

Senatsverwaltung für Finanzen
I E – F 9624 – 973

Berlin, den 9. November 2010
9(0)20-3611
Christine.Kiekbusch@senfin.berlin.de

An den

Vorsitzenden des Hauptausschusses

über

den Präsidenten des Abgeordnetenhauses von Berlin

über Senatskanzlei – G Sen –

Umsetzung und Folgen der Einstellung der Anschlussförderung im öffentlich geförderten Wohnungsbau (Jahresbericht 2009)

Drs 15/1542, 15/2945, 15/4210, 16/0191, 16/1431 und 16/2358

Mitteilung - zur Kenntnisnahme -

Drs 16/3259

Antrag der Fraktion der CDU vom 28.09.2010

Rote Nummern: 2103, 2103 A, 2103 C

Vorgang: a) 91. Sitzung des Hauptausschusses vom 29.9.2010
b) 75. Sitzung des Hauptausschusses vom 02.12.2009
Drs. 16/2850 (II. A. 1.)

Ansätze: Kapitel 1510, Titel 87102 – Inanspruchnahme aus Bürgschaften für den Wohnungsbau -

Ansatz Haushaltsplan 2009	200.000.000,00 €
Ansatz Haushaltsplan 2010	70.000.000,00 €
Ansatz Haushaltsplan 2011	100.000.000,00 €
Ist 2009	200.000.000,00 €
Verfügungsbeschränkungen 2010	keine
Ist (Stand 09.11.2010)	143.809.713,54 €

Gesamtkosten: Entfällt

Der Hauptausschuss hat in seiner oben unter a) bezeichneten Sitzung Folgendes beschlossen:

„Der Senat wird aufgefordert, in Ergänzung zu o. a. Mitteilung dem Hauptausschuss zur Sitzung am 10. November 2010 zu berichten:

1. Welche Bewertung des Kammergerichtsurteils vom 24. September 2010 hat der Senat vorgenommen und welche Schlüsse hat er daraus gezogen, um ggf. doch noch Ansprüche gegenüber dem Bund durchsetzen zu können?

2. In welchem Umfang

- wurden die Rückbürgschaften des Bundes bei der Kalkulation der Kosten des Ausstiegs – nach Jahren getrennt – berücksichtigt?

- ergeben sich nach heutigem Kenntnisstand bis zum Jahr 2020 – nach Jahren getrennt – bei Eintritt der Rechtskraft aus der Entscheidung des Kammergerichts zusätzliche finanzielle Belastungen für das Land Berlin, wenn dieses Urteil gleichermaßen auf alle anderen Fälle angewendet wird?

- wurden diese Risiken bereits in der Finanzplanung 2010 bis 2014 berücksichtigt?“

Der Hauptausschuss hat in seiner oben unter b) bezeichneten Sitzung Folgendes beschlossen (Auflagenbeschlüsse 2010/2011):

„Der Senat und die Bezirke werden ersucht, bei über- oder außerplanmäßigen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen sowie bei Einnahmeverzichten in grundsätzlichen (d. h. auch bei neuen Baumaßnahmen) oder finanziell bedeutsamen Fällen vorab das Einvernehmen mit dem Hauptausschuss herbeizuführen. ... Dienen die über- oder außerplanmäßigen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen der Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen oder machen die Umstände sofortiges Handeln erforderlich, ist der Hauptausschuss unverzüglich nachträglich zu unterrichten.“

Ich bitte den Berichtsauftrag mit nachstehender Darstellung als erledigt anzusehen und die Zulassung der überplanmäßigen Ausgaben in Höhe von 98,0 Mio. € bei Kapitel 1510, Titel 87102, zustimmend zur Kenntnis nehmen.

Hierzu wird berichtet:

Zu a) 1.:

Das Kammergericht hat durch Urteil vom 23.9.2010 das Urteil des Landgerichts Berlin, mit dem der Anspruch des Landes Berlin gegen den Bund auf Zahlung aus der Rückbürgschaft in Fällen der Anschlussförderung abgewiesen wurde, bestätigt und die Berufung des Landes zurückgewiesen (Anlage 1). Die Revision gegen das Urteil wurde nicht zugelassen.

Das Kammergericht begründet die Zurückweisung der Berufung wie folgt:

- Geschäftsgrundlage des Rückbürgschaftsvertrages sei gewesen, dass der Bund nicht für Bürgschaftsfälle einzustehen habe, die das Land durch Streichung der Anschlussförderung im wirtschaftlichen Eigeninteresse selbst herbeigeführt habe.

