

# **Rückforderung von Zuwendungen bei Vergaberechtsverstößen**

**Beigeordneter Norbert Portz, Deutscher Städte- und Gemeindebund**

## **I. Ausgangslage**

### **1. Investitionen in Infrastruktur oft nur mit öffentlichen Zuwendungen möglich**

In Deutschland besteht ein großer Nachholbedarf beim Ausbau und bei der Verbesserung der Infrastruktur. Marode Straßen, Brücken und Kanäle belegen dies eindringlich. Aber auch beim Ausbau von Kindertagesstätten bzw. der Sanierung von Schulen oder der Umwandlung ehemaliger Militäranlagen zu anderen Nutzungszwecken besteht ein großer Investitionsbedarf. Insoweit belegt eine aktuellere Studie der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), dass der Infrastrukturbedarf allein bei den Kommunen für die Sanierung bzw. den Neubau von Straßen, Kanälen und auch öffentlichen Gebäuden etc. 126 Milliarden Euro beträgt.

Die damit erforderlichen Investitionen sowohl in die öffentliche als auch in die private Infrastruktur (Bsp.: Bau und Betreuung einer Kindertagesstätte durch die Eltern der Kinder) sind oft nur dann möglich, wenn hierfür öffentliche Fördermittel und damit Zuwendungen gewährt werden. So hat zum Beispiel allein das Land Rheinland-Pfalz im Jahr 2010 für 651 Millionen Euro öffentliche Zuwendungen an die verschiedenen Zuwendungsempfänger und damit auch an die Kommunen gewährt. Mit diesen Mitteln werden sowohl öffentliche wie auch private Projekte gefördert.

### **2. Begrifflichkeit**

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 weitergehend nur gewährt werden,

*„wenn der Zuwendungsgeber an der Erfüllung bestimmter Leistungen durch den Zuwendungsempfänger ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann“.*

Trotz dieser Zweckbestimmung 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**

Die Freiwilligkeit im Zuwendungsrecht unterscheidet dieses vom Vergaberecht. Das Vergaberecht begründet stets einen Austausch von Leistung und Gegenleistung zwischen dem Auftraggeber auf der einen und dem Bieter bzw. Unternehmen auf der

anderen Seite. 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 § 98 Nr. 5 GWB für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte. Danach sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts

*„natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter § 98 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 § 98 Nr. 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 % finanziert werden“.*

Dieser Koppelung einer gewährter Zuwendung an die öffentliche Auftraggebereigenschaft im Sinne des Vergaberechts liegt der Gedanke zugrunde, dass es rechtlich keinen Unterschied macht, ob ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 bis 3 GWB Aufträge unmittelbar selbst vergibt oder aber seine Mittel durch eine Förderung (Zuwendung) von über 50 % an Dritte und damit auch an natürliche Personen des privaten Rechts weitergibt, damit diese bestimmte Aufgaben im Rahmen 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 für Zuwendungen geben die Zuwendungsgeber gegenüber den Empfängern als Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Verwendung der Zuwendung regelmäßig die Regeln der VOB und der VOL vor.

## **II. Inhalt und Rechtsnatur der ANBest**

### **1. Regelinhalt**

Der Regelinhalt 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 bzw. VOL 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).“*

Die Zuwendungsempfänger werden durch diese „klein gedruckten“ und oftmals 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 bei Zuwendungen der öffentlichen Hand an rein natürliche Personen des privaten Rechts auch für diese gilt. Dies ist damit der einzige Sachverhalt, in dem bei Zuwendungen, die sich unterhalb der 50 %-igen „Kontroll- und Beherrschungsgrenze“ des § 98 Nr. 2 GWB bewegen, rein natürliche Personen an das Vergaberecht gebunden sind.

