BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 28/12

Verkündet am:
1. Oktober 2013
Herrwerth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 765

VwVfGBbg § 38; LOGBbg aF § 11 Abs. 4

Zur Zuständigkeit eines Landesministers, im Wege des Selbsteintritts die Haftung eines Bürgen für die Rückforderung von Fördermitteln zu beschränken, wenn die Befugnis zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben bei Durchführung des betreffenden Förderprogramms einer als rechtsfähiger Anstalt des öffentlichen Rechts errichteten Investitionsbank des Landes übertragen worden ist.

BGH, Urteil vom 1. Oktober 2013 - XI ZR 28/12 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 2013 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers und die Richter Dr. Ellenberger, Dr. Grüneberg, Maihold und die Richterin Dr. Menges für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 6. Dezember 2011 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 25. Februar 2010 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die weiteren Kosten des Rechtsstreits sowie die weiteren Kosten der Nebenintervention.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die klagende Investitionsbank begehrt von der Beklagten aufgrund einer von dieser abgegebenen Haftungserklärung die Erstattung eines Investitionszuschusses, der für die Errichtung einer Recyclinganlage gewährt worden ist.

2 Das streithelfende Land schloss am 27. Mai/8. Juni 1993 mit der Klägerin, einer unter Rechtsaufsicht des Finanzministeriums des Landes stehenden Anstalt des öffentlichen Rechts, einen Geschäftsbesorgungsvertrag, in dem diese beauftragt wurde, unter Fachaufsicht (Unterrichtung, fachliche Weisung, Selbsteintrittsrecht im Einzelfall) des Wirtschaftsministers Fördermittel zu vergeben, die im Rahmen des Gesetzes über die Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur" aus Bundes- und Landeshaushalt bereitgestellt worden waren. Um solche Fördermittel bewarb sich die P. AG (nachfolgend: P.), die in Pr. , einem früheren Chemiestandort mit hoher Arbeitslosigkeit, eine neuartige Anlage zum Recycling von Teppichböden errichten und betreiben wollte. An der P. beteiligten sich als Minderheitsaktionäre die zum Konzern der M. AG gehörende Beklagte und deren Schwesterunternehmen L. GmbH, die als Generalunternehmerin für den Bau der Anlage in Aussicht genommen worden war. Nach längeren Verhandlungen erteilte die Klägerin der P. am 18. Juni 1998 einen Bescheid, in dem sie die Gewährung einer Gesamtsubvention von 67.248.900 DM in Aussicht stellte und ankündigte, den Zuwendungsbescheid mit der Auflage zu verbinden, dass die Gesellschafter der P. im Falle eines Widerrufs des Zuwendungsbescheids die Haftung für eine Rückzahlung der Subvention entsprechend ihrer jeweiligen Beteiligungen übernehmen sollten. Der Vorstand der Konzernmutter der Beklagten und der L. GmbH beauftragte am

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

23. Juni 1998 den damaligen Vorstandssprecher der Beklagten S. , eine Minimierung dieses Risikos zu bewirken.

3 Am 25. Juni 1998 richtete dieser ein Schreiben an den damaligen Minister für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie des Landes D. , in dem er auf die Kritik des Vorstandes an der hohen Haftungssumme bei Nichteinhaltung der vorgesehenen Beschäftigungsgarantie hinwies und fragte, was geschehe, wenn wichtige angenommene Planungsdaten, wie etwa Verkaufspreise der erzeugten Produkte oder Gesetzesbestimmungen zur Abfallwirtschaft, sich später so dramatisch ändern sollten, dass die P. nachhaltig in die Verlustzone gerate. Da das Rückforderungsrecht des Landes eine Kann-Bestimmung sei und darauf verzichtet werden könne, ließe sich die Diskussion über diesen Punkt beenden, wenn das Land erklären könnte, dass es auf Rückzahlung der Fördermittel verzichte, wenn die P. "aufgrund von ihr nicht zu beeinflussender Umstände" in eine wirtschaftliche Schieflage gerate.

4 Der Minister hielt in einem am 26. Juni 1998 gefertigten Vermerk über ein Telefonat fest, er habe Herrn S. unterrichtet, dass in wirtschaftlichen Notfällen das Land einen Ermessensspielraum habe (z.B. bei Konjunktureinbruch). Dies solle weiter präzisiert und besprochen werden.