- Für die Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage genüge es, dass eine entsprechende generelle Vorstellung von Land und Bund bei Übernahme der Rückbürgschaft bestanden habe.
- Rechtsfolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage durch Streichung der Anschlussförderung sei der Wegfall der Rückbürgschaftsverpflichtung, weil der Bund unter diesen Voraussetzungen die Rückbürgschaft nicht übernommen hätte.
- Die Reduzierung der Bundesmittel für den Wohnungsbau in Berlin sei rechtlich für den Bürgschaftsrechtsstreit unbeachtlich.

Die Ausführungen des Kammergerichts vermögen nach Auffassung des Senats nicht zu überzeugen:

- Die Anschlussförderung wurde im Rahmen der Übernahme der Rückbürgschaften durch den Bund zu keinem Zeitpunkt thematisiert und kann daher auch nicht Geschäftsgrundlage für die Rückbürgschaften geworden sein.
- Eine übereinstimmende generelle Vorstellung von Bund und Land bei Bürgschaftsübernahmen bezüglich der Gewährung einer Anschlussförderung im Wohnungsbau durch das Land bestand nicht.
- Der Wegfall der Rückbürgschaftsverpflichtung ist als einseitig zu Lasten des Landes gehende Rechtsfolge nicht sachgerecht.
- Die vollständige Außerachtlassung des Gesichtspunkts der Reduzierung der Bundesmittel für den Wohnungsbau ist, vor allem wegen des der Entscheidung zugrundeliegenden Einwands des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, nicht angemessen.

Der Senat wird, um eine Abänderung des nach seiner Auffassung unzutreffenden Urteils des Kammergerichts herbeizuführen und den Bund aus der Rückbürgschaft in Anspruch nehmen zu können, nunmehr gegen die Nichtzulassung der Revision Beschwerde beim Bundesgerichtshof einlegen.

Zu a) 2.:

Da die fiskalischen Effekte der Einstellung der Anschlussförderung von verschiedenen Annahmen abhängen, hat die Expertenkommission die aus der Einstellung der Förderung resultierenden Einsparungen des Landes in verschiedenen Varianten berechnet. Dabei hat sich die Expertenkommission auch intensiv mit der Frage befasst, ob das Land Berlin für die wegen der Nichtgewährung der Anschlussförderung zu leistenden Bürgschaften den Bund aus den von ihm übernommenen Rückbürgschaften in Anspruch nehmen kann. Die Kommission ging u. a. nach der Befragung von Sachverständigen davon aus, dass der Bund aus seinen Rückbürgschaften in Anspruch genommen werden kann. Aus Vorsichtsgründen hat die Expertenkommission die fiskalischen Folgen der Nichtgewährung der Anschlussförderung jedoch in allen Varianten immer mit und ohne Einbeziehung der Rückbürgschaften dargestellt.

Unter Einbeziehung der Wohnungsbauprogrammjahre 1985/86, deren Grundförderung nach dem 31.12.2002 auslief, beträgt das von der Expertenkommission angenommene Bürgschaftsrisiko rd. 963,6 Mio. €. Hiervon sind 50 % durch den Bund

rückverbürgt. Der Einnahmeverlust Berlins aus nicht geleisteten Rückbürgschaften beträge somit maximal rd. 481,8 Mio. €, unterstellt, dass die Urteilsgründe des Kammergerichts Berlin auf alle gleich gelagerten Fälle übertragen werden. Weitere finanzielle Belastungen, über das von der Expertenkommission grundsätzlich berücksichtigte Ausmaß hinaus, sind mit der Entscheidung des Kammergerichts Berlins aus heutiger Sicht nicht verbunden.

Die Aufteilung der Rückbürgschaften gemäß den Annahmen der Expertenkommission beträgt jahresschärf (gerundet in Mio. €):

2003: 12,0	2010: 73,6
2004: 59,9	2011: 68,4
2005: 48,7	2012: 53,9
2006: 18,8	2013: 7,0
2007: 65,4	2014: 0,9
2008: 22,6	
2009: 50,6	insg.: 481,8

Danach hätten bis Ende 2010 bereits bis zu 351,6 Mio. € an Bundesrückbürgschaften ausfallen können. Die Gesamtfordernungen des Landes Berlin gegenüber dem Bund aus nicht geleisteten Rückbürgschaften in Fällen der Nichtgewährung der Anschlussförderung belaufen sich demgegenüber per 31.10.2010 lediglich auf rund 170 Mio. €. Damit entwickeln sich die fiskalischen Auswirkungen des Ausstiegs aus der Anschlussförderung günstiger als erwartet. Dies betrifft sowohl die Zahl der Fälle, in denen das Land Berlin aus der Bürgschaft leisten muss als auch die Ausfallquote. Im Ergebnis dürfte sich dadurch auch das Risiko aus den Rückbürgschaften deutlich verringern. Auf die rote Nr. 2103 (AFÖ-Jahresbericht 2009) wird verwiesen.

