

# Einleitung und Gang der Untersuchung

Die öffentliche Hand bewilligt Fördermittel, um bestimmte Institutionen und Vorhaben zu unterstützen und dabei politische oder wirtschaftliche Ziele zu erreichen. Als Fördergeber kommen vor allem der Bund und die Bundesländer in Betracht.<sup>1</sup> Die Institutionen und Vorhabenträger, die der Staat durch Fördermittel – insbesondere Geldleistungen – entlastet, sind den unterschiedlichsten Bereichen zuzuordnen und kaum zu überschauen. Im Haushaltsplan des Bundes sind Zuwendungen jährlich mit einem Betrag von mehr als 10 Mrd. Euro aufgeführt.<sup>2</sup> Einen Teil der geförderten Vorhaben des Bundes kann man im Förderkatalog des Bundes einsehen.<sup>3</sup> So konzentriert sich beispielsweise die Förderung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie auf den Mittelstand, auf Energie und Nachhaltigkeit, auf Chancen der Globalisierung sowie auf Innovation, Technologie und neue Mobilität.<sup>4</sup>

Förderberechtigt können unter anderem Gebietskörperschaften und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, aber auch juristische Personen des Privatrechts und Privatpersonen sein. Erhalten Förderberechtigte eine Zuwendung, vergeben sie im Rahmen der geförderten Maßnahmen regelmäßig Aufträge, beispielsweise für Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen. Werden Zuwendungen durch einen Verwaltungsakt bewilligt, der die Gewährung der Fördermittel zum Gegenstand hat, sind die „Allgemeinen Nebenbestimmungen“ (sog. ANBest) üblicherweise Bestandteil dieses Zuwendungsbescheids.<sup>5</sup> In den ANBest verpflichtet der Zuwendungsgeber die Zuwendungsempfänger dazu vergaberechtliche Vorschriften anzuwenden – und zwar unabhängig davon, ob der Zuwendungsempfänger öffentlicher Auftraggeber im Sinne des haushaltsrechtlichen und/oder des kartellrechtlichen Vergaberechts ist.

- 1 Mittel, die aus dem EU-Haushalt stammen, bleiben in der vorliegenden Arbeit außer Betracht. Ebenso thematisiert die Arbeit keine Fragen, die sich in Bezug auf die Covid-19-Pandemie stellen. Zum erschwerten Abbau des öffentlichen Investitionsrückstandes durch die Coronapandemie siehe *Portz*, ZfBR 2021, 514 (514).
- 2 *Nebel*, in: *Piduch*, 48. EL Febr. 2014, BHO, § 23 Rn. 1. Nach *Folnovic/Hellriegel*, NVwZ 2016, 638 (638) beliefen sich die Finanzhilfen des Bundes im Jahr 2016 auf 7,5 Mrd. Euro; *Mayer*, DÖV 2016, 555 (556) gibt einen Betrag von jährlich rund 30 Mrd. Euro an.
- 3 <https://foerderportal.bund.de/foekat/jsp/StartAction.do> (zuletzt abgerufen am 15.10.2021).
- 4 <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Ministerium/evaluation-von-foerdermassnahmen.html> (zuletzt abgerufen am 15.10.2021).
- 5 Vgl. VwV Nr. 4.2.9. und Nr. 5.1 zu § 44 BHO sowie Anlagen 1 bis 4 zu VwV Nr. 5.1 zu § 44 BHO.

## Einleitung und Gang der Untersuchung

Verstößt der Zuwendungsempfänger gegen vergaberechtliche Vorschriften, zu deren Anwendung er aus Anlass der Zuwendung durch die ANBest verpflichtet wurde, besteht die Gefahr, dass die Zuwendung ganz oder teilweise widerrufen wird. Dies kann erhebliche, insbesondere finanzielle Folgen für den Zuwendungsempfänger mit sich bringen.<sup>6</sup> Gerichte befassen sich immer wieder mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen derartige Widerrufsentscheidungen rechtmäßig sind.<sup>7</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Beschluss aus dem Jahre 2013<sup>8</sup> entschieden, dass der Zuwendungsgeber grundsätzlich zum Widerruf einer gewährten Zuwendung berechtigt ist, wenn der Zuwendungsempfänger bei der Vergabe von Aufträgen die Vergabeart, d.h. das Verfahren der Ausschreibung, fehlerhaft gewählt hat. Damit lässt die höchstrichterliche Rechtsprechung die Sanktionierung vergaberechtlicher Verstöße durch das Zuwendungsrecht zu, wenn diese Rechtsgebiete aufeinandertreffen. Das ist nicht unproblematisch, weil das Zuwendungsrecht zunächst ein gegenüber dem Vergaberecht eigenständiges Rechtsgebiet darstellt. Die Arbeit befasst sich mit den sich daraus ergebenden Rechtsfragen.

