

Az.: 6 A 1165/17
3 K 683/15



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des

- Kläger -
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch die Landesdirektion Sachsen
vertreten durch den Präsidenten
Dienststelle Chemnitz, Referat 15
Altchemnitzer Straße 41, 09120 Chemnitz

- Beklagter -
- Berufungsbeklagter -

wegen

Rücknahme eines Zuwendungsbescheids
hier: Berufung

hat der 6. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Dehoust, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Drehwald und den Richter am Obergerverwaltungsgericht Groschupp aufgrund der mündlichen Verhandlung

vom 5. August 2020

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers werden das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 12. Oktober 2017 - 3 K 683/15 - geändert und der Bescheid vom 18. Juli 2014 in Gestalt des Widerspruchbescheids des Beklagten vom 7. April 2015 aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Der Kläger wendet sich gegen die Rücknahme eines Zuwendungsbescheids.
- 2 Mit Förderantrag vom 10. Mai 2011 in der Fassung des Änderungsantrags vom 9. August 2011 beantragte der für die Entsorgung von Abfällen in den Landkreisen Meißen und Sächsische Schweiz-Osterzgebirge zuständige Kläger bei der Landesdirektion Dresden für das Deponiestilllegungsvorhaben "Einbindung des Bereichs 'Lager W...' in den Abschluss der Altdeponie G....., 3. BA S....-Nr.: 00 000 000" eine Zuwendung in Höhe von 280.373,43 € nach der Richtlinie des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft zur Förderung von Maßnahmen des Boden- und Grundwasserschutzes sowie zur Vermeidung von Flächenneuanspruchnahme (Förderrichtlinie Boden- und Grundwasserschutz - RL BuG/2007) vom 13. Juli 2007 (SächsABL. S. 1297), zuletzt geändert durch die Richtlinie vom 29. März 2010 (SächsABL. S. 557). Jeweils unter Nr. 9 erklärte der Kläger am 10. Mai 2011, "dass das Vorhaben noch nicht begonnen ist und dass es auch nicht vor der Bekanntgabe des Zuwendungsbescheids bzw. vor der etwaigen

Genehmigung des vorzeitigen Baubeginns in Angriff genommen wird", und am 9. August 2011, "dass mit der Durchführung des Projekts (Vergabe von Bauaufträgen, Anschaffung von Ausrüstungsgegenständen) noch nicht begonnen worden" sei. Zugleich beantragte er die Zustimmung zum vorzeitigen förderunschädlichen Vorhabenbeginn. Im Vordruck des Erklärungstexts vom 9. August 2011 heißt es dazu, dass unter anderem Planungsleistungen förderunschädlich seien und dass ein Beginn ohne vorherige Zustimmung der Bewilligungsstelle zur Ablehnung des Förderantrags bzw. zur Aufhebung des Zuwendungsbescheids führe.

- 3 Am 24. Februar 2012 schloss der Kläger mit der Firma L.... D..... GmbH L..... (im Folgenden: L....) einen Ingenieurvertrag über die Erbringung des gesamten Leistungsbildes der Ingenieurleistungen für die Leistungsphasen 5 bis 7 nach § 42 der bis zum 16. März 2013 geltenden Fassung der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI) in Verbindung mit deren Anlage 12. Nach § 4 Abs. 1 des Vertrags soll der Auftragnehmer die Leistungen von der Ausführungsplanung über die Ausschreibung bis zum Vergabevorschlag zu festgelegten Terminen vom 5. März 2012 bis zum 27. April 2012 erbringen. § 8 Abs. 1 des Vertrags räumt dem Auftraggeber ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund unter anderem dann ein, wenn er entscheidet, dass das Bauvorhaben nicht durchgeführt wird.
- 4 Nach der Entscheidung über die Vergabeart mit Vermerk vom 12. März 2012 erfolgte die öffentliche Ausschreibung des Projekts im Sächsischen Ausschreibungsblatt am 23. März 2012.
- 5 Mit Schreiben vom 21. März 2012 erteilte der Beklagte dem Kläger mit Wirkung zum 26. März 2012 die Zustimmung zum vorzeitigen förderunschädlichen Maßnahmebeginn.
- 6 Der Zuschlag im Vergabeverfahren für die Bauleistungen erfolgte am 7. Juni 2012.
- 7 Mit Zuwendungsbescheid vom 4. Dezember 2012 gewährte der Beklagte dem Kläger auf der Grundlage der RL BuG/2007 i. V. m. §§ 23 und 44 SÄHO und den zu § 44 SÄHO ergangenen Verwaltungsvorschriften die beantragte Zuwendung in Höhe von

50 % der zuwendungsfähigen Ausgaben, höchstens 280.373,00 € für den Bewilligungszeitraum 26. März 2012 bis 31. Dezember 2013. Bestandteil des Bescheids sind der Förderantrag, die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften (ANBest-K) und die Sonstigen Zuwendungsbestimmungen gemäß Nr. 6 RL BuG/2007. Nachdem der Beklagte im Zuge des klägerischen Auszahlungsbegehrens im November 2013 Kenntnis von dem Ingenieurvertrag vom 24. Februar 2012 erhalten hatte, nahm er den Zuwendungsbescheid nach Anhörung des Klägers mit dem angefochtenen Bescheid vom 18. Juli 2014 mit Wirkung für die Vergangenheit wegen vorzeitigen Vorhabensbeginns zurück. Eine Auszahlung der bewilligten Mittel erfolgte nicht.