In der Finanzplanung 2010 bis 2014 ist der mögliche Verlust der Rückbürgschaften des Bundes nicht berücksichtigt. Der mögliche Verlust der Rückbürgschaften ist im Übrigen für den mittelfristigen Konsolidierungspfad unerheblich. Entscheidend ist, dass die langfristige Einnahmenentwicklung den Verlauf nimmt, von dem die Finanzplanung ausgeht und dass sich die langfristige Einnahmenentwicklung und der Ausgabenpfad in 2020 auf gleichem Niveau treffen.

Zu b): Erläuterung der überplanmäßigen Ausgaben:

Bei der Aufstellung des Doppelhaushaltes 2010/2011 waren für 2010 nur Bürgschaftsausfälle in Höhe von 70 Mio. € vorhersehbar. Anzahl und Volumen der Ausfälle im Wohnungsbereich sind jedoch erneut stärker als erwartet gestiegen.

Bis zum 09.11.2010 mussten bereits rd. 144 Mio. € zur Auszahlung gebracht werden. Davon entfielen rd. 52 Mio. € auf Bürgschaftsausfälle, bei denen eine Anschlussförderung gewährt wurde. Die restlichen rd. 92 Mio. € entfielen auf Ausfälle, bei denen keine Anschlussförderung gewährt wurde.

Bis zum Jahresende werden für weitere Zahlungen noch 29,0 Mio. € benötigt, so dass sich der Mehrbedarf zum Jahresende auf 103,0 Mio. € belaufen wird, wovon 5 Mio. € im Wege der Deckungsfähigkeit ausgeglichen werden konnten.

Die Gründe für die unabsehbaren und unvorhergesehenen Mehrausgaben in Höhe von 98,0 Mio. € sind vielschichtig:

Infolge der Finanzkrise und deren Auswirkung auf dem Wohnungsbereich erhöhten sich die objektbezogenen Risiken, zugleich kam es aufgrund geringerer Verwertungserlöse zu höheren Ausfällen.

Tendenziell haben auch die freihändigen Verkäufe stark zugenommen, die bei der Verwertung der Objekte gegenüber den Zwangsversteigerungen bis zur Kaufsvertragszeichnung einen kürzeren Abwicklungsprozess benötigen und damit zu einer schnelleren Inanspruchnahme führen. Dabei ist festzustellen, dass zahlreiche Objekte unerwartet lange vor Ablauf der Grundförderung in die Insolvenz gehen.

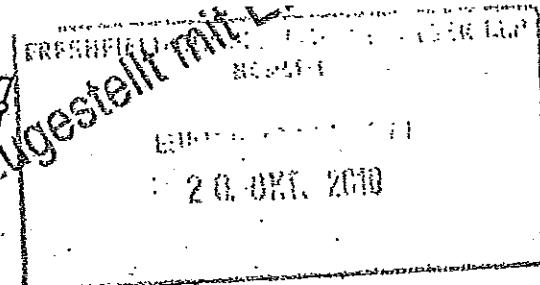
Die Abrechnung der Bürgschaften erfolgt wegen zunehmender Prozessstandardisierung bei den Gläubigerbanken, der IBB und der Senatsverwaltung für Finanzen schneller als in den Vorjahren. Durch die vorgezogenen Inanspruchnahmen kann mit Entlastungen in zukünftigen Haushaltsjahren gerechnet werden.

Wegen fehlender Schlussabrechnungen der Insolvenzverwalter konnten viele Ausfälle in den Vorjahren nur als Abschlagzahlungen geleistet werden. Die Endabrechnungen erhöhten die Belastung in diesem Haushalt Jahr. Zudem sind vermehrt Insolvenzanfechtungen nach §§130, 133 InsO und Drittgläubigeransprüche in bereits endabgerechneten Bürgschaftsausfällen zu verzeichnen, die ebenfalls zu erheblichen Nacherstattungen führten.

Bei Nichterfüllung der Bürgschaftsforderungen drohen Zinsansprüche. Ich bitte daher, die Zulassung der überplanmäßigen Ausgaben von 98,0 Mio. € bei Kapitel 1510, Titel 87102 zustimmend zur Kenntnis zu nehmen. Zum Ausgleich wurden Mittel in gleicher Höhe bei Kapitel 2902, Titel 57500 (Zinsen für sonstige Kreditmarktmittel) gesperrt.