5 In einem Telefax vom 30. Juni 1998 an die Klägerin bezog sich die Beklagte auf ein Telefonat mit dem Minister und verwies auf Nr. 7.6.2. Buchst. c) aa) der Richtlinie des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur" GA - (GA-G) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Mai 1998 (ABl. Bbg, S. 522), wonach von einem Widerruf ganz abgesehen werden könne, wenn "die Marktverhältnisse sich seit Investitionsbeginn in unvorhersehbarer Weise verändert haben". Nach ihrem Verständnis habe der Minister zugesagt, dass von einem

Widerruf des Zuwendungsbescheides abgesehen werde, "wenn die in o.a. Bestimmung erwähnte Veränderung der Marktverhältnisse auf späteren Änderungen der gesetzlichen Regelungen oder nachhaltiger Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Unternehmens aufgrund nicht beeinflussbarer äußerer Umstände, wie z.B. Preisverfall, beruht".

6 Die Klägerin verwies in ihrer Antwort vom 1. Juli 1998 darauf, dass sie bei Widerruf eines Bescheides nach den in der Förderrichtlinie des Ministeriums festgelegten Regelungen zur Ermessensausübung verfahre. Sie gehe davon aus, dass zu Fragen aus den Gesprächen zwischen Herrn D. und Herrn S. eine schriftliche Äußerung des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie des Landes erfolgen werde.

7 Unter Hinweis auf die entscheidende Vorstandssitzung bei der M. am 7. Juli 1998 erbat der Vorstandssprecher der Beklagten in einem Schreiben vom 3. Juli 1998 von dem Minister bis zum 6. Juli 1998 eine Zusage des streithelfenden Landes, "keine Fördermittel zurückzufordern, wenn die P. AG durch von ihr nicht zu beeinflussende Faktoren in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät".

8 Darauf antwortete der Minister mit Schreiben vom 6. Juli 1998 an den Vorstandssprecher der Beklagten auszugsweise wie folgt:

> "Ihre Schreiben vom 25. Juni 1998 sowie das nachgeschobene Schreiben vom 03. Juli 1998 sind hier im Hause Gegenstand eingehender Prüfung gewesen. Im Ergebnis dessen teile ich Ihnen sehr gern mit, dass das Land seine Forderungen bei einem eventuellen gänzlichen oder teilweisen Scheitern des Projektes lediglich gegen die Gesellschaft, nicht aber gegen die Gesellschafter erheben wird. [...]

In diesem Zusammenhang hat die Landesregierung regelmäßig von den ihr eingeräumten Ermessensspielräumen Gebrauch gemacht, wenn es darum ging, einem unverschuldet in Schwierigkeiten geratenen Unternehmen zu helfen. Das war immer so und wird auch in dem hier beschriebenen Falle so gehandhabt werden.

Ich werde deshalb die für mein Haus tätige Bewilligungsbehörde (InvestitionsBank des Landes) darauf hinweisen, dass im Falle des Projektes ‚P. ' – genauso wie in anderen Fällen – alle Möglichkeiten der Ermessensausübung auszuschöpfen sind, wenn die P. durch von ihr nicht zu beeinflussende Faktoren in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät."

9 Am 13. Juli 1998 erließ die Klägerin einen Zuwendungsbescheid über eine zweckgebundene Subvention von 106.953.700 DM, der sowohl mit der Auflage verknüpft war, während einer Mindestbetriebszeit eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen zu schaffen, als auch mit der angekündigten Auflage einer quotalen Haftungsübernahme durch die Gesellschafter der P. , ersatzweise Stellung einer Bankbürgschaft. Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 6. November 1998 übernahm die Beklagte unter Bezugnahme auf die entsprechenden Nebenbestimmungen zum Subventionsbescheid die ihrer Beteiligung an der P. von 17,43% entsprechende quotale Haftung für Erstattungsansprüche nach Widerruf oder Rücknahme des Subventionsbescheides ohne weitere Einschränkungen.

10 Die Anlage wurde errichtet, konnte aber wegen einer Fehleinschätzung der Subventionsempfängerin zum Polyamidanteil und zu Störstoffen in deutschen Teppichböden nicht wirtschaftlich betrieben werden. Am 1. September 2003 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der P. eröffnet.

Am 11. September 2003 erließ die Klägerin einen Widerrufsbescheid, mit dem 52.113.129,01 € Subventionszahlungen sowie 12.222.954,77 € Zinsen zurückgefordert wurden. Den Widerspruch des Insolvenzverwalters der P. wies die Klägerin zurück, eine Anfechtungsklage wurde zurückgenommen.

