BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 86/08

Verkündet am:
28. April 2009
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 765 Abs. 1

Der Sicherungszweck einer Bürgschaft für eine durch Verwaltungsakt festzusetzende Rückforderung einer staatlichen Subvention reicht im Zweifel nur so weit, wie die zuständige Behörde den Empfänger der Subvention bei fehlerfreier Ermessensausübung tatsächlich in Anspruch genommen hätte.

BGH, Urteil vom 28. April 2009 - XI ZR 86/08 - KG Berlin
LG Berlin

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Grüneberg und Maihold

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 28. Februar 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einer Haftungserklärung im Zusammenhang mit der Gewährung eines Investitionszuschusses in Anspruch.

2 Die Klägerin, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, ist die zuständige Behörde des Landes B. für Investitionsförderungen nach

dem Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur" vom 6. Oktober 1969 (BGBl. I S. 1861). Sie bewilligte der H. GmbH (im Folgenden: Zuwendungsempfängerin) mit Bescheid vom 22. Februar 1999 eine zweckgebundene Zuwendung in Höhe von 650.500 DM (= 332.595,36 €) zur Finanzierung von 38% der zuwendungsfähigen Investitionen des Projekts "Teilverlagerung aus gemieteten Räumen und Errichtung einer Betriebsstätte der Logistik" in G. . Bestandteile des Bescheides waren die Anlage 1 ("Finanzierungsplan/Besondere Nebenbestimmungen") und "Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P)". Anlage 1 enthält unter anderem die Auflagen, dass die geförderten Wirtschaftsgüter mindestens drei Jahre nach Abschluss des Vorhabens in der geförderten Betriebsstätte verbleiben müssen, es sei denn sie werden durch gleich- oder höherwertige Wirtschaftsgüter ersetzt, (Nr. 2.3.2) und dass nach Abschluss der Investition die Schaffung und Besetzung von 28 Arbeitsplätzen nachzuweisen und für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Abschluss des Vorhabens die durchgängige Besetzung der Stellen zu gewährleisten ist (Nr. 2.3.5). In den ANBest-P sind folgende Regelungen enthalten:

> "8. Erstattung der Zuwendung, Verzinsung
>
> 8.1 Die Zuwendung ist zu erstatten, soweit ein Zuwendungsbescheid nach Verwaltungsverfahrensrecht (insbesondere §§ 48, 49 VwVfGBbg) oder anderen Rechtsvorschriften mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen oder sonst unwirksam ist. Dies gilt insbesondere, wenn
>
> 8.1.1 die Zuwendung durch unrichtige oder unvollständige Angaben erwirkt worden ist,

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

8.1.2 die Zuwendung nicht oder nicht mehr für den vorgesehenen Zweck verwendet wird,

8.1.3 eine auflösende Bedingung eingetreten ist (z.B. nachträgliche Ermäßigung der Ausgaben oder Änderung der Finanzierung nach Nr. 2).

8.2 Ein Widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit kann auch in Betracht kommen, soweit der Zuwendungsempfänger

8.2.1 die Zuwendung nicht alsbald nach Auszahlung zur Erfüllung des Zuwendungszwecks verwendet oder

8.2.2 Auflagen nicht oder nicht innerhalb der gesetzten Frist erfüllt, insbesondere den vorgeschriebenen Verwendungsnachweis nicht rechtzeitig vorlegt sowie Mitteilungspflichten (Nr. 5) nicht rechtzeitig nachkommt."

3 Die Beklagte unterzeichnete als damalige Gesellschafterin der Zuwendungsempfängerin am 13. April 1999 die von der Klägerin als Anlage zum Zuwendungsbescheid übersandte "Haftungserklärung der Gesellschafter", die im Kopf als "Firma" die Zuwendungsempfängerin und als "Gesellschafter" die Beklagte und zwei natürliche Personen aufführt und unter anderem folgenden Wortlaut hat:

"Die o.g. Firma und die Personen übernehmen die gesamtschuldnerische Haftung für die unter Punkt 8 der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen für Projektförderung (ANBest-P) - Bestandteil des Zuwendungsbescheids vom 22. Februar 1999 - aufgeführten Erstattungs- und Verzinsungsansprüche der I. .

...

Die Haftung gilt ab Bekanntgabe des Zuwendungsbescheids an das o.g. Unternehmen während der gesamten Zweckbindungsfristen."