Weitere Vorgaben, die an den Zuwendungsbescheid gekoppelt sind, sind regelmäßig Mitteilungspflichten des Zuwendungsempfängers gegenüber dem Zuwendungsgeber. Diese beziehen sich insbesondere 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 spielt der Verstoß gegen das Vergaberecht bei der Verwendung bzw. Rückforderung der Zuwendungsmittel eine besondere Rolle.

## **2. Rechtsnatur der ANBest**

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 Bundesgerichtshofs <sup>1</sup> 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 Ver-

---

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

wendungsnachweises 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 pauschalen Vorgaben (Auflagen) zur Anwendung der VOB und der VOL zu fragen, ob dieser Verwaltungsakt dem Bestimmtheitsgebot („*Ein Verwaltungsakt muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein*“) des § 37 Abs. 1 VwVfG genügt. Denn insoweit verweisen die ANBest regelmäßig ganz allgemein auf die mit der gewährten Zuwendung verbundene Anwendung der VOB und der VOL, Abschnitt 1. Mit dieser Auflage im Zuwendungsbescheid wird aber zum Beispiel nicht deutlich, welche konkrete Fassung der VOB/A und der VOL/A Anwendung findet. Dabei sind zwei Verweisungsmöglichkeiten auf die jeweiligen Fassungen der VOB/A und der VOL/A 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 der VOB/A bzw. der VOL/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 und der VOL/A entscheidend ist. Eine den Geboten der notwendigen Bestimmtheit des Verwaltungsakts und damit des Zuwendungsbescheids (§ 37 Abs. 1 VwVfG) genügende Auslegung dürfte es erfordern, dass der Zeitpunkt der Bekanntmachung des Bescheids und damit eine statische Verweisung zugrunde zu legen ist<sup>2</sup>. 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.“*

---

<sup>2</sup> 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.

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. Hürden im Vergaberechtsschutz**

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. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen (§ 107 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 (§ 107 Abs. 2 S. 2 GWB). Im Übrigen ist ein Nachprüfungsantrag gemäß der näheren Bestimmung in § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB dann unzulässig, soweit der Antragsteller nach Erkennen des Vergabeverstößes im Vergabeverfahren diesen nicht unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat. Nach § 107 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 Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat.

Erleichtert wird ein Nachprüfungsantrag durch Unternehmen allerdings bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte durch die zwingend vom Auftraggeber einzuhalten- de Informations- und Wartepflicht gemäß § 101a GWB. Auch die in § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB vorgesehene Möglichkeit von Antragstellern, bei Verstößen gegen die Informations- und Wartepflicht des § 101a GWB die Unwirksamkeit des dennoch abgeschlossenen Vertrages in einem Nachprüfungsantrages geltend zu machen (§ 101b Abs. 2 GWB), stärkt die Rechte des Antragstellers.

Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte steht einem Auftraggeber kein vergaberechtlicher Primärrechtsschutz vor den Vergabekammern zu. Daher ist ein Unternehmen bei Vergaberechtsverstößen im Unterschwellenbereich darauf angewiesen, seine primärrechtlichen Ansprüche bei Inanspruchnahme des Gerichtsweges per einstweiliger Verfügung vor den Landgerichten geltend zu machen<sup>3</sup>. Dabei ist für die sich durch einen Vergaberechtsverstoß des Auftraggebers beeinträchtigt fühlenden Unternehmen zu beachten, dass ihnen – anders als im Oberschwellenbereich (s. § 101a GWB) – kein automatischer Vorabinformationsanspruch über die Mitteilung insbesondere der Gründe ihrer Nichtberücksichtigung zusteht.

---

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, IBR 2012, 280.

Ist ein Zuschlag durch den Auftraggeber erteilt und damit der Vertrag zustande gekommen, steht einem Unternehmen bei Vergaberechtsverstößen grundsätzlich „nur“ noch ein Schadensersatzanspruch zu. Der geltend gemachte Schadensumfang seitens der Unternehmer ist jedoch begrenzt: So kann ein Unternehmen grundsätzlich nur einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse) erheben, wenn der Auftraggeber gegen eine seinen Schutz 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 (siehe § 126 Abs. 1 GWB für den Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte).

