

Eversheds Sutherland (Germany) LLP •
Königsallee 53-55 • D-40212 Düsseldorf

Oberlandesgericht Hamm
Heßlerstraße 53
59065 Hamm

Datum: 01.10.2018
Ihr Zeichen: I-12 U 91/18
Unser Zeichen: 1418 - 18 Sc/Vn
Name: Marc Schwencke
Telefon: +49 211 86467-12
Telefax: +49 211 86467-99
E-Mail: MarcSchwencke@eversheds-
sutherland.de

Per Boten

Vorab per Telefax: 02381/272-518

Berufungsbegründung

In dem Rechtsstreit

der Stadt Wuppertal, vertreten durch den Oberbürgermeister, Johannes-Rau-Platz 1,
42275 Wuppertal

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Eversheds Sutherland (Germany) LLP,
Königsallee 53-55, 40212 Düsseldorf

g e g e n

die ASS Athletic Sport Sponsoring GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäfts-
führer Michael Duddek, Harpener Heide 2, 44805 Bochum

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte I. Instanz: Rechtsanwälte Jordan, Fuhr, Meyer und Partner,
Harmoniestraße 1, 44787 Bochum

Aktenzeichen: I-12 U 91/18

begründen wir namens und im Auftrag der Klägerin die mit Schriftsatz vom
23.07.2018 eingelegte Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Bochum vom
20.06.2018 (Anlage zur Berufungsschrift) mit folgenden Anträgen:

1. Die Beklagte wird unter Abänderung des am 20.06.2018 verkündeten Ur-
teils des Landgerichts Bochum, Az.: I-13 O 13/17 verurteilt, an die Kläge-
rin 74.303,50 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem

Eversheds Sutherland (Germany) LLP: Berlin • Düsseldorf • Hamburg • München

USt-IdNr. DE300329742. Eversheds Sutherland (Germany) LLP ist eine in England und Wales (Registernummer OC396870) eingetragene Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung nach englischem Recht (limited liability partnership), mit eingetragenem Sitz in One Wood Street, London EC2V 7WS, Vereinigtes Königreich. Zugelassen und reguliert durch die Aufsichtsbehörde für Rechtsanwälte in England und Wales (Solicitors Regulation Authority). Eversheds Sutherland (Germany) LLP ist des Weiteren im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München unter PR 1474 eingetragen. Eine Liste der Partner kann unter der oben genannten Adresse, im Büro in München und im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München unter PR 1474 eingesehen werden.

Eversheds Sutherland (Germany) LLP ist Teil einer globalen Rechtsberatungspraxis, deren Mitglieder gesonderte und rechtlich eigenständige Einheiten sind, die unter dem Namen Eversheds Sutherland tätig sind. Jede Eversheds Sutherland-Kanzlei ist eine rechtlich getrennte Einheit, die nicht für die Handlungen oder Unterlassungen anderer Eversheds Sutherland-Kanzleien haftet und diese nicht rechtlich binden oder verpflichten kann. Eine umfassende Beschreibung der Struktur sowie eine vollständige Liste unserer Niederlassungen finden Sie unter www.eversheds-sutherland.com/germany.

Basiszinssatz seit Zustellung des Mahnantrages sowie weitere 72.647,02 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

2. Die Beklagte wird unter Abänderung des am 20.06.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Bochum, Az.: I-13 O 13/17 verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 3.715,16 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung des Mahnantrags sowie einen weiteren Betrag in Höhe von 3.632,34 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 79.593,87 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit sowie einen weiteren Betrag in Höhe von 3.979,68 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Zugleich wird Namens und im Auftrag der Klägerin,

Herrn Michael Duddek, Geschäftsführer der Beklagten, Harpener Heide 2,
44805 Bochum,

- Streitverkündeter -

der Streit verkündet.

Das Gericht wird gebeten,

diesen Schriftsatz nebst anliegender Kopie der Anspruchsbegründung vom 31.03.2017, der Klageerwiderung vom 10.05.2017, der Schriftsätze der Beklagten vom 13.06.2017, der Klägerin vom 04.08.2017, der Beklagten vom 01.10.2017, der Klägerin vom 20.11.2017, 22.12.2017 und vom 16.02.2018 und des Urteils des Landgerichts Bochum vom 20.06.2018, Az. I-13 O 13/17 dem Streitverkündeten alsbald zuzustellen.

Der Stand des Prozesses ergibt sich aus den beigefügten Schriftsätzen und dem Urteil des Landgerichts Bochum. Es wird gebeten, den Zeitpunkt der Zustellung gem. § 169 ZPO zu bescheinigen.

Begründung:

I. Umfang der Anfechtung

Das Landgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen, die die Klägerin mit ihrer Berufung weiter verfolgt. Das Urteil des Landgerichts Bochum wird daher in vollem Umfang der Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt.

II. Klageerweiterung (Antrag zu 3.)

Im Kalenderjahr 2015 sind im Rahmen des Werbevertrags Zahlungen in Höhe von 79.593,87 Euro geleistet worden, die nebst Zinsen mit der vorliegenden Klageerweiterung gemäß Antrag zu 3. geltend gemacht werden.

Darüber hinaus steht der Klägerin gegenüber der Beklagten ein Anspruch in Höhe von 3.979,68 Euro nebst Zinsen für das Jahr 2015 wegen Kosten zu, die die Klägerin zur Abwicklung des Werbevertrags mit der Beklagten an die Wuppertal Marketing GmbH (WMG) gezahlt hat.

1. Zahlungen an die Beklagte für das Jahr 2015

Für das Jahr 2015 zahlte die Klägerin über die WMG oder die WMG aufgrund einer eigenen Verpflichtung an die Beklagte einen Gesamtbetrag in Höhe von insgesamt **79.593,87 Euro**. Dieser Betrag setzt sich wie folgt zusammen:

1. Rechnung vom 31.03.2015 (Rechnungs-Nr.: 2015/0085) für 1.740 Fahrzeuge à 8,70 Euro zzgl. 19% Mehrwertsteuer = **18.014,22 Euro**.
2. Rechnung vom 30.06.2015 (Rechnungs-Nr.: 2015/0183) für 1.695 Fahrzeuge à 8,70 Euro zzgl. 19% Mehrwertsteuer = **17.548,34 Euro**.
3. Rechnung vom 30.09.2015 (Rechnungs-Nr.: 2015/0303) für 1.750 Fahrzeuge à 8,70 Euro zzgl. 19% Mehrwertsteuer = **18.117,75 Euro**.
4. Rechnung vom 31.12.2015 (Rechnungs-Nr.: 2015/0465) für 2.503 Fahrzeuge à 8,70 Euro zzgl. 19% Mehrwertsteuer = **25.913,56 Euro**.

Beweis: Rechnungen der Beklagten für das Kalenderjahr 2015 vom 31.03.2015, 30.06.2015, 30.09.2015 und 31.12.2015, **Anlage K 19)**

Die Klägerin macht den Anspruch sowohl aus eigenem als auch aus abgetretenem Recht der WMG geltend. Die Abtretungsvereinbarung vom 16.12.2016 (Anlage K 7) erfasst auch die Ansprüche aus dem Jahr 2015.

2. Zahlungen der Klägerin an die WMG für die Abwicklung des Werbevertrages

Für das Jahr 2015 zahlte die Klägerin – zusätzlich zu den vorstehend aufgeführten Rechnungsbeträgen – Handlingskosten für die Abwicklung des Werbevertrags an die WMG in Höhe von insgesamt 3.979,68 Euro einschließlich Mehrwertsteuer. Dieser Betrag wird ebenfalls mit dem Klageantrag zu 3. geltend gemacht. Die Handlingskosten ergeben sich aus den Rechnungen der WMG an die Stadt Wuppertal, den dort ausgewiesenen Netto-Beträgen ist noch die Mehrwertsteuer von 19 % hinzusetzen. Dementsprechend ergeben sich folgende Beträge:

1. Rechnung WMG vom 08.04.2015 (31.03.2015) (Rechnungs-Nr.: RE-2015/122) über 756,90 Euro zzgl. 143,81 Euro Mehrwertsteuer = **900,71 Euro**.

2. Rechnung WMG vom 30.06.2015 (Rechnungs-Nr.: RE-2015/289) über 737,32 Euro zzgl. 140,09 Euro Mehrwertsteuer = **877,41 Euro**.
3. Rechnung WMG vom 30.09.2015 (Rechnungs-Nr.: RE-2015/463) über 761,25 Euro zzgl. 144,64 Euro Mehrwertsteuer = **905,89 Euro**.
4. Rechnung WMG vom 30.12.2015 (Rechnungs-Nr.: RE-2015/895) über 1.088,80 Euro zzgl. 206,87 Euro Mehrwertsteuer = **1.295,67 Euro**.

Beweis: Rechnungen der WMG an die Klägerin für das Kalenderjahr 2015 vom 08.04.2015 (31.03.2015), 30.06.2015, 30.09.2015 und 30.12.2015 **Anlage K 20**

Ergänzend wird auf die Ausführungen in den Schriftsätzen vom 31.03.2017 und 04.08.2017 verwiesen.

III. Berufungsgründe

Das angegriffene Urteil des Landgerichts Bochum vom 20.06.2018 beruht auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO. Das Landgericht hat zu Unrecht angenommen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Werbevertrag vom 29.03. / 02.04.2004 nichtig sei, weil die Parteien ihn nur zum Schein abgeschlossen hätten, um eine unzulässige Reduzierung der bundeseinheitlich vorgegebenen Zulassungsgebühren zu verschleiern. Aus diesem Grund hat das Landgericht Anspruchsgrundlagen für den geltend gemachten Zahlungsanspruch nicht berücksichtigt oder rechtsfehlerhaft verneint, namentlich §§ 283, 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB (dazu im Einzelnen unten unter Ziffer III.3.).

Zudem hat das Landgericht zu Unrecht angenommen, dass Bereicherungsansprüche der Klägerin (aus abgetretenem Recht der WMG) nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen seien.

Das landgerichtliche Urteil beruht aber auch deshalb auf einer Rechtsverletzung, weil selbst bei Zugrundelegung eines wegen eines Scheingeschäfts (§ 117 Abs.1 BGB), wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz (§134 BGB) oder wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nichtigen Werbevertrags die Klageansprüche nicht nur nach Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 817 Satz 1 BGB) begründet wären, sondern namentlich auch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV und §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i. V. m. §§ 266, 334, 26, 27 StGB (dazu unter Ziffer IV.).

Die vom Berufungsgericht zugrunde zu legenden Tatsachen, namentlich aufgrund der Beweisaufnahme im Termin vom 17.01.2018 und vom 06.06.2018, rechtfertigen zudem eine andere Entscheidung.

Das Landgericht Bochum kommt auf Grund einer unzutreffenden und unvollständigen Beweismwürdigung zu dem Ergebnis, dass der Werbevertrag nur zum Schein abgeschlossen worden und sittenwidrig sei. Die Beweismwürdigung des Landgerichts Bochum ist an entscheidenden Stellen widersprüchlich, lückenhaft

und nicht plausibel. Außerdem ist die Überzeugungsbildung der Kammer nicht tragfähig. Die Beweiswürdigung des Landgerichts Bochum erschöpft sich in einer bloßen Wiedergabe der Zeugenaussagen.

Zur Normanwendung, die durch das Berufungsgericht überprüft werden kann, zählt auch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „gute Sitten“. Auch die Anwendung von Erfahrungssätzen und Denkgesetzen zählt zur Rechtsanwendung. Ist bei der Auslegung von Individualerklärungen materielles oder formelles Recht verletzt worden, wozu auch die Auslegungsregeln gehören, ist die Nachprüfung durch das Berufungsgericht ohne Weiteres eröffnet. Dem Berufungsgericht steht dabei nach der Rechtsprechung des BGH eine unbeschränkte Auslegungskontrolle im Hinblick auf die Auslegung des Erstgerichts zu (Heßler, in: Zöller, ZPO, 32. Auflage 2018, § 513 Rn. 2 unter Verweis auf BGH NJW 2004, 2751; 2016, 3015).

1. Werbevertrag war kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB

Das Landgericht Bochum ist der Auffassung, dass der schriftliche Werbevertrag nicht den getroffenen Vertragsabsprachen entspreche, sondern nur pro forma von den Parteien schriftlich vereinbart worden sei, um eine nach dem Gebührenrecht unzulässige Reduzierung der gesetzlich bundesweit vorgeschriebenen Zulassungsgebühren zu verschleiern; der Beklagten und den seinerzeit für die Klägerin handelnden Personen sei es darum gegangen, eine rechtlich unzulässige Reduzierung der Zulassungsgebühren zu verschleiern (Seiten 6 / 7 des Urteils). Die Gesamtumstände sprechen daher nach Auffassung der Kammer für eine Scheinabrede, die lediglich zur Verschleierung einer unzulässigen Gebührenabrede getroffen wurde (Urteil, Seite 7 unten).

