



## UPDATE VERGABERECHT

### RÜCKFORDERUNG EINER ZUWENDUNG BEI VERGABEVERSTOß

#### BGH, Urteil vom 17.11.2011 – III ZR 234/10

Einem Unternehmen (U) waren für zwei Projekte von der A, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, Investitionszuschüsse in Millionenhöhe gewährt worden. Neben einer Verpflichtung im vorformulierten Antrag zur Einhaltung der VOB/A fand sich im Bewilligungsschreiben der A eine Regelung, wonach das Vergaberecht in Verbindung mit einem näher bezeichneten Erlass des Finanzministers des Landes L zu beachten ist. Nach diesem Erlass ist eine Rückforderung von Zuschüssen bei einem schweren Verstoß gegen die VOB/A angezeigt, der vorliege, wenn für die gewählte Vergabeart die in der VOB/A vorgesehenen Sachgründe nicht vorliegen. Beigefügte Allgemeine Bedingungen sahen zudem vor, dass eine vollständige oder teilweise Rückzahlung des Zuschusses gefordert werden könne, wenn die Bedingungen und Auflagen nicht erfüllt würden.

Da U Aufträge im Wege der beschränkten Ausschreibung vergeben hatte, ohne dass die entsprechenden Voraussetzungen vorlagen, forderte A die Zuschüsse teilweise zurück. LG und OLG verneinten einen Rückzahlungsanspruch der A, u. a. mit der Begründung, dass ein schwerwiegender Verstoß gegen die VOB/A nicht vorliege. Ein schwerer Verstoß sei nicht anzunehmen, wenn die vergaberechtliche Beurteilung des Zuwendungsempfängers noch diskussionswürdig sei. Die Erwägungen von U zur Durchführung der beschränkten Ausschreibung seien nicht so fernliegend, dass im Rahmen der zu treffenden Ermessenentscheidung der A eine Rückforderung der Zuschüsse gerechtfertigt wäre.

Dies sieht der BGH anders. Es sei nicht zutreffend, dass nur ein schwerer Verstoß gegen das Vergaberecht zu einer Rückforderung berechtige. Die Besonderheit eines schweren Verstoßes bestehe darin, dass hier eine Rückforderung die Regel sei. Zudem könne sich die Prüfung nicht darauf beschränken, die vergaberechtlichen Überlegungen des U zu betrachten. Es müsse vielmehr eine Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der A, es sei genügend Zeit für eine öffentliche Ausschreibung verblieben, erfolgen.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Die stark von den Besonderheiten des Sachverhalts geprägte Entscheidung des BGH bestätigt die in letzter Zeit bereits mehrfach (vgl. Update Vergaberecht November 2011) festgestellte Gefahr einer Rückforderung von vergaberechtswidrig eingesetzten öffentlichen Fördermitteln. Dabei sind an den Vergabefehler keine allzu hohen Anforderungen gesetzt. Vergaberechtliche Unsicherheiten des Empfängers vermögen diesen nicht zu schützen.