

# Das Besserstellungsverbot im Zuwendungsrecht

## Ausgangsfrage

Dürfen zuwendungsfinanzierte Träger durch das Besserstellungsverbot eingeschränkt werden? Spielt es eine Rolle, wenn der Träger einer echten Tarifbindung unterliegt oder sich außer über Zuwendungen auch über Leistungsentgelte nach anderen Büchern des Sozialgesetzbuches oder über Spenden, Mitgliedsbeiträge etc. finanziert?

## Gesamtergebnis

Grundsätzlich dürfen zuwendungsfinanzierte Träger durch das Besserstellungsverbot in ihrer Tariffreiheit eingeschränkt werden. In der Literatur wird dies teilweise kritisiert und Änderungen gefordert werden. Das Ausmaß der Einschränkung ist unterschiedlich je nachdem, welche Vorschriften für den Zuwendungsgeber gelten. Diese differieren zwischen Bund und Ländern und zwischen den Ländern.

Nachstehend wird zunächst das Besserstellungsverbot im Bereich der Bundesförderung dargestellt. Es werden ausgewählte Beispiele gegeben, wie und in welchem Bundesland hiervon abgewichen wird bzw. welche Änderungen sich bei einer gemeinsamen Förderung aus Bundes- und Landesmitteln ergeben.

## Allgemeines

### Grundsatz

Das Besserstellungsverbot legt fest, dass Empfänger von Zuwendungen ihre Beschäftigten nicht besserstellen dürfen als vergleichbare Bedienstete des öffentlichen Dienstes, wenn keine Ausnahme geregelt oder erteilt wird.

### Rechtsgrundlagen/Hintergrund

Das Besserstellungsverbot wird aus dem Subsidiaritätsprinzip (Nachrangigkeitsprinzip), dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz §/Art. 7 BHO/LHO<sup>1</sup> (schonender Einsatz von öffentlichen Mitteln) und dem Notwendigkeitsprinzip, §/Art. 6 BHO/LHO (Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen nur zur Aufgabenerfüllung des Zuwendungsgebers) abgeleitet.

Unter der Annahme, dass der Staat eigene Leistungen wirtschaftlich und sparsam erbringt, soll ein Zuwendungsgeber keine Personalkosten Dritter finanzieren, die nicht entstehen würden, wenn der Zuwendungsgeber die Leistungen selbst erbringen würde. Der Staat soll sich nicht selbst Konkurrenz machen. (Vgl. BVwG, E. v. 3.5.1999, Az. 3 B 91 /98.) Die Personalmehrkosten dürfen auch nicht durch den Zuwendungsempfänger oder Dritte finanziert werden. (Vgl. Dittrich, Loseblatt Kommentar,

---

<sup>1</sup> In der Bundshaushaltsordnung und vielen Landshaushaltsordnungen sind die Vorschriften in Paragraphen unterteilt; aber zum Beispiel in der bayrischen Landshaushaltsordnung mit Artikeln bezeichnet:  
<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayHO>true>

a.a.O., § 44 BHO, Rn. 31.2.) Das würde die Eigenmittel des Zuwendungsempfängers in unzulässiger Weise verringern. Diese Eigenmittel würden dem Zuwendungsempfänger für andere Kostenpositionen fehlen, die wiederum durch höhere Zuwendungen kompensiert werden müssten, so dass es für den Staat insgesamt teurer (und unwirtschaftlich) werden würde. (Vgl. OVG Lüneburg, B. v. 09.07.2013, Az. 8 LA 102/12, II.1., S. 4.) Denn Zuwendungen sollen grundsätzlich nur Finanzierungslücken schließen oder einen Anreiz für Eigenmittel schaffen, da Zuwendungsempfänger für ihre Vorhaben in erster Linie selbst verantwortlich sind. (Vgl. Nr. 2 ANBest-I/P zu § 44 BHO; Mayer, a.a.O., Pkt. II. 4.2 (3), S. 59 f.)

## Bund

Seit 1988 ist das Besserstellungsverbot in § 8 Abs. 2 des jährlichen Bundeshaushaltsgesetzes normiert. Es ist ein formelles Parlamentsgesetz, welches die Verwaltung unmittelbar bindet. Die Vorschrift lautet etwa im Haushaltsgesetz (im Folgenden: HH) 2023 in der Fassung vom 19.12.2022:

*„(2) Die in Absatz 1 genannten Zuwendungen zur institutionellen Förderung dürfen nur mit der Auflage bewilligt werden, dass der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht besserstellt als vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes. Entsprechendes gilt bei Zuwendungen zur Projektförderung, wenn die Gesamtausgaben des Zuwendungsempfängers überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand bestritten werden. Satz 2 gilt nicht, wenn die Zuwendungen der öffentlichen Hand überwiegend von einem Bundesland geleistet werden und das Haushaltsrecht dieses Bundeslandes ein Besserstellungsverbot vorsieht. Das Bundesministerium der Finanzen kann bei Vorliegen zwingender Gründe Ausnahmen zulassen. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit eine Wissenschaftseinrichtung gemäß § 2 des Wissenschaftsfreiheitsgesetzes vom 5. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2457), das zuletzt durch Artikel 153 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist, den bei ihr beschäftigten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern Gehälter oder Gehaltsbestandteile aus Mitteln zahlt, die weder unmittelbar noch mittelbar von der deutschen öffentlichen Hand finanziert werden. Satz 5 gilt auch für sonstige im wissenschaftsrelevanten Bereich Beschäftigte, wenn sie im Rahmen der Planung, Vorbereitung, Durchführung, Auswertung oder Bewertung von Forschungsvorhaben einen wesentlichen Beitrag leisten.“*

Ferner ist das Besserstellungsverbot in den Allgemeinen Nebenbestimmung für die institutionelle Förderung (ANBest-I) und die Projektförderung (ANBest-P) jeweils in Nr. 1.3 aufgenommen. Obwohl das Besserstellungsverbot hier als Auflage für den Zuwendungsempfänger formuliert ist, binden auch diese Bestimmungen für sich genommen unmittelbar nur die Verwaltung. Erst indem sie durch den Zuwendungsbescheid in Bezug genommen werden, erlangen sie gegenüber dem Zuwendungsempfänger unmittelbare Wirkung. (Vgl. Mayer, Handbuch Zuwendungsrecht, 2. Aufl. 2022, Pkt. III. 5.2, 1. Absatz, S. 390.)

Nr. 1.3 ANBest-I Bund lautet:

*„Der Zuwendungsempfänger darf seine Beschäftigten nicht besser stellen als vergleichbare Bundesbedienstete. Höhere Entgelte als nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) sowie sonstige über- oder außertarifliche Leistungen dürfen nicht gewährt werden. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für die Beschäftigten des Zuwendungsempfängers, die bei der Durchführung von Aufträgen und von aus Zuwendungen finanzierten Projekten eingesetzt*

*werden. Sind im Wirtschaftsplan Stellen ohne Angaben zur Höhe der Entgelte ausgebracht (z.B. S, ÜT, AT ohne Angabe einer Besoldungsgruppe), bedarf die Festsetzung der Entgelte in jedem Einzelfall der vorherigen Zustimmung der Bewilligungsbehörde. Das Gleiche gilt für außertariflich entsprechend den Besoldungsgruppen W 2 oder W 3 bewertete Stellen.“*

Nr. 1.3 ANBest-P Bund lautet:

*„Dürfen aus der Zuwendung auch Personalausgaben oder sächliche Verwaltungsausgaben geleistet werden und werden die Gesamtausgaben des Zuwendungsempfängers überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand bestritten, darf der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht besser stellen als vergleichbare Bundesbedienstete. Höhere Entgelte als nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVÖD) sowie sonstige über- und außertarifliche Leistungen dürfen nicht gewährt werden.“*

## Länder

In diesen Ländern ist das Besserstellungsverbot ebenfalls im jährlichen Haushaltsgesetz aufgenommen: Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Thüringen. (Vgl. Mayer, a. a. O., Pkt. III. 5.1, S. 390.)

In den anderen Bundesländern ist das Besserstellungsverbot in den Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung geregelt oder es ergibt sich nur aus den (für die Zuwendungsempfänger durch Auflagen im Zuwendungsbescheid geltenden) allgemeinen Nebenbestimmungen. Die konkrete Ausgestaltung in Bund und Ländern und unter den Ländern ist verschieden.

