BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 319/14

vom

28. Juni 2016

in dem Rechtsstreit

ECLI:DE:BGH:2016:280616BXIZR319.14.0

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. Juni 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ellenberger, die Richter Maihold und Dr. Matthias sowie die Richterinnen Dr. Derstadt und Dr. Dauber

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des 31. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 4. Juni 2014 im Kostenpunkt und im Übrigen insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren beträgt 100.000 €.

Gründe:

I.

1 Die klagende Sparkasse nimmt die Beklagten auf anteilige Rückzahlung eines zweckgebundenen Investitionszuschusses in Anspruch.

2 Die im Bereich der Softwareentwicklung tätige Beklagte zu 1) beantragte über die Klägerin - ihre Hausbank - im Dezember 1998 für die geplante Erweiterung ihrer Betriebsstätte in R. bei der für die Bewilligung zuständi-

gen Investitions-Bank NRW einen Investitionszuschuss aus Fördermitteln des Regionalen Wirtschaftsförderungsprogramms des Landes Nordrhein-Westfalen sowie einen Ausbildungsplatzbonus. Mit Schreiben vom 30. September 1999 sagte die Klägerin der Beklagten zu 1) und ihren Tochterunternehmen, den Beklagten zu 2) und 3), unter Bezugnahme auf eine entsprechende Bewilligungsentscheidung der Investitions-Bank NRW einen zweckgebundenen Investitionszuschuss und Ausbildungsplatzbonus in Höhe von 1.088.000 DM (= 556.285,57 €) zu. Die Zusage erfolgte auf der Grundlage, dass insgesamt 21 neue Arbeits- bzw. Ausbildungsplätze geschaffen und besetzt werden, nämlich acht neue Vollzeitarbeitsplätze für Frauen, zehn neue Vollzeitarbeitsplätze für Männer und drei Ausbildungsplätze für Männer. Die Klägerin wies darauf hin, dass die Belassung des Zuschusses u.a. voraussetzt, dass mindestens so viele neue Dauerarbeitsplätze und/oder Ausbildungsplätze geschaffen werden, wie für die Berücksichtigung der in Höhe von 4.600.000 DM anerkannten förderbaren Investitionskosten erforderlich sind, wobei für jeden neu geschaffenen Dauerarbeits- oder Ausbildungsplatz 250.000 DM (Frauen) bzw. 200.000 DM (Männer) angesetzt worden sind.

3 Dem Bewilligungsschreiben lagen die von den Beklagten zu 1) bis 3) gegenüber der Klägerin schriftlich anerkannten "Allgemeinen Bedingungen für Investitionszuschüsse aus dem Regionalen Wirtschaftsförderungsprogramm des Landes Nordrhein-Westfalen (RWP)" in der Fassung 05.99 (im Folgenden: Allgemeine Bedingungen) zugrunde, in denen es u.a. hieß:

> "**7. Besondere Pflichten des Zuschußempfängers**
>
> Der Zuschußempfänger ist verpflichtet, […]
>
> 7.3 der Hausbank 3 Jahre nach Abschluß des Investitionsvorhabens die Zahl der zu diesem Zeitpunkt in der Betriebsstätte vorhandenen und besetzten Dauerarbeits-/Ausbildungsplätze sowie die Jahresdurchschnittszahlen der letzten drei Jahre gemäß Vordruck mitzuteilen, […]

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

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

7.5 die Hausbank unverzüglich zu unterrichten, wenn [...]

7.5.4 vor Ablauf von fünf Jahren nach Abschluß des Investitionsvorhabens
- die Stilllegung, Veräußerung, Vermietung oder Verpachtung der geförderten Betriebsstätte ganz oder teilweise bevorsteht,
- geförderte Wirtschaftsgüter aus der Betriebsstätte ausscheiden, es sei denn, sie werden durch gleich- oder höherwertige Wirtschaftsgüter ersetzt und die Dauerarbeits-/Ausbildungsplätze im bisherigen Umfang bleiben bestehen,
- die für die Förderung notwendige Zahl von Dauerarbeits-/Ausbildungsplätzen nicht tatsächlich besetzt oder zumindest dauerhaft auf dem Arbeitsmarkt angeboten wird,
- über sein Vermögen das Insolvenzverfahren beantragt wird,

[...]

10. Rückforderung des Zuschusses

[...]

10.2 Die Hausbank kann aus wichtigem Grund ganz oder teilweise die sofortige Rückzahlung des Zuschusses fordern, insbesondere wenn
[...]
10.2.4 er [der Zuschussempfänger] den Verwendungsnachweis oder die nach den Nrn. 2.3 und 7.3 erforderlichen Nachweise nicht ordnungsgemäß führt oder nicht rechtzeitig vorlegt,
[...]
10.2.8 nach Abschluß des Investitionsvorhabens oder zum Zeitpunkt der gemäß Nr. 7.3 zu erbringenden Mitteilung die der Zusage zugrundeliegende Anzahl von Dauerarbeits-/Ausbildungsplätzen nicht besetzt ist, [...].

