

6. Kommunales Wintergespräch

**Die Schnittstelle zwischen Vergabe- und
Fördermittelrecht – wie teuer können
Vergabeverstöße werden?**

07.12.2018

RAin Andrea Hennecken, Fachanwältin für Verwaltungsrecht

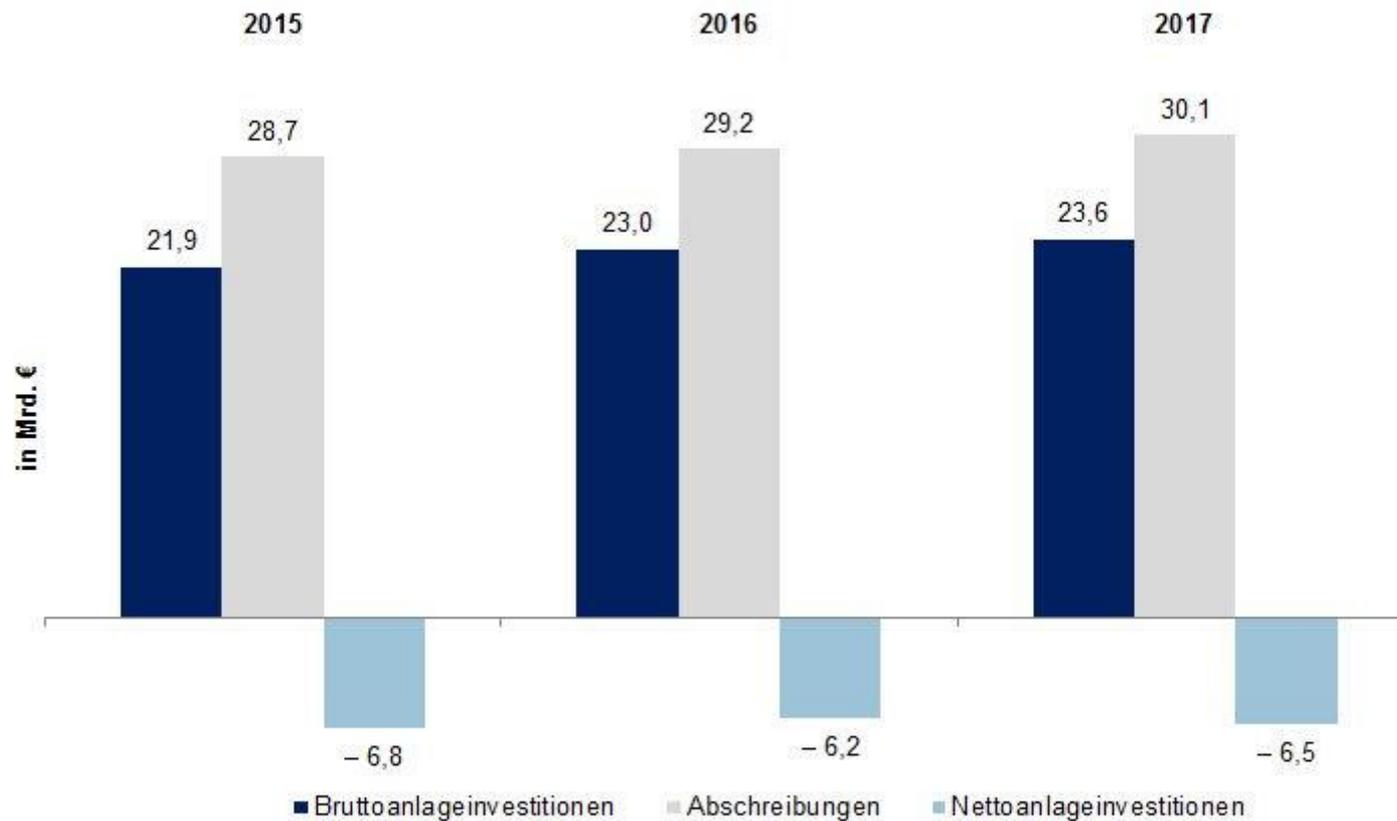
- I. Einblick in das Fördermittelrecht
- II. Mögliche Vergaberechtsverstöße
- III. Förderrechtliche Konsequenzen
- IV. Aktuelle Rechtsprechung