## Geltungsbereich / Ausmaß

### Zeitlicher Geltungsbereich

Abzustellen ist auf die Verhältnisse im Bewilligungszeitraum, bei der Projektförderung in dem Zeitraum, über den sich das konkret geförderte Projekt erstreckt. (Vgl. OVG Lüneburg, a. a. O., Leitsatz 1 und S. 4.)

### Personeller Geltungsbereich

Greift das Besserstellungsverbot, werden grundsätzlich alle Beschäftigten des Zuwendungsempfängers erfasst, sofern keine Ausnahme vorgesehen ist oder bewilligt wurde.

### Unterschiede institutionelle Förderung und Projektförderung

#### *Institutionelle Förderung<sup>2</sup>*

Das Besserstellungsverbot gilt gegenüber institutionell geförderten Zuwendungsempfängern uneingeschränkt, also unabhängig davon, welchen Anteil die Zuwendungen an den Gesamtkosten des Zuwendungsempfängers ausmachen. Ferner bezieht es sich auch auf Beschäftigte, die bei der

---

<sup>2</sup> Bei der institutionellen Förderung wird eine Organisation als Ganzes gefördert, um alle Aufgaben, wie sie in der Satzung oder an anderer Stelle niedergelegt sind, wahrzunehmen. Auch wenn der Zuwendungsbescheid meist auf das Kalenderjahr begrenzt ist, ist die institutionelle Förderung längerfristig angelegt, so dass faktisch jedes Jahr eine Folgeförderung bewilligt wird. Die institutionelle Förderung kann als Voll- oder Teilfinanzierung ausgestaltet sein; Letzteres also als Fehlbedarfs- oder Anteilsfinanzierung. (Vg. Insgesamt Mayer, a.a.O., Teil I, 8.3., S. 75 f.)

Durchführung von Aufträgen oder zusätzlich geförderten Projekten eingesetzt werden. (Vgl. Nr. 1.3 S. 3 ANBest-I Bund; Mayer, a. a. O., III. 5.3, S. 391 und 5.4, S. 393.)

### *Projekt-Förderung<sup>3</sup>*

Für projektgeförderte Zuwendungsempfänger gilt das Besserstellungsverbot nur, wenn die Gesamtausgaben des Zuwendungsempfängers (nicht nur des Projektes) überwiegend (> 50 %) aus Zuwendungen der öffentlichen Hand bestritten werden, vgl. § 8 Abs. 2 HH und Nr. 1.3 ANBest-P Bund. D. h., „die Bewilligungsbehörde muss die gesamte Finanzierungsstruktur des Zuwendungsempfängers untersuchen“ (vgl. Mayer, a. a. O., Pkt. III. 5.3, S. 392 oben).

Wird die überwiegende Finanzierung durch öffentliche Förderung bejaht, gilt das Besserstellungsverbot für alle Mitarbeitenden des Trägers, nicht nur für die, die im geförderten Projekt tätig sind. Wird sie verneint, gilt das Besserstellungsverbot für keinen Beschäftigten, also auch nicht für diejenigen, die im Projekt tätig sind. (Vgl. zum Ganzen Mayer, a. a. O., Pkt. III. 5.3, S. 391 und 5.4, S. 393.) Dies mag ein Grund sein, dass in der Praxis Träger, die nicht überwiegend zuwendungsfinanziert sind, teilweise ausschließlich Projektförderungen beantragen, wo auch eine institutionelle Förderung denkbar wäre.

Hiervon soll es eine Ausnahme geben. Löst erst die konkrete Projektförderung die überwiegende Zuwendungsfinanzierung aus, so soll das Besserstellungsverbot nur für die (für das Projekt oder sonstige Tätigkeiten) neu eingestellte Mitarbeiter\*innen gelten. Argumentiert wird mit dem arbeitsrechtlichen Besitzstand, der eine Änderungskündigung gegenüber den „alten“ Mitarbeiter\*innen aufgrund der geänderten Finanzierung der Gesamtausgaben nicht zulässt. (So Dittrich, Loseblatt Kommentar, a.a.O., Rn. 31.18.)

### **Exkurs Zuwendungsbegriff**

Der Begriff der *Zuwendung* richtet sich nach § 23 BHO und den zugehörigen Verwaltungsvorschriften (VV), auch wenn er dort nicht abschließend definiert ist. Danach sind Zuwendungen „*Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen [also Geldleistungen] für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke, an deren Erfüllung durch solche Stellen der Bund ein erhebliches<sup>4</sup> Interesse hat [die also in seiner verfassungsmäßigen Finanzierungskompetenz liegen], welches ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.*“ Unter Zuwendungen an natürliche Personen und private Unternehmen fallen Zuschüsse und andere nicht rückzahlungspflichtige Leistungen sowie zweckgebundene Darlehen und andere bedingt und unbedingt rückzahlungspflichtige Leistungen.

Der Zuwendungszweck muss – jedenfalls im Bereich der Projektförderung - so konkret beschrieben sein, dass eine Erfolgskontrolle möglich ist, vgl. Nr. 4.2.3 1.SS VV-§ 44 BHO. Der Zuwendungsempfänger muss ein unmittelbares Eigeninteresse an der Erfüllung des

---

<sup>3</sup> Bei der Projektförderung ist das geförderte Vorhaben zeitlich befristet und inhaltlich klar definiert, so dass eine eindeutige Abgrenzung von den übrigen Tätigkeiten des Zuwendungsempfängers möglich ist. (Vgl. Mayer, a.a.O., Teil I 8.2, S. 74 f.)

<sup>4</sup> Unklar allerdings, inwieweit die Erheblichkeit des Interesses praktisch eine Rolle spielt. Erheblichkeit ist in § 23 BHO genannt, auf der Webseite des Deutschen Bundestages aber nicht, s. unter: <https://www.bundestag.de/services/glossar/glossar/Z/zuwendungen-856406>

Zuwendungszwecks haben, der hiermit eigene Aufgaben wahrnimmt. (Vgl. Mayer, a.a.O., Pkt. II. 4.1, S. 59 oben.)

Nach VV Nr. 1.2 zu § 23 BHO sind keine Zuwendungen insbesondere:

- Sachleistungen,
- Leistungen, auf die ein dem Grund und der Höhe nach unmittelbar durch Rechtsvorschriften begründeter Anspruch besteht,
- Ersatz von Aufwendungen und Entgelte auf Grund von öffentlichen Aufträgen. Dies sind alle gegenseitigen Verträge, in denen die Erbringung von Leistungen gegen Entgelt vereinbart wird,
- satzungsmäßige Mitgliedsbeiträge, einschließlich Pflichtumlagen.

Die Zuwendung ist daher insgesamt freiwillig, zweckgebunden und zukunftsbezogen. Der Zuwendungsempfänger schuldet keine Gegenleistung (Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag), sondern nur die zweckentsprechende Verwendung der Mittel.<sup>5</sup>

Der Zuwendungsbegriff schließt auch europäische Fördermittel ein, z. B. aus ESF oder AMIF, sogar Direkt-Zahlungen der Europäischen Union, sofern sie Zuwendungscharakter haben (vgl. Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (BWV), Stellungnahme 04/01 v. 6.12.2012; Dittrich, Kommentar zur BHO, Loseblatt, a. a. O., § 44 BHO, Rn. 31.10 m.w.N.).

- Exkurs Ende -

Finanzierungsmittel von Privaten oder von staatlichen Institutionen, die keine Zuwendungen sind, bleiben bei der Prüfung der überwiegenden Zuwendungsfinanzierung außen vor. Das gilt zum Beispiel für Leistungsentgelte, die nach anderen Büchern des Sozialgesetzbuches gezahlt werden, etwa für Pflegeleistungen (vgl. Mayer, a. a. O., III, 5.3, S. 392) oder für „Förderungen“ nach dem Sozialgesetzbuch, auf die ein Rechtsanspruch dem Grunde und der Höhe nach besteht, sowie für Zuwendungen von Stiftungen und Unternehmen bürgerlichen Rechts, die nicht staatlich beherrscht werden (vgl. insgesamt **Anlage**).

#### Länder

##### Hessen, Thüringen, Hamburg:

In diesen Ländern greift das Besserstellungsverbot bei einer Projektförderung nur, wenn zusätzlich zu den o. g. Bedingungen die Zuwendung insgesamt 50.000 € übersteigt. In Hamburg müssen darüber hinaus mehr als 20% der zuwendungsfähigen Ausgaben Personalausgaben sein.

##### Schleswig-Holstein und Thüringen

Bei der Projektförderung ist die Geltung des Besserstellungsverbots auf die Beschäftigten im Projekt beschränkt. (Vgl. zu diesen Länderregelungen: Mayer, a. a. O., Pkt. III. Nr. 5.3 und 5.4.)

