

Regionalförderung, Public-Private-Partnership und die Nichterfüllung von Förderkonditionen

Von Universitätsprofessor Dr. Christian Koenig, LL.M., und Michael Scholz, Bonn *

Der folgende Beitrag befaßt sich mit dem komplizierten Geflecht aus Vertragsrecht der Public-Private-Partnership, Verwaltungs- und EG-Beihilfenrecht im Rahmen der EU-Regionalförderung. Einleitend werden die Förderebenen und deren Verflechtung dargestellt (unten I.). Im Anschluß sollen die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung der Förderbedingungen gesondert für jede Förderebene untersucht werden (unten II. bis IV.).

I. Überblick über die einzelnen Förderebenen

Angesichts der angespannten Haushaltslage gehen die Gemeinden immer mehr dazu über, kommunale Investitionen durch Privatunternehmen durchführen zu lassen und mit den Investoren einen sogenannten PPP-Vertrag (Vertrag über eine Public-Private-Partnership) zu schließen. In diesem Vertrag verpflichtet sich der Private zur Durchführung einer bestimmten Investition, beispielsweise zur Errichtung eines Freizeitparks. Im Gegenzug verpflichtet sich die Gemeinde, öffentliche Fördermittel beim Land zu beantragen und diese (im Fall einer Zusage durch das Land) durch einen hoheitlichen Bewilligungsbescheid an den Investor „weiterzuleiten“. Die Fördermittel werden durch das Land bereitgestellt und durch die Investitionsbank des Landes der Gemeinde auf deren Antrag und bei Vorliegen der Fördervoraussetzungen zweckgebunden zugewendet. Die Bedingungen für eine Förderung werden in dem von der Kommission genehmigten Regionalen Wirtschaftsförderprogramm des Landes (im folgenden RWP) festgelegt. Regelmäßig werden in den Zuwendungsbescheid die Allgemeinen Bedingungen für Investitionszuschüsse bei Infrastrukturmaßnahmen aus dem RWP aufgenommen. Bei der Regionalförderung des Landes sind also vier verschiedene Förderebenen scharf voneinander zu unterscheiden: Auf der ersten Ebene genehmigt die Kommission das RWP (normative Förderebene); auf der zweiten Ebene wendet das Land der Gemeinde öffentliche Mittel aus dem notifizierten und von der Kommission genehmigten RWP zu (Zuwendungsebene). Die Zuwendung darf nur für die im RWP vorgesehenen Förderzwecke und nur unter den sonstigen Fördervoraussetzungen (solche werden zum Beispiel in der Haushaltsordnung des Landes festgeschrieben) vergeben werden. Schließlich bewilligt die Gemeinde durch einen hoheitlichen Bewilligungsbescheid die Auszahlung öffentlicher Mittel an den Investor (Bewilligungsebene), wozu sie sich auf der vierten Ebene vertraglich dem Investor gegenüber verpflichtet hat (PPP-Vertragsebene). Diese Ebenen sind dadurch miteinander verbunden, daß sowohl der Bewilligungsbescheid als auch der PPP-Vertrag die Konditionen des Zuwendungsbescheids sowie die Allgemeinen Bedingungen

für Investitionszuschüsse bei Infrastrukturmaßnahmen aus dem RWP inkorporieren. Die Komplexität wird schließlich durch die Regelung (regelmäßig in Form einer Auflage) im Bewilligungsbescheid der Gemeinde gesteigert, wonach die Bestimmungen des PPP-Vertrags Gegenstand des Bewilligungsbescheids sind.

Bei der Bestimmung der Rechtsfolgen, die den Investor bei Nichteinhaltung der Förderkonditionen treffen, muß zunächst der Inhalt der jeweiligen Förderbedingungen herausgearbeitet werden. Auf jeder der dargestellten Förderebenen werden gesonderte Förderbedingungen aufgestellt, wobei bei einer Verletzung jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen drohen.