I. Einblick in das Fördermittelrecht

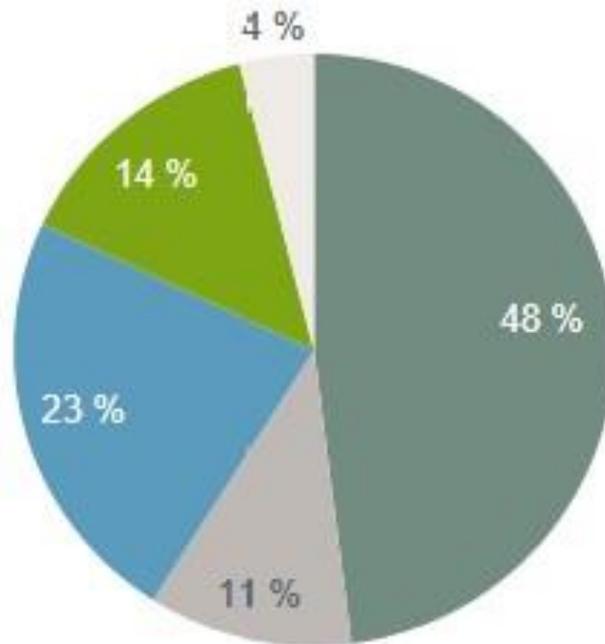
1. Bedeutung

- Wirtschaftliche Bedeutung: 23 % der kommunalen Investitionen werden durch Fördermittel finanziert
- Gesellschaftliche Bedeutung: Ermöglichung von Investitionen in die Daseinsvorsorge (Pflicht- und freiwillige Aufgaben)
- Ökologische Bedeutung: Maßnahmen des Umweltschutzes nur durchführbar bei ausreichender finanzielle Ausstattung

Kommunale Investitionen



Grafik 14: Anteil der Finanzierungsinstrumente für kommunale Investitionen 2017



- Allgemeine Deckungsmittel
- Fördermittel
- Investitionszuweisungen
- Kommunalkredite
- Sonstige

Quelle: KfW-Kommunalpanel 2018, durchgeführt vom Difu von August bis Oktober 2017.

1. Einblick in das Fördermittelrecht
 2. **Verknüpfung von Fördermittel- und Vergaberecht**
- Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zur Einhaltung der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen (ANBest)
 - Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften (ANBest-K)
 - Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P)

1. Einblick in das Fördermittelrecht

2. Verknüpfung von Fördermittel- und Vergaberecht

- Inhalt der Allgemeine Nebenbestimmungen:
 - Pflicht VOB und VOL einzuhalten (gilt auch für Privatpersonen!)
 - Mitteilungspflicht des Förderungsempfängers bei Änderungen
 - Nachweispflicht des Förderungsempfängers über ordnungsgemäße Verwendung
 - Prüfrecht der Bewilligungsbehörde bezüglich ordnungsgemäßer Verwendung

1. Einblick in das Fördermittelrecht
2. Verknüpfung von Fördermittel- und Vergaberecht

Rechtsnatur der Allgemeinen Nebenbestimmungen:

- Bei Gewährung der Zuwendung durch Verwaltungsakt/Bescheid
 - Allgemeine Nebenbestimmungen als Auflage zum Verwaltungsakt (Art. 36 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG)
 - Bei Nichterfüllen der Auflage besteht Möglichkeit des Widerrufs der Zuwendung (Art. 49 Abs. 3 Nr. 2 BayVwVfG)
- Bei Gewährung der Zuwendung durch privatrechtlichen Vertrag
 - Allgemeine Nebenbestimmungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im Vertrag

II. Mögliche Vergaberechtsverstöße

1. Schwere Verstöße gegen VOB

- Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen (Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen; zuletzt geändert am 02.01.2017)
- Entsprechende Anwendung auf VOL/VOF
- Unterscheidung zwischen schweren sowie sonstigen VOB-Verstößen
- Erläuterung des jeweiligen Rückförderungsverfahrens

II. Mögliche Vergaberechtsverstöße

1. Schwere Verstöße gegen VOB

- freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 3 VOB/A, obwohl die Voraussetzungen nicht vorliegen
- ungerechtfertigte Einschränkung des Wettbewerbs
- Übergehen oder Ausscheiden des wirtschaftlichsten Angebotes
- Vorsätzliche Verstöße gegen Grundsätze nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB (Wettbewerbs- u. Transparenzprinzip; Gleichbehandlungsgebot)

II. Mögliche Vergaberechtsverstöße

1. Schwere Verstöße gegen VOB

- Auch die Vergabe an einen Generalübernehmer, sofern dies nicht zugelassen ist soll laut den Richtlinien des Staatsministeriums der Finanzen einen schweren Verstoß gegen VOB darstellen.
- Laut EuGH ist die Richtlinie diesbezüglich europarechtswidrig (EuGH v. 18.03.2004; Rs C-31 4/01).

II. Mögliche Vergaberechtsverstöße

2. Sonstige Verstöße gegen VOB

- Sämtliche sonstigen Verstöße können zur Rückforderung führen.
- Vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln ist für die Annahme eines sonstigen Verstoßes nicht erforderlich.
- Sonstige Verstöße sind auch Mängel in der Dokumentation/mangelhafte Vergabeakte (§ 20 VOB/A).

III. Förderrechtliche Konsequenzen

1. Rechtsgrundlagen

- Widerruf nach Art. 49 Abs. 2a S. 1 Nr. 2 BayVwVfG, § 49 Abs. 3 VwVfG
- Ein rechtmäßiger Verwaltungsakt (Zuwendungsbescheid), der eine einmalige oder laufende Geldleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewährt, kann auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen werden:
 - wenn die Leistung nicht, nicht alsbald nach der Erbringung oder nicht mehr für den in dem Verwaltungsakt bestimmten Zweck verwendet wird oder
 - wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat.