---

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Der Präsident des Bundesrechnungshofes, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, Pkt. 1.1.; Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD): Torben Reiner, Kurzvortrag zum Zuwendungsrecht vom 16.05.2017, Folien 5 und 27

## Sachlicher Geltungsbereich

### Obergrenze

Sofern keine Ausnahme greift (dazu unten), dürfen wegen des Besserstellungsverbot es weder höhere Entgelte als nach dem für den öffentlichen Dienst einschlägigen Tarifvertrag (TVöD oder TVL) noch sonstige über- und/oder außertarifliche Leistungen gewährt werden (vgl. Nr. 1.3 ANBest-I/-P). Im Zusammenhang mit Dienstreisen gelten die einschlägigen Reisekostengesetze (BRKG oder LRKG) und der Auslandsreisekostenverordnung als Obergrenze. (Vgl. Bundesverwaltungsamt (BVA), Broschüre: Ordnungsgemäße Geschäftsführung von Zuwendungsempfänger, 2023, Pkt. 3.7, S. 10) Bei einer gemeinsamen Förderung ist grundsätzlich der niedrigste Tarifvertrag maßgebend. Allerdings kann in diesen Fällen eine Ausnahmegenehmigung durch den Zuwendungsgeber gut begründbar sein. (Vgl. Mayer, a. a. O., Pkt. III. 5.7, S. 397 oben.) Bei Projektförderungen gilt allerdings: Es ist das Tarifwerk des Bundeslandes maßgeblich, welches die Zuwendungen überwiegend finanziert, sofern sein Haushaltsrecht das Besserstellungsverbot vorsieht, vgl. § 8 Abs. 2 S. 3 BHG.

### Durchschnittssätze

Zwecks Verwaltungsvereinfachung können die Zuwendungsgeber auf Bundesebene und auf Landesebene zur Veranschlagung der Personalausgaben als Obergrenze Durchschnittssätze je tariflicher Entgeltgruppe zugrunde legen. Diese Durchschnittssätze werden auf Basis dessen gebildet, was tatsächlich nach dem einschlägigen öffentlichen Tarifwerk im vergangenen Finanzierungszeitraum gezahlt wurde, und ergeben sich auf Bundesebene aus dem jeweils aktuellen Rundschreiben des BMF zu den Personalkostenkosten für nachgeordnete Bundesbehörden.<sup>6</sup> Sie werden seit 2014 vom BMFSFJ ressortspezifisch angepasst.<sup>7</sup>

Liegen die Kosten des Zuwendungsempfängers pro Mitarbeiter\*in innerhalb der Durchschnittssätze, erfolgt keine weitere Prüfung. Werden sie überschritten, so können die Mehrkosten als zuwendungsfähig anerkannt werden, wenn der Zuwendungsempfänger nachweist, dass sie aus der korrekter Anwendung des öffentlichen Tarifwerkes resultieren. (Vgl. Dittrich, Loseblatt Kommentar, a.a.O., § 44 BHO, Rn. 31.4, 32.3.)

### Niedersachsen

---

<sup>6</sup> Vgl. Information auf Webseite des BMF:

[https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Oeffentliche\\_Finzen/Bundshaushalt/personalkostensaetze.html](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Oeffentliche_Finzen/Bundshaushalt/personalkostensaetze.html)

Arbeitsanleitung Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen RdSchr. des BMF vom 12. Januar 2011, in der Fassung der Änderung durch RdSchr. des BMF vom 07.05.2021 - II A 3 - H 1012-6/19/10003 :003, DOK 2021/0524501: [https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund\\_20122013\\_IIA3H1012100810004.htm](https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_20122013_IIA3H1012100810004.htm)

<sup>7</sup> Beispiel: Die Richtlinien des Kinder- und Jugendplans des Bundes ermöglichen eine Förderung der Personalausgaben im Wege der Festbetragsfinanzierung vor in Höhe von 80% der Durchschnittssätze, vgl. Gemeinsames Ministerialblatt, G 3191 A, S. 801 ff, 806 unter:

<https://www.bmfsfj.de/resource/blob/111964/2f7ae557daa0d2d8fe78f8a3f9569f21/richtlinien-kjp-2017-data.pdf>

Durchschnittssätze<sup>8</sup> werden nach Nr. 1.3 ANBest-I/P 2022 Niedersachsen jedenfalls im Zusammenhang mit tarifgebundenen Zuwendungsempfängern angewendet.

### Baden-Württemberg

Nach Nr. 1.3 ANBest-I 2023 Baden-Württemberg ist die Anwendung von Durchschnittssätzen im Bereich der institutionellen Förderung ausdrücklich der Wahl des Zuwendungsgebers überlassen.

#### Welche Bestandteile des Arbeitsverhältnisses sind betroffen?

Das Besserstellungsverbot gilt für sämtliche mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Regelungen und entgeltlichen und unentgeltlichen Leistungen. Umfasst sind somit neben dem monatlichen Entgelt auch Beihilfen in Krankheitsfällen, Verpflegungszuschüsse, Trennungsgeld, Wohnungsfürsorge, Versicherungen, Arbeitszeit, Urlaub, Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, Kantinenzuschüsse, Dienstreisen, Ausstattung der Dienstzimmer, Dienstwohnungen, Dienstfahrzeuge, unentgeltliche oder vergünstigte Kinderbetreuung, persönliches Dienstfahrzeug, Ausflüge, Reisen, Prämien, Bonusmeilen, Versicherungen, Aufwandsentschädigungen, etc., sowie insbesondere auch die Eingruppierung der Beschäftigten in die Entgeltgruppen nach ihren persönlichen Qualifikationen und den Merkmalen ihrer Arbeitsplätze. (Vgl. z.B. Mayer, a. a. O., Pkt. III. 5.4, S. 394 und 395.; Präsident des Bundesrechnungshofes, a. a. O., Pkt. 9.3.5.)<sup>9</sup>

Personalaufwendungen, die über das einschlägige Tarifwerk des öffentlichen Dienstes hinausgehen, sind nur aus den folgenden Gründen zuwendungsfähig sein:

- Gesetzliche Vorschriften, z.B. Arbeitsschutzgesetze,
- Gesetzlich zugelassene besondere Regelungen,<sup>10</sup>
- Im Bundeshaushaltsgesetz oder anderen Vorschriften allgemein bzw. vom Bundesfinanzministerium aus zwingenden Gründen zugelassene Ausnahmen von Besserstellungsverbot (vgl. dazu z. B. § 8 Abs. 2 S. 3 ff. Bundeshaushaltsgesetz für Wissenschaftseinrichtungen, s. o.).

(Vgl. Präsident des Bundesrechnungshofes, a. a. O., Punkt 9.3.5.) In allen übrigen Fällen, liegt ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot vor.

#### Durchführung des Vergleichs

Zu vergleichen sind nicht die Gesamtpersonalausgaben des Zuwendungsempfängers für alle Beschäftigte, sondern die Personalausgaben für jede/n einzelne/n Mitarbeiter\*in mit denen für

---

<sup>8</sup> Z. B. Personalkostensätze-Runderlass des Landes Niedersachsen 2023, Anlage 3 (Tabellen der standardisierten Personalkostensätze für die Durchführung von Gesetzesfolgenabschätzungen und Wirtschaftlichkeitsberechnungen sowie der Durchschnittssätze für die Veranschlagung von Personalausgaben 2023) unter: <https://voris.wolterskluwer-online.de/browse/document/6a24bfd2-c5ca-3be1-8d6a-2c9de208558e>

<sup>9</sup> Aufgrund des umfassenden Anwendungsbereichs ist auch Vorsicht bei betrieblichen Regelungen zu Benefits für die Mitarbeiter\*innen geboten, zum Beispiel bei Zuschüssen zur Gesundheitsförderung, zur Mobilität (Dienstfahrräder) oder im Hinblick auf die Ausstattung oder Unkosten (Strom) im Homeoffice, soweit solche Leistungen im öffentlichen Dienst nicht tariflich gewährt werden.

