sachverhalt hingegen „vollständig unionsrechtlich determiniert“⁴¹, ist er nicht an den Grundrechten des GG, sondern ausschließlich an denjenigen der GRCh zu messen. Dazu führt das BVerfG aus: „Ob eine Rechtsfrage vollständig

³⁷ Vgl. zum Streitstand etwa: *Epping* (Fn. 2), Kap. 11 Rn. 584 f. m.w.N.

³⁸ Vgl. BVerfGE 129, 78 (94 ff.).

³⁹ Vgl. zum Ganzen etwa: *Thym*, *Vereinigt die Grundrechte!*, JZ 2015, 53.

⁴⁰ BVerfGE 152, 152 (Recht auf Vergessen I); 152, 216 (Recht auf Vergessen II); BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel).

⁴¹ So die Formulierung in BVerfGE 152, 216 (233 ff.); BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 35, 37.

unionsrechtlich determiniert ist, richtet sich in aller Regel nach den Normen, aus denen die Rechtsfolgen für den streitgegenständlichen Fall abzuleiten sind.⁴² Dabei kommt es weniger auf die Handlungsform an, derer sich die EU bedient hat,⁴³ als auf eine methodengerechte Auslegung des maßgeblichen Sekundär- oder Tertiärrechts.⁴⁴ Maßgeblich ist also, ob den Mitgliedstaaten bzw. ihren Organen eigene Entscheidungsspielräume zustehen sollen oder ob die Regelung gerade Rechtsgleichheit innerhalb der EU herstellen soll. Vorliegend beruht die Beihilfe auf einem europäischen Förderprogramm, mit dem die EU-Organe beabsichtigen, im gesamten Binnenmarkt ansässige Unternehmen zu unterstützen, die in besonderem Maße von den Auswirkungen der Corona-Krise betroffen sind. Ziel der Regelung ist es also, EU-weit einheitliche Regelungen für die Vergabe von Fördermitteln zu schaffen. Mithin steht die Herstellung von Rechtsgleichheit im Vordergrund. Nach Maßgabe der neuesten Rspr. des BVerfG wären somit vorliegend nicht die Grundrechte des GG, sondern der GRCh anwendbar. Über deren Einhaltung – wie über das gesamte EU-Recht – wacht grundsätzlich der EuGH. Die Gerichte der Mitgliedstaaten haben nach Art. 267 UAbs. 1 AEUV die Möglichkeit bzw. nach UAbs. 3 die Verpflichtung, ungeklärte unionsrechtliche Rechtsfragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Dessen ungeachtet behält sich das BVerfG nach seiner neuesten Rspr.⁴⁵ vor, die GRCh selbst anzuwenden. Demnach könnte sich K auch in unionsrechtlich vollständig determinierten Sachverhalten mit einer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG zur Wehr setzen, das dann die Grundrechte der GRCh anzuwenden hätte. Als solche kämen Art. 15 f. (Berufs- und unternehmerische Freiheit), Art. 17 (Eigentum) und Art. 20 (Gleichheit) GRCh in Betracht. Diese Normen sind jedenfalls nach h.M. auch auf juristische Personen anwendbar.⁴⁶

c) Fazit

Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass vorliegend jedenfalls eine Verletzung von Art. 14 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) und – je nachdem, welche Auffassung oben (A.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 22.

⁴³ Schließlich kennt auch die an sich unmittelbar anwendbare Verordnung (Art. 288 UAbs. 2 AEUV) sog. Öffnungsklauseln, während andererseits eigentlich umsetzungsbedürftige Richtlinien (Art. 288 UAbs. 3 AEUV) so präzise und bestimmt gefasst sein können, dass sie unmittelbar anwendbar sind.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 43 f.

⁴⁵ BVerfGE 152, 216 (233 ff.), BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 33 ff.

⁴⁶ Vgl. *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 16 Rn. 12 m.w.N., Art. 17 Rn. 16, Art. 20 Rn. 7; lediglich für Art. 15 GRCh ist diese Frage umstritten. Dagegen wird angeführt, dass Abs. 2 und 3 nur auf natürliche Personen Bezug nehmen. Dafür spricht, dass Art. 15 Abs. 1 GRCh ganz allgemein von „Person“ spricht, worunter auch juristische Personen gefasst werden können, vgl. zum Streitstand etwa: *Jarass* (Fn. 16), Art. 15 Rn. 9 m.w.N.

IV. 1. a) bb) vertreten wird – auch von Art. 12 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) von vorneherein ausscheidet (dann wäre Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 18 AEUV zu prüfen). Dagegen erscheint eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ebenso möglich wie eine solche von Art. 15 f., 17 und 20 GRCh.

2. Eigene Beschwer

Eine „eigene Beschwer“ bzw. „selbst“ beschwert zu sein, verlangt – zur Vermeidung von Populärverfassungsbeschwerden –, dass die/der Beschwerdeführer/in die Verletzung eigener Grundrechte geltend macht. Das ist bei K vorliegend der Fall, denn das Urteil des BVerwG entscheidet über die von K erhobene Klage, mit der K bereits eine Verletzung eigener Grundrechte rügt.

3. Gegenwärtige Beschwer

Mit der „gegenwärtigen“ Beschwer ist gemeint, dass der Akt der öffentlichen Gewalt die/den Beschwerdeführer/in schon oder noch in ihren/seinen Grundrechten betrifft. Ausgeschlossen ist damit eine Beschwerde gegen künftige oder in der Vergangenheit liegende Akte ohne Auswirkungen auf die Gegenwart. Das Urteil des BVerwG belastet K jedoch gegenwärtig, sodass diese Voraussetzung erfüllt ist.

