

Das Spannungsfeld Fördermittel- und Vergaberecht

Dr. Martin Schellenberg, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht, Partner HEUKING
Neuer Wall 63, 20354 Hamburg, m.schellenberg@heuking.de Tel.: 040 355 280 86

Vortrag Schleswig-Holsteinischer Vergaberechtstag am 19. November 2024 in Kiel

Uns Vergaberechtler verbindet die Überzeugung, dass Wettbewerb um öffentliche Aufträge etwas positives ist und Ausschreibungen grundsätzlich sinnvoll sind. Das ist in diesen Zeiten nichts selbstverständliches mehr.

Wir stehen alle noch ratlos vor dem Ergebnis der US-Wahl. Was sich jedoch dort abzeichnet ist ein massiver Abbau staatlicher Strukturen, der sicherlich auch das dortige Vergaberecht nicht ausspart. Begründung: Bürokratieabbau. Das sollte uns kein Vorbild sein.

Es kann jedoch Anlass sein, bei uns nach überbordender Bürokratie zu suchen. Man findet sie wo – im Spannungsfeld zwischen Fördermittel- und Vergaberecht, womit wir beim Thema wären.

Die Anwendung von Vergaberecht im Fördermittelrecht führt häufig zu schwer nachvollziehbaren Ergebnissen.

Hier ein extremes Beispiel aus unserer anwaltlichen Praxis:

Slide KLF

Die Feuerwehr einer kleinen Kommune in Schleswig-Holstein steht 2008 vor der Aufgabe, ein Einsatzfahrzeug anzuschaffen. Benötigt wird ein KLF, ein Kleinlöschfahrzeug. Neupreis einschließlich Beladung ca. 120.000 Euro. Das Land gibt zwar einen Zuschuss von ca. 20.000 Euro. Der Haushalt der Kommune lässt die Investition eigentlich nicht zu. Um Kosten zu sparen, haben sich die Mitglieder der Wehr auf dem Gebrauchtmarkt umgesehen und sind fündig geworden: ein gebrauchtes Fahrzeug für 60.000 Euro wurde

gekauft und die Wehr hat es in Eigenleistung instandgesetzt. Eine Erfolgsgeschichte bürgerschaftlichen Engagements, die Lokalpresse berichtet lobend darüber.

2012 dann der Schock: Fördermittelprüfung durch das zuständige Rechnungsprüfungsamt und Rückforderung des Gesamtbetrages von 20.000 Euro. Begründung: bei der Beschaffung des KLF sei das Vergaberecht nicht eingehalten worden. Das Fahrzeug hätte ausgeschrieben werden müssen.

Es folgt ein Rechtsstreit, der sich bis 2022 zieht und durch alle Instanzen geht. Erst dann steht fest: der Rückforderungsbescheid war rechtswidrig.

Ist das nicht absurd: Um Kosten zu sparen, hat man ein gebrauchtes Fahrzeug gekauft und unter Eigenleistung ausgebaut. Das Ganze war ohne Zweifel wirtschaftlich, weil die Wehr gegenüber einem Neufahrzeug die Hälfte gespart hat. Trotzdem die Rückforderung. Besonders schmerzhaft: die Diskreditierung der betroffenen Personen. Wer Vergaberecht nicht beachtet, steht im Generalverdacht der Korruption.

Außerdem schwer erträglich: der lange Zeitraum zwischen Erwerb des Fahrzeugs, Auszahlung der Fördermittel und letztinstanzlicher Entscheidung. 14 Jahre!. In der mündlichen Verhandlung 2022 vor dem OVG war ich mit einer Anwältin, die den Fall als Berufsanfängerin übernommen hatte. Mittlerweile hat sie drei Kinder!

Vor diesem Hintergrund ist das Rechtsregime einer kritischen Prüfung zu unterziehen:

Zunächst ist zu klären, warum Fördermittelempfänger Vergaberecht anwenden müssen.

Grundlage der Förderung ist entweder ein Fördermittelbescheid oder ein entsprechender Vertrag. In beiden Fällen werden die Empfänger per Auflage verpflichtet, Vergaberecht anzuwenden, wenn sie Fördermittel nutzen, um Aufträge an Dritte zu vergeben.

Wer nach einer gesetzlichen Grundlage für diese Auflage im deutschen Recht sucht, sucht vergeblich. Es gibt kein Gesetz, das den Fördermittelgeber verpflichtet, die Empfänger an das Vergaberecht zu binden.

Stattdessen wird die Auflage aus dem allgemeinen Haushaltsrecht hergeleitet.

Nach dem Haushaltsrecht müssen Zuwendungen wirtschaftlich und sparsam verwendet werden.

Auf dieser Grundlage werden Verwaltungsvorschriften erlassen (AN-Best), die als Auflage in den Förderbescheid bzw. den -vertrag in Bezug genommen werden.