In Vertretung

.....
Dr. Christian Sundermann
Senatsverwaltung für Finanzen



Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:
22-U 196/09
2 O 217/08 Landgericht Berlin

verkündet am: 23. September 2010
Vierkorn
Justizangestellte

In dem Rechtsstreit

des Landes Berlin,
vertreten d. d. Senatsverwaltung für Finanzen,
d. vertreten d.d. Senator für Finanzen,
Klosterstraße 59, 10179 Berlin,

Kläger und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer,
Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin,-

gegen

die Bundesrepublik Deutschland,
vertreten d. d. Bundesministerium für Verkehr-, Bau- und
Stadtentwicklung,
d. vertreten d.d. Bundesminister für Verkehr, Bau- und
Stadtentwicklung,
Invalidenstraße 44, 10115 Berlin,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Linklaters,
Potsdamer Platz 5, 10785 Berlin,-

hat der 22. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Elßholzstr. 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Ubaczek, den Richter am Kammergericht Kuhnke und den Richter am Landgericht Dr. Marlow

f ü r R e c h t e r k a n n t :

1. Die Berufung des Klägers gegen das am 13. Oktober 2009 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin – 2 O 217/08 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

2. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird gestattet, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Befrages zuzüglich 10 % abzuwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des beizutreibenden Betrages zuzüglich 10 % leistet.

3. Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte aus einer Rückbürgschaft in Höhe von 343.323,55 € (= ½ von 686.647,10 €) in Anspruch.

Wegen des Parteivorbringens erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat mit am 13. Oktober 2009 verkündetem Urteil die Klage abgewiesen. Denn die Rückbürgschaftsvereinbarung der Parteien sei nach § 313 Abs. 1 BGB dahingehend anzupassen, dass sie keine Bürgschaftsfälle erfasse, die der Kläger durch freien und unabhängigen Entschluss über die Einstellung bzw. Verweigerung der sog. Anschlussförderung im sozialen Wohnungsbau selbst herbeigeführt habe. Die Gewährung der Anschlussförderung sei Geschäftsgrundlage der Rückbürgschaft gewesen, „weil (...) die Förderungspraxis des Klägers einschließlich des streitbefangenen Projekts nur dann hinreichend Grundlage der Erwartung einer kostendeckenden

Projektführung während der Laufzeiten der Darlehen war, wenn zugrundegelegt wird, dass jedenfalls im Bedarfsfall eine Anschlussförderung gewährt wird". Wirtschaftlich vertretbar sei die Bürgschaftsgewährung im Jahre 1986 aber nur gewesen, soweit eine Anschlussförderung mitgedacht worden sei, da ohne diese den Objektgesellschaften die Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit gedroht habe. Das sei beiden Parteien bewusst gewesen. Anhand der konkreten Kalkulation habe hier von Anfang an ernsthaft erwartet werden müssen, dass sich das Projekt ohne Anschlussförderung nicht trage: Das besicherte Darlehen sei nach 15 Jahren erst zu 22 % getilgt und die Kostenmieten bei weitem nicht zu erzielen gewesen. Mit Streichung der Anschlussförderung im Jahre 2003 sei die Geschäftsgrundlage entfallen und der Beklagten ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar. Wegen weiterer Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung und führt dazu – im Wesentlichen unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens – insbesondere an:

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB seien schon nicht erfüllt. Die Anschlussförderung sei keine geeignete Geschäftsgrundlage, da sie vor allem nicht aus dem historisch-politischen Kontext der Berlinförderung und der spezifischen Ausgestaltung des Berliner Fördersystems herausgelöst werden könne. Vielmehr bestehe eine gemeinsame Finanzierungsverantwortung der Parteien. Gegen die Annahme einer Geschäftsgrundlage spreche, dass ihre Gewährung in seinem Ermessen gestanden habe. Die Anschlussförderung sei zudem schon nicht in den Geschäftswillen der Beklagten aufgenommen worden. Ihr Wegfall sei auch nicht unvorhergesehen gewesen, da sie nie rechtsverbindlich zugesagt worden sei. Darüber hinaus sei der Beklagten ein Festhalten am Vertrag gerade wegen ihrer Mitverantwortung für den Wegfall der Voraussetzungen des Systems der Berliner Wohnungsbauförderung nicht unzumutbar. Zugleich scheide deswegen eine einseitige Vertragsanpassung zu seinen Lasten aus.