10.3 Die Hausbank kann aus wichtigem Grund ganz oder teilweise die sofortige Rückzahlung des Zuschusses fordern, insbesondere wenn vor Ablauf von fünf Jahren nach Abschluß der Investition die geförderte Betriebsstätte ganz oder teilweise stillgelegt, veräußert, vermietet oder verpachtet wird.

10.4 Die Hausbank kann aus wichtigem Grund ganz oder teilweise die sofortige Rückzahlung des Zuschusses fordern, insbesondere wenn
- geförderte Wirtschaftsgüter aus der geförderten Betriebsstätte ausscheiden, es sei denn, sie werden durch gleich- oder höherwertige Wirtschaftsgüter ersetzt und die Dauerarbeits-/Ausbildungsplätze bleiben im bisherigen Umfang erhalten,
Dauerarbeits-/Ausbildungsplätze abgebaut werden, so daß die für die Förderung notwendige Zahl von Dauerarbeits-/Ausbildungsplätzen unterschritten wird,

- die für die Förderung notwendige Zahl von Dauerarbeits-/Ausbildungsplätzen nicht tatsächlich besetzt ist oder zumindest dauerhaft auf dem Arbeitsmarkt angeboten wird,
- über das Vermögen des Zuschußempfängers das Insolvenzverfahren beantragt wird.

[...]

11. Belassung oder Übertragung des Zuschusses

11.1 Der Zuschußempfänger kann bei der Hausbank in den Fällen der Nr. 10 die Belassung des Zuschusses beantragen, wenn

[...]

11.1.2 die neugeschaffenen bzw. die für die Förderung notwendige Anzahl von Dauerarbeitsplätzen während eines zusammenhängenden Zeitraums von höchstens drei Jahren nach Abschluß des Investitionsvorhabens nicht ununterbrochen dem Arbeitsmarkt zur Verfügung gestellt wurden, weil die Marktverhältnisse sich seit Investitionsbeginn in unvorhersehbarer Weise verändert haben. Wird von einer Rückforderung des Zuschusses abgesehen, verlängert sich die 5jährige Bindungsfrist der Nr. 10.3 um den zusammenhängenden Zeitraum der fehlenden Zurverfügungstellung auf höchstens acht Jahre;

[...].

11.3 Wenn bei einer arbeitsplatzschaffenden Maßnahme die neugeschaffenen Dauerarbeitsplätze nach einem Zeitraum von mindestens drei Jahren nach Abschluß des Vorhabens nicht mehr der für die Förderung erforderlichen Mindestzahl (15%ige Erhöhung der Zahl der bei Investitionsbeginn in der zu fördernden Betriebsstätte bestehenden Dauerarbeitsplätze) entsprechen, kann die INVESTITIONS-BANK NRW einer anteiligen Belassung des Zuschusses zustimmen.
[...]."

4 Der Zuschuss wurde ausbezahlt. Das Investitionsvorhaben wurde zum 31. Dezember 2002 abgeschlossen. Die Beklagte zu 3) - eine GbR - wurde zum 31. Dezember 2005 aufgelöst. Ihre Gesellschafterinnen waren die Beklagten zu 1) und 4).

5 Mit Schreiben vom 21. Februar 2011 stellte die Rechtsnachfolgerin der Investitions-Bank NRW auf Grundlage einer taggenauen Abrechnung gegenüber der Klägerin die anteilige Rückzahlung des Zuschusses in Höhe von 203.971,38 € zur sofortigen Rückzahlung fällig, weil das Arbeitsplatzziel ab dem 1. März 2006 nicht mehr erfüllt gewesen sei. Die Klägerin forderte die Beklagten daraufhin erfolglos auf, den Zuschuss in entsprechender Höhe zurückzuzahlen.

6 Die Klägerin behauptet, die Beklagten zu 1) bis 3) hätten das erforderliche Arbeitsplatzziel im vierten und fünften Jahr nach Abschluss des Investitionsvorhabens (Jahre 2006 und 2007) nicht mehr erreicht. Die Beklagten machen geltend, die Bindungsfrist, innerhalb derer die Dauerarbeits-/Ausbildungsplätze hätten besetzt oder angeboten werden müssen, habe drei Jahre nach Abschluss des Investitionsvorhabens geendet.

7 Die Klägerin hat die Beklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung von 203.971,38 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klage in Höhe von 100.000 € nebst Zinsen teilweise stattgegeben, die Revision nicht zugelassen und dies - soweit hier noch von Interesse - im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Der Klägerin stehe ein Rückforderungsanspruch aus Ziffer 10.4 der Allgemeinen Bedingungen zu. Nach dieser Regelung könne die Klägerin die Rückzahlung des Zuschusses fordern, wenn die für die Förderung notwendige Zahl von Dauerarbeits-/Ausbildungsplätzen nicht tatsächlich besetzt sei oder zumindest dauerhaft auf dem Arbeitsmarkt angeboten werde.