Offenbar geht die Kammer von einem Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB aus. Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn sich der Erklärende und der Erklärungsempfänger darüber einig sind, dass das objektiv Erklärte nicht gelten soll, sondern sie einvernehmlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen wollen, ohne dass die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen eintreten sollen (Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, § 117 Rn. 1). Ein Scheingeschäft ist nichtig.

Im Zusammenhang mit dem Kondiktionsausschluss des § 817 Satz 2 BGB (Seite 8 des Urteils) geht die Kammer davon aus, dass der Werbevertrag „nach § 134 BGB und § 1130 BGB“ nichtig sei, sieht die Rückforderung jedoch durch § 817 Satz 2 BGB als gesperrt an, weil beide Vertragsparteien gegen das „gesetzliche Verbot der Gebührenreduzierung“ und gegen die guten Sitten verstoßen hätten.

Die genannte Norm „§ 1130 BGB“ ist offenbar ein Schreibfehler, es erschließt sich jedoch nicht, welcher Tatbestand damit gemeint ist (§ 117 BGB? § 138 BGB?).

Im Zusammenhang mit der Feststellung der Unwirksamkeit des Werbevertrages selbst wird ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz bzw. ein Verstoß gegen die guten Sitten von der Kammer nicht thematisiert.

Die wiedergegebene Ansicht der Kammer entspricht nicht dem Sach- und Streitstand, insbesondere nicht dem Ergebnis der Beweisaufnahme.

Die nach § 529 ZPO vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen eine andere Entscheidung. Zudem hat das Landgericht die Rechtsnormen der §§ 117, 134, 138 und 817 BGB nicht richtig angewendet.

a) Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit

Die ursprünglichen Vertragsparteien, nämlich die Klägerin und die Beklagte, haben den Werbevertrag nicht lediglich zum Schein abgeschlossen. Der schriftliche Werbevertrag hat die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich; es wird also vermutet, dass das, was im Vertragstext steht, der Vereinbarung entspricht und nur das vereinbart ist. Diese Vermutung ist widerleglich, an dem Beweis der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit sind aber strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urt. v. 10. 6. 2016 – V ZR 295/14). Diese Vermutung ist im Rechtsstreit erster Instanz, namentlich durch das Ergebnis der Beweisaufnahme, nicht widerlegt worden.

Zu den einzelnen Aspekten nehmen wir nachfolgend im Einzelnen Stellung.

Insbesondere war der Zweck des Werbevertrages (Anlage K 2) nicht darauf gerichtet, die gesetzlichen Straßenzulassungsgebühren in unzulässiger Weise zu reduzieren, da die Gebühren unstreitig für jede einzelne Fahrzeugzulassung in voller Höhe durch die Klägerin erhoben wurden.

b) Lieferung einer ausreichenden Anzahl von Aufklebern für die Festlaufzeit

Die Klägerin hat vorgetragen (Schriftsatz vom 04.08.2017, Seite 3 f. mit Anlagen K 11 bis K 13), dass nach Vertragsschluss am 29.03. / 02.04.2004 zwei Lieferungen zu jeweils 6.600 Aufkleber, insgesamt also 13.200 Aufkleber, an die Beklagte erfolgt sind. Dabei sind die Parteien je Lieferung von 6.000 in Wuppertal angemeldeten Kfz der Beklagten zzgl. 10 % Unfallersatz ausgegangen. Dies ergibt sich aus dem Vermerk unten rechts unter „8.3“ der als Anlage K 11 vorgelegten Preiskalkulation vom 17.03.2004.

Beweis: Preiskalkulation vom 17.03.2004, Anlage K 11.

Von dieser Anzahl gelieferter Aufkleber in den Jahren 2004 / 2005 geht auch die Kammer aus (Urteil, Seite 7).

Damit ist belegt, dass der Beklagten für die Festlaufzeit des Vertrages bis zum 31.12.2005 eine ausreichende Anzahl von Aufklebern zur Bestückung aller in Wuppertal zugelassener Kraftfahrzeuge zur Verfügung stand:

- Im Jahr 2004, im „Rumpfvertragsjahr“ sind 3.762 Fahrzeuge der Beklagten in Wuppertal zugelassen worden (Anlage 4 zum Beklagtenschriftsatz vom 13.06.2017).
- Im Jahr 2005 sind 5.691 Fahrzeuge der Beklagten in Wuppertal zugelassen worden (Schriftsatz vom 22.04.2017, Seite 3).

Die tatsächliche Beschaffung dieser Aufkleber erfolgte – insoweit abweichend vom Vertragswortlaut – in der Form, dass die Beklagte die Aufkleber am 05.05.2004 und am 25.04.2005 selbst beschafft hat und die dafür angefallenen Kosten der Klägerin mit zwei Rechnungen vom 29.04.2005 (Anlagen K 12 und K 13) in Rechnung gestellt hat (Schriftsatz vom 04.08.2017, Seite 4).

Beweis: Rechnungen der Beklagten an die Klägerin vom 29.04.2005, bereits vorgelegt als Anlagen K 12 und K 13.

Die Klägerin hat nach Abschluss des Werbevertrags (Anlage K2) somit alles zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten Erforderliche getan, nämlich in ausreichender Anzahl Aufkleber zur Verfügung gestellt und die in § 3 des Werbevertrags vereinbarte Vergütung bezahlt.

Diese Umstände stehen der Annahme eines Scheingeschäfts bereits unüberwindlich entgegen. Das Landgericht ist auf diese Tatsachen im Urteil mit keinem Wort eingegangen, was einen gravierenden Fehler in der Beweiswürdigung darstellt.

c) **Organisatorische Maßnahmen der Beklagten**

Auch die Beklagte hat nach Vertragsschluss ihrerseits in ihrem Geschäftsbetrieb alle erforderlichen Maßnahmen getroffen, um ihrer Verpflichtung zur Aufbringung von Aufklebern auf die in Wuppertal zugelassenen Fahrzeuge nachzukommen.

Dies ergibt sich insbesondere aus den Aussagen der (von der Beklagten benannten) Zeugen Andreas Maaßen und Gerhard Rogosky.

Der Zeuge Maaßen ist bei der Beklagten für die bundesweite Zulassung und „Verplanung“ von Fahrzeugen zuständig.

Der Zeuge Maaßen hat ausgesagt (Seite 8 des Protokolls der öffentlichen Sitzung vom 17.01.2018):

„Zu einem bestimmten Zeitpunkt teilte die Geschäftsführung der Beklagten uns spontan mit, dass ab jetzt die Fahrzeuge in Wuppertal zugelassen werden sollten und die Zulassungen wie im Übrigen über den Zulassungsdienst Rhein-Ruhr erfolgen sollten. Wir haben dies dann eingestellt. Es ist schon lange her, es könnte 2004 gewesen sein. In diesem Zusammenhang wurde uns mitgeteilt, dass wir Aufkleber der Stadt Wuppertal an die Autohäuser schicken sollten. Bis dahin hatten wir andere Aufkleber, z. B. des Landessportbundes verwendet. Für die Versendung der Aufkleber war meine Abteilung zuständig.

(...)

Ich gehe davon aus, dass für jedes in Wuppertal zugelassene Fahrzeug Aufkleber der Stadt Wuppertal an die Autohäuser versandt wurden. Dabei wird nicht für jede einzelne Zulassung ein Aufkleber übersandt, sondern z. B. an ein Autohaus Aufkleber in einer Stückzahl von 30. Entweder haben meine Mitarbeiter mitgeteilt, dass sie nicht mehr genug Aufkleber hatten oder die Autohäuser haben dies kommuniziert. Ich weiß, dass sehr

viele Fahrzeuge in Wuppertal zugelassen wurden. Ich meine mindestens 7.000,00 pro Jahr. Ich meine, dass man hierfür zwei bis drei Kartons mit Aufkleber pro Jahr benötigen würde. (...).“

Hieraus ergibt sich, dass die Beklagte mit den auf den in Wuppertal zuzulassenden Fahrzeugen ebenso umgegangen ist wie mit anderen von der Beklagten zugelassenen Fahrzeugen, auf denen entgeltlich Aufkleber aufzubringen waren.

Es ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Aufbringung der Aufkleber, zu der sich die Beklagte in § 1 des Werbevertrages vom 29.03. / 02.04.2004 (Anlage K 2 zur Klageschrift vom 31.03.2017) verpflichtet hat, „tatsächlich nicht von den Parteien gewollt worden, sondern nur pro forma schriftlich vereinbart worden“ sei, wie es die Kammer annimmt (Urteil, Seite 6). Die tatsächliche Umsetzung des Werbevertrages belegt gerade das Gegenteil und steht somit ebenfalls der Annahme eines Scheingeschäfts entgegen.

Die Aussage des Zeugen Maaßen wird bestätigt durch die Aussage des (ebenfalls von der Beklagten benannten) Zeugen Gerhard Rogosky, Prokurist der Beklagten und Stellvertreter des Geschäftsführers. Gerhard Rogosky hat, als Zeuge vernommen, Folgendes ausgesagt:

„Ich war insoweit mit der Umsetzung des Vertrages befasst, als ich mit Herrn Maaßen besprochen habe, wie die Aufkleber zu den Händlern kommen, und dass ich mit Herrn Hoffmann besprochen habe, dass Aufkleber an den Autos angebracht werden mussten.

Ich hatte meine Information von dem Geschäftsführer der Beklagten erhalten. Er hat mir gesagt, dass Aufkleber der Stadt Wuppertal an den Fahrzeugen angebracht werden sollten. Soweit ich weiß, sollten uns die Aufkleber zugeschickt werden. Wir mussten sie dann verwalten und weiterleiten. Um die Anforderung der Aufkleber hat sich zunächst unser damaliger Marketingleiter Herr Penz gekümmert und später Herr Hoffmann.

Es war Aufgabe des Marketingleiters, sich um die Anforderung der Aufkleber zu kümmern in Abstimmung mit Herrn Maaßen, der dann für die eigentliche Abwicklung mit den Autohändlern zuständig war.

Ich habe die Aufgabenverteilung besprochen. Mit der Abwicklung selbst war ich dann nicht mehr befasst. Ich kümmere mich nicht um die Lagerung des Bestandes und deren Aufbewahrung. (...).“

Auf Nachfrage hat Herr Rogosky weiter ausgesagt:

„Der Geschäftsführer der Beklagten hat mir damals gesagt, dass wir für jedes in Wuppertal zugelassene Fahrzeug einen Werbekostenzuschuss bekommen und dass vereinbart worden sei, dass ein Aufkleber auf jedes Fahrzeug anzubringen sei. Aufgrund der Schilderung des Geschäftsführers der Beklagten hatte ich den Eindruck, dass die Aufkleber nicht der Mittelpunkt des Vertrages waren. Ich weiß, dass wir auch Aufkleber verschickt haben.“

Die Zahlungen der Klägerin und später der WMG an die Beklagte sind somit auch intern im Betrieb der Beklagten als „Werbekostenzuschuss“ deklariert und

verstanden worden und nicht als Reduzierung der oder Rabatt auf die Zulassungsgebühr.

Weiter hat Herr Rogosky ausgesagt, er habe Herrn Duddek, den Geschäftsführer der Beklagten, so verstanden, dass die Klägerin sich die Einnahmen nicht entgehen lassen wollte. Gemeint sind offenbar die Gebühren für die Zulassung der Fahrzeuge.

Hierbei sowie bei dem „Eindruck“, dass die Aufkleber nicht der Mittelpunkt des Vertrages waren, handelt es sich aber um ein reines Internum aus der Sphäre der Beklagten, die der Zeuge Rogosky zudem nur als mittelbaren Eindruck wiedergegeben hat. Auf den Vertragswillen der Klägerin wie auch der Beklagten bei Abschluss des Werbevertrages kann daraus kein belastbarer Rückschluss gezogen werden.

Auf diese (vom Zeugen Rogosky lediglich angenommene) Motivation kommt es jedoch für die rechtliche Bewertung auch nicht an.

Entscheidend ist, dass nach Vertragsschluss beide Parteien das jeweils erforderliche ins Werk gesetzt haben, um ihre jeweiligen Leistungspflichten aus dem Werbevertrag zu erfüllen:

- Die Klägerin hat sich darum gekümmert, dass der Beklagten eine ausreichende Anzahl von Aufklebern zur Verfügung steht, auch wenn die Aufkleber im Ergebnis unmittelbar von der Beklagten bezogen, bezahlt und der Klägerin in Rechnung gestellt wurden.
- Die Beklagte hat alle organisatorischen Maßnahmen ergriffen, um die Aufkleber, die bei ihr vorlagen, an die Autohäuser zu liefern, die die Kfz ausliefern und die Aufkleber anbringen.
- Die Klägerin hat die vereinbarte Vergütung bezahlt.