II. Die normative Förderebene

Auf der normativen Förderebene legt das RWP die förderfähigen Vorhaben abstrakt-generell fest. So können etwa Geländeerschließungen für den Tourismus sowie öffentliche Einrichtungen des Tourismus finanziell unterstützt werden. Das RWP setzt die Zielprogramme der europäischen Strukturfonds um. Um innerhalb des Gemeinschaftsgebiets vergleichbare Lebensverhältnisse zu schaffen, wurden vier verschiedene Strukturfonds eingerichtet, die entsprechend ihrer Aufgabenbeschreibung Programme und Maßnahmen dreier Zielgruppen finanzieren: Ziel 1 dient der Förderung der Entwicklung und Anpassung von Regionen, deren durchschnittliches Pro-Kopf-BIP weniger als 75 Prozent des EU-Durchschnitts beträgt. Ziel 2 fördert die wirtschaftliche und soziale Umstellung von Regionen außerhalb des Ziels 1. Ziel 3 umfaßt alle Maßnahmen zur Entwicklung der Humanressourcen außerhalb der unter Ziel 1 fallenden Gebiete. Rechtsgrundlage für die Förderung sind die Verordnungen des Rates und die Durchführungsverordnungen der Kommission¹.

Die ebenfalls auf der normativen Förderebene anzusetzenden Allgemeinen Bedingungen für Investitionszuschüsse bei Infrastrukturmaßnahmen aus dem RWP treffen hingegen regelmäßig keine konkrete Zweckbindung der Fördermittel².

Grundsätzlich kann die Gemeinde ihren Bewilligungsbescheid nach § 49 Abs. 3 VwVfG, „auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise auch mit Wirkung für die Vergangenheit“ widerrufen, wenn es sich beim Bewilligungsbescheid um einen rechtmäßigen Ver-

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Juristischen Fakultät der Universität Bonn, der Zweitautor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZEI.

1 Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 des Rates vom 21. 6. 1999 mit allgemeinen Bestimmungen über die Strukturfonds; Verordnung (EG) Nr. 1685/2000 der Kommission vom 28. 7. 2000 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 des Rates hinsichtlich der Zuschussfähigkeit der Ausgaben für von den Strukturfonds kofinanzierte Operationen.

2 In Nordrhein-Westfalen bspw. bestimmen sie in Punkt 1.1 lediglich: „Die Zuschußmittel dürfen nur zur anteiligen Finanzierung des geförderten Infrastruktur-Investitionsvorhabens eingesetzt werden.“

waltungsakt handelt, der „eine einmalige oder laufende Geldleistung (...) gewährt oder hierfür Voraussetzung ist“ und wenn die Leistung nicht zweckentsprechend verwendet wird (Nr. 1) oder der Begünstigte eine Auflage des Verwaltungsakts nicht oder nicht fristgerecht erfüllt (Nr. 2). Handelt der Investor den im RWP aufgestellten Vorgaben zuwider, ist die Gemeinde zum Widerruf des Bewilligungsbescheids und anschließend zur Rückforderung nach § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG aufgrund des EG-Beihilfenrechts (vgl. Art. 88 Abs. 2 EG) sogar verpflichtet. Nach Art. 87 Abs. 1 EG „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Zwar sanktioniert die EG-Beihilfenkontrolle kein absolutes und unbedingtes Verbot, denn Art. 87 Abs. 2 und 3 EG sieht verschiedene Ausnahmetatbestände vor³. Jedoch werden diese Ausnahbestimmungen restriktiv, der Begriff der Beihilfe wiederum weit ausgelegt⁴. Er umfaßt jede Art von wirtschaftlichem Vorteil, für den keine Gegenleistung erbracht wird⁵. Bei der Zuwendung handelt es sich im Fall einer dem RWP zuwiderlaufenden Mittelverwendung um eine nicht notifizierte Einzelbeihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG, da allein das RWP und die darin statuierten Verwendungszwecke notifiziert und von der Kommission genehmigt wurden. Die Pflicht der Gemeinde, den Bewilligungsbescheid zu widerrufen, und die sich daran anschließende Rückforderungspflicht der gemeinschaftsrechtswidrig verwendeten Zuwendung sind die Restitutionsfolge aus der sich in der Wettbewerbsverfälschung entfaltenden Rechtswidrigkeit der Beihilfe⁶. Die Anordnung der Rückforderung durch die Kommission ist in Art. 14 Abs. 1 VerfVO⁷ zwingend vorgeschrieben; die Rückforderungsentscheidung ist grundsätzlich an den Staat als EG-Vertragspartei adressiert, verpflichtet jedoch mittelbar über Art. 10 EG auch die den Bewilligungsbescheid erlassende Gemeinde. Da eine Rückforderungsregel im EG-Vertrag fehlt und auch die Verfahrensverordnung keine das Rückforderungsverfahren betreffende Regelung enthält, erfolgt die Rückforderung nach dem einschlägigen nationalen Recht (vgl. Art. 14 Abs. 3 VerfVO). Es handelt sich um einen indirekten mittelbaren Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten⁸. Das mit Anwendungsvorrang ausgestattete Gemeinschaftsrecht wirkt jedoch auf die nationale Durchführung des Rückforderungsverfahrens ein⁹.

