

Az.: 6 A 333/19  
4 K 68/15



# SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

## Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Kläger -  
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Sächsische Aufbaubank - Förderbank -  
Anstalt des öffentlichen Rechts  
vertreten durch den Vorstand  
Pirnaische Straße 9, 01069 Dresden

- Beklagte -  
- Berufungsbeklagte -

wegen

Zuwendung nach einer Einzelfallregelung für Unternehmen Hochwasser 2010  
hier: Berufung

hat der 6. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dehoust, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Drehwald und den Richter am Oberverwaltungsgericht Groschupp ohne weitere mündlichen Verhandlung

am 5. Januar 2023

### **für Recht erkannt:**

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 14. November 2018 - 4 K 68/15 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Die Kostenentscheidung dieses Urteils und die Entscheidung über die Widerklage sowie für den Kläger die Kostenentscheidung des Verwaltungsgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 v. H. des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn der jeweilige Vollstreckungsgläubiger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 v. H. des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

- 1 Der Kläger wendet sich gegen die Teilrückforderung einer Zuwendung, die er zur Beseitigung von Hochwasserschäden an mehreren von ihm in O..... betriebenen Bäckereifilialen erhielt.
  
- 2 Mit Zuwendungsbescheid vom 17. Februar 2011 bewilligte die Beklagte dem Kläger auf der Grundlage der Richtlinie des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr zur Beseitigung von Schäden in Unternehmen in Folge des Hochwassers im August (RL Darlehensprogramm Unternehmen Hochwasser 2010 - im Folgenden: Richtlinie) vom 17. August 2010 (SächsABl. SDr Nr. 3/10, S. 142) i. d. F. der Änderungsrichtlinie vom 15. September 2010 (SächsABl. S. 1411) und der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr zur Behebung von Schäden infolge des Sommerhochwassers 2010 (VwV SMWA Aufbauhilfe Sommerhochwasser 2010, SächsABl. S. 1720) eine „bedingt rückzahlbare Zuwendung von 38,23 % der zuwendungsfähigen Ausgaben, höchstens jedoch in Höhe von 82.850,00 EUR" als Anteilfinanzierung und als Projektförderung auf Ausgabenbasis. Der Zuwendungsbescheid enthält im letzten Absatz unter Nr. 6 folgende Nebenbestimmung:

"Der Zuwendungsempfänger ist zu einer Rückzahlung des Zuschusses verpflichtet, sollte in den auf die Zuschussgewährung (Datum des Bescheides) folgenden fünf Jahren eine nach Maßgabe der Besserungsvereinbarung (Anlage) zu bestimmende Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Zuwendungsempfängers dies zulassen. Der Zuwendungsempfänger ist verpflichtet, der SAB entsprechend der Besserungsvereinbarung die dort genannten Unterlagen vorzulegen."

- 3 Dem Zuwendungsbescheid war als Anlage eine von der Beklagten standardmäßig formulierte und unterzeichnete Besserungsvereinbarung beigelegt, die der Kläger am 1. März 2011 gegenzeichnete. Zeitgleich schlossen die Beteiligten einen Darlehensvertrag über die Gewährung eines aus Fördermitteln zur Verfügung gestellten zinsverbilligten zweckgebundenen Darlehens in Höhe von 114.850,00 €. In der Besserungsvereinbarung (im Folgenden: BV) heißt es auszugsweise:

1. Mit Zuwendungsbescheid vom 17.02.2011 gewährte die Sächsische Aufbaubank - Förderbank- (SAB) eine zweckgebundene Zuwendung nach der Richtlinie "Darlehensprogramm Unternehmen Hochwasser 2010".

Gemäß Zuwendungsbescheid ist der Zuwendungsempfänger zu einer Rückzahlung des Zuschusses verpflichtet, sollte in den auf die Zuschussgewährung folgenden fünf Geschäftsjahren eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation dies zulassen.

2. Erwirtschaftet der Zuwendungsempfänger in den Geschäftsjahren 2011 bis einschließlich 2015 nach Maßgabe der nachfolgend getroffenen Regelungen Gewinn, so werden Rückzahlungen in Höhe von 40% des jeweils maßgeblichen Gewinns vorgenommen (Besserungszahlungen). ...
3. Der Zuwendungsempfänger verpflichtet sich, jeweils spätestens zum 30. September des Folgejahres - bzw. wenn das Geschäftsjahr nicht am 1. Januar beginnt, neun Monate nach Ende des aktuellen Geschäftsjahres - den Jahresabschluss des betreffenden Geschäftsjahres unter Beifügung einer vom Steuerberater/Wirtschaftsprüfer bestätigten Berechnung gemäß Punkt 2 und 4 des maßgebenden Gewinns und einer Ermittlung der fälligen Besserungszahlung zu übersenden.

...

Die Besserungszahlung ist 14 Tage, nachdem die SAB dem Zuwendungsempfänger die Höhe der Besserungszahlung bestätigt hat, zu leisten.

4. Der maßgebende Gewinn ergibt sich aus dem Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag gemäß § 275 HGB unter

Einhaltung der nachfolgend genannten Rahmenbedingungen und Korrekturen:

a) Vergütung der geschäftsführenden Gesellschafter (...) dürfen das Jahresergebnis nur bis zu max. 100.000,00 je Gesellschafter mindern. ...

...

i) Investitionen in Anlagevermögen zur Erhaltung und Entwicklung des Geschäftsbetriebes des jeweiligen Jahres sind, soweit sie nicht bereits über Abschreibungen berücksichtigt wurden, vom maßgeblichen Gewinn abzuziehen. In den Folgejahren sind hierauf entfallende Abschreibungen hinzurechnen.“

4 Am 29. April 2011 wurden der Zuschuss wegen Anrechnung zwischenzeitlich erhöhter Spendenanteile in Höhe von 76.900,00 € und das Darlehen in voller Höhe ausgezahlt.

5 Mit Schreiben vom 25. Juni 2014, das der Kläger am 18. Juli 2014 gegenzeichnete, schlug die Beklagte dem Kläger eine Anpassung von Nr. 2 BV vor, nach der die Höhe einer möglichen Rückzahlung ab dem Geschäftsjahr 2012 nur noch 20 % des jeweils maßgeblichen Gewinns beträgt.