Wird ein Vertrag von Anfang an vertragsgemäß abgewickelt, so liegt ein typischer Geschehensablauf vor, der die Vermutung für sich hat, dass die Vertragsparteien den Vertrag nicht zum Schein abgeschlossen haben. Diese Vermutungswirkung ist entscheidend, da die verantwortlichen Unterzeichner des Werbevertrages, Herr Dr. Kremendahl und Herr Georg Sander, verstorben sind und zu den Hintergründen sowie Beweggründen des Werbevertrages nicht mehr vernommen werden können.

**d) Der Werbevertrag war für die Klägerin als solcher sinnvoll und wert-
haltig**

Für die Klägerin kam es beim Abschluss des Werbevertrages entscheidend darauf an, ihre gerade neu aufgesetzte Website zu bewerben und bekannt zu machen.

Dies ergibt sich insbesondere aus der Zeugenaussage des Dr. Andreas Kletzander, der den Werbevertrag für die Stadt Wuppertal mit unterzeichnet hat und der seinerzeit (2001 bis 2006) Ressortleiter des Stadtmarketings der Klägerin war.

Dr. Kletzander bestätigt zunächst, dass er den Werbevertrag zusammen mit dem Oberbürgermeister unterzeichnet habe und auch in die Abfassung / Erstellung des Vertrages eingebunden war, jedoch nicht federführend.

Zu dem Hintergrund des Werbevertrags hat Dr. Kletzander, als Zeuge vernommen, ausgesagt (Protokoll vom 17.01.2018, Seite 13 f.):

„Nach meiner Erinnerung war die Anbringung des Aufklebers die eigentliche Leistung der Beklagten. Der Aufkleber existierte bereits. Der Aufkleber existierte mit gleichem Material und gleicher Gestaltung und wurde verteilt. An andere Personen, die den Aufkleber anbrachten wurde kein Entgelt bezahlt. Meines Erachtens wurde der Aufkleber kostenlos abgegeben.

[Anmerkung: Der dritte und vierte Satz werden im Protokoll vom 17.01.2018 als ein Satz wiedergegeben, was nach dem Verständnis des Unterzeichners fehlerhaft ist.]

Für uns war interessant, dass die Aufkleber in großer Stückzahl über die Kfz-Stelle verbreitet werden konnten. Ich fand den vereinbarten Betrag angemessen.

(...)

Ich weiß, dass zumindest die Anzahl von Aufklebern, die für die Laufzeit des schriftlichen Vertrages benötigt wurden, der Beklagten zur Verfügung gestellt wurde. Jedenfalls solange ich Geschäftsführer war bis Anfang 2006, wurde eine ausreichende Anzahl an Aufklebern geliefert. Im Übrigen wäre es jedoch Aufgabe der Beklagten gewesen, fehlende Aufkleber anzufordern. Diese Aufkleber wurden an die Beklagte geliefert. Daneben haben wir weitere Aufkleber an Verteilstellen geliefert. Ob eine solche Verteilstelle auf dem Straßenverkehrsamt war, weiß ich heute nicht mehr, es ist möglich.

(...)

Grundsätzlich war es zwar unerheblich, ob die Werbung an Fahrzeugen angebracht wurde, die in Wuppertal oder z. B. Bochum zugelassen waren. Allerdings ist der Glaubwürdigkeitseffekt der Wuppertal-Werbung für Fahrzeuge, die in Wuppertal zugelassen sind, größer.“

Auf Nachfrage hat Dr. Kletzander ausgesagt:

„Zweifelloos hatte die Stadt Wuppertal auch ein Interesse an den Einnahmen durch die Zulassungen. Für mich als Marketingmitarbeiter war jedoch der Werbeeffect entscheidend und die saubere Trennung beider Bereiche.

Die Vergütung für die Beklagte war aus meiner Sicht angemessen, weil die Beklagte verpflichtet war, die Aufkleber anzubringen und für die Dauer des Vertrages angebracht zu lassen. Bei Streuartikeln wie Aufkleber, die an Bürger verteilt werden, ist sonst davon auszugehen, dass der überwiegende Teil weggeworfen wurde.

Bei den Gesprächen, an denen ich teilgenommen habe, ging es nicht um einen Rabatt für die Zulassungsgebühren. Als Marketingmitarbeiter wurde ich dazu gerufen als es um die konkrete Werbemaßnahme ging.“

Aus der Aussage von Dr. Kletzander ergibt sich eindeutig, dass der Werbevertrag mit der Verpflichtung der Beklagten zur Anbringung des beschriebenen Aufklebers auf jedem in Wuppertal zugelassenen Fahrzeuges eine sinnvolle und preislich auch angemessene Werbemaßnahme war. Zudem hat Dr. Kletzander auch die Aussagen der Zeugen Maaßen und Rogowsky bestätigt, wonach der Beklagten zu Beginn des Vertrages eine für die Festlaufzeit des Vertrages voraussichtlich ausreichende Anzahl von Aufklebern zur Verfügung gestellt worden ist.

Der Vertrag wäre für sich genommen sogar sinnvoll und preislich angemessen gewesen, wenn die Fahrzeuge nicht in Wuppertal zugelassen worden wären, wobei das Wuppertaler Kennzeichen den Werbeeffect und damit den „Wert“ für die Klägerin noch verstärkt hat. Aus diesem Grunde ist es nachvollziehbar, dass die Klägerin auf eine Zulassung der Kfz als Werbeträger in Wuppertal Wert gelegt hat. Dieser Umstand schließt die Qualifizierung dieses Vertrages als „verschleierte Rabattierung der Zulassungsgebühr“ bereits aus.

Die Aussage von Dr. Kletzander wird unterstützt und bestätigt durch die Zeugaussage des Dr. Peter Hoffmann, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Mitarbeiter im Marketing und später Geschäftsleiter der Marketingabteilung der Beklagten.

Dr. Hoffmann bestätigt dabei im Übrigen auch die Aussage der Zeugen Maaßen und Rogosky zur (problemlosen) Abwicklung des Werbevertrages mit der Klägerin.

Dr. Hoffmann hat, als Zeuge vernommen, ausgesagt (Protokoll vom 17.01.2018, Seite 6 f.):

„Ich habe damals nicht hinterfragt, warum die Beklagte Fahrzeuge in Wuppertal zugelassen hat. Bei der Anzahl der Zulassungen – mehrere Tausend – war es wichtig, dass die Prozesse einfach verliefen. Soweit ich mich erinnere, lief es mit der Stadt Wuppertal rund. Aufkleber waren für die Beklagte nichts Ungewöhnliches. Es wurden auch andere Aufkleber verwendet in anderen Kundenbeziehungen, z. B. Aufkleber mit „Olympia“.

Auf Nachfragen des Beklagtenvertreters hat Dr. Hoffmann ausgesagt:

„Ich habe keine Erinnerung, wie die Kosten für den Werbeaufkleber gegenüber der Klägerin bzw. der WMG berechnet wurden. Bei den anderen Aufklebern waren Kosten von 20,00 Euro nicht unüblich. Zum Teil wurden auch Kosten für das Aufkleben berechnet. Die Höhe kann ich heute nicht mehr angeben. Die Aufkleber hatten auch unterschiedliche Größen. Es gab keine genauen Preise. Es gab verschiedene Größen und Stellen. Aufkleber am Heck waren aus meiner Sicht wertvoller als Aufkleber an den Seitentüren. Der Preis hing auch von der Stückzahl, der Größe und den Partnern ab.

(...)

Wenn mir ein Preis von 8,70 Euro für die Aufkleber genannt wird, halte ich dies für einen extrem fairen Preis. Mit fair meine ich niedrig.“

e) Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung des Landgerichts

Die vorgenannten Aussagen der Zeugen Maaßen, Rogosky, Dr. Kletzander und Dr. Hoffmann hat die Kammer bei ihrer Entscheidungsfindung nicht gewürdigt, obwohl diese Aussagen, wie ausgeführt, der Annahme des Gerichts, bei dem Werbevertrag handelte es sich um eine Scheinabrede, die lediglich zur Verschleierung einer unzulässigen Gebührenabrede getroffen worden, entgegenstehen.

Die Kammer stützt sich hingegen maßgeblich auf die Zeugenaussagen Loewen und Moderegger.

aa) Aussage des Zeugen Loewen ist unergiebig

Das Landgericht Bochum hat im Rahmen der Beweiswürdigung „insbesondere“ aus der Aussage des Zeugen Loewen die Schlussfolgerung gezogen, dass die Klägerin durch den Abschluss des Werbevertrags eine unzulässige Reduzierung der Zulassungsgebühr verschleiern wollte (Urteil, Seite 6 / 7).

Diese Schlussfolgerung ist aufgrund der Aussage des Zeugen Loewen – auch im Rahmen einer Bewertung der Gesamtumstände – nicht tragfähig:

Der Zeuge Loewen hat zunächst geschildert, dass er gemeinsam mit seinem damaligen Abteilungsleiter Herrn Moderegger überlegt habe, wie sie die Anfrage der Beklagten nach Zulassung einer größeren Anzahl von Kfz organisatorisch ohne zusätzliches Personal realisieren konnten, wofür ein Modell entwickelt worden sei. Sodann heißt es im Protokoll der Zeugenaussage Loewen (Protokoll vom 06.06.2018, Seite 2):

„Nachdem wir dies der Beklagten mitgeteilt hatten, fragte die Beklagte plötzlich nach einem Rabatt. Dies haben wir sofort abgelehnt und darauf hingewiesen, dass es bundesweit geltende Zulassungsgebühren gibt, und wir hiervon nicht abweichen könnten. Ohne unsere Beteiligung ist außerhalb des Ordnungsamtes mit der Beklagten ein Modell entwickelt worden, wonach die Beklagte eine Vergütung für das Anbringen von Werbeaufklebern erhält. Ich weiß heute nicht mehr, ob auf Seiten der Klägerin der damalige Beigeordnete, Herr Hacklender, oder der damalige Leiter der Marketingabteilung beteiligt war. Ich weiß auch heute nicht mehr, wer damals Leiter der Marketingabteilung war.

An Gesprächen bezüglich dieser Vereinbarung habe ich nicht teilgenommen. Ich kann auch nichts zu der Größenordnung der Vergütung sagen. (...).“

Da der Zeuge Loewen nach seiner eigenen Aussage nicht an den Gesprächen teilgenommen hat, die zum Abschluss des Werbevertrages geführt haben,

konnte der Zeuge Loewen nichts zu den Hintergründen, die zum Abschluss des Werbevertrages geführt haben, mitteilen, da es diesbezüglich an seiner Wahrnehmungsmöglichkeit fehlt. Der Zeuge Loewen konnte aufgrund der ihm bekannten Tatsachen insbesondere nicht nachvollziehbar zu dem Schluss gelangen, dass der Werbevertrag dazu diene, eine rechtlich unzulässige Reduzierung der Zulassungsgebühr zu verschleiern.

Aus diesem Grund kann die Aussage des Zeugen Loewen insbesondere nicht den vom Landgericht (Urteil, Seite 6, 3. Absatz a. E.) gezogenen Schluss rechtfertigen, dass die Parteien nicht gewollt haben, dass die Beklagte für alle während der Vertragslaufzeit des Werbevertrages über die Kfz-Zulassungsstelle der Stadt Wuppertal zugelassenen Kfz, die den Anforderungen des § 1 des Werbevertrages genügen, eine Vergütung von 8,70 Euro zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer erhalten sollte, sondern dass dies nur pro forma schriftlich vereinbart worden sei, um eine nach dem Gebührenrecht unzulässige Reduzierung der gesetzlich bundesweit vorgeschriebenen Zulassungsgebühren zu verschleiern.

Bemerkenswert ist auch, dass der Zeuge Loewen – ebenso wie der Zeuge Moderegger – als seinerzeit für die Klägerin handelnde Person ausgesagt hat, er habe den Wunsch des Beklagten nach Rabattierung sofort abgelehnt, und die Kammer hieraus den Schluss zieht, andere für die Klägerin handelnde Personen hätten den Rabatt dennoch gewährt. Die Aussagen der Zeugen Loewen und Moderegger, wonach der Rabattierungswunsch der Beklagten sofort abgelehnt worden sei, sprechen vielmehr deutlich dafür, dass eine Rabattierung auf die Zulassungsgebühren bei der Klägerin nicht zu erreichen war.

Es stellt ein nicht vertretbares Ergebnis der Beweiswürdigung dar, wenn das Landgericht sich bei seiner Bewertung des Werbevertrages maßgeblich auf die Aussage eines Zeugen stützt, der selbst ausgesagt hat, an den Vertragsgesprächen nicht teilgenommen zu haben, die Aussagen der Zeugen, die bei den Vertragsverhandlungen dabei waren (Dr. Kletzander) oder zumindest unmittelbar an der Abwicklung des Vertrages gearbeitet haben (Zeugen Maaßen, Rogosky, Dr. Hoffmann) völlig oder weitestgehend ausblendet.