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 erteilen<sup>4</sup>. 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 hätte<sup>5</sup>. Dabei muss sich dieses Unternehmen jedoch selbst für den Fall eines entsprechenden Nachweises ersparte Aufwendungen und anderweitige Erwerbsmöglichkeiten anrechnen lassen (siehe § 649 S. 2 BGB).

## 2. Niedrige Hürden für Rückforderungen im Zuwendungsrecht

Gegenüber diesen vergaberechtlichen Nachprüfungs- und Schadensersatzansprüchen, sind die Rückforderungsmöglichkeiten für Zuwendungsgeber auf der Grundlage der zuwendungsrechtlichen Bestimmungen (Runderlasse und ANBest) sehr viel einfacher. So bestimmt etwa der geltende Runderlass für die Rückforderung von Zuwendungen wegen Nichtbeachtung der Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A und VOL/A) des Finanzministeriums Nordrhein-Westfalen<sup>6</sup>, dass dann, wenn der Zuwendungsempfänger

*„die sich aus der VOB/VOL ergebenden besonderen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen nicht beachtet, die Bewilligungsbehörde den Zuwendungsbescheid ganz oder teilweise mit Wirkung auch für die Vergangenheit widerrufen und die Zuwendung zurückfordern kann“.*

Weiter ist konkretisierend in dem Runderlass des Finanzministeriums NRW (Nr. 1) ausgeführt, dass das Gebot der wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung von Zuwendungen *„durch die Einhaltung der zu beachtenden Vergabegrundsätze (VOB/A und VOL/A) gewährleistet ist“*. Entsprechende Vorgaben und Inhalte enthalten auch die Erlasse, Richtlinien bzw. Bekanntmachungen anderer Zuwendungsge-

---

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 27.11.2007 – X ZR 18/07.

<sup>5</sup> BGH, VergabeR 2007, 750 ff.

<sup>6</sup> Runderlass des Finanzministeriums NRW vom 18.12.2003 – I 1-0044-3/8 - mit Stand vom 01.07.2013, Nr. 1.

ber <sup>7</sup>. Danach lässt sich zusammengefasst festhalten, dass – anders als bei den vergaberechtlichen Nachprüfungs- und Schadensersatzverfahren - im Zuwendungsrecht potentiell jeder Vergabeverstoß eine Rückforderung der Zuwendung auslösen kann.

Bedenkt man, dass die Fehleranfälligkeit im Vergabeverfahren als hoch angenommen werden muss, bedeutet die grundsätzliche Rückforderungsmöglichkeit bei Verstößen gegen das Vergaberecht eine erhebliche Sanktionsmöglichkeit gegenüber den Zuwendungsempfängern. Dem steht nicht entgegen, dass diese bei öffentlicher 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 § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB), dass Rückforderungsansprüche für gewährte Zuwendungen grundsätzlich noch lange Zeit später 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 Personen als Zuwendungsempfänger geltend gemacht werden können. Für diese muss das Vergaberecht aber regelmäßig als „fremdes Rechtsgebiet“ angesehen werden.

### **3. Unterschiedliche Hürden bedenklich**

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 die VOB/VOL vorliegt. In diesem Fall eines „schweren Verstoßes“ gegen die VOB/VOL sehen etwa die Runderlasse der Bundesländer vor, dass

---

<sup>7</sup> Siehe etwa Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 23.11.2006 – Nr. 11-H 1360-001-44571/06.