- 8 Den gegen den Rücknahmebescheid gerichteten Widerspruch des Klägers vom 5. August 2014 wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 7. April 2015 zurück und führte zur Begründung aus: Die auf § 48 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 VwVfG gestützte Rücknahme sei rechtmäßig, da der Zuwendungsbescheid rechtswidrig sei und sich der Kläger nicht auf Vertrauensschutz berufen könne, weil er die Rechtswidrigkeit gekannt oder jedenfalls habe kennen müssen. Gemäß Nr. 1.3 VwV-SäHO zu § 44 SäHO dürften Zuwendungen zur Projektförderung nur für solche Vorhaben bewilligt werden, die noch nicht begonnen worden seien. Als Vorhabenbeginn sei grundsätzlich der Abschluss eines der Ausführung zuzurechnenden Lieferungs- und Leistungsvertrags zu werten, sofern kein Rücktrittsrecht des Zuwendungsempfängers für den Fall der Nichtbewilligung der Zuwendung oder eine auflösende Bedingung vereinbart worden sei. Nach ständiger Verwaltungspraxis zur Anwendung der RL BuG/2007 gelte, dass Planungs- und Ingenieurleistungen ab der Leistungsphase 6 (Vorbereitung der Vergabe) der Ausführung des Vorhabens zuzuordnen seien. Dies werde durch Nr. 5.3.1 i. V. m. 4.3.2 RL BuG/2007 gestützt. Danach seien Ausgaben für Baunebenkosten für Architekten- und Ingenieurleistungen, sofern das Vorliegen dieser Planungsleistungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften zwingende Voraussetzung dafür sei, dass mit dem Bau der Maßnahme begonnen werden dürfe, auch dann zuwendungsfähig, wenn sie vor dem Beginn des Bewilligungszeitraums angefallen seien. Die Bewilligungsvoraussetzungen hätten nicht vorgelegen. Denn der Kläger habe vor Bewilligung des vorzeitigen Maßnahmebeginns den Ingenieurvertrag über die Leistungsphasen 5 bis 7 abgeschlossen, und das vereinbarte Kündigungsrecht aus

wichtigem Grund sei kein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichtbewilligung. Der Kläger berufe sich zu Unrecht auf einen Vermerk des Regierungspräsidiums D..... vom 5. September 2003, in dem festgelegt werde, dass Planungsleistungen bis einschließlich Leistungsphase 7 HOAI (Mitwirkung bei der Vergabe) und Bauleistungen ab Leistungsphase 8 HOAI (Bauoberleitung) erbracht würden. Dieser Vermerk beziehe sich auf eine andere Förderrichtlinie und nehme zudem die Abgrenzung von Planungs- und Bauleistungen nicht zur Abgrenzung für einen förderschädlichen Maßnahmenbeginn, sondern der zuwendungsfähigen Ausgaben vor. Auch nach der Rechtsprechung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts handele es sich jedenfalls bei der Leistungsphase 7 um Leistungen, die über das Stadium der Planung hinausgingen und der Ausführung zuzurechnen seien. Abgesehen davon habe der Kläger die Ausschreibung veranlasst, ohne kenntlich zu machen, dass der Zuschlag unter den Vorbehalt der Bewilligung von Fördermitteln gestellt werde. Damit habe er eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass er unabhängig von der Bewilligung zur Durchführung des Vorhabens in der Lage und entschlossen sei. In einem solchen Fall stünden haushaltsrechtliche Grundsätze einer Förderung entgegen. Denn Zuwendungen sollten nur für den Fall gewährt werden, dass der Empfänger die geplante Maßnahme ohne die beantragte Zuwendung mangels finanzieller Mittel gar nicht durchgeführt hätte.

- 9 Die am 7. Mai 2015 erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht Dresden mit Urteil vom 12. Oktober 2017 abgewiesen. Der Kläger habe mit dem Abschluss des Ingenieurvertrags über die Erbringung des gesamten Leistungsbildes der Ingenieurleistungen für die Leistungsphasen 5 bis 7 nach § 42 Abs. 1 HOAI i. V. m. der Anlage 12 HOAI in der bis zum 16. Juli 2013 geltenden Fassung förderschädlich vorzeitig mit der Maßnahme begonnen. Mit Abschluss dieses Vertrags sei bei ihm die wirtschaftliche Entscheidung über die Durchführung des Projekts bereits vor der Zustimmung des Beklagten zum förderunschädlichen vorzeitigen Maßnahmenbeginn zum 26. März 2012 gefallen. Für die Frage, ob ein Maßnahmenbeginn vorliege, sei zwischen der Planungsphase und der Bauphase zu unterscheiden. Die Planungsphase diene ausschließlich der Meinungsbildung sowie der Feststellung des Kostenrahmens. Unstreitig seien die Leistungsphasen 5 und 6 der Planungsphase und die Leistungsphase 8 (Bauoberleitung) der Bauphase zuzuordnen. Die Leistungsphase 7 (Mitwirken bei der Vergabe) beinhalte Leistungen, die unmittelbar dazu führten, dass