3 EuGH, Rs. 78/76, *Steinike und Weinlig/Deutschland*, Slg. 1977, 595 (609 f.); EuGH, Rs. C-301/87, *Kommission/Frankreich/CBSF*, Slg. 1990, I-307 (355).

4 Eine Einführung ins EG-Beihilfenrecht geben *Koenig/Kühling*, NJW 2000, S. 1065 ff.; vertiefend *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002.

5 EuGH, Rs. C-387/92, *Banco de Crédito Industrial/Ayuntamiento de Valencia*, Slg. 1994, I-877 (907 f.); EuGH, Rs. C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport/ONSS*, EuZW 1999, S. 506.

6 EuGH, Rs. C-142/87, *Tubemeuse*, Slg. 1990, I-959 (1020); *Koenig/Kühling/Ritter* (Anm. 4), S. 216.

7 Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. 3. 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 88 des EG-Vertrages (ABl. EG 1999, Nr. 83, S. 1, vom 27. 3. 1999).

8 Im einzelnen *Koenig/Kühling/Ritter* (Anm. 4), S. 221.

9 EuGH, Rs. C-24/95, *Alcan*, Slg. 1997, I-1591 (1616) Rn. 24; EuGH, Rs. 94/71, *Schlüter*, Slg. 1972, 307 (319) Rn. 11.

Erst recht trifft die Gemeinde eine Pflicht, den Bewilligungsbescheid nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zurückzunehmen, wenn bereits der Bescheid seinem Inhalt nach den Konditionen des RWP widerspricht¹⁰. In diesem Fall handelt es sich um einen wegen Verstoßes gegen Art. 87 Abs. 1 EG rechtswidrigen Verwaltungsakt. Die Berufung auf Vertrauensschutz, Verfristung und Ermessensausübung ist nach der Alcan-Rechtsprechung des EuGH¹¹ nur eingeschränkt beziehungsweise gar nicht möglich. Fraglich ist allein, ob die Gemeinde erst nach einer auf Art. 88 Abs. 2 UAbs. 1 EG gestützten Rückforderungsentscheidung der Kommission oder bereits vor einer solchen Entscheidung zur Rücknahme beziehungsweise zum Widerruf des Bewilligungsbescheids verpflichtet ist. In der Regel wird die Gemeinde von der Rechtmäßigkeit ihres Handelns überzeugt sein, so daß für sie kein Anlaß besteht, etwa aufgrund einer Beschwerde eines Konkurrenten den Bewilligungsbescheid zurückzunehmen. Bei offensichtlichen Verstößen gegen Art. 87 f. EG – zum Beispiel bei fehlender Notifizierung einer offensichtlichen Beihilfe – ist die Gemeinde jedoch nach der hier vertretenen Auffassung aus Art. 10 EG bereits vor einer Rückforderungsentscheidung der Kommission zur Rücknahme des Bewilligungsbescheids und zur anschließenden Rückforderung der Zuwendung verpflichtet.

