
Datum: 24.09.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 31. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 31 U 64/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0924.31U64.14.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 3 O 220/13

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 6. März 2014 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen wird.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

A.	1
(§ 540 ZPO)	2
Bezüglich des Sachverhalts wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen (Bl. 506ff d.A.).	3
Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückzahlung eines Teils der von der Klägerin im Jahr 2004 gewährten Investitionszuschüsse nach dem Regionalen Wirtschaftsförderungsprogramm NRW für die Gewährung von Finanzierungshilfen zur	4

Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur des Landes NRW (RWP), Fassung vom 20.11.01 (B1, Bl. 581 ff d.A.), in Höhe von 561.886,33 € in Anspruch.

Mit Schreiben vom 23.12.2004 gewährte die Klägerin der Stadt B zum Az. ##### einen Investitionszuschuss iHv 1.582.181,- € und zum Az. ##### einen Investitionszuschuss iHv 1.320.869,99 € (K1/K2). Nach den Zusageschreiben waren das RWP NRW und der Durchführungserlass zum RWP vom 01.06.04 (K25, Bl. 111 d.A.) Bestandteil der Zusage. In den Zusageschreiben heißt es auf Seite 3 (Anl. K1, Bl. 26 der Akte) bzw. Seite 2 (Anl. K2, Bl. 41 der Akte) jeweils wie folgt:

„Sofern Einnahme schaffende Infrastrukturmaßnahmen nach Art. 29 Abs. 4 Strukturfonds VO in Form von Technologiezentren, Gründerzentren und Flächenmaßnahmen gefördert wurden, deren Einnahmen/Erlöse während der Durchführung bzw. nach Abschluss des Investitionsvorhabens erzielt werden, sind spätestens mit dem letzten Mittelabruf die in der Zusage dokumentierten Gesamterlöse/-einnahmen in Abzug zu bringen. Einnahmen, die vor Vollauszahlung des Investitionszuschusses erzielt werden sowie Einnahmen, die die in der Zusage dokumentierten Gesamterlöse/Einnahmen übersteigen, sind im Abrufformular gesondert auszuweisen und bei der Festsetzung der anzurechnenden Kosten zu berücksichtigen.“

Weiter enthielten die Zusageschreiben am Ende diverse Auflagen/Hinweise. Dabei lautet Ziff. 26 (Anl. K1) bzw. Ziff. 25 (Anl. K2) des jeweiligen Zusageschreibens wie folgt:

„Spätestens mit Ablauf der Infrastrukturbindungsfrist des letzten geförderten Vorhabens ist ein abschließender Gesamtverwendungsnachweis unter Berücksichtigung der tatsächlich erzielten Einnahmen zu erstellen. Eine evtl. eintretende Überförderung zuzüglich Zinsen ist zurückzuzahlen. Im Rahmen der Förderberechnung werden die tatsächlichen Einnahmen anteilig, entsprechend dem Verhältnis der förderbaren Kosten zu den Gesamtkosten, berücksichtigt.“

Bestandteil der Zusageschreiben waren jeweils die beigefügten Allgemeinen Bedingungen für Infrastrukturmaßnahmen, Fassung 08/04 (Bl. 343/344 d.A.). Dort heißt es in Ziff. 3.1 unter der Überschrift „3. Kürzungsvorbehalt“ wie folgt:

„Die NRW.Bank kürzt den Zuschuss anteilig, wenn sich die förderbaren Investitionskosten ermäßigen. Dieses gilt auch, wenn eingeräumte Skonti nicht in Anspruch genommen werden.“

In Ziff. 9 der Allgemeinen Bedingungen sind Regelungen für eine Rückforderung des Zuschusses getroffen. Wegen der Einzelheiten wird auf die in Kopie zur Gerichtsakte gereichten Allgemeinen Bedingungen konkret Bezug genommen (Bl. 343/344 d.A.)

Nach Prüfung des Verwendungsnachweises der Beklagten vom 14.05.09 (Anl. K19, Bl. 94 ff. d.A.) machte die Klägerin Rückforderungsansprüche von zunächst 897.416,81 € und zuletzt 561.886,33 € (Anl. K23, Bl. 103 d.A.) geltend. Zur Begründung führte sie aus, die im Einzelnen dargelegten förderungsfähigen Kosten hätten sich ermäßigt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr stehe der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch aus Ziff. 3.1, 9.1.4, 9.2.1 und 9.2.3 der Allgemeinen Bedingungen zu. Für die Neuberechnung des Zuschusses nach Fertigstellung des Vorhabens und dem erstellten Verwendungsnachweis der Beklagten vom 14.05.09 komme es auf die prognostizierten Kosten und Erlöse an; eine Abrechnung nach Vermarktung der Grundstücke

bzw. Ablauf der Investitionsbindungsfrist habe nicht mehr zu erfolgen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Rückforderung sei verfrüht, da nach Ziff. 26 (Anl. K1) und Ziff. 25 (Anl. K 2), eine Rückforderung erst im Rahmen einer Endabrechnung nach Vermarktung der Grundstücke bzw. Ablauf der Investitionsbindungsfrist aufgrund der tatsächlichen Erlöse und Kosten zu erfolgen habe. 14

Wegen des weiteren Tatsachenvortrags der Parteien einschließlich der genauen Fassung der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf das landgerichtliche Urteil (Bl. 506 ff. d.A.) Bezug genommen. 15