es am Ende dieser Leistungsphase zu einem Zuschlag komme und unmittelbar, ohne jeden weiteren Zwischenschritt mit dem Bau begonnen werden könne. Dahinstehen könne, ob sich der Kläger mit § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 des Ingenieurvertrags für den Fall der Versagung der beantragten Zuwendung ein eindeutiges und ohne Folgen bleibendes Recht zum Rücktritt für den Fall der Versagung der beantragten Zuwendung vorbehalten habe. Denn mit der Ausschreibung des Projekts am 23. März 2012 liege eine die Zahlungsansprüche auslösende Tätigkeit und damit ein Baubeginn vor. Die Ausschreibung sei nicht mehr dem Planungs-, sondern dem Ausführungsstadium zuzurechnen. Ihre Veranlassung setze grundsätzlich die sogenannte Ausschreibungsreife im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/A voraus. Wenn zu diesem Zeitpunkt die Finanzierung noch nicht endgültig gesichert sei, müsse der Auftraggeber hierauf hinweisen. Solle das Vergabeverfahren unter den echten Vorbehalt der Bewilligung einer Förderung gestellt werden, müsse dies in der Ausschreibung deutlich gemacht werden. Anderenfalls würde sich der Auftraggeber vergaberechtswidrig verhalten. Zwar könne der Auftraggeber ein Vergabeverfahren jederzeit aufheben und beenden (§ 17 VOB/A). Eine Pflicht zur Beschaffung und damit ein Kontrahierungszwang bestünden nicht. Eine Aufhebung ohne Vorliegen eines entsprechenden Grundes im Sinne der Vergabeverordnung könne aber zu einem Schadensersatzanspruch führen. Hier sei der Kläger von Anfang an mit diesem Risiko in das Ausschreibungsverfahren gegangen.

- 10 Die Rücknahme des Zuwendungsbescheids aufgrund des Vorliegens eines vorzeitigen förderschädlichen Maßnahmebeginns gemäß der Richtlinie BuG/2007 stelle auch keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG dar. Der Beklagte habe nicht gegen seine Verwaltungspraxis verstoßen, sondern diese mit zwei Rücknahmebescheiden vom 11. Dezember 2013 und vom 27. Juni 2014 belegt, die mit der Zurechnung der Leistungsphase 7 zur Bauausführung begründet worden seien. Dieser Verwaltungspraxis stehe auch nicht entgegen, dass der Beklagte im Rahmen seines Ermessens einen anderen Zuwendungsbescheid vom 17. September 2009 (Deponie "Görzig") nicht zurückgenommen habe, obwohl der Kläger auch hier bereits vorzeitig einen Ingenieurvertrag über die Leistungsphase 5 bis 7 abgeschlossen habe. Denn in diesem Fall habe der Beklagte die Verwendungsnachweisprüfung bereits im Jahr 2012 abgeschlossen und erst im Nachhinein erkannt, dass es sich um eine rechtswidrige Bewilligung gehandelt habe. Außerdem begründe das einmalige

Nichtbeachten noch keine (neue) Verwaltungspraxis. Auch der Vermerk des Regierungspräsidiums Dresden vom 5. September 2003 führe zu keiner „anderen“ Verwaltungspraxis. Der Kläger habe nicht davon ausgehen dürfen, dass dieser Vermerk, der die pauschale Berücksichtigung von Planungsleistungen mit 10 % der zuwendungsfähigen Ausgaben nach der Richtlinie des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft zur Förderung von Maßnahmen im Freistaat Sachsen vom 17. Dezember 2001 (FRL Maßnahmen Abfallwirtschaft) betreffe, auch für die RL BuG/2007 und speziell für die Beurteilung des vorzeitigen Baubeginns gelte.

- 11 Der Kläger könne sich deshalb und auch im Übrigen nicht auf ein schutzwürdiges Vertrauen gemäß § 48 Abs. 2 VwVfG berufen. Denn er habe den Zuwendungsbescheid durch in wesentlicher Beziehung unrichtige Angaben im Sinne von § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 VwVfG erwirkt, indem er unter Nr. 9 seines Förderantrags erklärt habe, mit dem Vorhaben noch nicht begonnen zu haben. Der Beklagte habe auch das ihm eröffnete Ermessen erkannt und in nicht zu beanstandender Weise ausgeübt. In den Fällen der Zweckverfehlung der Zuwendung sei das Ermessen der Behörde in der Regel dahingehend intendiert, den Zuwendungsbescheid wegen des Gebots einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung staatlicher Haushaltsmittel zurückzunehmen. Ein atypischer Sachverhalt, aufgrund dessen der Beklagte gezwungen sein könnte, von der Rücknahme ganz oder teilweise abzusehen, sei nicht ersichtlich.
- 12 Gegen dieses Urteil richtet sich die mit Senatsbeschluss vom 25. Juli 2019 wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassene Berufung, die der Kläger im Wesentlichen wie folgt begründet: Entgegen der Auffassung des Beklagten und des Verwaltungsgerichts sei der Abschluss eines Ingenieurvertrags über Leistungen der Leistungsphase 7 mit der Ausschreibung von Bauleistungen der Planungsphase zuzuordnen und stelle somit einen förderunschädlichen Beginn des Vorhabens im Sinne des anzuwendenden Zuwendungsrechts dar. Auch wenn von einem förderschädlichen Vorhabenbeginn ausgegangen werde, seien die Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG nicht erfüllt. Sein Vertrauen sei schutzwürdig, weil kein Fall des § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG vorliege. Insbesondere habe er den Verwaltungsakt nicht durch in wesentlicher Beziehung unrichtige oder unvollständige Angaben erwirkt. Hilfsweise sei die Rücknahmeentscheidung ermessensfehlerhaft, da

