

Auch wenn der vorzeitige Baubeginn zugelassen und die Maßnahme bereits ausgeführt ist, kann in einem nachfolgenden Zuwendungsbescheid die Zuwendung von solchen Auflagen abhängig gemacht werden, mit denen der Zuwendungsempfänger rechnen musste.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof Urteil vom 25.5.1990 4 B 87.02245

Rechtskräftig, veröffentlicht in BayVBl. 1991, 209 = EzD 4 Nr. 11 mit Anm. Eberl

Zum Sachverhalt

Der Bürgermeister der Kl. trug im Oktober 1983 dem Landrat des Landkreises L. mündlich vor, die Kl. wolle noch im Herbst dieses Jahres einen Gehweg bauen. Unter dem üblichen Vorbehalt, dass damit noch keine Finanzierungszusage gegeben sei, erteilte der Landrat am Ende der Unterredung mündlich die Zustimmung zum vorzeitigen Baubeginn. Der Fußweg wurde im Unterbau noch im Herbst 1983 von einer örtlichen Firma gebaut. Auf den anschließend noch schriftlich wiederholten Antrag der Kl. erließ das Landratsamt am 29.6.1984 einen Zuwendungsbescheid, in dem der Kl. eine höchstmögliche Gesamtzuwendung von 27 500,- DM in Aussicht gestellt wurde. In dem Bescheid heißt es u.a., die Förderung werde unter den in der Anlage bestimmten Voraussetzungen gewährt. Dem Zuwendungsbescheid sind als Anlage die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften (ANBest-K) beigelegt. Der Zuschussbetrag werde - wegen seiner geringen Höhe - erst nach Vorlage der ordnungsgemäßen Nachweise zur Auszahlung angewiesen. Die Arbeiten für die Herstellung des Gehweges wurden im September 1984 abgeschlossen.

Bei der Prüfung des Verwendungsnachweises vom 16.10.1984 stellten Beamte des Landratsamts fest, dass die Arbeiten für den Fußweg nicht ausgeschrieben, sondern freihändig vergeben worden waren. Darin - so stellten sie fest - liege ein Verstoß gegen § 31 KommHV und die VOB und zugleich gegen die Nrn. 3 bis 6 der ANBest-K.

Mit Bescheid vom 12.8.1985 widerrief das Landratsamt den Zuwendungsbescheid vom 29.6.1984 wegen Verstoßes gegen die Vergabegrundsätze des § 31 KommHV. Zumindest eine beschränkte Ausschreibung nach § 3 Abs. 4 VOB/A hätte stattfinden müssen. Die mit dem Bewilligungsbescheid verbundenen Nebenbestimmungen in Nr. 3 der ANBest-K, Anlage 3a zu Art. 44 BayHO, seien von der Kl. nicht beachtet worden, weshalb der Bewilligungsbescheid nach Art. 44a Abs. 1 BayHO zu widerrufen sei.

Widerspruch, Klage und Berufung blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen

1. Rechtsgrundlage des Widerrufsbescheids ist Art. 44a BayHO. Nach dieser Vorschrift kann ein Zuwendungsbescheid u.a. dann ganz oder teilweise widerrufen werden, wenn mit der Zuwendung verbundene Auflagen nicht erfüllt werden. Die Vorschrift ist insoweit lex specialis gegenüber Art. 49 Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG und geht diesem vor (vgl. Art. 1 Abs. 1 BayVwVfG; BayVGH, BayVBl. 1990, 310 [311]; Kopp, VwVfG, 4. Aufl., Rdnr. 66 zu § 49).

Dem Zuwendungsbescheid vom 29.6.1984 waren als verbindlicher Bestandteil die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften (ANBest-K) beigelegt. Im Text des Zuwendungsbescheids ist die Einhaltung dieser Anlage als Voraussetzung der staatlichen Förderung ausdrücklich genannt.

In Nr. 3.1 der ANBest-K heißt es: „Bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zuwendungszwecks sind die Vergabegrundsätze anzuwenden, die das Staatsministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen aufgrund des § 31 Abs. 2 KommHV bekannt gemacht hat“. Damit sind die Grundsätze über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich (Bekanntmachung vom 5.12.1979, MABl. S. 77, zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 16.4.1984, MABl. S. 168) in Bezug genommen, welche ihrerseits die Anwendung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) vorschreiben.