4 Nach Unterzeichnung der Haftungserklärung zahlte die Klägerin den Zuschuss am 27. April 1999 in voller Höhe an die Zuwendungsempfängerin aus. Am 29. Mai 2002 wurde über das Vermögen der Zuwendungsempfängerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Daraufhin widerrief die Klägerin mit Bescheid vom 11. Juni 2002 gegenüber dem Insolvenzverwalter den Zuwendungsbescheid mit Wirkung für die Vergangenheit in vollem Umfang und setzte den zu erstattenden Betrag auf 332.595,36 € fest. Zur Begründung führte sie aus, die Auflagen hinsichtlich der 3- bzw. 5-jährigen Bindefristen gemäß Nrn. 2.3.2 und 2.3.5 der Anlage 1 zum Zuwendungsbescheid, die nach der Beendigung des Vorhabens am 11. Oktober 1999 bis zum 11. Oktober 2002 bzw. 11. Oktober 2004 liefen, könnten nicht mehr erfüllt werden. Den Widerspruch des Insolvenzverwalters wies die Klägerin als unbegründet zurück. Verwaltungsgerichtliche Klage erhob der Insolvenzverwalter nicht. Der Erstattungsanspruch wurde am 14. August 2002 zur Insolvenztabelle festgestellt.

5 Die Klage auf Zahlung von 332.595,36 € nebst Zinsen hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die als privatrechtlicher Schuldbeitritt auszulegende Haftungserklärung der Beklagten sei gemäß § 306 BGB aF nichtig, da der Beitritt zu einer fremden Schuld seinem Wesen nach stets deren Rechtsnatur teile. Der Beitritt zu einer bedingten öffentlich-rechtlichen Rückforderung, wie sie hier im Verhältnis zur Zuwendungsempfängerin vorliege, könne daher nur durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen. Die nichtige Haftungserklärung sei aber nach dem hypothetischen Parteiwillen gemäß § 140 BGB in eine Bürgschaft umzudeuten, die geeignet sei, eine öffentlich-rechtliche Forderung auf privatrechtlicher Ebene abzusichern.

9 Die Inanspruchnahme der Beklagten aus der Haftungserklärung setze nicht voraus, dass der Widerrufs- und Feststellungsbescheid vom 11. Juni 2002 ihr gegenüber bekannt gemacht worden sei. Dies sei gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 VwVfGBbg nicht erforderlich gewesen, weil die Beklagte nicht Beteiligte des Verwaltungsverfahrens gewesen sei. Insbesondere sei sie nicht nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 VwVfGBbg zum Verwaltungsverfahren hinzugezogen worden. Da es in der Haftungserklärung ausdrücklich heiße, dass die Haftung der Beklagten ab Bekanntgabe des Zuwendungsbescheids an die Zuwendungsempfängerin gelten solle, sei eine Beteiligung der Beklagten im Verwaltungsverfahren gerade ausgeschlossen und von der Klägerin nicht beabsichtigt gewesen.

10 Die Haftung der Beklagten sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil Nr. 8 ANBest-P nicht Bestandteil der Haftungserklärung geworden sei. Es handele sich zwar um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, aber nicht um eine überraschende Klausel. Etwas anderes gelte auch dann nicht, wenn die Klausel teilweise als unwirksam angesehen werde, soweit sie den Widerruf des Zuwendungsbescheides aus Gründen zulasse, die nicht im Verantwortungs- oder Einflussbereich des Alleingesellschafters oder Geschäftsführers der Zuwendungsempfängerin lägen. Dies sei hier nicht der Fall, weil der Widerruf wegen der Insolvenz der Zuwendungsempfängerin erfolgt sei. Die Auffassung der Beklagten, die Aufhebung des Zuwendungsbescheids habe auch wegen Verstoßes gegen europäische Förderrichtlinien erfolgen müssen, sei unzutreffend.

11 Soweit Nr. 8 ANBest-P ganz oder teilweise nicht Bestandteil der Haftungserklärung geworden sei, bleibe diese im Übrigen wirksam (§ 6 Abs. 1 AGBG). Die gesicherte Hauptforderung sei ausreichend bestimmt, weil als Erstattungs- und Verzinsungsansprüche der Klägerin nur Forderungen aufgrund des Widerrufs oder der Rücknahme des Zuwendungsbescheids in Betracht kämen. Nr. 8 ANBest-P sei nicht gemäß § 9 Abs. 1, 2 Nr. 2 AGBG unwirksam. Die Haftung der Beklagten dem Grunde nach hänge allein von der Existenz eines Widerrufs- oder Rücknahmebescheides ab. Da der Erlass eines solchen Verwaltungsaktes vom Willen der Klägerin abhängig gewesen sei, liege ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB vor, das rechtlich wirksam begründet und von der Klägerin nach billigem Ermessen ausgeübt worden sei.