Letztlich führe das Ergebnis des Landgerichts zu einem Wertungswiderspruch zu der Entscheidung des BVerwG vom 11.5.2006, 5 C 10/05. Haben Fonds und Anleger keinen Anspruch auf Gewährung einer Anschlussförderung oder Schadensersatz wegen deren Nichtgewährung, müsse auch die Beklagte als Bürgin dieses wirtschaftliche Risiko tragen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Berlin vom 13. Oktober 2009 – 2 O 217/08 – zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 343.323,55 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten

über dem Basiszinssatz aus einem Teilbetrag in Höhe von 278.734,40 € seit dem 20. Januar 2006 sowie aus einem Teilbetrag in Höhe von 64.589,15 € seit dem 3. September 2007 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Landgericht hat zu Recht entschieden, dass dem Kläger gegen die Beklagte kein Anspruch auf Zahlung iHv. 343.323,55 € aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Rückbürgschaftsvertrag wegen der Zahlungen des Klägers von insgesamt 686.647,10 € - aus dessen Bürgschaftsverpflichtung für das Wohnungsbauvorhaben [REDACTED] - an die [REDACTED] [REDACTED] Bank AG zusteht.

Zwar ist zwischen den Parteien aufgrund des durch die „Rückbürgschaftserklärung“ vom 17.11.1967 in der jeweils gültigen Nachtragsfassung (Anlage K 7) i. V. m. den „Richtlinien für die Übernahme von Bürgschaften des Bundes zur Förderung des Wohnungsbaus – Bundesbürgschaftsrichtlinien für den Wohnungsbau – vom 15. Dezember 1959/30. April 1962“ (im Folgenden: Bundesbürgschaftsrichtlinien; Anlage K 8) begründeten globalen Rückbürgschaftsverhältnisses ein Rückbürgschaftsvertrag insoweit zustande gekommen, insbesondere hat der Kläger der Beklagten nach B III. Nr. 1 Abs. 1 S. 2, 3 BbRL unter dem 8.2.1990 die zugunsten des Projekts [REDACTED] ausgestellte (Landes-) Bürgschaftserklärung mitgeteilt (Anlage K 45). Doch ist der Vertrag wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf die entsprechende Einrede der Beklagten dahingehend anzupassen,

dass es eine Rückbürgschaftsverpflichtung der Beklagten nicht begründet (§ 313 Abs. 1 BGB). Im Einzelnen:

1. Es ist zur Geschäftsgrundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Rückbürgschaftsvertrages geworden, dass die Beklagte nicht für (Rück-) Bürgschaftsfälle einzustehen hat, die der Kläger durch Streichung der Anschlussförderung im wirtschaftlichen Eigeninteresse selbst herbeigeführt hat.

a) Die Geschäftsgrundlage ist abzugrenzen zum Vertragsinhalt. Geschäftsgrundlage kann nur sein, was nicht bereits Gegenstand des Vertrages ist (Palandt-Grüneberg, 69. Aufl. 2010, § 313 BGB, Rn. 10 mwN.). Das vorgenannte Risiko ist nicht Inhalt des Rückbürgschaftsvertrages der Parteien geworden. Zwar steht durchaus im Raume, im Wege der (ggf. ergänzenden) Auslegung des Vertrages dazu zu kommen, dass die Beklagte dieses Risiko nicht zu tragen hat (§ 157 BGB). Der Senat geht jedoch davon aus, dass dieses Ergebnis über § 313 Abs. 1 BGB zu erzielen ist. Denn die Parteien haben sich über dieses Risiko bei Vertragsschluss keine Gedanken gemacht und auch eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet jedenfalls wegen der grundlegenden Änderung der Verhältnisse, die keine der Parteien einkalkuliert hat, aus. Entzieht sich ein Ereignis wegen einer grundlegenden Änderung der Verhältnisse der Beurteilung nach dem Vertragswillen, ist für eine ergänzende Vertragsauslegung kein Raum (BGH, Urteil vom 8.7.1982, IX ZR 99/80, BGHZ 84, 361 - juris, Tz. 20 mwN.).

Inhalt des Rückbürgschaftsvertrages der Parteien ist allein die Übernahme des Risikos der Leistungsfähigkeit der [REDACTED] als Hauptschuldnerin, nicht aber die Herbeiführung des Bürgschaftsfalles durch Streichung der Anschlussförderung zum wirtschaftlichen Vorteil des Klägers (§§ 133, 157 BGB).

