

I-23 U 173/09  
7 O 440/08  
Landgericht Düsseldorf



Verkündet am  
5. Oktober 2010  
von Dobrzewinski,  
Justizbeschäftigte als  
Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle



## OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

---

gegen

---

hat der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 24.8.2010 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dohnke-Kraff sowie die Richter am Oberlandesgericht Drossart und Dr. May

für **R e c h t** erkannt:

Die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten gegen das am 9.6.2009 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten der Streithelferin der Beklagten trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann eine Vollstreckung der Beklagten und deren Streithelferin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

. I.

Die Klägerin verlangt die Rückzahlung von Investitionszuschüssen, die die Beklagte aus Mitteln des Regionalen Wirtschaftsförderungsprogramms erhalten hat. Sie begründet den Anspruch wegen eines Teilbetrages von 14.847,56 € damit, dass die

Beklagte insoweit nach Maßgabe der Förderungsrichtlinien zu viel an Mitteln ausgezahlt erhalten habe. Insoweit streiten die Parteien über die Verjährung. Wegen weiterer 1.724.560,40 € stützt die Klägerin ihren Anspruch darauf, dass die Beklagte gegen die in den Bewilligungsbescheiden enthaltene Bestimmung

„Die Vorgaben der Europäischen Kommission zur öffentlichen Ausschreibung sowie die nationalen Regelungen der VOB, VOL und VOF in Verbindung mit dem Erlass des Finanzministeriums NRW vom 16.12.1997 – I D1-0044-3/8 – sind zu beachten.“

verstoßen habe. Wegen der Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 14.847,56 € verurteilt und im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt:

Die Kläger habe den Zuschuss zu Recht anteilig in Höhe von 14.847,56 € gekürzt, weil sich die förderbaren Investitionskosten ermäßigt hätten. Diesen Betrag müsse die Beklagte zurückerstatten. Der Anspruch sei nicht verjährt, weil die Forderung erst durch ihre Geltendmachung im Dezember 2007 fällig geworden sei. Dies folge aus Ziffer 9.2. der Allgemeinen Bedingungen für die Zuschussgewährung, nach dem die etwaige Rückforderung im Ermessen der Klägerin stand und als verhaltener Anspruch konzipiert gewesen sei. Die Verjährungsfrist habe daher erst im Zeitpunkt der Ermessensentscheidung begonnen. Ein weitergehender Anspruch stehe der Klägerin hingegen nicht zu, weil die materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines Rückforderungsanspruches weder aus Vertrag noch unter dem Aspekt eines schadensersatzpflichtigen Verhaltens der Beklagten vorlägen. Die Beklagte habe nicht gegen Auflagen des Bewilligungsbescheides verstoßen. Die Auflage über die Einhaltung der Regelungen des Vergabeverfahrens sei erst mit der Bekanntgabe der Zuschüsse im November 2003 wirksam geworden. Diese Auflage habe keine Rückwirkung hinsichtlich bereits begonnener und ausgeführter Ausschreibungen. Eine Rückwirkung der Auflagen sei nach ihrem Wortlaut und dem richtigem Verständnis der Vertragsbedingungen nicht festgelegt worden. Der Rückforderungsanspruch sei sowohl bei Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes nach § 49 Abs. 2 VwVfG als auch im Falle einer allein zivilrechtlichen Auslegung der Auflagen gemäß §§ 133, 157 BGB zu

verneinen. Die Klägerin habe aufgrund der Angaben der Beklagten anlässlich des Mittelabrufs schon lange Zeit vor Auszahlung der Fördermittel gewusst, dass die Beklagte nur beschränkte Ausschreibungen durchgeführt hatte. Sie habe aber gerade nicht von der Gewährung der Mittel Abstand genommen. Eine Rückforderung wäre im Übrigen nur bei einem schweren Verstoß der Beklagten gemäß dem Runderlass des Finanzministers vom 16.12.1997 zulässig. Es sei aber nicht ersichtlich, dass das Verhalten der Beklagten einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Auflage des Bewilligungsbescheides darstelle. Dabei sei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Klägerin durch die Auszahlung in Kenntnis der bereits erfolgten beschränkten Ausschreibungsweise einen Vertrauenstatbestand geschaffen habe. Die Beklagte habe sich auch nicht schadensersatzpflichtig gemacht, denn sie habe die Klägerin über die beschränkte Ausschreibung nach § 3 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A ausreichend informiert.

Die Klägerin greift die Entscheidung mit ihrer Berufung an. Die Beklagte hat sich dem Rechtsmittel angeschlossen.

Zur Begründung ihres Rechtsmittels und des Antrages auf Zurückweisung der Anschlussberufung der Beklagten trägt die Klägerin unter Bezugnahme auf ihre Ausführungen aus der ersten Instanz vor:

Die Rückforderung der Zuschüsse in Höhe von 1.724,560,56 € sei wegen Nichteinhaltung der Auflage zur Einhaltung des Vergaberechts berechtigt. Es handele sich um einen privatrechtlichen Anspruch aus der Zuwendungsvereinbarung und den danach einzuhaltenden Auflagen. Die Beklagte sei, wie in den Bewilligungsbescheiden ausgeführt, an die Anwendung des Vergaberechts gebunden worden. Sie habe gegen die Ausschreibungsgrundsätze des Vergaberechts verstoßen, weil sie nicht die öffentliche Ausschreibung nach § 3 Nr. 1 VOB/A 2000 gewählt habe. Die Voraussetzungen für eine beschränkte Ausschreibung nach § 3 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A 2000 hätten nicht vorgelegen. Die öffentliche unbeschränkte Ausschreibung sei nicht unzumutbar gewesen, weil auch diese Ausschreibungsverfahren in einem Zeitrahmen hätten realisiert werden können, der die fristgerechte Durchführung der Bauvorhaben nicht gefährdet hätte. Es sei zu beachten, dass nur solche Zweckmäßigkeitsabwägungen ein beschränktes Ausschreibungsverfahren rechtfertigen könnten, die