Das Landgericht Bochum hat mit dem am 06.03.2014 verkündeten Urteil die Klage abgewiesen. Zur Begründung führt das Landgericht im Wesentlichen aus, ein Anspruch ergebe sich weder aus den vertraglichen Vereinbarungen noch aus einer ergänzenden Vertragsauslegung. 16

Ein Anspruch ergebe sich nicht aus Ziff. 26 des Zusageschreibens vom 23.12.2004 (Anl. K1) bzw. der Ziff. 25 des Zusageschreibens vom 23.12.2004 (Anl. K2). Ein etwaiger Rückzahlungsanspruch sei noch nicht fällig, da die Infrastrukturbindungsfrist noch nicht abgelaufen sei und ein Gesamtverwendungsnachweis noch nicht erstellt worden sei. 17

Ein Rückzahlungsanspruch ergebe sich nicht aus Ziff. 9.1.4 der Allgemeinen Bedingungen, da der Begriff „sonstige Förderungsvoraussetzungen“ nur die Voraussetzungen meine, die die Förderung dem Grunde nach regeln, nicht aber - worauf es hier ankommt - die, die die Höhe der Förderung betreffen. 18

Ein Anspruch folge weiter nicht aus Ziff. 9.2 der Allgemeinen Bedingungen, da ein wichtiger Grund nicht vorliege. 19

Ein Anspruch ergebe sich nicht aus Ziff. 3.1 der Allgemeinen Bedingungen i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 2 BGB. Ziff. 3.1 der Allgemeinen Bedingungen regle nur ein Recht zur Kürzung der Investitionszusage vor Auszahlung der Zuschüsse. Ein Anspruch aus ergänzender Vertragsauslegung scheitere an einer planwidrigen Vertragslücke. 20

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 508 ff. der Akte) Bezug genommen. 21

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie rügt im Wesentlichen, das Landgericht sei von falschen Prämissen ausgegangen und habe die einschlägigen Bestimmungen falsch ausgelegt. Unzutreffend sei die Annahme, die Fördermaßnahme umfasse auch noch die Vermarktungsphase. Das Vermarktungsrisiko treffe allein die Beklagte. Die Fördermaßnahme sei beendet. Es sei bei der Abrechnung ausschließlich auf die prognostizierten Erlöse abzustellen. Ein Anspruch der Beklagten auf Abrechnung nach Ablauf der Infrastrukturbindungsfrist bzw. nach Gesamtvermarktung der Beklagten bestehe nicht. Jedenfalls habe das Landgericht – nach seiner Argumentation - die Klage als derzeit unbegründet abweisen müssen. 22

Die Klägerin beantragt, 23

die Beklagte zu verurteilen, an sie 561.886,33 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz pro Jahr, 24

ab dem 11.12.2006 auf einen Betrag i.H.v. 99.201,87 €, 25

ab dem 26. 10. 2007 auf einen Betrag i.H.v. 161.539,47 €,	26
ab dem 29.10.2007 auf einen Betrag i.H.v. 265.435,46 €,	27
ab dem 04.09.2008 auf einen Betrag i.H.v. 304.169,62 € und	28
ab dem 12.09.2008 auf einen Betrag i.H.v. 561.886,33 € zu zahlen.	29
Die Beklagte beantragt,	30
die Berufung zurückzuweisen.	31
Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Ergänzend trägt sie vor, durch die um fünf Jahre verspätete Herstellung des Anschlusses des Geländes an die ##### habe sich die Geschäftsgrundlage dahingehend geändert, so dass – sollte je eine Zwischenabrechnung vereinbart gewesen sein – diese ebenfalls um 5 Jahre zu verschieben sei.	32
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	33
B.	34
Die zulässige Berufung ist im Wesentlichen unbegründet. Die Klage ist derzeit unbegründet. Ein derzeit fälliger Anspruch auf Rückzahlung von 561.886,33 € steht der Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.	35
Die von der Klägerin verwendeten Nebenbestimmungen (Auflagen/Hinweise der Zugeschriebenen; Allgemeine Bestimmungen für Infrastrukturmaßnahmen, RWP NRW, Durchführungserlass zum RWP) stellen allgemeine Geschäftsbedingungen dar, die nach zivilrechtlichen Maßstäben auszulegen sind, da auf das Rechtsverhältnis der Parteien privates Recht anzuwenden ist, § 11 der Allgemeinen Bestimmungen.	36
Ob sich die Auslegung nach den für die Auslegung von AGB geltenden Grundsätzen richtet und die Regelung des § 305c Abs. 2 BGB Anwendung findet oder stattdessen die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB gelten, hängt davon ab, ob es sich bei den streitgegenständlichen Allgemeinen Bedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handelt. Das ist zu bejahen. Im Einzelnen gilt Folgendes:	37
Die Nebenbestimmungen sind unproblematisch Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind.	38
Die Bedingungen gelten nicht nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als gestellt, weil ein Verbrauchervertrag hier nicht vorliegt.	39
Entgegen der von der Klägerin im Anschluss an das OLG Köln (Beschluss vom 15.07.2013 – 13 U 236/12, K32, Bl. 310 ff. d.A.) vertretenen Ansicht hat die Klägerin die Vertragsbedingungen aber im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB „gestellt“, wie der Senat bereits für die Allgemeinen Bestimmungen zum RWP NRW entschieden hat (31 U 142/13). Eine Vertragsbedingung ist von jener Partei „gestellt“, die sie in die Verhandlungen eingeführt hat bzw. der die Einführung zuzurechnen ist (Staudinger/Schlosser, BGB, Neubearbeitung 2013, § 305, Rn. 27). Einerlei ist, von wem und in wessen Auftrag die Bestimmungen vorformuliert	40

