BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 234/10

Verkündet am:
17. November 2011
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 133 B, 157 C; Verwaltungsrecht/Allgemeine Grundsätze

Zum Recht auf Rückforderung eines auf privatrechtlicher Grundlage gewährten Investitionszuschusses wegen Verstoßes gegen Vergabevorschriften bei der Verwirklichung des geförderten Projekts.

BGH, Urteil vom 17. November 2011 - III ZR 234/10 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 2011 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dörr, Wöstmann, Seiters und Tombrink

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Oktober 2010 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückzahlung der für die Einrichtung einer Software-Factory und des e-port-d. gewährten Investitionszuschüsse in Anspruch.

2 Die Klägerin, die frühere Landesbank N. -W. , ist aus einer Abspaltung (unter anderem) des Geschäftsbereichs Investitionsbank N. -W. aus dem Vermögen der W. L. Girozentrale entstanden. Sie ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Die Investitionsbank

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

hat im Rahmen der Zuschussgewährung nach dem regionalen Wirtschaftsförderungsprogramm (RWP) auf der Grundlage eines Rahmenvertrags mit dem Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand, Technologie und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen die Aufgabe, RWP-Mittel zuzusagen und entsprechend den Weisungen des Ministeriums auszuzahlen. Die Beklagte, hier das Sondervermögen "Verpachtung Technologiezentrum D. ", empfing Investitionszuschüsse für zwei ihrer Vorhaben.

I.

3 Die Beklagte beantragte am 28. Februar 2002 bei dem Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand, Technologie und Verkehr einen Investitionszuschuss aus Mitteln der Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur" zum Umbau des ehemaligen Betriebsgeländes des M. - P. -I. zur Software-Factory. In dem vorformulierten Antrag bestätigte die Beklagte, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge für die beantragten Investitionen unter Einhaltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und der Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen - (VOL/A) sowie des Gemeinschaftsrechts und vor allem der gemeinschaftlichen Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge und der Art. 30, 52 und 59 des EWG-Vertrags erfolge. Der Baubeginn war in dem Antrag für den 1. Januar 2002 und das Ende des Bauvorhabens mit dem 31. Dezember 2003 angegeben. Unter dem 3. November 2003 bewilligte die Klägerin Zuschüsse in Höhe von 859.608,54 € und 797.468,15 €. Das Bewilligungsschreiben enthielt unter Nummer 4 der "Auflagen/Hinweise" folgende Klausel:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

"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 D 1 - 044 - 3/8 - sind zu beachten."

4 Dem Schreiben waren außerdem Allgemeine Bedingungen für Investitionszuschüsse bei Infrastrukturmaßnahmen aus dem regionalen Wirtschaftsförderungsprogramm des Landes Nordrhein-Westfalen beigefügt. In diesen Allgemeinen Bedingungen war unter Nummer 9.2. festgelegt, dass die Investitionsbank NRW aus wichtigem Grund ganz oder teilweise die sofortige Rückzahlung des Zuschusses fordern könne, insbesondere wenn der Zuschussempfänger die in der Zusage festgelegten Bedingungen und Auflagen nicht erfülle. Nach Nummer 11 dieser Bedingungen unterlag das Rechtsverhältnis zwischen der Investitionsbank NRW und dem Zuschussempfänger dem privaten Recht.

5 In dem in Nummer 4 der "Auflagen/Hinweise" in Bezug genommenen Erlass des Finanzministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 16. Dezember 1997 betreffend die "Rückforderung von Zuwendungen wegen Nichtbeachtung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und der Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen - (VOL/A)" war ausgeführt, dass die Zuschussempfänger die VOB und die VOL zu beachten hatten. Verstoße der Zuwendungsempfänger gegen diese Grundsätze, wenn z. B. bei der Auftragsvergabe die sich aus der VOB/VOL ergebenden besonderen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen nicht beachtet würden, könne die Bewilligungsbehörde den Zuwendungsbescheid ganz oder teilweise mit Wirkung auch für die Vergangenheit widerrufen und Zuwendungen zurückfordern (§ 49 Abs. 3, § 49a VwVfG NRW). Liege ein schwerer Verstoß gegen die VOB/VOL vor, sei grundsätzlich ein Widerruf des Zuwendungsbescheids sowie eine Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung angezeigt. Dabei sei davon auszugehen, dass