der Beklagte nicht eine teilweise Rücknahme der Zuwendung in Erwägung gezogen habe, obwohl ein atypischer Fall vorgelegen habe.

13 Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 12. Oktober 2017 - 3 K 683/15 - zu ändern und den Bescheid vom 18. Juli 2014 in Gestalt des Widerspruchbescheids des Beklagten vom 7. April 2015 aufzuheben.

14 Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

15 Er verteidigt das angefochtene Urteil und führt zu seiner Verwaltungspraxis ergänzend aus:

16 Im Zeitraum von 2007 bis 2013 sei in 4 von 27 Fällen der Abschluss eines Ingenieurvertrags über Leistungsphase 7 als vorzeitiger Baubeginn zu beanstanden gewesen. Drei dieser Fälle, darunter die streitgegenständliche Rücknahme, hätten den Kläger betroffen. Im zweiten Fall (Altdeponie G1.....) sei der Zuwendungsbescheid aus dem Jahr 2009 nach Abschluss der Verwendungsnachweisprüfung mit Bescheid vom 6. August 2012 gekürzt worden, wobei der Bearbeiter die vorzeitige Beauftragung des Ingenieurvertrags übersehen habe, weswegen keine Rücknahme erfolgt sei. Im dritten Fall (Altdeponie H.....) sei bereits der Förderantrag mit Bescheid vom 11. Dezember 2013 abgelehnt worden, da der vorzeitige Vorhabenbeginn im Antragsverfahren durch Vorlage des entsprechenden Ingenieurvertrags aufgefallen sei. Im vierten Fall eines anderen Rechtsträgers sei der Zuwendungsbescheid, nachdem der vorzeitige Maßnahmebeginn aufgefallen sei, mit Bescheid vom 27. Juni 2014 ebenfalls zurückgenommen worden. Der Kläger habe in mehr als der Hälfte aller Fälle (14) Zuwendungen erhalten, wobei er in 11 Fällen die Leistungsphase 7 der HOAI entsprechend den Fördervoraussetzungen der RL BuG/2007 erst nach Zustellung des Zuwendungsbescheids bzw. nach Zustimmung des Beklagten zum vorzeitigen förderunschädlichen Vorhabenbeginn beauftragt habe.

17 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, die Verwaltungsakten (2 Ordner), die

Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, sowie insbesondere die Niederschrift über die mündliche Verhandlung Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- 18 Der Senat konnte trotz Ausbleibens des Beklagten verhandeln und aufgrund der mündlichen Verhandlung entscheiden, weil dieser in der ordnungsgemäß erfolgten Ladung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist (§ 125 Abs. 1 Satz 1, § 102 Abs. 2 VwGO).

- 19 Die Berufung des Klägers hat Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat die Klage gegen den Rücknahmebescheid vom 18. Juli 2014 in Gestalt des Widerspruchbescheids des Beklagten vom 7. April 2015 zu Unrecht abgewiesen. Die zulässige Klage ist begründet. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

- 20 Die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage des § 48 Abs. 1 VwVfG (hier und im Folgenden i. V. m. § 1 Satz 1 SächsVwVfZG) für den angefochtenen Rücknahmebescheid liegen nicht vor. Danach kann unter den Voraussetzungen der Absätze 2 bis 4 ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Hier fehlt es bereits an der Rechtswidrigkeit des zurückgenommenen Zuwendungsbescheids vom 4. Dezember 2012.

- 21 Die Gewährung der mit dem angefochtenen Bescheid zurückgenommenen Zuwendung erfolgte nicht entgegen den dafür maßgeblichen, der seinerzeitigen Verwaltungspraxis entsprechenden Verwaltungsvorschriften. Mangels Abweichung von der damaligen Zuwendungspraxis liegt ein zu Gunsten des Klägers wirkender Verstoß gegen den auch im Verhältnis von Hoheitsträgern untereinander als Ausfluss des Rechtsstaatsgebots geltenden Gleichheitssatz nicht vor (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 2. Februar 1998 - 2 B 4.98 -, juris Rn. 9; OVG NRW, Urt. v. 12. Juli 2010 - 15 A 2863/09 -, juris Rn. 7).