worden waren; Voraussetzung ist aber, dass eine Vertragspartei die Klausel sich als Verwender zurechnen lassen muss, was regelmäßig der Fall ist, wenn jemand Empfehlungen aufgreift, die von dritter Seite aufgestellt wurden, und sie seinem Vertragspartner stellt (Staudinger/Schlosser, a.a.O., Rn. 28). Außerhalb des Anwendungsbereiches von § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB ist eine Vertragsbestimmung nicht gestellt, wenn ein unparteiischer bzw. neutraler Dritter ohne Veranlassung durch einen Vertragspartner eine Klausel in den Vertrag einführt (Staudinger/Schlosser, a.a.O., Rn. 29; MünchKomm/Basedow, BGB, 6. Aufl., § 305, Rn. 22). Dieser Fall liegt hier aber nicht vor, weil es sich bei dem Land NRW nicht um einen neutralen Dritten handelt. Einschlägig ist vorliegend vielmehr folgende Grundregel: „Gestellt“ sind Vertragsbedingungen [...] immer dann, wenn es an den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB fehlt, der Verwender die Bedingungen also fertig in den Vertrag eingebracht und sie dem Kunden einseitig auferlegt hat (MünchKomm/Basedow, BGB, 6. Aufl., § 305, Rn. 21). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, so dass es sich bei den streitgegenständlichen Nebenbestimmungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handelt. Entsprechend hat auch der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 17.11.2011 (III ZR 234/10 = NZBau 2012, 131) – wie bereits vom Landgericht zitiert - die Allgemeinen Bedingungen für Investitionszuschüsse bei Infrastrukturmaßnahmen aus dem regionalen Wirtschaftsförderungsprogramm des Landes Nordrhein-Westfalen ohne Weiteres als Allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert.

Die wirksam in das Vertragsverhältnis der Parteien einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind 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 (BGH, NZBau 2012, 131, 133). 41

I. Anspruch aus Ziff. 26 bzw. 25 der Zusageschreiben vom 23.12.2004 42

Ein Rückzahlungsanspruch ergibt sich nicht aus den o.g. Ziffern. Dies folgt – wie das Landgericht zu Recht ausführt – aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Ziffern bzw. der Förderung. 43

Voraussetzung für die Rückforderung einer „eintretenden“ Überforderung ist ein abschließender Gesamtverwendungsnachweis unter Berücksichtigung der tatsächlich erzielten Einnahmen „spätestens“ mit Ablauf der Infrastrukturbindungsfrist. Die Infrastrukturbindungsfrist beträgt nach Ziff. 8.18 RWP (Bl. 594 d.A.), Ziff. 2.9 Abs. 2 Durchführungserlass (Bl. 114 d.A.) 15 Jahre nach Abschluss des Vorhabens. Entgegen dem Klägervortrag war das Vorhaben nicht am 31.10.2008 beendet. Aus Anl. K 22 (Bl. 100 d.A.) ergibt sich, dass die Klägerin einer Verlängerung des Durchführungszeitraums bis zum 28.01.2009 letztlich doch zugestimmt hat. Dabei handelte es sich nicht um ein Versehen. Die Klägerin nimmt in diesem Schreiben auf ein weiteres Schreiben vom 03.05.2010 Bezug, in welchem sie der Beklagten mitgeteilt hat, dass sie der Verlängerung des Durchführungszeitraums bis zum 28.01.2009 zustimmt. Jedenfalls ist die Infrastrukturbindungsfrist nicht abgelaufen. 44

Dabei folgt aus der Formulierung „spätestens“ nicht, dass schon zu einem beliebigen früheren Zeitpunkt ein Gesamtverwendungsnachweis erstellt werden kann. Voraussetzung für die Erstellung eines Gesamtverwendungsnachweises vor Ende der Infrastrukturbindungsfrist ist, dass die tatsächlich erzielten Erlöse feststehen. Diese stehen aber noch nicht fest, da die Grundstücke derzeit noch vermarktet werden. 45

Dass entgegen der Auffassung der Klägerin auf die tatsächlich erzielten Erlöse und nicht auf zu einem Zeitpunkt nach Beendigung des Durchführungszeitraums prognostizierte Erlöse abzustellen ist, ergibt sich neben dem Wortlaut auch aus einer Gesamtschau der zu Grunde liegenden Vorschriften und dem Sinn und Zweck der Förderung. Das bedeutet zugleich, dass entgegen der Auffassung der Klägerin auch der Zeitraum zwischen Beendigung der Durchführung der Maßnahme und Vermarktung der Grundstücke bzw. Ende der Infrastrukturbindungsfrist zu berücksichtigen ist.