9 Die nicht ausdrücklich vereinbarte Bindungsfrist sei durch Auslegung zu ermitteln. Bei den Allgemeinen Bedingungen handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Insbesondere habe die Klägerin die Vertragsbedingungen gestellt. Hierfür sei unerheblich, von

wem und in wessen Auftrag diese vorformuliert worden seien. Die Klägerin müsse sich die Bedingungen als Verwenderin zurechnen lassen, weil sie diese fertig in den Vertrag eingebracht und dem Kunden einseitig auferlegt habe.

10 Die wirksam einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Nach diesem Maßstab sei hier nicht zweifelhaft (§ 305c Abs. 2 BGB), dass die Bindungsfrist fünf Jahre betrage. Die Mitteilungspflicht in Ziffer 7.5.4 dritter Spiegelstrich habe nur dann einen Sinn, wenn die Verfehlung der Förderbedingungen innerhalb der fünfjährigen Frist rechtliche Konsequenzen haben könne. Die Regelung in Ziffer 11.3 liefe bei einer nur dreijährigen Bindungsfrist ebenfalls leer. Ferner sehe Ziffer 10.3 eine fünfjährige Bindungsfrist vor. Den Allgemeinen Bedingungen sei nichts dafür zu entnehmen, dass diese nur für die Aufrechterhaltung der Betriebsstätte gelte. Die in beiden Fällen - Aufrechterhaltung der Betriebsstätte und Anzahl der Dauerarbeitsplätze - geltende Mitteilungspflicht nach Ziffer 7.5.4 spreche vielmehr klar für eine einheitliche Bindungsfrist von fünf Jahren.

11 Bezogen auf den Zeitraum von drei bzw. fünf Jahren nach Abschluss des Investitionsvorhabens lägen differenzierte Regelungen vor. Ziffer 7.3 verpflichte den Zuschussempfänger, der Hausbank drei Jahre nach Abschluss des Investitionsvorhabens die zu diesem Zeitpunkt in der Betriebsstätte vorhandenen und besetzten Dauerarbeits-/Ausbildungsplätze sowie die Jahresdurchschnittszahlen der letzten drei Jahre mitzuteilen. Anders als im Fall der Ziffer 7.5.4 dritter Spiegelstrich bestehe diese Mitteilungspflicht auch dann, wenn die erforderliche Zahl durchgängig erfüllt gewesen sei. Im Gegensatz zu dem in Ziffer 10.4 geregelten Fall bestehe der Rückforderungsanspruch nach Ziffer 10.2.4 schon dann,

wenn der erforderliche Nachweis nicht ordnungsgemäß geführt worden sei. Nach Ablauf von drei Jahren könne gemäß Ziffer 10.2.8 die Rückforderung schon dann erfolgen, wenn die der Zusage zugrunde liegende Anzahl nicht dauerhaft besetzt sei, während nach Ziffer 10.4 zu späteren Zeitpunkten ein Rückforderungsanspruch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung bestehe, dass die fehlenden Dauerarbeits-/Ausbildungsplätze auch nicht dauerhaft auf dem Arbeitsmarkt angeboten würden. Auch aus der Regelung in Ziffer 11.2 ergebe sich nichts für eine Bindungsfrist von nur drei Jahren.

12 Hier bestehe ein Rückzahlungsanspruch gemäß Ziffer 10.4, weil die Beklagten innerhalb der fünfjährigen Bindungsfrist die für die Förderung notwendige Anzahl von Dauerarbeits- und Ausbildungsplätzen nicht besetzt oder zumindest nicht dauerhaft dem Arbeitsmarkt zur Verfügung gestellt hätten.

13 Die Beklagten zu 1) bis 3) hätten unter Berücksichtigung von 21 neu zu schaffenden Plätzen insgesamt 35,5 Plätze besetzen oder jedenfalls anbieten müssen, weil bei Antragstellung 14,5 Arbeitsplätze bereits vorhanden gewesen seien. In den Jahren 2006 und 2007 hätten die Beklagten zu 1) bis 3) diese Zielvorgabe nicht erreicht. Dies ergebe sich aus den von den Beklagten selbst vorgelegten Aufstellungen. In der dort aufaddierten Anzahl der Arbeitsplätze seien nämlich zu Unrecht die Teilzeitarbeitsplätze "ab ¾" mit einer vollen Stelle gleichgesetzt. Mangels näherer Darlegung der Arbeitskraftanteile sei davon auszugehen, dass die Teilzeitkräfte "ab ¾" mit dreiviertel Arbeitszeit tätig gewesen seien. Auf dieser Grundlage seien im Durchschnitt des Jahres 2006 nur 35,25 Stellen besetzt oder angeboten gewesen.