12 Die Klägerin habe die Zuwendung ermessensfehlerfrei in voller Höhe für die Vergangenheit widerrufen, weil die Zuwendungsempfängerin die im Zuwendungsbescheid enthaltenen Auflagen, insbesondere die durchgängige Besetzung von 28 Dauerarbeitsplätzen während fünf Jahren nach Abschluss des Investitionsvorhabens, nicht erfüllt habe. Die Bindungsfrist hätte nicht vor der Bezahlung der letzten Rechnung im Oktober 1999 begonnen, so dass bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 29. Mai 2002 bzw. bis zum Erlass des Widerrufsbescheides vom 11. Juni 2002 noch nicht drei Jahre vergangen gewesen seien. Dass die Rückforderung der gesamten Zuwendung ermessensfehlerfrei sei, folge aus den Grundsätzen über das intendierte Ermessen, nach denen das Ermessen bei der Verfehlung des mit der Gewährung von öffentlichen Zuschüssen verfolgten Zweckes in der Regel nur durch einen Widerruf fehlerfrei ausgeübt werden könne. Dementsprechend könne die Bewilligungsbehörde gemäß Nr. 7.6.1 Buchst. f) und 7.6.2 Buchst. a) der Richtlinie zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur" vom 19. Mai 1998 (ABl. für Brandenburg S. 522) von einem Widerruf bei Nichterreichung der erforderlichen Dauerarbeitsplätze während der Bindungsfrist weder ganz noch teilweise absehen. Nach Nr. 7.6.2 Buchst. c) bb) der Richtlinie hätte von einem Widerruf des Zuwendungsbescheides nur dann teilweise abgesehen werden können, wenn die Dauerarbeitsplätze wenigstens drei Jahre innerhalb der Bindungsfrist bestanden hätten. Dies sei aber im Zeitpunkt des Widerrufsbescheides am 11. Juni 2002 noch nicht der Fall gewesen.

II.

13 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Die Klägerin hat aufgrund des am 11. Juni 2002 erfolgten Widerrufs der Zuwendung keinen Anspruch gegen die Beklagte gemäß § 765 Abs. 1 BGB auf Zahlung von 332.595,36 €, da die Begründung des vollumfänglichen Widerrufs nicht frei von Ermessensfehlern ist.

14 1. Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass durch die Erklärung der Beklagten vom 13. April 1999 ihre Verpflichtung als Bürgin begründet worden ist.

15 a) Diese Erklärung ist zwar als privatrechtlicher Schuldbeitritt auszulegen und als solcher, wie das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung rechtsfehlerfrei angenommen hat, gemäß § 306 BGB aF nichtig. Die gewollte Rechtsfolge, eine privatrechtliche Mithaftung für einen bedingten öffentlich-rechtlichen Rückerstattungsanspruch, kann nicht eintreten, weil der Schuldbeitritt seinem Wesen nach stets die Rechtsnatur der Forderung des Gläubigers teilt, zu der er erklärt wird, und deshalb zu seiner wirksamen Begründung der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags unter Beachtung des Schriftformerfordernisses gemäß § 57 VwVfGBbg erforderlich gewesen wäre (Senat BGHZ 174, 39, Tz. 21 ff.).

16 b) Der nichtige Schuldbeitritt ist aber, wie das Berufungsgericht ebenfalls rechtsfehlerfrei angenommen hat, nach dem maßgeblichen hypothetischen Parteiwillen gemäß § 140 BGB in eine Bürgschaftserklä-

rung umzudeuten. Eine Bürgschaft begründet eine von der Hauptschuld verschiedene, eigene Verbindlichkeit des Bürgen, deren Rechtscharakter sich nicht nach der Art der Hauptschuld bestimmt. Sie ist daher geeignet, öffentlich-rechtliche Forderungen auf privatrechtlicher Ebene abzusichern (BGHZ 90, 187, 190; Senat BGHZ 174, 39, Tz. 25).

17 2. Die Verpflichtung der Beklagten aus der Haftungserklärung vom 13. April 1999 setzt, anders als die Revision meint, nicht die Bekanntgabe des Zuwendungsbescheids an die Beklagte, sondern nur, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen hat, an die Zuwendungsempfängerin voraus.

18 a) Das Berufungsgericht stützt seine Ansicht zwar auf den ausdrücklichen Wortlaut der Haftungserklärung und bringt damit zum Ausdruck, dass es die Klausel für eindeutig und nicht auslegungsbedürftig hält. Ob dies zutrifft, ist eine Rechtsfrage, die der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegt (BGHZ 32, 60, 63; BGH, Urteile vom 25. Juni 1984 - II ZR 209/83, WM 1984, 1073 und vom 13. Juni 1990 - IV ZR 141/89, WM 1990, 1680, 1681). Danach kann eine solche Eindeutigkeit nicht angenommen werden, weil die Zuwendungsempfängerin nicht mit ihrer Firma namentlich bezeichnet wird, sondern von dem "o.g. Unternehmen" die Rede ist. Im Kopf der Haftungserklärung sind jedoch zwei Unternehmen aufgeführt, die in Bezug genommen sein könnten.