Mit der Bürgschaft als Hilfsschuld sichert der Bürge eine Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner (Palandt-Sprau, aaO., Einf v. § 765 BGB, Rn. 2 mwN.). Zu dem vom Bürgen damit typischerweise übernommenen Risiko gehört die Zahlungsfähigkeit und – Willigkeit des Hauptschuldners (Palandt-Grüneberg, aaO., § 313 BGB, Rn. 47 mwN.). Kommt es danach auf die Ursache der (späteren) Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners an sich nicht an, mag dem Bürgschaftsrisiko auch dessen Herbeiführung durch ein Verhalten des Gläubigers zuzuweisen sein. Allerdings entspricht es nicht dem Wesen der Bürgschaft, dass der durch sie Begünstigte es im wirtschaftlichen Eigeninteresse in der Hand hat, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen. Damit würde der Bürge nicht nur das Ausfallrisiko des Hauptschuldners übernehmen, sondern auch das Bereicherungsinteresse des Begünstigten tragen. Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien vor Augen hatten, ob die Beklagte auch dafür einstehen soll, dass der Kläger die Zahlungsunfähigkeit

der der [REDACTED] durch Streichung der Anschlussförderung herbeiführt, um selbst Kosten zu sparen, gibt es hier nicht.

Das Vertragsverhältnis der Parteien enthält dazu weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Regelung.

Schon die Anschlussförderung selbst spielt nach dem Wortlaut des Vertrages keine Rolle. Weder in der „Rückbürgschaftserklärung“ vom 17.11.1967 noch in den das Vertragsverhältnis weiter ausgestaltenden Bundesbürgschaftsrichtlinien wird sie ausdrücklich erwähnt. Zwar ist die Anschlussförderung nach Auffassung des Senats bei der Wirtschaftlichkeitsprognose nach der Bestimmung B II Abs. 3 der Bundesbürgschaftsrichtlinien und damit für die tatbestandsmäßige Einbeziehung der Landesbürgschaft in die Globaldeckung von Bedeutung. Danach steht die Beklagte nur für solche mit (Landes-) Bürgschaften des Klägers geförderte Bauvorhaben ein, bei denen die Dauerfinanzierung gesichert ist und die Wirtschaftlichkeit gewährleistet erscheint. Die Finanzierung ist gesichert, wenn das Bauvorhaben aus Eigen- und Fremdmitteln des Schuldners bezahlt werden kann. Die Objektwirtschaftlichkeit ist anzunehmen, wenn das Projekt voraussichtlich derart auskömmlich ist, dass (zumindest) die Darlehen getilgt werden können, ggf. unter Gewährung einer – damals üblichen - Anschlussförderung. Doch lässt sich weitergehend weder daraus noch aus anderen Regelungen des Vertrages etwas dazu entnehmen, was die Parteien für den Fall vereinbart haben, dass der Kläger die Anschlussförderung streicht, um Kosten zu sparen und damit zugleich den (Rück-) Bürgschaftsfall auslöst.

b) Haben die Parteien damit bei Vertragsschluss die Herbeiführung des Bürgschaftsfalles durch den Kläger im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht zum Inhalt des Vertrages gemacht, ist dieser Umstand jedoch Geschäftsgrundlage geworden.

Nach § 313 Abs. 1 BGB wird die Geschäftsgrundlage durch die Umstände gebildet, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind. Nach ständiger Rechtsprechung sind (subjektive) Geschäftsgrundlage die bei Vertragsschluss bestehenden Vorstellungen beider Partner oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen eines Vertragsteils vor dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Beteiligten auf diesen Vorstellungen aufbaut (vgl. nur Palandt-Grüneberg, 69. Aufl. 2010, § 313 BGB, Rn. 3 mwN.). Diese Grundsätze gelten auch für die Bürgschaft. Allerdings ist bei der Annahme, die Geschäftsgrundlage einer Bürgschaft sei weggefallen, besondere Zurückhaltung geboten, weil der Bürge nach § 765 BGB einseitig und uneingeschränkt das Risiko der Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners übernimmt, während der Gläubiger nur begünstigt wird. Die bleibende Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners kann als das verbürgte

Risiko selbst in aller Regel nicht Geschäftsgrundlage der Bürgschaft sein, sondern allein Gegenstand besonderer vertraglicher Absprachen werden. Eine Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage auf die Bürgschaft kommt deshalb nur in Betracht, als Umstände außerhalb des Bürgschaftsrisikos zur Geschäftsgrundlage gemacht wurden (vgl. zum Vorstehenden insgesamt nur BGH, Urteil vom 17.3.1994, IX ZR 174/03, NJW 1994, 2146 - juris, Tz. 16 mwN.).