Schon Ziff. 8.32 RWP (Bl. 596 d.A.) stellt auf den tatsächlichen Verkauf der Grundstücke und darauf ab, dass eine Überförderung zurückzuzahlen ist, soweit der Verkaufspreis die Kosten des Grunderwerbs und des Eigenanteils des Trägers an den Erschließungskosten übersteigt. Dieser Fall wurde dann auch in Ziff. 9.1.3. der Allgemeinen Bestimmungen als Rückforderungsmöglichkeit zugunsten der Klägerin erfasst. Damit korrespondiert die Vorlagepflicht eines Verwertungsberichts nach vollständiger Vermarktung der Fläche oder eben „spätestens“ nach Ablauf der Infrastrukturbindungsfrist, Ziff. 6.5 der Allgemeinen Bestimmungen (Bl. 343 d.A.). Ansonsten könnte die Klägerin gar nicht nachvollziehen, ob die Erlöse aus den Grundstücksverkäufen so hoch waren, dass letztlich eine Überförderung eingetreten ist. Entgegen der Auffassung der Klägerin sollen Ziff. 25/26 der Zusageschreiben nicht lediglich gewährleisten, dass keine Überförderung auftritt. Ihnen kommt vielmehr eine darüber hinausgehende, eigene Bedeutung zu. Die Verhinderung einer Überförderung ist bereits in Ziff. 9.1.3 der Allgemeinen Bedingungen geregelt. 47

Dass es auf die tatsächlichen Erlöse ankommt, ergibt sich weiter aus Ziff. 2.9 und 5 des Durchführungserlasses (Bl. 114/115 d.A.). Soweit in Ziff. 5.1 des Durchführungserlasses zwischen „erzielten“ und „erzielbaren“ Erlösen unterschieden wird, beruht das darauf, dass die Förderung vor Durchführung der Maßnahme berechnet (vgl. Überschrift zu Ziff. 5) werden muss, was nur anhand prognostizierter Einnahmen und Ausgaben möglich ist. In Ziff. 5.2 werden dann die Erlöse definiert und in Ziff. 5.1 Abs. 2 sollen die Erlöse die sog. nicht förderbaren Kosten refinanzieren. Aus dieser Ziffer kann nicht entnommen werden, dass es sich bei den Erlösen nur um prognostizierte oder fiktive handelt. 48

Zu den nicht förderbaren, aber berücksichtigungsfähigen Kosten gehören nach Ziff. 2.9 des Durchführungserlasses auch die Finanzierungskosten. Auch hier kommt es – genau wie bei den Erlösen – nach Ziff. 2.9. Abs. 2 des Durchführungserlasses auf den tatsächlichen Anfall mit einer Berücksichtigung maximal bis zum Ende der Infrastrukturbindungsfrist an. 49

Für eine solche Auslegung sprechen auch Sinn und Zweck der Förderung. Gefördert werden unstreitig 80 % der unrentierlichen, also uneinbringlichen Kosten. Dabei werden die Erlöse nicht 1:1 mit den förderbaren Kosten verrechnet, sondern der Zuschussnehmer wird in Bezug auf den von ihm zu tragenden Eigenanteil insoweit unterstützt, dass die Erlöse quotale mit den förderbaren Kosten und den nicht förderbaren, aber berücksichtigungsfähigen Kosten verrechnet werden, wodurch der Eigenanteil des Zuschussnehmers sinkt. Die Quote bestimmt sich nach dem Verhältnis von förderbaren und zwar nicht förderbaren, aber anrechenbaren Kosten. Dazu gehören auch die Zwischenfinanzierungskosten, Ziff. 2.9 des Durchführungserlasses. 50

Berücksichtigte man lediglich prognostizierte Finanzierungskosten und Erlöse, träfe das Risiko von nachträglichen Kostensteigerungen und Einnahmемinderungen allein den Zuschussnehmer. Auf der anderen Seite dürfte der Zuschussnehmer sich aus der Unrichtigkeit der Prognose etwaig ergebende „Chancen“ nicht nutzen, da er „Übererlöse“ im Sinne von Ziff. 9.1.3. der Allgemeinen Bestimmungen, Ziff. 8.32 RWP (s.o.) zurückzahlen müsste. Insofern würde dann wieder auf die tatsächlichen Verhältnisse abgestellt. Das ist 51

unbillig.

Entgegen der Auffassung der Klägerin schafft ein solches Verständnis der vertraglichen Bestimmungen keinen Anreiz für die Beklagte mit dem Verkauf der Grundstücke bis nach Ablauf der Infrastrukturbindungsfrist zu warten und bei Ablauf der Infrastrukturbindungsfrist nach den prognostizierten Erlösen abzurechnen. Die Beklagte hat zu einem solchen Zuwarten keine Veranlassung, da es als private Wirtschaftsförderungsgesellschaft der Stadt B gerade ihre Aufgabe ist, die Grundstücke zügig zu vermarkten. Auch nach den oben dargelegten Grundsätzen der Förderung ergibt ein Zuwarten der Beklagten keinen Sinn, da die den Eigenanteil der Beklagten erhöhenden Finanzierungskosten bis zu einem Verkauf nach Ende der Infrastrukturbindungsfrist weiter liefen. 52

Auch aus Ziff. 3 Abs. 4 („Sofern Einnahme schaffende...“) der Zugeschreiben vom 23.12.04 ergibt sich nichts anderes. Es handelt sich bei Art. 29 Abs. 4 Strukturfonds VO um die Verordnung (EG) 1260/1999 vom 21.06.1999. Zum einen hat die Klägerin den Sinn dieser Klausel weder erläutert noch vorgetragen, ob diese Voraussetzungen hier gegeben sind. Zum anderen steht die Klausel unter der Überschrift „Abruf“. Ein Abzug beim Mittelabruf steht aber einer Berücksichtigung von tatsächlichen Kosten / Einnahmen im Rahmen einer Endabrechnung nicht entgegen. 53