14 Auch wenn sich im Jahr 2007 bei anteiliger Berücksichtigung der Teilzeitarbeitsplätze immer noch ein Durchschnitt von 35,77 errechne, sei das Ziel gleichwohl nicht erreicht. Die Beklagten könnten sich jedenfalls nicht darauf be-

rufen, statt der entlassenen Mitarbeiter im Abendrestaurant Arbeitsplätze für spezialisierte Softwareentwickler ausgeschrieben, solche aber nicht gefunden zu haben. Es sei davon auszugehen, dass solche Stellen wesentlich schwerer zu besetzen seien als Stellen in einem Abendrestaurant. Die Beklagten könnten mithin nicht geltend machen, sie hätten die seit Dezember 2006 ausgeschriebene Stelle eines C++/XML dSig-Entwicklers im Jahr 2007 nicht besetzen können. Unter Abzug dieses Stellenangebots sei im Durchschnitt des Jahres 2007 lediglich von 34,77 besetzten oder angebotenen Stellen auszugehen. Ferner sei jedenfalls für den Zeitraum Februar bis Oktober 2007 die ausgeschriebene Stelle für einen Auszubildenden im Lager nicht zu berücksichtigen, weil weder vorgetragen noch sonst ersichtlich sei, dass diese Stelle nicht sogleich mit einer gelernten Kraft hätte besetzt werden können.

15 Dagegen wendet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten.

II.

16 Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 i.V.m. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht, soweit zu Lasten der Beklagten entschieden worden ist. Insoweit verletzt das angegriffene Urteil den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG.

17 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Klägerin gemäß Ziffer 10.4 zweiter Spiegelstrich der Allgemeinen Bedingungen einen Rückforderungsanspruch hätte, wenn die für die Förderung notwendige Zahl von Dauerarbeits- oder Ausbildungsplätzen nicht bis zum Ab-

lauf des fünften Jahres nach Abschluss des Investitionsvorhabens - mithin bis zum 31. Dezember 2007 - tatsächlich besetzt gewesen oder dauerhaft auf dem Arbeitsmarkt angeboten worden wäre.

18 a) Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist zwischen der Klägerin als Hausbank und den Beklagten zu 1) bis 3) als Zuschussempfänger ein Vertrag über die Gewährung eines zweckgebundenen Investitionskostenzuschusses im Rahmen eines staatlichen Förderprogramms zustande gekommen, aus dem die Klägerin einen eigenen vertraglichen Rückzahlungsanspruch herleitet. Dieses Rechtsverhältnis ist zivilrechtlicher Natur, auch wenn es sich bei der Hausbank - wie hier - um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handelt (BGH, Urteil vom 17. November 2011 - III ZR 234/10, WM 2012, 70 Rn. 18; BVerwG, NJW 2006, 2568).

19 b) Anders als die Nichtzulassungsbeschwerde meint, hätte das Berufungsgericht nicht durch Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zu einer lediglich dreijährigen Bindungsfrist gelangen müssen. Die Auslegung der Allgemeinen Bedingungen, die der Senat selbst vornehmen kann, führt ohne Unklarheit zu einer fünf Jahre dauernden Bindung.

20 aa) Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei den formularmäßigen Regelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, die die Klägerin als Verwenderin gestellt hat (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB), so dass durch Auslegung nicht behebbare Zweifel zu ihren Lasten gingen. Soweit sich die Klägerin darauf berufen hat, sie habe diese nicht gestellt, weil ihr die Einbeziehung durch das Land bzw. die Investitions-Bank NRW vorgegeben worden sei, kann sie damit nicht durchdringen.

21 (1) Für die Frage, wer die Bedingungen gestellt hat und damit als Verwender anzusehen ist, kommt es nicht entscheidend darauf an, wer die Ge-

schäftsbedingungen entworfen hat. Sind die Bedingungen - wie hier - von einem Dritten vorformuliert, ist für die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB maßgebend, ob sich eine Vertragspartei die Bedingungen deshalb als von ihr gestellt zurechnen lassen muss, weil die Einbeziehung in die Vertragsverhandlungen auf ihre Initiative zurückgeht und sie die Verwendung zum Vertragsschluss verlangt hat (BGH, Urteile vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rn. 10 f., vom 1. März 2013 - V ZR 31/12, NJW-RR 2013, 1028 Rn. 17 und vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, WM 2014, 897 Rn. 9). Ein Stellen setzt entsprechend dem Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB voraus, dass unter Ausschluss der Gegenseite einseitig vertragliche Gestaltungsmacht in Anspruch genommen wird (BGH, Urteile vom 24. Mai 1995 - XII ZR 172/94, BGHZ 130, 50, 57 und vom 17. Februar 2010 aaO Rn. 12; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 305 Rn. 12). Es entfällt daher, wenn die Einbeziehung auf der freien Entscheidung desjenigen beruht, an den der Verwendungsvorschlag herangetragen wurde. Dies setzt jedoch voraus, dass er - wenn schon keine Möglichkeit besteht, auf die inhaltliche Gestaltung eines Formulartextes Einfluss zu nehmen - zumindest in der Auswahl der in Betracht kommenden Formulartexte frei ist und insbesondere auch Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen (BGH, Urteile vom 17. Februar 2010 aaO Rn. 18 und vom 20. Februar 2014 aaO Rn. 9).

