

Newsletter, 24. Januar 2012

## Vergaberecht

### BGH: Rückforderung eines auf privatrechtlicher Grundlage gewährten Investitionszuschusses wegen Verstoßes gegen Vergabevorschriften bei der Verwirklichung des geförderten Projekts

*Martin Steuber, LL.M.*

Der BGH hat mit Urteil vom 17. November 2011 (III ZR 234/10) entschieden, dass bei der Pflicht, das Vergaberecht aufgrund Förderung anzuwenden, die Kenntnis eines durchschnittlichen Empfängers maßgeblich ist. Darüber hinaus besteht kein Vertrauensschutz vor einer Rückforderung, auch wenn die Maßnahme – unter Verstoß gegen das Vergaberecht – bereits abgewickelt wurde.

#### I. Der Fall

In dem vom BGH entschiedenen Fall nimmt die Klägerin die Beklagte auf Rückzahlung gewährter Investitionszuschüsse in Anspruch. Die Klägerin, die frühere NRW-Landesbank, Anstalt des öffentlichen Rechts, hat im Rahmen der Zuschussgewährung nach dem regionalen Wirtschaftsförderungsprogramm (RWP) auf der Grundlage eines Rahmenvertrags mit dem nordrhein-westfälischen Wirtschaftsministeriums die Aufgabe, RWP-Mittel zuzusagen und entsprechend den Weisungen des Ministeriums auszuführen. Die Beklagte, hier ein landesrechtliches Sondervermögen, empfing Investitionszuschüsse für zwei ihrer Vorhaben. In ihrem Förderantrag bestätigte die Beklagte, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge für die Investitionen unter Einhaltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) sowie weiterer landes- bzw. gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben erfolgen würde. In diesen Bedingungen war u.a. festgelegt, dass aus wichtigem Grund ganz oder teilweise die sofortige Rückzahlung des Zuschusses gefordert werden

könne, insbesondere wenn die sich aus der VOB/VOL ergebenden besonderen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen nicht beachtet würden. Dann könne die Bewilligungsbehörde den Zuwendungsbescheid ganz oder teilweise mit Wirkung auch für die Vergangenheit widerrufen und Zuwendungen zurückfordern. Liege ein schwerer Verstoß gegen die VOB/VOL vor, seien grundsätzlich ein Widerruf des Zuwendungsbescheids sowie eine Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung angezeigt. Das Rechtsverhältnis zwischen der Investitionsbank und dem Zuschussempfänger unterlag dabei dem privaten Recht.

Die zuständige Bezirksregierung überprüfte später die Verwendung der Mittel. Diese stellte insbesondere fest, dass mit der Wahl der falschen Vergabeart, einer beschränkten Ausschreibung, ein Vergabeverstoß vorliege. Daraufhin wurden die Zuschussbeträge in Millionenhöhe zurückgefordert. Hierauf folgte eine gerichtliche Auseinandersetzung bis zum höchsten deutschen Zivilgericht.



## II. Die Entscheidung des BGH

Die Revision der Klägerin vor dem BGH hat Erfolg. Das Berufungsgericht, das OLG Düsseldorf, hat nach der Einschätzung des BGH einen Anspruch auf Rückzahlung der Investitionszuschüsse wegen Verstoßes gegen die Vergabevorschriften zu Unrecht verneint. Der BGH folgt dabei einer anderen und – aus Sicht des Zuwendungsempfängers – strengeren Einschätzung der Rechtslage als die Vorinstanzen. Die zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossene Vereinbarung über die Zuwendung eines zweckgebundenen Investitionszuschusses sei ihrer Natur nach ein privatrechtlicher Vertrag und nicht – wovon die Vorinstanzen ausgegangen waren – eine Auflage i. S. von § 36 VwVfG NW zu einem Verwaltungsakt. Aus der Qualifizierung als privatrechtlicher Vertrag folge, dass die von der Klägerin verwendeten Nebenbestimmungen sich als Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen, die nach zivilrechtlichen Maßstäben auszulegen sind. Für einen durchschnittlichen Empfänger der Investitionszuschüsse sei klar und deutlich zu erkennen gewesen, dass eine Förderung nur erfolgt, wenn die Vergabevorschriften eingehalten werden. Ein Vertrauen darauf, dass die bisherige Projektdurchführung vor Bewilligung der öffentlichen Zuschüsse unter Missachtung der zu erwartenden Vergabebedingungen förderunschädlich sei, konnte – so der Bundesgerichtshof – die Beklagte nicht haben. Die Beklagte sei selbst in ihrem Förderantrag von der Verpflichtung zur Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften ausgegangen. Es sei im Übrigen auch nicht unverhältnismäßig, bei der unzulässigen Wahl der Vergabeart einen schweren Verstoß gegen das Vergaberecht anzunehmen.