Der erste Teil der Arbeit definiert den Begriff der Zuwendung und grenzt ihn zu anderen gängigen Bezeichnungen wie der Subvention, der Beihilfe, der Zuweisung und dem Zuschuss, sowie zum Begriff des öffentlichen Auftrags ab (A.). Zudem erläutert dieser Teil in aller Kürze das Verfahren bis zum Erhalt einer Zuwendung (B.).

Gegenstand des zweiten Teils ist die in der ANBest enthaltene Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zur Anwendung des Vergaberechts (C. und D.). Die Arbeit untersucht den Inhalt und die Rechtswirkung der einschlägigen Nr. 3 der ANBest-P<sup>9</sup> und ANBest-I<sup>10</sup>. Es wird auf die Frage nach der Art der

6 Neben dem Widerruf nach § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwVfG und der Rückforderung nach § 49a Abs. 1 VwVfG kann ein Vergaberechtsverstoß weitere Konsequenzen haben, wie z.Bsp. eine Schadloshaltung im Innenverhältnis, vgl. hierzu *LG Münster*, Urt. v. 18.05.2006 – 12 O 484/05, NZBau 2006, 523 ff.; *Brüning*, ZfBR 2020, 154 (157); *Mager*, NZBau 2012, 281 (283).

7 Z. Bsp. *OVG Münster*, Urt. v. 22.02.2005 – 15 A 1065/04, NVwZ-RR 2006, 86 ff.; *dass.*, Urt. v. 20.04.2012 – 4 A 1055/09, NZBau 2012, 589 ff.; *VGH Mannheim*, Urt. v. 28.09.2011 – 9 S 1273/10, VBlBW 2012, 221 ff.; *OVG Koblenz*, Urt. v. 25.09.2012 – 6 A 10478/12 (juris); *OVG Lüneburg*, B. v. 03.09.2012 – 8 LA 187/11 (juris); *VG Schleswig*, Urt. v. 13.12.2017 – 12/A 205/15, ZfBR 2018, 287 ff.; *OVG Schleswig*, B. v. 18.12.2020 – 5 LA 179/20 (juris); in der Literatur statt vieler *Kulartz/Schilder*, NZBau 2005, 552 ff.; *Antweiler*, NVwZ 2005, 168 ff.; *Attendorf*, NVwZ 2006, 991 ff.; *Mayen*, NZBau 2009, 98 ff.; zuletzt *Brüning*, ZfBR 2020, 154 (154 ff.); *Pilarski*, VergabeR 2020, 149 ff.; praxisorientiert *ders.*, VergabeR bei Zuwendungen. Zur Konstellation eines Vergaberechtsverstößes vor Erlass des endgültigen Zuwendungsbescheids siehe *Gass*, VerwArch 2018, 55 (60) m.w.N. insb. in Fn. 91 und 93.

8 *BVerwG*, B. v. 13.02.2013 – 3 B 58.12, NVwZ 2013, 1082 (1082 ff.).

9 Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung, Anlage 2 zur VwV Nr. 5.1 zu § 44 BHO.

10 Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung, Anlage 1 zur VwV Nr. 5.1 zu § 44 BHO.

Nebenbestimmung und nach ihrer Rechtmäßigkeit sowie auf die Grenzen der Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts eingegangen.

Bei einigen Zuwendungsempfängern ergibt sich die Verpflichtung zur Einhaltung vergaberechtlicher Normen bereits aus dem Umstand, dass sie unter den Begriff des öffentlichen Auftraggebers im Sinne des haushalts- und/oder kartellrechtlichen Vergaberechts fallen. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich dabei auf die Konstellation, in der der Zuwendungsempfänger den Vorschriften des GWB<sup>11</sup> unterworfen ist. Auf die Situation, in der der Zuwendungsempfänger auch öffentlicher Auftraggeber im Sinne des nationalen Haushaltsvergaberechts ist, wird nicht eingegangen.<sup>12</sup> Bei Zuwendungsempfängern, die nach dem GWB öffentliche Auftraggeber sind, ist vor allem zu klären, ob sich eine Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts zusätzlich aus der zuwendungsrechtlichen Bestimmung der ANBest ergibt. Enthalten das GWB und die ANBest unterschiedliche Verpflichtungen, kann sich daraus ein Widerspruch ergeben. Ob ein solcher Widerspruch besteht und wie dieser aufzulösen ist, wird zu prüfen sein.