III. Die Zuwendungsebene

Die konkrete Zweckbindung der öffentlichen Mittel legt der an die Gemeinde gerichtete Zuwendungsbescheid des Landes fest (den in der Regel die Investitionsbank des Landes erläßt). Werden die öffentlichen Gelder durch den Investor entgegen den Förderkonditionen des Zuwendungsbescheids verwendet, muß dieser die öffentlichen Gelder nicht aufgrund eines gegebenenfalls erfolgten Widerrufs des Zuwendungsbescheids nach § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG an das Land zurückerstatten. Die Zuwendungsebene betrifft nämlich allein das Verhältnis zwischen der Gemeinde und dem Land. Da der Zuwendungsbescheid nicht an den Investor gerichtet ist und ein Verwaltungsakt nach § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG Rechtswirkungen nur demjenigen gegenüber entfaltet, dem er bekanntgegeben wurde, können sich für den Investor weder aus dem Zuwendungsverhältnis noch aufgrund dessen Aufhebung Verpflichtungen ergeben. Die Bestimmungen des Zuwendungsbescheids werden jedoch regelmäßig als Bestandteil in den Bewilligungsbescheid aufgenommen, so daß die Gemeinde ihren Bewilligungsbescheid auch bei einer Verletzung der Vorgaben des Zuwendungsbescheids (die dann ebenfalls Teil des Bewilligungsbescheids sind) widerrufen kann. Das Land kann den Widerruf auch im Wege der Kommunalaufsicht erzwingen.

Verstößt der Zuwendungsbescheid gegen die im von der Kommission genehmigten RWP aufgestellten Förderkonditionen, ist dieser Bescheid wegen eines Verstoßes gegen die in Art. 88 Abs. 3 EG statuierte Notifizierungspflicht rechtswidrig und muß nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zurückgenommen werden. Als Bestandteil des Bewilligungsbescheids der Gemeinde trägt der Zuwendungs-

10 Siehe nur EuGH, Rs. C-24/95, *Alcan*, Slg. 1997, I-1591.
11 Ebd.

bescheid des Landes diesen rechtlichen Mangel weiter. Rechtliche Mängel in der Zuwendungsebene sind daher regelmäßig weiterfressende Fehler.

IV. Die Bewilligungs- und die PPP-Vertragsebene

Der an den Investor gerichtete Bewilligungsbescheid der Gemeinde muß sich im Rahmen der Zweckbindung des Zuwendungsbescheids des Landes halten. Ist dies nicht der Fall, etwa weil der Bewilligungsbescheid oder der PPP-Vertrag gegen die Förderkonditionen des RWP verstößt, ist auch hierbei die Gemeinde zur Rücknahme des rechtswidrigen Bewilligungsbescheids und zur anschließenden Rückforderung der ausgezahlten Mittel verpflichtet¹². Auch der PPP-Vertrag steht dieser Rückforderung als Rechtsgrund nicht entgegen, denn dieser ist wegen des Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht nach § 59 Abs. 1 VwVfG in Verbindung mit § 134 BGB nichtig. Zwar ist umstritten, ob das Vollzugsverbot des Art. 88 Abs. 3 EG ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellen kann, weil Adressat dieses Verbots ausschließlich die Mitgliedstaaten sind und nicht beide Partner des Rechtsgeschäfts¹³. Da der Verbotszweck des Art. 88 Abs. 3 EG aber auf die Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen zielt, berührt die Verbotsnorm die Interessen des Gemeinsamen Marktes und dritter Konkurrenten. Insofern erfordert der Zweck der Verbotsnorm ungeachtet der ausschließlichen Adressierung an die Mitgliedstaaten die Nichtigkeit des zum Erlaß des Beihilfenbescheids verpflichtenden PPP-Vertrags¹⁴.