*„grundsätzlich ein Widerruf des Zuwendungsbescheids und die Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung vorzunehmen ist“<sup>8</sup>.*

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“<sup>9</sup>.*

## **VI. Konkrete Bestimmung des schweren Verstoßes**

Sehr bemerkenswert sind weiter die konkrete Festlegung der „schweren Verstöße gegen die VOB/VOL“ in den jeweiligen Erlassen und Richtlinien. Dabei wird hier beispielhaft auf die im Runderlass des Finanzministeriums NRW und in den Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen enthaltenen Grundsätze abgestellt<sup>10</sup>. Danach liegen schwere Vergabeverstöße trotz einiger akzentueller Unterschiede zwischen den Rechtsgrundlagen in Nordrhein-Westfalen und in Bayern insbesondere in folgenden Fällen vor:

- Verstoß gegen die Vergabeart ohne die im Regelwerk zugelassenen Sachgründe (NRW).
- Freihändigen Vergaben ohne die dafür notwendigen vergaberechtlichen Voraussetzungen (Bayern, NRW).
- Fehlende eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung, und zwar - soweit sachlich geboten – auch unter Berücksichtigung der Anforderungen des Landschafts- und Umweltschutzes (NRW).
- Bevorzugung des Angebots eines ortsansässigen Bieters gegenüber dem annehmbarsten Angebots (NRW).
- Ungerechtfertigte Einschränkung des Wettbewerbs (z. B. lokale Begrenzung des Bieterkreises sowie vorsätzliches oder fahrlässiges Unterlassen einer vergaberechtlich erforderlichen europaweiten Bekanntmachung) (Bayern).

---

<sup>8</sup> Siehe Runderlass des Finanzministeriums NRW vom 18.12.2003 – I 1-0044-3/8 - mit Stand vom 01.07.2013, Nr. 2 sowie Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 23.11.2006 – Nr. 11 – H 1360-001-44571/06, Nr. 3.2.

<sup>9</sup> Siehe Nr. 2 des Runderlasses NRW, a. a. O. und Nr. 3.2 der Richtlinien des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen.

<sup>10</sup> Siehe Nr. 3 des Runderlasses des Finanzministeriums NRW, a. a. O. sowie Nr. 4 der Richtlinien des Bayerischen Staatsministeriums a. a. O.

- Ausscheiden des annehmbarsten Angebots (NRW):
  - o Aus sonstigen vergabefremden Erwägungen.
  - o Durch nachträgliche Verhandlungen über Änderungen der Angebote oder Preise.
  - o Durch nachträgliche Herausnahme von Leistungen aus den Angeboten.
  - o Durch Zulassung eines Angebots, das nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A oder § 25 Abs. 1 VOL/A auszuschließen wäre (Anmerkung: Die in dem NRW-Erlass mit Stand vom 01.07.2013 genannten Alt-Normen entsprechen den heute geltenden Regeln des § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A und des § 16 Abs. 3 VOL/A).
  
- Fehlende oder mangelhafte Wertung von zugelassenen Nebenangeboten/Änderungsvorschlägen (Anmerkung: Den Begriff „Änderungsvorschläge“ gibt es in den neueren Vergabeverordnungen nicht mehr) (NRW).
  
- Übergehen oder Ausscheiden des wirtschaftlichen Angebots durch grob vergaberechtswidrige Wertung (Bayern).
  
- Ausscheiden oder teilweises Ausscheiden des annehmbarsten Angebots durch nachträgliche Losaufteilung (NRW).
  
- Vorsätzliche Verstöße gegen Grundsätze nach § 2 Nr. 1 und 2 VOB (Diese Normen entsprechen nach der neuen VOB/A nunmehr § 2 Abs. 1 und 2 VOB/A und den entsprechenden Normen der VOL bzw. VOF bzw. § 97 Abs. 1 und 2 GWB) (Bayern).
  
- Beschränkung des Wettbewerbs entgegen § 8 Nr. 1 VOB/A (Anmerkung: diese Norm entspricht nach der neuen VOB/A der Vorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) oder § 7 Nr. 1 VOL/A (Anmerkung: Diese Norm über das Verbot der Bevorzugung ortsansässiger Bewerber findet sich nunmehr in dem allgemeinen Diskriminierungsverbotes des § 2 Abs. 1 S. 2 VOL/A) (NRW).
  