- 22 Die zurückgenommene Zuwendung beruht auf der Förderrichtlinie Boden- und Grundwasserschutz (RL BuG/2007) vom 13. Juli 2007. Nach deren Nummern 1 und 2.1.1 gewährt der Freistaat nach Maßgabe dieser Richtlinie unter Berücksichtigung der Sächsischen Haushaltsordnung, insbesondere §§ 23 und 44, sowie der dazu ergangenen Verwaltungsvorschriften (VwV-SäHO) Zuwendungen unter anderem für investive Maßnahmen zur Stilllegung von Deponien. Nr. 7.7 RL BuG/2007 bestimmt, dass für die Bewilligung die VwV-SäHO zu § 44 SäHO gelten, soweit nicht in der Richtlinie Abweichungen zugelassen worden sind. Nach Nr. 1.3 VwV-SäHO zu § 44 SäHO in der im Bewilligungszeitraum geltenden Fassung dürfen Zuwendungen zur Projektförderung nur für solche Vorhaben bewilligt werden, die noch nicht begonnen worden sind. Soweit Nr. 1.3 Satz 2 VwV-SäHO zu § 44 SäHO die Regelung von Ausnahmen hiervon zulässt, ist ein Ausnahmefall nur dann vorgesehen, wenn die Bewilligungsbehörde im Zeitraum nach Antragstellung und Abschluss der sachlichen Prüfung der Zuwendungsvoraussetzungen mit positivem Ergebnis vor der Bewilligung die Zustimmung zum vorzeitigen förderunschädlichen Vorhabenbeginn erteilt hat (vgl. Nr. 1.3.3 und Anlage 8 zur VwV-SäHO zu § 44 SäHO Hinweis G 2 Zu Nummer 1.3.3 zu § 44 sowie Nr. 4.3.3 Satz 1 RL BuG/2007).
- 23 Hier hatte der Beklagte auf Antrag des Klägers dem vorzeitigen förderunschädlichen Baubeginn mit Schreiben vom 21. März 2012 mit Wirkung zum 26. März 2012 zugestimmt. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts und des Beklagten hatte der Kläger mit seinem Vorhaben noch nicht zu einem früheren Zeitpunkt begonnen. Weder in dem Abschluss des Vertrags mit der L.... GmbH über Ingenieurleistungen der Leistungsphase 5 bis 7 nach § 42 HOAI und deren Anlage 12 (in der bis zum 16. März 2013 geltenden Fassung) im Februar 2012 (1) noch in der öffentlichen Ausschreibung des Projekts am 23. März 2012 (2) lag ein vorzeitiger förderschädlicher Baubeginn.
- 24 1. Soweit der Beklagte behauptet, dass er in ständiger Verwaltungspraxis zu Nr. 4.3.2 BuG/2007 Ingenieurleistungen über die Leistungsphase 7 HOAI („Mitwirkung bei der Vergabe“) nicht mehr der Planung, sondern der Ausführung im Sinne der Vorschrift zugerechnet und damit als vorzeitigen förderschädlichen Baubeginn gewertet habe, konnte sich der Senat von dem Bestehen einer derartigen Verwaltungspraxis im hier maßgeblichen Zeitpunkt nicht überzeugen.

- 25 Dabei kann der Senat dahinstehen lassen, ob es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des zurückgenommenen Zuwendungsbescheids allein auf die im Zeitpunkt seines Erlasses am 4. Dezember 2012 bestehende Verwaltungspraxis ankommt oder ob ggf. noch eine im Bewilligungszeitraum bis 31. Dezember 2013 geänderte Verwaltungspraxis zu berücksichtigen wäre, wenn der Zuwendungsbescheid ab dem Zeitpunkt der Änderung rechtswidrig würde und eine Rücknahme ab diesem Zeitpunkt oder die Umdeutung in einen Widerruf in Betracht käme (vgl. zum Streitstand die Nachweise bei Ramsauer in Kopp/Ders., VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 48 Rn. 57 f.). Denn im Streitfall lässt sich die vom Beklagten behauptete Verwaltungspraxis zu Nr. 4.3.2 BuG/2007 bis Dezember 2013 nicht feststellen. Sie hat sich weder im Wortlaut der einschlägigen Verwaltungsvorschriften in antizipierter Form konkretisiert (a), noch ergibt sich aus der Darstellung des Beklagten in der Berufungserwiderung zu Entscheidungen über insgesamt 27 Fördermittelanträge zum hier einschlägigen Fördergegenstand (Nr. 2.1.1 BuG/2007), dass die Verwaltungsvorschriften im Zeitraum von 2007 bis 2013 tatsächlich so gehandhabt wurden, dass die Beauftragung der Leistungsphase 7 als vorzeitiger förderschädlicher Vorhabenbeginn behandelt wurde (b).
- 26 a) Als Vorhabenbeginn werten Nr. 1.3.1 VwV-SäHO zu § 44 SäHO und Nr. 4.3.2 Satz 1 BuG/2007 grundsätzlich den Abschluss eines der Ausführung zuzurechnenden Lieferungs- oder Leistungsvertrags, wobei bei Baumaßnahmen von einer hier nicht einschlägigen Einschränkung abgesehen unter anderem die Planung nicht als Vorhabenbeginn gilt. Die Vorschriften regeln mithin nur, dass der Abschluss von Leistungsverträgen bei Baumaßnahmen dann als vorzeitiger Vorhabenbeginn gilt, wenn die vereinbarten Leistungen der Ausführung des (Bau-)Vorhabens und nicht dessen Planung zuzuordnen sind. Anders als etwa die Verwaltungsvorschriften des Freistaates Bayern (vgl. Nr. 1.3.1 VV-BayHO zu Art. 44 BayHO in der ab dem 1. Januar 2020 geltenden Fassung: „Bei Baumaßnahmen gelten Planungsaufträge bis einschließlich Leistungsphase 7 HOAI ... nicht als Beginn des Vorhabens“ und in der vorhergehenden Fassung: "bis zur Leistungsphase 4 HOAI“) verhalten sich die sächsischen Verwaltungsvorschriften nicht dazu, bis zu welcher Leistungsphase der Gegenstand eines Ingenieurleistungsvertrags nicht mehr der förderunschädlichen Planung zugerechnet wird.

