

Norbert Portz

Zuwendungen und Vergaberecht

Von guten Hilfen und unerwünschten Rückforderungen

In Deutschland besteht ein großer Nachholbedarf beim Ausbau der öffentlichen Infrastruktur. Nach einer aktuellen Studie der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) beläuft sich der Investitionsrückstand allein bei den deutschen Kommunen auf 149 Mrd. Euro. Er ist damit gegenüber dem Vorjahr (147 Mrd. Euro) gewachsen. Nicht nur bei der Sanierung der Verkehrsinfrastruktur, also maroder Straßen, Wege und Brücken, sondern auch beim Ausbau von Kitas, Schulen, Sportstätten und Bädern sowie bei Maßnahmen zum Klimaschutz und zur Digitalisierung sind massive Investitionen nötig. Gerade infolge der Coronapandemie sind Kommunen dringend nötige Investitionen oft nur mithilfe von Zuwendungen von Bund, Ländern oder der EU möglich. Zuwendungs- und Vergaberecht sind aber grundsätzlich getrennte Rechtsgebiete.

Coronakrise macht Abbau des öffentlichen Investitionsrückstands schwerer

Die Coronakrise führt zu Steuereintrüben und Einnahmeausfällen (siehe ÖPNV, Kitas, Schwimmbäder) bei gleichzeitig dynamischem Anstieg bei den sozialen Leistungen. So drohen den Kommunen nach der Steuerschätzung vom Mai 2021 coronabedingt bis zum Jahr 2024 bis zu 42 Mrd. Euro Steuermindereinnahmen. Bund und Länder müssen deshalb nach 2020 durch einen erneuten Rettungsschirm die Kommunen in die Lage versetzen, ihre dringend nötigen Investitionen, insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge, zu erfüllen.

Ohne Zuwendungen oft keine kommunalen Investitionen

Investitionen in die kommunale Infrastruktur sind oft nur mit öffentlichen Zuwendungen möglich. Zu nennen sind Zuwendungen durch Bund, Länder sowie Landkreise an die Kommunen. Dazu gehören Investitionen in die Mobilitätswende, wie in den Ausbau der Elektroinfrastruktur, des ÖPNV und der Fahrradinfrastruktur. Erfasst sind auch der Neubau oder die Verbesserung (siehe energetische Sanierung) von Kindergärten, Schulen, Bibliotheken, Sportanlagen, Bädern oder Kultureinrichtungen. Auch die Sanierung kommunaler Straßen und des Kanalsystems erfolgt oft nur mit Zuwendungen Dritter. Aber auch Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren sowie die Beschaffung von Lieferleistungen erfolgen oft mithilfe von Zuwendungen. So erhalten Gemeinden etwa Zuwendungen durch Länder oder Landkreise auch zur Beschaffung kommunaler Feuerwehrfahrzeuge.

Wichtige Förderungen und Zuwendungen erhalten Kommunen auch über europäische Strukturfördermittel. Zu nennen sind die EFRE-Mittel (Europäischer Fonds für regionale Entwicklung) sowie die Förderung über ELER (Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums).¹

¹ Siehe insoweit auch die Leitlinien der EU-Kommission vom 19.12.2013 zur Festsetzung von Finanzkorrekturen, die bei Verstößen gegen die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge auf von der EU im Rahmen der geteilten Mittelverwaltung finanzierte Ausgaben anzuwenden sind = COCOF.

Zuwendung: Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot sowie Freiwilligkeit

Nach der Begriffsdefinition des § 23 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) sind Zuwendungen „Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke“. Entsprechende Definitionen enthalten auch die für die Kommunen relevanten Landeshaushaltsordnungen (siehe zum Beispiel § 23 LHO NRW). Danach dürfen Zuwendungen nur veranschlagt und damit 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“.



Abb. 1: Gemeinden erhalten Zuwendungen durch Länder oder Landkreise auch zur Beschaffung kommunaler Feuerwehrfahrzeuge (Foto: Britta Klück)

Dieses Subsidiaritätsprinzip ist für Zuwendungen ebenso kennzeichnend wie das Gebot der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit (siehe für den Bund §§ 6 HGrG, 7 Abs. 1 S. 1 BHO). Trotz dieser rechtlichen Vorgaben kennzeichnet eine Zuwendung, dass diese freiwillig und nur auf Antrag des Zuwendungsempfängers erfolgt. Rechtsanspruch und Einklagbarkeit des Begünstigten bestehen daher nicht.