- Vergaben von Leistungen an einen Generalübernehmer, sofern dies nicht zugelassen ist (Bayern) bzw. wenn die Wirtschaftlichkeit der Gesamtleistung nicht nachgewiesen ist (NRW).

Sowohl der Erlass in Nordrhein-Westfalen als auch die Richtlinie in Bayern über die Rückforderung von Zuwendungen wegen Nichtbeachtung des Vergaberechts sehen bei Vorliegen schwerer Verstöße im Regelfall einen 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 nicht nur auf, dass eine Bezugnahme auch noch in dem aktualisierten Erlass des Landes NRW mit Stand vom 01.07.2013 auf die alten und nicht mehr geltenden Vorschriften der VOB/A und VOL/A (Beispiel: § 25 VOB/A und VOL/A) stattfindet. Ins Auge sticht auch, dass in den zuwendungs-

rechtlichen Bestimmungen zwischen verschiedenen Graden von Verstößen, nämlich „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 derartige 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.

Hinzu kommt weiter, dass in der Beschreibung der „schweren Verstöße“ subjektive Verschuldungsmomente (siehe die Bayerischen Richtlinien: „Vorsätzliches oder fahrlässiges Unterlassen einer vergaberechtlich erforderlichen europaweiten Bekanntmachung“; „grob vergaberechtswidrige Wertung“; „vorsätzliche Verstöße gegen Vergabegrundsätze“) einfließen. Diese (subjektiven) Verschuldungsgrade sind dem Vergaberecht mit der dortigen alleinigen Bezugnahme auf einen objektiven Vergaberechtsverstoß fremd. 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 insbesondere für die „Vergabe an einen Generalübernehmer“. Denn dabei ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>11</sup> 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<sup>12</sup>. Der Rechtsgeber hat dies für Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte bei Liefer- und Dienstleistungen in § 7 EG Abs. 9 VOL/A und bei Bauleistungen in § 6 EG Abs. 8 VOB/A umgesetzt. Insgesamt sind daher die zuwendungsrechtlichen Bestimmungen insbesondere über die Tatbestände der „schweren Vergabeverstöße“ sehr kritisch zu hinterfragen. Im Ergebnis halten sie jedenfalls einer vergaberechtlichen Prüfung und Beurteilung nicht stand.

## **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“.

---

<sup>11</sup> EuGH vom 18.03.2004 Rs C-31 4/01.

<sup>12</sup> EuGH a. a. O.

Insoweit sind aber die Anforderungen und der Zweck der Zuwendungsleistungen 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“<sup>13</sup>.*

In ähnlicher Klarheit führt der Erlass über die Rückforderung von Zuwendungen wegen Nichtbeachtung des Vergaberechts des Finanzministeriums NRW<sup>14</sup> unter Nr. 1 aus, dass in den Vergabegrundsätzen

*„das in den zuwendungsrechtlichen Vorschriften enthaltene Gebot der wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung von Zuwendungen (§§ 6, 7 LHO) konkretisiert wird“.*

Mit anderen Worten ist der zentrale Zweck der Zuwendungsleistungen gegenüber dem Leistungsempfänger die wirtschaftliche und sparsame Verwendung der gewährten Zuwendung.

## **IX. Rechtsprechung: Ermessen beachten**

Die Rechtsprechung hat es vor diesem Hintergrund des Zweckes der Zuwendungsleistungen zumindest mehrheitlich zu Recht abgelehnt, Widerrufs- und Rückforderungsbescheide von Leistungsempfängern dann „automatisch“ als rechtmäßig einzuordnen, wenn der Leistungsempfänger (schwere) Vergaberechtsverstöße begangen hat. Stattdessen betonen die Gerichtsentscheidungen, dass der Widerruf von Zuwendungen eine Ermessenentscheidung voraussetzt, die stets ordnungsgemäß begründet sein muss<sup>15</sup>. Ebenso hat in jüngerer Zeit der Bundesgerichtshof<sup>16</sup> zwar entschieden, 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 ausdrücklich darauf abgestellt, dass die Investitionsbank im konkreten Fall ihr Ermessen richtig und bewusst ausgeübt habe.