Von der ANBest-P und der ANBest-I sind ebenso Zuwendungsempfänger betroffen, die erst durch den Erhalt der Zuwendung mit dem Vergaberecht konfrontiert werden. Bezieht der Zuwendungsbescheid die ANBest ein und ist der Zuwendungsempfänger kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des GWB, ist fraglich, ob dies zur Folge haben kann, dass auch ein solcher Zuwendungsempfänger wie ein öffentlicher Auftraggeber behandelt wird. Schließlich könnte dies darin münden, dass private juristische Personen und selbst natürliche Personen vergaberechtliche Vorschriften zu beachten haben.

Im dritten Teil der Arbeit wird die Möglichkeit des Widerrufs des Zuwendungsbescheids erörtert. Geprüft wird, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Hoheitsträger Zuwendungen aufgrund von Verstößen gegen das Vergaberecht rechtmäßig widerrufen können (E.). Im Mittelpunkt der Ausführungen steht die Frage, wie Zuwendungsgeber ihr dabei bestehendes Ermessen fehlerfrei ausüben können. Die von den Ministerien in

---

11 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung v. 26.06.2013, BGBl. I S. 1750, 3245, zuletzt geändert durch Art. 10 Abs. 2 des Gesetzes v. 27.07.2021, BGBl. I S. 3274.

12 Erhält ein institutioneller Auftraggeber eine Zuwendung mit einem Wert von mehr als 100.000 Euro und liegt der Wert des zu vergebenden Auftrags unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte, hat er sowohl nach Nr. 3.1 der ANBest-P/ANBest-I als auch nach der VwV Nr. 2 zu § 55 BHO den Abschnitt 1 der VOB/A bzw. die UVgO anzuwenden. Damit existiert bezüglich der Auftragsvergabe zwischen den zuwendungsrechtlichen Bestimmungen und den haushaltsvergaberechtlichen Vorschriften kein inhaltlicher Unterschied. Für Gebietskörperschaften würde ohnehin die ANBest-Gk gelten.

## Einleitung und Gang der Untersuchung

einigen Bundesländern verfügten ermessenslenkenden Erlasse<sup>13</sup> werden auf ihre Rechtmäßigkeit hin untersucht (F.). Zu diskutieren ist in diesem Zusammenhang, nach welchen Kriterien die Widerrufsründe im Vorfeld der Ermessensausübung festgelegt werden können. Insbesondere ist zu überlegen, ob diese Festlegung und die spätere Ausübung des behördlichen Ermessens bei der Entscheidung des Widerrufs vor dem Hintergrund zuwendungsrechtlicher und/oder vergaberechtlicher Erwägungen vorzunehmen sind und welche Erwägungen dabei wie stark gewichtet werden dürfen bzw. müssen. Dabei ist auch auf die Beweisführung hinsichtlich des Verlusts von Haushaltsmitteln infolge des Vergaberechtsverstößes, die besondere Schwierigkeiten mit sich bringt, einzugehen.

Die Lösung dieser Fragen wird anhand der Bestimmungen der BHO<sup>14</sup> und der VwV<sup>15</sup> hierzu diskutiert und aufgezeigt. In den Ländern existieren vergleichbare Regelungen,<sup>16</sup> sodass sich dort im Kern jeweils dieselben Fragen wie zu den bundesrechtlichen Vorschriften stellen. Mitunter können sich aber aufgrund des im Einzelnen abweichenden Wortlauts andere Auslegungen ergeben.<sup>17</sup>

Der vierte Teil der Arbeit widmet sich den Rechtsschutzmöglichkeiten der Zuwendungsempfänger, die von einem Widerruf betroffen sind, und den Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter, die sich an einem Vergabeverfahren des Zuwendungsempfängers beteiligen. Wählt der Zuwendungsempfänger im Rahmen eines geförderten Projekts zum Beispiel ein falsches Vergabeverfahren, kann zum einen der Zuwendungsempfänger vor den Verwaltungsgerichten gegen den deshalb erfolgten Widerruf der Zuwendung klagen; zum

---

13 Z. Bsp. die Richtlinie zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen und für Heimat v. 25.02.2021, Az. 11-H 1007-1/8, BayMBl. 2021 Nr. 182 v. 10.03.2021.

14 Bundeshaushaltsordnung v. 19.08.1969, BGBl. I S. 1284, zuletzt geändert durch Art. 21 des Gesetzes v. 20.08.2021, BGBl. I S. 3932.

