

Dass dem Richter spätestens auf seine Aufforderung hin die vollständigen Akten der Behörde zu überlassen sind, ist rechtsstaatliches Gebot⁶². Der Richter darf sich nicht mit einer summarischen Prüfung der von der Behörde ausgewählten Aspekte des Falls begnügen. Seine Aufgabe ist es, neben der sorgfältigen Überprüfung der Haftgründe dem Betroffenen die Erlangung effektiven Rechtsschutzes – auch bei den Verwaltungsgerichten – zu ermöglichen. Auf Grund der in den einschlägigen Gesetzen nicht bestehenden Ermächtigung der Ausländer- und Polizeibehörden zur Festnahme ohne vorherige Genehmigung führt die Ausschreibungspraxis von Ausländerbehörden zu rechtlich prekären Freiheitsentziehungen. Die handelnden Polizeibeamten und die Mitarbeiter der Ausländerbehörden gehen unüberschaubare Haftungsrisiken ein, sofern dem Ausländer in dieser Phase der gerichtlich nicht gedeckten Freiheitsentziehung⁶³ etwas zustößt oder er

nach der Haft entschädigt werden will⁶⁴. Die auch den immateriellen Schaden erfassende Haftung setzt dabei kein vorwerfbares Verhalten voraus⁶⁵. Zudem drohen strafrechtliche Weiterungen⁶⁶. ■

62 Melchior (o. Fußn. 3), Rundbrief 6/2004, III; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, 1985, Art. 19 IV Rdnr. 255; schon Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, 1958, Art. 104 S. 32, geht selbstverständlich davon aus, dass der Haftrichter die Akten in der Hand hat.

63 Die auch durch den Richter nicht rückwirkend legalisiert werden kann, vgl. BVerwGE 62, 317 (320 f.) = NJW 1982, 536; OLG Frankfurt a. M., InfAusLR 1995, 361.

64 OLG Oldenburg, NVwZ-Beil. I 2002, 117 = InfAusLR 2002, 304; OLG Schleswig, InfAusLR 2002, 302; LG Hamburg, InfAusLR 2003, 297, sowie Art. 5 V EMRK.

65 BGHZ 122, 268 = NJW 1993, 2927.

66 OLG Zweibrücken, NStZ 2002, 256: Widerstand des Betroffenen gegen die Zwangsmaßnahme ist gem. § 113 III StGB gerechtfertigt.

Zur Rechtsprechung

Professor Dr. Stephan Lorenz, München

Sachmangel und Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf – Zur Reichweite der Vermutungsregelung in § 476 BGB*

I. Erste Entscheidungen des BGH zum neuen Schuldrecht

Gut zweieinhalb Jahre nach In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes gelangen nun allmählich erste Fälle zum BGH. Das ist – dem neuen Revisionsrecht sei Dank – seit dem 1. 1. 2002 nunmehr unabhängig vom Streitwert möglich, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, der Fortbildung des Rechts dient oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des BGH erfordert (§ 543 II ZPO). Da dies bei den bis jetzt weitgehend nur in der Literatur aufgedeckten Streit- und Zweifelsfragen des neuen Schuldrechts¹ nicht selten der Fall sein wird, kann man die Instanzgerichte nur ermutigen, insoweit mit der (für den BGH nach § 543 II 2 ZPO bindenden) Revisionszulassung nicht zu zögerlich umzugehen. Während sich der BGH bisher lediglich mit Einzelfragen des Verbraucherschutzrechts² sowie mit Grundfragen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts³ zu befassen hatte, die zudem sämtlich nicht Kernpunkte des neuen Schuldrechts betrafen, liegt nunmehr die wohl erste Entscheidung zum Kaufrecht, speziell zum Verbrauchsgüterkaufrecht, vor.