<sup>10</sup> Hierzu soll auch gehören, wenn etwa im Bundeshaushalt gemäß §§ 51, 53 BHO aus Billigkeitsgründen Ausgabemittel für besondere Personalausgaben zur Verfügung gestellt werden. Praktische Anwendungsfälle sind diesseits nicht bekannt.

eine/n vergleichbar tätigen Bediensteten des Zuwendungsgebers bei zutreffender Eingruppierung. (Vgl. z.B.: OVG Lüneburg, a. a. O., Leitsatz 1.)<sup>11</sup>

#### *Problem 1: Keine vergleichbaren Beschäftigten im öffentlichen Dienst*

In einigen Fällen können Beschäftigte des Zuwendungsempfängers nicht entsprechend des einschlägigen Tarifrechts eingeordnet werden, weil es keine vergleichbaren Tätigkeiten im öffentlichen Dienst gibt. Dies ist auch bei Führungskräften der Fall, sofern sie vom öffentlichen Tarifrecht nicht erfasst werden. In der Regel muss hier vor Abschluss eines Arbeits- oder Anstellungsvertrages die Zustimmung des Finanzministeriums eingeholt werden, so z. B. in § 28 Abs. 2 S. 4 f. Landshaushaltsgesetz 2023 NRW. Teilweise ist nur die Zustimmung der Bewilligungsbehörde einzuholen, so noch Nr. 1.3 ANBest-I 2020 NRW.

#### *Problem 2: Berücksichtigung von Tarifsteigerungen*

Zum Zeitpunkt der Bewilligung stehen die Tarifsteigerungen im Zuwendungszeitraum noch nicht fest, so dass die Bewilligung der zuwendungsfähigen Personalkosten in der Regel auf dem Vorjahresniveau beruht. Prospektive Steigerungsraten oder nachträgliche Anpassungen werden vom Zuwendungsgeber oft mit dem Hinweis auf die knappe Haushaltslage nicht oder nur in sehr geringer Höhe berücksichtigt. Somit werden die Beschäftigten oft schlechter bezahlt als die Angestellten im öffentlichen Dienst. Der Paritätische Berlin etwa empfiehlt, Tarifsteigerungen bei der Antragstellung prospektiv in den Finanzierungsplänen aufzuführen. (Vgl. Der Paritätische Berlin, a. a. O., S. 8.) Einen Anspruch auf die Berücksichtigung von Tarifsteigerungen hat ein Zuwendungsempfänger (wie auf die Zuwendung selbst) grundsätzlich aber nicht. Es sei denn, dass sich dies aus dem Zuwendungsbescheid ergibt bzw. aus den für den Zuwendungsgeber geltenden von diesem bereits angewendeten Vorschriften und Richtlinien in Verbindung mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Artikel 3 Abs. 1 Grundgesetz.

#### *Problem 3: Einzel- oder Gesamtbetrachtung bezogen auf ein Arbeitsverhältnis*

Strittig ist, ob bei dem Vergleich der Personalausgaben des einzelnen Beschäftigten jede einzelne Arbeitsbedingung isoliert zu betrachten ist oder ob eine Gesamtabwägung aller Arbeitsbedingungen vorgenommen werden darf. (Vgl. Mayer, a. a. O., Pkt. III. 5.5.)

Seit 2007 geht der Bund von einer Gesamtabwägung aus, die ursprünglich sogar die Verrechnung von entgeltlichen und unentgeltlichen Arbeitsbedingungen als zulässig ansah. In einer Antwort der Bundesregierung auf die kleine Abfrage der Linken vom 8. Februar 2007 (BT-Drucks 16/4305 Nr. 2) hieß es diesbezüglich:

*„Ob ein von einem Zuwendungsempfänger anzuwendender Tarifvertrag im Einklang mit dem Besserstellungsverbot steht, hängt nicht davon ab, ob Einzelregelungen sich im Rahmen*

---

<sup>11</sup> Arbeitsrechtlich ist ein Arbeitgeber nicht gehindert, nur einem Teil seiner Beschäftigten eine Sonderzahlung (zum Beispiel ein Weihnachtsgeld) zu gewähren, wenn er dies für diese Gruppe refinanziert erhält, während dies bei einer anderen Gruppe seiner Mitarbeiter\*innen nicht der Fall ist, die keine Sonderzahlung erhält. Denn es ist nicht sachfremd und daher kein Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, dass der Arbeitgeber entsprechende Aufwendungen, die er aus eigenen Mitteln bestreiten müsste, nicht erbringen und die sich daraus ergebende finanzielle Belastung nicht übernehmen will (BAG 21.5.2003, NZA 2003, 1274). Unterliegt der Arbeitgeber aber dem zuwendungsrechtlichen Besserstellungsverbot, ist die Sonderzahlung nach Zuwendungsrecht (von Ausnahmen abgesehen) jedoch nur zulässig, solange diese im Vergleich mit dem öffentlichen Tarifwerk für keinen Beschäftigten eine Besserstellung darstellt.

*entsprechender Regelungen des TVöD halten. Entscheidend ist, dass bei einer Gesamtabwägung aller bzw. aller sachlich zusammenhängenden Arbeitsbedingungen für keinen Beschäftigten günstigere Arbeitsbedingungen vereinbart werden als für vergleichbare Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer des Bundes. Wird zum Beispiel eine geringere Arbeitszeit vereinbart, zugleich aber auch eine entsprechend geringere Bezahlung, bestehen dagegen unter dem Gesichtspunkt des Besserstellungsverbots keine Bedenken.“*

(Akzeptierend auch die Rechtsprechung: z. B. OLG Lüneburg, a. a. O., S. 4.)

Dies kritisierte der Bundesrechnungshof, der sich bis heute gegen eine Gesamtbetrachtung ausspricht, in seinem Bericht nach § 88 Absatz 2 BHO vom 29. Oktober 2014 gegenüber dem Haushaltsgesetzgeber (Deutscher Bundestag). Der Rechnungshof sah hierin einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Bestimmtheit sowie der Rechtssicherheit und -klarheit. Zudem könne – so der Rechnungshof – wirtschaftliches und sparsames Handeln der Verwaltung so nicht garantiert werden. Die Einhaltung des Besserstellungsverbot sei kaum noch überprüfbar, wenn private Leistungssysteme mit dem ausgeklügelten Tarifrecht des öffentlichen Dienstes im Rahmen der Gesamtabwägung verglichen würden, insbesondere wenn dabei nicht monetäre Leistungen (z. B. Arbeitszeitregelungen und Urlaubsansprüche) einbezogen würden, deren Verrechnungsmaßstab unklar sei, ebenso wie Leistungen, die von variablen Elementen (z. B. Umfang der Reisetätigkeit) abhängen. Aus diesen Gründen sei allenfalls eine summarische Betrachtung der fixen Entgeltbestandteile eines Arbeitsplatzes zulässig. Hierunter sei das Jahresgehalt zu verstehen, das sich aus dem monatlichen Entgelt, der Jahressonderzahlung (Weihnachtsgeld), den Beträgen zur Alters- und Hinterbliebenenversorgung sowie dem Arbeitgeberanteil an vermögenswirksamen Leistungen zusammensetzt. (Vgl. Präsident des Bundesgerichtshofes, a. a. O., Seite 164 ff. mit Zusammenfassung des nicht veröffentlichten Berichtes des Bundesrechnungshofes vom 29. Oktober 2014 sowie Mayer, a. a. O., Pkt. III. 5.5.)

Die Bundesverwaltung hat sich dieser Kritik nach hiesigem Kenntnisstand insofern angepasst, dass die fixen Entgeltbestandteile als Gesamtentgelt, gerechnet auf eine vergleichbare Jahresarbeitszeit, verglichen werden. (Vgl. auch Dittrich, Loseblatt Kommentar, a.a.O., Rn. 31.4.) Der Umgang mit nicht monetären Leistungen und Arbeitsbedingungen scheint verschieden gehandhabt zu werden, so dass diese entweder einzeln verglichen oder mit vereinheitlichten Sachwerten angesetzt.

#### Besserstellung, Tarifautonomie und Berufsausübungsfreiheit

Die Bindung oder Bindungsabsicht eines potentiellen Zuwendungsempfängers an einen Tarifvertrag, der über das für das Besserstellungsverbot maßgebliche öffentliche Tarifwerk hinausgeht, steht einer Förderung grundsätzlich entgegen, wenn insoweit keine Ausnahme gemacht wird. (Vgl. Mayer, a. a. O., III. 5.4, S. 394.)

Das verletzt die Tarifautonomie des Zuwendungsempfängers aus Artikel 9 Grundgesetz (GG) nicht. Danach ist eine durch Artikel 9 GG geschützte Vereinigung frei, wie sie sich organisiert. Wenn sie sich allerdings für eine Finanzierung durch Zuwendungen entscheidet, hat sie die hierfür geltenden Regelungen einzuhalten. Auf die Wirksamkeit ihrer Tarifbindung hat dies keinen Einfluss. (so BVerwG, Beschl. v. 3.5.1999 - 3 B 91.98; Antwort der Bundesregierung auf die kleine Abfrage der Fraktion DIE LINKE v. 08.02.2007 (BTDrucks. 16/4305, zu Frage Nr. 4; Dittrich, a. a. O., Pkt. 31.17.; Mayer, wie zuvor, S. 394.)