Es entsprach erkenbar der allgemeinen Erwartung bei Vertragsschluss - zumindest der Beklagten -, nicht für Bürgschaftsfälle einstehen zu müssen, die der Kläger im eigenen wirtschaftlichen Interesse in der Hand hat. Es ist lebensfremd davon auszugehen, dass ein Bürger für die vom Begünstigten zu seinem wirtschaftlichen Vorteil herbeigeführte Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners einstehen will. Damit ist hier letztlich die Gewährung einer Anschlussförderung – wie es auch das Landgericht entschieden hat – als selbstverständlich „mitgedacht“ worden. Auf den besonderen „historisch-politischen Kontext“ der Berlinförderung im Allgemeinen und der Wohnungsbauförderung im Besonderen kommt es dabei aus rechtlicher Sicht nicht an.

aa) Die vom Kläger Anfang 2003 beschlossene Streichung der Anschlussförderung für nach dem 31.12.2002 auslaufende Grundförderungen war für ihn wirtschaftlich vorteilhaft. Dafür spricht nicht nur schon der Umstand, dass er sie aus wirtschaftlichen Erwägungen gestrichen hat. Im Bericht der vom Kläger eingesetzten „Expertenkommission zur Anschlussförderung im öffentlich geförderten Wohnungsbau im Land Berlin“ vom 27.1.2003 wird im Ergebnis von einem Sparvolumen durch Einstellung der Anschlussförderung in Höhe von minimal 102 Millionen € (u.a. ohne Berücksichtigung der Rückbürgschaften der Beklagten) und maximal 907 Millionen € (u.a. unter Berücksichtigung der Rückbürgschaften) ausgegangen (siehe dazu insbes. S. 43, S. 56 ff. des Berichts). Von einem Gewinn des Klägers durch die Streichung der Anschlussförderung ist dort ausdrücklich die Rede: „Übernimmt der Bund die Rückbürgschaften, dann steigt der Gewinn einer Einstellung um 309-459 Millionen € (jeweils die Hälfte der Bürgschaften).“ (S. 7 des Berichts).

bb) Der Senat ist davon überzeugt, dass die Zahlungsunfähigkeit der hier besicherten [REDACTED] auf der Streichung der Anschlussförderung beruht.

Notwendige Folge der Streichung der Anschlussförderung war zugleich die Zahlungsunfähigkeit einer Vielzahl von durch die Beklagte abgesicherten Wohnungsbauprojekten und damit der Eintritt des (Rück-) Bürgschaftsfalles. Der Bericht der Expertenkommission selbst differenziert das

Insolvenzrisiko nach den unterschiedlichen Eigentümerarten (S. 35 ff.). Für Gesellschaften ohne haftenden Eigentümer, zu denen auch die GmbH & Co KG gezählt wird (z.B. S. 37 f. des Berichts), geht die Kommission grundsätzlich von einer Insolvenzwahrscheinlichkeit von 100 % bei Einstellung der Anschlussförderung aus (S. 74 des Berichts): „Die Insolvenzwahrscheinlichkeiten von 100 % für Gesellschaften ohne haftenden Eigentümer und von 10 % für GbRs sind gesetzt. Höhere und niedrigere Wahrscheinlichkeiten sind möglich.“ Bestätigt wird diese Einschätzung auch durch die bisherige Förderpraxis, die immer wieder Anschlussförderungen nach Auslaufen der Grundförderung notwendig machten.

Bei der [REDACTED] handelte es sich nicht nur um eine solche Gesellschaft ohne haftenden Eigentümer, für die der Bericht selbst von einer 100 %igen Insolvenzwahrscheinlichkeit ausgegangen ist. Nachdem ihr Antrag auf Anschlussförderung vom 10.2.2003 mit Bescheid vom 13.3.2003 abgelehnt worden war, eröffnete das Amtsgericht Charlottenburg mit Beschluss vom 15.10.2003 ein gutes ½ Jahr später und damit zeitnah das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (Anlage K 17). Dem steht nicht die „Fachliche Stellungnahme“ des Klägers vom 30.1.2009 entgegen, die sich allein zur Prognose der Wirtschaftlichkeit des Projekts ohne Anschlussförderung „aus der Sicht der 80er Jahre“ (S. 19 oben der Stellungnahme), insbesondere der Jahre 1985, 1986 und 1988 verhält. Die fehlende Wirtschaftlichkeit im Jahre 2003 wird dadurch jedenfalls nicht in Abrede gestellt.

cc) Soweit der Kläger bestreitet, dass sich bei der Beklagten ein erkennbares Bewusstsein von der Gewährung einer Anschlussförderung gebildet habe, geht dies ins Leere. Es geht bei der Geschäftsgrundlage gerade nicht um das Wissen um bestimmte Umstände, sondern allein um eine generelle Vorstellung, etwas Selbstverständliches, über das sich die Parteien gerade keine konkreten Gedanken gemacht haben; anderenfalls wäre es Vertragsinhalt geworden.

dd) Dass die Gewährung der Anschlussförderung im Ermessen des Klägers stand, zieht der Senat weder in Zweifel noch ändert dies etwas am Ergebnis. Auch ein im Belieben einer Vertragspartei stehendes Verhalten kann Geschäftsgrundlage sein und unvorhergesehen wegfallen (BGH, Urteil vom 9.2.2007, IV ZR 201/75, NJW 1977, 950 - juris, Tz. 27, 29).