II. Das Problem

Sie betrifft die Reichweite der Vermutung des § 476 BGB: Das gekaufte (gebrauchte) Kfz erleidet nach Gefahrübergang, aber kurz vor Ablauf der Sechs-Monats-Frist des § 476 BGB, einen Motorschaden. Unklar ist, ob dieser Motorschaden auf einen fehlerhaften Zahnriemen oder aber auf eine falsche Fahrweise des Käufers zurückzuführen ist. Der BGH steht auf dem Standpunkt, dass sich die Vermutung des § 476 BGB, nicht auf das Vorliegen eines Sachmangels als solches, sondern lediglich auf den Zeitpunkt des Bestehens eines – nach „Entgegennahme“ der Sache vom Käufer zu beweisenden – Sachmangels bezieht. Da vorliegend aber der Motorschaden unstreitig erst nach Gefahrübergang eingetreten war, habe der Käufer das Vorliegen eines Sachmangels (der dann zum Motorschaden geführt haben kann) nicht nachgewiesen. Insoweit greife die Vermutung des § 476 BGB nicht ein.

III. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Sachmangels und die Beweislast

Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen eines Sachmangels ist gem. § 434 BGB der Gefahrübergang. Das ist der Zeit-

punkt, in welchem die Preisgefahr auf den Käufer übergeht bzw. (bei Gattungsschulden) übergehen würde, wenn die Sache mangelfrei wäre. Entgegen einem (nicht nur) unter Laien verbreiteten Irrglauben besteht damit durch die erhebliche Verlängerung der Gewährleistungsfrist in § 438 BGB (auf i. d. R. zwei Jahre, § 438 I Nr. 3 BGB) nicht etwa eine zweijährige gesetzliche Haltbarkeitsgarantie⁴, das heißt der Verkäufer haftet *nicht* für Mängel, die erst nach Gefahrübergang entstehen. Die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels zu diesem Zeitpunkt knüpft hingegen an ein anderes Kriterium an. Nach der „Entgegennahme“ trägt diese, wie der BGH vollkommen zu Recht darlegt, in Übereinstimmung mit dem früheren Kaufrecht der Käufer. Das ergibt sich – nachdem das neue Kaufrecht durch die in § 433 I 2 BGB statuierte Pflicht zur sachmangelfreien Leistung der Erfüllungstheorie folgt – nunmehr in direkter Anwendung von § 363 BGB (Annahme als Erfüllung)⁵. Zwar kann auch ein erst nach Gefahrübergang auftretender Mangel Folge, das heißt Symptom eines bereits bei Gefahrübergang vorliegenden „Grundmangels“ sein, etwa auf Sachmangel begründende fehlende Haltbarkeit der Kaufsache zurückgehen, jedoch hat auch hier der Käufer zu beweisen, dass zur Zeit des Gefahrübergangs ein solcher Grundmangel bestand. Damit lag im vorliegenden Fall nach allgemeinen Regeln in Gestalt des Motorschadens kein Sach-

* Besprechung von BGH, Urt. v. 2. 6. 2004 – VIII ZR 329/03, NJW 2004, 2299. – Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität München und Mitherausgeber der JuS.

1 S. dazu zusammenfassend etwa Schulze/Ebers, JuS 2004, 366 und 462; Dauner-Lieb/Dötsch, SchuldR aktuell – Entwicklungstendenzen und Problemschwerpunkte zwei Jahre nach der Schuldrechtsreform, 2003; Lorenz, Neues Leistungsstörungen- und KaufR: Eine Zwischenbilanz, 2004.

2 S. BGH, NJW 2003, 1932 (Analogie zu § 505 I Nr. 2 BGB bei Pay-TV-Abonnementverträgen); NJW-RR 2004, 841 (Schriftform des Ratenlieferungsvertrags im „Bagatell“-Bereich); BB 2004, 1246 (Kauf auf Probe und Beginn der Widerrufsfrist nach §§ 312 d, 355 II BGB).

3 BGH, NJW 2003, 3341 (Erfüllungsort beim Versandhandel, Abgrenzung von Preis- und Leistungsgefahr).

4 Zu diesem, nunmehr in § 443 I BGB legaldefinierten Begriff vgl. etwa Lorenz/Riehm, Lehrb. z. neuen SchuldR, 2002, Rdnr. 565 m. w. Nachw.