Nach § 3 der VOB Teil A gibt es grundsätzlich drei Arten der Vergabe: Die öffentliche Ausschreibung, welche die Regel ist, die beschränkte Ausschreibung und schließlich die freihändige Vergabe. Die drei Vergabeformen stehen in einem Rangverhältnis dergestalt, dass die später genannte freihändige Vergabe jeweils nur bei Vorliegen besonders aufgeführter Voraussetzungen angewandt werden darf. Im vorliegenden Fall hätte zumindest eine beschränkte Ausschreibung stattfinden müssen. ... Die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Widerruf des Zuwendungsbescheids lagen somit vor.

2. Sinn staatlicher Zuwendungen ist es, Zwecke zu erreichen, an deren Erfüllung durch die begünstigte Stelle der Staat ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann (vgl. Art. 23 BayHO). Für Projekte, die bereits begonnen wurden, können deshalb in der Regel keine Zuwendungen mehr bewilligt werden (vgl. Nr. 1.3 der Verwaltungsvorschrift [VV] zu Art. 44 BayHO und Nr. 1.3 der Verwaltungsvorschriften für Zuwendungen des Freistaates Bayern an kommunale Körperschaften [VVK] MABl. 1982, 167); denn bei ihnen steht bereits fest, dass der Maßnahmeträger das staatliche Interesse auch ohne die Zuwendung befriedigen wird. Soll die Bezuschussungsfähigkeit eines Projekts trotz Baubeginns vor Erlass des Zuwendungsbescheids ausnahmsweise erhalten bleiben, bedarf es der Zustimmung des zuständigen Ministeriums bzw. der Regierung (vgl. Nr. 1.3 der VVK). Vorliegend

wurde die Zustimmung nicht vom Ministerium oder der Regierung, sondern vom Landrat erteilt. Darin liegt eine Verletzung der genannten innerstaatlichen Zuständigkeitsvorschrift. Ob diese den Beklagten zur Rücknahme des Bewilligungsbescheides gem. Art. 48 BayVwVfG berechnete, kann hier dahinstehen. Denn der streitgegenständliche Widerrufsbescheid ist nicht auf diese Vorschrift gestützt. Selbst wenn eine Rücknehmbarkeit nach Art. 48 BayVwVfG bestünde, hinderte das den Bekl. nicht, den Widerruf allein auf Art. 44a BayHO zu stützen. Denn beide Vorschriften stehen selbständig nebeneinander (so auch Kopp, VwVfG, Rdnr. 117 zu § 48). Art. 48 BayVwVfG betrifft die Rücknahme eines (von Anfang an) rechtswidrigen Verwaltungsaktes, während Art. 44a BayHO den Widerruf eines Zuwendungsbescheides wegen (in der Regel nachträglicher) Nichterfüllung einer Auflage erlaubt.

3. Der Ansicht der Kl., die im Zuwendungsbescheid enthaltene Auflage der Beachtung der VOB - im konkreten Fall hier: der Ausschreibung der Vergabe - sei unzulässig gewesen und deshalb nunmehr unbeachtlich, kann nicht gefolgt werden. Mit der Auflage wurde zwar etwas im Zeitpunkt ihrer Anordnung bereits objektiv Unmögliches verlangt. Der Grundsatz, dass ein Verwaltungsakt, den aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann, nichtig ist (vgl. Art. 44 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG), lässt sich aber nicht uneingeschränkt auf Nebenbestimmungen im Sinne von Art. 36 BayVwVfG übertragen. Denn durch die Nebenbestimmung wird niemand zu einem Tun verpflichtet, sondern es wird lediglich die Leistungsgewährung von einer zusätzlichen Voraussetzung abhängig gemacht (vgl. dazu Kopp, VwVfG, Rdnr. 47 zu § 44). Auch in Fällen des - hier vorliegenden - vorzeitigen Baubeginns kann die Gewährung der Zuwendung von der Einhaltung bestimmter, allgemein üblicher und vorherzusehender Nebenbestimmungen abhängig gemacht werden. Andernfalls wären Zuwendungsempfänger in Fällen des vorzeitigen Baubeginns ungerechtfertigt erheblich günstiger gestellt als in Zuwendungsverfahren, bei denen die Förderzusage dem Baubeginn vorausgeht. Letztere stellen die Regel dar, erstere die Ausnahme. Bei dieser Sachlage kann es in Fällen des vorzeitigen Baubeginns - verfahrensbedingt nicht zu vermeiden - zur Anordnung objektiv nicht mehr erfüllbarer Nebenbestimmungen kommen. Dies kann dazu führen, dass die zugesagte Förderung schließlich doch nicht gewährt wird. Diese scheinbare Inkonsequenz ist mit dem Ausnahmeinstitut des vorzeitigen Baubeginns unvermeidbar verbunden. Sie ist aber hinnehmbar und dem Zuwendungsempfänger auch zumutbar, solange es sich dabei um Nebenbestimmungen handelt, mit denen der Zuwendungsempfänger rechnen kann. Das ist bei der Beachtung der VOB der Fall, da sie den Gemeinden über § 31 KommHV im Allgemeinen sowieso und bei Förderungen im Besonderen durch die den Finanzsachbearbeitern der Gemeinden bekannte ANBest-K vorgeschrieben ist. Die objektive Unmöglichkeit der Ausschreibung der Vergabe der Arbeiten für den Fußweg im Zeitpunkt des Erlasses des Zuwendungsbescheides macht die darin enthaltene Auflage der Beachtung der VOB - konkret der Ausschreibung des Fußwegs - deshalb nicht rechtswidrig.