Entsprechend wird in Bezug auf die Berufsausübungsfreiheit argumentiert (vgl. OVG Lüneburg, a. a. O.).

#### *Länder*

##### Nordrhein-Westfalen

Bei der institutionellen Förderung liegt kein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot vor, wenn die Besserstellung auf einer Tarifbindung des Zuwendungsempfängers beruht. Bei der Projektförderung dürfen die aus der tarifvertragsbedingten Besserstellung resultierenden Personalkosten zwar nicht aus der Zuwendungssumme, aber (als nicht zuwendungsfähige Kosten) aus Eigen- oder Drittmitteln finanziert werden, vgl. § 28 Abs. 2 Haushaltsgesetz 2023 NRW. Die soll nach ANBest-P NRW jedoch nicht gelten, wenn Förderrichtlinien Pauschalen für Personalausgaben vorgeben.

##### Niedersachsen

Hier gilt ebenfalls ein Tarifvorbehalt. Soweit Personalausgaben, die wegen einer Tarifbindung die von Land festgelegten Durchschnittssätze für Personalausgaben überschreiten, dürfen sie vom Zuwendungsempfänger aus Eigen- und Drittmitteln finanziert werden, vgl. 1.3 ANBest-I/P Niedersachsen.

##### Baden-Württemberg

Für den Fall einer dem Besserstellungsverbot entgegenstehenden Tarifbindung kann der Zuwendungsgeber Ausnahmen regeln. Dabei kann die Höhe der zuwendungsfähigen Personalausgaben auf die Höhe der an vergleichbare Beschäftigte des Zuwendungsgebers gewährten Leistungen begrenzt werden (Kappung), vgl. Nr. 1.3 ANBest-I/P. Bei der institutionellen Förderung kann der Zuwendungsgeber darüberhinausgehende Ausnahmen im Einzelfall zulassen, vgl. Nr. 1.3 ANBest-I.

##### Bremen

Im Falle einer Tarifbindung ist keine Ausnahmeregelung erforderlich. Die hierdurch verursachten Personalkosten zählen also ohne Einschränkungen zu den zuwendungsfähigen Kosten.<sup>12</sup>

Ist ein solcher „Tarifvorbehalt“, wie in den o. g. Bundesländern nicht geregelt, wird es für den Zuwendungsempfänger empfehlenswert sein, sich eins zu eins am für das Besserstellungsverbot maßgebliche öffentliche Tarifwerk zu orientieren (vgl. Mayer, wie zuvor, S. 394).

#### *Ausnahmen vom Besserstellungsverbot*

Ausnahmen vom Besserstellungsverbot sind sowohl beim Bund als auch bei den Ländern möglich. Sie können in Förderrichtlinien, im Haushaltsgesetz (vgl. z. B. § 8 Abs. 2 S. 5 f. Bundeshaushaltsgesetz

---

<sup>1212</sup> Vgl. Rahmenrichtlinie (Handlungshilfe) für die Bewilligung, Auszahlung und Kontrolle von Zuwendungen an Stellen außerhalb der Stadtverwaltung der Seestadt Bremen vom 29.03.2006 , Nr. 3.2.2.1 unter: [file:///C:/Users/ano/Downloads/06-03\\_Rahmenrichtlinie\\_Handlungshilfe\\_zum\\_Zuwendungsrecht\\_Gesamt-1.pdf](file:///C:/Users/ano/Downloads/06-03_Rahmenrichtlinie_Handlungshilfe_zum_Zuwendungsrecht_Gesamt-1.pdf); Nr. 1.3.1 ANBest-I/P Bremen unter: [https://www.transparenz.bremen.de/metainformationen/verwaltungsvorschriften-zur-haushaltsordnung-der-freien-hansestadt-bremen-vv-lho-110940?asl=bremen203\\_tpgesetz.c.55340.de&template=20\\_gp\\_ifg\\_meta\\_detail\\_d#Anlage\\_44\\_1](https://www.transparenz.bremen.de/metainformationen/verwaltungsvorschriften-zur-haushaltsordnung-der-freien-hansestadt-bremen-vv-lho-110940?asl=bremen203_tpgesetz.c.55340.de&template=20_gp_ifg_meta_detail_d#Anlage_44_1)

(BHG) 2023 in der Fassung vom 19.12.2022 für Wissenschaftseinrichtungen, s. o.) oder im Einzelfall zugelassen werden. (Vgl. BVA, a. a. O.)

Aus § 8 Abs. 2 Satz 3 BHG i. V. m. VV Nr. 15.1 zu § 44 BHO ergibt sich, dass die Bewilligungsbehörde Ausnahmen in jedem Einzelfall und im Vorhinein nur mit Einwilligung des Bundesfinanzministeriums (BMF) erteilen darf. Hat das BMF keine allgemeine Ausnahme erteilt,<sup>13</sup> so ist also die Bewilligungsbehörde ihrerseits verpflichtet, die erforderliche Einwilligung des BMF in jedem Einzelfall einzuholen. Vorliegen müssen zudem zwingende Gründe für die Ausnahme. Das ist der Fall, „wenn ohne Ausnahmeregelung eine Förderung nicht zustande kommt und eine andere Möglichkeit, den Zuwendungszweck zu erreichen, nicht gegeben ist oder erhebliche Mehrausgaben erfordern würde.“ (Vgl. insgesamt Dittrich, a. a. O., RN 31.16 und 31.6).

Die Bundesregierung hat 2007 in ihrer Antwort auf eine Anfrage der Fraktion DIE LINKE ausgeführt, dass eine Ausnahme vom Finanzministerium z. B. bewilligt werden kann, wenn:

- ein zwingender Grund für die Förderung einer Einrichtung vorliegt und
- diese Einrichtung an einen Tarifvertrag gebunden ist oder sich binden will.

Die Ausnahme könne im Fall der Projektförderung – so die Bundesregierung – beispielsweise so aussehen, dass die den öffentlichen Tarifvertrag übersteigenden Mehrkosten zwar nicht aus Zuwendungen, aber vom Zuwendungsempfänger aus Eigen- oder Drittmittel finanziert werden dürfen. (Vgl. Antwort der Bundesregierung, a. a. O., zu Frage 2 letzter Absatz.) Wie oben unter dem Punkt „Besserstellungsverbot, Tarifautonomie und Berufsausübungsfreiheit“ aufgeführt, haben einige Bundesländer diese Ausnahmemöglichkeit in ihren Regelungen aufgegriffen und sogar erweitert. In den Ländern sind Ausnahmevoraussetzungen entweder in den einschlägigen gesetzlichen Regelungen oder in den VV zu § 44 LHO geregelt.

Die notwendige Zustimmung kann bei einer institutionellen Förderung auch in der Weise erfolgen, dass der über den das öffentliche Tarifwerk hinausgehende Mehrbedarf im Wirtschaftsplan des Zuwendungsempfängers dargestellt wird und das Ministerium im Rahmen der Aufstellung des Haushalts dem Wirtschaftsplan zustimmt. (Vgl. Dittrich, Kommentar zur Bundeshaushaltsordnung (BHO) - mit Schwerpunkt Zuwendungsrecht online, Stand 28.11.2023, Pkt. 31.17.)

Wegen des Grundsatzes von der Selbstbindung der Verwaltung werden Ausnahmen in der Praxis nur zurückhaltend bewilligt. (Vgl. Mayer, a. a. O., Pkt. III. 5.8.)

Mögliche Anwendungsfälle sind aber theoretisch (hierzu: Dittrich, Loseblatt Kommentar, a.a.O., Rn. 31.6.):

- Wenn zur Gewinnung von (Fach)Personal die Arbeitsbedingungen des öffentlichen Tarifwerkes nicht ausreichen.
- Höhere Geschäftsführergehälter, wenn diese in der Branche des Zuwendungsempfängers üblich sind und dessen Gesamtkosten nur zu einem sehr geringen Prozentsatz durch institutionelle Förderung gedeckt werden.

---

<sup>13</sup> Eine solche allgemeine Ausnahme des BMF gibt es nach hiesiger Kenntnis bislang nicht.