Vergabe- und Zuwendungsrecht: Unterschiede und Schnittstellen

Die Freiwilligkeit im Zuwendungsrecht unterscheidet dieses vom Vergaberecht. Das Vergaberecht begründet stets einen Austausch von Leistung und Gegenleistung zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen (siehe § 103 Abs. 1 GWB). Dennoch gibt es zwei im Vergaberecht verankerte Schnittstellen zwischen dem Vergabe- und Zuwendungsrecht:

a) Überwiegende Finanzierung bestimmter Vorhaben

Die erste Schnittstelle folgt für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte aus § 99 Nr. 4 GWB. Nach dieser Norm gibt es im Ergebnis rechtlich keinen Unterschied, ob ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB Aufträge unmittelbar selbst vergibt oder 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 der Daseinsvorsorge für ihn erfüllen.

b) Vergabe- und Zuwendungsrecht und Allgemeine Nebenbestimmungen

Die zweite Verknüpfung zwischen dem Vergabe- und Zuwendungsrecht betrifft die regelmäßig vom Zuwendungsgeber über seinen Zuwendungsbescheid dem Zuwendungsempfänger auferlegten Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest). Diese Nebenbestimmungen kommen in verschiedenen Formen vor (ANBest-P: Projektförderung, ANBest-I: Institutionelle Förderung sowie ANBest-G/K: Förderung der Gemeinden/Kommunen). Mit den Allgemeinen Nebenbestimmungen geben die Zuwendungsgeber den Zuwendungsempfängern als Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Verwendung der Zuwendung regelmäßig die Einhaltung der Vergaberegeln vor.

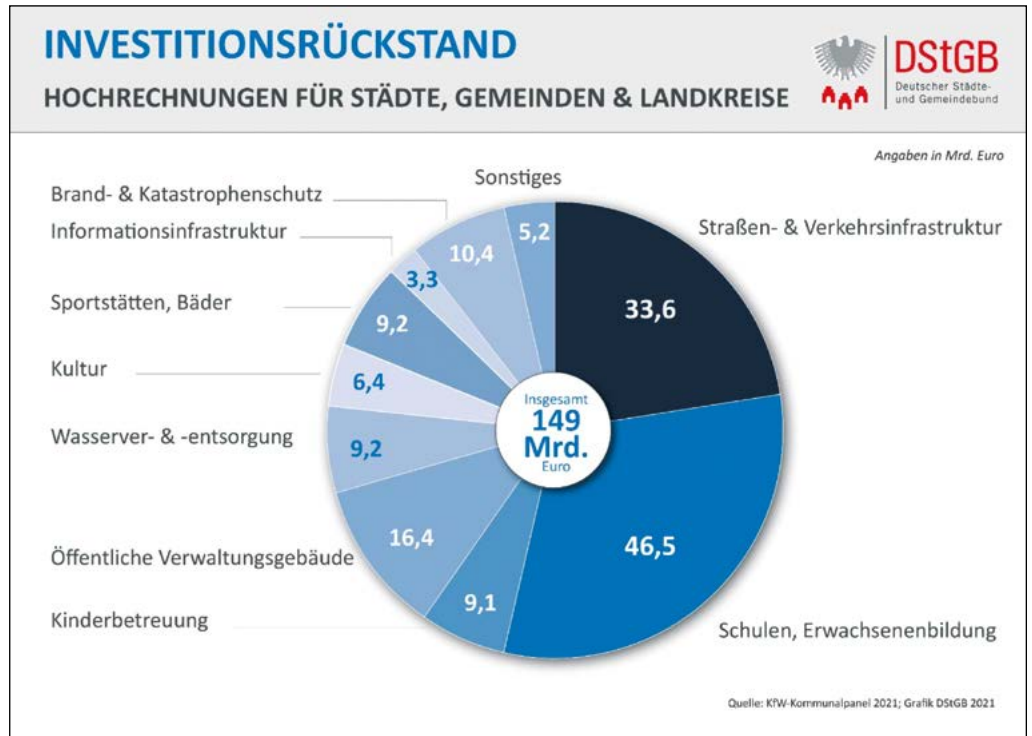


Abb. 2: Investitionsrückstand in Städten, Gemeinden und Landkreisen

Inhalte und Rechtsnatur der ANBest

Vorgabe zur Beachtung des Vergaberechts durch Zuwendungsempfänger

Der Inhalt der auf der Bundeshaushaltsordnung oder den Landeshaushaltsordnungen beruhenden ANBest differiert zwar vom Wortlaut her, im Grundsatz ist das mit den ANBest vorgegebene Ziel zur Anwendung des GWB (Teil 4), der VOB/A, der 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

- für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO).
- für die Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen Teil A Abschnitt I der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A).“

Die Zuwendungsempfänger werden durch diese Vorgaben verpflichtet, bei der Vergabe ihrer Aufträge wie ein öffentlicher Auftraggeber zu handeln und das Vergaberecht anzuwenden.