sich aus der Eigenart der Bauleistung, d.h. aus den technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Umständen des Bauvorhabens und seiner Vorbereitung ergeben. Die von der Beklagten genannten zeitlichen Aspekte erfüllten diese Voraussetzungen nicht. Die Auflage zur Einhaltung des Vergaberechts gelte für das gesamte Vertragsverhältnis, was sich im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ergebe. Die Konstruktion einer Rückwirkung der Auflage sei insoweit nicht erforderlich. Dem könne die Beklagte sich nicht unter Verweis auf die im Zeitpunkt der Bewilligung bereits durchgeführten Ausschreibungen entziehen. Bereits bei Stellung der Leistungsanträge habe die Beklagte die Einhaltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) zugesichert. Sie habe daher mit dieser Auflage rechnen müssen, ohne dass es einer Klarstellung für bereits begonnene Ausschreibungen bedurft hätte. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Beklagten die Einhaltung der Ausschreibungsregelungen der VOB/A als Voraussetzung für die Gewährung von Zuschüssen aus früheren Verfahren bekannt gewesen sei und sie sich widersprüchlich verhalten habe. Durch die beschränkte Ausschreibung vor Bewilligung der Zuschüsse habe die Beklagte auf eigenes Risiko gehandelt. Dies ergebe sich umso mehr, als sie sich als öffentliche Auftraggeberin der Bindung an die VOB bewusst gewesen sein musste. Der Hinweis der von den Beklagten beauftragten Wirtschaftsprüfer in den Schreiben anlässlich des Abrufs der Mittel, wonach das beschränkte Ausschreibungsverfahren wegen des Termindrucks zulässig sei, rechtfertige kein anderes Ergebnis. Sie habe zu diesem Zeitpunkt nicht prüfen können, ob die Voraussetzungen für eine beschränkte Ausschreibung tatsächlich vorgelegen hätten. Die Auszahlung der Fördermittel sei deshalb nicht als ein Akzeptieren dieser Vorgehensweise anzusehen. Ein Vertrauenstatbestand sei von ihr durch die Auszahlung der Mittel nicht geschaffen worden, weil sie die Zulässigkeit des von der Beklagten mitgeteilten beschränkten Ausschreibungsverfahrens nicht habe prüfen können. Zudem sei die Angabe der Beklagten im Rahmen der Mittelabrufe, dass das Ausschreibungsverfahren sachgerecht sei, falsch gewesen, was einem Vertrauenstatbestand entgegenstehe. Es handele sich bei der Abweichung von der vorgegebenen Ausschreibungsvoraussetzung um einen schweren Verstoß gegen die Zuschussbewilligung im Sinne des Runderlasses des Finanzministers. Der Erlass führe den Verstoß gegen das Vergaberecht als schweren Verstoß beispielhaft an. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte bewusst von der zugesagten Einhaltung der Ausschreibungsregelungen abgewichen sei. Den

Nachweis, dass die Maßnahme dennoch auf dem wirtschaftlich günstigsten Weg fertig gestellt worden sei, habe die Beklagte nicht geführt. Die Beklagte hafte zudem unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes. Denn sie habe ihrer Pflicht zum Hinweis auf die Abweichung von der Auflage nicht erfüllt. Dazu genüge der Hinweis im Rahmen des Mittelabrufs nicht, da dieser nur die Erfüllung der für die Auszahlung erforderlichen Prüfungsdokumentation nach Ziffer 6.6.4 der Nebenbestimmungen zur Bewilligung gedient habe. Zutreffend sei die Argumentation des Landgerichts, soweit es die Verjährung des Rückzahlungsanspruches in Höhe von 14.847,56 € verneint habe. Der Anspruch sei ähnlich wie Ansprüche nach einem Vertragsrücktritt von einer Entscheidung des Anspruchsberechtigten zur Ausübung des Rechts abhängig gewesen. Die Klägerin habe ihr Ermessen zur Rückforderung erst ausüben müssen, so dass es sich um einen verhaltenen Anspruch handele, der erst mit der Rechtsausübung fällig werde und dessen Verjährungsfrist erst durch die Entscheidung zur Rückforderung in Gang gesetzt worden sei.

Die Klägerin beantragt,

1. das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf [REDACTED] teilweise zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie insgesamt 1.739.408,05 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 307.548,11 € seit dem 12.12.2003, aus weiteren 647.052,99 € seit dem 16.12.2003, aus weiteren 184.528,87 € seit dem 18.12.2003 und aus weiteren 600.278,08 € seit dem 27.10.2004 zu zahlen;
2. die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte und ihre Streithelferin beantragen,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt im Wege der Anschlussberufung,

unter teilweiser Änderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom [REDACTED] die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Beklagte und ihre Streithelferin treten der Berufung entgegen, sie tragen zur Begründung ihres Antrages auf Zurückweisung der Berufung, die Beklagte zudem zur Begründung ihrer Anschlussberufung unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vor:

Das Landgericht habe das Bestehen eines Rückforderungsanspruches zutreffend verneint. Schon aus dem Zeitablauf ergebe sich, dass die in den Bewilligungsbescheiden mitgeteilte Auflage keine Rückwirkung gehabt habe. Der Klägerin sei mit der Antragstellung vom 28.2.2002 bekanntgegeben worden, dass die geförderte Maßnahme am 31.12.2003 abgeschlossen sein musste. Dem sei in dem Zusageschreiben vom 3.11.2003 Rechnung getragen worden. Der Abruf der Mittel am 5.12.2003 habe sich daher auf bereits abgeschlossene Vorgänge bezogen. Insoweit sei die Rechtsprechung des OVG Münster maßgebend, wonach nur dann eine Rückwirkung der Auflage anzunehmen sei, wenn dies ausdrücklich erklärt ist. Aus der Anwendbarkeit des Verwaltungsprivatrechts folge nichts anderes. Dass die Beklagte ohnehin gehalten gewesen sei, die Vergabevorschriften anzuwenden, rechtfertige nicht die Rückforderung der Fördermittel. Im Übrigen handele die Klägerin widersprüchlich, da sie in Kenntnis aller Umstände die Auszahlung vorgenommen habe. Sie habe die Vorgänge insgesamt kontrolliert und hierzu ergänzend ein Prüfunternehmen eingeschaltet. Da sie aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse die Voraussetzungen für die Auszahlung der Fördermittel für gegeben ansah, könne sie jetzt keine Rückforderung mehr geltend machen. Die von der Klägerin gestellte Auflage sei rechtswidrig, weil das anzuwendende Sparsamkeitsprinzip gemäß §§ 6, 7 LHO NRW nicht mit dem vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzip in Einklang stehe, so dass die Ausschreibung nach der VOB nicht habe gefordert werden dürfen. Ein Verstoß gegen das Vergabeverfahren sei im Übrigen zu verneinen, da das von der Klägerin geforderte Ausschreibungsverfahren unzweckmäßig gewesen wäre. Die Beklagte habe sich für die beschränkte Ausschreibung nach § 3 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A entscheiden dürfen. Das ergebe sich nicht zuletzt aus der Kürze der Zeit, innerhalb derer das Bauvorhaben habe abgeschlossen werden müssen. Der angebliche Verstoß gegen das Vergaberecht sei zudem nicht schwerwiegend, da ein etwaiges Zuwiderhandeln angesichts der Gründe, die die Beklagte für ihre Vorgehensweise hatte, nicht eindeutig erkennbar gewesen sei. Nur ein offensichtlicher und eindeutiger