Das Landgericht Bochum führt auf S. 6 des Urteils weiter aus, dass das Erinnerungsvermögen des Zeugen Maaßen getrübt gewesen sei, da er nicht mehr den genauen Zeitpunkt angeben konnte, bis wann er Aufkleber im Lager gesehen habe. Auf der anderen Seite stützt das Landgericht Bochum seine Überzeugung maßgeblich auf die Aussage des Zeugen Loewen.

Einleitend heißt es bei der Aussage des Zeugen Loewen wörtlich (Protokoll vom 06.06.2018, Seite 2):

„Da die Sache schon so lange her ist, kann ich mich an den genauen Zeitpunkt nicht mehr erinnern“.

Zudem hat auch der Zeuge Loewen deutliche Erinnerungslücken eingeräumt, so wusste er nicht mehr zu sagen, ob seinerzeit auf Seiten der Klägerin bei Abschluss des Werbevertrages der damalige Beigeordnete Herr Hacklender oder der damalige Leiter der Marketingabteilung beteiligt war, wobei er auch den Namen des damaligen Leiters der Marketingabteilung nicht mehr nennen konnte.

Es ist nicht verständlich, weshalb die Aussage des Zeugen Loewen glaubhafter sein soll als die des Zeugen Maaßen, obwohl beide Erinnerungslücken einräumen, was angesichts der zurückliegenden Zeitspanne auch nachvollziehbar ist.

Der Zeuge Loewen hat auch nicht ausgesagt, dass er eine Vergütung für die Anbringung des Werbeaufklebers als unzulässigen Rabatt für Straßenzulassungsgebühren ansehe. Die Aussage des Zeugen Loewen ist im Urteil wie folgt wiedergegeben:

„Der Zeuge Loewen hat des Weiteren ausgesagt, dass dann ohne Beteiligung des Ordnungsamtes mit der Beklagten ein Modell entwickelt worden sei, wonach die Beklagte eine Vergütung für das Anbringen auf Werbeaufklebern erhalten sollte.“

Diese Aussage beinhaltet nicht, dass mit der Vergütung für die Aufkleber der abgelehnte Rabatt gewährt werden sollte. Aus welchen konkreten Umständen das Landgericht eine Verknüpfung zwischen der Zahlung der Rechnungen durch die Klägerin und einem unzulässig gewährten Rabatt auf Straßenzulassungsgebühren zieht, ist aus den Entscheidungsgründen nicht ersichtlich und erschließt sich auch sonst nicht.

Zudem fällt bei der Bewertung der Aussage des Zeugen Loewen, der seinerzeit u. a. für die Zulassungsstelle verantwortlich war, auf, dass seine Aussage von erheblichen Entlastungstendenzen geprägt ist, da seine Aussage ohne besondere Veranlassung mit dem ausdrücklichen Hinweis beginnt, dass er sich dem Ansinnen nach einer gesetzeswidrigen Gebührenreduzierung verweigert habe. Diesen Umstand hätte das Landgericht Bochum bei seiner Beweiswürdigung berücksichtigen müssen.

bb) Aussage des Zeugen Moderegger

Die Kammer sieht ihre Rechtsansicht, dass es der Beklagten und den seinerzeit für die Klägerin handelnden Personen darum ging, eine rechtlich unzulässige Reduzierung der Zulassungsgebühr zu verschleiern, auch durch die Aussage des Zeugen Moderegger, bei Vertragsschluss Leiter des Straßenverkehrsamts, als gestützt an.

Die landgerichtliche Schlussfolgerung, aus beiden Aussagen (Loewen und Moderegger) werde deutlich, dass es der Beklagten und den seinerzeit für die Klägerin handelnden Personen darum ging, eine rechtlich unzulässige Reduzierung der Zulassungsgebühr zu verschleiern, wird auch durch die Aussage des Zeugen Moderegger nicht belegt.

Vielmehr hat der Zeuge Moderegger ausgesagt, dass die Zulassungsgebühren in voller Höhe erhoben wurden.

Somit liegt eine Reduzierung der Zulassungsgebühren bereits nicht vor.

Allenfalls bei einer wirtschaftlichen, saldierenden Betrachtung könnte der Werbevertrag als „faktische“ Reduzierung der Zulassungsgebühren verstanden werden, wenn Leistung und Gegenleistung des Werbevertrages für sich genommen nicht in einem angemessenen Verhältnis stehen würden, die Klägerin für

ihre Zahlungen aufgrund des Werbevertrags also keine werthaltige Gegenleistung vereinnahmt hätte.

Davon kann aufgrund der oben wiedergegebenen Aussagen der Zeugen Dr. Kletzander und Dr. Hoffmann jedoch nicht die Rede sein, weil Dr. Kletzander den Preis von 8,70 Euro pro Aufkleber angesichts der damit zu erzielenden Werbewirkung für angemessen hielt und dieser Preis auch nicht überteuert, sondern, ausweislich der Aussage von Dr. Hoffmann vielmehr fair im Sinne von niedrig war.

Wie die Aussage des Zeugen Loewen ist auch die Aussage des Zeugen Moderegger von deutlichen Entlastungstendenzen geprägt, da auch Moderegger seine Aussage mit der Schilderung der seiner Ansicht nach rechtswidrigen Rabattierungspraxis jener Zeit beginnt, der er sich verweigert habe.

cc) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist somit festzustellen, dass die Aussagen der Zeugen Loewen und Moderegger, auf die sich das Landgericht maßgeblich stützt, im Hinblick auf die Bewertung des Werbevertrages durch die Kammer unergiebig sind und das landgerichtliche Urteil somit nicht stützen. Da beide Zeugen ausgesagt haben, als Vertreter der Klägerin eine Rabattierung der Zulassungsgebühren abgelehnt zu haben, sprechen diese Aussagen sogar dagegen, dass die Klägerin seinerzeit zu einer solchen Rabattierung bereit gewesen ist.

Die Bewertung der Aussagen Loewen und Moderegger durch das Landgericht ist somit nicht tragfähig und verletzt Grundsätze der Beweiswürdigung sowie geltendes Recht.

f) Objektive Umstände sprechen nicht für ein Verschleierungsgeschäft

Die Kammer geht davon aus, der Umstand, dass es der Beklagten und den seinerzeit für die Klägerin handelnden Personen darum ging, eine rechtlich unzulässige Reduzierung der Zulassungsgebühren zu verschleiern, werde neben den Aussagen der Zeugen Loewen und Moderegger auch durch die objektive Umstände der Vertragsabwicklung gestützt.

Die von der Kammer im Urteil (Seite 7) benannten objektiven Umstände rechtfertigen die Bewertung des Werbevertrages durch die Kammer jedoch nicht, im Gegenteil:

aa) Prozedere der Beklagten bei der Rechnungserstellung

Aus dem Umstand, dass die Beklagte zur Rechnungserstellung bei der Klägerin nachfragte, wieviel Fahrzeuge der Beklagten sie im zurückliegenden Quartal zugelassen habe, und die Beklagte aufgrund dieser Angaben ihre Rechnung erstellte, folgert das Landgericht, dass die Beklagte und die Klägerin tatsächlich entgegen dem Wortlaut der Rechnungen nicht nach aufgebrauchten Aufklebern, sondern allein nach der Anzahl der von der Beklagten in Wuppertal zugelassenen Kfz die Rechnungsbeträge ermittelten.

Diese Argumentation des Landgerichts ist nicht tragfähig, weil § 1 des Werbevertrages (Anlage K 2) ausdrücklich bestimmt:

Die ASS GmbH verpflichtet sich, alle Kfz, die sie über die Kfz-Zulassungsstelle der Stadt Wuppertal zulässt, mit einem 30 cm x 5 cm großen Werbeaufkleber der Stadt Wuppertal zu versehen.

Wenn die Beklagte sich dem Werbevertrag entsprechend verhalten hat, wäre die Zahl der in Wuppertal zugelassenen Kfz mit der Zahl der nach dem Werbevertrag abrechnungsfähigen Kfz identisch.

Auch § 3 des Werbevertrages zur Vergütung der Beklagten stellt auf die „während der Vertragslaufzeit über die Kfz-Zulassungsstelle der Stadt Wuppertal zugelassenen Kfz“ ab, selbstverständlich nur, soweit die Kfz mit einem Aufkleber versehen worden sind.

Angesichts dieser Vertragslage, bei der die Anzahl der zugelassenen Fahrzeuge und die Anzahl der zu vergütenden Fahrzeuge identisch ist, kann das „Prozedere“ der Rechnungserstellung entgegen der Ansicht des Landgerichts Bochum nicht als objektiver Umstand für eine Verschleierungsabsicht herangezogen werden.

Das Vorgehen der Beklagten belegt aus Sicht der Klägerin vielmehr, dass die Beklagte auf jeder Rechnung behauptet hat, vertragsgemäß vorgegangen zu sein und auf jedem in Wuppertal zugelassenen Fahrzeug einen Aufkleber angebracht zu haben.

Dementsprechend heißt es auch auf den Rechnungen:

„hiermit belasten wir Ihnen die Kosten für Werbeaufkleber von ... Fahrzeugen“.

Beweis: Rechnungen der Beklagten an die WMG für die Jahre 2006 bis 2015, bereits vorgelegt als **Anlage K4**.

Die Art und Weise der Abrechnungen und Rechnungserstellung entsprach somit den Vorgaben des Werbevertrages und kann daher nicht als objektiver Umstand herangezogen werden, dass der Vertrag lediglich in Verschleierungsabsicht geschlossen worden sei.

bb) Anzahl der Aufkleber

Als weiteren Umstand, der für eine Verschleierungsabsicht spreche, wertet das Landgericht, dass lediglich zu Beginn der Vertragslaufzeit Aufkleber in einer Größenordnung von 13.000 und dann später in einer Größenordnung von 2.000 bestellt wurden, obwohl unstrittig über 84.000 Fahrzeuge in der Zeit von 2004 bis 2016 von der Beklagten zugelassen wurden. Dies spreche, so das Landgericht dafür, allen beteiligten Parteien sei bewusst gewesen, dass von der Beklagten tatsächlich nicht auf jedem in Wuppertal zugelassenen Fahrzeug Aufkleber angebracht wurden und dass dies für die Zahlungen der Klägerin bzw. der WMG an die Beklagte nicht von Bedeutung sein sollte (Seite 7, 2. Absatz des landgerichtlichen Urteils).

Zu diesem Aspekt kann zunächst auf die Ausführungen oben unter Ziffer III. 1. b) verwiesen werden. Dort ist unter Bezugnahme auf Zeugenaussagen dargelegt worden, dass der Beklagten, wie auch das Landgericht nicht in Abrede stellt, in den ersten beiden Vertragsjahren 2004 und 2005 zwei Mal 6.600 = 13.200 Aufkleber und damit eine für die in diesem Zeitraum zugelassenen Fahrzeuge ausreichende Anzahl zur Verfügung gestanden haben. Auch hat die Beklagte alle für ein solches Geschäft üblichen organisatorischen Vorkehrungen getroffen, damit die Aufkleber auch auf den Fahrzeugen angebracht werden.

Für die Beurteilung, ob ein Scheingeschäft vorliegt, kommt es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an (Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 117 Rn. 10). Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Geschäftes kommt es im Übrigen ebenfalls auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an (Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 138 Rn. 133; dazu im Einzelnen unten unter Ziffer IV. 1. b).

Das Landgericht zieht den Umstand, dass die Parteien für die im Werbevertrag vereinbarte Festlaufzeit bis zum 31.12.2015 ausreichend Aufkleber zur Verfügung gestanden haben, als Indiz dafür heran, dass das Geschäft von Anfang an, also bereits bei Vertragsschluss, ein Scheingeschäft gewesen sei. Dieses Verständnis ist fernliegend und verletzt Grundsätze der Beweiswürdigung sowie geltendes Recht.

Wenn zu einem späteren Zeitpunkt, frühestens ab dem Jahr 2006, aus welchen Gründen auch immer, keine Aufkleber mehr aufgebracht worden sind, so ist dieser Umstand nicht geeignet, das Geschäft von vorneherein, also ab März / April 2004, als Scheingeschäft (oder als sittenwidrig) zu qualifizieren.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte die insgesamt 13.200 Aufkleber für die ersten beiden Vertragsjahre (insoweit entgegen dem Wortlaut des Werbevertrags) selbst besorgt und diese gegenüber dem Lieferanten auch bezahlt und erst später der Klägerin in Rechnung gestellt hat (vergleiche oben Ziffer III. 1. b). Da die Rechnungsstellung gegenüber der Klägerin für beide Lieferungen erst im zeitlichen Zusammenhang mit der zweiten Aufkleber-Lieferung im Jahr 2005 erfolgt ist, konnte die Klägerin davon ausgehen, dass sich die Beklagten auch die weiter benötigten Aufkleber selbst besorgt und diese der Klägerin dann in Rechnung stellt. Jedenfalls konnte die Klägerin nicht hinreichend sicher davon ausgehen, dass die Beklagte keine Aufkleber in ausreichender Anzahl mehr zur Verfügung hat, nur weil die Aufkleber von der Klägerin selbst nicht geliefert worden sind.

cc) Mangelnde Überprüfung

Für die Kammer habe sich durch die Zeugenaussagen Haschke, Bang, Dr. Hoffmann, Maaßen und Rogosky der Eindruck verdichtet, dass weder die Klägerin noch die WMG im Geringsten überprüft haben, ob die in Rechnung gestellten Werbeaufkleber tatsächlich angebracht worden waren (Urteil, Seite 7 unten).