4. Unmittelbare Beschwer

Schließlich muss der angegriffene Akt auch „unmittelbar“, d.h. ohne weitere Zwischenschritte in die Grundrechte der/des Beschwerdeführers/in eingreifen. Daran fehlt es etwa bei Rechtsnormen, wenn sie auf Vollzug durch Behörden und Gerichten angewiesen sind und hiergegen Rechtsschutz vor den Fachgerichten besteht. Vorliegend geht es jedoch um ein letztinstanzliches Urteil, das der K einen grundrechtlich fundierten Anspruch verwehrt. Davon ist K unmittelbar betroffen, da es keiner Zwischenschritte mehr bedarf, damit sie den geltend gemachten Anspruch nicht weiter als durch Verfassungsbeschwerde verfolgen kann.

5. Fazit

Damit ist K insgesamt auch beschwerdebefugt.

V. Rechtsschutzbedürfnis

1. Rechtswegerschöpfung

Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG darf eine Verfassungsbeschwerde zum BVerfG erst erhoben werden, wenn die/der Beschwerdeführer/in zuvor den fachgerichtlichen Rechtsweg vollständig beschritten, d.h. alle ihr/ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Mittel erschöpft hat. Das ist bei K der Fall, da sie bereits bis vor das BVerwG als letzte Fachinstanz gezogen ist.

2. Subsidiarität

Der Grundsatz der Subsidiarität besagt, dass eine Verfassungsbeschwerde auch erst dann erhoben werden darf, wenn zuvor neben dem fachgerichtlichen auch alle sonstigen gerichtlichen oder außergerichtlichen Rechtsschutzinstanzen ersucht

wurden.⁴⁷ Dadurch soll das BVerfG so weit wie möglich entlastet werden, indem es nämlich auf einen fachlich wie rechtlich so weit wie möglich aufbereiteten Fall trifft.⁴⁸ Vorliegend ist jedoch nicht ersichtlich, dass K – nach Erschöpfung des Verwaltungsrechtswegs – noch andere Rechtsschutzmöglichkeiten zustünden. Denkbar wäre zwar die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens zum EuGH nach Art. 267 AEUV. Hierüber entscheidet jedoch allein das vorgelegte bzw. -verpflichtete Gericht, nicht aber der Kläger bzw. Beschwerdeführer. Damit ist auch der Grundsatz der Subsidiarität gewahrt.

VI. Form und Frist

Nach § 23 Abs. 1 BVerfGG sind Verfassungsbeschwerden schriftlich beim BVerfG einzureichen, sie sind zu begründen und mit allen erforderlichen Beweismitteln zu versehen. In der Begründung hat die/der Beschwerdeführer/in nach § 92 BVerfGG „das Recht, das verletzt sein soll, und die Handlung oder Unterlassung des Organs oder der Behörde, durch die der Beschwerdeführer sich verletzt fühlt, zu bezeichnen.“ Schließlich muss eine Verfassungsbeschwerde nach § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG „binnen eines Monats“ erhoben werden. Da K vorliegend bereits am 7.2.2022 Verfassungsbeschwerde erhoben hat, ist diese Frist unproblematisch gewahrt.

VII. Ergebnis

Damit ist die Verfassungsbeschwerde der K zunächst einmal zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit K durch das Urteil des BVerwG in ihren Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist. Als Prüfungsmaßstab ist dabei nur das Verfassungsrecht (und nach der neuesten Rspr. des BVerfG auch die GRCh) heranzuziehen, nicht aber das (einfachgesetzliche oder europarechtliche) Fachrecht, über deren Einhaltung allein die Fachgerichte wachen. Das BVerfG hingegen ist schließlich keine „Superrevisionsinstanz“, sondern allein für die in Art. 93 GG i.V.m. dem BVerfGG genannten Verfahren zuständig.

Anmerkung: Wer neben oder statt dem Urteil des BVerwG die Entscheidung(en) des Landeswirtschaftsministeriums als Beschwerdegegenstand identifiziert hatte, musste (auch) deren Vereinbarkeit mit den Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten der K prüfen.

Anmerkung: Bei der Prüfung mehrerer Grundrechte gilt: das speziellste Grundrecht zuerst (nie mit Art. 2 Abs. 1 GG beginnen), vorbehaltlose Grundrechte vor solchen mit Schrankenvorbehalt, Freiheits- vor Gleichheitsrechten prüfen.⁴⁹

Eine solche Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten der K könnte sich einerseits daraus ergeben, dass das BVerwG einen Anspruch der K auf Erteilung der Subvention aus Bundesmitteln (I.) und andererseits der Erteilung der Beihilfe aus EU-Mitteln (II.) verneint hat.

Anmerkung: Vertretbar wäre es auch, zunächst nach den einzelnen Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten zu differenzieren und innerhalb dieser Prüfung dann zwischen der (deutschen) Subvention und der (EU-)Beihilfe. Dies hätte allerdings auch den Nachteil, dass die Prüfung der GRCh dann nicht sauber „eingeleitet“ werden kann, d.h. sie käme gewissermaßen überraschend. Wichtig ist in jedem Fall eine – anhand von Gliederungspunkten – deutlich erkennbare Differenzierung zwischen Subvention und Beihilfe.

I. Entscheidung über die Subvention aus Bundesmitteln

Indem das BVerwG einen Anspruch der K auf Gewährung einer Subvention aus Bundesmitteln verneinte, könnte es K in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) bzw. Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) i.V.m. Art. 18 AEUV (unter 1.) sowie aus Art. 3 Abs. 1 GG (unter 2.) verletzt haben. Eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) kommt dagegen von vornherein nicht in Betracht (s.o., A. IV. 1. a) aa).

Anmerkung: Die Prüfungspunkte (1.) und (2.) mussten nicht kumulativ, sondern alternativ geprüft werden – je nachdem, für welche Auffassung sich die Bearbeiter (-innen) bei dem oben (A. IV. 1. b) genannten Meinungsstreit entschieden haben. Wurde Art. 12 Abs. 1 GG von vornherein für nicht einschlägig gehalten, war nur (2.) zu prüfen, sonst nur (1.). Hier werden (1.) und (2.) nur deshalb dargestellt, um beide (vertretbaren) Lösungswege abzubilden.

1. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, bzw. Art. 2 Abs. 1 GG [i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG] i.V.m. Art. 18 AEUV)?

Hinweis: Vorliegend könnte sich eine Grundrechtsverletzung daraus ergeben, dass das BVerwG einen Anspruch der K auf Erteilung einer Subvention verneinte. Hierin könnte zwar ein Grundrechtseingriff gesehen werden, sodass im Folgenden nach dem „Eingriffsschema“ (Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung) geprüft werden müsste. Dies wäre aber letztlich verfehlt, jedenfalls unnötig kompliziert, da der „Eingriff“ gerade darin bestünde, einen (vermeintlich) bestehenden grundrechtlichen Anspruch abzulehnen, sodass dessen Bestehen inzident, d.h. innerhalb des Eingriffsschemas zu prüfen wäre. Deutlich einfacher und deshalb vorzugswürdig wäre es deshalb, direkt das Bestehen des behaupteten grundrechtlichen Anspruchs zu prüfen, d.h. den „Anspruchs- oder Leistungsaufbau“ zu wählen. Dies gilt im Übrigen auch für die gesamte weitere Prüfung.

⁴⁷ Vgl. etwa BVerfGE 112, 50 (60).

⁴⁸ Vgl. Kingreen/Poscher (Fn. 3), Rn. 1423.

⁴⁹ Eingehend zu den Grundrechtskonkurrenzen etwa: Kingreen/Poscher (Fn. 3), Rn. 308 ff.

Die Verneinung eines Anspruchs der K aus Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) könnte sie genau in diesem Grundrecht verletzt haben. Dies würde voraussetzen, dass der K ein solcher grundrechtlicher Anspruch zusteht (a) und sie durch dessen Nichtanerkennung seitens des BVerwG in ihrem Recht verletzt wurde (b).

a) *Bestehen eines Anspruchs*

aa) *Erste Variante: Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG*
 Zunächst müsste der K ein grundrechtlicher Anspruch auf Erteilung der Subvention aus Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) zustehen.

Dies setzt zunächst voraus, dass der Schutzbereich der Berufsfreiheit in sachlicher wie persönlicher Hinsicht eröffnet ist. In sachlicher Hinsicht schützt Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) die freie Wahl und Ausübung eines „Berufs“, d.h. jeder auf Dauer angelegter, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienender Tätigkeit.⁵⁰ K betreibt eine Unternehmensgruppe in der Rechtsform „naamloze vennootschap (N.V.)“, dem niederländischen Pendant zur deutschen Aktiengesellschaft (AG). Es ist daher davon auszugehen, dass ihre Tätigkeit auf Dauer angelegt ist sowie der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. In persönlicher Hinsicht besteht jedoch das Problem, dass K ihren Sitz außerhalb des Bundesgebietes hat, sodass sich fragt, inwiefern sie sich auf das Deutschengrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann (s.o., A. IV. 1. a). bb). Wegen des Diskriminierungsverbotes des Art. 18 AEUV erscheint jedoch – wie beim Wort „inländisch“ in Art. 19 Abs. 3 GG – eine „Anwendungserweiterung“ erforderlich (a.A. sehr gut vertretbar, dann wäre mit Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 19 AEUV weiter zu prüfen).

Fraglich ist allerdings, inwiefern sich aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht nur ein Abwehr-, sondern auch ein Leistungsrecht, d.h. ein positiver Anspruch auf Erteilung einer Subvention ableiten lässt.⁵¹ Ein solcher Anspruch könnte sich insbesondere daraus ergeben, dass die durch Art. 12 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit auch die Wettbewerbsfreiheit erfasst.⁵² Zwar hat das BVerfG entschieden, dass sich aus Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich kein Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilnahme bzw. auf künftige Erwerbschancen herleiten lässt.⁵³ Etwas anderes kann aber möglicherweise dann gelten, wenn der Staat durch Förderung eines Konkurrenten aktiv in den Wettbewerb eingreift.⁵⁴

Denkbar wäre, dass das Landeswirtschaftsministerium die Wettbewerbsfreiheit der K verletzt hätte, indem sie ihren Antrag auf Erteilung einer Subvention abgelehnt hatte, ohne sich dabei auf eine gesetzliche Grundlage stützen zu können. Allerdings ist umstritten, inwiefern der Staat bei der Vergabe von Subventionen (wie überhaupt staatlicher Leistungen) auf einer gesetzlichen Grundlage handeln muss.⁵⁵ Von der wohl herrschenden Meinung⁵⁶ wird der Vorbehalt des Gesetzes nur auf die Eingriffsverwaltung angewendet. Ein Handeln der Leistungsverwaltung ist also nur auf eine gesetzliche Grundlage zu stützen, wenn sie zugleich in die Grundrechte Dritter eingreift.⁵⁷ Dies wäre „beispielsweise der Fall, wenn der Staat durch Subventionierung die Verdrängung bestimmter Unternehmen vom Markt bezweckt“ oder „wenn eine Leistung wesentlich für die Grundrechtsverwirklichung ist und sich nachhaltig auf den Gebrauch von Grundrechten auswirkt“⁵⁸, weil die wirtschaftliche Betätigung des Konkurrenten „unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt wird“⁵⁹. Ob ersteres der Fall ist, darf hier bezweifelt werden. Zwar dient die Subvention in besonderem Maße der Förderung regionaler Betriebe, nicht aber transnationaler Unternehmen. Diese sollen aber nicht aus dem Markt gedrängt werden. Letzteres scheint hingegen schon einschlägig zu sein: denn K macht geltend, dass die Ausübung ihres Berufes von der Erteilung der Subvention abhängt. Allerdings ist anerkannt, dass als Parlamentsgesetz „auch der Haushaltsplan“ genügt, „der gemäß Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG durch Haushaltsgesetz festgestellt wird.“⁶⁰ Da die „Corona-Hilfen“ vom Bundestag im Haushaltsplan genehmigt wurden, hat das Landeswirtschaftsministerium auf einer gesetzlichen Grundlage gehandelt.