im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung das öffentliche Interesse an einer Rückforderung überwiege. Im Interesse eines möglichst einheitlichen Verwaltungsvollzugs und zur gebotenen Gleichbehandlung der Zuwendungsempfänger seien bei schweren Verstößen gegen die VOB/VOL im Regelfall förderrechtliche Konsequenzen dergestalt zu ziehen, dass die Kosten für die jeweilige Auftragseinheit, bei der der Verstoß ermittelt worden sei, von der Förderung ausgeschlossen werden. Würde die Anwendung dieses Grundsatzes zu einem völligen oder sehr weitgehenden Förderungsausschluss für die Gesamtmaßnahme und damit zu einer erheblichen Härte für den/die Zuwendungsempfänger führen, könne der Kürzungsbetrag auf 20 bis 25 % der Gesamtzuwendung zuzüglich des Zuwendungsanteils der durch den Verstoß bedingten Verteuerung beschränkt werden. Als schwere Verstöße gegen die VOB/VOL kämen insbesondere solche gegen die Vergabeart ohne die im Regelungswerk zugelassenen Sachgründe in Betracht.

6 Die Zuschüsse wurden aufgrund eines Mittelabrufs der Beklagten am 16. Dezember 2003 und am 27. Oktober 2004 in voller Höhe ausgezahlt. Dem Mittelabruf vom 5. Dezember 2003 war eine Prüfungsdokumentation eines Wirtschaftsprüfers beigefügt, in der darauf hingewiesen wurde, dass grundsätzlich beschränkte Ausschreibungen nach VOB/A § 3.1. Abs. 2 durchgeführt worden seien. Die Durchführung beschränkter Ausschreibungen begründe sich nach der VOB/A § 3.3. Abs. 1c. Hintergrund sei die Dringlichkeit der Maßnahme. Wie dem Land Nordrhein-Westfalen bekannt gewesen sei, hätten die IT-Center dringend geeignete Räume gebraucht.

7 2006 überprüfte die Bezirksregierung A. die Verwendung der Mittel. In dem Prüfbericht vom 2. Oktober 2006 verwiesen die Prüfer unter Ziffer 21 darauf, dass nach der VOB/A die zu dem Projekt gehörigen Vergaben im "offe-

nen Verfahren" mit Veröffentlichung im Bundesanzeiger, Ibau, Tageszeitung usw. hätten ausgeschrieben werden müssen. Dringlichkeit im Sinne der VOB habe nicht vorgelegen. Es liege mit der Wahl der falschen Vergabeart ein Vergabeverstoß vor. Die Bezirksregierung ermittelte für die Verstöße gegen die Vergabegrundsätze ein Auftragsvolumen in Höhe von 1.540.604 €. Zudem stellten die Prüfer eine Überzahlung in Höhe von 14.847,56 € fest. Unter dem 19. Dezember 2007 forderte die Klägerin neben der überzahlten Summe den gesamten Zuschussbetrag in Höhe von 1.232.483, 51 € von der Beklagten zurück.

II.