Für den Fall, daß weder der Bewilligungsbescheid noch der PPP-Vertrag gegen die Bedingungen des RWP verstoßen, sind bei der Ermittlung der Rechtsfolgen einer Nichterfüllung der Förderkonditionen durch den Investor zwei verschiedene Konstellationen zu unterscheiden: Im ersten Fall bleibt der Zuwendungsempfänger die Erfüllung derjenigen Konditionen des Bewilligungsbescheids schuldig, die mit den Förderkonditionen des RWP, der Allgemeinen Bedingungen für Investitionszuschüsse bei Infrastrukturmaßnahmen aus dem RWP und des Zuwendungsbescheids der Investitionsbank des Landes identisch sind (unten 1.). Im zweiten Fall mißachtet der Investor Bedingungen des Bewilligungsbescheids oder des PPP-Vertrags, die ihm zusätzlich zu den eben genannten Förderbedingungen auferlegt wurden (unten 2.).

1. Rechtsfolgen bei der Nichterfüllung der öffentlichen Förderkonditionen

Werden die öffentlichen Gelder durch den Investor entgegen den Förderkonditionen verwendet, muß dieser die Zuwendungen nach § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG zurückerstatten. Die Gemeinde kann ihren Bewilligungsbe-

scheid nach § 49 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 VwVfG (je nachdem, ob die Bedingungen Teil des Bescheids oder eine Auflage sind) widerrufen, denn der Investor hat die Zuwendung nicht zweckentsprechend eingesetzt. Auch der PPP-Vertrag steht einem Widerruf des Bewilligungsbescheids und einer anschließenden Rückforderung der öffentlichen Mittel durch die Gemeinde nicht entgegen, wenn die Fördervoraussetzungen des Bewilligungsbescheids mit den Verpflichtungen des Investors aus dem PPP-Vertrag übereinstimmen. In diesem Fall verletzt der Investor zugleich sowohl seine vertraglichen Verpflichtungen als auch die der öffentlichen Förderbedingungen.

2. Rechtsfolgen bei der Nichterfüllung der zusätzlichen Förderbedingungen

Kommt der Investor den zusätzlichen Förderbedingungen des Bewilligungsbescheids nicht nach, ist der Bewilligungsbescheid nach § 49 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 VwVfG widerruflich, denn der Investor verwendet die ausgezahlte Zuwendung nicht entsprechend dem vom Bewilligungsbescheid beziehungsweise von der Auflage vorgegebenen Zweck. Dies hat zur Folge, daß die rechtliche Causa für die Zuwendung nach erfolgtem Widerruf wegfällt und die Gelder nach § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG zurückgefordert werden können.

Schwieriger stellt sich die Situation dar, wenn dem privaten Investor im PPP-Vertrag zusätzliche Verpflichtungen durch die Gemeinde (etwa die Anordnung, beim Bau des Freizeitparks bestimmte Baumaterialien zu verwenden) auferlegt werden, die in den öffentlichen Förderkonditionen nicht vorgesehen sind (also weder im Zuwendungs- noch im Bewilligungsbescheid¹⁵ noch in den Allgemeinen Förderbedingungen des RWP). Selbstverständlich bleibt es der Gemeinde auch in diesen Fällen unbenommen, auf dem Verwaltungsrechtsweg die Erfüllung der vertraglichen Pflicht durchzusetzen. Werden die Bestimmungen des PPP-Vertrags jedoch durch eine Auflage in den Bewilligungsbescheid der Gemeinde inkorporiert, mutiert das Vertragsrecht gleichsam insoweit in Subordinationsrecht, als die Auflage im Wege der Verwaltungsvollstreckung selbständig durchgesetzt werden könnte. Der Widerruf des Bewilligungsbescheids ist nach § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG grundsätzlich zulässig, „wenn der Verwaltungsakt mit einer Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist erfüllt“. Hierunter ist eine Auflage im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG zu verstehen, also eine Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird¹⁶. Die öffentlichen Gelder könnten nach erfolgtem Widerruf des Bewilligungsbescheids nach § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG auch dann zurückgefordert werden, wenn der private Investor alle öffentlichen RWP-Förderkonditionen erfüllt, lediglich die Erfüllung einer zusätzlichen vertraglichen Verpflichtung schuldig bleibt, die in den Bewilligungsbescheid in Form einer Auflage inkorporiert worden ist.