Durch die Nichterteilung der Subvention wird K zwar in ihrer Berufsfreiheit (faktisch) erheblich beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung resultiert aber nicht daraus, dass ihrem Konkurrenten H die Subvention erteilt wurde und dieser dadurch der K wirtschaftlich überlegen wäre, sondern aus dem pandemiebedingten Einbruch der Umsätze und Gewinne von K. Hiervon ist H aber in gleichem oder vielleicht sogar noch stärkerem Umfang betroffen, da kleine Betriebe naturgemäß geringere Rücklagen bilden können als große. Daher ist mit dem BVerfG davon auszugehen, dass staatliche Maßnahmen, die „den Wettbewerb erst ermöglichen und begrenzen“⁶¹, keine Eingriffe darstellen. Daher steht K unter den gegebenen Bedingungen kein Anspruch auf Erteilung der Subvention aus Art. 12 Abs. 1 GG zu.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397).

⁵¹ Als Anknüpfungspunkt hierfür würde sich allenfalls die Erkenntnis anbieten, dass Art. 12 GG auch eine wertentscheidende Grundsatznorm darstellt, vgl. etwa *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 30 f.

⁵² Zu dieser strittigen Auffassung und der Gegenauffassung (Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG): *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 387.

⁵³ Vgl. BVerfGE 148, 40 (50).

⁵⁴ So jedenfalls *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 387.

⁵⁵ Siehe dazu etwa *Unger* (Fn. 17), § 8 Rn. 6; *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 406.

⁵⁶ Vgl. etwa BVerwGE 6, 282 (287).

⁵⁷ So BVerwGE 90, 112 (126).

⁵⁸ *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 406 unter Verweis auf BVerfGE 80, 124 (132), wo es um die Vergabe von Subventionen an Presseunternehmen ging, die für das Presseunternehmen unentbehrlich sind.

⁵⁹ So, wenn auch für eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand: BVerwG NJW 1995, 2938 (2939).

⁶⁰ *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 406 unter Verweis auf BVerwGE 6, 282 (287); 104, 220 (221).

⁶¹ BVerfGE 105, 252 (265); 115, 205 (229 f.).

bb) *Zweite Variante: Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) i.V.m. Art. 18 AEUV*

Fraglich ist, ob der K ein grundrechtlicher Anspruch auf Erteilung der Subvention aus Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) i.V.m. Art. 18 AEUV zusteht.

Da Art. 2 Abs. 1 GG seinem Schutzbereich nach nicht auf „Deutsche“ beschränkt ist und letztlich jedes menschliche Verhalten schützt⁶², kann sich K zweifelsohne auf dieses Grundrecht berufen. Unter Anwendung des Art. 18 AEUV gewährt es im vorliegenden Fall einen ebenso weiten Schutzhalt wie Art. 12 Abs. 1 GG (s.o., A. IV. 1. a) bb). Daher stünde K als niederländischem Unternehmen auf Grundlage von Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) i.V.m. Art. 18 AEUV in ebenso weitem Umfang die Wettbewerbsfreiheit zu wie deutschen Wettbewerbern.⁶³

Anmerkung: Letztlich wäre hier dieselbe Argumentation anzuführen, wie bei Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG), d.h. K stünde auch aus Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) i.V.m. Art. 18 AEUV kein Anspruch auf Gewährung der Subvention zu (s.o., aa).

b) *Verletzung durch das BVerwG*

Da der K kein Anspruch auf Erteilung der Subvention aus Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, bzw. Art. 2 Abs. 1 GG [i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG] i.V.m. Art. 18 AEUV) zusteht, kann das BVerwG einen solchen durch seine Nichtanerkennung auch nicht verletzt haben.

2. *Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG*

Denkbar wäre allerdings, dass das BVerwG K im Vergleich zu H in einer Weise ungleich behandelt hat (a), die nicht gerechtfertigt werden kann (b). Für diesen Fall bestünde die Rechtsfolge dieser Diskriminierung der K möglicherweise darin, dass auch K die Subvention zu gewähren wäre (c).⁶⁴

a) *Ungleichbehandlung*

Erforderlich wäre zunächst eine Ungleichbehandlung von „wesentlich gleichem“⁶⁵. Um die (wesentliche) Vergleichbarkeit festzustellen, müssen ein gemeinsamer Bezugspunkt (*tertium comparationis*) und ein gemeinsamer Oberbegriff (*genus proximum*) der Vergleichsgegenstände gefunden werden, um sodann die zwischen ihnen bestehenden Unterschiede (*differentia specifica*) herauszuarbeiten.⁶⁶ Sind diese nur gering, handelt es sich um „wesentlich“ Gleiches; sind sie hingegen nicht nur gering, sind die Gegenstände nicht „we-