8 Mit Antrag vom 15. April 2003 beantragte die Beklagte Investitionszuschüsse für das Projekt e-port-d. . Mit Schreiben vom 19. November 2003 sagte die Klägerin der Beklagten einen zweckgebundenen Investitionszuschuss in Höhe von 1.661.896 € zu. Eine weitere Zusage erfolgte unter dem 20. November 2003 über 997.137 €. Der Antrag der Beklagten und die Schreiben der Klägerin enthielten die gleichen Zusagen, Auflagen und Hinweise wie beim Projekt Sofware-Factory. Dem Mittelabruf durch die Beklagte war ebenfalls eine Prüfungsdokumentation beigefügt. Auch hierin war darauf hingewiesen worden, dass grundsätzlich beschränkte Ausschreibungen durchgeführt worden seien. Hintergrund sei die Dringlichkeit der Maßnahme gewesen, da der Verkäufer der Immobilie nicht frist-/vertragsgerecht ausgezogen sei und noch erhebliche nicht vorhersehbare Brandschutzmaßnahmen durchzuführen gewesen seien. Die Beklagte legte die Verwendungsnachweise vor und auch in diesem Fall kam die Bezirksregierung A. in dem Prüfbericht vom 2. Oktober 2006 zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für eine beschränkte Verga-

be nicht vorgelegen hätten. Die Verstöße betrafen nach den Ausführungen der Prüfer ein Gesamtvolumen von 615.096,22 €. Auch hier forderte die Klägerin mit Schreiben vom 19. Dezember 2007 und 17. Juni 2008 den Zuschussbetrag in Höhe von 492.076,98 € zurück.

III.

9 Das Landgericht hat die Beklagte in Höhe von 14.847,56 € zur Rückzahlung wegen einer anteiligen Kürzung der Investitionszuschüsse verurteilt, weil die veranschlagten Kosten nicht erreicht wurden. Im Übrigen - und für das Revisionsverfahren allein von Bedeutung - hat es die Klage abgewiesen.

10 Mit der Berufung hat die Klägerin ihren Klageantrag und die Beklagte mit ihrer Anschlussberufung den Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Berufung und die Anschlussberufung hatten keinen Erfolg.

11 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag in Höhe von 1.725.560,49 € nebst Zinsen weiter.

Entscheidungsgründe

12 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht.

I.

13 Das Berufungsgericht hat einen Anspruch auf Rückzahlung der Investitionszuschüsse wegen Verstoßes gegen die Vergabevorschriften verneint. Die Bestimmung in den Zusagen, dass die Vorgaben der Europäischen Kommission zur öffentlichen Auftragsvergabe sowie die nationalen Regelungen der VOB, VOL und VOF in Verbindung mit dem Erlass des Finanzministers des Landes NRW zu beachten seien, sei als Auflage zu den jeweiligen Bewilligungen der Fördermittel zu bewerten. Es handele sich nicht um rechtsgeschäftliche Vereinbarungen von Vertragspartnern. Gegen diese Auflage habe die Beklagte nicht verstoßen. Eine Auflage entfalte erst Außenwirkung mit der Bekanntgabe des Bescheids. Solle die Auflage rückwirkende Kraft haben, müsse dies in dem Bescheid ausdrücklich geregelt sein. Hieran fehle es. Die Formulierung der Auflage, wonach die Regelung der VOB zu beachten sei, verdeutliche, dass die Auflage sich auf ein zukünftiges Tun richte. Es sei bei der Vergabe öffentlicher Förderungsmittel bei Bauvorhaben regelmäßig so, dass die Bewilligungsbescheide zu einem Zeitpunkt ergingen, zu dem das zu fördernde Bauvorhaben weitgehend abgeschlossen sei. Derjenige Zuwendungsempfänger, dem Fördermittel während der Ausführung des Bauvorhabens zugesagt würden, dürfe regelmäßig darauf vertrauen, dass die bisher durchgeführte Projektrealisierung förderunschädlich sei. Dies Vertrauen bestehe insbesondere insoweit, als bereits durchgeführte Maßnahmen nicht mehr änderbar seien. Aus der Zusage der Beklagten im Förderantrag folge keine andere Betrachtungsweise. Mit ihrer Bestätigung in ihrem Antrag, wonach die Vergabe öffentlicher Aufträge unter Einhaltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen erfolge, habe die Beklagte keine Verpflichtung zur Rückerstattung der Zuschüsse für den Fall eines Verstoßes gegen die Ausschreibungsregeln der VOB übernommen. Die Beklagte habe im Zeitpunkt ihres Antrags nicht gewusst, dass der Zuschussgeber den