19 b) Dies hat aber nicht zur Folge, dass gemäß § 5 AGBG ein für die Klägerin ungünstiges Verständnis der Haftungsvoraussetzungen zugrunde zu legen ist. Die Haftungserklärung ist zwar nach dem mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts im Revisionsverfahren

zugrunde zu legenden Vortrag der Beklagten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und somit eine Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG. Die Unklarheitenregel in § 5 des AGB-Gesetzes, das auf den am 11. Juni 2002 durch den Erlass des Widerrufsbescheids entstandenen Bürgschaftsanspruch noch Anwendung findet (Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB; vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2007 - V ZR 189/06, WM 2007, 2124, Tz. 9), greift aber nur ein, wenn nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungen rechtlich vertretbar sind (BGHZ 112, 65, 68 f.; BGH, Urteile vom 22. März 2002 - V ZR 405/00, WM 2002, 1017, 1018 und vom 29. Mai 2008 - III ZR 330/07, WM 2008, 1391, Tz. 20). Dies ist hier nicht der Fall.

20 aa) Der Senat kann die insoweit notwendige Auslegung selbst nachholen, weil die dazu erforderlichen Feststellungen getroffen und weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. BGHZ 124, 39, 45; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 274/06, WM 2009, 321, Tz. 14, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Diese Auslegung ergibt, dass mit dem "o.g. Unternehmen", dem der Zuwendungsbescheid zur Begründung der Haftung bekannt zu geben ist, die Zuwendungsempfängerin gemeint ist.

21 bb) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt, ausgehend von den Interessen, Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteilig-

ten Kreise verstanden werden (st.Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 2008 - III ZR 330/07, WM 2008, 1391, Tz. 19 m.w.N.).

22 cc) Das Formular deckt erkennbar auch Fälle ab, in denen die haftenden Gesellschafter der Zuwendungsempfängerin natürliche Personen sind. So sind in der Haftungserklärung vom 13. April 1999 neben der Beklagten auch zwei natürliche Personen als Gesellschafter aufgeführt, die die Erklärung ebenfalls unterschrieben haben. Schon deswegen liegt es nahe, dass mit "Unternehmen" der jeweilige Empfänger des Investitionszuschusses gemeint ist. Dies wird auch durch den ersten Absatz der Haftungserklärung bestärkt, in dem die Haftenden dementsprechend mit "o.g. Firma und die Personen" bezeichnet werden. Entscheidend ist aber, dass nach der Interessenlage der Vertragspartner kein Grund besteht, die Haftung des Gesellschafters von einer zusätzlichen Bekanntgabe des Zuwendungsbescheides ihm gegenüber abhängig zu machen. Er weiß aufgrund der Haftungserklärung, dass dem Zuwendungsempfänger der Zuwendungsbescheid vorliegt, und kann sich aufgrund seiner Gesellschafterstellung ohne weiteres Kenntnis vom Inhalt dieses Bescheides verschaffen. Deshalb macht die Revision auch ohne Erfolg geltend, bei dieser Auslegung benachteilige die Klausel die Beklagte unangemessen gemäß § 9 AGBG, da diese nicht wisse, wann ihre Haftung beginne und bis wann sie mit einer Inanspruchnahme rechnen müsse.

23 3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision weiterhin gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die in der Haftungserklärung der Beklagten vom 13. April 1999 in Bezug genommene Nr. 8 ANBest-P sei nicht insgesamt eine überraschende Klausel, die gemäß § 3 AGBG nicht Bestandteil der Erklärung geworden wäre.

24 a) Zu Recht und von der Revision nicht angegriffen geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, dass Nr. 8 ANBest-P im Verhältnis zur Beklagten als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren ist. Dem steht nicht entgegen, dass sie in ihrer originären Verwendung als verwaltungsrechtliche Nebenbestimmung zu einem Verwaltungsakt nicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurde. Maßgeblich ist allein, dass die Klägerin nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts durch die Bezugnahme in der Haftungserklärung den Text, wie hier gegenüber der Beklagten, zusätzlich auch für eine Vielzahl von Verträgen mit haftenden Gesellschaftern verwendete. Erst durch die vertragliche Vereinbarung entfaltet Nr. 8 ANBest-P im Verhältnis zwischen den Prozessparteien Wirksamkeit.