6 Nachdem die Beklagte die vom Kläger im Mai 2014 vervollständigten Unterlagen des Jahresabschlusses des Geschäftsjahrs 2012 geprüft und einen Gewinn in Höhe von 49.563,35 € ermittelt hatte, widerrief sie mit Bescheid vom 27. Juni 2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Dezember 2014, zugestellt am 15. Dezember 2014, den Zuwendungsbescheid vom 17. Februar 2011 in Höhe von 9.912,67 € und ordnete die Erstattung dieses Betrages an. Zur Begründung wurde ausgeführt: Die Besserungsabrede sei wirksam abgeschlossen und durch die Änderung in Form der Herabsetzung der Rückforderung auf 20% des jährlichen Gewinns nochmal beidseits bestätigt worden. Eine Rechtswidrigkeit der Vereinbarung sei nicht ersichtlich. Der Erhalt und Ausbau der Wettbewerbsfähigkeit seien nicht gefährdet, weil bereits auf Tatbestandsseite, d. h. bei der Gewinnermittlung, Investitionskosten hinreichend berücksichtigt würden (Nr. 4 Buchst. i BV). Ein Verlustübertrag sei ausweislich der Besserungsvereinbarung nicht zu berücksichtigen, da diese auf den nach § 275 HGB zu ermittelnden Jahresüberschuss abstelle, welcher keinen Verlust- oder Gewinnvortrag beinhalte. Die Bewilligung der Zuwendung sei ein Ausnahmefall. Wahrscheinlich habe ein vorhandener Verlust erst zur Zuwendung geführt, so dass der Einwand, dass bei schwankenden Gewinnen und Verlusten keine Zuwendung zurückgefordert werden dürfe, ins Leere gehe. Die wirtschaftliche Besserung sei unter

Beachtung der Grundsätze der Besserungsvereinbarung auch eingetreten. Soweit der Kläger auf Liquiditätsengpässe verweise, habe er Kredite zur Firmenerweiterung im Jahr 2011 im Wissen um die Besserungsvereinbarung aufgenommen. Da der Betrieb nach dem klägerischen Vortrag eine positive Tendenz aufweise und angesichts der relativ hohen Kreditsummen sei es nicht wahrscheinlich, dass die streitgegenständliche Rückforderung das Unternehmen in seiner Existenz gefährde. Mit der Erzielung des festgestellten Gewinns sei der Widerruf gerechtfertigt. Auch nach nochmaliger Ermessensbetätigung komme die Beklagte nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Lage des Klägers sei durch die Absenkung von 40 % auf 20 % des Gewinns ausreichend berücksichtigt worden. Sofern man von der Rechtswidrigkeit der Besserungsvereinbarung ausgehe, sei der Zuwendungsbescheid im Ganzen aufzuheben, weil eine Bewilligung ohne Besserungsvereinbarung nicht erfolgen könne.

- 7 Der Kläger hat am 15. Januar 2015 Klage erhoben, der die Beklagte primär entgegengetreten ist; hilfsweise hat sie, nachdem das Verwaltungsgericht in der ersten mündlichen Verhandlung vom 18. Januar 2017 Bedenken gegen die Geltendmachung der Erstattungsforderung in Form eines Verwaltungsakts geäußert hatte, am 27. Februar 2017 Widerklage mit dem Ziel erhoben, den Kläger zu verurteilen, 9.912,67 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung an sie zu zahlen.
- 8 Mit Urteil vom 14. November 2018, zugestellt am 11. Februar 2019, hat das Verwaltungsgericht der Anfechtungsklage des Klägers und der Widerklage der Beklagten stattgegeben. Die Anfechtungsklage sei zulässig und begründet, da die Beklagte nicht berechtigt sei, den teilweisen Widerruf und die Erstattung der Zuwendung in Form eines Verwaltungsakts festzusetzen. Die Widerklage des Beklagten sei zulässig, insbesondere nach § 89 Abs. 1 und 2 VwGO statthaft, da die Anfechtungsklage auch damit begründet worden sei, dass der Erlass eines Leistungsbescheids mangels Subordinationsverhältnisses zwischen den Beteiligten unzulässig sei. Die Widerklage sei auch begründet. Die Beklagte habe einen Rückzahlungsanspruch aus Nummer 6 des Zuwendungsbescheids vom 17. Februar 2011 i. V. m. der am 1. März 2011 abgeschlossenen Besserungsvereinbarung. Bei dieser Vereinbarung handele es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, auf den die Vorschrift über Austauschverträge nach § 56 VwVfG (hier und im Folgenden: i. V. m. § 1 Satz 1 SächsVwVfZG) zumindest entsprechende Anwendung fänden. Nichtigkeitsgründe lägen nicht vor. Spezielle bei subordinationsrechtlichen Verträgen geltende Nichtigkeitsgründe nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG seien nicht erkennbar. Ein entsprechender Verwaltungsakt wäre nicht deshalb nichtig, weil Steuermittel in einem

bestimmten Umfang wieder zurückgeführt würden, wenn eine Zuwendung dazu führe, dass sich der wirtschaftliche Erfolg (wieder) einstelle. Auch die vom Kläger monierten Modalitäten der Gewinnermittlung in der Besserungsvereinbarung seien keine schwerwiegenden Fehler, die im Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung und den ihr zugrunde liegenden Wertvorstellungen der Gemeinschaft stünden. Ein nach § 59 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 134 BGB zur Nichtigkeit führender Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot sei ebenfalls nicht erkennbar. Der Einwand des Klägers, dass die Besserungsvereinbarung nicht Ziffer VIII Nr. 5.3 der Richtlinie entspreche, begründe keinen derartigen Verstoß, da es sich um eine Verwaltungsvorschrift ohne Verbotscharakter handele. Soweit der Kläger einen Verstoß gegen Art. 3 GG rüge, könnte er sich allenfalls auf die Gleichbehandlung aller vom Hochwasser betroffenen und durch die Richtlinie geförderten Unternehmer berufen. Da er als bilanzierender Einzelunternehmer selbst unter Nr. 4 BV über buchführungspflichtige Unternehmen falle, sei er hinsichtlich der von ihm beanstandeten Regelung, dass buchführungspflichtigen Unternehmen eine Vergütung für jeden geschäftsführenden Gesellschafter in Höhe von 100.000 € jährlich möglich sei und ein nichtbuchführungspflichtiger Zuwendungsempfänger lediglich 40.000 € jährlich als Betriebsausgabe geltend machen könne, nicht beschwert. Hinsichtlich des Einwands, dass buchführungspflichtige Unternehmer, welche zu Gunsten des Unternehmens auf zulässige Entnahmen verzichteten, benachteiligt seien, vermöge das Gericht eine Ungleichbehandlung nicht zu erkennen. Der Vertrag sei auch nicht gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 138 BGB wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, weil der Kläger geltend mache, dass er die Besserungsvereinbarung nur in Folge seiner durch das Hochwasser entstandenen Notlage eingegangen sei. Die Beklagte habe insoweit nur Ziffer VIII.5.3 der Richtlinie, wonach in den Zuwendungsbescheid eine Besserungsvereinbarung aufzunehmen sei, umgesetzt. Hinsichtlich der Geltendmachung des vertraglichen Anspruchs stehe der Beklagten auch kein Ermessen zu. Nach Ziffer VIII Nr. 5.3 der Richtlinie habe die Beklagte auf Tatbestandsseite zu prüfen und zu entscheiden, ob der Zuschussnehmer in der Lage sei, den gewährten Zuschuss zurückzuzahlen. Ein Ermessen, von der Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs abzusehen, sei ihr nicht eingeräumt. Soweit der Kläger hier eine Korrektur des Vertrags im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung für geboten halte, sei dies aus Sicht des Gerichts mangels einer planwidrigen Regelungslücke in der Vereinbarung nicht zielführend.