- 27 Eine eindeutige Zuordnung ist den genannten Verwaltungsvorschriften auch nicht unter Heranziehung der in der Anlage 12 HOAI verwendeten Terminologie zu entnehmen. Nur die dort aufgeführten Leistungsphasen 1 (Grundlagenermittlung), 2 (Vorplanung - Projekt- und Planungsvorbereitung), 3 (Entwurfsplanung - System- und Integrationsplanung), und 4 (Genehmigungsplanung) umfassen schon dem Wortlaut nach Planungsleistungen. Ebenso eindeutig lässt sich für Leistungsphase 8 (Bauoberleitung) und 9 (Objektbetreuung und Dokumentation) feststellen, dass sie die Ausführung betreffen, da sie die Überwachung des bereits begonnenen Baugeschehens zum Inhalt haben. Für die dazwischen liegenden Phasen 5 (Ausführungsplanung), 6 (Vorbereitung der Vergabe) und 7 (Mitwirkung bei der Vergabe) lässt der Wortlaut der Verwaltungsvorschriften ohne nähere, die Zuordnung konkretisierende Regelung hingegen offen, ob sie noch der Planung oder bereits der Ausführung des Bauvorhabens zuzurechnen sind. Anders verhielte es sich, wenn man annimmt, dass der Ausführung zuzurechnende Leistungen einen Vertragsabschluss mit dem Bauunternehmer voraussetzen und dann folgert, dass Ingenieurleistungen der Leistungsphase 7, die erst in einen solchen Vertragsabschluss münden, noch nicht zu einem vorzeitigen Maßnahmebeginn führen (so Häberer, NVwZ 2019, 1230, 1232 f.). Dieses Verständnis folgt jedoch nicht allein aus dem Wortlaut der Vorschriften. Denn diese fingieren nur, dass die Ausführung eines Bauvorhabens, die nach dem natürlichen Sprachgebrauch erst mit Baumaßnahmen beginnen würde, bereits - vorgelagert - mit dem Abschluss eines der Ausführung zuzurechnenden Leistungsvertrags beginnen soll. Offen bleibt dabei, ob der vorzeitige Baubeginn den Vertragsabschluss mit einem Bauunternehmer voraussetzt oder auch der Vertragsabschluss mit einem Bauingenieur genügt und ggf. ob und welche der Ingenieurleistungen der Leistungsphasen 5 bis 7 der Ausführung zuzurechnen sind.
- 28 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts lässt sich die Subsumtion der Leistungsphase 7 unter den Begriff der Ausführung auch nicht überzeugend damit begründen, dass das von ihr umfasste Einholen von Angeboten, das Führen von Bietergesprächen und das Mitwirken an der Auftragserteilung unmittelbar darauf gerichtet sei, mit der Ausführung des Bauvorhabens ohne jeden weiteren Zwischenschritt beginnen zu können. Das Verwaltungsgericht bezieht sich hierzu im Anschluss an den Beklagten auf die Rechtsprechung des Niedersächsischen Obergerichts, in der der Versuch unternommen wird, aus den im

Zuwendungsrecht zu beachtenden Grundsätzen des Vergaberechts abzuleiten, dass einzelne der Leistungsphase 7 angehörende Leistungen der tatsächlichen Ausführung zuzurechnen seien (vgl. obiter: NdsOVG, Urt. v. 13. September 2012 - 8 LB 58/12 -, juris Rn. 47 bis 50; und Urt. v. 19. Mai 2015 - 8 LB 92/14 -, juris Rn. 30). Das überzeugt nicht.