Verstoß rechtfertige eine Rückforderung, so dass die Klägerin im Rahmen der notwendigen Ermessensentscheidung nach Ziffer 9.2. der Allgemeinen Vertragsbedingungen von einer Rückforderung hätte absehen müssen. Fehlerhaft sei das Rückforderungsbegehren der Klägerin auch deshalb, weil sie ihr Ermessen überhaupt nicht ausgeübt habe, sondern von einer gebundenen Entscheidung ausgegangen sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts könne die Klägerin die unterlassene Ermessensentscheidung nicht mehr nachholen. Bei zutreffender Ermessenausübung wäre eine Rückforderung ausgeschlossen, weil der Zweck der Zuwendung, die regionale Wirtschaftsstruktur zu fördern, eingetreten sei. Das gewählte Beauftragungsverfahren habe auch nicht zu höheren Baukosten geführt. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sämtliche für die Entscheidungsfindung maßgeblichen Umstände der Auftragsvergabe der Klägerin bekannt waren, scheidet eine Schadensersatzhaftung aus. Es komme hinzu, dass die Klägerin, die lediglich als Zahlstelle von Subventionen aus Haushaltsmitteln der Europäischen Kommission gehandelt habe, einen Schaden nicht substantiiert dargelegt habe. Im Übrigen habe das Landgericht verkannt, dass beide Klageforderungen verjährt seien. Der Lauf der Verjährung habe zum 1.1.2004 begonnen, da die Voraussetzungen des § 199 BGB in objektiver und subjektiver Hinsicht im Dezember 2003 vorgelegen hätten. Der Verjährungsbeginn sei nicht davon abhängig gewesen, dass die Klägerin einen Rückforderungsanspruch geltend machte, sondern es komme allein auf den Zeitpunkt an, zu dem der Klägerin das Bestehen eines Anspruches bekannt gewesen sei. Die Klägerin habe die Kenntnis aller Umstände seit 5.12.2003 gehabt, so dass die Klage insgesamt bereits aus diesem Gesichtspunkt abgewiesen werden müsse.

## II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. Die Anschlussberufung ist ebenfalls unbegründet. Das Urteil des Landgerichts Düsseldorf beruht weder auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO), noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung, § 513 ZPO.



**A.**

Anspruch auf Rückzahlung von 1.724.560,40 € wegen Nichteinhaltung der Regelungen des Vergaberechts (VOB/A)

Der Klägerin, die gemäß einem Rahmenvertrag mit dem Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand, Technologie und Verkehr die Aufgabe hat, Mittel des Regionalen Wirtschaftsförderungsprogramms zu gewähren und auszuzahlen, steht kein Anspruch auf Rückzahlung von Fördermittel in Höhe von 1.724.560,40 €, die sie der Beklagten gewährte, wegen eines Verstoßes gegen mit der Zuschussgewährung verbundenen Auflagen gemäß Ziffer 9.2.3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen in Verbindung mit den Grundsätzen des § 49 VwVfG NW zu.

In den Allgemeinen Bedingungen für Investitionszuschüsse bei Infrastrukturmaßnahmen aus dem Regionalen Wirtschaftsförderungsprogramm des Landes Nordrhein Westfalen, deren Geltung unstreitig hinsichtlich der an die Beklagten gewährten Fördermittel vereinbart wurden, heißt es:

„9.2 Die Investitions-Bank NRW kann aus wichtigem Grund ganz oder teilweise die sofortige Rückzahlung des Zuschusses fordern, insbesondere wenn

9.2.1 der Zuschussempfänger das geförderte Investitionsvorhaben nicht oder nicht rechtzeitig verwirklicht oder von den der Zusage zugrundeliegenden Investitionen abweicht, ohne dass diesen Änderungen zugestimmt wird,

9.2.2 er den Zuschuss nicht zu dem in der Zusage genannten Verwendungszweck einsetzt,

9.2.3 er die in der Zusage festgelegten Bedingungen und Auflagen nicht erfüllt,

9.2.4 er den Verwendungsnachweis oder den nach Nr. 6.5. erforderlichen Nachweis nicht ordnungsgemäß führt oder nicht rechtzeitig vorlegt.“

Die Voraussetzungen der Allgemeinen Vertragsbedingungen über die Rückforderung der Zuschüsse wegen eines Auflagenverstoßes liegen nicht vor.

1.

Die Klägerin bewilligte der Beklagten auf deren Antrag vom 13.11.2000 mit Bescheid vom 3.11.2003 Zuschüsse von gesamt 1.657076,69 € für [REDACTED]

[REDACTED] Für ein weiteres Projekt der Beklagten, [REDACTED] sagte die Klägerin auf den Antrag der Beklagten vom 15.4.2003 Investitionszuschüsse von insgesamt 2.659.033 € zu. Sämtliche Bewilligungsbescheide enthalten die Bestimmung:

„Die Vorgaben der Europäischen Kommission zur öffentlichen Auftragsvergabe sowie die nationalen Regelungen der VOB, VOL und VOF in Verbindung mit dem Erlass des Finanzministers NRW vom 16.12.1997 – I D1-0044-3/8- sind zu beachten.“

