

Rückforderung von Zuwendungen bei Vergaberechtsverstößen

Beigeordneter Norbert Portz, Deutscher Städte- und Gemeindebund

I. Ausgangslage

1. Investitionen in kommunale Infrastruktur oft nur mit Zuwendungen möglich

In Deutschland besteht ein großer Nachholbedarf beim Ausbau und der Verbesserung der kommunalen Infrastruktur. Nicht nur marode Straßen, Brücken und Kanäle belegen dies. Auch beim Ausbau von Kindertagesstätten, der Sanierung von Schulen, der Umsetzung der nötigen Verkehrswende sowie bei Maßnahmen zum Klimaschutz und der Digitalisierung besteht ein großer Investitionsbedarf. Die Corona-Krise lässt durch einbrechende Steuer- und sonstige Einnahmen und wachsende Ausgaben den Investitionsrückstand der Kommunen weiter steigen. Nach einer Studie der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) von Anfang Juni 2020 beläuft sich der Investitionsrückstand bei den deutschen Kommunen auf 147 Milliarden Euro. Er ist damit nochmals um 9 Prozent gegenüber dem Vorjahr angewachsen. Umso wichtiger ist es, dass die Corona-bedingten Gewerbe- und Einkommensteuerausfälle der Kommunen auch in den Jahren 2021 und den folgenden Jahren durch Bund und Länder kompensiert werden.

Die damit dringend nötigen Investitionen in die kommunale Infrastruktur sind oft nur dann möglich, wenn hierfür öffentliche Fördermittel und Zuwendungen erfolgen. Für die Kommunen sind etwa Europäische Strukturfördermittel (s. EFRE = Europäischer Fonds für regionale Entwicklung; ELER = Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums) zu nennen. Aber auch Zuwendungen durch Bund und Länder an die Kommunen sind gerade infolge der Corona-Pandemie und der dadurch dringend nötigen Stärkung der örtlichen Wirtschaft erforderlich. Dem müssen Bund und Länder durch dauerhaftere „Corona-Konjunkturpakete“ nachkommen.

2. Zuwendung: Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot sowie Freiwilligkeit

Nach § 23 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) sind Zuwendungen *„Ausgaben für Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke“*.

Entsprechende Definitionen enthalten auch die für die Kommunen relevanteren Landeshaushaltsordnungen (siehe zum Beispiel § 23 LHO NRW). Danach dürfen Zuwendungen nur gewährt werden,

„wenn das Land an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann“.

Dieses Subsidiaritätsprinzip ist für Zuwendungen ebenso kennzeichnend wie das Gebot der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit (s. Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG; § 6 HGrG). Trotz dieser rechtlichen Vorgaben kennzeichnet eine Zuwendung, dass diese stets freiwillig und auf Antrag des Zuwendungsempfängers erfolgt und damit einen Rechtsanspruch und eine Einklagbarkeit des Begünstigten nicht begründet. Dementsprechend sind insbesondere Sachleistungen und Leistungen, auf die der Empfänger

einen dem Grund und der Höhe nach unmittelbar durch Rechtsvorschrift begründeten Anspruch hat, keine Zuwendungen.

3. Vergaberecht und Zuwendungsrecht: Unterschiede und Verbindungen

Die Freiwilligkeit im Zuwendungsrecht unterscheidet dieses vom Vergaberecht. Das Vergaberecht begründet stets einen Austausch von Leistung und Gegenleistung zwischen öffentlichen Auftraggebern auf der einen und Unternehmen auf der anderen Seite (s. § 103 Abs. 1 GWB). In diesem Verhältnis werden auch beiderseitige Rechtsansprüche (Leistungserbringung des Unternehmens und Entgeltzahlung des Auftraggebers) begründet. Demgegenüber findet beim Zuwendungsrecht kein direkter Leistungsaustausch zwischen dem Zuwendungsgeber und dem Empfänger der Zuwendung statt. Dennoch gibt es zwei maßgebliche Schnittstellen zwischen dem Vergabe- und dem Zuwendungsrecht:

Die erste Verknüpfung ergibt sich aus § 99 Nr. 4 GWB für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte. Danach sind öffentliche Auftraggeber

„natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren von Stellen, die unter § 99 Nr. 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 % finanziert werden“.

Dieser Bestimmung liegt der Gedanke zugrunde, dass es rechtlich keinen Unterschied macht, ob ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB Aufträge unmittelbar selbst vergibt oder aber seine Mittel durch eine Förderung (Zuwendung) von über 50 % an Dritte und auch an natürliche Personen des privaten Rechts weitergibt, damit diese bestimmte Aufgaben der Daseinsvorsorge für ihn erfüllen.

Die zweite Verknüpfung zwischen Vergabe- und Zuwendungsrecht betrifft die regelmäßig vom Zuwendungsgeber mit seinen Zuwendungen auferlegten Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen (ANBest). Diese Nebenbestimmungen kommen in verschiedenen Formen (ANBest-P: Projektförderung; ANBest-I: Institutionelle Förderung sowie ANBest-G/K: Förderung der Gemeinden/Kommunen) vor. Mit diesen Allgemeinen Nebenbestimmungen geben die Zuwendungsgeber den Zuwendungsempfängern als Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Verwendung der Zuwendung regelmäßig die Einhaltung der Regeln des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, Teil 4), der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A), der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) und der Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte – Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), die die VOL/A abgelöst hat, vor.