- 29 Es mag zwar zutreffen, dass ein Bauherr mit dem von der Leistungsphase 7 umfassten Einholen von Angeboten, hier durch öffentliche Ausschreibung nach VOB/A 2009 ohne Finanzierungsvorbehalt, Beschaffungsreife zu erkennen gibt, weil eine Ausschreibung zur bloßen Markterkundung unzulässig ist und er sich vergaberechtswidrig verhielte, wenn er vorbehaltlos ausschriebe, obwohl die Finanzierung noch nicht gesichert ist. Auch mag ein Bauherr durch das ebenfalls von der Leistungsphase 7 erfasste Führen von Bietergesprächen dokumentieren, sich zur Ausführung und Finanzierung der Baumaßnahmen unabhängig von einer zwar beantragten, aber noch nicht bewilligten Zuwendung entschlossen zu haben (vgl. NdsOVG, Urt. v. 13. September 2012 a. a. O.). Das ändert aber nichts daran, dass der öffentliche Auftraggeber eine Ausschreibung jederzeit aufheben kann und insbesondere nicht dazu verpflichtet ist, das Vergabeverfahren mit der Zuschlagserteilung abzuschließen, selbst wenn kein in den Vergabe- und Vertragsordnungen anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt (vgl. hierzu und zum Folgenden BGH, Urt. v. 20. März 2014 - X ZB 18/13 -, juris Rn. 20 f.). In einem solchen Fall ist der Bieter in der Regel auf einen Schadensersatzanspruch gerichtet auf das negative Interesse beschränkt. Weitergehende Ansprüche, wie ein Schadensersatzanspruch auf Erstattung des positiven Interesses oder - zur Vermeidung eines entsprechenden Schadenseintritts - ein Anspruch auf Weiterführung des Vergabeverfahrens, können nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht kommen, wenn der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, ein Vergabeverfahren aufzuheben, in rechtlich zu missbilligender Weise manipulativ dazu einsetzt, einen bestimmten Bieter(kreis) auszuschließen. Bleibt es dem öffentlichen Auftraggeber - von derartigen Ausnahmefällen abgesehen - unbenommen, das Vergabeverfahren vor Zuschlagserteilung aufzuheben, erscheint es begrifflich als nicht naheliegend, zumindest aber als nicht zwingend, die Mitwirkungshandlungen der Leistungsphase 7 bereits der Ausführung zuzuordnen (vgl. Häberer a. a. O., 1232).

- 30 b) Die vom Beklagten behauptete Verwaltungspraxis zur Bewertung der Beauftragung der Leistungsphase 7 als förderschädlichen Vorhabenbeginn im Sinne von Nr. 1.3.1 VwV-SäHO zu § 44 SäHO und Nr. 4.3.2 Satz 1 BuG/2007 im hier maßgeblichen Zeitraum bis 2013 lässt sich auch nicht seinem tatsächlichen Vorbringen entnehmen.
- 31 In 23 von insgesamt 27 angeführten Fördermittelverfahren zu Nr. 2.1.1 BuG/2007 waren Ingenieurleistungen der Leistungsphase 7 HOAI vor Antragstellung oder Entscheidung über den vorzeitigen förderunschädlichen Baubeginn noch nicht vereinbart worden, so dass sich die hier zu beurteilende Streitfrage, ob die Beauftragung der Leistungsphase 7 als vorzeitiger förderschädlicher Vorhabenbeginn behandelt wurde, nicht stellte. Die diesbezüglichen Verwaltungsentscheidungen sind daher für die Feststellung der behaupteten Verwaltungspraxis unergiebig und ohne Belang.
- 32 In drei der vier verbleibenden Fälle wurde die beantragte Zuwendung bis Dezember 2013 trotz vorzeitiger Beauftragung der Leistungsphase 7 bewilligt, nämlich in den beiden Vorhaben des Klägers mit dem Zuwendungsbescheid vom 17. September 2009 betreffend die Altdeponie G1..... und dem hier in Rede stehenden Zuwendungsbescheid vom 4. Dezember 2012 sowie in dem Vorhaben eines anderen Antragstellers mit Zuwendungsbescheid vom 17. Dezember 2012 (vgl. Bl. 40 bis 43 der Widerspruchsakte). Lediglich in einem der vier Fälle (Vorhaben des Klägers betreffend die Deponie H.....) wurde die Zuwendung mit Bescheid vom 11. Dezember 2013 wegen vorzeitigen förderschädlichen Vorhabenbeginns mit der Vereinbarung der Leistungsphase 7 abgelehnt. Ohne Bedeutung für die Feststellung der vom Beklagten behaupteten Verwaltungspraxis im hier maßgeblichen Zeitraum bis Dezember 2013 ist, dass der hiesige Zuwendungsbescheid mit dem streitgegenständlichen Rücknahmebescheid vom 18. Juli 2014 und der Zuwendungsbescheid vom 17. Dezember 2012 mit Bescheid vom 27. Juni 2014 jeweils mit der Begründung zurückgenommen wurden, dass spätestens die Leistungsphase 7 der Ausführung des Vorhabens zuzuordnen sei. Denn in diesen Rücknahmebescheiden wird zur Begründung primär auf die Rechtsprechung des Niedersächsischen Obergerverwaltungsgerichts (beginnend mit dem Urteil v. 13. September 2012 - 8 LB 58/12 -) Bezug genommen, die der Beklagte - wie schon in dem Versagungsbescheid betreffend die Deponie H..... vom 11. Dezember 2013 -

als "herrschende Rechtsmeinung" bezeichnet. Davon dass diese Zuordnung, wie sie in diesen Bescheiden erstmals zum Ausdruck kommt, keine neue Verwaltungspraxis begründen soll, sondern einer bereits - bei Erlass des Zuwendungsbescheids und im dort bestimmten Bewilligungszeitraum - bestehenden Verwaltungspraxis entsprach, ist und kann nicht die Rede sein, weil die Zuwendung wegen vorzeitiger Beauftragung der Leistungsphase 7 - wie dargelegt - bis Dezember 2013 nur in einem von vier Fällen versagt und in keinem einzigen Fall vor 2014 zurückgenommen wurde.