Diese Bestimmungen sind als Auflagen zu den jeweiligen Bewilligungen der Fördermittel zu bewerten. Es handelt sich nicht um rechtsgeschäftliche Vereinbarungen von Vertragspartnern über die Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung. So weist die Klägerin selbst darauf hin, dass sie die Mittel unter bestimmten Auflagen gewähre. Es handelt sich hierbei auch weder um bloße Hinweise auf die ohnehin von der Beklagten einzuhaltenden Vergabevorschriften noch um Bedingungen im Sinne des 158 BGB. Die Regelung von vergaberechtlichen Vorgaben in Zuwendungsbescheiden über Fördermittel als standardmäßig vorformulierte „Allgemeine Nebenbestimmungen“ sind nach übereinstimmender Bewertung von Rechtsprechung und Schrifttum als Auflagen zu bewerten (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.6.2002, 8 C 30/01, BVerwGE 116, 332 = NJW 2003, 1202, BVerwG Urt. v. 24.1.2001, 6 C 8/00, BVerwGE 112, 360 NJW 2001, 1440; OVG Münster, Urt. v. 12.6.2007, 15 A 1243/05, NWVBI 2008, 66; OVG Münster Beschl. v. 22. 6. 2006, 4 A 2134/05; OVG Münster, Urt vom 22.2.2005, 15 A 1065/04, NZBau 2006, 64; Martin-Ehlers, Die Rückforderung von Zuwendungen wegen der Nichteinhaltung von vergaberechtlichen Auflagen“ NVwZ 2007, 289; Mayen, Durchführung von Förderprogrammen und Vergaberecht, NZBau 2009, 98; Attendorn, Der Widerruf von Zuwendungsbescheiden wegen Verstoß gegen das Vergaberecht, NVwZ 2006, 991 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen).

So verhält es sich auch hier. Mit der Regelung wurde der Beklagten als Begünstigte ein bestimmtes Tun, nämlich die Beachtung der VOB, bei der Vergabe vorgeschrieben. Aus der Sicht der Beklagten als Empfängerin der Bewilligungsbescheide enthält die Bestimmung nicht lediglich den Hinweis auf ein ohnehin einzuhaltendes Vergabeverfahren, sondern eine selbständige mit der Bewilligung ausgesprochene Auflage. Auf der anderen Seite sind die Forderungen nach Einhaltung bestimmter Vergabeverfahren auch nicht als Bedingung formuliert, deren Nichteinhaltung automatisch zum Wegfall der Bewilligungsentscheidung und damit zur Rückzahlungsverpflichtung führt. Ein bedingtes Rechtsgeschäft ist tatbestandlich vollendet und voll gültig, nur seine Rechtswirkungen sind bis zum Eintritt oder Ausfall der Bedingung in einem Schwebezustand (BGH Urt. v. 21.9.1994, VIII ZR 257/93). Wird ein Verwaltungsakt mit einer Bedingung verbunden, dann ist der Begünstigte nicht zum Erfolg verpflichtet, sondern stellt das Tun, Dulden oder Unterlassen in sein Belieben, macht hiervon jedoch die Rechtswirkungen des Verwaltungsakts abhängig (Steltens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage 2008, § 36 Rn. 86). Ob eine solche Bedingung gemeint ist, ist gemäß den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen aus dem Empfängerhorizont zu beurteilen. Eine Bedingung ist anzunehmen, wenn das öffentliche Wohl oder die Interessen Dritter die Ausnutzung der Genehmigung ohne diese Voraussetzung nicht zulassen oder wenn unsicher ist, ob die zu sichernde Voraussetzung geschaffen werden kann oder bestehen bleibt. Bleiben Zweifel über die Rechtsnatur der Nebenbestimmung, wird unter Heranziehung des Grundsatzes, dass Unklarheiten zu Lasten der Verwaltung gehen (dieser Grundsatz folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG vgl. BVerwG Urt. v. 26.6.1987, 8 C 21/86, BVerwGE 78, 3 = NJW 1988, 436) davon auszugehen sein, dass von einer Auflage anstelle einer Bedingung auszugehen ist, weil sie den Begünstigten weniger belastet. Die oben dargestellte Forderung zur Einhaltung des Vergabeverfahrens nach der VOB ist nicht als Bedingung formuliert, sondern als Aufforderung zur Beachtung, bei deren Nichtbeachtung die Klägerin ihr Ermessen hinsichtlich einer eventuellen Rückforderung ausüben kann und muss (vgl. hierzu auch VG Würzburg, Urt. v. 19.1.2010, W 4K 08.2177 bezüglich einer inhaltlich gleichen Regelung in Bayern).

2.

Die Beklagte hat nicht gegen diese Auflage verstoßen. Ob die von ihr im Jahre 2001 durchgeführten beschränkten Vergabeverfahren nach § 3 VOB/A zulässig waren, bedarf keiner Entscheidung. Auf bereits abgeschlossene Vergabeverfahren bezog sich die Auflage der Klägerin nicht, denn die Auflage ist nicht mit einer Rückwirkung versehen. Dies hätte aber, wenn die Klägerin bereits abgeschlossene Vergabeverfahren mit ihrer Auflage erfassen wollte, geschehen müssen. Die Klägerin hat jedoch bei Erlass der Bewilligungsbescheide von der Anordnung einer Rückwirkung in Kenntnis, dass ein beschränktes Vergabeverfahren durchgeführt worden war und die Bauvorhaben kurz vor ihrer Fertigstellung standen, abgesehen.

a)

Die Frage, ob die Auflage in den Bewilligungsbescheiden Rückwirkung hinsichtlich des von der Beklagten bereits durchgeführten Vergabeverfahrens hatte, entscheidet sich nicht allein aufgrund einer Vertragsauslegung nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB. Vielmehr sind die Grundsätze heranzuziehen, die für Auflagen nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz NRW gelten. Dem steht nicht entgegen, dass das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten gemäß Ziffer 11 der jeweiligen Bewilligungszusagen dem privaten Recht unterliegt. Die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in den Formen des Privatrechts hat zur Folge, dass die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert werden. Daher sind die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes auch bei privatrechtlichem Handeln von Hoheitsträgern anzuwenden. Durch eine zivilrechtliche Gestaltung der Subventionsvergabe kann die Verwaltung sich den Regelungen des Verwaltungsrechts ebenso wenig entziehen (BGH Urt. V. 21.7.2006, V ZR 158/05, NVwZ 2007, 246 mit zahlreichen Nachweise; BGH, Urt. V. 17.6.2003, XI ZR 195/02, NJW 2003, 2451), wie dadurch, dass der Staat Zuschüsse durch eine von ihm beherrschte Kapitalgesellschaft vornehmen lässt (vgl. BGH Urt. V. 5.3.1982, III ZR 12/83, BGHZ 91, 84, 96 f = NJW 1985, 197). Ob sich etwas anderes ergeben kann, wenn Privatrechtssubjekte, die nicht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegründet worden sind und deren Kapital nicht mehrheitlich von der öffentlichen Hand gehalten wird, in die Vermittlung bzw. Abwicklung von Subven-