Halten wir also fest: es gibt keine gesetzliche Pflicht, Fördermittelempfänger an das Vergaberecht zu binden. Gesetzlich normiert ist nur die Pflicht, den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zu beachten.

Nächste Frage: Ergibt sich aus dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, dass Vergaberecht anzuwenden ist?

Für die öffentliche Hand gilt die Anwendungspflicht natürlich. Leistungen sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Das ist in allen vergaberechtlichen Gesetzen normiert.

Warum ist das so?

Dem Wettbewerb wird die magische Kraft zugeschrieben, günstigere und bessere Leistungen hervorzubringen. Das entspricht grundsätzlich der allgemeinen Lebenserfahrung. Es kommt aber sehr darauf an, wie der Wettbewerb organisiert wird und: es gibt auch sinnlosen Wettbewerb.

Außerdem wird durch den Wettbewerb Korruptionsvermeidung betrieben. Wenn eine Leistung unter den Augen des Wettbewerbs vergeben wird, kontrolliert sich der Markt in gewissem Umfang selbst.

Warum also zusätzlich die Auflage im Förderbescheid für die öffentliche Hand?

Als zusätzliches Druckmittel, vergaberechtskonform zu handeln? Rechtfertigt das die Rückzahlungspflicht? Ich meine nein!

Bei der öffentlichen Hand ist die Rechtsverletzung bereits durch die originäre Anwendung des Vergaberechts sanktioniert.

Beachtet die Verwaltung das Vergaberecht nicht, so setzt sie sich Nachprüfungsanträgen aus oder riskiert Rügen der Rechnungshöfe. Mehr Druck hält der Gesetzgeber nicht für erforderlich.

Es bleibt das Wirtschaftlichkeitsgebot als Rechtfertigung der Auflage. Wer nicht ausschreibt, handelt unwirtschaftlich.

Doch der eingangs geschilderte Fall mit dem gebrauchten KLF beweist das Gegenteil. Es gibt sehr wohl Fälle, bei denen eine Ausschreibung nicht automatisch zur Wirtschaftlichkeit führt.

Kürzlich hatten wir einen vergaberechtlichen Fall, in dem fast alle Bieter aus formalen Gründen aus dem Verfahren ausgeschlossen werden mussten und der Auftrag dann an den teuersten Anbieter erteilt werden sollte. Auch hier bleibt die Wirtschaftlichkeit trotz oder gerade wegen der Anwendung des Vergaberechts auf der Strecke.

Die Rechtsprechung hat das noch nicht anerkannt:

Das Bundesverwaltungsgericht hat 2012 entschieden: wer nicht ausschreibt, handelt automatisch unwirtschaftlich.

Aus meiner Sicht ist das nicht zutreffend: Die Zuwendungsprüfung dient – wie gezeigt – ausschließlich der Wirtschaftlichkeit. Der Empfänger hat die Wirtschaftlichkeit nachzuweisen.

Es gibt durchaus andere Wege, diesen Nachweis zu führen, als die Durchführung einer Ausschreibung. Ist der Nachweis geführt, so verbietet sich m. E. die Rückforderung – s. Eingangsfall

Noch deutlicher wird dies bei Zuwendungen, die an Private vergeben werden. Auch Privaten erhalten Fördermittel nur, wenn sie Vergaberecht anwenden.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird dies stark kritisiert. Argument:

1. Unternehmen werden gezwungen, einen erheblichen Teil der Mittel in Vergaberechtsberatung zu investieren.
2. Fördermittel werden unattraktiv, wenn sie solche Auflagen enthalten.
3. Die Auflage ist auch unnötig, da der Fördermittelempfänger grundsätzlich erhebliche Eigenmittel einbringen müssen. Sie haben daher ein Eigeninteresse, das Geld effizient und wirtschaftlich zu verwenden.
4. Wegen der Rückforderungsrisiken muss der Empfänger auch Rückstellungen bilden. Das belastet die Bilanz und führt zu zusätzlicher Bürokratie.

Stichwort Bürokratie:

Die Belastung durch Bürokratie bei der Fördermittelvergabe hat bereits 2019 Olaf Scholz beklagt. Seither ist im Grunde nichts passiert.

Jedenfalls ist festzuhalten:

- Das vergaberechtliche System passt nicht zur Zuwendungsprüfung.

- Vergaberecht ist **Vertragsanbahnungsrecht**. Es **endet** im Zeitpunkt des Zuschlages.
- Die Rückforderung kommt dagegen oft erst Jahre nach Abschluss des Projekts (vgl. Eingangsfall)
- Diese Anwendungserweiterung ist dem Vergaberecht fremd:
 - Die Kehrseite der durchaus strengen Verfahrensregeln des Vergaberechts ist die Präklusion.
 - Wird ein Fehler nicht rechtzeitig gerügt oder ist der Zuschlag bereits erteilt, so bleibt der Fehler ungesühnt. Er wird durch Zeitablauf irrelevant.
- Dieses vergaberechtliche Grundprinzip wird durch das Zuwendungsrecht unterlaufen. Durch die Fördermittelaufgabe kommt die vergaberechtliche Sanktion gleichsam durch die Hintertür wiederherein.

