

## Update Vergaberecht

### **Einzelfallprüfung im Zweifel auch bei intendiertem Ermessen**

#### **OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 23.08.2022 – 5 LB 9/20**

Ein öffentlicher Auftraggeber A widerrief eine Zuwendung zur Beschaffung eines Feuerwehrlöschfahrzeugs in Höhe von 100% der Fördersumme, weil der Zuwendungsempfänger K bei der Verwendung der Zuwendung mehrfach gegen Vergaberecht verstoßen habe. K war zur Einhaltung des Vergaberechts über die Nebenbestimmungen des Zuwendungsbescheides verpflichtet. K hielt den Widerrufsbescheid aus verschiedenen Gründen für rechtswidrig. Unter anderem habe A das ihm eingeräumte Ermessen nicht erkannt und nicht ordnungsgemäß ausgeübt. A habe zu Unrecht ein intendiertes Ermessen angenommen und hätte nicht erkannt, dass sein Ermessen auch eine Entscheidung über die Höhe der Rückforderung umfasst habe. Nachdem das Verwaltungsgericht die Klage des K wegen schwerwiegender Verstöße gegen das Vergaberecht in erster Instanz abgewiesen hatte, legte K Berufung gegen das Urteil ein.

Mit Erfolg! Zwar befand auch das OVG, dass K gleich mehrfach gegen Vergaberecht verstoßen habe. Allerdings müssten auch im Fall eines sogenannten intendierten Ermessens bei einem vom Regelfall abweichenden Sachverhalt besondere Umstände bei der Entscheidung über den Widerruf berücksichtigt werden. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlange in solchen Fällen, dass auch geprüft werde, ob ausnahmsweise eine andere Entscheidung als der vollständige Widerruf des Zuwendungsbescheides in Betracht komme. Dies habe A hier nicht getan. A war davon ausgegangen, dass er keine Rechtsgrundlage für einen nur teilweisen Widerruf gehabt habe. Für Ermessenserwägungen hätte nach Ansicht des OVG aber ausreichend Anlass bestanden. A hätte hier bewerten müssen, inwiefern sich die Verstöße auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ausgewirkt hätten. Auch dass der Widerruf einen weiter zurückliegenden Zeitraum erfasst habe und für K, eine kleine Gemeinde, eine erhebliche finanzielle Belastung bedeuten dürfte, hätte Anlass für eine Ermessensprüfung gegeben. Außerdem seien die Feststellung der Schwere eines Pflichtverstoßes und die daraus resultierenden Folgen Teil des stets zu prüfenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Das OVG betont mit seiner Entscheidung erfreulich klar die Bedeutung der Ermessensprüfung und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Beides muss auch im Fall des intendierten Ermessens ausreichend zur Geltung kommen. Zuwendungsgeber sind daher gut beraten, auch bei schweren Verstößen gegen eine Auflage im Zuwendungsbescheid vor einer Widerrufsentscheidung immer eine differenzierte Betrachtung des Einzelfalles und eine sorgfältige Ermessensprüfung unter Abwägung aller Belange vorzunehmen. Soll der Zuwendungsbescheid widerrufen werden, ist im Blick zu behalten, dass eine Ermessensausübung dann auch über den Umfang des Widerrufs erfolgen muss.