tionen aufgrund von privatrechtlichen Verträgen eingeschaltet sind (vgl. dazu ausführlich, insbesondere zur Nichtanwendung der Ermessenvorschriften in einem solchen Fall BGH Urt. V. 17.6.2003, XI ZR 195/02, NJW 2003, 2451), kann hier dahin stehen. Das Verwaltungsverfahrensgesetz NRW (VwVfG), das in § 36 VwVfG die Regelung über den Erlass von Auflagen enthält, gilt nach § 1 VwVfG für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Die Klägerin ist kein Privatrechtssubjekt, sondern eine Anstalt des Öffentlichen Rechts

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED] Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Klägerin nicht nur die fiskalische Abwicklung einer von einer anderen Behörde erteilten Subventionszusage oblag, sondern der Erlass des Bewilligungsbescheides selbst.

b)

Eine Auflage entfaltet erst Außenwirkung mit Bekanntgabe des Bescheides, § 43 VwVfG NW. Soll die Auflage rückwirkende Kraft haben, muss dies in dem Bescheid der Behörde ausdrücklich geregelt sein (OVG Münster, Urt. v. 12.6.2007, 15 A 1243/05, NWBI 2008, 66). Entgegen der Ansicht der Klägerin sind die vom OVG Münster ausgeführten Grundsätze hier anwendbar. Teil der privatrechtlichen Vereinbarung ist die Regelung unter Ziffer 9 über die Möglichkeit einer Rückforderung von Zuschüssen unter bestimmten Voraussetzungen. Die Rückforderungsvoraussetzung selbst ist hingegen als eine Auflage erlassen, hinsichtlich derer die Klägerin sich, wie oben unter Ziffer 2.a gezeigt, nicht der Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes entziehen kann.

Die Formulierung der Auflage, wonach die Regelungen der VOB zu beachten sind, verdeutlicht, dass die Auflage sich auf ein zukünftiges Tun richtet. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt müssen als Bestandteil der Hauptregelung auch selbst dem Bestimmtheitsgebot des § 37 Abs. 1 VwVfG genügen, d. h. ihr Entscheidungsgehalt

muss für den Adressaten und betroffene Dritte nach Art und Umfang aus sich heraus erkennbar und verständlich sein. Es ist für die Vergabe öffentlicher Förderungsmittel bei Bauvorhaben regelmäßig der Fall, dass die Bewilligungsbescheide zu einem Zeitpunkt ergehen, zu dem das zu fördernde Vorhaben weitgehend abgeschlossen ist. Der Zuwendungsempfänger, dem Fördermittel während der Ausführung des Bauvorhabens zugesagt werden, darf regelmäßig darauf vertrauen, dass die bisher durchgeführte Projektrealisierung förderunschädlich ist. Dieses Vertrauen besteht insbesondere insoweit, als bereits durchgeführte Maßnahmen nicht mehr änderbar sind. Dass Vertrauen des Zuwendungsempfängers besteht darin, dass die Behörde keine Auflagen erlässt, deren Erfüllung wegen der bereits ausgeführten Maßnahmen nicht mehr möglich sind. Von diesen Grundsätze ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Behörde, wie hier die Klägerin, im Zeitpunkt des Erlasses des Bewilligungsbescheides darüber informiert ist, dass und welche Schritte zur Realisierung des Vorhabens bereits verwirklicht sind (ebenso Schilder, Grenzen der Zuwendungsrückforderung wegen Vergaberechtsverstoßes, NZBau 2009, 155). Entscheidend fällt dabei ins Gewicht, dass die Behörde es in der Hand hat, der Auflage durch entsprechende Regelungen und Formulierungen Rückwirkung beizulegen.

c)

Ein andere Betrachtungsweise unter dem Aspekt, dass der Antragsteller, der vor Erlass und Zugang des Bewilligungsbescheides die Auftragsvergabe durchführt, das Risiko übernimmt, gegen eine künftige Auflage zu verstoßen, ist nicht gerechtfertigt (so aber OVG Münster Beschl. v. 22.6.2006, 4 A 2134/05, Rn. 24 der Entscheidung zitiert nach juris online; VG Minden, Urt. v. 23.2.2005, 3 K 4214/03; Attendorn, NVwZ 2006, 991). Das Bewilligungsverfahren nimmt regelmäßig eine geraume Zeit in Anspruch, so dass es wegen der Termine zur Fertigstellung häufig notwendig ist, dass der Antragsteller bereits vor Erlass des Bewilligungsbescheides Schritte zur Projektrealisierung unternimmt. Wenn dem Zuschussgeber bekannt ist, welche Maßnahmen der Antragsteller bereits unternehmen will bzw. unternimmt und er weder widerspricht, noch ankündigt, dass er die Bewilligung der Fördermittel von bestimmten Auflagen abhängig machen wird, die sich auch auf die bereits begonnene Realisierung des Vorhabens beziehen, kann der Zuwendungsempfänger darauf vertrauen,

dass die initiierten Schritte zur Projektrealisierung förderungsunschädlich sind (ebenso Schilder, a.a.O.).