III. Förderrechtliche Konsequenzen

2. Verfahren bei schweren VOB-Verstößen

- Nr. 3.2. und Nr. 4 der Richtlinie sehen die Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen vor.
- Bei Vorliegen eines schweren VOB-Verstoßes, ist grundsätzlich ein Widerruf der Zuwendung vorzunehmen.
- Nur ausnahmsweise können die Umstände des Einzelfalls eine mildere Beurteilung erfordern.

III. Förderrechtliche Konsequenzen

3. Verfahren bei sonstigen VOB-Verstößen

- Nr. 3.1. und Nr. 4 der Richtlinie zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen
- feststellbare vermeidbare Mehrausgaben sind durch Widerruf des Zuwendungsbescheids in entsprechender Höhe aus der Förderung herauszunehmen (z.B. Teil- oder Fachlos)
- förderrechtlich gebotene Ausscheidung nicht notwendiger und damit nicht zuwendungsfähiger Ausgaben (unwirtschaftliches Verhalten des Zuwendungsempfängers)
- führt häufig zu Kürzungsbeträgen von 20 bis 25 % der Gesamtzuwendung

III. Förderrechtliche Konsequenzen

3. Verfahren bei sonstigen VOB-Verstößen

- Widerruf des gesamten Bewilligungsbescheids liegt im Ermessen der Bewilligungsbehörde.

III. Förderrechtliche Konsequenzen

4. Besonderheiten

- Der Zuwendungsempfänger kann sich bei der Rückforderung im Falle eines Vergabeverstößes nicht auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen.
- Rückforderung kann auch nach erheblichem Zeitablauf erfolgen (BVerwG 3 B 58/12 – Beanstandung des Verwendungsnachweises 9 Jahre nach Erhalt des Zuwendungsbescheides).
- Der zu erstattende Betrag ist vom Eintritt der Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes an mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jährlich zu verzinsen (Art. 49a Abs. 3 BayVwVfG, Art. 49a Abs. 3 VwVfG).

IV. Aktuelle Rechtsprechung

- Entscheidungspraxis
- Die in den letzten Jahren ergangenen gerichtlichen Entscheidungen machen mehr als deutlich, dass die angerufenen Gerichte bei der Beurteilung von Rückforderungen von Fördermitteln einen sehr strengen Maßstab anlegen!

IV. Aktuelle Rechtsprechung

- BGH, Urteil vom 17.11.2011, III ZR 234/10
- Öffentlicher Zuschuss einer Landesbank für den Umbau eines Betriebsgeländes
- Landesbank forderte 1,2 Millionen € vom Zuwendungsempfänger zurück
- Vergabeverstoß: Entgegen geltendem Vergaberecht nicht im Offenen Verfahren ausgeschrieben
- Verurteilung durch das Landgericht, aber Aufhebung der Entscheidung durch den BGH

IV. Aktuelle Rechtsprechung

- BVerwG, Urteil vom 13.02.2013, 3 B 58/12
- Zuschuss für die Errichtung einer Fernwärme-Übernahmestation an zuständige Stadtwerke
- Rückforderung von ca. 350.000 € vom Zuwendungsempfänger
- Entgegen geltendem Vergaberecht nach Abgabe der Angebote noch Verhandlungen mit Bietern durchgeführt
- Das BVerwG bestätigte die Entscheidung der Vorinstanzen und verurteilte den Zuwendungsempfänger

IV. Aktuelle Rechtsprechung

- VGH München, Beschluss vom 09.02.2015, 4 B 12.2326
- Eine freihändige Vergabe stellt regelmäßig einen schweren Vergabeverstoß dar, der die Kürzung staatlicher Zuwendungen rechtfertigt, wenn die für eine solche Vergabe notwendigen vergaberechtlichen Voraussetzungen nicht vorliegen.
- Der VGH vermindert die festgesetzte Zuwendung um ca. 90.000 € und fordert eine Überzahlung in Höhe von ca. 90.000 € zurück nebst Zinsen in Höhe von 6 % p.a. rückwirkend von 2009 bis zur vollständigen Rückzahlung.

IV. Aktuelle Rechtsprechung

- VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2016, 3 K 15.1070 (VGH München, Beschluss vom 22.05.2017, 4 ZB 16.577)
- Vergeben wurde ein Feuerwehrfahrzeug in einem EU-weiten Verfahren. Die gebotene Losbildung (z.B. Fahrgestell, Aufbau, Beladung) erfolgte nicht.
- Der Bewilligungsbescheid wies auf die Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen hin.
- Nach Feststellung des Vergabeverstößes der unterlassenen Losvergabe verpflichtete der Zuwendungsgeber den Zuwendungsempfänger / Auftraggeber zur Rückforderung der gewährten Fördermittel in Höhe von 25 %.

IV. Aktuelle Rechtsprechung

- OVG Koblenz, Urteil vom 25.09.2012, 6 A 10478/12
- Allein die Wahl einer fehlerhaften Vergabeart genügt für einen schwerwiegender Verstoß gegen das Zuwendungsrecht nicht.
- Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, die eine abweichende Beurteilung ermöglichen können.
- Daher gibt es Sachverhalte, in denen trotz eines Vergabeverstoßes ein Widerruf nicht in Betracht kommt.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!