- 9 Mit seiner vom Senat zugelassenen Berufung begehrt der Kläger die Abweisung der Widerklage. Zur Begründung trägt er vor:

10 Das angegriffene Urteil setze sich nicht damit auseinander, ob die Besserungsvereinbarung, insbesondere deren Nr. 4 Buchst. i, nach § 62 Satz 2 VwVfG i. V. m. § 307, § 310 Abs. 1 BGB unwirksam sei. Die Bestimmungen der Besserungsvereinbarung, die die Beklagte einseitig gestellt habe, seien wie Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligten. Sinn und Zweck der Vereinbarung sei es, dass eine Rückforderung der Zuwendung nur bei einer entsprechenden Leistungsfähigkeit des Zuwendungsempfängers erfolgen solle. Diesen Zweck setze die Besserungsvereinbarung nicht um und führe zu willkürlichen, ihn unangemessen benachteiligenden Ergebnissen, da sein im Jahr 2011 in die Modernisierung des Anlagevermögens getätigter Investitionsaufwand in Höhe von 202.581 € nur zur Minderung des von vorneherein negativen Jahresüberschusses des Jahres 2011 und damit letztlich zur Beurteilung der Frage, ob eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse tatsächlich eingetreten sei, im Grunde überhaupt nicht mehr berücksichtigt werde. Hätte er mit dem Investitionsaufwand entgegen den betrieblichen Notwendigkeiten zugewartet und den Aufwand auf die Folgejahre verteilt, so wäre er nach den Vorgaben der Besserungsvereinbarung zu berücksichtigen gewesen, obwohl das Unternehmen wirtschaftlich nicht besser dagestanden hätte. Eine weitere Benachteiligung desjenigen, der - wie er - wegen der angespannten Liquiditätslage auf eine Entnahme im zulässigen Rahmen von 100.000 € verzichte, sei darin zu erblicken, dass nur die tatsächlichen Entnahmen bei der Berechnung der Bemessungsgrundlage wertmindernd berücksichtigt würden. Hätte er den Rahmen ausgeschöpft und ca. 45.000 € zulasten des Unternehmens entnommen, wäre die Bemessungsgrundlage auf 4.392,64 € gesunken und ergäbe sich eine Rückzahlungsverpflichtung nur in Höhe von 878,53 €. Die Beklagte benachteilige ihn auch dadurch, dass die offenbar jahresbezogene Beurteilung seine wirtschaftliche Situation und Leistungsfähigkeit nicht abbilde, wie die von ihr zugrunde gelegten Jahreswerte (2011: -347.317,71 €, 2012: 49.563,35 €, 2013: -95.396,03 €, 2014: 123.078,89 € und 2015: 112.467,09 €; Gesamt 2011-2015: -157.604,41 €) zeigten. Die Zuschussgewährung verspreche zwar in erster Linie eine schnelle Unterstützung für notleidende Unternehmen, allerdings seien die Regelungen so ausgestaltet, dass eine vollständige und alsbaldige Rückführung der Fördermittel erfolge. Die Anwendbarkeit des § 307 werde über § 62 Satz 2 VwVfG auch nicht durch § 59 VwVfG als Spezialvorschrift verdrängt, wie die Beklagte meine. Die Frage sei nicht, ob das AGB-Recht von vorneherein keine Anwendung finde, sondern, in welchem Umfang einzelne AGB-Bestimmungen ohne Wertungswiderspruch zu den Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes gelten (können). Es sei kein Grund

ersichtlich, dem Kläger Schutzrechte abzuschneiden, die in ihrem Schutzbereich auf Ebene des Zivilrechts weitergingen, als dies vereinzelte Vorschriften im Verwaltungsverfahrensrecht und im Fachrecht (§ 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG, § 11 Abs. 2 BauGB) leisten könnten.

- 11 Das Verwaltungsgericht habe auch zu Unrecht eine Nichtigkeit der Besserungsvereinbarung nach § 59 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 138 BGB wegen Verstoßes gegen die guten Sitten verneint. Die Sittenwidrigkeit ergebe sich daraus, dass die Beklagte dem Kläger unter Ausnutzung seiner Zwangs- und Notlage Bedingungen zur teilweisen Rückzahlung aufdiktiert habe, die ihn in den Jahren 2011 bis 2015 zusätzlich finanziell belasten sollten, ohne dass er wirtschaftlich zur Rückzahlung imstande gewesen sei.
- 12 Die Ungleichbehandlung, die das Verwaltungsgericht verkannt habe, liege darin, dass bei bilanziell identischen Voraussetzungen einem Unternehmen mit angespannter Liquiditätslage, die eine Entnahme im zulässigen Rahmen von 100.000 € nicht zulasse, eine (weitergehende) „Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse“ attestiert werde, als einem Unternehmen mit ausreichender Liquidität, wobei noch hinzukomme, dass bei Unternehmen mit mehreren geschäftsführenden Gesellschaftern der genannte Rahmen pro geschäftsführender Gesellschafter als Betriebsausgaben abgesetzt werden könnten. Interessengerechter wäre es gewesen, die Besserungsvereinbarung so zu formulieren, dass Entnahmen bis zu einem Betrag von 100.000 € unabhängig davon, ob sie tatsächlich getätigt würden und unabhängig von der Anzahl der geschäftsführenden Gesellschafter nicht berücksichtigt würden.
- 13 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei auch die Ermessensausübung der Beklagten fehlerhaft, weil sie nicht geprüft habe, ob seine wirtschaftlichen Verhältnisse eine Rückforderung tatsächlich zuließen. Erforderlich sei eine zweistufige Prüfung, ob eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse tatsächlich eingetreten sei und sodann, ob diese eine Rückzahlung zulasse.
- 14 Schließlich leide das Urteil an wesentlichen Verfahrensmängeln, da das Verwaltungsgericht der von ihm hilfsweise für den Fall, dass die Besserungsvereinbarung nicht bereits unwirksam sei, vertretenen ergänzenden Vertragsauslegung ohne vorhergehenden richterlichen Hinweis entgegengehalten habe, es fehle an der dafür erforderlichen planwidrigen Regelungslücke, zu der er nichts vorgetragen habe.