Gleiches gilt für den Orientierungsvermerk der Kommission zu Art. 29 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1260/1999. Zum einen ist dieser Orientierungsvermerk nicht Vertragsbestandteil geworden sein, da auf ihn in keiner der Unterlagen / Anlagen Bezug genommen wird. Wie sich aus (A) Ziff. 1, 2 des Orientierungsvermerks ergibt, dient er als indikative Leitlinie für die mitgliedstaatlichen Behörden und wurde u.a. auf Bitten nationaler Behörden verfasst. Es handelt sich um eine Verwaltungsrichtlinie und somit um Innenrecht. 54

Unabhängig davon trägt die Klägerin auch zu (A) Ziff. 9 des Orientierungsvermerks nicht vor. Es ist nicht zu erkennen, wie sich die dortigen Regelungen zu Gunsten der Klägerin auf das Verhältnis zwischen den Parteien auswirken sollen. Unterstellt mit „Ende der Förderung (des Programms)“ ist die letzte Zahlung bzw. der sich daran anschließende Gesamtverwendungsnachweis gemeint (und nicht der Ablauf der Infrastrukturbindungsfrist nach Ziff. 8.18 RWP; Ziff. 2.9 Abs. 2 Durchführungserlass), ist in der Tat eine ex ante Betrachtung allein auf Basis prognostizierte Werte vorgesehen. Wie sich aus dem letzten Satz ergibt, kann der dann vor dem Beginn des Projekts festgelegte Beteiligungssatz später nicht mehr geändert werden. Dann wäre die Klägerin zum einen nicht mehr zu Rückforderung berechtigt. Die Beklagte würde das Risiko, aber auch die Chancen der späteren tatsächlichen Entwicklung tragen. Zum anderen ist der Vortrag widersprüchlich. Aus der eigenen Abrechnung der Klägerin ergibt sich, dass sie – soweit vorhanden – in der Abrechnung (Anl. K23, Bl. 109 d.A.) auch tatsächliche Kostenpositionen berücksichtigt, also eben nicht allein auf Basis der prognostizierten Werte abrechnet. 55

II. Anspruch aus Ziff. 9.1.4 der Allgemeinen Bedingungen 56

1. Zu Recht geht das Landgericht davon aus, dass mit „sonstigen Förderungsvoraussetzungen des RWP“ nur solche gemeint sind, die das „ob“ der Förderung betreffen. Aus Ziff. 9.1.4 der Allgemeinen Bedingungen folgt gerade kein Rückforderungsrecht, wenn sich lediglich einzelne Berechnungsgrundlagen verändert haben, solange die Förderfähigkeit grundsätzlich fortbesteht. 57

Nach dem Wortlaut sind die Voraussetzungen der Förderung gerade die Bedingungen, die erfüllt werden müssen, um überhaupt eine Förderung zu erhalten, nicht aber alle 58

Einzelpositionen des Finanzierungsplans aus denen sich dann letztlich die Höhe der Förderung ergibt.

Zudem wird gerade auf das RWP verwiesen. Dieses regelt, für dieses Vorhaben in Ziffer 8., gerade die Voraussetzungen dem Grunde nach, nach denen eine Förderung erfolgen kann. 59

Ob Ziff. 9.1 der Allgemeinen Bedingungen insgesamt nun einen Rückzahlungsanspruch für die Fälle ermöglichen soll, in denen das Vertrauen des Zuschussempfängers nicht schützenswert ist, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls geht es in allen Ziffern um die Berechtigung dem Grunde nach bzw. die Förderungsvoraussetzungen dem Grunde nach und ermöglicht der Klägerin die Rückforderung des gesamten Zuschusses ohne Abrechnung. So geht es in Ziff. 9.1.1 um unzutreffende Angaben / Täuschung des Antragstellers, in Ziff. 9.1.2 um einen Maßnahmebeginn vor Antragstellung, also unabhängig davon (vgl. Ziff. 9.37 RWP), in Ziff. 9.1.3 um die Verhinderung einer Überförderung (vgl. 8.32 RWP), in Ziff. 9.1.5 um einen Verstoß gegen EU-Recht, wobei Art. 12 VO (EG) 1260/99 sehr grundsätzlich gehalten ist, in Ziff. 9.1.6 um einen Wegfall der geförderten Nutzung binnen der Infrastrukturbindungsfrist der Ziff. 8.18 RWP und in Ziff. 9.1.7 um die Insolvenzantragstellung über Vermögen des Zuwendungsempfängers, wodurch die Verwirklichung der geförderten Maßnahme in Frage gestellt wird. 60

2. Selbst wenn man mit der Klägerin auch die Regelungen des Durchführungserlasses als „sonstige Fördervoraussetzungen des RWP“ ansehen sollte, gilt nichts anderes. Aus Ziff. 5 des Durchführungserlasses folgt kein Recht der Klägerin zur sofortigen Neuberechnung falls sich einzelne Positionen der Gesamtrechnung verändert haben. Für die Berechnung der Förderhöhe können vor Durchführung nur prognostizierte Werte maßgeblich sein; nach den obigen Ausführungen ist später eine Endabrechnung durchzuführen (Ziff. 26/25 der Zugeschreiben). 61