15 Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung v. 14.03.2001, GMBL 2001 Nr. 16/17/18, S. 307, in der Fassung des BMF-Rundschreibens v. 07.05.2021 – II A 3 – H 1012-6/19/10003 :003 – 2021/0524501 -, berichtigt durch BMF-Rundschreiben v. 09.06.2021 – II A 3 – H 1012-6/19/10003 :003 – 2021/0644338.

16 Z. Bsp. § 44 LHO BW und Anlage 1 (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung – ANBest-I) und Anlage 2 (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung – ANBest-P) zu Nr. 5.1 der VwV zu § 44 LHO BW (Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg v. 19.10.1971, GBl. 1971, 428, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 17.12.2019, GBl. S. 593; Allgemeine Verwaltungsvorschriften des Finanzministeriums zur Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg v. 20.12.2018, 2-0413.1/61, GABl. S. 765).

17 Z. Bsp. Anlage 2 (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung – ANBest-P) zu Nr. 5.1 der VwV zu Art. 44 BayHO (Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen über die Verwaltungsvorschriften zur Bayerischen Haushaltsordnung v. 05.07.1973, FMBl. S. 259, die zuletzt durch Bekanntmachung v. 01.03.2021, BayMBl. Nr. 179, Nr. 250 geändert worden ist). Landesrechtliche Vorschriften werden herangezogen, sofern eine Verschiedenheit relevant ist.

## Einleitung und Gang der Untersuchung

anderen kann aber auch ein nichtberücksichtigter Bieter die Rechtmäßigkeit der Auftragsvergabe vor der Vergabekammer bzw. vor den ordentlichen Gerichten überprüfen lassen und/oder Schadensersatzansprüche geltend machen. Ob eine Rechtsschutzmöglichkeit der Bieter auch gegenüber Zuwendungsempfängern besteht, die keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne des GWB sind, ist zu klären (G.). Außerdem ist zu erörtern, ob und inwieweit die vergaberechtlichen Entscheidungen im Rahmen des Primär- bzw. Sekundärrechtsschutzes und die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen gegenseitige Bindungswirkung entfalten (H.).

# 1. Teil: Zuwendungen und Zuwendungsverfahren

## A. Begriffsbestimmungen

### I. Definition des Begriffs der Zuwendung

Der Arbeit wird die folgende Definition des Begriffs der Zuwendung zugrunde gelegt: Zuwendungen im Sinne der §§ 14 HGrG<sup>18</sup>, 23 BHO sind Geldleistungen<sup>19</sup> aus öffentlichen Mitteln an Stellen außerhalb der unmittelbaren Verwaltung des Bundes<sup>20</sup> im Rahmen seiner Finanzierungskompetenz<sup>21</sup> zur Erfüllung hinreichend bestimmter Zwecke jeder Art<sup>22</sup>. Die Geldleistung muss freiwillig<sup>23</sup> und positiv<sup>24</sup> gezahlt werden. Ferner darf kein unmittelbarer Leistungsaustausch stattfinden.<sup>25</sup>

18 Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder v. 19.08.1969, BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes v. 14.08.2017, BGBl. I S. 3122.

19 *Rossi*, in: Gröpl, BHO/LHO, § 23 Rn. 9; *Nebel*, in: Piduch, 42. EL Juni 2007, BHO, § 23 Rn. 4; *Krämer*, DÖV 1990, 546 (547); *Präsident des BRH*, Prüfung der Vergabe von Zuwendungen, S. 21; *Lange*, in: Zavelberg, Die Kontrolle der Staatsfinanzen, S. 281 f.; *Aulbert*, Staatliche Zuwendungen, S. 23 f., 28. Explizit die VwV Nr. 1.1 zu § 23 LHO BW mit dem Teilsatz: „Zuwendungen sind Geldleistungen“. Siehe auch VwV Nr. 1.2.1 zu § 23 BHO.

20 *Nebel*, in: Piduch, 45. EL Jan. 2011, BHO, § 23 Rn. 2; *Müller/Richter/Ziekow*, Handbuch ZuwendungsR, A III Rn. 211; *Aulbert*, Staatliche Zuwendungen, S. 24 f.; *Lange*, in: Zavelberg, Die Kontrolle der Staatsfinanzen, S. 291 f. Z. Bsp. bestimmt VwV Nr. 1.1 zu § 23 LHO BW explizit, dass Zuwendungen Geldleistungen sind, die an Stellen „außerhalb“ der „unmittelbaren“ Landesverwaltung erbracht werden.

A.A., wonach die mittelbare Verwaltung zur Verwaltung im Sinne des § 23 BHO gehört: *Hugo/Sandfort*, in: Heuer/Scheller, Komm, Aug. 2015, § 23 BHO Rn. 21; *Dittrich*, BHO, 54. AL Jan. 2018, § 23 Rn. 4.4; *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht – Zuwendungspraxis, 143. Akt. März 2019, B III Rn. 33; *Rossi*, in: Gröpl, BHO/LHO, § 23 Rn. 15.