sentlich“ gleich, sodass auch keine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung vorläge.⁶⁷ Im vorliegenden Falle liegt der Bezugspunkt des Vergleiches in der (unterbliebenen) Bewilligung der Subvention: Während dem Antrag des H stattgegeben wurde, wurde der Antrag der K abgelehnt. K und H lassen sich auch auf einen gemeinsamen Oberbegriff, nämlich „Hotelbetreiber“, „Unternehmen der Hotellerie“ bzw. „des Gastgewerbes“, etc. bringen. Zwischen K und H bestehen jedoch auch (mindestens) zwei gravierende Unterschiede, nämlich erstens die Unternehmensgröße und zweitens die (fehlende) regionale Verwurzelung. Während H nur ein einziges Haus betreibt, das zudem lange besteht und tief in der Geschichte der Stadt S verwurzelt ist, stellt K eine große, international agierende Unternehmensgruppe mit Sitz in Amsterdam dar, die allein im Bundesland L fünf Häuser betreibt und daher in der Stadt S (bzw. im ganzen Bundesland L) nur genauso stark verwurzelt ist wie an all den anderen Orten, an denen sie eine Niederlassung betreibt. Daher ließe sich vertreten, dass die Unterschiede zwischen K und H bereits so groß sind, dass keine „wesentliche“ Vergleichbarkeit zwischen ihnen bestehe. Näher liegt es aber, die Unterschiede nicht als derart wesentlich anzusehen, dass sie eine verfassungsrechtliche Ungleichbehandlung von vornherein ausschließen würden. Denn letztlich agieren K und H trotz ihrer unterschiedlichen Größe und ihrer stark bzw. gering ausgeprägten Verwurzelung als Konkurrenten auf demselben Markt. Hier keine wesentliche Vergleichbarkeit anzunehmen würde bedeuten, sie ihrem auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützten Grundrechtsschutz zu berauben.

b) *Rechtfertigung*

Unter welchen Anforderungen Ungleichbehandlungen gerechtfertigt werden können, hat das BVerfG im Laufe der Zeit unterschiedlich beurteilt.⁶⁸ Ursprünglich differenzierte es nach der Intensität der Ungleichbehandlung: so konnten Ungleichbehandlungen von geringer Intensität bereits durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden (sog. Willkürformel oder Evidenzkontrolle⁶⁹), während bei Ungleichbehandlungen von größerer Intensität eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen war (sog. Neue Formel⁷⁰). Nach seiner neueren Rspr. verlangt das BVerfG nun stets, d.h. auch bei Ungleichbehandlungen von geringster Intensität, die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁷¹

Vorliegend müsste also – unabhängig davon, als wie intensiv die Ungleichbehandlung einzustufen wäre – zunächst ein legitimer Zweck bestehen, der mit der Ungleichbehandlung verfolgt würde. Als solcher kommt vorliegend die Unterstützung kleinerer, lokal verwurzelter Unternehmen – und damit die Erhaltung der Diversität des Hotelgewerbes – in Betracht.

⁶² Siehe grundlegend BVerfGE 6, 32 (Elfes).

⁶³ Zu diesem Ergebnis gelangt auch, wer die Wettbewerbsfreiheit ohnehin nicht an Art. 12 Abs. 1 GG festmacht, sondern an Art. 2 Abs. 1 GG; so etwa BVerwGE 30, 191 (198); 60, 154 (159); 65, 167 (174).

⁶⁴ Zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG etwa: *Kingreen/Poscher*, (Fn. 3), Rn. 574 ff.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 1, 14 (52); 49, 148 (165).

⁶⁶ Vgl. etwa *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 647 ff.; *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 778 ff.

⁶⁷ Siehe zum Begriff „wesentlich“ etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 780 ff.

⁶⁸ Vgl. dazu etwa die Darstellung bei *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 794 ff.

⁶⁹ Vgl. etwa BVerfGE 17, 122 (130).

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 55, 72 (88).

⁷¹ Vgl. BVerfGE 129, 49 (69); 130, 131 (142).

Dieser Zweck⁷² erscheint aus zwei Gründen insofern legitim, als dadurch Interessen des Allgemeinwohls verfolgt werden. Erstens werden durch die Förderung kleinerer, naturgemäß schwächerer Unternehmen deren Wettbewerbsfähigkeit und damit der Wettbewerb erhalten. Zweitens sind regional verwurzelte Unternehmen (im Gegensatz zu international agierenden Unternehmensgruppen) im Bundesgebiet vollumfänglich steuerpflichtig, sodass sie sich letztlich wieder an der Finanzierung der hiesigen Gemeinwohlaufgaben beteiligen. Zur Förderung dieser Zwecke ist die Ungleichbehandlung auch geeignet, da sie kleinere und lokal ansässige Unternehmen fördert. Ferner ist sie auch erforderlich, da ein milderer, gleich geeignetes Mittel als die Förderung kleinerer und regionaler Unternehmen nicht ersichtlich ist (a.A. bei entsprechender Angabe eines milderen, gleich geeigneten Mittels vertretbar). Denkbar wäre allenfalls eine (zusätzliche) Belastung größerer, internationaler Unternehmen, was aber gerade kein milderer Mittel wäre, sodass hier davon auch abgesehen wurde. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass der Leistungsverwaltung – wie vorliegend dem Landwirtschaftsministerium – bei der Einschätzung der Erforderlichkeit ein besonders großer Einschätzungsspielraum zukommt.⁷³ Damit geht eine entsprechend reduzierte Kontrolldichte der Gerichte einher. Es ist also nicht davon auszugehen, dass das BVerwG, indem es die Entscheidungen des Landwirtschaftsministeriums inhaltlich bestätigte, eine Maßnahme billigte, die nicht erforderlich war und dadurch selbst ein nicht erforderliches Urteil gesprochen hat. Schließlich müsste dieses auch angemessen sein. Dabei ist erstens zu berücksichtigen, ob die Maßnahme an sach- oder personenbezogenen Kriterien anknüpft, wobei erstere eher angemessen sind als letztere (zumal wenn sie an einem Merkmal nach Art. 3 Abs. 3 GG anknüpfen)⁷⁴, und zweitens, dass der Staat bei der Vergabe von Leistungen generell geringeren gerichtlichen Bindungen unterliegt als bei Grundrechtseingriffen.⁷⁵ Welche Personen oder Unternehmen gefördert werden, ist also eine Frage, die der Staat weitgehend frei entscheiden kann, solange er sich dabei an gemeinwohlbezogenen Kriterien orientiert.⁷⁶ Vorliegend hat das Landwirtschaftsministerium und in der Folge das BVerwG rein sachliche Kriterien (nämlich Unternehmensgröße und lokale Verwurzelung) zugrunde gelegt und sich ausschließlich von Gemeinwohlbelangen (nämlich der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit und Finanzierung von Gemeinwohlaufgaben) leiten lassen. Daher erscheinen sowohl die Entscheidungen des Landwirtschaftsministeriums als auch das sie bestätigende Urteil auch nicht unangemessen (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar, beispielsweise unter Verweis darauf, dass K seine Unternehmensgröße und seine Verwurzelung gegenwärtig nur schwer beeinflussen kann).