15 Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 14. November 2018 - 4 K 68/15 -, soweit es die Widerklage der Beklagten betrifft, zu ändern und die Widerklage abzuweisen.

16 Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

17 Sie trägt vor, die Anwendung der §§ 305 ff. BGB komme nach § 62 Satz 2 VwVfG nicht in Betracht, weil § 59 VwVfG eine spezialgesetzliche Vorschrift sei, die zum Schutz des Vertragspartners der Behörde ausreichend sei. Ein Rückgriff auf §§ 305 bis 310 BGB sei auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts auch deshalb nicht erforderlich, weil der Grundsatz von Treu und Glauben ohnehin Anwendung finde. Selbst wenn man von einer entsprechenden Anwendbarkeit ausginge, sei die Besserungsvereinbarung keine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern der (vollständige) Vertrag. Auch Nummer 4 BV sei keine Allgemeine Geschäftsbedingung. Die Besserungsvereinbarung und ihre Bestimmungen seien integraler Bestandteil der Förderung und ihrer Konditionen bzw. des Zuwendungsbescheids. Die Förderung sei bedingt rückzahlbar gewährt worden, und die Besserungsvereinbarung konkretisierte die Bedingungen der Rückzahlung, indem sie lediglich die Modalitäten der Zuwendung, also Art und Umfang der von ihr gewährten Leistung, definiere. Die Modalitäten seien das, was sie dem Kläger als Hauptleistungsgegenstand gewähre und schon deshalb nicht nach AGB-Recht überprüfungsfähig. Die Pflicht aus der Besserungsvereinbarung hätte ebenso direkt im Zuwendungsbescheid geregelt werden können, weswegen die rechtliche Zulässigkeit der Vertragsregelung nicht über § 307 BGB anders zu bewerten sei als eine Regelung durch Verwaltungsakt. Zudem unterläge Nummer 4 BV auch deshalb nicht der gerichtlichen AGB-Kontrolle, weil die einzigen für die Zuwendungsgewährung in Betracht kommenden Rechtsvorschriften Art. 3 GG sowie §§ 23, 44 SÄHO seien, von denen nicht im Sinne von § 307 Abs. 3 BGB abgewichen werde.

18 Ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) liege nicht vor. Prüfungsmaßstab seien die zuwendungsrechtlichen Bestimmungen, aus denen sich Sinn und Zweck der Zuwendungsgewährung und im Verhältnis der Vertragsparteien die Berechtigung, die erhaltene Zuwendung behalten zu dürfen, ergäben. Nach der Richtlinie bestehe kein

Rechtsanspruch auf Förderung (Ziffer I Nr. 3). Im Regelfall erfolge die Zuwendungsgewährung in Form einer Zinsverbilligung für Kapitalmarktdarlehen (Ziffer V Nr. 3) und nur in Einzelfällen, in denen die Darlehensgewährung nicht ausreichend sei zur Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs, könne ergänzend zur Darlehensgewährung ein Zuschuss zu den Kosten der Schadensbeseitigung gewährt werden, wobei dann im Zuwendungsbescheid eine Besserungsvereinbarung aufgenommen werde (Ziffer VIII Nr. 4.1, 5.2 und 5.3), deren Ziffer VIII Nr. 4.1, 5.2 und 5.3 Ausgestaltung in Einklang mit den Richtlinienbestimmungen stehe. Der Zuwendungszweck sei durch die Besserungsvereinbarung weder eingeschränkt noch gefährdet, sondern erreicht worden. Der Kläger habe nach dem Hochwasserereignis seinen Geschäftsbetrieb wiederaufnehmen können, sein Unternehmen wirtschaftlich stabilisieren und im August 2018 in eine wettbewerbsfähige GmbH & Co. KG mit seinen beiden Söhnen als Gesellschaftern und Kommanditisten umwandeln können. Offensichtlich seien dem Kläger, der bereits 2011, ein Jahr nach dem Schadensereignis in das Anlagevermögen seines Unternehmens über 200.000 € investiert habe, durch die Zuwendungsgewährung genau die finanziellen Spielräume verschafft worden, die es ihm ermöglichten, nicht nur die Notsituation zu überwinden, sondern eine Erweiterungsinvestition zu tätigen und sein Unternehmen erfolgreich weiterzuentwickeln. Die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung des klägerischen Unternehmens habe auch eine Rückzahlung des Zuschusses zugelassen. Die Auswertung der Unternehmenskennzahlen zeige, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse im zu betrachtenden Fünfjahreszeitraum wesentlich verbessert hätten. Die Umsatzerlöse seien von 1.216 Tsd. € (2012) auf 2.029 Tsd. € (2015) gestiegen. Das Jahresergebnis habe sich zwischen 2012 und 2015 mehr als verdoppelt und lediglich im Jahr 2013 unter 100 Tsd. € gelegen. Damit hebe sich der Kläger von den zwölf anderen Zuwendungsempfängern ab, denen ebenfalls ein zinsverbilligtes Darlehen in Kombination mit einem Zuschuss bewilligt worden sei; vier davon hätten trotz Förderung Insolvenz anmelden müssen, vier Betrieben sei eine Rückzahlung des Zuschusses nicht zumutbar gewesen, von den restlichen vier seien alle außer dem Kläger der Rückzahlungsverpflichtung nachgekommen. Auch er habe allerdings zur Vermeidung von Prozesszinsen im Mai 2019 den Zuschuss in Höhe von 56.416,30 € einschließlich der hier streitigen Rückforderung unter Vorbehalt an die Beklagte überwiesen. Vor diesem Hintergrund gebe es keinerlei Anhaltspunkte für eine Treu- oder Sittenwidrigkeit oder für die vom Kläger behauptete Willkürlichkeit und Benachteiligung. Insbesondere überzeuge es nicht, dass er im Jahr 2012 trotz eines Jahresüberschusses von mehr als 110 Tsd. € allein aus Gründen der angespannten Liquiditätslage den zulässigen Entnahmebetrag nicht ausgeschöpft habe, zumal er im

Folgejahr bei einem Jahresüberschuss von lediglich knapp 25 Tsd. € Privatentnahmen von fast 80.000 Tsd. getätigt habe. Es könne auch keine Rede davon sein, dass ein eklatantes Missverhältnis zwischen Leistung (Zuschuss) und Gegenleistung (Rückforderung) vorliege. Im Gegenteil sei dem Kläger nach nachhaltiger tatsächlicher Besserung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse im Fünfjahreszeitraum die Rückzahlung der aus Steuermitteln finanzierten Zuwendung ohne Zinsverpflichtung zumutbar. Es sei daher schlicht abwegig, in der Gewährung einer bedingt rückzahlbaren Zuwendung eine finanzielle Überforderung und in der geschlossenen Besserungsvereinbarung einen Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken.