II. Inhalt und Rechtsnatur der ANBest

1. Regelvorgabe: Beachtung des Vergaberechts durch Zuwendungsempfänger

Der Gehalt der entweder auf der Bundeshaushaltsordnung oder den Landeshaushaltsordnungen beruhenden ANBest differiert zwar vom Wortlaut her in Einzelheiten. Im Grundsatz ist das mit den ANBest vorgegebene Ziel zur Anwendung der VOB/A bzw. VgV und der UVgO aber einheitlich. So bestimmt etwa die Anlage 1 der Verwaltungsvorschrift Nr. 5.1 zu § 44 BHO unter Nr. 3 „Vergabe von Aufträgen“ folgendes:

„3.1 Wenn die Zuwendung oder bei Finanzierung durch mehrere Stellen der Gesamtbetrag der Zuwendung mehr als 100 000 Euro beträgt, sind anzuwenden

- *bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen der Abschnitt I der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB),*
- *bei der Vergabe von Aufträgen für Lieferungen und Dienstleistungen der Abschnitt I der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL).“* (Anmerkung: Heute meist UVgO)

Die Zuwendungsempfänger werden durch diese „klein gedruckten“ und oft nicht ausreichend wahrgenommenen Vorgaben verpflichtet, bei der Vergabe ihrer Aufträge wie ein öffentlicher Auftraggeber zu handeln und das Vergaberecht anzuwenden. Besonders ins Gewicht fällt, dass diese Verpflichtung zur Anwendung des komplexen Vergaberechts auch bei Zuwendungen der öffentlichen Hand an rein natürliche Personen des privaten Rechts gilt. Dies ist damit der einzige Fall, in dem bei Zuwendungen, die sich unterhalb der 50%-igen „Kontroll- und Beherrschungsgrenze“ des § 99 Nr. 2 a) GWB bewegen, rein natürliche Personen an das Vergaberecht gebunden werden.

Weitere Vorgaben, die an den Zuwendungsbescheid gekoppelt sind, sind regelmäßig Mitteilungspflichten des Zuwendungsempfängers gegenüber dem Zuwendungsgeber. Diese beziehen sich speziell darauf, ob sich die mit der Bewilligung der Zuwendung verbundenen Umstände geändert haben oder weggefallen sind. Auch hat der Zuwendungsempfänger Nachweispflichten über die ordnungsgemäße Verwendung der Zuwendung zu erbringen. Darüber hinaus ist die Bewilligungsbehörde nach den ANBest berechtigt, die ordnungsgemäße Verwendung der Zuwendung – auch durch Einsichtnahme in die „Bücher“ des Zuwendungsempfängers - zu prüfen. In der Folge kann der Zuwendungsgeber eine Rückforderung der Zuwendung insbesondere dann verlangen, wenn die Zuwendung entweder durch unrichtige Angaben erwirkt oder nicht für den vorgesehenen Zweck eingesetzt wurde. Dabei kommt dem Verstoß gegen das Vergaberecht bei der Rückforderung der Zuwendungsmittel eine besondere Rolle zu.

2. ANBest-Rechtsnatur: Regel ist öffentlich-rechtliche Auflage nach dem VwVfG

Die Rechtsnatur der ANBest hängt von der jeweiligen Art und Weise der konkreten Förderung ab:

In der Regel wird die Zuwendung durch den Zuwendungsgeber auf öffentlich-rechtlicher Grundlage durch Verwaltungsakt (Zuwendungsbescheid) gegenüber dem Empfänger gewährt. Dies bedeutet, dass die Allgemeinen Nebenbestimmungen jeweils

eine Auflage zu dem zugrundeliegenden Verwaltungsakt mit dem Inhalt einer Widerrufsmöglichkeit bei Nichterfüllung darstellen (siehe §§ 36 Abs. 2 Nr. 4, 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG). Folge ist, dass das bei Rechtsstreitigkeiten über die Rechtmäßigkeit des Widerrufs der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO eröffnet ist, da sich der Zuwendungsempfänger regelmäßig in einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit gegen einen Verwaltungsakt wendet.

Die Zuwendung kann aber auch in zivilrechtlicher Form gewährt werden. Dieser Sachverhalt lag einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹ zugrunde. Dabei ging es um einen öffentlichen Zuschuss einer Landesbank für den Umbau eines Betriebsgeländes. Die Landesbank hatte eine Rückforderung in Millionenhöhe von dem Zuwendungsempfänger eingefordert, weil die Prüfer im Rahmen ihrer Prüfung des Verwendungsnachweises festgestellt hatten, dass der Zuwendungsempfänger nicht - wie vergaberechtlich vorgesehen - im Offenen Verfahren die von ihm vergebenen Leistungen ausgeschrieben hatte. Der BGH hat in diesem Fall darauf abgestellt, dass es sich bei der zwischen der Investitionsbank und dem Zuwendungsempfänger geschlossenen Vereinbarung um einen privatrechtlichen Vertrag handelt. Die von der Investitionsbank auferlegten Bestimmungen und Auflagen stellen danach Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) dar, die nach rein zivilrechtlichen Grundlagen auszulegen seien. Folge war, dass der Zivilrechtsweg eröffnet war.

Sowohl bei einem öffentlich-rechtlichen als auch bei einem zivilrechtlichen Charakter der Allgemeinen Nebenbestimmungen ist die Rechtsfolge die Gleiche: In beiden Fällen ist die Gewährung der Zuwendung durch den Zuwendungsgeber an den Empfänger mit der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Anwendung des Vergaberechts verbunden. Auch kann in beiden Fällen ein Verstoß gegen diese Vorgaben zum Widerruf der Zuwendung führen.

III. Bestimmtheit des Zuwendungsbescheids?

Insbesondere dann, wenn die Zuwendung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage gewährt wird und damit in Form eines Verwaltungsakts ergeht, ist angesichts der oft erfolgenden pauschalen Vorgaben (Auflagen) zur „*Anwendung des GWB, der VOB, der VgV und der UVgO*“ zu fragen, ob dieser Verwaltungsakt dem Bestimmtheitsgebot („*Ein Verwaltungsakt muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein*“) des § 37 Abs. 1 VwVfG genügt. Mit dieser allgemeinen Auflage im Zuwendungsbescheid wird aber zum Beispiel nicht deutlich, welche konkrete Fassung der VOB/A Anwendung findet. Dabei sind zwei Verweisungsmöglichkeiten auf die jeweiligen Fassungen denkbar:

Zum einen ist es in Anbetracht des pauschalen Verweises möglich, dass eine dynamische Verweisung stattfindet. Damit würde der jeweilige Zeitpunkt der konkreten Auftragsvergabe darüber entscheiden, welche jeweilige Fassung etwa der VOB/A Anwendung findet. Dieser Zeitpunkt der Auftragsvergabe wäre damit auch für die Frage maßgeblich, welches konkrete Vergaberecht über die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit des Umgangs mit der Zuwendung zugrunde zu legen ist. Zum anderen ist aber auch eine statische Verweisung dergestalt denkbar, dass der Zeitpunkt der konkreten Bekanntgabe des Zuwendungsbescheides für die jeweils geltende Fassung der VOB/A entscheidend ist. Eine den Geboten der notwendigen Bestimmtheit des Verwaltungsakts und damit des Zuwendungsbescheids (§ 37 Abs. 1 VwVfG) genügende

¹ BGH, Urteil vom 17.11.2011 – Az.: III ZR 234/10.