Bewilligungsbescheid mit einer Auflage versehen werde, die an einen Verstoß gegen die VOB/A die Rückzahlungsvoraussetzung knüpfe. Der Zuschussgeber sei dadurch nicht rechtlos gestellt. Er habe die Möglichkeit, in den Antragsformularen beziehungsweise bei Genehmigung des Beginns der Projektrealisierung vor Erlass eines Bewilligungsbescheids dem Zuwendungsempfänger mitzuteilen, dass die noch zu bewilligenden Fördermittel davon abhängig seien, dass für das gesamte Verfahren, einschließlich begonnener Realisierungen, die VOB zu beachten sei und die beantragte Bewilligung in Verbindung mit einer entsprechenden Auflage unter Anordnung einer Zahlungsverpflichtung ergehen werde.

14 Im Übrigen stehe dem Rückforderungsanspruch entgegen, dass die Klägerin ihr Ermessen nicht ausgeübt habe. Dies könne sie auch nicht im gerichtlichen Verfahren nachholen. Es sei auch ein schwerwiegender Verstoß der Beklagten gegen die Auflagen der Klägerin zu verneinen. Die Auflagen unter Nummer 4 der Bewilligungsbescheide nähmen hinsichtlich eines Verstoßes gegen die VOB jeweils Bezug auf den Erlass des Finanzministers NRW vom 16. Dezember 1997. Hier habe die Beklagte gute Gründe dargelegt, die die beschränkte Ausschreibung der Bauleistung rechtfertigten. Es möge dahinstehen, ob diese Umstände in ihrer Gesamtheit objektiv die Annahme rechtfertigten, dass die öffentliche Ausschreibung unzweckmäßig gewesen sei. Jedenfalls seien die Erwägungen, die die Beklagte zur Durchführung der beschränkten Ausschreibung veranlassten, nicht so fern liegend, dass im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung eine Rückforderung der Zuschüsse gerechtfertigt sei.

II.

15 Die Revision der Klägerin ist begründet. Das Berufungsurteil hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin nicht verneint werden.

16 1. Bei beiden geförderten Vorhaben kann sich ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin aus einem Verstoß der Beklagten gegen Nummer 4 der der Zusage zugrunde gelegten Bedingungen in Verbindung mit den Allgemeinen Bedingungen für Investitionszuschüsse bei Infrastrukturmaßnahmen ergeben.

17 a) Die Beklagte hat nach dem Vortrag der Klägerin gegen die Vergabevorschriften verstoßen, weil die Voraussetzungen für eine beschränkte Auftragsvergabe nicht vorlagen. Dies ist revisionsrechtlich zugrunde zu legen, da das Berufungsgericht keine abweichenden Feststellungen getroffen hat.

18 b) Rechtsfehlerhaft ist die Auffassung des Berufungsgerichts, bei der Verpflichtung der Beklagten, die Vorgaben des Vergaberechts zu beachten, handele es sich um eine Auflage im Sinne von § 36 VwVfG NW mit der Folge, dass diese Regelung mangels ausdrücklicher Anordnung keine rückwirkende Kraft habe und deshalb nur nach Erlass des "Bewilligungsbescheids" begangene Verstöße erfassen könne. Die zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossene Vereinbarung über die Zuwendung eines zweckgebundenen Investitionszuschusses ist ihrer Natur nach ein privatrechtlicher Vertrag. Diese Einordnung als privatrechtlicher Vertrag ist auch in Nummer 11 der Allgemeinen Bedingungen für Investitionszuschüsse bei Infrastrukturmaßnahmen niedergelegt. Die Klägerin hat auch nicht in Abweichung davon für die Bewilligung der

Investitionszuschüsse die Form eines Verwaltungsakts gewählt. An der Einordnung des Rechtsverhältnisses der Parteien als zivilrechtlich ändert auch der Umstand nichts, dass es sich bei der Klägerin um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handelt (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen vom 2. Juli 2002, GV. NRW. S. 284). Die Klägerin hat in der Hingabe der Zuwendung nicht von einem Sonderrecht Gebrauch gemacht, das ihr als Träger hoheitlicher Befugnisse zugestanden hätte. Vielmehr hat sie die Zuschussgewährung auf der Grundlage der Regeln des allgemeinen bürgerlichen Rechts durchgeführt (vgl. BVerwG NJW 2006, 2568).