4. Die objektive Unmöglichkeit der Einhaltung der Nebenbestimmung im Zeitpunkt ihres Erlasses verstößt auch nicht gegen die Vorschrift des Art. 36 Abs. 3 BayVwVfG. Danach darf eine Nebenbestimmung dem Zweck des Verwaltungsakts nicht zuwiderlaufen. Zweck des Zuwendungsbescheids war es nicht, die Klägerin in den Genuss der Zuwendung kommen zu lassen, sondern sie zum Bau des Fußweges zu veranlassen. Diesem Zweck lief die Nebenbestimmung der Beachtung der VOB nicht zuwider.

5. Mit dem Erlass des Widerrufsbescheides setzte sich das Landratsamt auch nicht in Widerspruch zu eigenem vorangegangenen Handeln bzw. zu vorangegangenem Handeln des Landrats (kein *venire contra factum proprium*) und verletzte auch kein schützenswertes Vertrauen der Kl. Zwar mag dem Landrat bei Genehmigung des vorzeitigen Baubeginns und bei Erlass des Zuwendungsbescheids bekannt gewesen sein, dass die beabsichtigte bzw. bereits weitgehend fertiggestellte Baumaßnahme nicht ausgeschrieben werden sollte bzw. wurde. Diese Kenntnis des Landrats kann zu Gunsten der Kl. unterstellt werden, ohne dass dies Einfluss auf die Entscheidung hätte. Der insoweit angebotene Beweis brauchte deshalb nicht erhoben zu werden.

Im Bewilligungsbescheid heißt es nämlich nicht, dass die Arbeiten am Fußweg auszuschreiben sind, sondern lediglich sinngemäß, dass die VOB zu beachten sind. Ob die VOB im vorliegenden Falle eine Ausschreibung erforderten, hatte zunächst die klagende Gemeinde zu prüfen. Wenn sie insofern Zweifel gehabt hätte, hätte sie sich vom Landratsamt oder der VOB-Stelle bei der Regierung beraten lassen können.

Das Landratsamt hatte bei Erlass des Zuwendungsbescheids nur das Vorliegen von dessen Voraussetzungen zu prüfen, z. B. die Tatbestandsmerkmale des Art. 13 b FAG, das Vorhandensein entsprechender Haushaltsmittel und die Einhaltung der Bagatellgrenze durch den Kostenvoranschlag (vgl. Nr. 4.1.8.3 der Richtlinien für die Zuwendungen des Freistaates Bayern zu Straßen- und Brückenbaumaßnahmen kommunaler Baulastträger - RZStra - vom 19.7.1982, MABl. S. 429 ff.). Die ordnungs- und auflagentreue Durchführung des Straßenbaues, einschließlich der Einhaltung der VOB, und die bestimmungsgemäße Verwendung der Zuschussmittel dagegen werden immer anhand der einzureichenden Nachweise (vgl. Nr. 11 der VVK) erst nach Abschluss der zu fördernden Baumaßnahme geprüft. Bei einem regulären Zuschussverfahren (d.i. Baubeginn nach Erlass des Zuwendungsbescheids) kann es aus tatsächlichen Gründen gar nicht anders sein. Auch beim Zuwendungsverfahren mit ausnahmsweise zugelassenem vorzeitigem Baubeginn gibt es keine andere Prüfungsreihenfolge und keinen anderen Prüfungsumfang.