5 S. nur BT-Dr 14/6040, S. 217; Lorenz/Riehm (o. Fußn. 4), Rdnr. 498; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 434 Rdnr. 119; Palandt/Putzo, BGB, 63. Aufl. (2004), § 434 Rdnrn. 57, 59.

mangel vor, weil dieser unstreitig erst nach Gefahrübergang eingetreten war. Einen bei Gefahrübergang vorhandenen Mangel, der etwa für diesen Motorschaden ursächlich gewesen sein könnte⁶, hatte der klagende Käufer nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen.

IV. Die Privilegierung des Verbrauchers/Käufers gegenüber dem Unternehmer/Verkäufer durch § 476 BGB

1. Gegenstand der Vermutung

Im Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufsrechts (§§ 474 ff. BGB), das keine in sich geschlossene Kaufrechtsregelung darstellt, sondern – ähnlich wie der Handelskauf (§§ 373 ff. HGB) – das allgemeine Kaufrecht ergänzende Regelungen aufstellt, soll der Verbraucher vor der sich aus der oben skizzierten Rechtslage ergebenden Beweisnot durch § 476 BGB geschützt werden⁷. Diese Vorschrift begründet eine widerlegliche Vermutung, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang sachmangelhaft war, wenn sich innerhalb von sechs Monaten nach diesem Zeitpunkt ein Sachmangel zeigt, sofern dies nicht „mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar“ ist. Die rechtspolitische Rechtfertigung dieser Regelung liegt nach Auffassung des Gesetzgebers in den „schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers und den – jedenfalls in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe – ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers“⁸. Die Vermutung betrifft aber nicht nur den Zeitpunkt des Vorliegens eines (vom Verbraucher nachgewiesenen) Mangels, sondern gerade auch die Frage, ob der zwar vorliegende, aber erst nach Gefahrübergang eingetretene Sachmangel (hier: der Motorschaden) auf einen bereits bei Gefahrübergang vorliegenden „Grundmangel“ zurückzuführen ist. Insoweit wird – entgegen der Ansicht der BGH – nach Maßgabe von § 476 BGB gerade auch das Vorliegen eines Sachmangels und nicht nur der Zeitpunkt seines Vorliegens vermutet. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung: Nach § 476 BGB wird nämlich, wenn sich innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang „ein“ (das heißt: irgendein!) Sachmangel zeigt, vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang „mangelhaft“ war. Es wird also nicht (nur) vermutet, dass gerade der auftretende Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorlag (was im vom BGH entschiedenen Fall ja widerlegt war, da der Motorschaden unstreitig nach Gefahrübergang eingetreten war), sondern es wird (auch) vermutet, dass ein innerhalb der ersten sechs Monate auftretender Mangel Folge eines bereits bei Gefahrübergang bestehenden „Grundmangels“ war. Damit vermutet § 476 BGB gerade auch das Vorliegen eines Mangels, wenn der „Folgemangel“ und sein Auftreten innerhalb der ersten sechs Monate nachgewiesen sind. Auch die *ratio* der Regelung spricht für eine solche Sichtweise: Es würde dem Verbraucher im Vergleich zum allgemeinen Kaufrecht wenig nützen und die nach der Gesetzesbegründung „ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers“ kaum berücksichtigen, wenn der Verbraucher jeweils den „Grundmangel“, der den später auftretenden primär sichtbaren Sachmangel verursacht hat, nachweisen müsste. Man denke nur an den Kauf elektronischer Geräte, die zunächst funktionieren, dann aber aus unbekanntem Gründen den Dienst versagen: Folgte man dem BGH, so wäre auch hier eine nur auf den Zeitpunkt des Mangels bezogene Vermutung widerlegt und der Verbraucher hätte dem Unternehmer nachzuweisen, warum es zu diesem Ausfall gekommen ist. Genau diese *probatio diabolica* aber will das Gesetz dem Verbraucher ersparen. Das deutsche Recht geht hier über die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁹ hinaus, was nach deren Art. 8 II zulässig ist. Nach dem Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wird nämlich tatsächlich nur „vermutet, dass Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs

Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden“. Der Unterschied in der Formulierung ist deutlich: Während sich nach der Richtlinie die Vermutung nur auf den Zeitpunkt gerade des zu Tage getretenen Mangels bezieht (und im vom BGH entschiedenen Fall tatsächlich widerlegt wäre), bezieht sie sich nach § 476 BGB auf die Mangelhaftigkeit der Kaufsache als solche.