- 33 Anders als das Verwaltungsgericht annimmt, wird dieses Ergebnis indiziell auch durch den an mehrere Landkreise versandten Vermerk des Regierungspräsidiums Dresden vom 5. September 2003 bestätigt. Dieser bezieht sich zwar auf eine Vorgängerrichtlinie und zudem nicht auf die Problematik des vorzeitigen Baubeginns, sondern auf die Anrechenbarkeit von pauschalierten Planungsleistungen. Er enthält aber die klare Festlegung, dass dabei in Zuwendungsbescheiden Ingenieurleistungen bis einschließlich Leistungsphase 7 dem Planungsstadium und Ingenieurleistungen ab Leistungsphase 8 dem Ausführungsstadium zugeordnet werden. Es ist kein Grund ersichtlich und wird auch vom Beklagten nicht erklärt, warum für die Förderunschädlichkeit von vorzeitigen Ingenieurleistungen eine andere Zuordnung erfolgen soll.
- 34 2. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist ein förderschädlicher vorzeitiger Baubeginn auch nicht in der am 23. März 2012 erfolgten Ausschreibung von Bauleistungen nach VOB/A 2009 zu erblicken.
- 35 Festzuhalten ist zunächst, dass die Verwaltungsvorschriften den vorzeitigen Baubeginn kraft der Fiktionsbestimmung in Nr. 1.3.1 VwV-SäHO zu § 44 SäHO und Nr. 4.3.2 Satz 1 BuG/2007 nicht erst nach Vergabe mit den Baumaßnahmen starten lassen, sondern vorverlagern auf den Abschluss des der Ausführung zuzurechnenden Leistungsvertrags. Der Leistungsvertrag über die ausgeschriebenen Baumaßnahmen kommt erst durch die Zuschlagserteilung, die zivilrechtlich die Annahme des Angebots des (ausgewählten) Bieters darstellt, oder unter den Bedingungen des § 18 Abs. 2 VOB/A 2009 mit Annahmeerklärung des Bieters zustande. Die Ausschreibung selbst begründet dagegen noch keinen Leistungsvertrag, sondern lediglich ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, das die Parteien zur gegenseitigen

Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 2. Mai 2007 - 6 B 10.07 -, juris Rn. 7 und oben Rn. 28 f.). Damit erstreckt sich der vorzeitige Baubeginn nach dem Wortlaut der genannten Verwaltungsvorschriften nicht auf eine Ausschreibung.

- 36 Eine vom Wortlaut abweichende, im maßgeblichen Zeitpunkt mit Billigung oder Duldung des Vorschriftengebers geübte tatsächliche Verwaltungspraxis, die bei vergabepflichtigen Aufträgen für Bauleistungen bereits deren Ausschreibung als Baubeginn wertet, hat der Beklagte schon nicht behauptet und belegt. Das Verwaltungsgericht hat eine solche Praxis dementsprechend auch nicht festgestellt, sondern der Sache nach die Verwaltungsvorschriften zum vorzeitigen Baubeginn eigenständig mit dem Ergebnis ausgelegt, dass bereits die dem Abschluss des Bauleistungsvertrags vorangehende Ausschreibung darunter fällt. Ob es sich dabei zu Recht auf das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht bezieht, kann dahinstehen. Dagegen könnte sprechen, dass dessen Ausführungen zur Ausschreibung vom rechtlichen Ansatz her dazu dienen, den gesetzlichen Begriff der Leistungsphase 7 auszulegen (vgl. oben Rn. 28 f.). Jedenfalls unterliegen ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften, hier zum vorzeitigen Baubeginn, keiner gerichtlichen Auslegung nach den für Gesetze geltenden Kriterien (vgl. BVerwG, Urt. v. 16. Juni 2015 - 10 C 15.14 -, juris Rn. 24).
- 37 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.
- 38 Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
- 39 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (vgl. § 132 Abs. 2 VwGO).

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Sächsischen Obergerverwaltungsgericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24. November 2017 (BGBl. I S. 3803) in der jeweils geltenden Fassung einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung und der Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung einzureichen.

In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden. In Rechtstreitigkeiten aus dem Beamtenverhältnis und Disziplinarrecht kann auch die Abweichung des Urteils von einer Entscheidung eines anderen Obergerverwaltungsgerichts vorgetragen werden, wenn es auf diese Abweichung beruht, solange eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen.

In Angelegenheiten, die ein gegenwärtiges oder früheres Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis oder die Entstehung eines solchen Verhältnisses betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder vertretungsbefugt. Vertretungsbefugt sind auch juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Diese Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:

Dehoust

Drehwald

Groschupp