¹² Siehe oben II.

¹³ Dazu jetzt BGH, EuZW 2003, S. 444 m. Anm. Pechstein, EuZW 2003, S. 447; Koenig, Nichtigkeit beihilfengewährnder Verträge! Was nun? EuZW 2003, S. 418.

¹⁴ Daß auch nur an einen Vertragspartner gerichtete Verbote Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sein können, belegen zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung: BGHZ 37, 258 (262); BGH, NJW 1981, S. 399 (400); zum Ganzen Roth, in: Koenig/Roth/Schön, Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, 2001, S. 154 ff.

¹⁵ Von vertragsinkorporierenden Auflagen soll hierbei abgesehen werden.

¹⁶ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 49 Nr. 48.

a) Rechtswidrigkeit der vertragsinkorporierenden Auflage

An der rechtlichen Zulässigkeit einer derartigen Vorgehensweise bestehen jedoch Zweifel. Seit dem Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist unbestritten, daß die Behörde ihre Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen nicht im Wege des Verwaltungszwangs durch Erlass und Vollstreckung eines Verwaltungsakts durchsetzen kann¹⁷. Aus § 61 VwVfG folgt *e contrario*, daß vertraglich begründete Forderungen nur bei Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung von der Verwaltung selbst vollstreckt werden dürfen. Erst durch die Unterwerfungserklärung erhält die vertragschließende Behörde die Möglichkeit einseitigen Handelns. Durch die Übernahme der vertraglichen Verpflichtung in den Bewilligungsbescheid macht die Gemeinde ihre vertragliche Forderung indessen „vollstreckungsfähig“. Hierdurch umgeht sie die nach § 61 VwVfG notwendige Mitwirkung des privaten Vertragspartners durch die Unterwerfungserklärung. Zudem hat sich die Gemeinde durch die vertragliche Bindung auf eine gleichgeordnete Ebene mit ihrem Vertragspartner begeben und somit auf ihr Recht zur Anwendung hoheitlicher Mittel verzichtet¹⁸. Während der private Vertragspartner zur Durchsetzung seiner Forderungen auf die gerichtliche Geltendmachung im Wege der Leistungsklage verwiesen ist, könnte sich die Gemeinde ohne weiteres einen eigenen Vollstreckungstitel verschaffen. Eine solche Waffenungleichheit ist mit der vertraglichen Gleichordnung der Beteiligten schlechterdings unvereinbar. Deshalb ist die eben beschriebene vertragsinkorporierende Auflage rechtswidrig¹⁹. Jedoch kann nach eingetretener Bestandskraft des Bewilligungsbescheids (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG) auch die Nichterfüllung einer rechtswidrigen Auflage zu einem Widerruf führen²⁰.

b) Auslegung der vertragsinkorporierenden „Auflage“

Es stellt sich daher die Frage, ob die vertragsinkorporierende „Auflage“ des Bewilligungsbescheids als Auflage im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG ausgelegt werden kann. Maßgebend für die Auslegung einer öffentlich-rechtlichen Willenserklärung ist die materielle Aussage, wie sie von dem Empfänger und einem betroffenen Dritten gedeutet werden konnte²¹. Neben dem Empfängerhorizont ist bei der Auslegung einer öffentlich-rechtlichen Willenserklärung zudem der Grundsatz bedeutsam, im Zweifel diejenige Auslegung vorzunehmen, bei wel-

cher die Erklärung ihre Rechtmäßigkeit behält²². Bei Befolgung beider Auslegungspostulate kann nur schwerlich begründet werden, daß die Übernahme der vertraglichen Forderung der Behörde in den Bewilligungsbescheid als Auflage zu deuten ist. Erstens ist für den privaten Investor kaum erkennbar, daß die Gemeinde, die sich vertraglich zum Erlass einer Bewilligung verpflichtet hat, ihm über die Bewilligung hinaus eine selbständige Belastung – die nunmehr einseitig vollstreckbare vertragliche Forderung – auferlegt hat. Die Rechtsmittelbelehrung belehrt den Investor darüber gerade regelmäßig nicht.