Zur Überprüfung der Anbringung der Aufkleber haben wir für die Klägerin mit Schriftsatz vom 16.02.2018, dort Ziffer VI., im Anschluss an die Beweisaufnahme im Termin am 17.01.2018 bereits Stellung genommen.

Wie die Anbringung der Aufkleber durch die Beklagte an die von ihr in Wuppertal zugelassenen Fahrzeuge von der Klägerin bzw. der WMG kontrolliert worden ist, konnte im Rahmen der Beweisaufnahme nicht abschließend geklärt werden.

Aus der Aussage des Zeugen Haschke ergibt sich, dass die Beteiligten auf Seiten der Klägerin bzw. der WMG sich über die Frage, wie die Erfüllung der Pflicht der Beklagten zur Anbringung der Aufkleber überprüft werden könne, durchaus Gedanken gemacht haben.

Der Zeuge Haschke hat ausgesagt (Seite 2 des Protokolls vom 17.01.2018):

„Nach Übernahme meiner Tätigkeit [Anmerkung: zum 01.11.2008] habe ich mich in den Sachverhalt eingearbeitet und die Frage aufgeworfen, inwieweit wir die Anbringung der Werbeaufkleber überprüfen könnten. Wir gelangten zu dem Schluss, dass der Aufwand hierfür zu hoch sei.“

Unstreitig ist, dass die Beklagte der WMG auf deren Nachfrage hin im Jahr 2010 zwei Fotos mit Fahrzeugen übersandt hat, auf denen der geschuldete Aufkleber mit der Werbung für die Internetseite der Klägerin angebracht war.

Es ist jedoch festzustellen, dass eine Kontrolle nur schwer durchführbar war, insbesondere da nicht nur die Fahrzeuge der Beklagten mit dem Werbeaufkleber versehen waren, sondern die Aufkleber durch die Auslage an öffentlichen Verteilstellen einer Vielzahl von Interessierten im gesamten Stadtgebiet zugänglich waren. Zudem wurden die von der Beklagten zugelassenen Fahrzeuge im gesamten Bundesgebiet an Kunden ausgeliefert und waren dementsprechend auch dort unterwegs.

Die Schlussfolgerung des Landgerichts (Seite 7 des Urteils), dass weder die Klägerin noch die WMG im Geringsten überprüft haben, ob die in Rechnung gestellten Werbeaufkleber tatsächlich angebracht worden waren, stimmt somit nicht. Die Frage, ob die Werbeaufkleber angebracht wurden, war der Klägerin bzw. der WMG gerade nicht gleichgültig, nur waren die Kontrollmöglichkeiten außerordentlich eingeschränkt.

Überdies kann die vermeintlich fehlende Überprüfung der Anbringung der Aufkleber der Klägerin nicht entgegengehalten werden. Eine Pflicht der Klägerin bzw. der WMG zur Überprüfung des vertragsgemäßen Verhaltens der Beklagten, deren Verletzung dem mit der Klage geltend gemachten Zahlungsanspruch entgegengehalten werden könnte, bestand nicht.

Die angeblich mangelnde Überprüfung stellt somit weder ein Indiz für ein Scheingeschäft dar, noch steht dieser Umstand dem von der Klägerin geltend gemachten Rückzahlungsanspruch entgegen.

dd) Zwischenergebnis

Die vom Landgericht für das Vorliegen einer Verschleierungsabsicht herangezogenen objektiven Umstände:

- Prozedere der Rechnungserstellung,
- Anzahl der Aufkleber,
- fehlende Kontrolle

rechtfertigen somit weder für sich genommen noch in ihrem Zusammenwirken das von dem Landgericht angenommene Scheingeschäft.

Daher ist festzuhalten, dass die Beklagte zur Anbringung eines Aufklebers auf jedem in Wuppertal zugelassenen Fahrzeug verpflichtet war. Die Abrechnung anhand der Zulassungszahlen entsprach dem Werbevertrag und diente der Vereinfachung der Vertragsabwicklung.

g) Keine Verschleierungsabsicht (subjektiver Tatbestand)

Jedenfalls fehlte der Klägerin bzw. den für die Klägerin handelnden Personen in subjektiver Hinsicht eine Verschleierungsabsicht, da die Klägerin kein Scheingeschäft im Sinne von § 117 Abs. 1 BGB abschließen wollte.

Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses einvernehmlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, die mit dem Geschehen verbundenen Rechtsfolgen aber nicht eintreten lassen wollen. Entscheidend dafür, dass ein Scheingeschäft vorliegt, ist die Absicht des Erklärenden, dass die Rechtsfolgen, die mit der Erklärung verbunden sind, im Einvernehmen mit dem Erklärungsempfänger nicht eintreten sollen (vgl. Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 117 Rn. 14).

Der Werbevertrag (Anlage K 2) wurde für die Klägerin von dem damaligen Oberbürgermeister Dr. Kremendahl und dem als Zeuge vernommenen, seinerzeitigen Leiter des Stadtmarketings, Dr. Kletzander, unterschrieben. Auf Seiten der Beklagten hat ihr (auch noch heutiger) Geschäftsführer Michael Duddek den Vertrag unterzeichnet, wobei die „Anbahnung“ durch den seinerzeitigen, zwischenzeitlich verstorbenen Gesellschafter der Beklagten, Herrn Sanders, erfolgt sei (Protokoll der öffentlichen Sitzung vom 17.05.2017, Seite 2).

Der ehemalige Oberbürgermeister Dr. Kremendahl und der ehemalige Gesellschafter Sanders sind zwischenzeitlich verstorben, so dass deren Willen beim Vertragsschluss nicht mehr ermittelt werden kann. Von dem Geschäftsführer der Beklagten, Michael Duddek, ist aufgrund seiner Einlassung in der öffentlichen Sitzung vom 17.05.2017 (Seite 2 des Protokolls) davon auszugehen, dass er möglicherweise tatsächlich einen anderen Erklärungswillen hatte, als im schriftlichen Vertrag zum Ausdruck gekommen ist.

Jedenfalls von Dr. Kletzander, der den Werbevertrag ebenfalls für die Klägerin unterzeichnet hat, kann ein vom schriftlichen Vertragsinhalt abweichender Erklärungswille aufgrund seiner Zeugenvernehmung am 17.01.2018 (Seite 13 f. des Protokolls) nicht angenommen werden, da er als seinerzeitiger Leiter des Stadtmarketings gerade Interesse an der Werbeleistung der Beklagten hatte, während ihm die Zulassungszahlen des Straßenverkehrsamts im Ergebnis gleichgültig gewesen sein dürften.

Damit fehlt es jedenfalls an dem erforderlichen Einvernehmen der Vertragsparteien, dass das Rechtsgeschäft nicht mit dem schriftlich vereinbarten Inhalt gelten solle.

Auch objektive Umstände sprechen gegen eine Verschleierungsabsicht:

Zu Beginn der Vertragsbeziehung in den Jahren 2004 und 2005 wurde eine ausreichende Zahl an Aufklebern durch die Klägerin beschafft. Die Beklagte hat ihrerseits alle erforderlichen organisatorischen Maßnahmen für das Anbringen der Aufkleber ergriffen.

Gegen eine „Verschleierungsabsicht“ spricht also entscheidend, dass die Vertragsparteien nach Vertragsschluss im Jahr 2004 alle erforderlichen Schritte unternommen haben, damit der Beklagten Aufkleber in ausreichender Anzahl zur Verfügung stehen und dass die Beklagte selbst alle erforderlichen organisatorischen Maßnahmen ergriffen hat, damit die Aufkleber auch auf den Fahrzeugen angebracht werden. Dies ergibt sich insbesondere aus den oben unter Ziffer III. 1. wiedergegebenen Aussagen der Zeugen Andreas Maaßen und Gerhard Rogowski.

Wenn es sich lediglich um ein Verschleierungsgeschäft gehandelt hätte, hätten die Beteiligten, insbesondere auch die Beklagte, nicht so viel Aufwand betrieben, um die Leistungspflicht aus dem Werbevertrag tatsächlich zu erfüllen.

2. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt

Wie bereits ausgeführt worden ist (oben Ziffer III. 1. g), muss das tatsächliche Einverständnis mit der Nichtgeltung der Erklärung bei den vertragsschließenden Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen. Allerdings können auch Erklärungen vor Abschluss des Vertrags und unter Umständen auch nachträgliches Verhalten Hinweise auf den tatsächlichen Willen der Parteien geben (Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 117 Rn. 10).

Allerdings muss es sich hierbei um Umstände handeln, die einen Rückschluss auf den Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zulassen. Erst später eintretende Tatsachen kommen als Indizien nicht in Betracht.

Aus diesem Grunde ist der Umstand, dass frühestens nach Ablauf der Festlaufzeit des Werbevertrages, also frühestens ab dem Jahr 2006, Rechnungen der Beklagten möglicherweise ohne Kontrolle gezahlt worden sind und der Beklagten keine Aufkleber mehr zur Verfügung standen, nicht geeignet, einen Rückschluss auf eine eventuelle Verschleierungsabsicht der Parteien bei Vertragsschluss im März / April 2004 zu rechtfertigen.

Der als Zeuge vernommene Matthias Haschke, ab November 2008 Geschäftsführer der WMG, hat ausgesagt, sich nach Übernahme der Geschäftsführertätigkeit in den Sachverhalt eingearbeitet und auch Überlegungen angestellt zu haben, wie die Anbringung der Werbeaufkleber geprüft werden könne.

Im Ergebnis ist die Aufbringung der Werbeaufkleber nicht geprüft worden, weil hierfür mit vertretbarem Aufwand keine Möglichkeit bestanden habe („Wir gelangten zu dem Schluss, dass der Aufwand hierfür zu hoch sei“).

Der Zeuge Haschke beruft sich darauf, dass die Vertragsabwicklung mit der Beklagten ein eingespieltes Verfahren sei und die Beklagte mitteilen solle, wenn keine Aufkleber mehr vorlägen. Dies habe aus seiner Sicht funktioniert (Seite 3 des Protokolls vom 17.01.2018).

Auch der als Zeuge vernommene Martin Bang, als Nachfolger von Matthias Haschke seit 2013 Geschäftsführer der WMG, hat dargestellt, ein funktionierendes System mit eingespielten Prozessen übernommen zu haben (Protokoll vom 17.01.2018, Seiten 4, 5).

Diese Umstände sprechen dafür, dass bei der Klägerin bzw. der WMG die Verantwortung für bzw. die Kontrolle des Werbevertrages möglicherweise verbesserungsfähig gewesen ist und nicht mit der gebotenen Intensität verfolgt worden ist.

Dabei mag auch die Ausgliederung des Stadtmarketings aus der Stadtverwaltung in einer eigenständigen GmbH im Jahr 2004 eine Rolle gespielt haben, weil danach die Zahlungen zwar von der WMG an die Beklagte geleistet worden sind, aber erst, nachdem die entsprechenden Gelder der WMG von der Klägerin zur Verfügung gestellt worden sind. Möglicherweise ist die Verantwortung für die Kontrolle der Gegenleistung in diesem Zusammenhang nicht ausreichend zugeordnet worden.

Hierfür spricht jedenfalls auch die Aussage des Dr. Kletzander, der im Zusammenhang mit der Ausgliederung des Stadtmarketing aus der Stadtverwaltung und die Überführung in die neu gegründete Wuppertal Marketing GmbH Ende 2005 ausgesagt hat (Protokoll vom 17.01.2018, Seite 14, 2. Absatz):

„(...) Ich habe damals aus den Augen verloren, dass der Vertrag bis Ende 2005 befristet war, zumal damals viel neu zu organisieren war. Für mich lief der Vertrag weiter. Dementsprechend wurde es auch praktiziert.

Auch in diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass sich die Beklagte die ersten 13.200 Aufkleber selbst besorgt und dieser auch bezahlt und erst später der Klägerin in Rechnung gestellt hat. Dieser Umstand hat es für die Klägerin erschwert bzw. unmöglich gemacht, nachzuvollziehen, ob der Beklagten noch Aufkleber in ausreichender Anzahl zur Verfügung stehen.