19 Im Übrigen sei eine Rückforderung aus beihilferechtlichen Gründen zwingend geboten gewesen. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz liege ebenfalls nicht vor. Auch Ermessensfehler seien nicht erkennbar. Für eine Ermessensausübung sei bei Eintritt der Bedingungen für eine Rückzahlung kein Raum. Selbst wenn Ermessen auszuüben gewesen wäre, habe die Beklagte die Erhebung ihrer Widerklage sehr wohl abgewogen. Sie habe sich Kenntnis von seiner wirtschaftlichen Situation verschafft und seine Unternehmensdaten über fünf Jahre mit dem Ergebnis ausgewertet, dass der Zuwendungszweck erreicht worden sei.

20 Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf die Gerichtsakten und die Verwaltungsakte (1 Heftung), die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

21 Der Senat entscheidet ohne weitere mündliche Verhandlung, weil die Beteiligten hierzu ihr Einverständnis erteilt haben (vgl. § 125 Abs. 1 Satz 1, § 101 Abs. 2 VwGO).

22 Die zulässige Berufung des Klägers bleibt ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat der Widerklage der Beklagten zu Recht stattgegeben. Die Widerklage ist zulässig und begründet.

23 1. Der Zulässigkeit der Widerklage steht insbesondere nicht die Vorschrift des § 89 Abs. 2 VwGO entgegen, wonach die Widerklage bei einer Anfechtungsklage ausgeschlossen ist. Diese Vorschrift ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 8. September 2005 - 3 C 49.04 -, juris Rn. 32) einschränkend auszulegen. Sie soll den Prozess um einen Verwaltungsakt von allem

anderen freihalten und mit dieser Konzentration auf die Frage der Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns dem Rechtsschutz des Bürgers dienen. Dieser Zweck wird durch Zulassung einer Widerklage der Behörde dann nicht verfehlt, wenn ein Subordinationsverhältnis, aus dem heraus die Behörde den umstrittenen Verwaltungsakt erlassen hat, in Wirklichkeit nicht besteht und die Widerklage denselben Streitstoff betrifft wie die Klage. Wird die Anfechtungsklage gegen einen Leistungsbescheid - wie das Verwaltungsgericht hier angenommen hat - damit begründet, dass zwischen den Beteiligten ein Subordinationsverhältnis nicht bestehe und die Beklagte daher zur Geltendmachung ihrer Forderung im Wege des Leistungsbescheides nicht berechtigt gewesen sei, so ist anerkannt, dass § 89 Abs. 2 VwGO der Geltendmachung der Forderung im Wege der hilfsweisen Erhebung der Widerklage durch die Behörde nicht entgegensteht (BVerwG a. a. O.; Ortloff/Riese in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: 37. EL Juli 2019, § 89 Rn. 12a).

- 24 2. Die mit der Widerklage geltend gemachte Leistungsklage ist auch begründet, weil der Beklagten gegenüber dem Kläger ein Rückzahlungsanspruch im streitgegenständlichen Umfang aus dem Zuwendungsbescheid vom 17. Februar 2011 in Verbindung mit der Besserungsvereinbarung vom 1. März 2011 und der Entscheidung der Beklagten nach Ziffer VIII.5.3 Satz 3 und 4 der Richtlinie über den Eintritt der Besserungsbedingung, zusteht.
- 25 a) Mit dem Zuwendungsbescheid wurde dem Kläger auf der Grundlage der der Richtlinie zur Beseitigung von Schäden am Anlagevermögen seines Bäckereiunternehmens ergänzend zu einem zinsverbilligten Darlehen im Wege der „Einzelfallregelung für Unternehmen Hochwasser 2010“ eine „bedingt rückzahlbare Zuwendung“ bewilligt. Die Kombination von zinsverbilligtem Darlehen nach Ziffer V.3 und Zuschuss nach Ziffer VIII sieht die Richtlinie für Einzelfälle vor, in denen die alleinige Darlehensgewährung nicht ausreichend zur Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs ist (vgl. Ziffer VIII Nr. 4.1) und bestimmt dafür in Ziffer VIII Nr. 5.3 Satz 1, dass in den Zuwendungsbescheid eine Besserungsvereinbarung aufgenommen wird, wonach sich der Zuwendungsempfänger zur Rückzahlung verpflichtet, „sollte in den auf die Zuschussgewährung ... folgenden fünf Jahren eine nach Maßgabe der Besserungsvereinbarung (Anlage) zu bestimmende Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Zuwendungsempfängers dies zulassen“. Nach Ziffer VIII Nr. 5.3 Satz 3 der Richtlinie prüft und entscheidet die Beklagte, ob und in welcher Höhe der Zuwendungsempfänger rückwirkend in der Lage ist, den Zuschuss zurückzuzahlen. Der ihr dabei eingeräumte weite Beurteilungsspielraum wird in der

Richtlinie nur dadurch eingegrenzt, dass die Beklagte die vom Zuwendungsempfänger in diesem Zeitraum vorzulegenden Jahresabschlüsse sowie die notwendigen Investitionen zum Erhalt und Ausbau der Wettbewerbsfähigkeit zu berücksichtigen hat (vgl. Ziffer VIII Nr. 5.3 Satz 2 und 4). Im Streitfall wurden diese Richtlinienbestimmungen dergestalt umgesetzt, dass die bedingte Rückzahlungsverpflichtung unter der Bezeichnung „Nr. 6 Nebenbestimmungen“ bereits als integrale Inhaltsbestimmung des Zuwendungsbescheids geregelt und zwischen den Beteiligten eine dem Bescheid als Anlage beigefügte Besserungsvereinbarung als öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen wurde, in dem sie die im Bescheid festgelegte bedingte Rückzahlungsverpflichtung voraussetzen (Nr. 1 Abs. 2 BV) und die Modalitäten zur Ermittlung des Eintritts der Rückzahlungsbedingung sowie der Fälligkeit der Besserungszahlung (Nr. 2 bis 4 BV) festlegen. Diese Verfahrensweise hat zur Folge, dass die vereinbarten Modalitäten zur Gewinnermittlung den Beurteilungsspielraum der Beklagten bei ihrer Entscheidung über die für den Eintritt der Besserungsbedingung maßgebliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit weiter eingrenzen und die Entscheidung, sofern sie die Modalitäten der Besserungsvereinbarung einhält und diese wirksam sind, zur Rückzahlungsverpflichtung des Klägers führt.