11 Mit der vorliegenden Klage nimmt die Klägerin die Beklagte entsprechend deren Gesellschaftsanteil an der P. auf Rückerstattung von insgesamt 13.777.649,47 € (9.083.318,39 € Subventionen und 4.694.331,08 € Zinsen) nebst Zinsen in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von insgesamt 11.213.779,40 € (9.083.318,39 € Subventionen und 2.130.461,01 € Zinsen) nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

12 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung der Beklagten.

I.

13 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für die Revision von Interesse - ausgeführt:

14 Der Klägerin stehe nach Widerruf des Subventionsbescheids aufgrund der Haftungserklärung vom 6. November 1998 ein Anspruch auf Bürgenleistung nach § 765 Abs. 1 BGB in Höhe von 17,43% der Erstattungsansprüche der Klägerin gegen die P. zu. Die Haftungserklärung der Beklagten vom

6. November 1998 sei mangels Einhaltung der beiderseitigen Schriftform nach § 57 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land in der bis zum 16. Juli 2009 geltenden Fassung (im Folgenden: VwVfGBbg aF) als öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig. Sie könne nicht in einen privatrechtlichen Schuldbeitritt, wohl aber in eine Bürgschaft umgedeutet werden (§ 140 BGB). Die Beklagte könne einem Anspruch daraus jedoch nach § 242 BGB entgegenhalten, dass durch das Schreiben des Ministers vom 6. Juli 1998 ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden sei. Der Minister habe das streithelfende Land verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass die Klägerin die Bürgschaft gegenüber der Beklagten bei einem gänzlichen oder teilweisen Scheitern des Projekts nicht eintreibe, sodass die Beklagte habe annehmen können und auch angenommen habe, sie werde von der Klägerin nicht in Anspruch genommen.

15 Das Schreiben sei gemäß §§ 133, 157 BGB seinem objektiven Erklärungswert nach als verbindlich auszulegen. Auch das nachvertragliche Verhalten der Beklagten - Abgabe der Haftungserklärung am 6. November 1998 - stehe nicht entgegen. Der unveränderten Auflage im Subventionsbescheid vom 13. Juli 1998 habe die Beklagte nämlich entsprechen müssen, weil das Schreiben des Ministers eine Freistellung nur für einen Teil der möglichen Widerrufs- oder Rücknahmegründe gewährt habe, nämlich für das "Scheitern" des Projekts.

16 Die Klägerin müsse sich die Verpflichtung des Ministers bei der Geltendmachung des Anspruchs aus der Bürgschaft entgegenhalten lassen, obwohl der Minister die Erklärung nicht im Namen der Klägerin und in deren Vertretung abgegeben habe. Denn der Minister habe mit dem Schreiben eine verwaltungsrechtliche Zusage erteilt, bei der er in die Zuständigkeitsrechte der Klägerin eingetreten sei. Die Zusage wäre nur dann nichtig, wenn sie nicht schriftlich oder von der unzuständigen Behörde abgegeben worden wäre bzw. sonst an einem schwerwiegenden offenkundigen Mangel im Sinne des

§ 44 Abs. 1, Abs. 2 VwVfGBbg aF leiden würde. Die Zuständigkeit des Ministers ergebe sich aus der Ausübung des Selbsteintrittsrechts. Ein Selbsteintritt liege vor, wenn eine ressortmäßig und instanziell zur Aufsicht berufene und mit entsprechenden Weisungsbefugnissen ausgestattete Stelle die Aufgabe, die Gegenstand der Aufsicht sei, extern gegenüber dem Bürger wahrnehme, also in Überspringung der instanziellen Aufgabenverteilung die Funktion der sachlich erstzuständigen Stelle ausübe. Ein Recht zum Selbsteintritt sei durch die Ermächtigung in § 5 Abs. 4 (richtig § 4 Abs. 2 Satz 3) des Gesetzes über die Investitionsbank des Landes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juli 1996, (GVBl. I, S. 258; im Folgenden: InvestitionsbankG) geschaffen worden, die erlaube, die Einzelheiten bei der Wahrnehmung von hoheitlichen Aufgaben zur Umsetzung von Fördermaßnahmen durch Geschäftsbesorgungsverträge zu regeln. Der zur Durchführung der Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur" abgeschlossene öffentlich-rechtliche Geschäftsbesorgungsvertrag habe dem vom Wirtschaftsminister vertretenen streithelfenden Land unter Ziffer 1.1. Abs. 3 ein Recht zum Selbsteintritt eingeräumt.