Auslegung dürfte es erfordern, dass der Zeitpunkt der Bekanntmachung des Bescheids und damit eine statische Verweisung zugrunde zu legen ist ². Insoweit bestimmt § 43 Abs. 1 VwVfG:

„Ein Verwaltungsakt wird gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird. Der Verwaltungsakt wird mit dem Inhalt wirksam, mit dem er bekannt gegeben wird.“

Der Zuwendungsempfänger ist daher zumindest dann, wenn nichts Weiteres in den Allgemeinen Nebenbestimmungen bzw. durch den Zuwendungsgeber konkretisiert worden ist, gut beraten, für die Frage der Anwendung des jeweiligen Vergaberechts auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung des Zuwendungsbescheids abzustellen.

IV. Rechtsschutz im Vergaberecht versus Rückforderung von Zuwendungen

Bei einem Vergleich des bestehenden Rechtsschutzes im Vergaberecht gegenüber den entsprechenden Sanktionsmöglichkeiten im Zuwendungsrecht fallen die unterschiedlich hohen Hürden ins Auge:

1. Hohe Hürden für Geltendmachung von Vergaberechtsschutz

a) EU-Vergaben: Hürden für Einleitung von Nachprüfungsverfahren

Beim Rechtsschutz im Vergaberecht muss ein Antragsteller für die Einleitung von Nachprüfungsverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte sowohl ein Interesse am Auftrag als auch eine Verletzung in seinen subjektiven Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen (§ 160 Abs. 2 S. 1 GWB). Dabei hat er darzulegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 160 Abs. 2 S. 2 GWB). Im Übrigen ist ein Nachprüfungsantrag nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB dann unzulässig, soweit der Antragsteller nach Erkennen des Vergabeverstößes im Vergabeverfahren diesen nicht innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat. Nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag auch unzulässig, soweit ein Antragsteller Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat.

Erleichtert wird ein Nachprüfungsantrag durch Unternehmen allerdings bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte durch die zwingend vom Auftraggeber einzuhaltende Informations- und Wartepflicht gemäß § 134 GWB. Auch die in § 135 GWB vorgesehene Möglichkeit von Antragstellern, bei Verstößen gegen die Informations- und Wartepflicht des § 134 GWB die Unwirksamkeit des dennoch abgeschlossenen Vertrages in einem Nachprüfungsantrages geltend zu machen (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 GWB), stärkt die Rechte des Antragstellers.

² Siehe auch EuGH, Urteil vom 11.07.2013 – C-576/10: Der EuGH stellt für den Zeitpunkt der Anwendbarkeit einer EU-Vergaberichtlinie auf den Zeitpunkt der Wahl des Verfahrens durch den öffentlichen Auftraggeber und – aus Gründen der Rechtssicherheit – nicht auf das Datum der Auftragsvergabe ab.

b) Nationale Vergaben: Grundsätzlich keine Vorabinformationspflicht

Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte steht einem Auftraggeber grundsätzlich kein vergaberechtlicher Primärrechtsschutz vor den Vergabekammern zu. Auch ist die zwingende Informations- und Wartepflicht durch den öffentlichen Auftraggeber nach § 134 GWB nicht entsprechend auf Unterschwellenvergaben anwendbar. Insofern besteht keine unbewusste Regelungslücke. Folgerichtig haben jüngst sowohl das Kammergericht Berlin³ als auch kurze Zeit später das OLG Celle⁴ einer entsprechenden Anwendung des § 134 GWB auf Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte eine deutliche Absage erteilt.

Die beiden Gerichte sprechen sich damit deutlich gegen eine vielfach kritisierte Entscheidung des OLG Düsseldorf⁵ aus. Dieses hatte in seinem Beschluss in Form eines obiter dictums die Ansicht geäußert, dass gewichtige Gründe dafür sprechen, dass auch bei einer Unterschwellenvergabe die Auftraggeber die Informations- und Wartepflicht zu beachten hätten. Die durch diese Entscheidung ausgelöste Rechtsunsicherheit bei öffentlichen Auftraggebern dürfte durch die beiden Urteile des KG Berlin und des OLG Celle vom Januar 2020 beendet sein.

c) Unternehmen auf Zivilrechts- und Schadensersatzklagen angewiesen

Daher ist ein Unternehmen bei Vergaberechtsverstößen im Unterschwellenbereich grundsätzlich darauf angewiesen, seine primärrechtlichen Ansprüche bei Inanspruchnahme des Gerichtsweges per einstweiliger Verfügung vor den Landgerichten geltend zu machen⁶. Allerdings haben verschiedene Länder (s. Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Schleswig-Holstein und künftig auch Rheinland-Pfalz) durch eigene Landesregelungen den öffentlichen Auftraggebern und besonders den Kommunen auferlegt, die nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter im Vergabeverfahren auch bei Unterschwellenbereich vor der Zuschlagserteilung über deren Nichtberücksichtigung etc. zu informieren.

Ist ein Zuschlag durch den Auftraggeber erteilt und damit der Vertrag zustande gekommen, steht einem Unternehmen bei Vergaberechtsverstößen grundsätzlich „nur“ noch ein Schadensersatzanspruch zu. Die Schadenshöhe für die Unternehmer ist jedoch begrenzt. So steht einem Unternehmen nach § 181 GWB (Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte) grundsätzlich nur ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse) zu. Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber gegen eine den Schutz des Unternehmens bezweckende Vorschrift verstoßen hat und das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine „echte Chance“ gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde.