2. Ausschluss der Vermutung

Diese Vermutung kann freilich nicht absolut gelten. Die notwendige Eingrenzung erfolgt aber nicht auf der Rechtsfolgen-seite, das heißt in Bezug auf die Reichweite der Vermutung, sondern auf der Ebene des Tatbestands: Nach § 476 BGB ist die Vermutung tatbestandlich ausgeschlossen, wenn sie „mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar“ ist. Gemeint sind damit Fälle, in welchen das Auftreten eines Sachmangels innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang keinen hinreichend wahrscheinlichen Rückschluss auf das Vorliegen dieses Mangels oder des ihn verursachenden „Grundmangels“ zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs erlaubt¹⁰. Häufig wird sich die Unvereinbarkeit der Vermutung auch aus einer Gesamtschau beider Tatbestandselemente, das heißt der Art der Sache und derjenigen des Mangels ergeben.

a) *Unvereinbarkeit mit der Art der Sache*. Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache liegt etwa vor bei leicht verderblichen Waren. So lässt etwa die Tatsache, dass Lebensmittel geraume Zeit innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang verdorben sind, keinen hinreichend wahrscheinlichen Schluss darauf zu, dass sie bereits bei Gefahrübergang verdorben waren. Bei gebrauchten Sachen ist hingegen, wie auch der BGH hier indirekt bestätigt, kein *genereller* Ausschluss der Vermutung angebracht¹¹. Ein solcher wäre auch mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht zu vereinbaren¹². Es sind hier vielmehr der Grad der Abnutzung wie auch die Art des Mangels zu berücksichtigen, das heißt, es ist eine Gesamtschau beider Vermutungsausschlussgründe vorzunehmen¹³. Maßgeblich ist, ob der konkrete Mangel bei dem konkreten Kaufgegenstand mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen Rückschluss auf sein Vorliegen bzw. das Vorliegen eines „Grundmangels“ zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs zulässt.

- 6 Was freilich nicht zwingend erforderlich ist. Weist der Käufer einen anderen Sachmangel nach, ist die bei ihm eingetretene Mangelhaftigkeit der Sache im Falle einer Rückabwicklung im Wege des Rücktritts bzw. bei Ersatzlieferung (§ 439 IV BGB) im Rahmen von § 346 II–IV BGB zu berücksichtigen. Für eine zufällige Verschlechterung haftet er in diesem Fall freilich in der Regel nicht, § 346 III Nr. 3 BGB. Zur äußersten umstr. Reichweite dieser Privilegierung und den Versuchen ihrer Einschränkung ab dem Zeitpunkt der Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen durch den Käufer s. zuletzt *Kamanabrou*, NJW 2003, 30 m. w. Nachw.
- 7 Im Falle des Unternehmerregresses nach § 478 I, II BGB gilt dies auch zu Gunsten eines vom Verbraucher in Anspruch genommenen Unternehmers gegenüber seinem Lieferanten, vgl. § 478 III BGB.
- 8 Begr. des RegE, BT-Dr 14/6040, S. 245; zur rechtspolitischen Kritik hieran s. etwa *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 853 (857).
- 9 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABIEG Nr. L 171 v. 7. 7. 1999, S. 12.
- 10 Eingehend dazu *Lorenz*, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2004), § 476 Rdnrn. 17 ff. (i. Ersch.).
- 11 So aber wohl Begr. des RegE, BT-Dr 14/6040, S. 245, dem folgend etwa *Faust* in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 5), Rdnr. 4; *Haas*, BB 2001, 1313 (1319); *Westermann*, NJW 2002, 241 (252); *Büdenbender*, in: *AnwKomm-BGB*, 2002, § 476 BGB Rdnr. 14; wie hier *Mankowski*, EWIR 2003, 465; *Müller*, NJW 2003, 1975 (1976); *AG Potsdam*, ZGS 2003, 120 = DAR 2003, 179 mit Anm. *Schattenkirchner*; *OLG Köln*, ZGS 2004, 40, m. Anm. *Wietoska*, ZGS 2004, 8.
- 12 *Mankowski*, EWIR 2003, 465 (466); *OLG Köln*, ZGS 2004, 40.
- 13 Vorrangig ist natürlich festzustellen, ob überhaupt ein Sachmangel i. S. von § 434 BGB vorliegt, was etwa bei der typischen Verschleißerscheinung gebrauchter Sachen i. d. R. gerade nicht der Fall ist, vgl. *Mankowski*, EWIR 2003, 465.