Das ist nicht sachgerecht und häufig ungerecht.

Hinzukommt, dass sich das Vergaberecht ständig ändert. Allein im Zeitraum des oben genannten Beispielsfalles hat es vier grundlegende Vergaberechtsreformen gegeben.

In der Literatur ist streitig, auf welchen Zeitpunkt sich die Rechtslage der Rückforderung beziehen muss:

Auf den Zeitpunkt

- der Fördermittelgewährung?
- Der Beschaffung,
- des Projektbeginns,
- des Projektabschlusses oder
- des ggf. daraus entstandenen Rechtsstreits.

Eine solche Rechtsunsicherheit ist nicht hinnehmbar!

Zusammengefasst:

Für den Nachweis der Wirtschaftlichkeit ist die Anwendung von Vergaberecht allenfalls ein Indiz, die Wirtschaftlichkeit kann aber auch anders nachgewiesen werden. Gelingt dies dem

Zuwendungsempfänger, so verbietet sich die Rückforderung. Denn die Auflage dient ausschließlich dazu, die Wirtschaftlichkeit zu sichern. Dies gilt sowohl für staatliche als auch für private Zuwendungsempfänger.

Slide mit diesem Text

Hinzukommt: Die Zuwendungsprüfung verursacht immensen bürokratischen Aufwand. Wir haben erleben das in unserer anwaltlichen Arbeit jeden Tag: Zuwendungsstellen sind nahezu vollständig damit beschäftigt, Zuwendungen zu prüfen, Rückforderungen geltend zu machen und Auseinandersetzungen zu führen.

Diese Auseinandersetzungen werden regelmäßig erbittert geführt, da die Prüfung erst erfolgt, wenn die Zuwendung bereits ausgegeben ist.

Vor diesem Hintergrund muss das System grundlegend reformiert werden. Das Spannungsfeld zwischen Vergabe- und Fördermittelrecht ist so zu entspannen, dass die vergaberechtliche Auflage entfällt und die Rückforderung nur bei nachgewiesener Unwirtschaftlichkeit in Betracht kommt.

Wurde Vergaberecht ordnungsgemäß angewendet, so begründet dies eine Vermutung für die Wirtschaftlichkeit. Die Wirtschaftlichkeit kann aber auch auf andere Weise nachgewiesen werden.

Damit könnte ich im Grunde schließen. Jedoch: bis heute ist nichts passiert. Das alte System wird einfach beibehalten.

Im Folgenden gehe ich daher noch auf einige Punkte ein, die „im bestehenden System“ relevant sind:

- **Ermessen:**

Hier ist die Frage: Steht der Prüfbehörde Ermessen bei der Entscheidung über die Rückforderung zu oder muss sie die gesamte Zuwendung zurückfordern, wenn Vergabebefehler festgestellt werden?

Darüber haben wir einen Musterrechtsstreit in Schleswig-Holstein geführt und das Oberverwaltungsgericht Schleswig hat 2020 und 2022 entschieden, dass Ermessen besteht und ausgeübt werden muss. Dies gilt sowohl für das „ob“ als auch für das „wie“, also für die Höhe der Rückforderung.

- **Höhe der Rückforderung**

Die Höhe der Rückforderung, so das Oberverwaltungsgericht Schleswig in seinen beiden Entscheidungen bemisst sich nicht nur nach der Schwere des Verstoßes, sondern auch nach

- dem dadurch erlittenen Wirtschaftlichkeitsnachteil
- die Finanzkraft des Zuwendungsnehmers
- dem Zeitablauf zwischen der Zuwendung und der Rückforderung

Festzuhalten ist, dass nach den beiden OVG-Schleswig-Urteilen die Anforderungen an die Begründung der Rückforderung gestiegen sind. Es reicht nicht mehr, festzustellen, dass vergaberechtliche Anforderungen missachtet wurden. Herauszuarbeiten ist vielmehr, welchen Schweregrad die Fehler haben und ob hierdurch ein Wirtschaftlichkeitsnachteil entstanden ist. Außerdem sind die Faktoren Finanzkraft des Zuwendungsempfängers und Zeitablauf in die Ermessensabwägung einzubeziehen.

Hilfreich können hierfür Kataloge sein, die typisierte Verstöße und entsprechende prozentuale Rückforderungsquoten enthalten.

Die EU-Kommission hat einen solchen Katalog herausgegeben, ebenso der Freistaat Bayern und einige regionale Prüfstellen.