Etwas anderes ergibt sich selbst dann nicht, wenn der Zuwendungsempfänger aus haushaltsrechtlichen Erwägungen die Vergaberegeln einhalten muss. Vorgaben aus sonstigen Rechtsgründen, die zur Einhaltung von Vergabebestimmungen anhalten, haben gerade nicht die Qualität einer Auflage, bei deren Nichtbefolgung die Rückzahlungsverpflichtung der erhaltenen Zuschüsse droht (ebenso OVG Münster, Ur. v. 12.6.2007, 15 A 1243/05, NWBl 2008, 66). Ebenso wenig folgt aus der Zusage der Beklagten im Förderungsantrag eine andere Betrachtungsweise. Mit ihrer Bestätigung unter Ziffer 7 k des Antrages, wonach die Vergabe öffentlicher Aufträge unter Einhaltung der Vergaberegeln für Bauleistungen erfolgt, hat die Beklagte keine Verpflichtung zur Rückerstattung der Zuschüsse für den Fall eines Verstoßes gegen die Ausschreibungsregelungen der VOB übernommen. Die Beklagte wusste im Zeitpunkt ihres Antrages auch nicht, dass der Zuschussgeber den Bewilligungsbescheid mit einer Auflage versehen wird, die an den Verstoß gegen die VOB/A die Rückzahlungsverpflichtung knüpft. Der Zuschussgeber ist dadurch nicht rechtlos gestellt. Er hat die Möglichkeit in den Antragsformularen bzw. bei Genehmigung des Beginns der Projektrealisierung vor Erlass eines Bewilligungsbescheides dem Zuwendungsempfänger mitteilen, dass die noch zu bewilligenden Fördermittel davon abhängig sind, dass für das gesamte Verfahren, einschließlich begonnener Realisierungen, die VOB zu beachten ist und die beantragte Bewilligung nur in Verbindung mit einer entsprechenden Auflage unter Anordnung einer Rückzahlungsverpflichtung ergehen wird.

3.

Ein Rückforderung der Zuschüsse steht im Übrigen entgegen, dass die Klägerin ihr Ermessen nicht ausgeübt hat.

Die Entscheidung, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe bei einem Verstoß gegen die Auflage zur Einhaltung des Vergaberechts eine Rückzahlung erhaltener Fördermittel gerechtfertigt ist, ist eine Ermessensentscheidung. Das gilt auch dann, wenn der Widerruf der Subvention der Regelfall sein soll (sog. intendiertes Ermessen, BVerwG, Ur. v. 10.12.2003, 3 C 22/06, NVwZ-RR 2004, 413, 415; BVerwG, Ur. v. 11.6.1997, 3 C 22/96, BVerwGE 105, 55, 58 = NJW 1998, 2233). Der Hinweis auf

das stets bestehende öffentliche Interesse an einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung entbindet die Behörde nicht von der Pflicht, die für ihre Ermessensentscheidung tragenden Gründe darzulegen. Auch im Fall der regelmäßig vorgesehenen vollständigen Aufhebung hat sie jedenfalls die Gründe offen zu legen, aufgrund derer sie das Vorliegen eines Ausnahmefalls verneint. Bei Verstößen gegen Auflagen ist auch bei Förderbescheiden als zwingende Ermessensschränke der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Im Rahmen der Ermessensausübung ist auch das Gewicht des Pflichtverstoßes zu berücksichtigen, so dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei objektiv geringfügigen Auflagenverstößen einem Widerruf des gesamten Bescheides entgegenstehen kann (BGH, Urt. v. 28.4.2009, XI ZR 86/08; WM 2009, 1180; VGH München, Urt. v. 15.10.2008, 22 B 06.986, BayVBl. 2009, 754). Der Rückforderungsbescheid lässt nicht erkennen, dass sich die Klägerin ihres Ermessens bewusst gewesen wäre. Es wird undifferenziert mitgeteilt, dass der Verstoß gegen die VOB ein schwerer Verstoß und die Rückforderung deshalb angezeigt ist. Gleichzeitig wird die sofort fällige Rückzahlung bestimmter Beträge gefordert (Anlage K 13). Dass die Klägerin eine Ermessenentscheidung unter Abwägung auch des Vertrauensschutzes wegen der vor dem Bewilligungsbescheid begonnenen Vergabe getroffen hätte, lässt sich nicht erkennen. Derartige Erwägungen sind aber zwingend geboten (vgl. Greb, Die Rückforderung von Zuwendungen wegen Verstoßes gegen Vergaberecht, VergabeR 2010, 387, 394; Mayen, Durchführung von Förderprogrammen und Vergaberecht, NZBau 2009, 98). Dass die Klägerin hier durch einen privatrechtlichen Vertrag gehandelt hat, entbindet sie nicht von der Verpflichtung zur Ermessensausübung (BGH, Urt. v. 21.7.2006, V ZR 158/05, NVwZ 2007, 246 sowie die Ausführungen oben unter Ziffer 2.a). Ob die Klägerin ihr Ermessen im Verlaufe des Rechtsstreits nachträglich ausgeübt hat – das dürfte gemäß ihrer Stellungnahmen zu verneinen sein – kann dahin stehen, weil ein im Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung nicht ausgeübtes Ermessen nicht im Gerichtsverfahren nachgeholt werden kann (BVerwG, Urt. v. 17.7.1998, 5 C 14/97, BVerwGE 107, 164 = NVwZR 99, 124).

4.

Im Übrigen ist auch ein schwerwiegender Verstoß der Beklagten gegen die Auflagen der Klägerin zu verneinen.