22 (2) Danach ist das Berufungsgericht zutreffend von einem Stellen der Vertragsbedingungen durch die Klägerin ausgegangen. Sie hat den Formulartext ihrem Schreiben vom 30. September 1999 als "Bestandteil der Zusage" der Investitions-Bank NRW beigefügt und die Beklagten zu 1) bis 3) aufgefordert, diese durch ihre Unterschrift als verbindlich anzuerkennen. Damit hat sie zum Ausdruck gebracht, die für Investitionszuschüsse des Wirtschaftsförderungsprogramms des Landes Nordrhein-Westfalen einheitlich geltenden Bedingun-

gen in dem maßgeblichen Vertragsverhältnis zu den Beklagten zu 1) bis 3) unter Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht zur Vertragsgrundlage zu erheben und Letztere von Wahlmöglichkeiten auszuschließen. Ob der Klägerin im Verhältnis zum Land oder der Investitions-Bank NRW insoweit Wahlmöglichkeiten offenstanden, ist unerheblich.

23 bb) Nach der zutreffenden Auslegung des Berufungsgerichts, die der Senat voll überprüfen kann (Senatsurteile vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 15 und vom 16. Februar 2016 - XI ZR 454/14, WM 2016, 699 Rn. 15, für BGHZ bestimmt), bestehen hinsichtlich der dem Rückforderungsanspruch aus Ziffer 10.4 zugrunde zu legenden Bindungsdauer jedoch keine Zweifel, so dass für die Anwendung des § 305c Abs. 2 BGB kein Raum ist.

24 (1) Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen hat sich, ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden, nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Rede stehenden Klausel einheitlich danach zu richten, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden wird. Außer Betracht bleiben nur solche Auslegungsmöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und daher nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 25 und vom 16. Februar 2016 - XI ZR 454/14, WM 2016, 699 Rn. 24, für BGHZ bestimmt, jeweils mwN).

25 (2) Nach diesen Maßstäben kann die Klägerin einen Rückzahlungsanspruch gemäß Ziffer 10.4 geltend machen, wenn die dort beispielhaft aufgeführ-

ten Umstände bis zum Ablauf des fünften Jahres nach Abschluss der Investitionsmaßnahme eingetreten sind.

26 Das ineinander greifende Regelungssystem der Allgemeinen Bedingungen legt dem Zuschussempfänger unterschiedliche Pflichten auf, je nachdem ob es sich um die ersten drei Jahre oder die ersten fünf Jahre nach Abschluss des Investitionsvorhabens handelt. So muss der Zuschussempfänger der Hausbank drei Jahre nach Abschluss in jedem Fall die Zahl der vorhandenen und besetzten Dauerarbeits-/Ausbildungsplätze mitteilen (Ziffer 7.3), auch wenn die der Förderung zu Grunde gelegte Zahl erfüllt ist. Bis zum Ablauf von fünf Jahren muss er die Hausbank indes über im Sinne der Förderungsvoraussetzungen nachteilige Entwicklungen unterrichten, beispielsweise wenn die Stilllegung, Veräußerung, Vermietung oder Verpachtung der geförderten Betriebsstätte bevorsteht (Ziffer 7.5.4 erster Spiegelstrich), die geförderten Wirtschaftsgüter aus dem Betrieb ausscheiden (Ziffer 7.5.4 zweiter Spiegelstrich), die für die Förderung notwendige Zahl der Dauerarbeits-/Ausbildungsplätze nicht tatsächlich besetzt oder dauerhaft auf dem Markt angeboten wird (Ziffer 7.5.4 dritter Spiegelstrich) oder das Insolvenzverfahren über sein Vermögen beantragt wird (Ziffer 7.5.4 vierter Spiegelstrich).