Aufgrund der Berechnungsweise des Zuschusses (s.o.) könnte eine (Zwischen-) Abrechnung immer nur vorläufigen Charakter haben und würde u.U. weitere (Finanzierungs-) Kosten verursachen, die dann wiederum in die Berechnung einzustellen wären. 62

III. Anspruch aus Ziff. 9.2.1 der Allgemeinen Bedingungen 63

Ein Rückforderungsanspruch folgt nicht aus dieser Ziffer der Allgemeinen Bedingungen. 64

Zu den einzelnen Voraussetzungen hat die Klägerin schon nicht substantiiert vorgetragen. Da das Investitionsvorhaben verwirklicht ist, kommt nur die letzte Variante in Betracht, nach der zurückgefordert werden kann, wenn der Zuschussempfänger von den der Zusage zugrunde liegenden Investitionen abweicht, ohne dass diesen Änderungen zugestimmt wird. 65

Die der Zusage zugrunde liegenden Investitionen ergeben sich aus Ziff. 1 der Zugeschreiben in Verbindung mit der jeweiligen Investitionsgüterliste (Bl. 31, 47 d.A.). Dort sind die geplanten Investitionen nur überblicksmäßig genannt. Die bloße Reduzierung der Grundstückkaufkosten und Finanzierungskosten stellt keine solche Abweichung dar. Gleiches gilt für die von der Klägerin gerügten Wirtschaftsprüferkosten, Gehölzschnittkosten, Notarkosten und Asphaltprüfungskosten. Die Kosten sind bei der Verwirklichung der der Zusage zugrunde liegenden Investitionen entstanden. 66

IV. Anspruch aus Ziff. 9.2.2 der Allgemeinen Bedingungen 67

68

Ein Rückforderungsanspruch besteht nicht. Die Beklagte hat den Zuschuss nicht nicht zu dem in der Zusage genannten Verwendungszweck eingesetzt. Hierzu hat die Klägerin unsubstantiiert erstmals in der Berufungsbegründung vorgetragen. Auch die Klägerin selbst hatte sich in ihrem Rückforderungsschreiben vom 26.02.13 (K23, Bl. 103 d.A.) nicht auf Ziff. 9.2.2 der Allg. Bedingungen berufen. Allein dadurch, dass sich die Kosten im Vergleich zu Antragstellung reduziert haben, folgt nicht dass die Beklagte die Fördermittel zweckwidrig verwandt hat.

Jedenfalls hat die Beklagte sämtliche Positionen gemäß dem Verwendungszweck der Zusage eingesetzt. Nach Ziff. 1.1 der Zusageschreiben v. 23.12.2004 (K1/K2) ist der Verwendungszweck die Wiedernutzbarmachung der Industriebrache Logistikpark B Nord-West – Teilbereich B2. Sämtliche Kosten sind zur Erreichung dieses Ziels aufgewendet worden. Die Beklagte hat die Mittel nicht zweckentfremdet. Allein dies stellte nach Ziff. 9.2.2 der Allgemeinen Bedingungen einen wichtigen Grund zur Rückforderung dar.

Unabhängig davon sind auch die Kürzungen der Klägerin aus dem Schreiben vom 26.02.2013 (Anl. K23, Bl. 103 d.A.), die sie in ihre Rückforderungsberechnung hat einfließen lassen, überwiegend nicht gerechtfertigt.

1. Wirtschaftsprüferkosten in Höhe von 13.963,20 €

Bei den – unstreitig angefallenen - Wirtschaftsprüferkosten für Testate zum Mittelabruf handelt es sich um Projektmanagementkosten im Sinne von Ziffer 2.3 des Durchführungserlasses. Sie stellen Gemeinkosten einer Projektgesellschaft im Sinne der Vorschrift dar.

Die Beauftragung eines Abschlussprüfers und damit eines Wirtschaftsprüfers war von der Klägerin gerade gefordert. Nach Ziff. 1.2 der Allgemeinen Bedingungen hat das für den Zuschussempfänger zuständige Rechnungsprüfungsamt bzw. der Abschlussprüfer die zweckentsprechende Verwendung der Zuschussmittel zu überwachen. Nach Ziff. 2.2 der Allgemeinen Bedingungen werden die Belege vom beauftragten Rechnungsprüfungsamt bzw. Abschlussprüfer geprüft. Nach dem Merkblatt „Prüfungsdokumentation Mittelabruf RWP Infrastruktur“ (Bl. 33 d.A.) kommt den Rechnungsprüfungsämtern bzw. den beauftragten Abschlussprüfern die Aufgabe zu, die Richtigkeit der vom Zuschussempfänger gemachten Angaben sicherzustellen. Dementsprechend sieht die Unterschriftenzeile des Vordrucks „Prüfungsdokumentation Mittelabruf RWP Infrastruktur“ (Bl. 34 d.A.) u.a. die Unterschrift des Abschlussprüfers vor. Gleiches gilt für die Unterschriftenzeile des Dokuments „RWP-Ziel 2, 5. Phase“ (Bl. 36, 46 d.A.), welches beiden Zusageschreiben vom 23.12.2004 (Anl. K1, K2) beigelegt war. Nach Ziff. 3 des Zusageschreibens vom 23.12.2004 (Anl. K1, Bl. 25 d.A.) ist bei jedem Abruf für die Belegung der bezahlten Rechnungen gemäß den Allgemeinen Bedingungen das Dokument „RWP-Ziel 2, 5. Phase“ auszufüllen und für Prüfungsvorgänge bereitzuhalten.