b) *Unvereinbarkeit mit der Art des Mangels.* Die Vermutung ist wegen der Art des Mangels ausgeschlossen, wenn es sich um einen Mangel handelt, der typischerweise jederzeit eintreten kann und aus diesem Grund keinen hinreichend wahrscheinlichen Rückschluss auf sein Vorliegen bzw. das Vorliegen eines „Grundmangels“ bereits zur Zeit des Gefahrübergangs zulässt. Das gilt zum Beispiel bei äußeren Beschädigungen der Kaufsache wie etwa Blechschäden eines Kfz, da diese typischerweise jederzeit entstehen können.

c) *Beweislast.* Diese Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels ist eine Rechtsfrage, bezüglich derer keine objektive Beweislast besteht¹⁴. Sie setzt insbesondere nicht den vollen Gegenbeweis voraus, dass der Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht vorgelegen haben kann¹⁵. Diesen Beweis muss der Verkäufer erst bei Eingreifen der Vermutung zu deren Widerlegung führen. Es ist auch nicht erforderlich, dass eine „außerordentlich hohe Wahrscheinlichkeit“ besteht, dass der Mangel erst nach Gefahrübergang eingetreten ist¹⁶. Im vorliegenden Fall hätte der BGH daher die Rechtsfrage stellen und entscheiden müssen, ob der nach Gefahrübergang eingetretene Motorschaden mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf das Vorliegen eines Sachmangels bereits bei Gefahrübergang schließen lässt. Dies kann man – je nach den Umständen des Einzelfalls – in der Tat bezweifeln, da der konkrete Mangel (Motorschaden) durch unsachgemäße Fahrweise offenbar typischerweise jederzeit eintreten kann, ohne dass ein „Grundmangel“ vorgelegen haben muss. Dies gilt umso mehr, wenn der Schaden möglicherweise auch auf typische Verschleißerscheinungen zurückzuführen wäre, die ihrerseits beim Kauf eines Gebrauchtwagens keinen Sachmangel nach § 434 I 1, 2 Nr. 1 BGB darstellen.

V. Zusammenfassung

Die Vermutungsregelung des § 476 BGB stellt, wenn sie denn eingreift und nicht wegen der Art der Sache oder der Art des

Mangels ausgeschlossen ist, eine bedeutende Besserstellung des Verbrauchers gegenüber der bisherigen Rechtslage dar. Wenn innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang ein Sachmangel auftritt, wird nicht lediglich vermutet, dass eben dieser Sachmangel bereits zur Zeit des Gefahrübergangs vorlag, sondern es wird darüber hinaus auch vermutet, dass ein erst nach Gefahrübergang eintretender Sachmangel auf einen (anderen) „Grundmangel“ der Sache zurückzuführen ist, der seinerseits bereits bei Gefahrübergang vorlag. Dies gilt nur dann nicht, wenn diese Vermutung mit der Art der Sache oder der Art des Mangels unvereinbar ist. Insofern wird entgegen der Ansicht des BGH auch das Vorliegen eines Sachmangels und nicht nur der Zeitpunkt seines Vorliegens (widerleglich) vermutet. Trotz der Tatsache, dass es sich bei § 476 BGB lediglich um eine von der Haltbarkeitsgarantie i. S. von § 443 BGB streng zu unterscheidende Beweislastregel handelt, dürfte sie damit in der Praxis in vielen Fällen *de facto* einer Haltbarkeitsgarantie sehr nahe kommen, weil der Gegenbeweis häufig nicht zu führen ist.