27 Diesen Mitteilungspflichten stehen korrespondierende Rückzahlungsansprüche gegenüber. So kann die Hausbank die Rückzahlung verlangen, wenn der nach drei Jahren zu erstattende Nachweis über die Zahl der vorhandenen und besetzten Stellen nicht ordnungsgemäß oder rechtzeitig geführt wird (Ziffer 10.2.4) oder wenn zu diesem Zeitpunkt die der Zusage zugrunde liegende Stellenanzahl nicht besetzt ist (Ziffer 10.2.8). Sämtliche gemäß Ziffer 7.5.4 bis zum Ablauf von fünf Jahren nach Abschluss des Investitionsvorhabens mitzuteilenden nachteiligen Entwicklungen ziehen unter Ziffer 10.3 und Ziffer 10.4 geregelte Rückzahlungsansprüche nach sich. Auch wenn der Zeitraum "vor Ablauf von

fünf Jahren" nur in der ersten Regelung betreffend die Stilllegung, Veräußerung, Vermietung oder Verpachtung der Betriebsstätte (Ziffer 10.3) nochmals ausdrücklich benannt wird, kann aus Sicht des durchschnittlichen Empfängers eines Investitionskostenzuschusses nicht zweifelhaft sein, dass die Hausbank bzw. der Subventionsgeber mit den über fünf Jahre auferlegten Mitteilungspflichten den Zweck verfolgt, der damit offenbarten Gefährdung des Förderungszwecks in sämtlichen Fallgestaltungen - auch den in Ziffer 10.4 geregelten - mit einem entsprechenden Rückforderungsverlangen Rechnung tragen zu können (zur Berücksichtigung der Ziele des Subventionsgebers bei der Auslegung vgl. Senatsurteil vom 17. Juni 2003 - XI ZR 195/02, BGHZ 155, 166, 170).

28 Würde der hier in Rede stehende Rückforderungsanspruch gemäß Ziffer 10.4 zweiter Spiegelstrich nur einen Zeitraum bis drei Jahre nach Abschluss des Investitionsvorhabens erfassen, entstünde zudem ein Widerspruch zu dem in Ziffer 10.2.8 geregelten Anspruch. Letzterer ermöglicht eine Rückforderung bereits dann, wenn die erforderliche Stellenzahl drei Jahre nach Abschluss des Investitionsvorhabens nicht tatsächlich besetzt ist, während der Zuschussempfänger einem Rückforderungsverlangen nach Ziffer 10.4 zweiter Spiegelstrich dadurch entgehen kann, dass er die nicht besetzten Stellen zumindest dauerhaft auf dem Markt anbietet. Diese abgestuften Voraussetzungen machen nur dann Sinn, wenn unterschiedliche Zeiträume erfasst werden. Die Bestimmung unter Ziffer 11.3, nach der die Investitions-Bank NRW einer anteiligen Belassung des Zuschusses zustimmen kann, wenn die neugeschaffenen Dauerarbeitsplätze nach einem Zeitraum von mindestens drei Jahren nach Abschluss des Vorhabens nicht mehr der für die Förderung erforderlichen Mindestzahl entsprechen, liefe ebenfalls leer, wenn der entsprechende Rückzahlungsanspruch bei Unterschreiten der Mindestzahl gemäß Ziffer 10.4 erster Spiegelstrich den Zeitraum nach dem dritten Jahr gar nicht erfassen würde.

29 Anders als die Nichtzulassungsbeschwerde meint, wird die Eindeutigkeit des Auslegungsergebnisses durch Ziffer 11.1.2 der Allgemeinen Bedingungen nicht in Frage gestellt, sondern vielmehr bestätigt. Danach kann von einer Rückforderung abgesehen werden, wenn die erforderlichen Arbeitsplätze in den ersten drei Jahren deswegen nicht ununterbrochen dem Arbeitsmarkt zur Verfügung gestellt wurden, weil sich die Marktverhältnisse seit Investitionsbeginn in unvorhersehbarer Weise verändert haben, mit der Folge, dass sich die "5-jährige Bindungsfrist der Nr. 10.3" um den zusammenhängenden Zeitraum der fehlenden Zurverfügungstellung verlängert. Dies zeigt gerade, dass die in Ziffer 10.3 benannte Bindungsfrist auch den in Ziffer 10.4 erfassten Sachverhalt der fehlenden Zurverfügungstellung von Arbeitsplätzen erfasst. Dass das Absehen von einer Rückforderung im Falle des Unterschreitens der Arbeitsplatzzahl zu einer entsprechenden Verlängerung der Frist führen könnte, innerhalb derer die Betriebsstätte nicht stillgelegt, veräußert, vermietet oder verpachtet werden kann - so die in Ziffer 10.3 geregelten Sachverhalte -, kann nicht ernstlich angenommen werden.

30 2. Soweit das angegriffene Urteil jedoch davon ausgeht, die Beklagten zu 1) bis 3) hätten die für die Förderung notwendige Stellenzahl in den Jahren 2006 und 2007 nicht tatsächlich besetzt oder dauerhaft auf dem Markt angeboten, verletzt dies den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise (Art. 103 Abs. 1 GG).