17 Der Selbsteintritt sei auch ausgeübt worden, da sich der Minister, der sich schon zuvor an den Verhandlungen beteiligt habe, durch die Zusage gegenüber der Beklagten erkennbar an die Stelle der nachgeordneten Behörde, der Bewilligungsstelle, gesetzt habe. Dass der Minister nicht das gesamte Verwaltungsverfahren zur Bewilligung der Subvention an sich gezogen habe, sei unschädlich. Ob die Zusage gegen Haushaltsrecht des Landes verstoßen habe, könne dahinstehen, da es sich bei § 34 Abs. 1 LHOBbg nicht um einen Rechtssatz mit Außenwirkung handele. Die Beklagte habe durch die Abgabe der Haftungserklärung auch nicht auf ihre Rechte aus der Zusage verzichtet.

18 Die tatsächlichen Voraussetzungen der Zusage lägen vor, da das Projekt "gescheitert" sei. Ob der wirtschaftliche Misserfolg der P. ein Scheitern

in diesem Sinne darstelle, bedürfe ebenfalls der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB. Der Wortlaut der Zusage knüpfe mit dem Wort "Scheitern" nur an einen Fehlschlag des Projekts an, also an einen Zustand, in dem nicht mehr zu erwarten sei, dass das Projekt fortgeführt werden könne, wobei ein Verschulden - ähnlich § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Scheitern der Ehe - ohne Bedeutung sei. Zu einer anderen Beurteilung führe auch nicht der Umstand, dass die Beklagte mehrfach um Schonung für den Fall nachgesucht habe, dass das Projekt in eine wirtschaftliche Schieflage aufgrund von Umständen gerate, "die die Subventionsempfängerin nicht beeinflussen kann". Die Anfragen rechtfertigten nicht die Annahme, dass nur bei unverschuldeten Fehlschlägen mittels der Ministererklärung freizustellen sei. Denn das Ministerschreiben gehe durchaus auf das zunächst gestellte Ansinnen ein, nämlich durch Ausführungen, in denen insoweit - nur - eine wohlwollende Ermessensausübung in Aussicht gestellt werde. Die Freistellung für einen wirtschaftlichen Fehlschlag schlechthin sei auch nicht interessenwidrig. Der Minister habe davon ausgehen können, dass die Beklagte die hohen Geldbeträge nicht leichtfertig aufs Spiel setzen würde. Die Beklagte habe sich auf eine Freistellung nur bei schuldlosen Fehlschlägen nicht sinnvoll einlassen können, da sie dies mit einem kaum zu führenden Nachweis belastet und hohe Risiken begründet hätte.

19 Die Beklagte habe im Hinblick auf die Ministererklärung Dispositionen getroffen, also auf eine Einhaltung des Zugesagten vertraut, indem sie die Haftungserklärung am 6. November 1998 unterzeichnet habe.

II.

20 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung in entscheidenden Punkten nicht stand. Die Klägerin hat gegen die Beklagte nach Widerruf der Subventionsbewilligung im Bescheid vom 11. September 2003 aufgrund

der Haftungserklärung der Beklagten vom 6. November 1998 gemäß § 765 Abs. 1 BGB Anspruch auf Zahlung von 11.213.779,40 € (9.083.318,39 € an Subventionen und 2.130.461,01 € an Zinsen). Dem kann die Beklagte nicht das Ministerschreiben vom 6. Juli 1998 entgegenhalten, da der Minister, der für eine solche Zusage nicht zuständig war, auch nicht im Rahmen eines Selbsteintrittsrechts handelte und der hier vorliegende Fall eines verschuldeten Scheiterns des subventionierten Projekts von der Ministererklärung nicht umfasst war.

21 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht die von der Beklagten am 6. November 1998 unterzeichnete Haftungserklärung als Bürgschaftserklärung nach § 765 Abs. 1 BGB angesehen.

22 Als privatrechtlicher Schuldbeitritt ist die Erklärung nach § 306 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung nichtig, da ein Schuldbeitritt seinem Wesen nach der Rechtsnatur der Hauptforderung folgen muss (Senatsurteile vom 16. Oktober 2007 - XI ZR 132/06, BGHZ 174, 39 Rn. 21 ff. und vom 28. April 2009 - XI ZR 86/08, WM 2009, 1180 Rn. 15; BGH, Beschluss vom 17. September 2008 - III ZB 19/08, WM 2008, 2153 Rn. 15). Der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags hätte der - hier nicht eingehaltenen - Schriftform des § 57 VwVfGBbg aF bedurft (vgl. Senatsurteil vom 28. April 2009 - XI ZR 86/08, WM 2009, 1180 Rn. 15; BGH, Beschluss vom 17. September 2008 - III ZB 19/08, WM 2008, 2153 Rn. 17). Der nichtige Schuldbeitritt ist gemäß § 140 BGB in eine Bürgschaftserklärung umzudeuten (vgl. Senatsurteile vom 16. Oktober 2007 - XI ZR 132/06, BGHZ 174, 39 Rn. 24 ff. und vom 28. April 2009 - XI ZR 86/08, WM 2009, 1180 Rn. 16; BGH, Beschluss vom 17. September 2008 - III ZB 19/08, WM 2008, 2153 Rn. 18 f.). Dies nehmen die Klägerin und ihr Streithelfer hin.