- 26 Offen bleiben kann, ob die Bedingung, bei deren Eintritt und diesbezüglicher Entscheidung die Rückzahlung erfolgen soll, aufschiebende oder auflösende Wirkung hat. Handelt es sich um einen Zuschuss mit einer unter der aufschiebenden Bedingung der Besserung der wirtschaftlichen Situation des Klägers stehenden Rückzahlungsverpflichtung, so entsteht die Rückzahlungsverpflichtung erst mit der Entscheidung über den Eintritt der Besserung. Handelt es sich um eine Zuwendung mit Rückzahlungsverpflichtung sowie gleichzeitig unter der auflösenden Bedingung der Besserung erklärtem Verzicht auf die Rückzahlungsforderung, so lebt die durch den Verzicht untergegangene Rückzahlungsforderung mit der Entscheidung über den Bedingungseintritt wieder auf (vgl. zur zivilrechtlichen Einordnung einer Besserungsabrede als ein unter die auflösende Bedingung der Gesundung der Vermögensverhältnisse des Schuldners gestellter Forderungsverzicht: BGH, Urt. v. 28. Januar 2016 - IX ZR 185/13 -, juris Rn. 21; OLG München, Beschl. v. 29. Oktober 2008 - 31 Wx 92/07 -, juris Rn. 15). Die rechtliche Einordnung kann dahinstehen. Denn in beiden Fällen ergibt sich der Erstattungsanspruch aus dem Zuwendungsbescheid in Verbindung mit der Besserungsvereinbarung und der Entscheidung über den Besserungseintritt, die hier - da das Verwaltungsgericht den Widerrufs- und Erstattungsbescheid nicht umgedeutet, sondern aufgehoben hat - in der Erhebung der

Widerklage zu erblicken ist. Der Zuwendungsbescheid ist in beiden Fällen nur Rechtsgrund für ein vorläufiges Behaltendürfen der Zuwendung, der mit der Entscheidung über den Eintritt der Besserungsbedingung - sei es durch erstmalige Entstehung, sei es durch Wiederaufleben der Rückzahlungsverpflichtung - entfällt.

27 b) Die Besserungsvereinbarung hält einer Inhaltsprüfung nach § 59 VwVfG bzw. § 62 Satz 2 VwVfG i. V. m. § 307 BGB stand.

28 aa) Der Senat lässt dahingestellt, ob eine Nichtigkeit der Besserungsvereinbarung nach § 62 Satz 2 VwVfG in ergänzender Anwendung des § 307 BGB zu prüfen ist, wie der Kläger geltend macht. Nach § 307 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Die Vorgängervorschrift des § 9 AGB-Gesetz fand neben der Inhaltskontrolle nach § 56, § 59 VwVfG keine Anwendung, weil der in ihr niedergelegte allgemeine Grundsatz ohnehin kraft öffentlichen Rechts gilt und zusätzlich für den Bereich der öffentlich-rechtlichen Verträge gesetzliche Ausgestaltungen in §§ 56, 59 VwVfG erfahren hat (vgl. BVerwG, Urte. v. 6. März 1986 - 2 C 41.85 -, juris Rn. 28). Nach der Integration des AGBG in das Bürgerliche Gesetzbuch bedürfte es der ergänzenden Anwendung über § 62 Satz 2 VwVfG dann nicht mehr, wenn die Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge nach § 59 Abs. 1 VwVfG bereits aus der entsprechenden Anwendung des § 307 BGB folgen könnte. Gleichwohl wird in Teilen der Rechtsprechung und Literatur weiterhin angenommen, dass die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts die Anwendung der §§ 305 ff. BGB weitgehend ausschließen (vgl. SächsOVG, Urte. v. 20. April 2017 - 3 A 402/15 -, juris Rn. 41; Tegethoff, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 23. Aufl. 2022, § 62 Rn. 16 und 18 f.). Die Frage bedarf keiner Entscheidung, da das Verbot der unangemessenen Benachteiligung entgegen Treu und Glauben im öffentlichen Recht in jedem Fall gilt und auch nach § 59 Abs. 1 VwVfG in Verbindung mit der entsprechenden Anwendung von § 242 BGB zu beachten ist.

29 Entgegen der Auffassung des Klägers lässt sich ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben in Gestalt einer unangemessenen Benachteiligung durch die vereinbarten Kriterien zur Beurteilung der Besserung nicht feststellen. Die Festlegung solcher Kriterien ist im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Besserungsvereinbarung ebenso sinnvoll und zweckmäßig wie im Rahmen einer entsprechenden privatrechtlichen Vereinbarung, weil bei pauschalen Besserungsabreden ein zu großer Beurteilungsspielraum besteht. Im Zivilrecht ist die Anknüpfung an bestimmte

Bezugsgrößen wie Umsatzhöhe, Zahlungseingänge oder Bilanzgrößen wie Jahresüberschuss oder Bilanzgewinn üblich (vgl. OLG München, Beschl. v. 29. Oktober 2008 – 31 Wx 92/07 -, juris Rn. 15; Drukarczyk/Schöntag, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Auflage 2020, § 3 Rn. 108). Für die hier von den Beteiligten gewählte Bezugsgröße des Jahresabschlusses gemäß § 275 HGB und dem daraus modifiziert nach den in Nr. 4 BV festgelegten Maßgaben zu ermittelnden Gewinn gilt nichts Anderes. Insbesondere die Einwände des Klägers gegen die Maßgaben Nr. 4 Buchst. a und i BV greifen nicht durch.