31 a) Art. 103 Abs. 1 GG verbietet sogenannte Überraschungsentscheidungen. Da die Beteiligten Gelegenheit erhalten sollen, sich zu dem für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt, den Beweisergebnissen und den Rechtsauffassungen vor Erlass der Entscheidung zu äußern, setzt eine den verfassungsrechtlichen Ansprüchen genügende Gewährung rechtlichen Gehörs voraus, dass die Verfahrensbeteiligten bei Anwendung der von ihnen zu verlan-

genden Sorgfalt zu erkennen vermögen, auf welchen Vortrag es für die Entscheidung ankommen kann (BVerfGE 84, 188, 190; 86, 133, 144 f.; BVerfG, NJW 2015, 1867 Rn. 20; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 31. März 2016 - 2 BvR 1576/13, juris Rn. 69). Zwar ergibt sich aus Art. 103 Abs. 1 GG keine allgemeine Frage- und Aufklärungspflicht des Richters. Ein Verfahrensbeteiligter muss daher, auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag darauf einstellen (BVerfGE 86, 133, 145; 98, 218, 263; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 31. März 2016 - 2 BvR 1576/13, juris Rn. 69). Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist nur dann anzunehmen, wenn ein Gericht ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag stellt oder auf rechtliche Gesichtspunkte abstellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter - selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen - nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen braucht (BVerfGE 84, 188, 190; 86, 133, 144 f.; BVerfG, NJW 2015, 1867 Rn. 20; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 31. März 2016 - 2 BvR 1576/13, juris Rn. 69).

32 b) Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG hier verletzt. Die Nichtzulassungsbeschwerde beanstandet mit Recht, die Beklagten hätten nicht damit rechnen müssen, dass das Berufungsgericht entgegen der von den Parteien zugrunde gelegten Handhabung zur Ermittlung der besetzten Stellen einen Teilzeitarbeitsplatz "ab ¾" Arbeitszeit nicht als Vollzeitarbeitsplatz, sondern nur mit 0,75 berücksichtigen will. In der von den Beklagten eingereichten Auflistung zur Entwicklung der Arbeitsplätze in den Jahren 2006 und 2007 sind die sieben bzw. sechs besetzten Frauenarbeitsplätze mit einer Arbeitszeit "ab ¾" jeweils als volle Stelle eingeflossen. Die Klägerin hat dies nicht beanstandet, sondern in diesem Zusammenhang lediglich ausgeführt, dass "ausweislich der

Übersicht für März 2006 selbst unter Berücksichtigung der Arbeitsplätze ab ¾ lediglich 7 Frauen beschäftigt" gewesen seien (Schriftsatz vom 14. April 2014, Seite 8). Im Rückforderungsschreiben der Rechtsnachfolgerin der Investitions-Bank NRW vom 21. Februar 2011, das die Klägerin der Berechnung ihrer Klageforderung von 203.971,38 € zugrunde legt, sind die im Februar 2006 besetzten sieben Teilzeitstellen "ab ¾" ebenfalls in vollem Umfang in die dort als besetzt ausgewiesenen neun Stellen "Frauen Vollzeit" eingeflossen. Weder der im Zusammenhang mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung erteilte richterliche Hinweis vom 18. Januar 2014 noch die protokollierten Erörterungen in der mündlichen Berufungsverhandlung ließen erkennen, dass das Berufungsgericht von dieser Handhabung abweichen will.

33 c) Der Gehörsverstoß ist auch entscheidungserheblich, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht bei Erteilung eines entsprechenden Hinweises anders entschieden hätte (vgl. BVerfGE 62, 392, 396; 65, 305, 308; 89, 381, 392 f.).

34 aa) Nach dem Vorbringen der Nichtzulassungsbeschwerde hätten die Beklagten in diesem Fall auf den Inhalt des Antrags auf Gewährung des Investitionszuschusses vom 18. Dezember 1999 Bezug genommen, der in den formularmäßig vorformulierten "Erläuterungen zum Antragsformular" festhält, dass Teilzeitarbeitsplätze mit ¾ oder mehr der tariflichen Wochenarbeitszeit eines Vollzeitarbeitsplatzes als ein Dauerarbeitsplatz zählen.

35 bb) Die Entscheidungserheblichkeit fehlt auch nicht deshalb, weil dem Berufungsgericht bei Berechnung der Stellenzahl weitere Rechtsfehler unterlaufen sind.