23 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, die Beklagte könne ihrer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft das Schreiben des Wirtschaftsministers vom 6. Juli 1998 entgegenhalten.

24 a) Dabei ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die fragliche Ministererklärung als verwaltungsrechtliche Zusage anzusehen ist, da sie - anders als eine verwaltungsrechtliche Zusicherung nach § 38 Abs. 1 VwVfGBbg aF - nicht auf einen noch zu erlassenden Verwaltungsakt, sondern auf ein künftiges tatsächliches Verhalten des Landes , hier die Rückforderung von Zuwendungen nach Widerruf eines Subventionsbescheids, gerichtet war, das dem öffentlichen Recht zuzuordnen war.

25 b) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Zusage des Ministers vom 6. Juli 1998 als wirksam angesehen, da es übersehen hat, dass die gesetzlichen Voraussetzungen eines Selbsteintrittsrechts des Ministers nicht erfüllt waren.

26 aa) Zwar führt ein Mangel der instanziellen Zuständigkeit im Allgemeinen nicht zur Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes nach § 44 Abs. 1 VwVfGBbg (vgl. dazu BVerwG, NJW 1976, 765, 767; Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., § 44 Rn. 177 mwN; Schemmer in BeckOK VwVfG, Stand 1. Juli 2013, § 44 Rn. 24). Die Wirksamkeit einer Zusage setzt aber - anders als die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht hat - voraus, dass sie im Rahmen der Handlungszuständigkeit der jeweiligen Behörde und von einem Bediensteten abgegeben worden ist, der nach seiner Stellung in der Behörde zu derartigen Erklärungen befugt ist (vgl. BVerwGE 26, 31, 36; 49, 244, 248; BVerwG, BeckRS 1988, 31247101; BayVGH, Urteil vom 17. Juli 2007 - 8 BV 06.1765, juris Rn. 50).

27 bb) Weiter geht das Berufungsgericht in Anwendung insoweit nicht revisiblen Landesrechts (vgl. § 545 Abs. 1 ZPO aF, Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG) davon aus, dass für die vorliegende Zusage nicht der Minister, sondern nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag vom 27. Mai/8. Juni 1993 die Klägerin als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 2 Satz 2 InvestitionsbankG; § 3 Abs. 3 Satz 4 der Satzung der Klägerin in der Fassung vom 11. August 2004) zuständig war (vgl. insoweit auch BayVGH, Urteil vom 17. Juli 2007 - 8 BV 06.1765, juris Rn. 51). Das hat ersichtlich auch die Beklagte so gesehen, da sie mit Telefax vom 30. Juni 1998 - allerdings vergeblich - versucht hat, eine Zusage von der Klägerin zu erlangen.

28 cc) Weiter stellt das Berufungsgericht unangegriffen fest, dass der Minister mit dem Schreiben vom 6. Juli 1998 nicht in Vertretung der Klägerin gehandelt hat.

29 dd) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung konnte der Minister mit der vorliegenden Zusage die Klägerin aber auch nicht im Wege eines Selbsteintritts gestützt auf Ziffer 1.1. Abs. 3 des Geschäftsbesorgungsvertrags binden, da die Voraussetzungen für einen Selbsteintritt nach § 11 Abs. 4 des Gesetzes über die Organisation der Landesverwaltung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1994 (GVBl. I, S. 406, nachfolgend: LOGBbg aF; jetzt: § 15 Abs. 3 LOGBbg nF) nicht erfüllt waren.

30 (1) Einer Berücksichtigung von § 11 Abs. 4 LOGBbg aF im Revisionsverfahren steht nicht nach § 545 Abs. 1 ZPO aF entgegen, dass diese Regelung sich nicht über den Bezirk eines Oberlandesgerichts, hier des Oberlandesgerichts für , hinaus erstreckt hat. Obwohl diese Beschränkung einer Überprüfung von Landesrecht durch das FGG-Reformgesetz vom 17. Dezember 2008 aufgehoben worden ist, muss sie vorliegend weiter beach-

tet werden, da § 545 Abs. 1 ZPO nF nach der Übergangsvorschrift in Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG nicht auf Verfahren anzuwenden ist, die vor dem 1. September 2009 eingeleitet worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 18. Februar 2011 - V ZR 137/10, NJW-RR 2011, 515 Rn. 9 mwN). Damit wird der vorliegende Rechtsstreit, in dem die Klage bereits im Jahr 2007 erhoben worden ist, von der Neuregelung nicht erfasst.