19 Daraus folgt, dass die von der Klägerin verwendeten Nebenbestimmungen sich als Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen, die nach zivilrechtlichen Maßstäben auszulegen sind. An die Auslegung der ausgesprochenen Zusagen der Klägerin und der dort aufgeführten Nebenbestimmung durch das Berufungsgericht ist der Senat nicht gebunden, da die Bedingungen der Klägerin im gesamten Land Nordrhein-Westfalen Verwendung finden (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 2005 - X ZR 60/04, BGHZ 163, 321, 323).

20 c) Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden (BGH, Versäumnisurteil vom 21. Oktober 2009 - VIII ZR 244/08, NJW 2010, 293 Rn. 11). Zwar mag nach diesen Grundsätzen die Auslegung der Nummer 4 der Zusage aufgrund ihrer Formulierung im Präsens noch dahingehend gerechtfertigt sein, dass lediglich in der Zukunft liegende Verstöße gegen die Vergabevorschriften erfasst sein sollten. Jedenfalls aber unter Berücksichtigung der im Antrag durch die

Beklagte selbst abgegebenen Erklärung, dass die Vergabevorschriften eingehalten würden, hält die rechtliche Bewertung der allgemeinen Bestimmung in der Zusage der Klägerin durch das Berufungsgericht einer Prüfung nicht stand. Es mag zwar mit der Bestätigung dieser Ziffer noch nicht die Übernahme einer Verpflichtung zur Rückerstattung der Zuschüsse für den Fall eines Verstoßes gegen die Ausschreibungsregeln der VOB übernommen worden sein. Mit dieser Erklärung wusste die Beklagte jedoch, dass die Einhaltung der Vergabevorschriften für die Zusage der Investitionszuschüsse von Bedeutung sein würde. Da die Zusage in der Nummer 4 der Nebenbestimmungen die Voraussetzung der Einhaltung der Vergabevorschriften, wie in dem Zuschussantrag ausdrücklich erklärt, wieder aufgreift, ist auch für den durchschnittlichen Empfänger dieser Investitionszuschüsse klar und deutlich zu erkennen, dass eine Förderung nur erfolgt, wenn die Vergabevorschriften eingehalten werden - beziehungsweise, wenn die Förderzusage den Auftragsvergaben nachfolgt - eingehalten wurden. Ein Vertrauen darauf, ohne Bindung an die Vergabevoraussetzung vor der Zusage der Investitionsmittel unter Missachtung der zu erwartenden Bedingungen hierfür eine Projektverwirklichung bis zum Abschluss vorantreiben zu dürfen, ohne dabei den Verlust des Subventionsanspruchs befürchten zu müssen, konnte die Beklagte nicht haben. Die abgegebene Erklärung im Antrag, die Vergabevorschriften einzuhalten, würde bei dieser Auslegung der Bedingungen der Zusage leerlaufen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt bei der Vertragsauslegung BGH, Urteil vom 7. März 2005 - II ZR 194/03, NJW 2005, 2618, 2819). Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe zum Zeitpunkt ihres Antrags nicht gewusst, dass die Klägerin die Bewilligung des Zuschusses mit einer Auflage versehen werde, die an den Verstoß gegen die VOB/Teil A die Rückzahlungsverpflichtung der Subvention knüpfe, ist angesichts der Erklärung im eigenen Antrag nicht tragfähig.