Es liegen daher keine Umstände vor, die den Rückschluss rechtfertigen, dass der Werbevertrag im Jahr 2004 im Einverständnis der Parteien nur zum Schein abgeschlossen worden sei. Die Umstände, auf die das Landgericht sein Urteil stützt (es standen keine Aufkleber mehr zur Verfügung; die Anbringung der Aufkleber sei nicht kontrolliert worden) sind frühestens im Jahr 2006 eingetreten und stellen daher kein Indiz für eine Verschleierungsabsicht der Parteien bei Vertragsschluss im März / April 2004 dar.

Auch können die vorgenannten Umstände keinen Einfluss auf die Pflicht der Beklagten zur Erbringung ihrer Gegenleistung, der Anbringung der Aufkleber, haben und daher dem Rückforderungsanspruch der Stadt nicht entgegen gehalten werden.

3. Rückzahlungsansprüche der Klägerin bei Wirksamkeit des Werbevertrages

Wenn man zutreffend von der Wirksamkeit des Werbevertrages aus dem Jahr 2004 ausgeht, ergeben sich die mit der Klage geltend gemachten Zahlungsansprüche der Klägerin vor allem aus den nachfolgend dargestellten Rechtsgrundlagen.

Die geltend gemachten Zahlungsansprüche ergeben sich jedoch auch, wenn man, wie das Landgericht, von der Nichtigkeit des Werbevertrages ausgeht, dazu sogleich unter Ziffer IV.

a) Vertragliche Schadensersatzansprüche gemäß klagebegründendem Schriftsatz

Da nach den Darlegungen in dieser Berufungsbegründung Zweifel an der Wirksamkeit des Werbevertrages nicht begründet sind, stehen der Klägerin die geltend gemachten Schadensersatzansprüche nach §§ 283, 280 Abs. 1 und 3 BGB zumindest aus abgetretenem Recht der WMG zu. Insoweit verweisen wir zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen im klagebegründendem Schriftsatz vom 31.03.2017, Seiten 9 ff.

b) Anspruch aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 263 StGB (Betrug zum Nachteil der Klägerin bzw. der WMG)

Da die Beklagte in ihren Rechnungen behauptet hat, sie habe die vertragsgemäßen Leistungen (Aufbringung der Werbeaufkleber) erbracht, hat die Klägerin gegen die Beklagte darüber hinaus einen Schadensersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB, 31 BGB.

Die Abrechnung in Wahrheit nicht erbrachter Leistungen durch die Beklagte erfüllt den objektiven Tatbestand des Betrugs (§ 263 StGB), da auf den neu zugelassenen Kraftfahrzeugen in den streitgegenständlichen Abrechnungszeiträumen keine Aufkleber angebracht worden sind, obwohl die Anbringung der Aufkleber von der Beklagten geschuldet war und die Beklagte in ihren Rechnungen jedes Mal behauptet hat, die Aufkleber vertragsgemäß angebracht zu haben. Im Text heißt es jedes Mal:

„hiermit belasten wir Ihnen die Kosten für Werbeaufkleber von ... Fahrzeugen“.

Beweis: Rechnungen der Beklagten an die WMG für die Jahre 2006 bis 2015, bereits vorgelegt als **Anlage K4**.

Die Beklagte wusste, dass sie auf den in Wuppertal zugelassenen PKW keine Aufkleber angebracht hat und hat dennoch auf Basis der Zulassungszahlen Rechnungen an die WMG gestellt. Die Beklagte hat dadurch bei der Klägerin und der WMG durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregt und dadurch – aufgrund der von der WMG geleisteten Zahlungen, deren Beträge der WMG von der Klägerin zur Verfügung gestellt worden sind – das Vermögen der Klägerin und der WMG beschädigt.

Auch der in subjektiver Hinsicht erforderliche Vorsatz ist gegeben. Beim Nachweis des Vorsatzes kommt es maßgeblich auf den Kenntnisstand bzw. etwaige Fehlvorstellungen der jeweils Handelnden in Bezug auf die nicht erfolgte Erbringung der vereinbarten Werbeleistung an.

Der Geschäftsführer der Beklagten hat in der Öffentlichen Sitzung am 17.05.2017 vor dem Landgericht Bochum wörtlich zu Protokoll gegeben:

„Es mag sein, dass bis zum Jahr 2009 noch Aufkleber von der Klägerin bzw. der Firma WMG geliefert worden sind. Dies geschah jedoch nicht in dem Umfang der Anzahl der zugelassenen Fahrzeuge. Meines Wissens wurden pro Jahr um die 2000 – 3000 Aufkleber geliefert. Die Zahl der Zulassungen war jedoch weit höher, nämlich 5000 – 10.000. (...) Die Vereinbarung war im Grunde genommen eine Art Kick-Back.

Mir ist gesagt worden, dass mit Hilfe des Werbevertrags eine Möglichkeit geschaffen werden sollte, um die Angelegenheit bei der Stadt abrechnen zu können. Dies hat Herr Sanders so gesagt.“

Die Aussage lässt keinen Zweifel zu, dass dem Geschäftsführer der Beklagten bewusst war, dass die abgerechneten Leistungen nicht erbracht wurden.

Soweit ein Geschäftsführer einem Dritten aufgrund seines Verhaltens zum Schadensersatz verpflichtet ist, haftet hierfür gem. § 31 BGB auch die Gesellschaft (vgl. Stephan/Tieves, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage 2016, § 35 Rn. 227; Grunewald, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Auflage 2012, § 161 Rn.71). Da der Geschäftsführer der Beklagten bei der schädigenden Handlung in Ausübung seines Amtes gehandelt hat, haftet die Beklagte hierfür aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB, 31 BGB.

IV. Rückzahlungsansprüche der Klägerin bei Nichtigkeit des Werbevertrages (weitere Berufungsgründe)

Entgegen der Ansicht des Landgerichts stehen der Klägerin die geltend gemachten Rückzahlungsansprüche auch für den Fall zu, dass man – rein argumentationshalber – mit dem Landgericht die Unwirksamkeit des Werbevertrages annehme, weil dieser den Zweck der Verschleierung einer unzulässigen Gebührenaabrede gehabt habe.

1. Bereicherungsansprüche

Im Falle der Nichtigkeit des Werbevertrages vom 29.03. / 02.04.2018 (Anlage K 2) hätte die Klägerin die Zahlungen an die Beklagte ohne Rechtsgrund geleistet und daher einen bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB). Von einem solchen Anspruch geht im Ausgangspunkt auch das Landgericht aus (Urteil, Seite 8).

Ein Ausschluss des Anspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB durch § 814 BGB (Kenntnis der Nichtschuld) kommt nicht in Betracht. Der Ausschlussgrund des § 814 Alt. 1 BGB erfordert positive Kenntnis vom Nichtbestehen der Verbindlichkeit bzw. vom Bestehen einer dauernden Einrede (Bamberger/Roth/Hau/Po-seck, in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2018, § 814 Rn. 8).

Die bloße Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Nichtbestehen der Verbindlichkeit ergibt, reicht für die Anwendbarkeit von § 814 aus (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Urt. v. 28.11.1990 - XII ZR 130/89; Urt. v. 13. 6. 2002 - IX ZR 242/01 ; Urt. v. 17. 10. 2002 - III ZR 58/02), selbst wenn der Irrtum des Leistenden klar verschuldet sein sollte (Bamberger/Roth/Hau/Poseck, aaO).

Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin oder die WMG ihre Zahlungen in dem Bewusstsein geleistet hätte, sie seien nicht zur Zahlung verpflichtet, bestehen nicht. Vielmehr gingen die Klägerin und die WMG davon aus, dass sie zur Bezahlung der unter Bezugnahme auf den Werbevertrag (Anlage K2) gestellten Rechnungen der Beklagten verpflichtet waren.

Das Landgericht sieht den bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch aber durch § 817 Satz 2 BGB als ausgeschlossen an, „weil beide Vertragsparteien gegen das gesetzliche Verbot der Gebührenreduzierung und gegen die guten Sitten verstoßen haben“.

Das Gericht thematisiert die Aspekte Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) und Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) lediglich im Zusammenhang mit dem Bereicherungsanspruch bzw. dessen Ausschluss (Seite 8 des Urteils, 2. Absatz). Bei der Herleitung der Nichtigkeit des Werbevertrages stützt sich das Gericht auf den Aspekt einer „Scheinabrede“ (Urteil, Seite 7 unten), also offenbar auf ein Scheingeschäft im Sinne von § 117 BGB.

Diesem Aufbau des Urteils folgend nehmen wir zu den Aspekten gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) und Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) lediglich im Zusammenhang mit dem Kondiktionsausschluss nach § 117 Satz 2 BGB Stellung. Aus den nachfolgenden Ausführungen folgt jedoch, dass der Werbevertrag auch nicht wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) rechtswidrig und damit nichtig ist.

a) Kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)

Der bereicherungsrechtliche Herausgabeanspruch der Klägerin ist nicht gemäß § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen, weil die Parteien mit dem Werbevertrag (Anlage K 2) „gegen das gesetzliche Verbot der Gebührenreduzierung“ (so Urteil, Seite 8) verstoßen hätten.

Die Rückforderung des Geleisteten ist bereicherungsrechtlich nur dann ausgeschlossen, wenn nicht nur der Empfänger durch die Annahme, sondern auch der Leistende gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Das in § 817 Satz 2 BGB vorausgesetzte gesetzliche Verbot ist ein solches im Sinne des § 134 BGB (Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 817 Rn. 2).

Nicht jede Rechtswidrigkeit begründet einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot. Nicht jedes Gesetz, das Rechtsgeschäfte beschränkt oder an bestimmte Voraussetzungen bindet, verbietet diese. Ob ein Gesetz ein Rechtsgeschäft verbietet mit der Folge, dass ein Gesetzesverstoß die Nichtigkeit nach sich zieht, muss oft erst durch Auslegung ermittelt werden. Ein gesetzliches Verbot kann dabei in jedem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein (Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 134 Rn. 30, 41).

Aus welchem Gesetz sich im vorliegenden Fall ein solches „Verbot der Gebührenreduzierung“ ergeben soll und ob es die Qualität eines Verbotsgesetzes im Sinne von § 134 BGB aufweist, wird in dem angefochtenen Urteil nicht thematisiert. Bezeichnenderweise ist auf den Seiten 6 und 7 nicht einmal von einem Verbot, sondern lediglich von einer „unzulässigen Reduzierung der gesetzlich vorgeschriebenen Zulassungsgebühren“ (Seite 6) bzw. von einer „unzulässigen Gebührenabrede“ (Seite 7) die Rede. Lediglich auf der Seite 8 des Urteils wird im Zusammenhang mit dem Kondiktionsausschluss von einem „gesetzlichen Verbot der Gebührenreduzierung“ gesprochen. Das Landgericht Bochum hat aber weder das formelle Gesetz benannt, aus dem sich das Verbot der Gebührenreduzierung ergeben soll, noch seinen Verbotsgesetzcharakter hergeleitet oder festgestellt.

Eine Auseinandersetzung des Urteils mit diesen Fragen wäre für den Kondiktionsausschluss zwingend gewesen und hätte schon deswegen nahegelegen, weil gerade eine Verletzung von Vorschriften des materiellen Preisrechts nach ganz herrschender Meinung nicht zu einer Nichtigkeit des gesamten Vertrages führt; zudem schränkt der BGH die Nichtigkeitssanktionen bei Verstößen gegen Verbotsgesetze teilweise ein, wenn das verbotene Rechtsgeschäft nach Umfang oder Auswirkungen nicht geeignet war, den Schutzzweck des Gesetzes erheblich zu beeinträchtigen (zu vorstehendem Armbrüster, a. a. O., § 134 Rn. 62 f.).

Die Gebührenerhebung der Straßenverkehrsämter für Zulassungen von Kfz sind in der Gebührenordnung für Maßnahmen im Straßenverkehr (GebOSt) geregelt. Nach § 6a StVG i.V.m. § 1 GebOSt ergeben sich die gebührenpflichtigen Tatbestände und die Gebührensätze aus dem Gebührentarif für Maßnahmen im Straßenverkehr, der Anlage zu § 1 GebOSt ist.

Aus der GebOSt ergibt sich aber nicht einmal ansatzweise eine Vorschrift, die ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB enthält oder in diese Richtung ausgelegt werden könnte.

Ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB enthält nach herrschender Ansicht (Vossler, in: beck-online.Grosskommentar, § 134 Rn. 291) z.B. § 49b Abs.1 Satz 1 BRAO, der lautet:

Es ist unzulässig, geringere Gebühren und Auslagen zu vereinbaren oder zu fordern, als das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vorsieht, soweit dieses nichts anderes bestimmt.