In dem vom BGH entschiedenen Fall lässt sich zwar mit guten Gründen das Eingreifen der Vermutung als solches wegen der Art der Sache und des Mangels tatbestandlich verneinen. Ist dies aber nicht der Fall, liegt die Beweislast für die Mängelfreiheit der Sache zur Zeit des Gefahrübergangs beim Unternehmer. Der Entscheidung des BGH ist daher vielleicht nicht im Ergebnis, umso deutlicher aber in der Begründung zu widersprechen. Zu Ende gedacht, macht sie die vom Gesetzgeber in § 476 BGB vorgesehene Begünstigung des Verbrauchers weitgehend zur Makulatur. ■

14 A. A. Palandt/Putzo (o. Fußn. 5), § 476 Rdnr. 9.

15 So aber wohl Reinking, DAR 2002, 15 (23); unentschl. ders., ZGS 2003, 105 (106): „bedarf der Klärung“; Reinking/Eggert, Autokauf, 8. Aufl. (2003), Rdnr. 1348, und wohl auch AG Marsberg, ZGS 2003, 119; wie hier wohl Wietoska, ZGS 2004, 8 (10).

16 So aber Buck, in: Westermann (Hrsg.), Das SchuldR 2002, 2002, S. 168.

Rechtsanwalt Dr. Tobias Bürgers, München

Keine Aktienoptionen für Aufsichtsräte – Hindernis für die Professionalisierung des Aufsichtsrats?*

I. Einleitung

Trotz der Baisse der Aktienkurse waren Aktienoptionsprogramme zu Gunsten von Organmitgliedern bis vor kurzem ein „Muss“ in der Strukturierung jeder Organvergütung¹. Solche Programme wurden als Garant für die Orientierung von Vorstand und Aufsichtsrat am shareholder value angesehen. Auch die vom Gesetzgeber in immer größerem Umfang kodifizierte² „Professionalisierung“ des Aufsichtsrats, durch die dieser verstärkt in die Unternehmensverantwortung genommen werden soll, wird begleitet von der Forderung nach einer variablen Vergütung auch des Aufsichtsrats³. In jüngster Zeit jedoch scheint die (vielfach berechnete) Kritik an Optionsprogrammen an Bedeutung zu gewinnen⁴. Für Aktienoptionen zu Gunsten von Aufsichtsräten wurde allerdings seit langem kritisiert, dass der Aufsichtsrat in seiner Kontrollfunktion gegenüber dem Vorstand negativ beeinflusst werde, wenn beide Gremien entsprechend der Kursentwicklung bezahlt würden⁵. Die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapier (DWS) hatte daher einen Musterprozess ge-

gen die Mobilcom AG geführt. Der BGH hat nunmehr in seiner Entscheidung vom 16. 2. 2004 die Zulässigkeit von

* Besprechung von BGH, Urt. v. 16. 2. 2004 – II ZR 316/02, NJW 2004, 1109, m. Anm. Noack, LMK 2004, 111 = NZG 2004, 376, m. Anm. Pelzer, NZG 2004, 509 = NJW-Spezial 2004, 28 m. Anm. Seibt. – Der Autor ist Partner der Sozietät Nörr Stiefenhofer Lutz in München; der Verf. dankt Herrn Ass. iur. René Dubois für seine wertvolle Unterstützung.

1 Vgl. die Aufstellung von Aktienoptionsprogrammen für Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder in: Claussen, WM 1997, 1825 (1826 f.); Achleitner/Wichels, in: Achleitner/Wollmert (Hrsg.), Stock Options, 2000, S. 2 f., 17; Aktienoptionen als sog. isolierte Bezugsrechte („naked warrants“) für Arbeitnehmer und Mitglieder der Geschäftsführung hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) v. 27. 4. 1998 (BGBl I, 786) in § 71 I Nr. 8 S. 5 und § 192 II Nr. 3 AktG ausdrücklich anerkannt.

2 Vgl. insoweit das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) v. 27. 4. 1998 (BGBl I, 786) und das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) v. 19. 7. 2002 (BGBl I, 2681) sowie den RegE zum Gesetz für Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG).

3 Hoff, WM 2003, 910; Claussen, WM 1997, 1825 (1829).

4 Vgl. die Presseberichte zur Einstellung der Optionsprogramme bei der Deutschen Telekom AG.

5 Martens, AG Sonderheft 8/1997, 83 (88); Fuchs, DB 1997, 661 (688).