21 d) Die Rückforderung der Zuschüsse ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Zuschüsse in Kenntnis des Umstands ausgezahlt wurden, dass beschränkte Vergabeverfahren gewählt worden waren. In dem Mittelabruf der Beklagten hat diese vielmehr ausdrücklich bestätigt, die Bedingungen aus der Zusage erfüllt zu haben. Sie hat darauf hingewiesen, dass die Voraussetzungen nach der VOB für die Durchführung beschränkter Vergabeverfahren vorgelegen hätten. Beide Parteien hatten damit nicht den Willen, die Voraussetzungen für die Zuschussgewährung mit der Einhaltung der Vergabevorschriften abzuändern. Die Beklagte hat durch die Begründung ihres Mittelabrufs vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass sie die Gültigkeit der Bedingung der Einhaltung der Vergabevorschriften grundsätzlich anerkennt. Die Auszahlung der Zuschüsse auf diese Erklärung hin lässt nicht den Schluss zu, die Klägerin habe von dieser Bedingung Abstand nehmen wollen.

22 2. Einem Rückforderungsanspruch lässt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht entgegenhalten, die Klägerin habe bei dem Entschluss, die Zuschüsse zurückzuverlangen, das ihr obliegende Ermessen nicht ausgeübt; dieses Versäumnis könne sie im gerichtlichen Verfahren nicht mehr nachholen.

23 a) Richtig ist insoweit zunächst der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass eine Ermessensentscheidung durch die Klägerin erforderlich ist. Bei dem Rechtsverhältnis der Parteien handelt es sich um ein solches, auf das die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts anwendbar sind. Die Klägerin erfüllt öffentliche Aufgaben in privatrechtlicher Handlungsform (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2003 - XI ZR 195/02, BGHZ 155, 166, 173 mwN). Im Anwendungsbereich des Verwaltungsprivatrechts werden die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert

(BGH aaO S. 175). Es besteht daher nicht nur eine Bindung an die Grundrechte, insbesondere den Gleichheitssatz und das daraus folgende Willkürverbot, sondern auch an das Übermaßverbot. Ob aus dem im Verwaltungsprivatrecht anzuwendenden Übermaßverbot abzuleiten ist, es müsse eine Ermessensentscheidung getroffen werden, ob überhaupt ein Anspruch geltend gemacht werden soll (dafür BGH, Urteil vom 29. Oktober 2010 - V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rn. 16 mwN; a.A. BGH, Urteile vom 13. Juli 2004 - XI ZR 12/03, NJW-RR 2005, 276, 278 und vom 17. Juni 2003 - XI ZR 195/02 aaO S. 175 ff), kann hier dahinstehen. Im vorliegenden Fall ergibt sich die Notwendigkeit einer Ermessensentscheidung bereits aus der Verwaltungsanweisung vom 16. Dezember 1997 betreffend die Rückforderung von Zuwendungen wegen Nichtbeachtung der VOB/A und der VOL/A. Danach ist eine Ermessensentscheidung über die Rückforderung der Zuwendung vorgesehen. Da dieser Erlass mit in die Zusage einbezogen worden ist, ist er auch für die auf privatrechtlicher Grundlage tätige Klägerin bindend. Diese war deshalb verpflichtet, vor Geltendmachung der Rückforderungsansprüche eine Ermessensentscheidung zu treffen.

24 b) Rechtsfehlerhaft jedoch hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, eine Ermessensausübung durch die Klägerin verneint. Hierbei hat es maßgeblich darauf abgestellt, der "Rückforderungsbescheid" lasse schon nicht erkennen, dass sich die Klägerin ihres Ermessens überhaupt bewusst gewesen sei. Dagegen spricht schon die Formulierung, dass diese die Rückforderung als "angezeigt" angesehen hat. Zudem hat die Klägerin auf den Erlass des Finanzministers des Landes NRW bezüglich der Rückforderung von Zuschüssen wegen Verstoßes gegen Vergabevorschriften Bezug genommen. Insoweit handelt es sich um eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift, die als generelle Ermessensentscheidung anzusehen ist (vgl. Bonk/Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 1 Rn. 215). Die Klägerin hat sich hier ins-

besondere darauf bezogen, dass ein schwerer Verstoß gegen die Vergabevorschriften im Sinne der Verwaltungsvorschrift vorliege und daher die Rückforderung gerechtfertigt sei.