Zum zweiten verstieße die Deutung der vermeintlichen „Auflage“ als Nebenbestimmung im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG gegen den Grundsatz, im Zweifel diejenige Auslegung vorzunehmen, bei welcher die Erklärung rechtmäßig ist. Bei einer Deutung der vertragsinkorporierenden „Auflage“ im Bewilligungsbescheid als Auflage im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG würden die vertraglichen Pflichten unzulässigerweise dem Verwaltungsaktrecht unterworfen.

c) Verhältnismäßigkeit der Rückforderung

Selbst bei einer Deutung der die Regelungen des PPP-Vertrags inkorporierenden „Auflage“ als Nebenbestimmung im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG stellt sich die Frage, ob bei einer Nichtbefolgung der zusätzlichen Förderbedingungen der Widerruf des Bewilligungsbescheids verhältnismäßig ist. Nach § 49 VwVfG kann ein Verwaltungsakt widerrufen werden. Der Widerruf steht also im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde²³. Die Behörde muß im Rahmen der Zwecksetzung der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlass des fraglichen Verwaltungsakts und der Ermächtigung zum Widerruf nach § 49 VwVfG handeln und dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes des Betroffenen beachten²⁴. Man kann die Verhältnismäßigkeit des Widerrufs mit der Begründung anzweifeln, daß die Erfüllung der zusätzlichen Förderbedingung nicht Voraussetzung der Zuwendung öffentlicher Mittel nach dem RWP ist. Zudem kann es unangemessen sein, dem Privaten trotz vollständiger Erfüllung aller Voraussetzungen, die ihn nach dem RWP förderungswürdig machten, im nachhinein sämtliche öffentlichen Zuwendungen zu entziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der private Investor bereits für die vollständige Erfüllung der RWP-Bedingungen erhebliche Mittel investiert, zum Beispiel vor Errichtung des Freizeitparks erhebliche Sanierungsarbeiten am Grundstück geleistet hat. Der Gemeinde wären außerhalb des ohnehin strengen öffentlichen Förderregimes zusätzliche „Knebelungsinstrumente“ an die Hand gegeben. Auf Dauer würde ein solches Vorgehen auch dem Modell der Public-Private-Partnership insgesamt schaden, da sich die Suche nach privaten Partnern infolgedessen als immer schwieriger herausstellen wird. Die gemeinwohlschädlichen Auswirkungen einer derartigen Widerrufspraxis sind gleichfalls in die Ermessens-erwägungen mit einzubeziehen.

17 Ausführlich die Gesetzesbegründung zu § 61 VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 83; bereits früher herrschende Meinung BVerwGE 59, 60 ff.; BVerwGE 50, 171 ff.; Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl. 1999, § 72 Rn. 14.

18 BVerwGE 50, 171 (175); Fluck, Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt, 1985, S. 79.

19 Eingehend Fluck (Anm. 18), S. 79 ff.; Weiß, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 – Bestandsaufnahme und Kritik, 1971, S. 127 ff.; Wulff, Zwangsvollstreckung aus Verwaltungsverträgen, 1970, passim.

20 BVerwG, NVwZ 1987, S. 498; Kopp/Ramsauer, 7. Aufl. 2000, § 49 Rn. 38 (strittig).

21 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Anm. 16), § 36 Rn. 8.