21 Nach Art. 104a, 104b GG, §§ 2, 6 BHO trägt der Bund nur die Ausgaben, die zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes notwendig sind.

22 *BMF*, Das System der öffentlichen Haushalte, S. 70; *Rossi*, in: Gröpl, BHO/LHO, § 23 Rn. 16.

23 *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht – Zuwendungspraxis, 144. Akt. Juni 2019, B IV Rn. 45 ff., 63 ff.; *Hugo/Sandfort*, in: Heuer/Scheller, Komm, Aug. 2015, § 23 BHO Rn. 6, 10 f.; *Dittrich*, BHO, 57. AL Juli 2019, § 23 Rn. 3.4, 58. AL Jan. 2020, § 23 Rn. 3.11; *Rossi*, in: Gröpl, BHO/LHO, § 23 Rn. 10, 17. Hierzu *BVerwG*, B. v. 10.07.1980 – 3 B 113.79, Buchholz Folge 3 Band 8, 451.731 KHG Nr. 5, S. 33; *Krämer*, DÖV 1990, 546 (547); *Aulbert*, Staatliche Zuwendungen, S. 26 f. Siehe auch VwV Nr. 1.2.2, 1.2.3, 1.2.5 zu § 23 BHO.

24 *Kämmerer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 124 Rn. 10; *Rossi*, in: Gröpl, BHO/LHO, § 23 Rn. 11; *Nebel*, in: Piduch, 48. EL Febr. 2014, BHO, § 23 Rn. 1; *BMF*, Das System der öffentlichen Haushalte, S. 72.

25 *Hugo/Sandfort*, in: Heuer/Scheller, Komm, Aug. 2015, § 23 BHO Rn. 12; *Dittrich*, BHO, 57. AL Juli 2019, § 23 Rn. 3.5; *Nebel*, in: Piduch, 42. EL Juni 2007, BHO, § 23 Rn. 4; *Krämer*, DÖV 1990, 546 (548). Vgl. VwV Nr. 1.2.4 zu § 23 BHO iVm der Anlage hierzu.

Anders *Aulbert*, Staatliche Zuwendungen, S. 29 Fn. 68, nach der dem Zuwendungsempfänger in Form von Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid eine Art von „Gegenleistung“ auferlegt wird.

Zuwendungsempfänger können natürliche Personen sowie zumindest partiell rechtsfähige Organisationen sein, wie zum Beispiel Gesellschaften bürgerlichen Rechts, nichtrechtsfähige Vereine<sup>26</sup>, juristische Personen des Privatrechts, Handelsgesellschaften im Sinne des HGB<sup>27</sup>, sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts wie beispielsweise Gebietskörperschaften und Anstalten.<sup>28</sup> Zuwendungen können von Stellen, die einen öffentlichen Haushalt führen, in Haushaltsplänen durch Haushaltsgesetze bzw. durch Haushaltssatzungen festgelegt<sup>29</sup> und im Rahmen eines Zuwendungsverfahrens gewährt werden.

## II. Abgrenzung zu anderen Begriffen

### 1. Die Subvention

Subventionen sind – wie Zuwendungen – einseitige vermögenswerte Leistungen des Staates oder eines anderen Verwaltungsträgers, die ohne markt-mäßige Gegenleistung erbracht werden.<sup>30</sup> Während der Zuwendungsbegriff nur Geldleistungen umfasst, sind von der Subvention auch Sachleistungen, Garantien, die Übernahme von Bürgschaften und Darlehen erfasst.<sup>31</sup> Subventionen sind außerdem nicht nur direkte Leistungen, wie Geld- und Sachleistungen, sondern auch indirekte Leistungen, wie die Entbindung von einer Leistungspflicht bzw. Belastungsminderungen.<sup>32</sup> Zudem schließt der Begriff der Subvention im Gegensatz zu dem Begriff der Zuwendung Leis-

26 Vgl. § 54 BGB.

27 Handelsgesetzbuch v. 10.05.1897, RGBl. I S. 219, zuletzt geändert durch Art. 51 des Gesetzes v. 10.08.2021, BGBl. I S. 3436.

28 *Nebel*, in: Piduch, 45. EL Jan. 2011, BHO, § 23 Rn. 2; *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht – Zuwendungspraxis, 143. Akt. März 2019, B III Rn. 28. Zur Rechtsfähigkeit des Zuwendungsempfängers *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht – Zuwendungspraxis, 143. Akt. März 2019, B III Rn. 39 ff.