- Zweckgebundene Spenden zur Zahlung von Zulagen für Führungspersonen.

## Pflichten des Zuwendungsgebers

### Prüfung und Bewilligung

Der Zuwendungsgeber ist verpflichtet, bei jeder Antragstellung eines neuen Förderprojekts die Erklärung zum Besserstellungsverbot des Antragstellers abzufragen, vgl. Nr. 1.3 der Anlage 2 zu VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO (ANBest-P). Wird das Besserstellungsverbot – z. B. aus Gründen einer Tarifbindung - nicht eingehalten und ist keine Ausnahme erteilt, darf der Zuwendungsgeber den Antragsteller nicht fördern. Ein Ermessensspielraum hat er insoweit nicht. (Vgl. Antwort der Bundesregierung, a. a. O., zu Frage 2.; Dittrich, Online-Kommentar, a. a. O., Pkt. 31.17).

Maßgeblich sind die für den Zuwendungsgeber geltenden Regelungen und Richtlinien. Nur wenn diese keine Maßgaben für den zu entscheidenden Sachverhalt enthalten, etwa weil eine vergleichbare Tätigkeit im öffentlichen Tarifwerk nicht existiert, muss der Zuwendungsgeber bzw. das Finanzministerium eine eigenständige Bewertung vornehmen, ob das Besserstellungsverbot eingehalten ist oder nicht.

Ein zweites Mal muss der Zuwendungsgeber die Einhaltung des Besserstellungsverbot im Rahmen des Verwendungsnachweises prüfen und bei Verletzung die Aufhebung des Bewilligungsbescheides und die Geltendmachung von Erstattungsansprüchen in Betracht ziehen. (Vgl. Dittrich, Loseblatt Kommentar, a.a.O., § 44 BHO, Rn. 31.3.)

### Aufhebung des Zuwendungsbescheides

Im Zusammenhang mit dem Besserstellungsverbot sind insbesondere zwei Konstellationen denkbar, die zu einer Aufhebung des Zuwendungsbescheides und zur teilweisen oder vollständigen Rückerstattung bereits erhaltener Leistungen nach § 49a VwVfG führen können.

### Fehlen der Auflage

Enthält der Zuwendungsbescheid keine Auflage gegenüber dem Zuwendungsempfänger zur Einhaltung des Besserstellungsverbot, verstößt der Zuwendungsgeber hierdurch gegen seine Rechtspflichten (nach den Haushaltsgrundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bzw. aus § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz). Der Zuwendungsbescheid wird dadurch nicht nichtig, aber rechtswidrig (überzeugend Künne, Dissertation: Das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot aus arbeitsrechtlicher Perspektive, 2022, S. 31). Er kann dann als begünstigender rechtswidriger Verwaltungsakt unter den Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 VwVfG zurückgenommen werden.

Wenn der Zuwendungsempfänger trotz der fehlenden Auflage das Besserstellungsverbot eingehalten hat und mit der Einhaltung auch in Zukunft zu rechnen ist, hat die Rücknahme keine nennenswerten Konsequenzen. Der Zuwendungsgeber ist aus Gründen des Vertrauensschutzes verpflichtet, den Zuwendungsbescheid nach dessen Rücknahme im Rahmen einer ermessenfehlerfreien Entscheidung erneut inhaltsgleich zu erlassen, nur diesmal mit der entsprechenden Auflage. Bereits gezahlte Zuwendungen können in diesem Fall nicht zurückgefordert werden, weil sie aufgrund des neuen Bescheides sofort wieder auszukehren wären. Es entstehen dem Zuwendungsempfänger somit keine Nachteile.

Hat der Zuwendungsempfänger das Besserstellungsverbot hingegen nicht eingehalten, ist die Rücknahme unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes zu prüfen. Nach § 48 Abs. 2 VwVfG darf der Zuwendungsbescheid nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nicht berufen, wenn er [...] die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. In diesem Fall wird der Verwaltungsakt in der Regel mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen.

Am schutzwürdigen Vertrauen des Zuwendungsempfängers wird es jedenfalls dann fehlen, wenn dieser bereits in der Vergangenheit Zuwendungen unter der Auflage der Einhaltung des Besserstellungsverbots erhalten hat und aus diesem oder einem anderen Grund wusste oder hätte wissen müssen, dass Zuwendungen nur unter dieser Auflage gewährt werden dürfen.

#### Verstoß gegen die Auflage

Enthält der Zuwendungsbescheid die Auflage zur Einhaltung des Besserstellungsverbot, wird diese vom Zuwendungsgeber aber nicht erfüllt, so ist der Zuwendungsbescheid als rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt nach § 49 Abs. 2 und 3 VwVfG zu widerrufen und die bereits gewährten Leistungen zurückfordern, da die Zuwendungsmittel nicht zweckentsprechend verwendet wurden. Auf ein Verschulden des Zuwendungsempfängers oder die Voraussehbarkeit des Verstoßes kommt es insoweit nicht an.

Zwar räumt § 49 Abs. 2 und 3 VwVfG als „Kann“-Vorschriften dem Zuwendungsgeber bei der Widerrufs-Entscheidung grundsätzlich Ermessen ein. Allerdings kann bei Verstoß gegen das Besserstellungsverbot die Zuwendungssumme nicht mehr im Sinne von § 49 Abs. 3. Nr. 1 VwVfG zweckentsprechend verwendet werden. In diesem Fall ist nach herrschender Meinung das Widerrufs-Ermessen Null regelmäßig reduziert. *„Der Widerruf hängt insoweit nicht davon ab, ob der Leistungsempfänger die Zweckverfehlung zu vertreten hat oder objektive, außerhalb seiner Einwirkung es wäre bestehende oder eingetretene Umstände die Ursache dafür waren, ebenso nicht, ob er die Entwicklung vorhersehen konnte oder hätte müssen oder nicht.“* (Vgl. Kopp/Ramsauer, Kommentar VwVfG, 15. Aufl. 2014; § 49 VwVfG, Rn. 67 m. w. N. u. a. auf VGH München NVWZ 1990, 882; ebenso speziell i. B. auf den Verstoß gegen das Besserstellungsverbot: Künne, a. a. O., S. 239; Dittrich, a. a. O.)

Dies gilt also beispielsweise selbst dann, wenn der Zuwendungsgeber seiner Prüfung des Besserstellungsverbotes Durchschnittssätze zugrunde legt und diese Durchschnittssätze nachträglich neu berechnet und nach unten korrigiert. In diesen Fällen reduzieren sich nachträglich die zuwendungsfähigen Aufwendungen und es kommt zu einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot, der für den Zuwendungsempfänger weder beeinflussbar noch vorhersehbar war. Gleichwohl ist der Zuwendungsbescheid in diesem Fall zumindest teilweise entsprechend der Reduzierung der Zuwendungssumme zu widerrufen und die Erstattung der entsprechenden Mehrpersonalkosten beim Zuwendungsempfänger zu verlangen. (Vgl. OLG Lüneburg, a. a. O., S. 6 mit Verweis auf BVerwG, U. v. 17.7.2009 - 5 C 25.08.) Auch der Ersatz des Vertrauensschadens

kommt in den Fällen des Auflagenverstoßes nicht in Betracht, vgl. § 49 Abs. 6 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 VwVfG.

#### Aufhebungsverfahren und Erstattungsansprüche

Der Zuwendungsgeber kann den Zuwendungsbescheid nur innerhalb eines Jahres zurücknehmen bzw. widerrufen, nachdem er von den dies begründenden Umständen Kenntnis erlangt hat, §§ 49 Abs. 3 I. S., § 48 Abs. 4 VwVfG.

Wird der Bewilligungsbescheid nach §§ 48, 49 VwVfG aufgehoben, muss die Bewilligungsbehörde die Erstattung bereits erbrachte Leistungen vom Zuwendungsempfänger nach § 49a VwVfG verlangen. Ein Ermessen ist ihr insoweit nicht eingeräumt. Es gelten die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung entsprechend. Der Anspruch ist zu verzinsen. (Vgl. auch Mayer, a.a.O., Pkt. II. 29, S. 346.)

Der Zuwendungsempfänger kann sich auf den Wegfall der Bereicherung berufen, soweit er die erhaltenen Leistungen bereits verbraucht hat, und die Umstände, die zur Aufhebung des Zuwendungsbescheides geführt haben, weder kannte noch kennen musste. Wann die Voraussetzungen einer Entreicherung bei einer Rückzahlungsverpflichtung vorliegen, ist allerdings fraglich.