Eine dem § 49b Abs.1 Satz 1 BRAO vergleichbare Vorschrift für die Erhebung von Gebühren bei der Zulassung von Kraftfahrzeugen ist nicht ersichtlich.

Auf die vorstehenden Ausführungen kommt es aber nicht entscheidend an, da die Klägerin die Straßenzulassungsgebühren in voller Höhe erhoben hat. Die Rechnungen der Beklagten hat die Klägerin nicht bezahlt, um einen „unzulässigen“ Rabatt auf Gebühren zu gewähren, sondern um ihre Verpflichtungen aus dem Werbevertrag zu erfüllen.

Es liegt also weder ein Verbotsgesetz vor noch hätten die Parteien für den Fall eines solchen Verbotsgesetzes dagegen verstoßen, da die Gebühren vollständig erhoben worden sind.

Da der Werbevertrag, wie ausgeführt, auch für sich genommen und ohne die Zulassung der Fahrzeuge der Beklagten in Wuppertal für die Klägerin unter Marketinggesichtspunkten sinnvoll und preislich angemessen war, liegt auch kein unzulässiges Koppelungsgeschäft vor, dass als verschleierte Gebührenreduzierung angesehen werden könnte.

b) Keine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB

Eine etwaige Nichtigkeit des Werbevertrags oder ein Konditionsausschluss wegen Sittenwidrigkeit ergibt sich auch nicht aus § 138 BGB. Nach § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Ein Rechtsgeschäft ist sittenwidrig, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen verstößt. Der Begriff der guten Sitten wird durch die herrschende Rechts- und Sozialmoral inhaltlich bestimmt (Ellenberger, in: Palandt, 77. Auflage 2018, § 138 Rn. 2).

Auch der eine Sittenwidrigkeit begründende Verstoß setzt ein gegenüber der bloßen Rechtswidrigkeit deutlich qualifiziertes Verhalten voraus und muss sich gegen die der Rechtsordnung immanenten rechtsethischen Werte und Prinzipien richten. Eine Begründung für das hohe Unwerturteil des Verstoßes gegen die guten Sitten bleibt die Kammer vollständig schuldig. Die bloße Rechtswidrigkeit - wie sie beispielsweise bei einem Verstoß die GebOSt gegeben sein könnte - reicht für die Annahme einer Sittenwidrigkeit gerade nicht aus.

Bisweilen wird in der Rechtsprechung der Umgehungszweck als Grund für eine Sittenwidrigkeit angeführt. Im Zentrum stehen dabei einerseits der Schutz gesamtwirtschaftlich oder gesamtsstaatlich besonders wichtiger Gesetze, andererseits die Durchsetzung sozialer Schutznormen. So führt der BGH aus, die planmäßige Umgehung eines Bewirtschaftungsgesetzes stelle einen Sittenverstoß dar, „wenn das Gesetz lebenswichtige Belange der Gemeinschaft gegen eigennützige Angriffe der Einzelnen zu wahren bestimmt ist“ (BGH, Urteil vom 21.12.1960, VIII ZR 1/60, BGHZ 34, 169 (177) = NJW 1961, 822). Allerdings geht es bei der Behandlung der Umgehungsgeschäfte um eine Frage von Auslegung und Analogie des Verbotsgesetzes. Bereits der Anwendungsvorrang von § 134 BGB gegenüber § 138 Abs. 1 BGB führe dazu, dass in der praktischen Rechtsanwendung regelmäßig kein Raum für Sittenwidrigkeit bleibe.

Nur wenn eine Gestaltung sich weder in Auslegung noch in analoger Anwendung eines Verbotsgesetzes als verbotswidrig im Sinne von § 134 BGB darstelle, sei der Bereich der Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 BGB eröffnet (Armbrüster, a. a. O., § 138, Rn. 53f.).

Selbst wenn man rein argumentationshalber einmal unterstellt, dass tatsächlich eine Rabattierung der Zulassungsgebühren beabsichtigt gewesen sein sollte, würde dies demnach keine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB begründen. Wenn es bereits kein Verbotsgesetz gibt, dass die Rabattierung mit Nichtigkeitsfolge verbietet, kann auch keine Sittenwidrigkeit angenommen werden.

Die sozialen Schutznormen, deren Umgehung zur Sittenwidrigkeit führen kann, stammen insbesondere aus dem Mietrecht, aus dem Arbeitsrecht und aus dem Recht des Abzahlungskaufs. Daneben stehen Fälle wie die Sittenwidrigkeit von

Schenkungen einer Gemeinde wegen grober Verletzung der Haushaltsvorschriften (Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit) oder die aus bewusster Umgehung bestimmter Gläubigerschutzbestimmungen resultierende Sittenwidrigkeit. Diese Fälle sind im vorliegenden Fall nicht einschlägig und mit der vorliegenden Fallgestaltung auch nicht vergleichbar.

Ein mit einer Gemeinde geschlossener Vertrag kann zwar sittenwidrig und damit rechtsunwirksam im Sinne des § 138 BGB sein, wenn die Vertragsparteien wissen und billigen, dass die Vertragsleistung der Gemeinde nur unter gröblicher Verletzung ihrer Pflichten erbracht werden kann. Hierbei muss es sich aber um mehr als eine nur tadelnswerte, unangebrachte und zu Kritik herausfordernde Aufgabenbewältigung handeln.

Die von dem Landgericht zur Begründung der „Scheinabrede“ herangezogenen Zeugenaussagen und objektiven Umstände begründen die Sittenwidrigkeit des Werbevertrages nicht:

- Für die Klägerin war der Werbevertrag unter Marketinggesichtspunkten sinnvoll und vom Preis her angemessen; die Klägerin hat den Werbevertrag abgeschlossen, um ihre neu erstellte Homepage gezielt zu bewerben und bekannt zu machen; eine grobe Verletzung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung kann in dem Abschluss des Werbevertrages daher nicht gesehen werden.
- Der Beklagten standen zumindest für die Festlaufzeit des Vertrages bis Ende 2005 ausreichend Aufkleber zur Verfügung.
- Die Beklagte hat auch alle in ihrem Betrieb üblichen Vorkehrungen getroffen, um die Aufkleber vertragsgemäß auf die in Wuppertal zugelassenen Fahrzeuge aufzubringen.
- Die Zeugen Loewen und Moderegger haben ausgesagt, dass sie das Ansinnen der Beklagten nach einer Rabattierung der Zulassungsgebühren sofort abgelehnt haben.
- Die Ermittlung des Rechnungsbetrages durch die Beklagte aufgrund der Anzahl der in Wuppertal zugelassenen Fahrzeuge der Beklagten entspricht dem Inhalt des Werbevertrages und ist somit unbedenklich.
- Eine effektive Kontrolle der Leistungserbringung durch die Beklagte war der Klägerin objektiv nicht möglich.

Zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen wir auf die vorstehenden Ausführungen in dieser Berufungsbegründung.

Abgesehen davon handelt es sich bei den vorgenannten Umstände, soweit sie die Rechtmäßigkeit des Werbevertrages in Frage stellen, um solche Umstände, die erst deutlich nach Abschluss des Werbevertrages im März / April 2004, nämlich frühestens ab dem Jahr 2006, eingetreten sind.

Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ist nach Rechtsprechung und Literatur auf dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses (und nicht auf den Zeitpunkt der Vertragserfüllung) abzustellen. Entscheidend sind daher

die tatsächlichen Umstände und die normativen Kriterien zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Eine nach Abschluss des Rechtsgeschäfts eintretende Änderung der tatsächlichen Umstände oder normativen Kriterien kann daher grundsätzlich weder zur nachträglichen Sittenwidrigkeit noch zur nachträglichen Wirksamkeit führen (vgl. Jakl, in: Beck-Online.Großkommentar, § 138 Rn. 624 ff.; Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 138 Nr. 133 ff.). Die vom Landgericht festgestellten Tatsachen rechtfertigen die Annahme einer Sittenwidrigkeit des Werbevertrages zum Zeitpunkt seines Abschlusses im März / April 2004 nicht.

Erst später eingetretene Umstände oder Indizien sind nicht geeignet, ein Geschäft nachträglich sittenwidrig zu machen. Abgesehen davon enthält das landgerichtliche Urteil hierzu auch keine Tatsachenfeststellungen, entsprechende Umstände liegen auch nicht vor.

Der Werbevertrag ist daher nicht wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig, der Bereicherungsanspruch der Klägerin ist daher auch nicht nach § 817 Satz 2 i. V. m. § 138 BGB ausgeschlossen.

c) Kein Kondiktionsausschluss nach § 817 S. 2 BGB aufgrund teleologischer Einschränkung des Anwendungsbereichs

Der durch das Landgericht Bochum angenommene Kondiktionsausschluss nach § 817 Satz 2 BGB ist im vorliegenden Einzelfall zu dem aufgrund einer teleologischen Einschränkung seines Anwendungsbereichs nicht einschlägig.

Der Kondiktionsausschluss des § 817 Satz 2 BGB ist eine Ausnahmegesetzvorschrift, die teleologisch einzuschränken ist, wenn sie zu unbilligen Ergebnissen führt.

Das ist hier der Fall, weil die Beklagte wider besseren Wissens Rechnungen gestellt hat, von denen sie wusste, dass keine entsprechende Leistung erbracht wurde. Es ist unbillig, wenn die Beklagte die Zahlungen der Klägerin behalten dürfte, weil die Klägerin durch die Beklagte getäuscht worden ist. Die Abrechnung in Wahrheit nicht erbrachter Leistungen durch die Beklagte erfüllt den Tatbestand des § 263 StGB. Die Klägerin hat die Rechnungen nur deshalb bezahlt, weil sie davon ausging, dass Aufkleber tatsächlich angebracht wurden.

Falls der Beklagten tatsächlich keine Aufkleber in ausreichender Anzahl zur Verfügung gestanden haben sollten, kann dies nicht einseitig zulasten der Klägerin gehen, zumal sich die Beklagten die ersten 13.200 Aufkleber selbst besorgt und diese gegenüber dem Lieferanten bezahlt und die Kosten teilweise erst deutlich später der Klägerin in Rechnung gestellt hat. Die Klägerin hatte somit aufgrund dieser Abwicklung keine Gelegenheit, beurteilen zu können, ob der Beklagten noch an Aufkleber in ausreichender Anzahl zur Verfügung stehen.

Auch wenn man von den Annahmen ausgeht, die das Landgericht seiner Beurteilung zugrunde legt, ist das Ergebnis unbillig:

Denn der Schutzzweck der nichtigkeitsbegründenden Norm – hier der Gebührenordnung – würde durch den vom Landgericht bejahten Kondiktionsausschluss konterkariert, weil der sittenwidrige Zustand, aus dem sich die Nichtigkeitsfolge ableitet und den sie gerade verhindern soll, perpetuiert würde (vgl. Lorenz in Staudinger, BGB – Neubearbeitung 2007, § 817 Rn. 11; BGH, Urteil

vom 10. November 2005 – III ZR 72/05; OLG Köln, Urteil vom 7. Februar 2006 – 15 U 157/05).

Dies ist hier der Fall, wenn die Beklagte – die nach Ansicht des Landgerichts in jedem Fall die volle Zulassungsgebühr für neuangemeldete Kfz zu zahlen gehabt hätte – den in der unzulässigen Rabattierung der Kfz-Zulassungsgebühren liegenden rechtswidrigen Vorteil behalten dürfte.

Auch diese rechtliche Erwägung hat das Landgericht nicht in die Urteilsbegründung einbezogen, obwohl sich dies angesichts der Feststellungen zur beabsichtigten Umgehung der vollständig Gebührenerhebung, geradezu aufdrängte.

2. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV wegen rechtswidriger EU-Beihilfemaßnahmen

Ferner begründen die Feststellungen des Landgerichts Bochum einen Rückzahlungsanspruch auf Grundlage des Unionsrechts gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV.

Die Zahlungen der Klägerin an die Beklagte stellen Beihilfen im Sinne des Unionsrechts gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV und 108 Abs. 3 AEUV dar.

Der im Gemeinschaftsrecht nicht definierte Begriff „Beihilfe“ ist nach allgemeiner Ansicht weit auszulegen (vgl. Lefevre, Staatliche Ausfuhrförderung und das Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im EWG-Vertrag, S. 113). Auf eine abschließende Erfassung sämtlicher Beihilfeformen und –typen wird daher bewusst verzichtet. Dementsprechende Versuche bergen die Gefahr einer unzulässigen Verengung des Beihilfebegriffs. Beihilfen werden als Maßnahmen angesehen, die gleich in welcher Form (Tun oder Unterlassen) die Belastungen verringern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat (vgl. EuGH, Urt. v. 07.03.2002 – C-310/99). Der Beihilfenbegriff erfasst in beliebiger Form gewährte Zuwendung, die keine marktgerechte Gegenleistung für eine diesem Wirtschaftsteilnehmer erbrachte Leistung darstellen (vgl. Wolfram Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 107 Rn. 10).