Mitteilungs- und Nachweispflichten sowie Prüfmöglichkeiten

Weitere Vorgaben, die an den Zuwendungsbescheid gekoppelt sind, sind Mitteilungspflichten des Zuwendungsempfängers gegenüber dem Zuwendungsgeber. Diese beziehen



sich speziell darauf, ob sich die mit der Bewilligung der Zuwendung verbundenen Umstände geändert haben. Auch hat der Zuwendungsempfänger Nachweispflichten über die ordnungsgemäße Verwendung der Zuwendung zu erbringen.

Darüber hinaus ist die Bewilligungsbehörde nach den AN-Best 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 speziell dann verlangen, wenn die Zuwendung entweder durch unrichtige Angaben erwirkt oder nicht für den vorgesehenen Zweck eingesetzt wurde.

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

In der Regel erfolgt der Zuwendungsbescheid durch den Zuwendungsgeber auf öffentlich-rechtlicher Basis durch den Verwaltungsakt. Die Allgemeinen Nebenbestimmungen beinhalten entsprechend eine Auflage zu dem jeweiligen Verwaltungsakt mit dem Inhalt einer Widerrufsmöglichkeit bei Nichterfüllung (siehe §§ 36 Abs. 2 Nr. 4, 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG). Die Folge ist, dass bei Rechtsstreitigkeiten über die Rechtmäßigkeit des Widerrufs der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO eröffnet ist.

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 bei den beiden Rechtsgebieten ins Auge:

Hohe Hürden für den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz

a) EU-Vergaben: hohe Hürden für Nachprüfungsverfahren durch Unternehmen

Für die Geltendmachung eines vergaberechtlichen Primärrechtsanspruchs muss ein Antragsteller zur 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 vorbringen (§ 160 Abs. 2 S. 1 GWB). Er muss zudem darlegen, 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 Vergabeverstoßes im Vergabeverfahren diesen nicht innerhalb einer Frist von zehn 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.

b) Nationale Vergaben: weniger Rechtsschutz – keine Vorabinformationspflicht

Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte ist der vergaberechtliche Rechtsschutz für Unternehmen aufgrund der „Zweiteilung des Vergaberechts“ nochmals eingeschränkt. Dies wird daran deutlich, dass einem Unternehmen bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte grundsätzlich kein vergaberechtlicher Primärrechtsschutz vor den Vergabekammern zusteht. Dem entspricht es, dass die zwingende Informations- und Wartepflicht durch den öffentlichen Auftraggeber nach § 134 GWB nicht entsprechend auch auf Unterschwellenvergaben anwendbar ist. Folgerichtig haben Anfang des Jahres 2020 sowohl das Kammergericht Berlin² als auch kurze Zeit später das OLG Celle³ einer entsprechenden Anwendung des § 134 GWB auf Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte eine deutliche Absage erteilt.

c) Unterschwellenvergaben: Zivilrechtsweg und Schadensersatzklagen

Deshalb ist ein Unternehmen bei Vergaberechtsverstößen im Unterschwellenbereich grundsätzlich darauf angewiesen, seine primärrechtlichen Ansprüche per einstweiliger Verfügung vor den Landgerichten geltend zu machen.⁴ Allerdings haben verschiedene Länder (siehe etwa Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz) durch eigene Landesregelungen den Kommunen auferlegt, die nichtberücksichtigten Unternehmen im Vergabeverfahren auch im Unterschwellenbereich vor dem Zuschlag über deren Nichtberücksichtigung etc. zu informieren.

Niedrige Hürden für Rückforderungen im Zuwendungsrecht

Gegenüber diesen vergaberechtlichen Hürden sind die Rückforderungsmöglichkeiten für Zuwendungsgeber auf Basis der Runderlasse und ANBest viel einfacher. So geben im nationalen Bereich Zuwendungsgeber den Zuwendungsempfängern ihre Regeln vor. Dort ist bestimmt, dass dann, wenn der Zuwendungsempfänger die sich aus dem GWB, der VOB/A, der VgV oder der UVgO ergebenden Regeln nicht beachtet, die Bewilligungsbehörde den Zuwendungsbescheid ganz oder teilweise mit Wirkung auch für die Vergangenheit widerrufen und die Zuwendung zurückfordern kann.

Bedenkt man, dass die Fehleranfälligkeit im Vergabeverfahren hoch ist, beinhaltet diese grundsätzliche Rückforde-

² KG Berlin, Urteil v. 07.01.2020 – 9 U 79/19.

³ OLG Celle, Urteil v. 09.01.2020 – 13 W 56/19.