2. Mit der Streichung der Anschlussförderung ist diese Geschäftsgrundlage weggefallen und der Vertrag dahingehend anzupassen, dass eine Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten nicht besteht (§ 313 Abs. 1 BGB).

Es ist allgemein anerkannt, dass die schwerwiegende Störung des Äquivalenzverhältnisses durch unvorhersehbare Ereignisse eine Vertragsanpassung an die veränderten Umstände begründen kann, soweit die Störung das von der beteiligten Partei zu tragende Risiko überschreitet (Palandt-Grüneberg, aaO., § 313 BGB, Rn. 25 mwN.). Das ist hier der Fall. Kein vernünftiger Bürger übernimmt das Ausfallrisiko, das der Begünstigte im eigenen wirtschaftlichen Interesse in der Hand hat. Das damit erhöhte Risiko der Inanspruchnahme verschiebt das vertragliche Gleichgewicht unzumutbar zu Lasten des Bürgen. Der Beklagte kann dementsprechend ein unverändertes Festhalten am Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht zugemutet werden. Für die Vertragsanpassung ist eine umfassende Interessenabwägung mit dem Ziel eines optimalen Interessenausgleichs bei einem möglichst geringen Eingriff in die ursprüngliche Regelung vorzunehmen (Palandt-Grüneberg, aaO., § 313 BGB, Rn. 40 mwN.). Der Ausschluss einer Verpflichtung der Beklagten für Bürgschaftsfälle der vorgenannten Art führt zu einer die Interessen beider Parteien angemessen und sachgerecht berücksichtigenden Lösung.

Zum selben Ergebnis gelangt ggf. eine ergänzende Vertragsauslegung. Für die Lückenschließung ist danach darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (Palandt-Ellenberger, aaO. § 157 BGB, Rn. 7 mwN.). Einen solchen Interessenausgleich kann nur ein Ausschluss im vorgenannten Sinne darstellen.

3. Die vom Kläger mehrfach in den Raum gestellten politischen Entscheidungen und Erwägungen seiner Unterstützung bzw. deren Streichung durch die Beklagte haben im Rahmen der hier allein maßgeblichen (zivil-) rechtlichen Bewertung keine Relevanz. Etwa eine Mitverantwortung im Rechtssinne folgt daraus nicht.

4. Ein vom Kläger eingewandter Widerspruch des Ergebnisses zum Urteil des BVerwG vom 11.5.2006, 5 C 10/05 (BVerWGE 126, 33 = NVwZ 2006, 1184) besteht nicht. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung einen Anspruch auf eine Anschlussförderung verneint und insbesondere deren Einstellung als Vom Ermessen des Klägers gedeckt angesehen. Das dort betroffene Subventionsverhältnis ist von dem hier zugrundeliegenden Bürgschaftsverhältnis grundlegend zu unterscheiden. Etwa darauf, ob die Beklagte auf die Gewährung einer Anschlussförderung vertrauen durfte oder deren Einstellung „rechtmäßig“ war, kommt es hier nicht an. Auch spielen nicht das wirtschaftliche Risiko der Investoren oder Anleger hier eine Rolle, sondern allein die üblichen Vorstellungen eines Bürgen außerhalb des typischerweise vertraglich übernommenen Risikos.

5. Die Beklagte hat die Einrede der Vertragsanpassung wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erhoben. Das genügt für ihre Berücksichtigung im Rahmen des Rechtsstreits. Einer gesonderten Geltendmachung im Wege der (Wider-) Klage bedurfte es nicht (vgl. dazu MünchKomm.Roth, 5. Aufl. 2007, § 313 BGB, Rn. 87, 91).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, da dessen Voraussetzungen nicht vorliegen. Insbesondere fehlt es an einer klärungsbedürftigen Rechtsfrage, deren Beantwortung zweifelhaft ist oder zu der unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und eine höchstrichterliche Klärung noch aussteht. Vielmehr geht es hier allein um die Anwendung geklärten Rechts auf den vorliegenden Fall. Dass die Entscheidung dieses Falles für eine Vielzahl weiterer Fälle zwischen den Parteien von Bedeutung ist, ändert daran nichts. Etwa ein besonderes Interesse der Allgemeinheit an einer Entscheidung des Revisionsgerichts begründet dieser Umstand nicht.

Übaczek

Kuhnke

Dr. Marlow

(