31 Das Revisionsgericht hat nicht revisibles Recht aber dann zu klären und auszulegen, wenn dieses - wie hier § 11 Abs. 4 LOGBbg aF - vom Berufungsgericht außer Betracht gelassen wurde und infolgedessen auch nicht gewürdigt worden ist, da es sich dann nicht um die ansonsten unzulässige Nachprüfung einer insoweit nicht revisiblen Entscheidung handelt (vgl. BGH, Urteile vom 4. Februar 2004 - XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19, 23 und vom 11. Juli 1996 - III ZR 133/95, WM 1996, 2063, 2064).

32 (2) Dabei bedarf keiner Klärung, ob bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung ein ungeschriebenes Selbsteintrittsrecht angenommen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 2. April 1962 - III ZR 15/61, juris Rn. 31), da vorliegend das Zuständigkeits- bzw. Organisationsrecht des Landes regelt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Aufsichtsbehörde zum Selbsteintritt berechtigt ist (vgl. dazu BVerwG, Buchholz 310 § 137 VwGO Nr. 84; BayVGH, Urteil vom 17. Juli 2007 - 8 BV 06.1765, juris Rn. 52).

33 Nach § 11 Abs. 4 LOGBbg aF durften die Fachaufsichtsbehörden des Landes - hier nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag vom 27. Mai/8. Juni 1993 das Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie des streithelfenden Landes - die Befugnisse nachgeordneter Behörden bei Gefahr im Verzuge oder aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung selbst ausüben. Damit waren abschließend die Fälle festgelegt, in denen ein Selbsteintrittsrecht bestand (vgl. LT-Drucks. 3/6939 zu § 15 Abs. 3).

34 Die in § 11 Abs. 4 LOGBbg aF genannten Voraussetzungen für ein Selbsteintrittsrecht sind vorliegend nicht erfüllt. Anhaltspunkte für eine Eilkompetenz sind nicht erkennbar. Eine besondere gesetzliche Ermächtigung, die dem Minister ein allgemeines Recht zum Selbsteintritt eröffnet hätte, bestand hier nicht. Dafür reichte die Erwähnung eines Selbsteintrittsrechts in Ziffer 1.1. Abs. 3 des Geschäftsbesorgungsvertrags nicht aus. Der Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem Land und der Klägerin stellte nämlich keine gesetzliche Ermächtigung im Sinne von § 11 Abs. 4 LOGBbg aF dar, sondern setzt in Ziffer 1.1. Abs. 3 das in § 11 Abs. 4 LOGBbg aF abschließend normierte Selbsteintrittsrecht voraus.

35 c) Unabhängig davon begegnet auch die Auslegung des Ministerschreibens vom 6. Juli 1998 durch das Berufungsgericht durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

36 aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Auslegung einer Individualerklärung allerdings grundsätzlich den Tatsachengerichten vorbehalten. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Auslegungsstoff vollständig berücksichtigt ist, gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2009 - II ZR 222/08, WM 2009, 2321 Rn. 18 mwN) und der Tatrichter die beiderseitige Interessenlage ausreichend berücksichtigt (BGH, Urteil vom 9. Oktober 2000 - II ZR 345/98, WM 2000, 2428, 2429) hat. Handelt es sich aber - wie hier - um hoheitliches Handeln, kann der Senat, was die Revisionserwiderung übersieht, die betreffende Erklärung in vollem Umfang selbst auslegen (st. Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 9. Dezember 1982 - III ZR 106/81, BGHZ 86, 104, 110, vom 16. September 1993 - IX ZR 255/92, NJW 1994, 4950, vom 19. März 1998 - IX ZR 120/97,

NJW 1998, 2138, 2140 und vom 22. September 2009 - XI ZR 286/08, WM 2009, 2073 Rn. 20, jeweils mwN). Dabei gilt § 133 BGB entsprechend (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 1998 - IX ZR 120/97, NJW 1998, 2138, 2140 mwN und BVerwGE 49, 244, 247).