⁴ OLG Düsseldorf, IBR 2012, 280.

rungsmöglichkeit von Zuwendungen im Falle von Verstößen gegen das Vergaberecht eine erhebliche Sanktionsmöglichkeit gegenüber den Zuwendungsempfängern und damit den Kommunen. Hinzu kommt im Vergleich zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren, dass Rückforderungen von Zuwendungen noch lange Zeit nach Abschluss des Vergabeverfahrens und ohne Fristablauf für die Vergangenheit vorgebracht werden können. Besonders erschwerend ist, dass bei einem „schweren Verstoß“ gegen das Vergaberecht die Runderlasse und Richtlinien etc. der Bundesländer i. d. R. vorsehen, dass „grundsätzlich ein Widerruf des Zuwendungsbescheids und die Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung vorzunehmen ist“.

Rechtsprechung: stets Ermessen ausüben

Die Rechtsprechung hat es vor dem Hintergrund des Zuwendungszwecks (Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip) abgelehnt, Rückforderungsbescheide von Zuwendungsgebern „automatisch“ als rechtmäßig einzuordnen, wenn der Zuwendungsempfänger (schwere) Vergaberechtsverstöße begangen hat. Vielmehr betonen die Gerichte, dass der Widerruf von Zuwendungen verhältnismäßig sein muss und eine ordnungsgemäß begründete Ermessensentscheidung im Einzelfall voraussetzt.⁵

Das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip folgt aus den grund- und haushaltsgesetzlichen Vorgaben (siehe § 6 Abs. 1 und Abs. 2 HGrG) sowie den Landeshaushaltsordnungen und den Haushaltsordnungen der Kommunen. Daher sehen auch die Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest) als allgemeines Ziel der Zuwendung die „wirtschaftliche und sparsame“ Verwendung der Zuwendung vor.⁶ 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. Dies muss er bei der Ermessensentscheidung über einen Widerruf berücksichtigen.⁷

Der pauschale Schluss, wonach die Anwendung des Vergaberechts stets zu einer größeren Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei der Verwendung der Mittel führt, ist zu hinterfragen. So ist im Einzelfall vorstellbar, dass eine vergaberechtlich unzulässige Preisnachverhandlung sogar zu Kosteneinsparungen führt. Auch der Umstand, dass ein Auftraggeber die falsche Vergabeart gewählt hat, kann noch nicht zwingend die Unwirtschaftlichkeit der Mittelverwendung indizieren.⁸

OVG Schleswig: grundsätzlich kein Widerruf bei nur formalen Fehlern

Das Oberverwaltungsgericht Schleswig⁹ hat in diesem Sinne klar festgestellt, dass der Widerruf einer gegenüber einer Gemeinde gewährten Zuwendung nur dann rechtmäßig ist, wenn der Widerruf des Verwaltungsakts den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt. Dazu muss die Behörde auch in Fällen des intendierten Ermessens den ihr zustehenden Ermessensspielraum im Einzelfall wahrnehmen und prüfen, ob ausnahmsweise eine andere Entscheidung als der vollständige Widerruf des Zuwendungsbescheides in Betracht kommt. Dabei kann auch die Schwere der Pflichtverstöße beachtlich sein.¹⁰ Nach dem OVG handelte es sich bei den geltend gemachten Verstößen gegen das Vergaberecht überwiegend um formale Fehler, speziell um Dokumentationsmängel. Hier seien Auswirkungen auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht erkennbar.

Fazit

Den Kommunen sind dringend nötige Investitionen – insbesondere infolge der Coronapandemie – oft nur mithilfe von Zuwendungen von Bund, Ländern oder der EU möglich. Dabei sind Zuwendungs- und Vergaberecht grundsätzlich getrennte Rechtsgebiete. Eine Verknüpfung ergibt sich jedoch durch die Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest) und durch Richtlinien von Bund und Ländern. Danach kann ein Vergabeverstöß einen Widerruf der Zuwendung auslösen.

Die Rückforderung einer Zuwendung erfordert stets die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die pflichtgemäße Ausübung des Ermessens im Einzelfall durch den Zuwendungsgeber. Rein formale Vergabeverstöße, die ohne Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Beschaffung sind, lösen regelmäßig keinen Widerruf der Zuwendung aus. Vergabeverstöße können Unternehmen aber in ihren Rechten zur Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzen (§ 97 Abs. 6 GWB). Diese Ansprüche müssen Unternehmen bei Oberschwellenvergaben vor Vergabekammern und bei Unterschwellenvergaben ggf. vor den Landgerichten vorbringen.



Norbert Portz

Beigeordneter, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

⁵ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 10.12.2019 – 6A 10517/19.

⁶ Siehe Ziffer 1.1 der Allgemeinen Nebenbestimmungen zu § 44 BHO.

⁷ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 10.12.2019 – 6A 10517/19.

⁸ Hildebrandt/Conrad, ZfBR 2013, 130, 139; Schilder, NZBau 2009, 155, 156.

⁹ OVG Schleswig, Beschluss vom 18.12.2020 – 5 LA 179/20.

¹⁰ Siehe BVerwG, Urteil v. 10.12.2003 – 3 C 22.02.