³ KG Berlin, Urt. v. 07.01.2020 – 9 U 79/19.

⁴ OLG Celle, Urt. v. 09.01.2020 – 13 W 56/19.

⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.12.2017 – 27U 25/17.

⁶ OLG Düsseldorf, IBR 2012, 280.

Die Ersatzansprüche eines Unternehmens sind danach grundsätzlich auf die Kosten der Vorbereitung seines Angebots oder die Kosten der Teilnahme an einem Vergabeverfahren begrenzt. Hinzu kommt, dass ein Angebot nur dann eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, wenn es innerhalb des konkreten Wertungsspielraums der Vergabestelle gelegen hätte, daraufhin auch tatsächlich den Zuschlag zu erteilen⁷. Das Erfüllungsinteresse, also den entgangenen Gewinn, kann ein Unternehmen darüber hinaus zum einen nur dann geltend machen, wenn auch tatsächlich ein Zuschlag (Vertragsschluss) erteilt wurde. Zum anderen muss das Unternehmen darlegen und beweisen, dass es bei einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch den Zuschlag erhalten hätte⁸. Dabei muss sich dieses Unternehmen jedoch selbst bei einem entsprechenden Nachweis ersparte Aufwendungen und anderweitige Erwerbsmöglichkeiten anrechnen lassen (s. § 648 S. 2 BGB).

2. Niedrige Hürden für Rückforderungen im Zuwendungsrecht

Gegenüber diesen vergaberechtlichen Nachprüfungs- und Schadensersatzansprüchen sind die Rückforderungsmöglichkeiten für Zuwendungsgeber auf Basis zuwendungsrechtlicher Bestimmungen (Runderlasse und ANBest) sehr viel einfacher. So wird etwa oftmals bestimmt, dass dann, wenn der Zuwendungsempfänger

die sich aus dem GWB, der VOB, der VgV oder der UVgO sich ergebenden Regeln nicht beachtet, die Bewilligungsbehörde den Zuwendungsbescheid ganz oder teilweise mit Wirkung auch für die Vergangenheit widerrufen und die Zuwendung zurückfordern kann.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass – anders als bei den vergaberechtlichen Nachprüfungs- und Schadensersatzverfahren - im Zuwendungsrecht damit potentiell jeder Vergabeverstoß eine Rückforderung der Zuwendung auslösen kann.

Bedenkt man, dass die Fehleranfälligkeit im Vergabeverfahren hoch ist, beinhaltet die grundsätzliche Rückforderungsmöglichkeit bei Verstößen gegen das Vergaberecht eine erhebliche Sanktionsmöglichkeit gegenüber den Zuwendungsempfängern. Dem steht nicht entgegen, dass diese bei öffentlich-rechtlicher Gewährung der Zuwendung (Verwaltungsakt) und einer hierauf beruhenden Rückforderung nach § 28 Abs. 1 VwVfG angehört werden müssen.

Hinzu kommt im Vergleich zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren vor Vergabekammern (siehe etwa das Rügeerfordernis der Unverzüglichkeit gegenüber dem Auftraggeber in § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB), dass Rückforderungsansprüche für gewährte Zuwendungen grundsätzlich noch lange Zeit nach Abschluss des Vergabeverfahrens und damit ohne Fristablauf für die Vergangenheit vorgebracht werden können. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Rückforderungsansprüche wegen eines Verstoßes gegen das Vergaberecht auch gegenüber rein natürlichen privaten Personen (Bsp.: Privater Eltern-Träger eines Kindergartens) als Zuwendungsempfänger geltend gemacht werden können. Für diese muss das Vergaberecht aber regelmäßig als „fremdes Rechtsgebiet“ angesehen werden.

⁷ BGH, Urteil vom 27.11.2007 – X ZR 18/07.

⁸ BGH, VergabeR 2007, 750 ff.

3. Unterschiedlich hohe Hürden bei Vergabeverstößen fallen ins Gewicht

Im Ergebnis sind damit verschieden hohe Hürden zwischen den Rechtsschutzmöglichkeiten im Vergaberecht einerseits und den Rückforderungsmöglichkeiten im Zuwendungsrecht festzustellen. Diese Unterschiede fallen umso mehr ins Gewicht, als dass zumindest für die vergaberechtlichen Primärrechtsansprüche oberhalb der EU-Schwellenwerte eigens eingerichtete und mit Fachpersonal ausgestattete Vergabekammern und Vergabesenate in den Nachprüfungsverfahren zuständig sind. Demgegenüber müssen im Zuwendungsrecht grundsätzlich nicht unbedingt mit dem Vergaberecht täglich befasste öffentliche Zuwendungsgeber die Einhaltung eines für sie „eher fremden“ Rechtsgebiets prüfen. Dies ist umso bedenklicher, als dass eine Rückforderung einer Zuwendung sich je nach den jeweiligen Voraussetzungen auf eine Summe von 100 % der gewährten Zuwendung belaufen kann. Für eine Projektfinanzierung gerade gegenüber natürlichen Personen kann dies aber mit sehr einschneidenden Folgen im Nachhinein verbunden sein.

V. Regelwiderruf der Zuwendung bei schweren Vergabeverstößen

Besonders gravierend werden die Vorgaben des Zuwendungsrechts dann, wenn ein „schwerer Verstoß“ gegen das Vergaberecht vorliegt. Bei einem „schweren Verstoß“ gegen das Vergaberecht sehen Runderlasse der Bundesländer vor, dass

„grundsätzlich ein Widerruf des Zuwendungsbescheids und die Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung vorzunehmen ist“⁹.