29 Vgl. Art. 104a-115 GG, das HGrG, die BHO und die VwV zur BHO, insb. Art. 110 GG, § 14 HGrG und § 23 BHO. Auf Länderebene existieren im Wesentlichen inhaltsgleiche verfassungs-, einfach- und untergesetzliche Bestimmungen, vgl. z. Bsp. Art. 79 ff. BW LV, § 23 LHO BW und die VwV zur LHO BW sowie §§ 79 f. GemO BW und die GemHVO BW.

30 *Kämmerer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V § 124 Rn. 6; *Ziekow*, Öff. WirtschaftsR, § 6 Rn. 5; *Ruthig/Storr*, Öff. WirtschaftsR, § 9 Rn. 751; *Stober/Eisenmenger*, Öff. WirtschaftsR, BT, § 56 Rn. 776.

31 *Ruthig/Storr*, Öff. WirtschaftsR, § 9 Rn. 756; *Arndt/Fetzer*, Öff. Recht, Kap. 36 Rn. 1044; *Ziekow*, Öff. WirtschaftsR, § 6 Rn. 3, 9.

32 *BVerfG*, Urt. v. 20.04.2004 – 1 BvR 1748/99, 905/00, BVerfGE 110, 274 (293); *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, S. 360 Rn. 1; *Schliesky*, Öff. WirtschaftsR, S. 137 ff.; *Ehlers*, DVBl 2014, 1 (2); *Kämmerer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 124 Rn. 6, 11; *Schorkopf*, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öff. WettbewerbsR, § 12 Rn. 12 f.; *Hugo/Sandfort*, in: Heuer/Scheller, Komm., Aug. 2015, § 23 BHO Rn. 18;

a.A. *Frotscher/Kramer*, WirtschaftsverfR/WirtschaftsverwR, § 21 Rn. 700; *Arndt/Fetzer*, Öff. Recht, Kap. 36 Rn. 1042 f.

## 1. Teil: Zuwendungen und Zuwendungsverfahren

tungen mit ein, auf die ein dem Grunde und der Höhe nach bestimmter Rechtsanspruch besteht.<sup>33</sup>

Nach der verwaltungsrechtlichen Literatur<sup>34</sup> und dem Subventionsbericht des Bundes<sup>35</sup> kommen als Subventionsempfänger – wie auch als Zuwendungsempfänger – neben den juristischen Personen des Privatrechts private Haushalte infrage. Eine Streitfrage ist, inwieweit Subventionen an die öffentliche Hand ausgezahlt werden können.<sup>36</sup>

## 2. Die Beihilfe

Beihilfen stellen gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV<sup>37</sup> staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art dar, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.<sup>38</sup> Im Gegensatz dazu können Zuwendungen auch an private Haushalte ausgezahlt werden.

33 Dittrich, BHO, 59. AL Juli 2020, § 23 Rn. 3.19; Rodi, Die Subventionsrechtsordnung, S. 36;

Aulbert, Staatliche Zuwendungen, S. 30; BMF, Das System der öffentlichen Haushalte, S. 72.

34 Ziekow, Öff. WirtschaftsR, § 6 Rn. 5; Ruthig/Storr, Öff. WirtschaftsR, § 9 Rn. 754; Frotscher/Kramer, WirtschaftsverfR/WirtschaftsverwR, § 21 Rn. 699; Aulbert, Staatliche Zuwendungen, S. 30;

anders Arndt/Fetzer, Öff. Recht, Kap. 36 Rn. 1043, nach denen die soziale Förderung Privater nicht erfasst wird.

35 Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2017 bis 2020 (27. Subventionsbericht), S. 10, [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren\\_Bestellservice/2020-03-01-Subventionsbericht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=16](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/2020-03-01-Subventionsbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=16) (zuletzt abgerufen am 15.10.2021).

36 Hierzu mit differenzierenden Ansichten BVerwG, Urt. v. 12.03.1985 – 7 C 60.83, Buchholz Folge 4 Band 7, 451.56 InvZuLG Nr. 25, S. 98 f.; Ruthig/Storr, Öff. WirtschaftsR, § 9 Rn. 754 f.; Ziekow, Öff. WirtschaftsR, § 6 Rn. 5, 8; Stober/Eisenmenger, Öff. WirtschaftsR, BT, § 56 Rn. 776; Aulbert, Staatliche Zuwendungen, S. 30; Hugo/Sandfort, in: Heuer/Scheller, Komm, Aug. 2015, § 23 BHO Rn. 18, Kämmerer, in: HdB Staatsrecht V, § 124 Rn. 11; Schorkopf, in: Kirchhof/Korte/Magen, Öff. WettbewerbsR, § 12 Rn. 17. Bei Zuwendungen wird der Streit ähnlich dahingehend geführt, ob die begünstigten Stellen außerhalb der unmittelbaren oder außerhalb der mittelbaren Verwaltung stehen müssen, siehe hierzu Fn. 20.