22 Dieser Grundsatz kommt etwa in § 2084 BGB zum Ausdruck und ist ein allgemeiner Auslegungsgrundsatz.

23 Kopp/Ramsauer (Anm. 20), § 49 Rn. 28; Sachs (Anm. 16), § 49 Rn. 56.

24 BVerwGE 26, 131; OVG NW, NVwZ-RR 1989, S. 558.

d) Einwand der Entreicherung

Der Einwand der Entreicherung als oftmals letzter Rettungsanker vor einem Rückforderungsanspruch (bei Entreicherung ist der Rückerstattungsanspruch gemäß § 49 a Abs. 2 S. 1 VwVfG i. V. m. § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen) wird dem Investor nur in den seltensten Fällen zur Verfügung stehen. Auf den Wegfall der Bereicherung kann sich nach § 49 a Abs. 2 S. 2 VwVfG nämlich derjenige nicht berufen, der die Umstände kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, die zum Widerruf des Verwaltungsakts führten. Im Fall der Nichtbeachtung auch von rechtswidrigen Auflagen liegt indes, abgesehen von den seltenen Fällen des nicht zurechenbaren Drittwissens, regelmäßig Bösgläubigkeit vor²⁵.

V. Zusammenfassung

Kommt ein privater Unternehmer, dessen Investitionen durch öffentliche Gelder aus einem Regionalförderprogramm unterstützt werden, einzelnen Förderbedingungen nicht nach, muß bei der Ermittlung der Rechtsfolgen danach unterschieden werden, auf welcher Förderebene die nicht erfüllte Bedingung anzusiedeln ist. Handelt es sich um Konditionen der normativen Förder- oder der Zuwendungsebene, kann die Gemeinde ihren Bewilligungsbescheid nach § 49 Abs. 3 VwVfG regelmäßig widerrufen. Auch wenn der Investor nicht Adressat des RWP und des Zuwendungsbescheids ist, sind die Bedingungen der Förder- und Zuwendungsebene regelmäßig in den Bewilligungsbescheid integriert. Kommt der Investor den Verpflichtungen der normativen Förderebene

nicht nach, ist die Gemeinde zum Widerruf des Bewilligungsbescheids aufgrund des EG-Beihilfenrechts sogar verpflichtet.

Bleibt der Investor die Erfüllung von Konditionen schuldig, die ihm auf der Bewilligungs- oder Vertragsebene auferlegt wurden, ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden. Im ersten Fall sind die Bedingungen des PPP-Vertrags, des Bewilligungsbescheids und der übrigen öffentlichen Förderebenen identisch. Ein Widerruf des Bewilligungsbescheids erweist sich als unproblematisch. In der zweiten Konstellation mißachtet der Investor Bedingungen, die ihm zusätzlich zu eben genannten Konditionen durch Bewilligungsbescheid oder PPP-Vertrag auferlegt wurden. Nach der hier vertretenen Ansicht können die Bestimmungen eines PPP-Vertrags wegen der dadurch drohenden Umgehung des Rechtsgedankens von § 61 VwVfG nicht durch eine Auflage wirksam in den Bewilligungsbescheid aufgenommen werden, wenn dies nicht vorher vertraglich vereinbart war. Der vertragsinkorporierenden „Auflage“ kommt entweder kein eigener Regelungsgehalt zu oder ein auf § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG gestützter Widerruf ist unverhältnismäßig. Die gegenläufige Verwaltungspraxis führt zu einer Knebelung des privaten Investors.

Verstößt der Zuwendungsbescheid des Landes oder der Bewilligungsbescheid der Gemeinde gegen die Förderkonditionen der normativen Förderebene, ist die Gemeinde zur Rücknahme des Bewilligungsbescheids nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG und zur anschließenden Rückforderung der Zuwendungen nach § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG aufgrund des EG-Beihilfenrechts verpflichtet. Der PPP-Vertrag steht mangels rechtlicher Wirksamkeit dieser Rückforderung nicht entgegen.

25 *Sachs* (Anm. 16), § 49 a Rn. 66.