Im Weiteren bestimmen die jeweiligen Runderlasse bzw. Richtlinien über die Rückforderung von Zuwendungen wegen Vergabeverstößen u. a., dass

„im Interesse eines möglichst einheitlichen Verwaltungsvollzugs und zur gebotenen Gleichbehandlung der Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger bei schweren Verstößen gegen die VOB und VOL im Regelfall förderrechtliche Konsequenzen dergestalt zu ziehen sind, dass die Kosten für die jeweilige Auftragseinheit (z. B. Teillos oder Fachlos), bei der der Verstoß ermittelt wurde, von der Förderung ausgeschlossen werden“¹⁰.

VI. Konkrete Bestimmung des schweren Verstoßes

Sehr bemerkenswert sind weiter die konkrete Festlegung der „schweren Verstöße“ gegen Vergaberecht in den jeweiligen Erlassen und Richtlinien. Dabei wird beispielhaft auf die im Runderlass des Finanzministeriums NRW getroffenen Regeln abgestellt. Danach liegen / lagen schwere Vergabeverstöße speziell in folgenden Fällen vor:

- Verstoß gegen die Vergabeart ohne die im Regelwerk zugelassenen Sachgründe.

⁹ S. als Beispiel wegen seiner detaillierten Regelungen den Runderlass des Finanzministeriums NRW vom 18.12.2003 – I 1-0044-3/8 - mit Stand vom 01.07.2013, Nr. 2, der durch Runderlass der Landesregierung vom 10. Juni 2020 aufgehoben wurde.

¹⁰ Siehe Nr. 2 des erst jüngst aufgehobenen Runderlasses NRW, a. a. O.

- Freihändigen Vergaben ohne die dafür notwendigen vergaberechtlichen Voraussetzungen.
- Fehlende eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung, und zwar - soweit sachlich geboten – auch unter Berücksichtigung der Anforderungen des Landschafts- und Umweltschutzes.
- Bevorzugung des Angebots eines ortsansässigen Bieters gegenüber dem annehmbarsten Angebots.
- Ausscheiden des annehmbarsten Angebots:
 - o Aus sonstigen vergabefremden Erwägungen.
 - o Durch nachträgliche Verhandlungen über Änderungen der Angebote oder Preise.
 - o Durch nachträgliche Herausnahme von Leistungen aus den Angeboten.
- Fehlende oder mangelhafte Wertung von zugelassenen Nebenangeboten/Änderungsvorschlägen.
- Ausscheiden oder teilweises Ausscheiden des annehmbarsten Angebots durch nachträgliche Losaufteilung.
- Vergaben von Leistungen an einen Generalübernehmer, wenn die Wirtschaftlichkeit der Gesamtleistung nicht nachgewiesen ist.

Der Erlass in Nordrhein-Westfalen sieht wie Vorgaben in anderen Bundesländern auch bei Vorliegen schwerer Verstöße im Regelfall einen (vollen) Widerruf des Zuwendungsbescheides und die Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung vor. Dabei ist nach den beiden Rechtsgrundlagen davon auszugehen, dass im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung das öffentliche Interesse an einer Rückforderung überwiegt.

VII. Vergaberechtliche Beurteilung der Rückforderungsgründe

Bei den Ländererlassen bzw. Richtlinien fällt auf, dass nach wie vor eine Bezugnahme auf die alten und nicht mehr geltenden Vorschriften der VOB/A und der VOL/A erfolgt. Ins Auge sticht auch, dass in den zuwendungsrechtlichen Bestimmungen zwischen verschiedenen Graden von Verstößen, also „schweren Verstößen“, bei denen ein Widerruf des Zuwendungsbescheids die Regel ist („grundsätzlich“) und „sonstigen Verstößen“ unterschieden wird. Bei den „normalen Verstößen“ kann die Bewilligungsbehörde den Zuwendungsbescheid nach ihrem Ermessen ganz oder teilweise widerrufen.

Eine Unterscheidung zwischen „schweren Verstößen“ und sonstigen Verstößen kennt das Vergaberecht nicht. Diese Unterscheidung ist auch zu unbestimmt und – was die „schweren Verstöße“ angeht – im Übrigen nicht abschließend. So ist z. B. zu fragen, warum weder eine unzulässige Produktvorgabe noch die unzulässige Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien oder aber auch eine unzulässige Scheinaufhebung der Vergabestelle nicht ebenfalls als „schwere Verstöße“ normiert sind.

Weiterhin nicht mit dem Vergaberecht kompatibel ist es, dass bestimmte Tatbestände als „schwere Verstöße“ gekennzeichnet werden, die nach dem Vergaberecht grundsätzlich vergaberechtskonform sind.

Dies gilt etwa für die „Vergabe an einen Generalübernehmer“. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH ¹¹ sich auch Generalübernehmer, das heißt Auftragnehmer, die die Leistung nicht mit eigenen Mitteln, sondern vollständig durch Subunternehmen erbringen lassen, am Vergabeverfahren beteiligen dürfen. Die Forderung eines Eigenleistungsanteils ist daher europarechtlich unzulässig ¹².

VIII. Zuwendungsrechtliche Beurteilung

Aber auch eine zuwendungsrechtliche Beurteilung lässt die Richtlinien und Erlasse auf Länderebene über die Rückforderung von Zuwendungen wegen Nichtbeachtung vom Vergaberecht kaum als haltbar erscheinen. Bei einer auf öffentlich-rechtlicher Grundlage gewährten Zuwendung und eine dann dem Zuwendungsgeber grundsätzlich zustehenden pflichtgemäßen Ermessen im Falle einer Rückforderung seiner Zuwendung ist § 40 VwVfG einschlägig. Ist danach eine Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem „Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten“.

Insoweit sind aber die Anforderungen und der Zuwendungszweck sowohl in den Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest) als auch in den Erlassen und Richtlinien von Bund und Ländern eindeutig. Danach heißt es z. B. in der Anlage 1 zur Verwaltungsvorschrift Nr. 5.1 zu § 44 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) unter Ziffer 1.1.:

„Die Zuwendung ist wirtschaftlich und sparsam zu verwenden“ ¹³.

Mit anderen Worten ist der zentrale Zuwendungszweck des Zuwendungsgebers gegenüber dem Zuwendungsempfänger die wirtschaftliche und sparsame Verwendung der gewährten Zuwendung.