37 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 01.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABl. EG Nr. C 115 v. 09.05.2008, S. 47, zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. EU L 112/21 v. 24.04.2012 m.W.v. 01.07.2013.

38 Dies gilt vorbehaltlich anderer Regelungen in den Verträgen wie z. Bsp. Absätze 2 und 3 des Art. 107 AEUV, die Beihilfen festlegen, die mit dem Binnenmarkt vereinbar sind bzw. als vereinbar angesehen werden können, oder z. Bsp. Art. 42 AEUV (Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und Handel mit diesen). Ebenso ist die sog. De-minimis-Schwelle zu beachten.

Beihilfen können aber im Unterschied zur Zuwendung nicht nur Geldleistungen sein. Der Beihilfegriff umfasst alle Begünstigungen, für die keine marktmäßige Gegenleistung erbracht wird: Sowohl positive Leistungen als auch solche Maßnahmen, die Belastungen mindern, die ein Unternehmen üblicherweise tragen müsste,<sup>39</sup> sowie unmittelbare und darüber hinaus mittelbare Vorteilsgewährungen, durch die neben dem direkten Empfänger ein Dritter einen Vorteil hat.<sup>40</sup> Damit sind beispielsweise Steuervorteile<sup>41</sup>, staatliche Haftungsverpflichtungen bzw. Bürgschaften<sup>42</sup>, Preisnachlässe bei Privatisierungen sowie die Überlassung von Immobilien unter dem Marktpreis<sup>43</sup> erfasst.

Insbesondere ist Zweck des Beihilfenrechts des AEUV, eine Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt durch die mitgliedstaatliche Unterstützung von Unternehmen zu verhindern.<sup>44</sup> Dagegen zielt die Haushaltsordnung darauf ab öffentliche Mittel zur Gestaltung von Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik angemessen einzusetzen, indem sie Voraussetzungen zur Veranschlagung von Geldern und Kontrolle ihrer Verwendung regelt.<sup>45</sup>

### 3. Die Zuweisung und der Zuschuss

Die Zuweisung und der Zuschuss sind Zuwendungen.<sup>46</sup> Anhand der Begriffe lässt sich bestimmen, ob nur öffentliche oder auch nichtöffentliche Bereiche an einem Zahlungsvorgang beteiligt sind.<sup>47</sup> Eine Zuweisung beschreibt den Finanztransfer innerhalb des öffentlichen Sektors, mit Ausnahme der öffentlichen Unternehmen und Einrichtungen. Beispielsweise können Empfänger einer Zuweisung Länder und Gemeinden sein. Dagegen meint ein Zuschuss Geldleistungen der öffentlichen Haushalte an den nichtöffentli-

39 *EuGH*, Urt. v. 17.06.1999 – C-295/97, Slg. 1999 I-3735, 3761 Rn. 34 (Piaggio); *ders.*, Urt. v. 20.11.2003 – C-126/01, Slg. 2003 I-13769, 13816, Rn. 28 (GEMO); *ders.*, Urt. v. 15.06.2006 – C-393/04 und C-41/05, Slg. 2006 I-5293, 5331, Rn. 29 (Air Liquide); *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, S. 370 Rn. 15 ff.

40 Zu solchen mittelbaren/indirekten Beihilfen *Soltész/Hellstern*, *EuZW* 2013, 489 (489 ff.).

41 *EuGH*, Urt. v. 19.09.2000 – C-156/98, Slg. 2000 I-6857, insb. 6890 ff., Rn. 17 ff.

42 *EuGH*, Urt. v. 03.04.2014 – C-559/12 P, *EuZW* 2014, 422 (425 f. Rn. 95 ff.) (La Poste).

43 *Nebel*, in: Piduch, 45. EL Jan. 2011, BHO, § 23 Rn. 1.

44 *EuGH*, Urt. v. 16.07.1998 – C-298/96, Slg. 1998 I-4767, 4794 Rn. 37; *ders.* Urt. v. 22.06.2006 – C-182/03 und C-217/03, Slg. 2006 I-5479, 5616, Rn. 131 (Forum 187); *ders.* Urt. v. 10.01.2006 – C-222/04, Slg. 2006 I-289, 365, Rn. 140 (Cassa di Risparmio di Firenze); *ders.*, Urt. v. 07.03.2018 – C-127/16 P, BeckRS 2018, 2463, Rn. 104; *Müller/Richter/Ziekow*, Handbuch ZuwendungsR, E I Rn. 1, 4; *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger, S. 366 Rn. 11; *Ehlers*, DVBl 2014, 1 (3); *Bunzenberg*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 21 Rn. 36.