⁷² Es handelt sich hierbei um einen sog. externen Zweck, der nicht bereits in den Unterschieden der Vergleichsgegenständen angelegt ist (dann wäre es ein sog. interner Zweck), vgl. dazu etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 802 f.

⁷³ Vgl. etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 808 m.w.N.

⁷⁴ Vgl. *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 811, 813 m.w.N.

⁷⁵ Vgl. *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 814.

⁷⁶ *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 814 m.w.N.

c) Rechtsfolge

Da die Ungleichbehandlung von K und H vorliegend gerechtfertigt werden kann, wurde K nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar). Daher stellt sich auch nicht die Frage, welche Rechtsfolge mit einer Verletzung verbunden wäre, d.h. ob auch eine Ausdehnung der Subvention auf K verlangt würde.⁷⁷

3. Ergebnis

Damit hat das BVerwG, indem es die Entscheidungen des Landwirtschaftsministeriums, dem H eine Subvention zu erteilen, K hingegen nicht, inhaltlich bestätigte, K nicht in ihren Grundrechten verletzt.

II. Entscheidung bezüglich der EU-Beihilfe

Fraglich ist, ob das Urteil des BVerwG, soweit es sich auf die Entscheidung des Landwirtschaftsministeriums über die EU-Beihilfe bezieht, die K in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. Als solche kommen in Betracht: die Grundrechte der GRCh (1.) sowie (2.) das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), soweit das BVerwG es unterlassen hat, dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) zu ersuchen.

1. Verletzung der Grundrechte der GRCh

Ausgehend von der neuesten Rspr. des BVerfG (s.o., A. II. 2., A. IV. 1. b), wonach sich dieses vorbehält, in Fällen, die unionsrechtlich „vollständig determiniert“ sind, sind statt den Grundrechten des GG diejenigen der GRCh als Prüfungsmaßstab heranzuziehen⁷⁸. Als solche kommen – wie bei der Erteilung der Subvention aus Bundesmitteln – in Betracht: die Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit gem. Art. 15 f. GRCh⁷⁹ (a), die Eigentumsfreiheit gem. Art. 17 GRCh (b) und das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz gem. Art. 20 GRCh (c).⁸⁰

⁷⁷ Vgl. dazu etwa *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 647, 652 ff.

⁷⁸ Dabei ist noch unklar, ob an diesem Prüfungsmaßstab nur Akte der deutschen öffentlichen Gewalt im Rahmen der Durchführung (Art. 51 Abs. 1 GRCh) von EU-Recht, also beispielsweise der Vollzug einer EU-Verordnung (Art. 288 UAbs. 2 AEUV), zu prüfen sind, oder auch der EU-Rechtsakt (z.B. die Verordnung) selbst, vgl. dazu *Dersarkissian*, ZJS 2022, 31 (33 ff.).

⁷⁹ Der Unterteilung der Schutzgehalte der deutschen Berufsfreiheit (Art. 12 GG) in eine Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh) und eine unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) komme nach Ansicht von *Wollenschläger*, in: Schmidt/Wollenschläger (Fn. 17), § 1 Rn. 95 „keine praktische Bedeutung zu“. Letztere sei allerdings als *lex specialis* von ersterer anzusehen. Bei Rn. 96 wird der persönliche Anwendungsbereich von Art. 15 GRCh zudem auf abhängige Beschäftigte begrenzt (was aber jedenfalls dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist), während Art. 16 GRCh ausschließlich selbständige Tätigkeiten erfassen soll (Rn. 100).

⁸⁰ Denkbar ist auch die Verletzung weiterer Grundrechte. Eher

a) Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit, Art. 15 f. GRCh

Zunächst könnte die Entscheidung des BVerwG K in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 15 GRCh und der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GRCh verletzen. Letztere schützt nach der Rspr. des EuGH⁸¹ u.a. auch „den freien Wettbewerb“. Art. 15 GRCh gewährt, wie sich dem Wortlaut des Abs. 1 entnehmen lässt, auch die Berufsausübungsfreiheit. Allerdings ist bislang – in Ermangelung von EuGH-Rspr. – unklar, wie weit diese reicht⁸², ob sich hierauf auch juristische Personen berufen können⁸³ und ob sich aus ihr auch ein Anspruch auf Gewährung einer Subvention ergeben kann. Allerdings hat das BVerfG – am Beispiel der Berufsfreiheit, deren unionsrechtliches Pendant es allerdings nicht in Art. 15, sondern Art. 16 GRCh sieht⁸⁴ – entschieden, dass zwischen den drei Grundrechtskatalogen „aus GG, GRCh und EMRK“ sowohl hinsichtlich der Verpflichteten und der Struktur⁸⁵ als auch „inhaltlich eine weitgehende Deckungsgleichheit“⁸⁶ bestehe. Dies gelte insbesondere auch für Art. 16 GRCh⁸⁷.