IX. Rechtsprechung: Ermessen beachten

Die Rechtsprechung hat es vor diesem Hintergrund des Zuwendungszwecks zumindest mehrheitlich zu Recht abgelehnt, Widerrufs- und Rückforderungsbescheide von Zuwendungsgebern dann „automatisch“ als rechtmäßig einzuordnen, wenn der Zuwendungsempfänger (schwere) Vergaberechtsverstöße begangen hat. Stattdessen betonen die Gerichtsentscheidungen, dass der Widerruf von Zuwendungen verhältnismäßig sein muss und immer eine Ermessenentscheidung voraussetzt, die stets ordnungsgemäß begründet sein muss ¹⁴. Ebenso hat der Bundesgerichtshof ¹⁵ zwar ent-

¹¹ EuGH vom 18.03.2004 Rs C-31 4/01.

¹² EuGH a. a. O.

¹³ ANBest-I vom 14.12.2011, veröffentlicht im gemeinsamen Ministerialblatt (GMBL NR.54/2011 S. 1087).

¹⁴ OVG Rheinland-Pfalz vom 10.12.2029 6A 10517/19.OVG.

¹⁵ BGH, Urteil vom 17.11.2011 – III ZR 234/10.

schieden, dass ein auf privatrechtlicher Grundlage gewährter Investitionszuschuss wegen Verstoßes gegen Vergabevorschriften (falsche Vergabeart durch Anwendung der Beschränkten Ausschreibung statt eines ordnungsgemäßen Offenen Verfahrens) bei der Verwirklichung des geförderten Projekts zurückgefordert werden kann. Der Bundesgerichtshof hat aber gleichzeitig ausdrücklich darauf abgestellt, dass die Investitionsbank im konkreten Fall ihr Ermessen richtig und bewusst ausgeübt habe.

Auch das Bundesverwaltungsgericht ¹⁶ hatte in einem Fall eines vom Land gewährten Zuschusses zur Errichtung einer Fernwärme-Übernahmestation zwar entschieden, dass der geförderte Auftraggeber durch die fehlerhafte Wahl des Vergabeverfahrens gegen die Verpflichtung im Zuwendungsbereich verstoßen habe, das Vergaberecht zu beachten. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber weiter in dem zugrunde liegenden Runderlass und den dort genannten Vergabeverstößen nur eine „*generalisierende Regelbeurteilung*“ gesehen, die eine zulässige und damit auch im Einzelfall statthafte Konkretisierung des in § 49 Abs. 3 S. 2 VwVfG eingeräumten „Widerrufsermessens“ darstellt.

Deutlicher noch sind die Ausführungen des OVG Rheinland-Pfalz in einer älteren Entscheidung aus dem Jahr 2012 ¹⁷. Hierbei ging es um ein Vergabeverfahren zur Erweiterung einer Containeranlage. Dafür wurden Bundesmittel von über zehn Millionen Euro als Zuschuss gewährt. Das OVG Rheinland-Pfalz hat in seiner Entscheidung zu Recht festgestellt, dass allein ein schwerwiegender Verstoß gegen das Zuwendungsrecht in einer fehlerhaften Vergabeart nicht begründet ist. Vielmehr seien stets die Umstände des Einzelfalls entscheidend, die auch eine abweichende Beurteilung ermöglichen. Daher gäbe es Sachverhalte, in denen trotz eines Vergabeverstößes ein Widerruf nicht in Betracht komme.

Dieser richtigen Auffassung liegt der Gedanke zugrunde, dass die falsche Anwendung des Vergaberechts und damit auch die falsche Wahl der Vergabeart nicht zwingend zu einer dem Zuwendungszweck entgegenstehenden unwirtschaftlichen und damit nicht sparsamen Verwendung der Zuwendungsmittel führen. Ein Widerruf der Zuwendung kann daher ermessensfehlerhaft sein, wenn der Zweck der Zuwendung, nämlich deren wirtschaftliche und sparsame Verwendung, trotz des Vergaberechtsverstoßes des Zuwendungsempfängers erreicht wurde ¹⁸.

Wenn dieser Ansatz einer wirtschaftlichkeits- und haushaltsrechtlich orientierten Lösung zum Teil mit der Argumentation bestritten wird, dass das Ziel des Vergaberechts nicht nur in einer größtmöglichen Wirtschaftlichkeit der Mittelverwendung, sondern darüber hinaus in der Förderung eines gleichberechtigten Wettbewerbs liegt, ¹⁹ so greifen diese Überlegungen nicht. Denn insoweit wird der wettbewerbliche Konkurrenzschutz, der dem Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB bei allen Auftragsvergaben oberhalb

¹⁶ BVerwG, Beschluss vom 13.02.2013 – 3 B 58.12.

¹⁷ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25. 09. 2012 – 6 A 10478/12.

¹⁸ Hildebrandt/Conrad, ZfBR 2013, 130, 138; Greb, VergabeR 2010, S. 387, 393 f.; Mayen, NZBau 2009, S. 98, 101; Pape/Holz, NVwZ 2011, 1231, 1234.

¹⁹ In diese Richtung gehend auch: VG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.09.2011, 9 S 1273/10 sowie VGH München, Beschluss vom 23.05.2012 – 4 ZB 10.547.

der EU-Schwellenwerte zugrunde liegt, mit der Intention und dem Zweck des Zuwendungsrechts verwechselt. Während im ersteren Fall bei einer Verletzung kartellvergaberechtlicher Vorschriften und damit von Vorschriften des Wettbewerbsrechts sich benachteiligt fühlende Unternehmen vor den Vergabekammern ein Nachprüfungsverfahren einleiten oder bei Unterschwellenvergaben ggf. einstweiligen Rechtsschutz vor den Landgerichten begehren können, ist das Zuwendungsrecht rein auf die wirtschaftliche und sparsame Verwendung von Haushaltsmitteln (siehe § 6 Abs. 1 HGrG) fixiert. Gerade daher sind das Vergaberecht insbesondere mit seinem wettbewerblichen Konkurrenzschutz im Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB) einerseits und das Zuwendungsrecht andererseits unterschiedliche Rechtsgebiete ²⁰.