## III. Bewertung

Festzuhalten – und vom BGH bestätigt – ist, dass die Rückforderung von Fördermitteln streng vollzogen werden darf, insbesondere wenn im Einzelfall – wie hier vom BGH – die Auflagen zum Bewilligungsbescheid als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind. Diese behördliche Praxis wird dabei zwischenzeitlich weitestgehend durch eine Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen (vgl. *bspw. auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2011, Az.: 9 S 1273/10; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 4. April 2011, Az.: 11 K 4198/09*) gestützt. Auffällig ist zunächst, dass in dem entschiedenen Fall zum einen keine grundsätzliche Differenzierung nach der Schwere des Vergabever-

stoßes vorgenommen wurde. Hintergrund ist, dass nach den Bestimmungen eine Rückforderung schon bei einem Verstoß gegen das Vergaberecht – unabhängig von seiner Intensität – zulässig war. Der BGH stellt dabei klar, dass bei einem schweren Verstoß dann die Rückforderung sogar zur Regel wird. Die Notwendigkeit einer rechtssicheren Vergabe wird zum anderen noch deutlicher, wenn man sich den im vorliegenden Fall nicht mehr zugestandenen Vertrauensschutz zugunsten des Auftraggebers vergegenwärtigt. Der BGH sieht auch nach erfolgreichem Abschluss des Projekts grundsätzlich eine Rückforderung als gerechtfertigt an.

Auftraggeber sind daher bei projektbezogener Bindung an das Vergaberecht ganz besonders dazu aufgefordert, die Vergaben in Einklang mit den Vorgaben für das öffentliche Auftragswesen zu strukturieren und jede Vergabeentscheidung gut nachprüfbar zu dokumentieren. Hier ist insgesamt hervorzuheben, dass die Anforderungen des förmlichen Vergaberechts in letzter Zeit eher noch gestiegen als übersichtlicher geworden sind. Trotz dieser Komplexität stellt der BGH bei der Erkennbarkeit des Anwendungsbereichs des Vergaberechts und der Beachtung der Vergabebestimmungen lediglich auf einen durchschnittlichen Rechtsanwender ab.

Zudem verdeutlicht die BGH-Entscheidung, dass – außerhalb des Anwendungsbereichs der Wertgrenzenerlasse der Länder – ein Abweichen von der vorrangigen öffentlichen Ausschreibung mit der Wahl der beschränkten Ausschreibung oder erst recht der freihändigen Vergabe im Einzelfall sorgfältig mit Bezug auf einen konkreten Ausnahmestatbestand zu begründen ist.

## Ansprechpartner



**Martin Steuber, LL.M.**

Rechtsanwalt

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Gildehofstr. 1  
45127 Essen

Telefon +49 201 9220 0  
Telefax +49 201 9220 110  
martin.steuber@luther-lawfirm.com

## Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
09.02.2012	4. Niedersächsischer Vergaberechtstag „Die Rückforderung von Zuwendungen bei Vergabeverstößen“ (Dr. Henning Holz, LL.M.)	Nds. Studieninstitut Hannover
21.02.2012	Berliner Vergabekonferenz Fördermittel erhalten – und behalten! (Dr. Bernhardine Kleinhenz)	bi-AusschreibungsDienste Berlin
15.03.2012	Vergaberechtsfrühstück (Ulf-Dieter Pape, Dr. Henning Holz, LL.M.)	Luther Hannover

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH finden Sie auf unserer Homepage unter dem Stichwort „Termine“.

## Regionale Ansprechpartner zum Vergaberecht

### Düsseldorf

**Dr. Michael Fritzsche**  
michael.fritzsche@luther-lawfirm.com

**Stefan Hitter**  
stefan.hitter@luther-lawfirm.com

Telefon +49 211 5660 0

### Essen

**Achim Meier**  
achim.meier@luther-lawfirm.com

**Henner Puppel**  
henner.puppel@luther-lawfirm.com

**Martin Steuber, LL.M.**  
martin.steuber@luther-lawfirm.com

Telefon +49 201 9220 0

### Hamburg / Berlin

**Dr. Bernhardine Kleinhenz**  
bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com

**Stephan Birko**  
stephan.birko@luther-lawfirm.com

Telefon +49 40 18067 0

### Hannover

**Ulf-Dieter Pape**  
ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

**Dr. Henning Holz, LL.M.**  
henning.holz@luther-lawfirm.com

Telefon +49 511 5458 0

### Leipzig

**Dr. Thomas Gohrke**  
thomas.gohrke@luther-lawfirm.com

**Karsten Köhler**  
karsten.koehler@luther-lawfirm.com

Telefon +49 341 5299 0

### Luxemburg

**Thomas Michaelis**  
Thomas.michaelis@luther-lawfirm.com

Telefon +49 352 27484 1

Als zentraler Kontakt für allgemeine Fragen zu unserem Beratungsfeld Vergaberecht steht Ihnen Herr Ulf-Dieter Pape, Telefon +49 511 5458 17627, ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com zur Verfügung.

### Copyright

Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

### Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0, Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com  
V.i.S.d.P.: Ulf-Dieter Pape, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berliner Allee 26, 30175 Hannover, Telefon +49 511 5458 0, Telefax +49 511 5458 110, ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

### Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, München, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Luxemburg, Shanghai, Singapur