Auch das Bundesverwaltungsgericht<sup>17</sup> hat 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 Leistungsbereich verstoßen habe, das Vergaberecht zu beachten. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber weiter in dem zugrunde liegenden Runderlass und den dort genannten Vergabeverstößen nur eine „generalisie-

---

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

<sup>14</sup> Runderlass des Finanzministeriums NRW vom 18.12.2003 – I 1-0044-3/8 mit Stand vom 01.07.2013.

<sup>15</sup> VG Düsseldorf, Urteil vom 04.09.2013 – 10 K 5144/12; VG Potsdam, Urteil vom 17.08.2010 – Az.: 3 K 13183/05.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 17.11.2011 – III ZR 234/10.

<sup>17</sup> BVerwG, Beschluss vom 13.02.2013 – 3 B 58.12.

rende Regelbeurteilung“ gesehen, die eine zulässige und damit auch im Einzelfall statthafte Konkretisierung des in § 49 Abs. 3 S. 2 VwVfG eingeräumten „Widerrufs-ermessens“ darstellt.

Deutlicher noch sind die Ausführungen des OVG Rheinland-Pfalz in einer Entscheidung aus dem Jahr 2012<sup>18</sup>. 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 Vergaberechtsverstößes des Zuwendungsempfängers erreicht wurde<sup>19</sup>.

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,<sup>20</sup> so greifen diese Überlegungen nicht. Denn insoweit wird der wettbewerbliche Konkurrenzschutz, der dem Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB bei allen Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte zugrunde liegt, mit der Intention und dem Zweck des Zuwendungsrechts verwechselt. Während im ersteren Fall bei einer Verletzung kartellvergaberechtlicher Vorschriften sich benachteiligt fühlende Unternehmen an die Vergabekammer wenden und dort ein Nachprüfungsverfahren einleiten können, ist das Zuwendungsrecht eindeutig in die haushaltsrechtlichen Bestimmungen eingeordnet. Es unterliegt damit anderen Zielen und Zwecken. Diese bestehen vorrangig darin, die wirtschaftliche und sparsame Verwendung von Haushaltsmitteln (siehe § 6 Abs. 1 HGrG) sicherzustellen. Daher sind das Vergaberecht insbesondere mit seinem wettbewerblichen Konkurrenzschutz im Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB) einerseits und das Zuwendungsrecht andererseits unterschiedliche Rechtsgebiete<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25. 09. 2012 – 6 A 10478/12.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> So auch: Hildebrandt/Conrad, ZfBR 2013, 130, 139.

## **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<sup>22</sup>. Hiermit verbunden ist, dass ein Zuwendungsgeber bei seiner Entscheidung über die Rückforderung einer gewährten Zuwendung stets sein pflichtgemäßes Ermessen (siehe auch § 40 VwVfG) ausüben muss und den Einzelfall zu berücksichtigen hat. Dies bedingt insbesondere auch die ausgewogene Abwägung der Interessen sowohl von Empfänger als auch der Öffentlichkeit bei der Entscheidung über die Rückforderung<sup>23</sup>. 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<sup>24</sup>.

Daher sind die globalen Aussagen insbesondere in den Erlassen und Richtlinien der Bundesländer, wonach „schwere Verstöße“ gegen das Vergaberecht „grundsätzlich“ eine Rückforderungspflicht des Zuwendungsempfängers auslösen, rechtlich nicht haltbar. Sowohl die Allgemeinen Nebenbestimmungen als auch die Erlasse und Richtlinien sind „nur“ reine 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 in jedem Fall für sich alleine die Unwirtschaftlichkeit der Mittelverwendung zu indizieren<sup>25</sup>. So ist es im Einzelfall vorstellbar, dass etwa eine vergaberechtlich unzulässige Preisnachver-

---

<sup>22</sup> Siehe Ziffer 1.1 der Allgemeinen Nebenbestimmungen zu § 44 BHO.