25 b) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, Nr. 8 ANBest-P sei für den zivilrechtlich haftenden Gesellschafter überraschend, weil die beispielhafte Auflistung der möglichen Widerrufs- und Rücknahmegründe den Eindruck erwecke, Rückerstattungsansprüche bestünden nur, wenn die Aufhebungsgründe im Verantwortungs- oder Einflussbereich der Zuwendungsempfänger lägen. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass dies einer Inanspruchnahme der Beklagten nicht entgegensteht.

26 aa) Es kann offen bleiben, ob es überraschend ist, wenn eine Sicherungszweckerklärung auch Erstattungsansprüche erfasst, die auf einer Aufhebung des Zuwendungsbescheides aus Gründen beruhen, die nicht im Verantwortungs- oder Einflussbereich des Zuwendungsempfängers liegen (ebenfalls offen gelassen in BGH, Urteil vom 6. November

2008 - III ZR 279/07, WM 2009, 61, Tz. 15, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Anders als die Revision meint, hätte dies jedenfalls nicht die Unwirksamkeit der Bürgschaft zur Folge, sondern würde nur zu einer Beschränkung der Bürgenhaftung auf Erstattungsansprüche führen, die auf einer Aufhebung des Zuwendungsbescheides aus vom Zuwendungsempfänger zu verantwortenden oder zu beeinflussenden Gründen beruhen.

27 (1) Dabei kommt es entgegen der Ansicht der Revision nicht darauf an, ob die in Bezug genommene Klausel sprachlich teilbar ist. Die streitgegenständliche Erstattungsforderung wäre jedenfalls im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung vom Bürgschaftsvertrag erfasst. Ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung nicht Inhalt des Vertrags geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag nach § 6 Abs. 1 AGBG im Übrigen wirksam. Sein Inhalt richtet sich dann gemäß § 6 Abs. 2 AGBG nach den gesetzlichen Vorschriften, zu denen auch die §§ 133, 157 BGB gehören, die Grundlage der ergänzenden Vertragsauslegung sind (BGHZ 176, 244, Tz. 32). Um den Vorrang des dispositiven Gesetzesrechtes nicht zu umgehen, setzt eine ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer Lücke, die durch den Wegfall einer unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingung entstanden ist, allerdings voraus, dass dispositives Gesetzesrecht nicht zur Verfügung steht und die ersatzlose Streichung der Klausel keine angemessene, den typischen Interessen Rechnung tragende Lösung ist (BGHZ 137, 153, 156 f.; 176, 244, Tz. 32; 177, 186, Tz. 18).

28 (2) Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Es wäre unbillig und widerspräche der Zielsetzung des § 3 AGBG, der Beklagten einen Vorteil

zu belassen, der das Vertragsgefüge völlig einseitig zu ihren Gunsten verschöbe. Auch wenn man einige der von der Sicherungszweckerklärung erfassten Aufhebungsgründe als überraschend einstufen würde, bestünde kein schutzwürdiges Interesse der Beklagten, aus diesem Grund von der Bürgenhaftung vollständig frei zu werden. Dies entspricht für den Fall der formularmäßig weiten Sicherungszweckerklärung, die unzulässigerweise die Bürgschaft auf alle künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aus einer Geschäftsverbindung ausdehnt, ständiger Rechtsprechung mit der Folge der Beschränkung der Bürgenhaftung auf die Fälle, die Anlass für die Übernahme der Bürgschaft waren (vgl. BGHZ 137, 153, 157 f.; 143, 95, 97; 153, 293, 298). Für den hier zu beurteilenden Fall kann nichts anderes gelten. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt damit die Regelung, die die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Geschäftsbedingung bekannt gewesen wäre (BGHZ 137, 153, 158). Danach haftet die Beklagte jedenfalls für die Erstattungsansprüche, die auf einer Aufhebung des Zuwendungsbescheids aus Gründen beruhen, die im Verantwortungs- oder Einflussbereich der Zuwendungsempfängerin liegen.

29 bb) Um einen solchen Fall handelt es sich hier. Die Klägerin hat den Widerruf der Zuwendung auf die Nichterfüllung der Auflagen zur Mindestdauer des Verbleibs der geförderten Wirtschaftsgüter und der Vorhaltung der Arbeitsplätze (Nrn. 2.3.2 und 2.3.5 der Anlage 1) gestützt. Die Möglichkeit des Widerrufs im Fall der Nichterfüllung von Auflagen ist in Nr. 8.2.2 ANBest-P ausdrücklich erfasst. Dass diese Gründe bei Unterzeichnung der Haftungserklärung außerhalb des Erwartungshorizonts der Beklagten lagen, macht auch die Revision nicht geltend.