37 bb) Die vom Berufungsgericht vertretene Auslegung, die Ministererklärung habe die Beklagte auch im Falle des verschuldeten wirtschaftlichen Misserfolgs des Projekts vor einer Inanspruchnahme durch die Klägerin schützen sollen, ist nach diesen Maßstäben rechtsfehlerhaft. Das Berufungsgericht hat nur unzureichend den gesamten Wortlaut des Schreibens vom 6. Juli 1998, dessen Einbettung in die vorangehende Korrespondenz zwischen den Beteiligten und die beiderseitige Interessenlage berücksichtigt.

38 (1) Der im Schreiben vom 6. Juli 1998 verwendete Begriff "Scheitern des Projektes" ist für sich genommen nicht aussagekräftig, da er die Ursachen, die zum Fehlschlag geführt haben, offen lässt. Dass deswegen jedes "Scheitern des Projektes" ohne Rücksicht auf die Gründe dafür zur Freistellung der Gesellschafter von einer Haftung führen sollte, legt der übrige Wortlaut des Schreibens nicht nahe, da dort der Begriff "Scheitern" ausdrücklich in den Zusammenhang mit vorangehender, im Einzelnen genannter Korrespondenz gestellt ist, und folglich als sachliche Antwort auf konkrete Anfragen der Beklagten zu verstehen ist. Zudem ist in der nachfolgenden, programmatischen Begründung von "unverschuldet in Schwierigkeiten geratenen Unternehmen" die Rede. Fernliegend ist die vom Berufungsgericht für die Auslegung nach §§ 133, 157 BGB herangezogene Vorschrift des § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil der Umstand, dass im Familienrecht für das Scheitern einer Ehe Verschulden eines oder beider Ehegatten unerheblich ist (vgl. BT-Drucks. 7/650, S. 73, 104), nichts zur Klärung einer verwaltungsrechtlichen Zusage beiträgt.

39 Dem steht - anders als das Berufungsgericht meint - nicht entgegen, dass in dem Schreiben vom 6. Juli 1998 zur Bitte der Beklagten, im Falle unverschuldeten Scheiterns des Projekts auf einen Widerruf des Subventionsbescheides zu verzichten, lediglich eine wohlwollende Ermessensausübung in Aussicht gestellt wird. Die sachliche Begründung des Ministers spricht vielmehr dafür, dass die Einschränkung auf unverschuldetes Scheitern nicht nur für diese Ermessensentscheidung über einen Widerruf, sondern auch für eine Haftungsfreistellung der Gesellschafter gelten sollte.

40 (2) Für die Auslegung der Zusage sind deswegen die Begleitumstände (vgl. dazu BGH, Urteile vom 15. Januar 2002 - X ZR 91/00, WM 2002, 822, 824, vom 7. März 2006 - VI ZR 54/05, NJW 2006, 1511 Rn. 10 und vom 18. September 2012 - II ZR 178/10, WM 2012, 2231 Rn. 22), im vorliegenden Fall insbesondere die Vorkorrespondenz zwischen den Beteiligten heranzuziehen.

41 (a) Sowohl die beiden Schreiben des damaligen Vorstandssprechers der Beklagten an den Minister vom 25. Juni 1998 und 3. Juli 1998, auf die das Ministerschreiben vom 6. Juli 1998 in dem hier entscheidenden Absatz ausdrücklich Bezug nimmt, als auch das Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 30. Juni 1998 befassen sich ausschließlich mit der - einer Haftung der Beklagten vorgelagerten - Möglichkeit, bei einem unverschuldeten wirtschaftlichen Fehlschlag des Projekts von einem Widerruf des Subventionsbescheides gegenüber der P. abzusehen. Dies ergibt sich insbesondere aus den Formulierungen: "aufgrund von ihr nicht zu beeinflussender Umstände", "von ihr nicht zu beeinflussende Faktoren" und "aufgrund nicht beeinflussbarer äußerer Umstände". In diesem eingeschränkten Sinne ist die Bitte der Beklagten ersichtlich auch vom Minister verstanden worden, der in seinem Telefonvermerk vom 26. Juni 1998 beispielhaft einen Konjunktureinbruch als wirtschaftlichen

Notfall nennt und konsequent in dem Schreiben vom 6. Juli 1998 von einem "unverschuldet in Schwierigkeiten geratenen Unternehmen" spricht.