25 c) Im Übrigen vermag der erkennende Senat auch nicht die Auffassung des Berufungsgerichts zu teilen, auch im Bereich des Verwaltungsprivatrechts gelte der Grundsatz, dass dem Erfordernis einer Ermessensausübung - wie im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage - nicht erstmals im Prozess genügt werden könne (vgl. BVerwG, NVwZ 2007, 470, 471 mwN). Gegenstand des zivilprozessualen Rechtsstreits ist nämlich das Bestehen des Anspruchs und nicht etwa die Überprüfung eines zuvor in einem Verwaltungsverfahren ergangenen Verwaltungsakts beziehungsweise Widerspruchsbescheids.

26 3. Auch die weitere Hilfserwägung des Berufungsgerichts, ein - unterstellter - Verstoß gegen die Vergabevorschriften sei jedenfalls kein schwerwiegender, so dass eine Rückforderung nicht gerechtfertigt sei, trägt die Abweisung der Klage nicht.

27 Zu Recht rügt die Revision, dass sich das Berufungsgericht bei seiner Würdigung, die Beklagte habe gute Gründe dargelegt, die eine beschränkte Ausschreibung gerechtfertigt hätten, nicht mit dem Vorbringen der Klägerin auseinandergesetzt hat, in jedem Einzelfall wäre genügend Zeit für eine öffentliche Ausschreibung verblieben.

28 Darüber hinaus ist entgegen der Meinung des Berufungsgerichts ein schwerer Verstoß gegen die "Auflage" nicht Voraussetzung dafür, dass gewährte Zuschüsse überhaupt zurückverlangt werden können. Nach der Verwal-

tungsvorschrift kommt grundsätzlich bei jedwedem Verstoß gegen Vergabegrundsätze eine (teilweise) Rücknahme des Zuwendungsbescheids beziehungsweise - wie hier - eine (teilweise) Rückforderung der Zuschüsse in Betracht. Die Besonderheit eines schweren Verstoßes besteht lediglich darin, dass hier eine Rückforderung die Regel ist. Dessen ungeachtet besteht auch bei minderschweren Verstößen die Möglichkeit, die Zuschussbeträge (teilweise) zurückzuverlangen.

29 Dafür, dass bei fehlerfreier Ermessensausübung nur der Verzicht auf die Rückforderung in Betracht gekommen wäre (Ermessensreduzierung auf Null), besteht nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand kein hinreichender Anhalt. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Beklagte sich auf keinen Vertrauensschutz berufen kann. Dies gilt zum einen im Hinblick darauf, dass sie in ihren Anträgen auf Bewilligung der Zuschüsse die Einhaltung der Vergabevorschriften zugesichert hat und deshalb nicht darauf vertrauen konnte, dass deren Verletzung für die Zuschussgewährung unbeachtlich sein würde. Zum anderen hat die Beklagte auch nicht im Hinblick auf die Auszahlung der Zuschüsse konkret im Vertrauen hierauf vermögensrechtliche Dispositionen getroffen. Wie das Berufungsgericht selbst festgestellt hat, waren zum Zeitpunkt der Bewilligung und der Auszahlung der Zuschüsse die Objekte nahezu fertig gestellt.

30 3. Das Berufungsurteil war deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Sollte sich bestätigen, dass der Beklagten kein schwerer Verstoß gegen die Vergabevorschriften anzulasten ist, wird zu prüfen sein, ob gleichwohl eine (gegebenenfalls teilweise) Rückforderung gerechtfertigt ist. Sollte insoweit die von der Klägerin bisher angestellte Interessenabwägung un-

zureichend sein, ist es ihr nicht verwehrt, weitere Ermessenserwägungen "nachzuschieben".

Schlick Dörr Wöstmann

Seiters Tombrink

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 09.06.2009 - 7 O 440/08 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 05.10.2010 - I-23 U 173/09 -