#### Europarechtskonforme Auslegung

Das Ermessen der Bewilligungsbehörde kann aber auf Null reduziert sein, so dass die Aufhebung erfolgen muss, und die Aufhebungsfrist von einem Jahr kann außer Kraft gesetzt sein, wenn es sich bei den vergebenen, um europäische Fördermittel handelte und durch eine unterlassene Rückforderung gegen europarechtliche Vorschriften verstoßen würde (europarechtskonforme Auslegung).<sup>14</sup> Bei einer zweckwidrigen Verwendung von europäischen Fördermitteln wegen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot dürfte ein Verstoß gegen europarechtliche Vorschriften stets zu bejahen sein. (Vgl. Mayer, a.a.O., Pkt. III. 9.5., S. 448.)

#### Rückgriff gegen die Beschäftigten

Wenn der Zuwendungsempfänger nicht über liquide Mittel verfügt, um die bereits erhaltenen und verbrauchten Leistungen zurückzuerstatten, droht ihm u. U. die Insolvenz. Einige Zuwendungsgeber sehen hierin eine unzumutbare Härte und widerrufen den Zuwendungsbescheid trotz Verstoß gegen das Besserstellungsverbot nicht. Hierzu sind sie jedoch nach Auffassung des Bundesrechnungshofes regelmäßig verpflichtet, um die zweckwidrig verwendeten Mittel wieder dem Staatshaushalt zuzuführen. Um eine Insolvenz des Zuwendungsempfängers zu vermeiden, soll der Zuwendungsgeber nach Auffassung des Bundesrechnungshofes deshalb prüfen, ob der Zuwendungsempfänger die für die Rückerstattung notwendigen Mittel dadurch aufbringen kann, indem er u. a. vorhandenes Vermögen verwertet, Spenden einwirbt und Regressansprüche gegen seine eigenen Beschäftigten oder Dritte (wohl auch gemeint: geschäftsführende Organe) durchsetzen kann. (Vgl. Präsident des Bundesrechnungshofes, a. a. O., Pkt. 10.2.4, S. 199 f.)

Ob ein Regressanspruch des Zuwendungsempfängers gegenüber seinen Beschäftigten aber überhaupt möglich ist, hängt von der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages bzw. der tariflichen Bindung des Zuwendungsempfängers ab. Die Wirksamkeit einer tariflichen Bindung wird durch das

---

<sup>14</sup> S. z. B. <https://jura-online.de/lernen/europarechtswidrige-beihilfe/1183/excursus/>

Besserstellungsverbot nicht berührt. (Vgl. Antwort der Bundesregierung, a. a. O., zu Frage 1.) Ebenso wirkt sich ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot nicht automatisch auf die sonstigen arbeitsrechtlichen Verpflichtungen des Zuwendungsempfängers aus.

Unterliegt der Zuwendungsempfänger keiner Tarifbindung und stimmt der Beschäftigte einer Rückzahlung (etwa des Gehaltanteils, der die Vergleichsgröße nach TVöD übersteigt) bzw. einer Änderung seines Arbeitsvertrages nicht freiwillig zu (Änderungsvertrag), können arbeitsrechtliche Instrumente wie die korrigierende Rückgruppierung oder möglicherweise auch eine Änderungskündigung in Erwägung gezogen werden. Denkbar ist auch ein vorgängig vereinbarter Widerrufsvorbehalt, etwa im Hinblick auf eine Jahressonderzahlung. Ob die korrigierende Rückgruppierung einseitig möglich ist, hängt u. a. von der Gestaltung des Arbeitsvertrages ab. Sie erfordert u. a. die Inbezugnahme des öffentlichen Tarifwerkes vor allem im Hinblick auf die Regelungen zur Eingruppierung (Tarifautomatik), das für die Einhaltung des Besserstellungsverbot maßgeblich ist. Rückforderungen dürften häufig auch vereinbarte Ausschlussfristen oder der Einwand der Entreicherung entgegenstehen. (Vgl. im Ganzen und ausführlich zu den Voraussetzungen der verschiedenen arbeitsrechtlichen Möglichkeiten, einschließlich der Beteiligung des Betriebsrates und Vertrauensschutzaspekten seitens des/ der Arbeitnehmer\*in: Künne, a. a. O., S. 241 ff., insbes. 245 ff.)

## Pflichten für Zuwendungsempfänger

Zuwendungsempfänger dürfen nach dem Besserstellungsverbot, dessen Einhaltung ihnen durch den Zuwendungsbescheid aufgegeben wird, ihren Beschäftigten weder höhere Entgelte als nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst vorgesehen noch sonstige über- und/oder außertarifliche Leistungen gewähren (vgl. BVA, a. a. O.). Derartige Leistungen dürfen auch nicht aus Drittmitteln oder Spenden finanziert werden (vgl. Präsident des Bundesrechnungshofes, a. a. O., Pkt. 9.3.6, S. 166; OVG Lüneburg, a. a. O., II.1., S. 4).

Da das Besserstellungsverbot die Wirksamkeit von arbeitsrechtlichen Verpflichtungen nicht berührt, haben die Zuwendungsempfänger die Arbeitsverhältnisse mit ihren Beschäftigten arbeitsrechtlich so zu gestalten, dass die für das Besserstellungsverbot maßgeblichen Obergrenzen eingehalten werden (vgl. Präsident des Bundesrechnungshofes, a. a. O., S. 157).

Um eine objektive Prüfung der Gleichwertigkeit zu ermöglichen, sind für alle Beschäftigten aktuelle Arbeitsplatzbeschreibungen und -bewertungen nach den Regelungen des öffentlichen Tarifwerkes vorzuhalten, (vgl. BVA, a. a. O.) Dies gilt insbesondere, wenn es keine vergleichbaren Tätigkeiten im öffentlichen Dienst gibt (vgl. Paritätischer Berlin, Entbürokratisierung der Zuwendungspraxis Handlungsempfehlungen für eine wirkungsorientierte Zuwendungspraxis, 2021, S. 9).<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Das Bundesverwaltungsamt hat einen Definitionskatalog für die unbestimmten Rechtsbegriffe von Teil I der Anlage 1 des Tarifvertrages über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund) veröffentlicht, der Hilfestellungen bei der Eingruppierung und Auslegung der Tatbestandsmerkmale bietet: [https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Behoerden/Beratung/Eingruppierung/Eingruppierung/20150722\\_Definitionskatalog\\_TV\\_EntgO\\_Bund.html](https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Behoerden/Beratung/Eingruppierung/Eingruppierung/20150722_Definitionskatalog_TV_EntgO_Bund.html)

## Kritik und Forderungen

Das Besserstellungsverbot definiert für die Bezahlung der Mitarbeiter\*innen des Zuwendungsempfängers eine Obergrenze, keine Mindestgrenze. Dies führt in der Praxis häufig dazu, dass diese nicht nur nicht besser, sondern faktisch schlechter gestellt werden als Angestellte des Zuwendungsgebers. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich das Leistungssystem des Zuwendungsempfängers nicht eins zu eins an dem öffentlichen Tarifwerk orientiert, welches für das Besserstellungsverbot maßgeblich ist.

Die vollumfängliche Orientierung am öffentlichen Tarifwerk, dem der Zuwendungsempfänger als private Organisation nicht beitreten kann und dessen Ausgestaltung er deswegen nicht beeinflussen kann, ist für ihn in der Regel aber mit Nachteilen verbunden oder gar unmöglich.

Zum einen ist das ausdifferenzierte Leistungssystem, etwa des TVöD, insbesondere für kleinere Träger, zu kompliziert und nicht passend.

Zum anderen erbringen viele Träger verschiedene soziale Dienstleistungen nach verschiedenen Büchern des Sozialgesetzbuches, für die ein unterschiedliches Leistungserbringungsrecht und damit unterschiedliche Regeln gelten. Etwa die Einführung der Tariforientierung für Pflegeeinrichtungen in der Sozialen Pflegeversicherung des SGB XI führt insoweit zu Konflikten, wenn danach das regionalübliche Entgeltniveau oder ein anderer Tarifvertrag als das öffentliche Tarifwerk eingehalten werden muss, der Träger aber – schon aus Gründen des Verwaltungsaufwandes – ein starkes Interesse daran hat, alle Mitarbeiter\*innen nach dem gleichen Leistungssystem zu vergüten.