X. Rückforderung von Zuwendungen: Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip entscheidende Grundlagen

Die Gewährung von Zuwendungen erfolgt daher mit dem maßgeblichen Ziel, dass der Zuwendungsempfänger die Zuwendung wirtschaftlich und sparsam verwendet. Das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip folgt dabei schon aus den übergeordneten sowie grundgesetzlichen und haushaltsgesetzlichen Vorgaben (siehe Art. 114 Abs. 2 i. V. m. Art. 109 GG, § 6 Abs. 1 und Abs. 2 HGrG). Insbesondere nach § 6 Abs. 1 HGrG sind bei der *„Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten“*. In Ausfüllung dieses Prinzips bestimmen zum Beispiel auch § 7 Abs. 1 S. 1 BHO, ebenso wie die Landeshaushaltsordnungen und die Haushaltsordnungen der Kreise sowie Städte und Gemeinden, dass bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten sind.

Daher sehen auch die Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest) als allgemeines Ziel der Zuwendung die *„wirtschaftliche und sparsame“* Verwendung der Zuwendung vor ²¹. Hiermit verbunden ist, dass ein Zuwendungsgeber bei seiner Entscheidung über die Rückforderung einer Zuwendung stets die Verhältnismäßigkeit prüfen sowie sein pflichtgemäßes Ermessen (siehe auch § 40 VwVfG) ausüben muss. Das beinhaltet, dass er immer den Einzelfall zu berücksichtigen hat. All dies bedingt insbesondere auch die ausgewogene Abwägung der Interessen sowohl der Zuwendungsempfänger als auch der Öffentlichkeit bei der Entscheidung über die Rückforderung ²². Konkret bedeutet dies, dass dem Zuwendungsempfänger stets die Nachweismöglichkeit zu eröffnen ist, wonach trotz eines Verstoßes gegen das Vergaberecht kein zuwendungsrechtlich relevanter Nachteil im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot entstanden ist. Dieses Vorbringen hat die jeweils zuständige Behörde im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung über einen Widerruf zu berücksichtigen ²³.

Daher sind die globalen Aussagen insbesondere in den Erlassen und Richtlinien der Bundesländer, wonach „schwere Verstöße“ gegen das Vergaberecht „grundsätzlich“

²⁰ So auch: Hildebrandt/Conrad, ZfBR 2013, 130, 139.

²¹ Siehe Ziffer 1.1 der Allgemeinen Nebenbestimmungen zu § 44 BHO.

²² OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20.04.2012 – 4 A 1055/09.

²³ OVG Nordrhein-Westfalen, a. a. O.

eine Rückforderungspflicht des Zuwendungsempfängers auslösen, rechtlich nicht haltbar. Sowohl die Allgemeinen Nebenbestimmungen als auch die Erlasse und Richtlinien sind „nur“ Verwaltungsvorschriften. Diese müssen sich am höherrangigen Recht messen lassen.

Hinzu kommt, dass der pauschale Schluss, wonach die Anwendung des Vergaberechts stets zu einer größeren Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei der Verwendung der Mittel führt, falsch ist. Insbesondere vermag auch allein der Umstand, dass ein Auftraggeber die falsche Vergabeart gewählt hat, noch nicht stets alleine die Unwirtschaftlichkeit der Mittelverwendung zu indizieren²⁴. So ist im Einzelfall vorstellbar, dass etwa eine vergaberechtlich unzulässige Preisnachverhandlung sogar zu Kosteneinsparungen führt. Daher ist auch ein genereller Schluss, wonach die Anwendung der falschen Vergabeart, also etwa einer Freihändigen VOB-Vergabe statt einer rechtmäßigen Beschränkten Vergabe stets eine Rückforderung der Zuwendung begründet, kaum haltbar. Denn gerade über eine wenn auch unzulässige Preis-Nachverhandlung bei einer Freihändigen VOB-Vergabe lassen sich ja durchaus Einsparungen erzielen.

In diesem Zusammenhang sind auch die in vielen Bundesländern geltenden so genannten „Wertgrenzerlasse“ zu berücksichtigen. Diese eröffnen den Kommunen im Zuge der Corona-Krise und von nötigen schnellen und einfachen Vergaben zeitlich befristet die Möglichkeit, etwa Beschränkte und Freihändige Vergaben bis zu hohen Auftragssummen durchzuführen (Beispiel = VOB/A: Beschränkte Vergaben bis 1 Mio. Euro, Freihändige Vergaben bis 100 000 Euro; UVgO: Beschränkte / Freihändige Vergabe bis 100 000). Diese erhöhten Auftragswerte etwa für Freihändige Vergaben lassen sich auch nicht pauschal mit dem Vorwurf verknüpfen, dass die Auftragsvergaben dadurch teurer werden.

Von daher dürfte eine zumindest in den Richtlinien und Erlassen festgeschriebene grundsätzliche Rückforderung von Zuwendungen bei „schweren Vergabeverstößen“ einen Verstoß sowohl gegen das Ziel der Zuwendung, also gegen den Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgrundsatz, als auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darstellen. Dies gilt zumindest immer dann, wenn die Durchführung des Projekts trotz des Vergaberechtsverstößes wirtschaftlich und sparsam erfolgt ist.

XI. Trennung zwischen Vergabe- und Zuwendungsrecht beachten

Umgekehrt führen Vergabeverstöße in der Regel dazu, dass Unternehmen in ihrem Anspruch auf Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB sowie § 2 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/A und § 2 Abs. 1 und 2 UVgO) beeinträchtigt werden. Diesen Bieter steht aber gerade bei Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte ein vergaberechtlicher Primärrechtsanspruch vor den Vergabekammern zu (§§ 160 ff. GWB). Insofern sind gerade das wettbewerbsorientierte Vergaberecht oberhalb der EU-Schwellenwerte und das sparsamkeitsorientierte Zuwendungsrecht zwei verschiedene Rechtsgebiete. Eine Vermengung führt zu vom Schutzzweck der jeweiligen Rechtsbereiche nicht gedeckten Ergebnissen.