30 cc) Darauf, ob, wie die Revision vorbringt, die Aufhebung auch auf andere, außerhalb des Verantwortungs- und Einflussbereichs der Beklagten liegende Gründe hätte gestützt werden können, kommt es nicht an. Entscheidend ist, dass die Umstände, die tatsächlich zur Grundlage des Widerrufs gemacht wurden, von der Sicherungszweckerklärung erfasst sind. Die bloße Möglichkeit, den Zuwendungsbescheid aus anderen Gründen aufzuheben, ist für das Entstehen des verbürgten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs unerheblich.

31 4. Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Rückforderung der Zuwendung durch den Widerrufsbescheid vom 11. Juni 2002 sei dem Grunde nach nichts anderes als die Ausübung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts, die nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB erfolgt sei, weil die Klägerin ihr Ermessen zutreffend ausgeübt habe.

32 a) Bereits der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Befugnis der Klägerin, einen Widerrufsbescheid zu erlassen, ist im Zivilrechtsverhältnis zur Beklagten kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht.

33 aa) Auch wenn das Entstehen der Hauptforderung allein davon abhängt, dass die Klägerin einen wirksamen Widerrufs- oder Rücknahmebescheid erlässt, ist dieser Umstand für die Anwendung der Vorschriften über das Leistungsbestimmungsrecht nicht ausreichend. Diese finden auf faktische Bestimmungsrechte grundsätzlich keine Anwendung (Erman/Hohloch/Hager, BGB, 12. Aufl., § 315 Rn. 1; Palandt/Grüneberg, BGB,

68. Aufl., § 315 Rn. 4; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl., § 315 Rn. 30). § 315 BGB setzt eine ausdrückliche oder stillschweigende rechtsgeschäftliche Vereinbarung voraus, dass eine Partei durch einseitige Willenserklärung den Inhalt einer Vertragsleistung bestimmen kann (MünchKommBGB/ Gottwald, 5. Aufl., § 315 Rn. 12; Palandt/Grüneberg, BGB 68. Aufl., § 315 Rn. 4; PWW/Medicus, BGB, 3. Aufl., § 315 Rn. 1).

34 bb) An einer solchen Vereinbarung fehlt es hier. Sie wäre mit dem hypothetischen Parteiwillen zur Begründung einer akzessorischen Bürgenhaftung nicht vereinbar. Dass das Entstehen der Hauptforderung zugleich die Haftung der Beklagten begründet, ist bereits zwangsläufige Folge der Akzessorietät der Bürgschaft. Die zusätzliche Ausübung eines rechtsgeschäftlichen Gestaltungsrechts im Verhältnis zum Bürgen ist daher nicht erforderlich, um dessen Haftung zu begründen, und wäre mit dem Sinn und Zweck der Bürgenhaftung nicht vereinbar. Die Bürgschaft ist die Verpflichtung zum Einstehen für eine fremde Schuld und dementsprechend vom jeweiligen Bestand der Hauptschuld abhängig (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB). Somit liegen Entstehung und Umfang der Haftung grundsätzlich fest. Auf eine zusätzliche inhaltliche Billigkeitskontrolle, wie sie § 315 BGB vorsieht, kann es für die Inanspruchnahme des Bürgen nicht ankommen. Das Berufungsgericht verkennt zudem, dass sich die Abwägung, wann ein Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen ausgeübt wurde, insbesondere an den Interessen beider Parteien dieses Rechtsverhältnisses zu orientieren hätte (MünchKommBGB/ Gottwald, 5. Aufl., § 315 Rn. 31; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 315 Rn. 10). Das Ergebnis stünde damit nicht zwangsläufig in Übereinstimmung mit der Rechtmäßigkeit der Ausübung des Ermessens, das der

Klägerin nach § 49 Abs. 3 VwVfGBbg im Verhältnis zur Zuwendungsempfängerin eingeräumt ist.

35 b) Dies bedeutet indessen nicht, dass die Bürgschaft der Beklagten jede durch einen wirksamen Widerrufsbescheid begründete Erstattungsforderung der Klägerin sichert. Das Berufungsgericht hat vielmehr verkannt, dass die Beklagte nach dem Sicherungszweck der formularmäßigen Bürgschaft, deren Allgemeine Geschäftsbedingungen offensichtlich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden und deshalb vom Senat selbständig ausgelegt werden können (BGHZ 144, 245, 248; 163, 321, 323 f.), für Erstattungsansprüche nur insoweit haftet, wie die Klägerin die Zuwendungsempfängerin bei fehlerfreier Ermessensausübung durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt tatsächlich in Anspruch genommen hätte.