Die Auflagen unter Ziffer 4 der Bewilligungsbescheide nehmen hinsichtlich eines Verstoßes gegen die VOB jeweils Bezug auf den Erlass des Finanzministers NRW vom 16.12.1997. Danach ist die Rückforderung angezeigt bei einem schweren Verstoß gegen die VOB, wobei sich ein schwerer Verstoß ergibt, wenn für die gewählte Vergabeart die im Regelungswerk vorgesehenen Sachgründe nicht vorliegen. Dies entspricht dem im Zeitpunkt der Rückforderung geltenden Erlass des Finanzministers NRW vom 18.12.2003. Bei der Bewertung, ob ein Verstoß schwerwiegend ist, kommt es im Rahmen der Ermessenentscheidung auch darauf an, ob die Beklagte im Zeitpunkt ihrer Entscheidung unter Abwägung aller Umstände von der Richtigkeit ihrer Vorgehensweise ausgehen konnte. Die beschränkte öffentliche Ausschreibung ist gemäß § 3 Nr. 3c VOB/A zulässig, wenn die Öffentliche Ausschreibung aus anderen Gründen (z.B. Dringlichkeit, Geheimhaltung) unzweckmäßig ist. Die Entscheidung, ob die Unzweckmäßigkeit einer öffentlichen Ausschreibung wegen Dringlichkeit vorliegt, enthält notwendigerweise eine subjektive Beurteilung. Die in § 3 VOB/A genannten Ausnahmenvorschriften zur öffentlichen Ausschreibung können nicht immer zweifelsfrei zu bewerten sein, so dass eine Rückforderung nicht zwangsläufig gerechtfertigt ist, wenn die nachträgliche Überprüfung des Zuwendungsgebers zu der Einschätzung gelangt, die Ausnahmetatbestände hätten nicht vorgelegen (Kularz/Schilder, Rückforderung von Zuwendungen wegen Vergaberechtsverstößen, NZBau 2005, 552). Schon von daher ist es geboten, nicht jeden objektive Vergabeverstoß für eine Rückforderung ausreichen zu lassen, sondern nur dann, wenn der Beurteilungsspielraum des Auftraggebers ersichtlich überschritten worden ist. Dem Zuwendungsempfänger kann ein Verstoß gegen die Ausschreibungskriterien der VOB/A nicht als schwerer Verstoß zur Last gelegt werden, wenn seine Beurteilung diskussionswürdig war (Schilder, NZBau 2009, 155). So stellt das Oberverwaltungsgericht Münster in seiner Entscheidung vom 12.6.2007 (NWBI 2008, 66) hinsichtlich der als berechtigt angesehenen Rückforderung aus:

„Angesichts des Umstandes, dass ein Grund für eine beschränkte Ausschreibung auch nicht entfernt vorlag, handelt es sich um einen schwerwiegenden Verstoß gegen Vergabebestimmungen im Sinne des Runderlasses des Finanzministeriums...“.

Das Oberverwaltungsgericht bezieht das deutliche Überschreiten des Beurteilungsrahmens danach mit in die Abwägung ein, ob ein schwerer Verstoß, der eine Rückforderung der Zuschüsse rechtfertigt, vorliegt (für die Einbeziehung subjektiver Gesichtspunkte auch VG Ansbach, Urt. v. 1.4.2010, AN 16 K 09.01918; VG Düsseldorf Urt. v. 20.10.2006, 1 K 3293/05). Obwohl die Zulässigkeit der beschränkten statt der öffentlichen Ausschreibung keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene Entscheidung in Subsumtion des Sachverhalts unter die Vergabevorschriften ist, gibt es einerseits Fälle, bei denen ein rechtfertigender Grund für eine beschränkte Ausschreibung auch nicht entfernt vorliegt, und andererseits Fälle, bei dem gute Gründe für die Rechtfertigung der beschränkten Ausschreibung vorliegen. Beide Fallgruppen können nicht gleichermaßen unter den selbst gewählten Ermessensgesichtspunkt des schweren Verstoßes gegen die Vergabungsordnung gefasst werden (OVG Münster, Urt. v. 2.9.2008, 15 A 2328/06, NVwZ-RR 2009, 57).

Die Beklagte hat gute Gründe dargelegt, die die beschränkte Ausschreibung der Bauleistungen rechtfertigen. Hinsichtlich des [REDACTED] beruft sich die Beklagte darauf, dass das Projekt eingebunden war in [REDACTED] und sie die von der landeseigenen [REDACTED] geforderte Dringlichkeit beachten musste. Zudem konnte die Beklagte erst nach dem mit 6 Monaten verspäteten Auszug des Voreigentümers mit den Umbauarbeiten beginnen und musste zusätzliche Auflagen erfüllen (Prüfbericht der Bezirksregierung [REDACTED] vom 2.10.2006). Das [REDACTED] das vom Ministerpräsidenten NRW als vorrangig bezeichnet worden war und das mit einem Zeitplan vom 1.11.2000 bis zum 31.12.2003 verbunden war, stand ebenfalls unter erheblichem Zeitdruck. Ein zeitlicher Aufwand ergab sich auch hier aus brandschutzrechtlichen Gründen. Zudem war das unzubauende Gebäude unstreitig mit Asbest belastet, was ebenfalls kurzfristige Maßnahmen erforderlich machte. Es mag dahin stehen, ob diese Umstände in ihrer Gesamtheit objektiv die Annahme rechtfertigen, dass die öffentliche Ausschreibung unzweckmäßig war. Jedenfalls waren die Erwägungen, die die Beklagte zur Durchführung der beschränkten Ausschreibung veranlassten, nicht so fernliegend, dass im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung eine Rückforderung der Zuschüsse gerechtfertigt wäre.

5.

Da nach dem Vorstehenden die Voraussetzungen für eine Rückforderung nicht vorlagen, bedarf es keiner Erörterung der streitigen Frage, ob der Verstoß gegen die Vergaberichtlinien eine Rückforderung nur rechtfertigt, wenn der Verstoß sich wirtschaftlich nachteilig, d.h. kostenerhöhend, ausgewirkt hat (vgl. dazu unter anderem einerseits: OVG Münster, Urt. v. 22.5.2005, 15 A 1065/04, NZBau 2006, 64; Attenborn NVwZ 2006, 991; andererseits: Müller, VergabeR 2006, 592, 596; Kulartz/Schilder NZBau 2005, 552, 555; Martin-Ehlers, NVwZ 2007, 289; Mayen NZBau 2009, 98).

6.

Abschließend weist der Senat die Parteien darauf hin, dass das Landgericht die Verjährung eines Rückforderungsanspruches der Klägerin hinsichtlich dieses Anspruches zu Recht verneint hat. Es handelt sich bei der Rückforderung um einen verhaltenen Anspruch, da der Zuwendungsgeber zunächst eine Ermessenentscheidung treffen muss, ob und in welchem Umfang ein Anspruch geltend gemacht wird. Die zu treffende Ermessenentscheidung ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht mit der Ausübung eines Wahlrechts vergleichbar. Nicht allein die Rechtsausübung war zu entscheiden, sondern nach Feststellung des Sacherhalts waren Abwägungen unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses vorzunehmen, so dass die Rechtslage nicht mit der Entscheidung eines Rücktritts privatrechtlicher Natur gleichgestellt werden kann. Die Verjährung beginnt daher mit dem Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde (vgl. dazu Rieble, NJW 2004, 2270; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Auflage 2010 § 199 Rn. 8 mit weiteren Nachweisen; Münchner-Kommentar/Grothe, BGB, 5. Auflage 2007, § 199 Rn. 7 mit weiteren Nachweisen).