Da es sich bei der Beklagten um eine von der Stadt B selbstständige juristische Person des Privatrechts handelt, kann diese entgegen der Auffassung der Klägerin nicht an das Rechnungsprüfungsamt der Stadt B verwiesen werden. Nach den o.g. Bestimmungen wird das Rechnungsprüfungsamt tätig, wenn Zuschussempfänger eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist und ein Wirtschaftsprüfer, wenn Zuschussempfänger eine juristische Person des Privatrechts ist. Die Folgen der gewählten Rechtsform treffen die Beklagte. So hatte sie auch eine Zuschusskürzung wegen der Vorsteuerabzugsberechtigung zu tragen.

69

70

71

72

73

74

75

Unbeachtlich ist, ob nach der Verwaltungspraxis der Klägerin Kosten für Wirtschaftsprüfer nur bei Großprojekten, für die es aber schon keine nachvollziehbare Abgrenzung gibt, berücksichtigungsfähig sind. Entscheidend sind die hier getroffenen vertraglichen Vereinbarungen, die die Klägerin zu beachten hat.

2. Notarkosten in Höhe von 40,80 € 76

Entgegen der Auffassung der Klägerin sind diese Notarkosten förderfähig. Eine Berücksichtigung hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 22.02.2010 (Anl. K26, Bl. 117 d.A.) mit der Begründung abgelehnt, Auftrag und Bezahlung seien außerhalb des Durchführungszeitraumes erfolgt. Wie oben dargelegt, wurde der Durchführungszeitraum bis zum 28.01.2009 verlängert. Die Beauftragung erfolgte aber am 09.12.2008 (Anl. K41, Bl. 337 d.A.; Pos. 107 der Liste). 77

3. Kosten Asphaltprüfung in Höhe von 3.426,90 € 78

Entgegen der Auffassung der Klägerin sind diese Kosten förderfähig. Eine Berücksichtigung hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 22.02.2010 (Anl. K26, Bl. 117 d.A.) mit der Begründung abgelehnt, Auftrag und Bezahlung seien außerhalb des Durchführungszeitraumes erfolgt. Auftrag und Zahlung lagen aber in o.g. Durchführungszeitraum. 79

Soweit in der Liste, die eine Anlage zu einem auf den 14.05.2009 datierten Schreiben der Beklagten war, (Anlage zur Anl. K41, Bl. 337 d.A., Pos. 115) als Beauftragungsdatum der „04.11.2009“ angegeben ist, handelt es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler. Es ist der 04.11.2008 gemeint gewesen. Das Schreiben nebst Liste ging nach dem Eingangsstempel schon am 15.07.2009 bei der Klägerin ein. Das Schreiben selbst ist ebenfalls falsch datiert, da es die Antwort auf ein Schreiben der Klägerin vom 27.05.2009 darstellt. Im Übrigen wurde die Rechnung der Fa. C nach der vorgenannten Liste am 28.01.2009 bezahlt. 80

4. Kosten Gehölzschnitt in Höhe von 580,- € 81

Diese Kosten sind nicht förderfähig, da sie nicht bei der Herrichtung des Geländes angefallen sind. Nach eigenen Angaben der Beklagten dienten sie der späteren Pflege und Instandhaltung des Grundstücks. 82

5. Finanzierungskosten 83

Nach den obigen Darlegungen sind Finanzierungskosten maximal bis zum Ablauf der Infrastrukturbindungsfrist, d.h. hier bis zum 28.01.2024 (28.01.2009 + 15 Jahre) berücksichtigungsfähig, wenn und soweit es sich um projektbezogene Kosten handelt, die zu marktüblichen Konditionen tatsächlich angefallen sind. Nach Ziff. 2.9 des Durchführungserlasses sind Finanzierungskosten nicht förderfähig, stellen aber berücksichtigungsfähige Kosten dar, die anteilig aus den tatsächlich erzielten Erlösen refinanzierbar sind, d.h. dort anteilig absetzbar sind. 84

V. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 BGB iVm Ziff. 3.1 der Allgemeinen Bedingungen 85

Ein Rückforderungsanspruch besteht nicht. Wie das Landgericht zutreffend ausführt, kann ein solcher Anspruch nur in Verbindung mit § 812 BGB bestehen, da Ziff. 3.1 der Allgemeinen Bedingungen lediglich die Kürzung, nicht aber eine Rückforderung regelt. 86

87

Das Landgericht legt Ziff. 3.1 der Allgemeinen Bedingungen zutreffend dahin aus, dass Kürzung eine solche vor vollständiger Auszahlung des Zuschusses meint.