<sup>23</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20.04.2012 – 4 A 1055/09.

<sup>24</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, a. a. O.

<sup>25</sup> Hildebrandt/Conrad, ZfBR 2013, 130, 139; Schilder, NZBau 2009, 155, 156; a. a. O. Attendorn, NVwZ 2006, 991, 994.

handlung sogar zu Kosteneinsparungen führt. Auch ist eine generelle Schlussfolgerung, wonach die Anwendung der falschen Vergabeart eine Rückforderung der Zuwendung begründet, schon deswegen kaum haltbar, weil das EU-Vergaberecht – anders als das deutsche Vergaberecht – eine Gleichstellung von Offenem und Nicht-offenem Verfahren vorsieht.

In diesem Zusammenhang sind auch die in vielen Bundesländern geltenden so genannten „Wertgrenzerlasse“ zu berücksichtigen. Diese eröffnen den Kommunen zumindest die Möglichkeit, Beschränkte und Freihändige Vergaben bis zu hohen Auftragssummen durchzuführen (VOB: Beschränkte Vergaben bis 1 Mio. Euro, Freihändige Vergaben bis 100 000 Euro; VOL: Beschränkte / Freihändige Vergabe bis 100 000). Diese Voraussetzungen für die Anwendung der Vergabeart lassen daher schon wegen ihrer Differenzierungen eine stringente Rückforderung bei einem „Verstoß gegen die Vergabeart“ kaum zu.

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 andere Unternehmen in ihrem Anspruch auf Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung von Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB sowie § 2 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 VOB/A und § 2 Abs. 1 VOL/A) beeinträchtigt werden. Diesen Bietern steht aber gerade bei Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte ein vergaberechtlicher Primärrechtsanspruch vor den Vergabekammern zu (§§ 102 ff. GWB). Insofern sind insbesondere das wettbewerbsorientierte Vergaberecht oberhalb der EU-Schwellenwerte und das wirtschaftlichkeitsorientierte Zuwendungsrecht zwei verschiedene Rechtsgebiete. Eine Vermengung führt zu vom Schutzzweck der jeweiligen Rechtsbereiche nicht gedeckten Ergebnissen.

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 möglich ist. Dies bedeutet, dass insbesondere rein formale Vergabeverstöße, die ohne Einfluss auf die wirtschaftliche Verwendung der Zuwendungsmittel sind, das Zuwendungsziel erreichen und daher in der Regel keinen Widerruf auslösen können. 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.

Dieses Ergebnis 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). So hat das Bundesverwaltungsgericht<sup>26</sup> in einer jüngeren Entscheidung ausgeführt, dass ein Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften bei der Herstellung einer Erschließungs-

---

<sup>26</sup> BVerwG, Urteil vom 31.01.2013 – 9 C 11.11.

anlage 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 auch für das Verhältnis von Vergabeverstößen zur Rückforderung von Zuwendungen gelten.

## **XII. Fazit**

Als Fazit lassen sich 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 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 das Zuwendungsziel erreichen, können keinen Widerruf der Zuwendung bewirken.
- (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 in „Wort und Inhalt“ dringend den vergaberechtlichen Vorgaben anzupassen.
- (8) Vergaberechtsverstöße, bei denen wegen der Einhaltung des Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzips das Zuwendungsziel nicht in Frage gestellt wird, können dennoch Unternehmen in ihren Ansprüchen auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzen (s. § 97 Abs. 7 GWB). Derartige Ansprüche müssen von den Unternehmen bei Oberschwellenvergaben vor den Vergabekammern bzw. bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ggf. vor den Landgerichten geltend gemacht werden.