45 *Nebel*, in: Piduch, 48. EL Febr. 2014, BHO, § 23 Rn. 1.

46 *BMF*, Das System der öffentlichen Haushalte, S. 70.

47 *Dittrich*, BHO, 58. AL Jan. 2020, § 23 Rn. 3.17.

## 1. Teil: Zuwendungen und Zuwendungsverfahren

chen Bereich, also an Private sowie an öffentliche Unternehmen und Einrichtungen.<sup>48</sup>

### 4. Der öffentliche Auftrag

Ein Träger öffentlicher Verwaltung nimmt am Markt teil, um sachliche Mittel und Leistungen zu beschaffen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt. Die Gesamtheit der Normen, die er bei einer solchen Beschaffung zu beachten hat, wird als Vergaberecht bezeichnet.<sup>49</sup> Bei diesen öffentlichen Aufträgen handelt es sich um zivilrechtliche Verträge, in deren Rahmen die öffentliche Hand – im Gegensatz zur Zuwendung – einen entgeltlichen Austausch von Leistung und Gegenleistung vornimmt.<sup>50</sup>

## III. Arten von Zuwendungen

Die VwV Nr. 2 zu § 23 BHO unterscheidet die sog. Projektförderung von der sog. institutionellen Förderung.<sup>51</sup>

### 1. Projektförderungen

Gegenstand einer Projektförderung ist ein einzeln abgegrenztes Vorhaben, vgl. VwV Nr. 2.1 zu § 23 BHO. Das Projekt sowie die Förderung sind thematisch und zeitlich begrenzt.<sup>52</sup> Da die Mittel bei der Projektförderung für ein bestimmtes Vorhaben eingesetzt werden, ist im Voraus festzulegen, für welche konkreten Maßnahmen und in welchem Umfang die Mittel jeweils verwendet werden.<sup>53</sup> Dies ermöglicht eine spätere Erfolgskontrolle (VwV

48 *Hugo/Sandfort*, in: Heuer/Scheller, Komm, Aug. 2015, § 23 BHO Rn. 7; *Dittrich*, BHO, 58. AL Jan. 2020, § 23 Rn. 3.17; *Nebel*, in: Piduch, 45. EL Jan. 2011, BHO, § 23 Rn. 1; *BMF*, Das System der öffentlichen Haushalte, S. 70. Siehe z. Bsp. auch die Unterscheidung von Zuweisungen und Zuschüssen in VwV Nr. 1.2 zu § 23 LHO BW.

49 *BVerfG*, B. v. 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 (136).

50 *Lipinsky/Plauth*, VergabeR 2019, 1 (4); vgl. auch *Portz*, Stellungnahme des DStGB v. 22.03.2018. Die Abgrenzung von öffentlichen Aufträgen zu Zuwendungen ist in der Praxis nicht selten problematisch. Deshalb enthält z. Bsp. die Anlage der VwV zur LHO BW Kriterien zur Abgrenzung der Zuwendungen von den Entgelten aufgrund von Verträgen (VwV Nr. 1.3 zu § 23 LHO BW). Siehe hierzu auch *Präsident des BRH*, Prüfung der Vergabe von Zuwendungen, S. 22; *Binder*, ZuwendungsvergabeR, S. 35 ff.; *BMF*, Das System der öffentlichen Haushalte, S. 71.

51 Detailliert zur Abgrenzung der Projektförderung zur institutionellen Förderung *Dittrich*, BHO, 56. AL Jan. 2019, § 23 Rn. 7.1.; *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht – Zuwendungspraxis, 146 Akt. Aug. 2019, C III Rn. 22 ff.; *Müller/Richter/Ziekow*, Handbuch ZuwendungsR, A III Rn. 238 ff.

52 *Rossi*, in: Gröpl, BHO/LHO, § 23 Rn. 24, § 44 Rn. 31; *Nebel*, in: Piduch, 42. EL Juni 2007, BHO, § 23 Rn. 5; *Präsident des BRH*, Prüfung der Vergabe von Zuwendungen, S. 23; *BMF*, Das System der öffentlichen Haushalte, S. 73.

53 *Dittrich*, BHO, 59. AL Juli 2020, § 23 Rn. 7.1 (Nr. 3).