Richtig ist, dass nach dem Wortlaut die Klägerin eine Kürzung zu jedem Zeitpunkt vornehmen darf. Systematisch folgt Ziff. 3 aber der die Anforderung der Mittel betreffenden Ziff. 2 der Allgemeinen Bedingungen und scheint mit dieser verbunden. Dies insbesondere auch, da sich der Aufbau der Allgemeinen Bedingungen an dem Ablauf des Zuschussverfahrens orientiert. 88

Weiter ist die gänzliche oder teilweise Rückforderung des Zuschusses ausdrücklich in Ziff. 9 der Allgemeinen Bedingungen geregelt. Der Verwender wollte sämtliche Fälle der Rückforderung in Ziff. 9 der Allg. Bedingungen erfassen. Eine Rückforderung über eine Kürzung nach Ziff. 3.1 in Verbindung mit § 812 BGB ist systemwidrig und nicht gewollt. Dabei unterscheidet Ziff. 9 in Ziff. 9.1 und 9.2 zwei Fallgruppen mit jeweils mehreren Unterpunkten. Im Falle der Ziff. 9.1 müssen für eine Rückforderung zwingend die Voraussetzungen eines Unterpunktes gegeben sein. Bei unbenannten Fällen nach Ziff. 9.2, die den Regelbeispielen in Schwere gleichkommen, muss für eine Rückforderung der unbestimmte Rechtsbegriff „wichtiger Grund“ gegeben sein. Dieser „wichtigen Grund“ ist durch mehrere Regelbeispiele nicht abschließend („insbesondere“) konkretisiert. 89

Dies entspricht wie oben dargelegt auch dem Sinn und Zweck der Förderung. Insofern macht es „auf Wertungsebene“ entgegen der Ansicht der Klägerin schon einen Unterschied, ob die Mittel bereits ausgezahlt sind oder nicht. Wenn die Mittel bereits ausgezahlt und damit bereits ausgegeben sind, ist der Zuschussempfänger insoweit schutzwürdig, da er u.U. nicht ohne weiteres (z.B. weitere Kreditaufnahme) zur Rückzahlung in der Lage sein könnte. Dies könnte dann wiederum die zwar nicht förderfähigen, aber anrechenbaren Kosten erhöhen, was wiederum die Quote verändert, nach der die Erlöse auf die förderfähigen bzw. nicht förderfähigen Kosten verteilt werden. Dadurch verändert sich dann letztlich wieder die Höhe des Zuschusses, der der Beklagten verbleibt, da dieser, wenn er einmal ausgezahlt ist, nach dem hier gewählten Gesamtsystem der Förderung, nicht allein von der Höhe der förderungswürdigen Maßnahmen abhängt, sondern zugleich auch verwoben ist mit den tatsächlich noch zu erzielenden Einnahmen und den tatsächlich noch anfallenden Finanzierungskosten, die beide derzeit wegen des Zeitmoments nicht sicher prognostizierbar sind. 90

Entgegen der Auffassung der Klägerin wird dadurch auch nicht der Verwendungsnachweis nach Fertigstellung der Flächen entwertet, da die bis dahin angefallenen Kosten festgestellt werden, was aufgrund der Dauer der Infrastrukturbindungsfrist sich ansonsten im Nachhinein als schwierig erweisen könnte. 91

Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt Ziff. 3.1 S. 2 der Allgemeinen Bedingungen auch im Falle der hier vertretenen Auslegung ein eigenständiger Anwendungsbereich zu. Ziff. 2.2 der Allgemeinen Bedingungen regelt schon kein Kürzungsrecht zugunsten der Klägerin. 92

VI. Anspruch aus Ziff. 9.2.3 der Allgemeinen Bedingungen 93

Ein Rückforderungsanspruch besteht nicht. Mit den dort genannten „Bedingungen und Auflagen“ der Zusage dürften die „Auflagen/Hinweise“ am Ende der Zusageschreiben gemeint sein. Es ist schon nicht konkret vorgetragen, gegen welche Auflagen die Beklagte verstoßen haben sollte. Soweit die Klägerin auf § 7 Abs. 1 LHO (Nr. 2 (Bl. 26 d.A.) bzw. Nr. 1 (Bl. 42 d.A.) der Auflagen) Bezug nimmt, hat sie nicht vorgetragen, dass die Beklagte die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bei Prognose der Kosten nicht beachtet 94

hätte, also eigentlich von Anfang an hätte klar sein können, dass die Grunderwerbskosten niedriger sein würden.

Aus dieser Ziffer in Verbindung mit § 7 LHO NRW ergibt sich weder dem Wortlaut nach noch nach Sinn und Zweck der Förderung und der Systematik der in Ziff. 9 der Allgemeinen Bedingungen (s.o.) geregelten Rückforderung ein jederzeitiges Rückforderungsrecht zu Gunsten der Klägerin. 95

VII. ergänzende Vertragsauslegung, §§ 133, 157 BGB 96

Ein Anspruch aus ergänzender Vertragsauslegung besteht nicht. Nach obiger Auslegung (s.o.) liegt schon keine planwidrige Regelungslücke vor. Wie das Landgericht zutreffend ausführt finden sich Kürzungs-, Widerrufs- und Rückforderungsregelungen zugunsten der Klägerin in Ziff. 3, 8. und 9. der Allgemeinen Bedingungen sowie in Ziff. 26/25 der Zusageschreiben vom 23.12.2004 nebst einer differenzierten Verzinsungsregelung in Ziff. 10 der Allgemeinen Bedingungen. Ein Anspruch der Klägerin aufgrund vorläufiger Erlös- und Kostenprognosen errechnete Überzahlungen jederzeit zurückfordern zu können, dürfte nach obiger Auslegung weder gewollt gewesen sein noch dem Sinn und Zweck der Förderung entsprechen. 97

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 98

Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 99