B.

Ein Anspruch der Klägerin ergibt sich nicht unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes gemäß §§ 280, 281 BGB.

1.

Die Beklagte hat keine Mitteilungspflicht verletzt. Sie hat die Klägerin in dem erforderlichen Umfang über die ausgeführte Vergabe unterrichtet. Die Klägerin wusste auf-

grund dieser Mitteilung, welche Vergabeart die Beklagte gewählt hatte. Den Mittelabrufen der Beklagte war jeweils eine Prüfungsdokumentation der von der Beklagten beauftragten Wirtschaftsprüfer beigelegt, in denen ausgeführt ist, dass grundsätzlich beschränkte Ausschreibungen gemäß VOB/A durchgeführt wurden. Die gewählte Ausschreibungsform ist zudem mit dem Termindruck und der Dringlichkeit der Maßgabe begründet. Die Ausführungen der Wirtschaftsprüfer zum Vergaberecht befinden sich in der Anlage zur Prüfungsdokumentation. Sie sind darin nicht versteckt, wie die Klägerin meint, da die Dokumentation selbst zur Darstellung des Vergaberechts ausdrücklich auf diese Anlage Bezug nimmt. Die Klägerin hatte damit die Möglichkeit, die Richtigkeit der Vorgehensweise der Beklagten selbständig zu prüfen. Sie war zudem selbst unstreitig durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sachkundig beraten und von daher in Lage, die Richtigkeit der Angaben nachprüfen zu lassen. Der Umstand, dass die Voraussetzungen der beschränkten Ausschreibung nach der Behauptung der Klägerin nicht vorlagen, bedeutet keinen Verstoß gegen die Mitteilungspflichten. Zutreffend hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass die Mittel im Zeitpunkt der Erklärung der Beklagten zur gewählten Art der Ausschreibung nach § 3 VOB/A noch nicht gewährt waren, so dass die Klägerin die Möglichkeit hatte, diese vor einer rechtlichen Prüfung nicht freizugeben.

2.

Da bereits die materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches wegen der Verletzung einer Mitteilungspflicht zu verneinen sind, kann die Frage dahin stehen, ob der Klägerin überhaupt ein Schaden entstanden ist. Dies ist jedenfalls zweifelhaft, weil die von der Klägerin gewährten Fördermittel von Dritten zur Verfügung gestellt wurden und nicht ersichtlich ist, dass die Klägerin wegen der Auszahlung an die Beklagte Ersatzansprüchen ausgesetzt ist bzw. solche Ansprüche drohen.

C.

Die Anschlussberufung der Beklagte hat ebenfalls keinen Erfolg. Die Forderung auf Rückerstattung der 14.847,56 € ist nicht verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB begann am 1.1.2007 und endete mit Ablauf des 31.12.2009. Die am

29.12.2008 bei Gericht eingegangen Klage hat den Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist unterbrochen.

1.

Der Anspruch der Klägerin auf Erstattung zu viel geleisteter Fördermittel hat seine rechtliche Grundlage in Ziffer 3.1 der Allgemeinen Bedingungen [REDACTED]

[REDACTED] Darin heißt es:

„Die [REDACTED] kürzt den Zuschuss anteilig, wenn sich die förderbaren Investitionskosten ermäßigen. Dies gilt auch, wenn eingeräumte Skonti nicht in Anspruch genommen werden.“

Diese Regelung stellt die Entscheidung der Rückforderung nicht in das Ermessen der Behörde, sondern knüpft an die Ermäßigung der Investitionskosten die gebundene Entscheidung zur Rückforderung. Kürzungen, die nicht mit einem VOB-Verstoß zusammenhängen, bedürfen keines Widerrufs bzw. keiner Rücknahme der Bewilligungsentscheidung. Die Kürzungen resultieren unmittelbar daraus, dass die Aufwendungen nicht förderungsfähig sind (ebenso VG Würzburg, Ur. v. 19.1.2010, W 4 K 08.2177). Daher unterscheidet sich die Rückforderung nach Ziffer 3.1 der Allgemeinen Bedingungen entscheidend von der behördlichen Entscheidung gemäß Ziffer 9.2 der Bedingungen, die die Ausübung des Ermessens als Konsequenz eines Aufgabendvorstoßes voraussetzt. Es handelt sich daher bei der Kürzung wegen ermäßigter Investitionskosten nicht um einen verhaltenen Anspruch. Der Beginn der Verjährungsfrist ist nicht davon abhängig, dass die Behörde sich für eine Geltendmachung der Rückforderung entscheidet.

2.

Die für den Verjährungsbeginn gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB maßgebliche Kenntnis davon, dass zu viel Fördermittel ausgezahlt worden waren, erhielt die Klägerin durch den Prüfungsbericht der Bezirksregierung [REDACTED] vom 2.10.2006. Bis zu diesem Zeitpunkt ergaben sich für die Klägerin keine Anhaltspunkte, dass der bewilligte Zuschuss die förderungsfähigen Aufwendungen überstieg. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB verlangt die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von den den Anspruch begründenden Umständen. Insofern sind die Tatsachen entscheidend,

die die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllen; dagegen ist grundsätzlich nicht vorausgesetzt, dass der Gläubiger hieraus die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht (BGH, Urteil vom 08.05.2008, VII ZR 106/07, NJW 2008,2427). Ausweislich des Prüfberichts der Bezirksregierung [REDACTED] lagen die Projektkosten, Belege und Rechnungen erst anlässlich der Prüfung im August 2006 vor. Es lässt sich danach nicht feststellen, dass die Kostenunterlagen der Klägerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt bekannt gegeben worden wären. Die Kenntniserlangung erfolgte daher erst durch die Übermittlung des Prüfungsberichts der Bezirksregierung [REDACTED] im Oktober 2006.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird zugelassen im Hinblick auf die Problematik der Rückwirkung der Auflage, § 543 Abs. 2 ZPO.

Streitwert der Berufungsinstanz: 1.739.408,50 € (Berufung 1.724.560,49 €; Anschlussberufung 14.847,56 €)

Dohnke-Kraff

Drossart

Dr. May

Ausgefertigt

*[Handwritten Signature]*  
Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