Doch Vorsicht: auch bei der Anwendung dieser Tabellen darf nicht schematisch vorgegangen werden. Entscheidend ist immer, ob im Einzelfall ein Wirtschaftlichkeitsnachteil entstanden ist. Dies muss jeweils separat geprüft und in die Ermessensentscheidung einbezogen werden.

- **Nachprüfungsverfahren**

Geklärt ist mittlerweile, dass ein privater Zuwendungsempfänger durch die Anwendung des Vergaberechts nicht dem Nachprüfungsverfahren unterworfen wird.

Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn er gegen die Auftragsvergabe eines privaten Zuwendungsempfängers eingereicht wird. Dies gilt auch dann, wenn eine EU-Veröffentlichung erfolgt ist. Dementsprechend muss bei der Vergabe auch nicht die Wartefrist vor Zuschlag eingehalten werden.

Anders ist dies nur, wenn der Private gem. § 99 Nr. 4 GWB an das Vergaberecht gebunden ist. Diese Regelung betrifft Zuwendungen, die für Infrastruktur (Schulen, Krankenhäuser etc.) bestimmt sind.

Vorsicht hier bei der Berechnung des Schwellenwertes:

Planungsleistungen unterfallen der EU-Ausschreibungspflicht nur dann, wenn auch das Bauprojekt selbst die EU-Schwellen übersteigt. Das hat das OLG Hamburg auf unseren Antrag in einem Musterrechtsstreit 2010 entschieden.

- **Generalunternehmer-Vergabe**

Große Unsicherheit verursacht die zuwendungsrechtliche Rechtsprechung bei dem Thema Generalübernehmervergaben.

GU/GÜ-Vergaben, modulares Bauen Standardisierung das sind Schlüsselbegriffe für eine schnellere, effizientere und kostengünstigere Errichtung von öffentlichen Gebäuden.

In Deutschland scheitert das häufig am Mittelstandsschutz, dem Losaufteilungsgebot. Was immer man davon hält, das Losaufteilungsgebot gilt jedenfalls nicht, wenn Planung und Bau an einen Auftragnehmer gegeben werden soll.

Das steht so ausdrücklich im Gesetz (§ 103 Abs. 3 GWB). Über Rückforderungen entscheiden regelmäßig die Verwaltungsgerichte, die sowohl mit dem Vergabe- als auch mit dem privaten Baurecht nicht vertraut sind.

Daher hat es wiederholt Entscheidungen gegeben, die Rückforderungen gebilligt haben, die sich auf die Durchführung einer GÜ Ausschreibung gestützt haben. Und zwar ohne zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 103 GWB vorgelegen haben.

Daher ziehen viele Zuwendungsempfänger eine GÜ-Vergabe gar nicht erst in Betracht, obwohl dies für sie sinnvoll wäre, da sie über die Koordinationskompetenz und Ressourcen zur eigenständigen Steuerung einer Einzelgewerksvergabe offensichtlich nicht verfügen.

- **Benennung des Dienstleisters im Fördermittelantrag**

Letzter Punkt: muss der Dienstleister auch dann ausgeschrieben werden, wenn er bereits im Fördermittelantrag namentlich benannt ist? Nein, dann ist keine Ausschreibung erforderlich. Mit der namentlichen Benennung wird der Dienstleister Gegenstand des Antrages und der Zuwendungsbescheid gründet sich auf seine Mitwirkung. In diesem Fall sperrt das Zuwendungsrecht das Vergaberecht!

Fazit

Zuwendungsrecht und Vergaberecht haben mehr als ein Spannungsfeld. Sie gehen vielfach eine toxische Verbindung ein.

Toxisch ist die Vergaberechtsauflage insbesondere dann, wenn

- der Rückforderungsbescheid erst nach Jahren kommt,
- die Zuwendung längst ausgegeben ist,
- sich die Rückforderung auf Vergabefehler stützt, die nach Vergaberecht längst präkludiert sind
- und die sich auf die Wirtschaftlichkeit nachweislich nicht ausgewirkt haben.

Vergaberechtliche Auflagen für Zuwendungsempfänger führen häufig zu ungerechten Ergebnissen, provozieren langjährige Rechtsstreitigkeiten (siehe den Eingangsfall), sie führen zu hohem bürokratischem Aufwand auf beiden Seiten.

Vor dem Hintergrund der aktuellen weltweiten Umbrüche sind wir in Deutschland sehr gut beraten, wenn wir wirklich einmal anfangen, bürokratische Hemmnisse zu beseitigen. Das Zuwendungsrecht bietet sich hierfür an. Zuwendungen sollen unsere Innovationsfähigkeit verbessern. Das haben wir hier mehr denn je nötig und wir sollten sie uns nicht durch endlose Verfahren und Prüfungen verderben.