Bei Erlass des Zuwendungsbescheids hatte das Landratsamt somit nicht zu prüfen, ob die im Rahmen des vorzeitigen Baubeginns bereits begonnene Maßnahme in Übereinstimmung mit der VOB durchgeführt wurde. Die Verantwortung und das Risiko für die Einhaltung der VOB lag zu diesem Zeitpunkt allein bei der Klägerin. Sie konnte dieses Risiko nicht dadurch auf den Beklagten abwälzen, dass sie den

Landrat über die beabsichtigte bzw. die erfolgte freihändige Vergabe gesprächsweise informierte. Dieses Risiko hätte die Kl. nur dadurch vermeiden können, dass sie sich vom Landratsamt oder von der Regierung insofern hätte amtlich beraten lassen. Gerade dies hat sie aber nicht getan. Die gesprächsweise Information des Landrats über die freihändige Vergabe dagegen verpflichtet den Bekl. zu nichts und schafft auch für die Klägerin keinen Vertrauensschutz, und zwar unabhängig davon, dass ein besonderer Vertrauensschutz von Selbstverwaltungskörperschaften gegenüber staatlichen Behörden wegen der beiderseitigen Bindung an Recht und Gesetz tendenziell verneint wird (vgl. BVerwGE 60, 208; BayVGH, BayVBl. 1982, 659; OVG RP, DÖV 1988, 309).

Im Hinblick auf den dargestellten Ablauf des Zuwendungsverfahrens steht der Widerruf des Zuwendungsbescheids wegen Fehlens der Ausschreibung nicht in Widerspruch zum Erlass des Zuwendungsbescheids, auch wenn bei letzterem bereits bekannt war, dass die Baumaßnahme nicht ausgeschrieben war.

6. Der Widerruf des Zuwendungsbescheids stand im Ermessen des Landratsamts. Dies ergibt sich aus den Worten „kann widerrufen werden“ in Art. 44a Abs. 1 BayHO. Es ist nicht ersichtlich, dass das Landratsamt die Grenzen seines Ermessens überschritten oder einen dem Zweck der Vorschrift nicht entsprechenden Gebrauch gemacht hätte (vgl. § 114 VwGO). Der Grundsatz der Ausschreibung von Aufträgen der öffentlichen Hand ist ein elementarer Grundsatz des öffentlichen Haushaltswesens und das Kernstück der VOB. Seine Verletzung rechtfertigt regelmäßig den Widerruf des Zuwendungsbescheids (zum Ermessen beim Widerruf von Zuwendungsbescheiden allgemein vgl. RdNr. 90 in: Die Gemeindekasse 1990). Sie führt, worauf im Widerrufsbescheid zu Recht hingewiesen ist, letztlich zum unzulässigen Ausschluss jeglichen öffentlichen Wettbewerbs.

7. Der Widerrufsbescheid wurde auch innerhalb der Jahresfrist des Art. 49 Abs. 2 letzter Satz und des Art. 48 Abs. 4 BayVwVfG erlassen. Die dort vorgeschriebene Frist gilt auch für Widerrufsbescheide nach Art. 44a BayHO. Denn auch beim Widerruf eines Zuwendungsbescheids nach Art. 44a BayHO handelt es sich um einen Widerruf eines Verwaltungsaktes, für den die o. a. allgemeinen Fristen gelten (so auch Nr. 8.4 der VV zu Art. 44 BayHO). Danach beginnt die Jahresfrist mit der Kenntnis der Tatsachen, welche den Widerruf rechtfertigen. Nach der Ansicht des BVerwG (Entscheidung des Großen Senats vom 9.12.1984, BVerwGE 70, 356 = BayVBl. 1985, 311 = NJW 1985, 812) muss noch hinzukommen, dass die Behörde auch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erkannt hat (zustimmend Kopp, VwVfG, Rdnr. 97 zu § 48). Danach wäre die Jahresfrist bei Erlass des Widerrufsbescheides noch nicht abgelaufen. Ob dieser Auffassung in allen Fällen zu folgen ist, kann hier dahinstehen (zweifelnd auch Kopp, VwVfG, Rdnr. 97 zu § 48). Bei Zuwendungsverfahren jedenfalls kann nach Ansicht des BayVGH der Ablauf des hier streng geregelten Nachweis- und Prüfungsverfahrens bei der Bestimmung des Fristbeginns nicht unberücksichtigt bleiben. Die Prüfung der auflagentreuen Verwendung der Zuwendung - und hierzu gehört auch die Einhaltung der VOB - ist

der Zuwendungsbehörde erst mit Einreichung der entsprechenden Nachweise möglich. Ab diesem Zeitpunkt erst hat die Behörde volle Kenntnis der entscheidungserheblichen Tatsachen. Erst ab diesem Zeitpunkt beginnt die Prüfung. Vorher zufälligerweise bekanntgewordene Tatsachen setzen die Jahresfrist noch nicht in Lauf. Sie beginnt somit mit der Einreichung der vollständigen oder zumindest der wesentlichen Verwendungsnachweise. - Im vorliegenden Falle gingen die Verwendungsnachweise am 22.10.1984 im Landratsamt ein. Der Widerrufsbescheid vom 12.8.1985 wurde deshalb innerhalb der Jahresfrist erlassen.