36 aa) Hierfür spricht zum einen der Wortlaut der in der Haftungserklärung in Bezug genommenen Regelung unter Nr. 8 ANBest-P, die den Umfang der Bürgenhaftung konkretisiert. Dort werden als Rechtsgrundlage einer Rücknahme oder eines Widerrufs des Zuwendungsbescheids die verwaltungsrechtlichen Vorschriften der §§ 48, 49 VwVfGBbg ausdrücklich in Bezug genommen und im Folgenden beispielhaft einzelne Aufhebungsgründe aufgezählt. Damit wird der Haftungsumfang an die materiell-rechtlichen Aufhebungsvoraussetzungen geknüpft, zu denen neben den Tatbestandsvoraussetzungen auch die Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung zählt.

37 bb) Dass die Beklagte als Bürgin das Ausfallrisiko der Zuwendungsempfängerin nur bei rechtmäßigen Aufhebungsentscheidungen ab-

sichert, ergibt sich insbesondere auch aus der Interessenlage der Parteien. Auch wenn der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch gegenüber der Zuwendungsempfängerin allein deshalb besteht, weil der zugrunde liegende Widerrufsbescheid wirksam ist, kann ein nach zivilrechtlichen Grundsätzen haftender Bürge berechtigterweise davon ausgehen, dass er nur solche Ansprüche absichert, die auf materiell rechtmäßigen Aufhebungsentscheidungen beruhen. Allein dies entspricht dem zivilrechtlichen Haftungssystem, in dem der Bürge selbst durch die Rechtskraft eines dem Gläubiger günstigen Urteils gegen den Hauptschuldner nicht gehindert ist, Einwendungen gegen die Hauptschuld zu erheben (BGHZ 107, 92, 96). Auch die Klägerin als Bewilligungsbehörde kann, wenn sie den Erstattungsanspruch im Wege des Privatrechts absichert, bei verständiger Würdigung nicht davon ausgehen, dass dieses Sicherungsmittel Ansprüche aus Widerrufsbescheiden auch insoweit erfasst, als diese rechtswidrig sind.

38 c) Anders als das Berufungsgericht meint, hat die Klägerin ihr Widerrufsermessen im Bescheid vom 11. Juni 2002 nicht frei von Rechtsfehlern ausgeübt.

39 aa) Gemäß § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwVfGBbg kann ein rechtmäßiger Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewährt, ganz oder teilweise auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen werden, wenn mit ihm eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat. Nach Ziffer 2.3.5 der Besonderen Nebenbestimmungen des Zuwendungsbescheids ist für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Abschluss des Vorhabens die durchgängige

Besetzung von 28 Arbeitsplätzen zu gewährleisten. Gegen diese Auflage hat die Zuwendungsempfängerin nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts verstoßen, so dass ein (Teil-) Widerruf gerechtfertigt sein kann.

40 bb) Die Klägerin hat in Bezug auf diesen Widerrufstatbestand jedoch ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt.

41 (1) Zwar geht das Berufungsgericht im Ansatzpunkt zutreffend davon aus, dass die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei Vorliegen von Widerrufsgründen im Regelfall zum Widerruf einer Subvention zwingen, sofern nicht außergewöhnliche Umstände des Einzelfalls eine andere Entscheidung möglich erscheinen lassen (sog. intendiertes Ermessen; BVerwGE 105, 55, 58 f.; BVerwG, NVwZ-RR 2004, 413, 415). Allein der Hinweis auf das - stets bestehende - öffentliche Interesse an einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung entbindet die Behörde jedoch nicht von der Pflicht, die für ihre Ermessensentscheidung tragenden Gründe darzulegen. Auch im Fall der regelmäßig vorgesehenen vollständigen Aufhebung hat sie jedenfalls die Gründe offen zu legen, aufgrund derer sie das Vorliegen eines Ausnahmefalls verneint (OVG Lüneburg, Urteil vom 20. Februar 2002 - 13 L 3011/00, juris Tz. 40; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21. August 2008 - 10 B 1.07, juris Tz. 39). Bei Verstößen gegen Auflagen ist nämlich auch bei Förderbescheiden als zwingende Ermessensschranke der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Im Rahmen der Ermessensausübung ist daher auch das Gewicht des Pflichtverstoßes zu berücksichtigen, so dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei objektiv geringfügigen Auflagenverstößen einem Widerruf des gesamten Be-

scheides entgegenstehen kann (VGH München, BayVBl. 2005, 50, 51 und Urteil vom 15. Oktober 2008 - 22 B 06.986, juris Tz. 32). In diesem Sinne lenkt auch die verwaltungsinterne Richtlinie vom 19. Mai 1998 das Ermessen der Bewilligungsbehörde entsprechend der Schwere des Pflichtverstoßes.