Unter Heranziehung dieses Prüfungsmaßstabes wäre die Frage der Verletzung der K in ihren Grundrechten aus Art. 15 f. GRCh letztlich genauso zu beantworten wie die aus Art. 12 Abs. 1 GG (bzw. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 18 AEUV): Da K aus diesen Grundrechten kein Anspruch auf Erteilung einer Subvention zusteht (s.o., B. I. 1. und 2.), besteht auch kein Anspruch aus Art. 15, 16 GRCh.

fernliegend ist hingegen eine Prüfung der Diskriminierungsverbote des Art. 21 GRCh, da an keines der genannten Merkmale angeknüpft ist (daher wurde bei der Vergabe der Subvention aus dem Bundshaushalt nicht Art. 3 Abs. 3 GG geprüft).

⁸¹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 22.1.2013 – C-283/11 (Sky Österreich), Rn. 42; EuGH, Urt. v. 17.10.2013 – C-101/12 (Schaible), Rn. 25; EuGH, Urt. v. 30.6.2016 – C-134/15 (Lidl), Rn. 28; EuGH, Urt. 20.12.2017 – C-277/16 (Polkomtel), Rn. 50.

⁸² Plastisch: *Jarass* (Fn. 46), Art. 15 Rn. 8: „Wieweit dabei jede Berufsausübung gewährleistet ist, führt in unsicheres Gelände.“

⁸³ Siehe zum Streitstand: *Jarass* (Fn. 46), Art. 15 Rn. 9 m.w.N.

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 57; Begründet wird dieser Schritt nicht. Er dürfte aber dadurch zu erklären sein, dass Art. 16 GRCh eben als *lex specialis* zu Art. 15 GRCh angesehen wird (s.o.).

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 58.

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 67. Siehe dagegen noch BVerfGE 152, 216 (233 f.), worin das BVerfG noch betont hatte, dass die Grundrechte aus GRCh und GG nicht vollständig deckungsgleich seien. Ähnlich dagegen *Wollenschläger* (Fn. 79), § 1 Rn. 97, der sogar für eine sinngemäße Anwendung der Drei-Stufen-Theorie plädiert, auch wenn es sich hierbei nicht um eine „dogmatische Figur des Unionsrechts“ handle.

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 74 ff., wo das BVerfG aus Art. 16 GRCh einen Anspruch auf Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen abgeleitet hat.

Anmerkung: Denk- und vertretbar wäre es natürlich auch, hier eine vollständige Prüfung von Art. 15 f. GRCh vorzunehmen. Dies dürfte allerdings insofern schwierig werden, als der EuGH – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden hat, inwiefern sich hieraus ein Anspruch auf Erteilung einer Subvention ableiten lässt. Letztlich müsste die Frage dann also ein Stück weit offenbleiben, was wiederum Auswirkungen darauf hat, ob das BVerwG sie dem EuGH hätte nach Art. 267 UAbs. 3 AEUV vorlegen müssen (dazu gleich, 2.).

b) Eigentumsfreiheit, Art. 17 GRCh

Unter Anwendung der soeben angeführten Rspr. des BVerfG ließe sich auch relativ kurz begründen, warum ein Anspruch auf Erteilung nicht aus dem Eigentumsgrundrecht des Art. 17 GRCh folgen kann. Dieses Ergebnis wird durch die hierzu bereits vorhandene Rspr. des EuGH bestätigt: So umfasst der unionsrechtliche Eigentumsbegriff sämtliche „vermögenswerte Rechte, aus denen sich im Hinblick auf die Rechtsordnung eine gesicherte Rechtsposition ergibt, die eine selbstständige Ausübung dieser Rechte durch und zugunsten ihres Inhabers ermöglicht.“⁸⁸ Öffentlich-rechtliche Leistungen wie Beihilfen sind davon nur erfasst, wenn sie auf einer Eigenleistung beruhen.⁸⁹ Schon deshalb scheidet ein Anspruch der K aus Art. 17 GRCh. Hinzu kommt noch, dass K die Beihilfe noch gar nicht erteilt (und auch noch nicht zugesichert⁹⁰) wurde. Doch auch das unionsrechtliche Eigentumsgrundrecht schützt nur das Erworben (bzw. den „Bestand“⁹¹), nicht aber den Erwerb. Damit kann ein Anspruch der K aus Art. 17 GRCh ausgeschlossen werden (und ein Vorabentscheidungsersuchen wäre insofern nicht erforderlich).

c) Gleichheit vor dem Gesetz, Art. 20 GRCh

Denkbar wäre allenfalls eine Verletzung von Art. 20 GRCh. Insofern ist jedenfalls anerkannt, dass auch die Vergabe von Subventionen und Beihilfen hieran zu messen sind.⁹² Nach Art. 20 GRCh „dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre.“⁹³ Die Dogmatik dieses Grundrechts ähnelt dabei derjenigen des Art. 3 Abs. 1 GG sehr: Auch Art. 20 GRCh verlangt zunächst eine Ungleichbehandlung, die wiederum vorliegt, wenn vergleichbare Sach-

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 22.1.2013 – C-283/11 (Sky Österreich), Rn. 34.

⁸⁹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 24.3.1994 – C-2/92 (Bostock), Rn. 19.

⁹⁰ Allerdings kann die vorläufige Zusage einer Subvention Eigentum i.S.v. Art. 1 ZP 1 EMRK begründen, vgl. EGMR, Urt. v. 18.5.2010 – 16021/02 (Plalam S. P. C./ITA), Z. 38; an einer solchen Zusage fehlt es hier aber.

⁹¹ Vgl. *Wollenschläger* (Fn. 79), § 1 Rn. 95 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 12.7.2005 – C-154/04 (Alliance for Natural Health u.a.) und EuGH, Urt. v. 12.7.2005 – C-155/04 (Alliance for Natural Health u.a.), Rn. 127 f.

⁹² EuGH, Urt. v. 28.6.2005 – C-189/02 (Dansk Rørindustri/Kommission), Rn. 211.