- 30 aaa) Nach Nr. 4 Buchst. a BV darf die Vergütung der geschäftsführenden Gesellschafter das Jahresergebnis nur bis zu max. 100 Tsd. € je Gesellschafter mindern und sind überschießende Beträge zur Ermittlung des maßgebenden Gewinns hinzuzurechnen. Soweit der Kläger vortragen lässt, er habe aufgrund angespannter Liquiditätslage den Maximalbetrag nicht entnommen und es wäre interessengerechter gewesen, auf fiktive Entnahmen bis zu max. 100 Tsd. € abzustellen, folgt daraus nicht, dass die gewählte Maßgabe für ihn wirtschaftlich unzumutbar sein könnte, zumal sie eine höhere Gewinnminderung bei Ausschöpfung des Maximalbetrags zugelassen hätte. In der Sache macht der Kläger keinen Nichtigkeitsgrund geltend, sondern kritisiert, dass die Beklagte bei der Ermittlung des Gewinns seine angespannte Liquiditätslage nicht angemessen berücksichtigt habe, was nicht zutrifft (vgl. nachfolgend).
- 31 Auch der Vortrag, die Maßgabe verstoße gegen den Gleichheitssatz, weil erstens Einzelunternehmer anders als Unternehmen mit mehreren geschäftsführenden Gesellschaftern den Maximalbetrag nicht „mehrfach“ gewinnmindernd ausschöpfen könnten und weil zweitens Unternehmen mit angespannter Liquiditätslage und ohne eine solche willkürlich gleich behandelt würden, geht fehl.
- 32 Der Gleichheitssatz gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Das hieraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, gilt für Belastungen und Begünstigungen gleichermaßen. Verboten ist daher auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird. Dabei verwehrt der Gleichbehandlungssatz nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Hier gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter

verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz unterschiedliche Grenzen für den Normgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen können. Dem Willkürverbot ist genüge getan, wenn sich für die Differenzierung ein sachlicher Grund finden lässt. Dagegen verlangt die Verhältnismäßigkeitsbindung, dass zwischen Normadressaten Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen unterliegt der Normgeber regelmäßig engen rechtlichen Bindungen. Dies gilt auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Im Übrigen ist bei einer an Sachverhalten orientierten Ungleichbehandlung entscheidend, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung des Differenzierungsmerkmals zu beeinflussen (vgl. BVerfG, Urt. v. 17. Dezember 2014 - 1 BvL 21/12 -, juris Rn. 121 f.; SächsOVG, Urt. v. 24. November 2021 - 6 A 540/19 -, juris Rn. 50; jeweils m. w. N.).

33 Die Differenzierung nach der Anzahl der geschäftsführenden Gesellschafter ist gerechtfertigt. Dabei handelt es sich nicht unmittelbar um eine Ungleichbehandlung von Personengruppen (Unternehmern in Unternehmen mit einem oder mehreren geschäftsführenden Gesellschaftern), sondern um eine an einen Sachverhalt anknüpfende Ungleichbehandlung. Der für die Differenzierung notwendige sachliche Grund, der die unterschiedliche Behandlung rechtfertigt, liegt in dem bei mehreren geschäftsführenden Gesellschaftern entsprechend erhöhten Vergütungsbedarf, was offensichtlich ist und keiner weiteren Erläuterung bedarf.

34 Auch ist es nicht willkürlich, sondern sachgerecht, eine Gewinnminderung nur um die tatsächlichen Entnahmen bis zum Maximalbetrag zuzulassen, weil der nicht entnommene Betrag dem Unternehmen für die Rückzahlung grundsätzlich zur Verfügung steht. Zweck des Maximalbetrags ist es, zu verhindern, dass geschäftsführende Gesellschafter durch unangemessen hohe Entnahmen jenseits des festgelegten Maximalbetrags den maßgebenden Gewinn mindern und so den Eintritt der Bedingung für die Rückzahlungsverpflichtung hinauszögern können. Die Gefahr besteht nur bei tatsächlich höheren Entnahmen und gesteigert dann, wenn dadurch die Liquidität des Unternehmens unangemessen geschmälert würde. Bei geringeren

Entnahmen als dem Höchstbetrag besteht die Gefahr nicht. Es bedarf insoweit aber auch keiner Differenzierung je nach Unternehmensliquidität und der Anerkennung einer fiktiven Gewinnminderung bei Verzicht auf Entnahmen wegen angespannter Liquidität. Denn zum einen haben es die Betroffenen selbst in der Hand, den Höchstbetrag auszuschöpfen. Zum anderen wird nach der Konzeption der Besserungsvereinbarung die Liquidität des Unternehmens, die bei der nach Ziffer VIII Nr. 5.3 der Richtlinie zu treffenden Entscheidung, ob der Zuschussnehmer rückwirkend in der Lage ist, den Zuschuss zurückzuzahlen, zu berücksichtigen ist, nicht auf der Ebene der Gewinnermittlung nach Nr. 4 BV, sondern pauschal durch die Begrenzung der Rückzahlungsverpflichtung auf 20 % (ursprünglich 40 %) des maßgeblichen Gewinns nach Nr. 2 BV in der Fassung vom 18. Juli 2014 berücksichtigt. Das gewährleistet, dass der weitaus höhere Anteil des Gewinns zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit im Unternehmen verbleibt und ist nicht zu beanstanden.

- 35 bbb) Nach Nr. 4 Buchst. i BV sind „Investitionen in Anlagevermögen zur Erhaltung und Entwicklung des Geschäftsbetriebs des jeweiligen Jahres“, soweit sie nicht bereits über Abschreibungen berücksichtigt wurden, vom maßgeblichen Gewinn abzuziehen, und in den Folgejahren sind hierauf entfallende Abschreibungen hinzuzurechnen. Die Maßgabe steht entgegen der Auffassung des Klägers in Einklang mit Ziffer VIII Nr. 5.3 der Richtlinie und schreibt darüber hinausgehend - den Zuwendungsempfänger begünstigend - sogar die Berücksichtigung nicht nur der „notwendigen Investitionen zum Erhalt und zum Ausbau der Wettbewerbsfähigkeit“, sondern aller „Investitionen in Anlagevermögen zur Erhaltung und Entwicklung des Geschäftsbetriebes“ vor. Die Maßgabe stellt sicher, dass eine möglichst vollständige und zeitnahe Rückführung der Zuwendung an die Beklagte erfolgt, was dem Förderprogramm der Richtlinie entspricht, im Regelfall nur zinsverbilligte Darlehen und Zuschüsse nur in Einzelfällen und in endgültig verlorener Form auch nur dann zu gewähren, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im maßgeblichen Fünfjahreszeitraum eine Rückzahlung nicht zulässt. Soweit der Kläger kritisiert, die jahresbezogene Berücksichtigung führe dazu, dass sein Investitionsaufwand von über 200 Tsd. € im Jahr 2011, in dem das Jahresergebnis von vorneherein negativ gewesen sei, in den Folgejahren nicht mehr und damit „im Grunde überhaupt nicht“ gewinnmindernd berücksichtigt würde, wünscht er sich eine günstigere als die vereinbarte Regel etwa durch Verteilung auf den gesamten Fünfjahreszeitraum, ohne eine unzumutbare und unangemessene Benachteiligung aufzuzeigen. Denn auch insoweit wird die mit der Maßgabe verbundene Belastung nach der Konzeption der Besserungsvereinbarung über die

Begrenzung der Rückzahlung auf 20 % des maßgeblichen Jahresgewinn gemildert und die Verhältnismäßigkeit damit gewahrt.