42 (b) Vor diesem Hintergrund begegnet es durchgreifenden Bedenken, dass das Berufungsgericht davon ausgeht, die Zusage des Ministers greife auch bei einem von der P. verschuldeten Scheitern des Projekts. Denn gerade in diesem Fall musste der Subventionsbescheid grundsätzlich widerrufen werden mit der Folge, dass die durch die Bürgschaft gesicherte Hauptforderung auf Rückzahlung von Fördermitteln entsteht. Diese Sicht teilte auch die Beklagte in ihrem Telefax vom 30. Juni 1998, in dem sie sich auf Nr. 7.6.2 Buchst. c) aa) der Richtlinie des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur" GA - (GA-G) bezieht, die lediglich von einer Änderung der Marktverhältnisse "in unvorhersehbarer Weise" ausgeht. Konsequent forderte die Beklagte auch keine Haftungsfreistellung für den Fall einer Rückforderung der Zuwendungen nach verschuldetem Scheitern des Projekts. Ebenso wurde ihr in der weiteren Korrespondenz weder vom Minister noch von der Klägerin eine solche Freistellung in Aussicht gestellt. Danach konnte die Beklagte aus objektiver Empfängersicht die an ein "Scheitern des Projektes" geknüpfte Ministerzusage in dem Schreiben vom 6. Juli 1998 nicht als verschuldensunabhängige Haftungsfreistellung verstehen. Die Auffassung des Berufungsgerichts, in dem Ministerschreiben vom 6. Juli 1998 sei - erstmals - eine voraussetzungslose Schonung der Gesellschafter bei einem Fehlschlag des Projekts zugesagt worden, besitzt weder in dem Wortlaut des Schreibens noch in der Vorkorrespondenz eine Grundlage.

43 (3) Die Auslegung des Schreibens vom 6. Juli 1998 durch das Berufungsgericht, die Beklagte sei von einer Haftung auch bei verschuldetem wirtschaftlichen Fehlschlag des Projekts freizustellen, entspricht auch nicht den

erkennbaren Interessen der Beteiligten. In den Anfragen an die Klägerin und den Wirtschaftsminister hat die Beklagte lediglich ihr Interesse artikuliert, die P. und damit deren Gesellschafter zu schonen, wenn das geförderte Projekt an unverschuldeten wirtschaftlichen Schwierigkeiten scheitert. Nur diesem ihm von der Beklagten mitgeteilten Begehren einer Haftungsbeschränkung im Falle eines unverschuldeten Scheiterns des Projekts konnte der Minister - für die Beklagte erkennbar - entgegenkommen, ohne die Pflicht zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung (§ 34 Abs. 2 Satz 1 LHOBbg) zu verletzen. Dass sich möglicherweise - wie das Berufungsgericht meint - der Nachweis fehlenden Vertretenmüssens im Nachhinein schwierig gestalten kann, ändert nichts daran, dass die Beklagte in den vorangehenden Verhandlungen kein Interesse an einer Haftungsfreistellung für jedwedes Scheitern des Projekts formuliert hat und ein Interesse des Ministers, diese nie geforderte Haftungsfreistellung zuzusagen, nicht erkennbar ist.

44 (4) Davon ausgehend sind die Voraussetzungen der Freistellungszusage aus dem Schreiben vom 6. Juli 1998 entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht erfüllt. Denn das Berufungsgericht stellt in den Entscheidungsgründen rechtsfehlerfrei fest, dass das Projekt wegen einer Fehleinschätzung der Subventionsempfängerin zum Polyamidanteil und zu vorhandenen Störstoffen in den Teppichböden nicht wirtschaftlich betrieben werden konnte. Diese tatbestandliche Feststellung nach § 314 ZPO (vgl. BGH, Urteile vom 29. April 1993 - IX ZR 215/92, NJW 1993, 1851, insoweit nicht in BGHZ 122, 297 abgedruckt und vom 28. Mai 2013 - XI ZR 6/12, WM 2013, 1314 Rn. 18) kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht mit der Verfahrensrüge angegriffen werden, wenn - wie hier - nicht zuvor ein Antrag auf Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO gestellt worden ist (Senatsurteile vom 18. September 2012 - XI ZR 344/11, BGHZ 195, 1 Rn. 40 mwN und vom 28. Mai 2013 - XI ZR 6/12, WM 2013, 1314 Rn. 18). Die weitere Verfahrensrüge eines fehlerhaft unterbliebenen Hinweises des Beru-

fungsgerichts nach § 139 ZPO hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

III.

45 Das angefochtene Urteil ist, weil sich die Revision als begründet erweist, gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und die Sache zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden und die Berufung der Beklagten zurückweisen.

Wiechers Ellenberger Grüneberg

Maihold Menges

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 25.02.2010 - 3-4 O 93/07 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 06.12.2011 - 5 U 53/10 -