Eine anderweitige Tarifbindung ist in Bezug auf das Besserstellungsverbot hingegen ebenso nachteilig. Sofern diese im Vergleich mit öffentlichen Bediensteten eine Schlechterstellung bedeutet, ist die Akquisition und Bindung von Fachkräften und anderem Personal angesichts der aktuellen demografischen Entwicklung hinderlich. Bei einer Besserstellung ist eine Förderung grundsätzlich ausgeschlossen, wenn nicht ausnahmsweise – wie nur in einzelnen Bundesländern – ein Tarifvorbehalt vorgesehen ist oder das Finanzministerium eine Ausnahmegenehmigung erteilt, was so gut wie nicht vorkommt. Das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot dürfte daher mit ein Grund für den vielfachen Tarifausstieg sozialer Träger in der Vergangenheit gewesen sein. Die mangelnde Tarifbindung im sozialen Bereich konterkariert die derzeitige Zielsetzung der Politik, die auf eine stärkere Tarifbindung in fast allen Wirtschaftsbereichen gerichtet ist.

Die Schlechterstellung der Angestellten des Zuwendungsempfängers gegenüber Angestellten des öffentlichen Dienstes werden durch verschiedene Faktoren zusätzlich befördert.

Zum einen: Je stärker beim Vergleich mit dem öffentlichen Tarifwerk eine Einzelbetrachtung vorgenommen wird, desto nachteiliger wirkt sich dies für die/den einzelne/n Beschäftigte/n des Zuwendungsempfängers aus und umso mehr wird eine anderweitige Tarifbindung des Zuwendungsempfängers verhindert. Denn in diesem Fall darf der/die Beschäftigte bei keiner einzigen Arbeitsbedingung besser, aber schlechter gestellt werden im Vergleich zu einem/r vergleichbaren Beschäftigten im öffentlichen Dienst. Zudem ist nicht sichergestellt, dass die Beschäftigten nach dem Vergütungssystem des Zuwendungsempfängers alle Leistungen erhalten, die im öffentlichen Tarifwerk geregelt ist.

Zum anderen werden Tarifsteigerungen in den Zuwendungen meist nicht berücksichtigt. Zum Bewilligungszeitpunkt stehen sie noch nicht fest. Eine Anpassung im laufenden Finanzierungszeitraum wird von den Zuwendungsgebern in der Regel mit Hinweis auf eine schlechte Haushaltslage verweigert.

Negativ wirkt sich zudem eine gemeinsame Förderung von Bund und Ländern (die in der Praxis die Regel darstellt) aus, jedenfalls dann, wenn hier der kleinste gemeinsame Nenner beachtet werden muss, also die jeweils schlechteste tarifliche Regelung für die Beschäftigten.

Schließlich führt die Prüfung des Besserstellungsverbot bei den in Deutschland zahlreichen Zuwendungsfällen, im Antrags- und im Nachweisverfahren, unabhängig von der Höhe des Zuwendungsbetrages, ggf. unter Berücksichtigung verschiedener Tarifwerke der verschiedenen Fördergeber zu einem enormen Verwaltungsaufwand und das sowohl bei den Zuwendungsgebern als auch bei den Zuwendungsempfängern. Es stellt sich die Frage, ob dies im Hinblick auf das Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsgebot, dem durch das Besserstellungsverbot Geltung verschafft werden soll, noch verhältnismäßig ist oder ob es nicht selbst einer ressourcenschonenden Bewirtschaftung von Zuwendungsmittel entgegen steht.

(Vgl. insgesamt zu einzelnen Kritikpunkten und daraus abgeleiteten Forderungen: Der Paritätische Berlin, a. a. O., S. 8 f.; Mayer, a.a.O., III. S. 389 und III. 5.7, S. 396 f.; Künne, a. a. O., Teil 4, S. 290 ff.)

Aus diesen Gründen wird vielfach eine Abschaffung des zuwendungsrechtlichen Besserstellungsverbot als nicht mehr zeitgemäß gefordert (vgl. auch Mayer, a.a.O., III. 5.7, S. 396 f.) oder zumindest dessen Flexibilisierung; bisher jedoch ohne Erfolg.

Ein Antrag der CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages zur Flexibilisierung des Besserstellungsverbot für gemeinnützige Forschungseinrichtungen (BT-Drucks. 20/7589) wurde im Bundestagsausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung am 8.11.2023 abgelehnt (vgl. Newsletter des Bundestages: heute im bundestag (hib) Nr. 830 vom 8.11.2023). Und selbst die Initiativen der Länder, wenigstens die vorhandenen Ausnahmen vom Besserstellungsstellungsverbot für Wissenschaftseinrichtungen des Bundes nach dem Wissenschaftsfreiheitsgesetz (vgl. oben § 8 Abs. 2 BHG 2023) auf Wissenschaftseinrichtungen der Länder auszudehnen, haben bisher nicht zu einem Einlenken des Bundes geführt. (Vgl. Pressemitteilung des Landes Baden-Württemberg vom 29.9.2023: „Bund soll Wissenschaftsfreiheitsgesetz ändern“).

Berlin, 24.04.2024

Anuschka Novakovic

## Literaturverzeichnis

Antwort der Bundesregierung auf die kleine Abfrage der Fraktion DIE LINKE vom 8. Februar 2007 (Bundestagsdrucksache 16/4305) unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/16/043/1604305.pdf>

BVA (Bundesverwaltungsamt), Broschüre: Ordnungsgemäße Geschäftsführung von Zuwendungsempfängern Prüfung und Beratung im Bereich Zuwendung, Köln April 2023, unter: [www.bundesverwaltungsamt.de](http://www.bundesverwaltungsamt.de)

BVerwG (Bundesverwaltungsgericht)

- Entscheidung vom 3.5.1999, Aktenzeichen 3 B 91 /98, z. B. unter: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/6810c857-1549-4817-9cc7-2b6b882319ea>
- Entscheidung vom 26.6.2002, Aktenzeichen 8 C 30/01, z. B. unter: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/227584/>

BWV (Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung), Stellungnahme 04/01 Zuwendungen (Zuweisungen; Zuschüsse) - Klassifizierung von EU-Direktzahlungen als „Zuwendungen der öffentlichen Hand“ und Geltungsbereich des Besserstellungsverbots bei Projektförderungen, vom 6.12.2012 unter:

[https://www.bundesrechnungshof.de/DE/6\\_der\\_bwv/2\\_der\\_bwv\\_leitsaetze/4\\_zuwendungen/zuwendungen\\_node.html](https://www.bundesrechnungshof.de/DE/6_der_bwv/2_der_bwv_leitsaetze/4_zuwendungen/zuwendungen_node.html)

Dittrich, Dr. Norbert,

- Kommentar zur Bundeshaushaltsordnung (BHO) - mit Schwerpunkt Zuwendungsrecht online, rehm Verlag, Automatisch aktuell ohne Einsortieren, abgerufen am: 28.11.2023 unter: [https://www.rehm-verlag.de/eLine/portal/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27BHO\\_10a44fc7d1931fe78b0c9833276dfe84%27%20and%20%40outline\\_id%3D%27BHO%27%5D](https://www.rehm-verlag.de/eLine/portal/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27BHO_10a44fc7d1931fe78b0c9833276dfe84%27%20and%20%40outline_id%3D%27BHO%27%5D)
- Kommentar zur Bundeshaushaltsordnung (BHO) - mit Schwerpunkt Zuwendungsrecht, Loseblatt, rehm Verlag, Stand: 1. Juli 2023

Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Prof. Dr. Ulrich, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), 15. Auflage 2014

Künne, Katharina Maria Carolina, Dissertation: Das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot aus arbeitsrechtlicher Perspektive – Zur Vereinbarkeit von § 8 Abs. 2 des Haushaltsgesetzes mit tarifrechtlichen Grundsätzen und seinen individualarbeitsrechtlichen Konsequenzen, Bonn 2022

Mayer, Volker, Zuwendungsrecht für die Praxis in Bund, Ländern und Gemeinden, Handbuch für Bewilligungsbehörden und Zuwendungsempfänger, 2. Auflage 2022

OVG (Oberverwaltungsgericht) Lüneburg, Beschluss vom 09.07.2013, Aktenzeichen 8 LA 102/12 unter: <https://openjur.de/u/638812.ppdf>

Paritätische Berlin, Der, Broschüre: „Entbürokratisierung der Zuwendungspraxis Handlungsempfehlungen für eine wirkungsorientierte Zuwendungspraxis“, Februar 2021, unter: [www.paritaet-berlin.de](http://www.paritaet-berlin.de)

Präsident des Bundesrechnungshofes, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen  
– Typische Mängel und Fehler im Zuwendungsbereich, 2. Auflage 2016