- 36 bb) Ohne Erfolg rügt der Kläger, der Vertrag sei wegen Sittenwidrigkeit nach § 59 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 138 BGB nichtig, weil die Beklagte ihm unter Ausnutzung seiner Notlage die Bedingungen der Besserungsabrede aufdiktiert habe. Die vom Kläger monierten Klauseln verfolgen den legitimen Zweck, die Bedingung, unter der seine Rückzahlungsverpflichtung entsteht, durch Festlegung der zur Ermittlung des Gewinns erforderlichen Kriterien operabel zu machen. Das liegt im gegenseitigen Interesse der Beteiligten, insbesondere auch im Interesse des Klägers, der sich dadurch darauf einstellen kann, ob und in welcher Höhe die Rückzahlungsverpflichtung entstehen wird. Die Gewährung eines nur bedingt rückzahlbaren Zuschusses dient der Deckung des Finanzierungsbedarfs des Klägers zur Beseitigung der Hochwasserschäden und damit gerade der Beseitigung seiner Notlage.
- 37 cc) Die in der Besserungsvereinbarung geregelte Vorlagepflicht des Klägers unter Beifügung einer vom Steuerberater/Wirtschaftsprüfer bestätigten Gewinn- und Rückzahlungsberechnung (Nr. 3 Abs. 1 BV) beanstandet der Kläger nicht. Ein Nichtigkeitsgrund ist insoweit auch nicht erkennbar. Insbesondere lässt sich die Beklagte damit keine nach § 56 VwVfG unzulässige Gegenleistung versprechen (vgl. § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG). Die Verpflichtung steht in sachlichem Zusammenhang mit der nach Ziffer VIII Nr. 5.3 RL der Beklagten obliegenden Prüfung und Entscheidung, „ob und in welcher Höhe der Zuschussnehmer rückwirkend in der Lage ist, den ... Zuschuss zurückzuzahlen“ und dient der Vorbereitung und Ermöglichung der Entscheidung durch die Zurverfügungstellung der erforderlichen Unternehmensunterlagen.
- 38 c) Die Entscheidung über die Rückzahlung steht in Einklang mit den Maßgaben der Besserungsvereinbarung. Wie oben ausgeführt, haben die Beteiligten den der Beklagten bei der Entscheidung nach Ziffer VIII Nr. 5.3 der Richtlinie eingeräumten weiten Beurteilungsspielraum - gerichtlich voll überprüfbar - durch die in der Besserungsvereinbarung konsentierten Maßgaben eingeschränkt. Fehler bei deren Einhaltung sind nicht erkennbar; die Höhe der Rückzahlung entspricht der durch den Steuerberater/Wirtschaftsprüfer des Klägers bestätigten Berechnung. Das Verwaltungsgericht hat - entgegen der Auffassung des Klägers - auch zu Recht angenommen, dass die Beklagte keine Ermessensentscheidung zu treffen hat und von der Geltendmachung des gemäß der Besserungsvereinbarung ermittelten

Rückzahlungsanspruchs im Streitfall nicht absehen kann. Der Zuwendungsbescheid und die Richtlinie sehen den Abschluss einer Besserungsvereinbarung vor, die die näheren Einzelheiten zur Gewinnermittlung und zur Fälligkeit der Rückzahlung in Einklang mit Ziffer VIII Nr. 5.3 der Richtlinie enthält. Da diese der Inhaltskontrolle nach § 59 Abs. 1 VwVfG unterliegen und entgegen den von dem Kläger erhobenen Einwänden wirksam sind, bedarf es insoweit grundsätzlich keiner nochmaligen Überprüfung ihrer Angemessenheit im Rahmen einer Ermessensentscheidung. Selbst wenn dies anders zu beurteilen wäre und die Beklagte das Rückzahlungsvermögen des Zuwendungsempfängers ausnahmsweise trotz eines sich nach der Besserungsvereinbarung ergebenden Gewinns für ein zurückliegendes Jahr verneinen könnte, weil im Jahr der Entscheidung hierüber bereits aufgelaufene Verluste eine Rückzahlung nicht zulassen, würde das hier zu keiner anderen Beurteilung führen. Denn derartige Verluste hat der Kläger für das Jahr, in dem die Widerklage erhoben wurde, nicht einmal behauptet.

- 39 3. Die vom Kläger zuletzt noch erhobene Rüge, das Verwaltungsgericht habe ihn nicht ausreichend angehört, weil es eine ergänzende Vertragsauslegung ohne vorherigen Hinweis mangels einer planwidrigen Regelungslücke abgelehnt habe, greift nicht durch. Der Kläger hat trotz genügender Gelegenheit zur Äußerung auch im Berufungsverfahren nichts vorgetragen, was Anlass zu einer ergänzenden Vertragsauslegung geben könnte.
- 40 4. Der Anspruch der Beklagten auf die geltend gemachten Prozesszinsen seit Erhebung der Widerklage folgt aus § 291 BGB analog; ihre Höhe bestimmt sich nach § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.
- 41 5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
- 42 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Sächsischen Obergericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich 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 einzureichen.

Die Schriftform ist auch bei Übermittlung als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sowie der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) vom 24. November 2017 (BGBl. I 3803), die durch Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607, 4611) zuletzt geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung gewahrt. Verpflichtet zur Übermittlung als elektronisches Dokument in diesem Sinne sind ab 1. Januar 2022 nach Maßgabe des § 55d VwGO Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse; ebenso die nach der Verwaltungsgerichtsordnung vertretungsberechtigten Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 55a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 VwGO zur Verfügung steht. Ist eine Übermittlung aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen.

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 Obergerichts 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.

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