²⁴ Hildebrandt/Conrad, ZfBR 2013, 130, 139; Schilder, NZBau 2009, 155, 156; a. a. O. Attendorn, NVwZ 2006, 991, 994.

Folge für das Zuwendungsrecht ist, dass ein Widerruf der gewährten Zuwendung stets nur nach Ausübung des Ermessens der zuständigen Behörde und nur bei einem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebots sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes möglich ist. Dies bedeutet, dass insbesondere rein formale Vergabeverstöße, die ohne Einfluss auf die wirtschaftliche Verwendung der Zuwendungsmittel sind, das Zuwendungsziel grundsätzlich erreichen und daher in der Regel keinen Widerruf auslösen dürfen. Folge ist weiter, dass bei der Frage, ob ein Vergabeverstoß auch zu einem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip geführt hat, stets der Einzelfall entscheidet.

Das gilt im Übrigen auch in anderen Rechtsbereichen. So führt etwa der Verstoß gegen das Vergaberecht nicht automatisch zu einer Rechtswidrigkeit des hierauf fußenden Erschließungsbeitrags (Erschließungsaufwand). In diesem Sinne hat das Bundesverwaltungsgericht ²⁵ ausgeführt, dass ein Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften bei der Herstellung einer Erschließungsanlage nur dann für die Höhe des Erschließungsaufwandes beachtlich ist, wenn die Mehrkosten in einer für die Gemeinde erkennbaren Weise eine grob unangemessene Höhe erreichen. Entsprechendes muss für das Verhältnis von Vergabeverstoß zur Rückforderung von Zuwendungen gelten.

XII. OVG Schleswig: Zuwendungswiderruf gilt nicht bei nur bei formalen Fehlern

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Schleswig ²⁶ hat aktuell in erfreulicher Klarheit entschieden, dass der Widerruf einer gegenüber Kommunen gewährten Zuwendung durch Dritte nur dann rechtmäßig ist, wenn der Widerruf dieses Verwaltungsakts den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt. Das bedingt, dass die den Widerruf geltend machende Behörde den ihr zustehenden Ermessensspielraum erkennt und wahrnimmt sowie auch prüft, ob ausnahmsweise eine andere Entscheidung als der vollständige Widerruf des Zuwendungsbescheids in Betracht kommt.

In dem vom OVG Schleswig entschiedenen Fall wurde vom Gericht angenommen, dass die Voraussetzungen eines Widerrufs nicht vorliegen. Das galt, obwohl eine Kommune bei der Beschaffung eines Feuerwehrlöschfahrzeugs gegen Vergabevorschriften verstoßen hatte und so eine Auflage des Bewilligungsbescheides nicht erfüllt war. Das OVG betont, dass der vollständige Widerruf eines Bewilligungsbescheides immer nur dann rechtmäßig ist, wenn er ermessensfehlerfrei erfolgt.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt nach dem Gericht, dass die Behörde auch in Fällen des intendierten Ermessens den ihr zustehenden Ermessensspielraum erkennt und wahrnimmt sowie prüft, ob ausnahmsweise eine andere Entscheidung als der vollständige Widerruf des Zuwendungsbescheides in Betracht kommt. Dabei kann auch die Schwere der Pflichtverstöße beachtlich sein ²⁷.

Im entschiedenen Fall hätte nach Auffassung des OVG Anlass zu Ermessenerwägungen bestanden, weil es sich bei den vom Kläger geltend gemachten Verstößen gegen

²⁵ BVerwG, Urteil vom 31.01.2013 – 9 C 11.11.

²⁶ OVG Schleswig, Beschluss vom 18.12.2020 – A LA 179/20.

²⁷ S. BVerwG, Urt. v. 10.12.2003 – 3 C 22.02.

das Vergaberecht überwiegend um formale Fehler, speziell um Dokumentationsmängel, handelt. Bei diesen sind aber Auswirkungen auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht annähernd erkennbar.

Das Gericht sieht bei diesen Verstößen vom Regelfall abweichende Umstände vorliegen, die eine andere Entscheidung als den vollen Widerruf des Zuwendungsbescheides ermöglichen und daher ermessensfehlerfrei hätten gewürdigt werden müssen.

XIII. Fazit

Als Fazit aus dem Spannungsverhältnis zwischen Zuwendungs- und Vergaberecht lassen sich folgende acht Punkte zusammenfassen:

- (1) Zuwendungs- und Vergaberecht sind getrennte Rechtsgebiete.
- (2) Die Missachtung der Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest) und der entsprechenden Richtlinien etc. von Bund und Ländern können einen Widerruf der Zuwendung auslösen.
- (3) Die Rückforderung einer Zuwendung erfordert stets die pflichtgemäße Ausübung des Ermessens der zuständigen Behörde im Einzelfall. Dabei ist zwingend der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.
- (4) Die Bundes- sowie Länderbestimmungen über die Rückforderung von Zuwendungen und die ANBest müssen sich als Verwaltungsvorschriften an übergeordneten Gesetzen (s. § 6 HGrG) und damit am zentralen Haushaltsziel der wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung messen lassen.
- (5) Insbesondere rein formale Vergabeverstöße, die ohne Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind und das Zuwendungsziel einer sparsamen Mittelverwendung erreichen, können keinen Widerruf der Zuwendung auslösen.
- (6) Dem Zuwendungsempfänger muss zur Abwendung der Rückforderung stets der Nachweis der sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung möglich sein.
- (7) Die zuwendungsrechtlichen Regeln und die ANBest sind vielfach in „Wort und Inhalt“ dringend den vergaberechtlichen Vorgaben anzupassen.
- (8) Vergaberechtsverstöße, die wegen Einhaltung des Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzips das Zuwendungsziel erreichen, können dennoch Unternehmen in ihren Ansprüchen auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzen (s. § 97 Abs. 6 GWB). Diese Ansprüche müssen Unternehmen aber bei Oberschwellenvergaben vor den Vergabekammern bzw. bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ggf. vor den Landgerichten geltend machen.