⁹³ EuGH, Urt. v. 19.10.1977 – C-117/76 (Ruckdeschel), Rn. 7.

verhalte in unterschiedlicher Weise behandelt werden.⁹⁴ Eine solche Ungleichbehandlung ist vorliegend gegeben (s.o., B. I. 3., a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar). Auch hinsichtlich der Rechtfertigung gelten ähnliche Vorgaben wie bei Art. 3 Abs. 1 GG: so muss die Ungleichbehandlung ein legitimes Ziel verfolgen – wobei ein weiter Gestaltungsspielraum zuzugestehen ist – und verhältnismäßig sein.⁹⁵ Hier dient die EU-Beihilfe der Förderung von in der EU ansässigen kleineren und mittelständischen Unternehmen. Hiermit verfolgt die EU dasselbe legitime Ziel wie die Bundesregierung, nämlich die Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit und die Refinanzierung von Gemeinwohlaufgaben innerhalb der EU. Problematisch ist, dass der Begriff der „kleinen und mittelständischen Unternehmen“ in dem „CovEUA“-Programm nicht definiert oder – etwa anhand von Umsätzen, Gewinnen oder Vermögen – näher umschrieben wird. Insofern wird den Mitgliedstaaten ein entsprechender Beurteilungs- oder Einschätzungsspielraum eingeräumt, der von den nationalen Gerichten und dem EuGH nur beschränkt kontrolliert werden kann. Da vorliegend nichts darauf hindeutet, dass das Landwirtschaftsministerium seinen Beurteilungsspielraum überschritten hätte, war das BVerwG auch nicht angehalten, die Entscheidung des Landwirtschaftsministeriums näher zu überprüfen (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar). Damit liegt auch keine Verletzung von Art. 20 GRCh vor (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar).

2. Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Fraglich ist schließlich, ob das BVerwG, indem es kein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV eingeleitet hat, K ihren „gesetzlichen Richter“ entzogen und sie dadurch in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt hat.

Die Norm garantiert den Einzelnen das Recht, dass der über ihren Fall entscheidende „Richter“ vorab anhand abstrakt-genereller Merkmale festgelegt sein muss.⁹⁶ Damit richtet sich die Norm also zunächst an den Gesetzgeber, da dieser durch den Erlass entsprechend abstrakt-genereller Merkmale die Unabhängigkeit der Justiz sichern muss.⁹⁷ Doch auch die Rechtsprechung kann den Einzelnen ihren gesetzlich vorbestimmten Richter entziehen, allerdings nur dadurch, dass sie die gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen „willkürlich unrichtig“ anwendet.⁹⁸ Diese Einschränkung ist notwendig, da sonst jeder Gesetzes- zugleich einen Verfassungsverstoß begründen würde. Eine solche willkürliche Verkennung von Zuständigkeitsregelungen könnte sich vorliegend daraus ergeben, dass das BVerwG seine nach Art. 267 UAbs. 3 AEUV bestehende Vorlagepflicht zum EuGH entweder willkürlich verkannt oder den ihm zustehenden Beur-

teilungsspielraum bewusst überschritten hat.⁹⁹ „Richter“ i.S.v. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sind nämlich nicht nur alle an einem staatlichen Gericht im Richteramt (sei es haupt-, ehren- oder nebenamtlich) tätigen Personen, sondern auch die Richter am EuGH.¹⁰⁰ Eine „willkürliche“ Verkennung der Vorlagepflicht nimmt das BVerwG jedoch nur in drei Fällen an, nämlich erstens: wenn das letztinstanzliche staatliche Gericht – obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der Auslegung einer Unionsrechtsnorm hat – eine Vorlage an den EuGH überhaupt nicht in Betracht zieht (grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht), zweitens: wenn das letztinstanzliche staatliche Gericht bewusst gegen eine bestehende EuGH-Rspr. verstößt (bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft) oder wenn eine Materie noch nicht vollständig vom EuGH entschieden wurde und das letztinstanzliche staatliche Gericht seinen Beurteilungsspielraum überschreitet (Unvollständigkeit der Rechtsprechung).¹⁰¹ Gegen eine grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht spricht hier, dass das BVerwG K auf die Rspr. des BVerwG hingewiesen hat, wonach dieses über die GRCh wacht. Auch eine grobe Verkennung des Beurteilungsspielraumes ist vorliegend nicht gegeben, da nicht ersichtlich ist, dass es hinsichtlich der vom EuGH zu entscheidenden Rechtsfrage – nämlich seiner Einordnung als „kleines oder mittelständisches Unternehmen“ und der Vereinbarkeit der Nichterteilung der EU-Beihilfe mit der GRCh – in der Literatur oder der Judikatur Stimmen gäbe, welche die Rechtsauffassung der K bestätigten (a.A. vertretbar).

Damit wurde K auch nicht in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt (a.A. vertretbar).

C. Ergebnis

Damit ist festzuhalten, dass die Verfassungsbeschwerde der K zwar zulässig, aber insgesamt unbegründet ist und daher keine Aussicht auf Erfolg hat (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar).

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 7.7.1993 – C-217/91 (Spanien/Kommission), Rn. 37; EuGH, Urt. v. 13.12.1994 – C-306/93 (Winzersekt), Rn. 30.

⁹⁵ Vgl. etwa *Jarass* (Fn. 46), GRCh Art. 20 Rn. 16–18.

⁹⁶ Vgl. etwa *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 1316.

⁹⁷ Vgl. *Epping* (Fn. 2), Kap. 18 Rn. 932.

⁹⁸ BVerfGE 75, 223 (234).

⁹⁹ Vgl. BVerfG NJW 1998, 2811 (2813).

¹⁰⁰ Vgl. BVerfGE 73, 339 (367 ff.); 182, 159 (192 ff.).

¹⁰¹ Vgl. etwa BVerfGE 82, 159 (195 f.); 126, 286 (316 f.); siehe zur dritten Gruppe etwa: BVerfG NJW 2010, 1268; BVerfGE 126, 286 (316 f.).