42 (2) Diesen Anforderungen genügen die Ermessenserwägungen der Klägerin im Widerrufsbescheid vom 11. Juni 2002 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 9. Mai 2003 nicht. Dabei kommt es - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht darauf an, ob ein vollständiger Widerruf ermessensfehlerfrei hätte ergehen können. Der Widerrufsbescheid der Klägerin ist bereits deshalb ermessensfehlerhaft, weil aus den angestellten Erwägungen nicht erkennbar wird, dass ein nur teilweiser Widerruf überhaupt ernsthaft in Betracht gezogen wurde. Zur Begründung der vollständigen Aufhebung werden lediglich formelhaft die Ziele der genannten Richtlinie und das Erfordernis der Gleichbehandlung aller Antragsteller genannt, hinter denen das Interesse der Zuwendungsempfängerin am Behalt der Zuwendung zurückzutreten habe. Soweit die Klägerin darauf abhebt, dass aufgrund der Insolvenz die Mindestvorhaltefristen für Dauerarbeitsplätze nicht eingehalten werden konnten, ist dies ein Umstand, ohne den ein Widerruf gar nicht hätte erfolgen dürfen. Denn allein die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Zuwendungsempfängers kann einen Widerruf nicht rechtfertigen, solange nicht feststeht, ob der Betrieb - wie es häufig der Fall ist - durch den Insolvenzverwalter oder einen anderen fortgeführt wird und dadurch die Zweckbindungsfristen doch noch erreicht werden können (OVG Greifswald, GewArch 2002, 464, 465; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21. August 2008 - 10 B 1.07, juris Tz. 40).

43 Anders als das Berufungsgericht meint, liefe ein nur teilweiser Widerruf der Zuwendung auch nicht der ermessenslenkenden Richtlinie vom 19. Mai 1998 zuwider. Gemäß Nr. 7.6.1 Buchst. g) in Verbindung mit Nr. 7.6.2 Buchst. c) bb) der Richtlinie kann die Bewilligungsbehörde von einem Widerruf des Zuwendungsbescheids teilweise absehen, wenn die in der Betriebsstätte tatsächlich neu geschaffenen Dauerarbeitsplätze erst nach einem Zeitraum von mindestens drei Jahren nach Abschluss des Investitionsvorhabens nicht mehr der erforderlichen Mindestanzahl entsprechen. Dies ist hier der Fall. Ohne Erfolg wendet sich die Revision zwar gegen die aus Rechtsgründen nicht zu beanstandende Auslegung der Besonderen Nebenbestimmung Nr. 2.3.5 durch das Berufungsgericht, wonach das Vorhaben nicht vor Oktober 1999 abgeschlossen war, da erst zu diesem Zeitpunkt das geförderte Investitionsvolumen erreicht war. Auch wenn die Bindefrist jedoch erst im Oktober 1999 zu laufen begann, wurden nach dem Vorbringen der Beklagten, das in der Revisionsinstanz zu ihren Gunsten zugrunde zu legen ist, über die Dauer von drei Jahren bis zur endgültigen Betriebseinstellung im Oktober 2002 durchgängig 28 Arbeitsplätze besetzt. Mit dem Umstand der Betriebsfortführung nach Insolvenzeröffnung hat sich die Klägerin jedoch weder im Widerrufsbescheid im Rahmen einer Prognose auseinandergesetzt, noch hat sie bei Erlass des Widerspruchsbescheids im Mai 2003 den Umstand berücksichtigt, dass in der Zeit von Oktober 1999 bis Oktober 2002 Arbeitsplätze in der erforderlichen Mindestzahl über die Dauer von drei Jahren durchgängig besetzt waren.

III.

44 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

45 Das Berufungsgericht wird - nachdem die Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag hatten - die erforderliche Feststellung zu treffen haben, in welcher Höhe die Klägerin den Förderbescheid gegenüber der Zuwendungsempfängerin bei fehlerfreier Ermessensausübung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls tatsächlich widerrufen hätte. Falls sich die tatsächlich getroffene Entscheidung nicht im Rahmen des der Klägerin eingeräumten Ermessens gehalten hätte, ist darauf abzustellen, welche Entscheidung richtigerweise hätte ergehen müssen

(vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2007 - IX ZR 34/04, WM 2008, 41, Tz. 16).

Wiechers Joeres Mayen

Grüneberg

Herr RiBGH Maihold ist dienstunfähig erkrankt und daher verhindert zu unterschreiben.

Wiechers

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 07.12.2006 - 9 O 299/06 -
KG Berlin, Entscheidung vom 28.02.2008 - 1 U 124/06 -