36 (1) Das Berufungsgericht hat verkannt, dass es für die Frage, ob "die für die Förderung notwendige Zahl von Dauerarbeits-/Ausbildungsplätzen" tatsäch-

lich besetzt oder zumindest dauerhaft auf dem Arbeitsmarkt angeboten wird, nach dem Wortlaut der Allgemeinen Bedingungen in Verbindung mit dem Bewilligungsschreiben der Klägerin vom 30. September 1999 gar nicht darauf ankommt, ob die Gesamtzahl aller besetzten oder angebotenen Stellen im Jahresdurchschnitt die Zahl von 35,5 (21 neu zu schaffende Stellen zuzüglich der 14,5 bei Beginn der Investitionsmaßnahme bereits vorhandenen) erreicht. Nach Ziffer 5 der "Auflagen/Hinweise" des Bewilligungsschreibens setzt die Belassung des Zuschusses nämlich voraus, dass mindestens so viele neue Dauerarbeitsplätze und/oder Ausbildungsplätze geschaffen werden, wie sie für die Berücksichtigung der in Höhe von 4.600.000 DM anerkannten förderbaren Investitionskosten erforderlich sind, wobei für die gemäß der Zusage neu zu schaffenden acht Frauenarbeitsplätze je 250.000 DM in Ansatz gebracht wurden und für die dreizehn neu zu schaffenden Männerarbeitsplätze bzw. Männerausbildungsplätze jeweils 200.000 DM. Dementsprechend stellt die Berechnung der Rechtsnachfolgerin der Investitions-Bank NRW in ihrem Rückforderungsschreiben gegenüber der Klägerin vom 21. Februar 2011 für die Frage, ob die für die Förderung notwendige Stellenzahl erreicht ist, auch allein darauf ab, ob bis zum Ende der Bindungsfrist immer so viele neu geschaffene Frauen- bzw. Männerarbeitsplätze besetzt oder dauerhaft ausgeschrieben sind, dass die Summe von 4.600.000 DM erreicht ist.

37 (2) Ferner ist das Berufungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass die erfolglose Stellenausschreibung für einen Softwareentwickler im Jahr 2007 deshalb nicht zu berücksichtigen sei, weil sich die Beklagten nicht darauf berufen könnten, statt der entlassenen Mitarbeiter im Abendrestaurant Arbeitsplätze für höher qualifizierte Arbeitnehmer ausgeschrieben, diese aber nicht gefunden zu haben. Ebenfalls unzutreffend ist die Annahme, eine im Jahr 2007 über mehrere Monate erfolglose Ausschreibung für einen Auszubildenden im Lager als Ersatz für eine in Ruhestand getretene Lageristin sei deshalb nicht in

Ansatz zu bringen, weil nicht ersichtlich sei, dass diese Stelle nicht sogleich mit einer gelernten Kraft hätte besetzt werden können. Solange eine Stellenausschreibung dauerhaft und mit dem ernsthaften Interesse einer Besetzung verfolgt wird, kommt es nicht darauf an, ob die Ausschreibung einer anderen Stelle (Restaurantmitarbeiter statt Softwareentwickler bzw. gelernte Lageristin statt eines entsprechenden Ausbildungsplatzes) erfolgversprechender gewesen wäre. Für ein solches Verständnis bieten weder die einschlägige Anspruchsgrundlage aus Ziffer 10.4 noch die übrigen Regelungen der Allgemeinen Bedingungen oder das Bewilligungsschreiben der Klägerin vom 30. September 1999 einen Anhaltspunkt. Die Regelungen unterscheiden lediglich zwischen Frauen- und Männerarbeitsplätzen und stellen insbesondere Ausbildungsplätze mit Dauerarbeitsplätzen durchweg gleich. Vorgaben zum konkreten Inhalt der auszuübenden Tätigkeiten, zu der die Beklagte zu 1) in ihrem Antrag auf Gewährung von Investitionskostenzuschüssen schon gar keine Angaben gemacht hat, fehlen. Auch die entsprechende Mitteilungspflicht der Allgemeinen Bedingungen in Ziffer 7.5.4 dritter Spiegelstrich stellt nur darauf ab, ob die erforderliche Stellenzahl besetzt oder zumindest dauerhaft auf dem Arbeitsmarkt angeboten wird. Das Ziel einer inhaltlichen Kontrolle der einzelnen Stellenangebote wird damit ersichtlich nicht verfolgt.

38 (3) Da bislang noch kein Vortrag dazu gehalten wurde, ob unter Beachtung dieser Grundsätze in den Jahren 2006 und 2007 so viele Arbeits- oder Ausbildungsplätze zusätzlich besetzt oder zumindest dauerhaft auf dem Arbeitsmarkt angeboten wurden, dass die Fördersumme von 4.600.000 DM

durchweg erreicht wurde, kann nicht ausgeschlossen werden, dass es auf die Frage, ob die sämtlich mit Frauen besetzten Teilzeitarbeitsplätze "ab ¾" mit der vollen Summe von 250.000 DM anzusetzen sind, weiterhin ankommt.

Ellenberger Maihold Matthias

Derstadt Dauber

Vorinstanzen:
LG Bochum, Entscheidung vom 20.06.2013 - I-1 O 583/11 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 04.06.2014 - I-31 U 142/13 -