Nach diesem Verständnis hat die Beklagte – wenn man die landgerichtliche Argumentation zugrunde legt – eine Beihilfe erhalten, da sie finanzielle Zuwendungen und Vorteile erhalten hat, ohne hierfür eine äquivalente Leistung erbracht zu haben. Nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten aber keine Beihilfemaßnahmen gewähren, bevor die Kommission abschließend über deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt entschieden hat.

Bei Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV handelt es sich um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB kommt auch unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht in Betracht (Sprau, in: Palandt, BGB, 77. Aufl., § 823 Rn. 57). Anders als das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV, dessen Anwendung der Kommission vorbehalten ist (vgl. EuGH, Urt. v. 21.11.1991 - C-354/90), hat das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV unmittelbare Geltung. Es begründet Rechte der Einzelnen, die von den nationalen Gerichten zu beachten sind. Von dieser unmittelbaren Verbotswirkung betroffen ist jede Beihilfemaßnahme, die durchgeführt wird, ohne dass sie

der Kommission angezeigt worden ist (vgl. EuGH, Urt. v. 12.12.1973 - C-120/73).

Eine Rechtsnorm ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt, Zweck und Entstehungsgeschichte des Gesetzes und damit darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zu Gunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt hat. Dafür genügt, dass die Norm auch das in Frage stehende Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben. Für die Beurteilung, ob einer Vorschrift Schutzgesetzcharakter zukommt, ist in umfassender Würdigung des gesamten Regelungszusammenhangs der Norm auch zu prüfen, ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschützten Interesses die Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB zu knüpfen (vgl. BGH, Urt. v. 18.11.2003 - VI ZR 385/02; Urt. v. 16.03.2004 - VI ZR 105/03; Urt. v. 28.03.2006 - VI ZR 50/05).

Die Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV erfüllt diese Voraussetzungen (vgl. Steindorff, Festschrift Mestmäcker, 1996, S. 510; Koenig, BB 2000, 573, 577; Tilmann/Schreibauer, GRUR 2002, 212, 221; Martin-Ehlers/Strohmayr, EuZW 2008, 745, 748; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 62). Die Beihilferegeln der Union richten sich nach ihrem Wortlaut zwar nur an die Mitgliedstaaten. Das Durchführungsverbot hat nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union aber gerade die Funktion, die Interessen derjenigen zu schützen, die von der Wettbewerbsverzerrung betroffen sind, die durch die Gewährung der - schon allein wegen Verletzung des Durchführungsverbots - rechtswidrigen Beihilfe hervorgerufen wurde (vgl. EuGH, Urt. v. 05.10.2006 - C-368/04; Urt. v. 12.02.2008 - C-199/06). Es soll verhindern, dass durch unangemeldete Beihilfen Benachteiligungen im Wettbewerb entstehen, die sanktionslos bleiben.

Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, entsprechend ihrem nationalen Recht aus einer Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Rückforderung der finanziellen Unterstützungen zu ziehen, die unter Verletzung dieser Bestimmung gewährt wurden (vgl. EuGH, Urt. v. 12.02.2008 - C-199/06). Sie müssen grundsätzlich einer Klage auf Rückzahlung von unter Verstoß gegen diese Vorschrift gezahlten Beihilfen stattgeben (vgl. insbesondere EuGH, Urt. v. 11.07.1996 - Rs C-39/94). Jede andere Auslegung würde die Missachtung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV durch den betreffenden Mitgliedstaat begünstigen und der Vorschrift ihre praktische Wirksamkeit nehmen (vgl. EuGH, Urt. v. 21.11.1991 - Rs C - 354/90).

Wenn der Werbevertrag, wie das Landgericht Bochum ausgeführt hat und dessen Perspektive bei der weiteren vorliegenden rechtlichen Prüfung eingenommen wird, nur zum Schein vereinbart worden ist, um der Beklagten einen Anreiz dafür zu bieten, dass sie die Fahrzeugzulassungen in Wuppertal durchführt, so würden die Zahlungen an die Beklagte einen „Rabatt für die Zulassungsgebühren“ bedeuten. Dieser von der Klägerin gewährte „Rabatt“ würde seinerseits gegen § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3, Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoßen.

Die an die Beklagte gewährte Beihilfe ist auch geeignet den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Eine Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Handels ist dann gegeben, wenn eine von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im Binnenmarkt verstärkt (vgl. Lübbing/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, S. 235). Entscheidend ist allein, dass sich der innergemeinschaftliche Verkehr anders entwickelt oder entwickeln könnte als ohne die Beihilfengewährung und diese somit systemwidrig auf den Handel einwirkt. Dabei erfasst der Begriff „Handel“ nach allgemeiner Auffassung nicht nur den Warenaustausch, sondern auch den Dienstleistungsverkehr. Über den innerstaatlichen Bereich hinausgehende Auswirkungen sind gegeben, wenn das begünstigte Unternehmen in andere Mitgliedstaaten exportiert oder, obwohl nur im Inland tätig, mit Produkten oder Dienstleistungsanbietern aus anderen Mitgliedstaaten konkurriert (vgl. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 38, 39).

Die Handelsbeeinträchtigung liegt im vorliegenden Fall darin, dass der gewährte „Rabatt“ dazu geführt hat, der Beklagten gegenüber nationalen und internationalen Konkurrenten einen Vorteil zu verschaffen, der anderen Unternehmen in dieser Form nicht zur Verfügung stand.

Auf der Grundlage der Rechtsansicht der Kammer wäre daher ein deliktsrechtlicher Anspruch der Klägerin (§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV) gegeben, der die Klageforderung begründet. Das unionsrechtliche Durchführungsverbot dient der Verwirklichung des Binnenmarktes. Es bezweckt unrechtmäßige Wettbewerbsvorteile des Beihilfeempfängers zu verhindern.

3. Beihilfe bzw. Anstiftung zur Verwirklichung einer Untreue, §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. §§ 266, 26, 27 StGB

Für den Fall, dass man mit dem Landgericht Bochum von einer Nichtigkeit des Werbevertrags wegen einer unzulässigen Reduzierung der Straßenzulassungsgebühren ausgeht, so folgen daraus weitere Verstöße der Beklagten gegen Schutzgesetze.

Die Gewährung einer unzulässigen Ermäßigung auf die Kraftfahrzeug-Zulassungsgebühren, welche das Landgericht Bochum annimmt, wäre – sofern man einmal die Bewertung des Landgerichts Bochum unterstellt – für die Verwirklichung deliktischer Schadensersatzansprüche in Verbindung mit Straftatbeständen von Relevanz.

Nach den Feststellungen des Landgerichts Bochum war das Ziel des Werbevertrags die Zulassung der Fahrzeugflotte der Beklagte in Wuppertal statt in Bochum. Zugunsten der Beklagten sollte dabei ein unzulässiger Rabatt auf die bundeseinheitlich geregelten Zulassungsgebühren gewährt werden.

Der damalige Oberbürgermeister der Klägerin, Dr. Kremendahl, und Dr. Kletzander, ehemaliger Leiter des Ressorts Stadtmarketing und Wirtschaftskommunikation, haben den ursprünglichen Werbevertrag mit dem Geschäftsführer der Beklagten unterzeichnet. Die für den Abschluss und die Durchführung des Werbevertrags verantwortlichen Mitarbeiter der Klägerin und später

der WMG unterlagen aufgrund ihrer Funktionen Vermögensbetreuungspflichten (vgl. Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 266 Rn. 35 ff.).

Ein ohne Rechtsgrundlage und ohne konkreten Gegenwert gewährte Zuwendung von Vorteilen bedeutet einen Vermögensabfluss bei der Klägerin.

Die Einwilligung des Vermögensinhabers schließt zwar die Pflichtwidrigkeit aus. Im Falle der Einwilligung der Vertreter juristischer Personen gilt dies allerdings nicht, wenn die Einwilligung selbst eine Pflichtverletzung darstellt (Perron, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 38). Daher entlastet die Mitwirkung beispielsweise des Oberbürgermeisters die übrigen Beteiligten nicht.

Des Weiteren ist auch ein Vermögensnachteil bei der Klägerin gegeben. Ein Vermögensnachteil tritt nur dann nicht ein, wenn ein durch die pflichtwidrige Verfügung über das zu betreuende Vermögen eingetretener Nachteil durch gleichzeitig eintretende wirtschaftliche Vorteile ausgeglichen wird (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 266 Rn. 164 ff. m.w.N.).

Der eingetretene Vermögensschaden ist darin zu sehen, dass die als Gegenleistung vorgesehene Werbemaßnahme (hier: unter Zugrundelegung der Feststellungen in dem angefochtenen Urteil) nur zum Schein vereinbart worden war und nach dem Willen aller Beteiligten von vornherein in Widerspruch zum Vertragswortlaut nicht erbracht werden sollte. Eine Kompensation durch den Austausch vertraglicher Gegenleistungspflichten konnte daher nicht eintreten (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 266 Rn. 164 ff. m.w.N.).

Auch die von der Klägerin vereinnahmten Kfz-Zulassungsgebühren stellten in diesem Fall keinen kompensationsgeeigneten Vorteil dar. Dem steht nicht entgegen, dass auf der Grundlage des landgerichtlichen Urteils ohne die Vereinbarung und den (unzulässigen) Rabatt die Motivation der Beklagten für eine Zulassung in Wuppertal entfallen und der Klägerin auch die damit verbundenen Gebühren entgangen wären. In diesem Zusammenhang muss nämlich berücksichtigt werden, dass durch korruptive Verstrickung (dazu sogleich unter Ziffer 4.) erlangte Zuflüsse von vornherein mit der Verfallsbedrohung des § 73 Abs. 3 StGB belastet sind. Unter Verfallsandrohung stehende Vorteile können im Rahmen der Untreue keine Amortisation bewirken, weil der die Vermögensschädigung kompensierende Vorteil nicht von Dauer ist (so Rieble, CCC 2008, 32, 35 m.w.N.).

Bei wertender Betrachtung kommt hinzu, dass die Gebührenforderung nach dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch vollständig erhoben werden muss, wenn der Gebührentatbestand, hier die Zulassung des Kfz, einmal verwirklicht ist. Kick-back-Zahlungen kommen also nicht in Betracht. Die Verantwortlichen hätten daher auf der Grundlage des landgerichtlichen Urteils mit jeder Auszahlung das Vermögen der Klägerin unter Bezug auf eine unwirksame Rechtsgrundlage gemindert, ohne dass der Klägerin hierdurch im Gegenzug ein rechtlich anzuerkennender kompensationsgeeigneter Vorteil zugeflossen wäre.

Die verantwortlichen Entscheidungsträger hätten nach den Feststellungen des landgerichtlichen Urteils dadurch den objektiven Tatbestand der Untreue (§ 266

StGB) verwirklicht (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 — 3 StR 470/04 — „Mannesmann“, dort Rn. 16 ff.).

Zu diesem Verhalten wiederum hätten die bei der Beklagten Verantwortlichen angestiftet, indem sie nach einer Rabattierung auf die Zulassungsgebühren gefragt haben, bzw. durch Erstellen und Einreichen der unzutreffenden Ausgangsrechnung jedenfalls Beihilfe geleistet, §§ 26, 27 StGB.

Der Vorsatz der Beklagten ergibt sich wiederrum aus der informatorischen Anhörung des Geschäftsführers der Beklagten vom 17.05.2017.

Dem Geschäftsführer der Beklagten, Herrn Michael Duddek, war nach eigenem Bekunden klar, dass der Beklagten ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr Aufkleber in ausreichender Zahl zur Verfügung standen, um die Verpflichtungen der Beklagten aus dem Werbevertrag zu erfüllen. Dennoch wurden unter Vorlage unzutreffender Rechnungstexte die Rechnungen gestellt und die Zahlungen eingefordert. Die Beklagte muss sich das Verhalten ihres Geschäftsführers Duddek im Rahmen der deliktischen Haftung nach § 31 BGB zurechnen lassen; insoweit verweisen wir zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen oben unter Ziffer III. 3. b).

4. Anstiftung zur Bestechlichkeit, §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. §§ 334, 26 StGB

Bei weiterer Zugrundelegung der Sachverhaltsannahmen des Landgerichts Bochum liegt in dem Verlangen eines rechtlich nicht vorgesehenen Rabattes auf die Kfz-Zulassungsgebühren bei gleichzeitigem in Aussicht stellen einer Massenzulassung von Kraftfahrzeugen eine Strafbarkeit wegen Anstiftung (§ 26 StGB) zur Bestechung gem. § 334 StGB vor.

Die Mitarbeiter der Klägerin sind Amtsträger i.S.d. §§ 334, 11 Ziff. 1 StGB. Sie sollen – so der Vortrag der Beklagten – den pflichtwidrigen Rabatt im Gegenzug dafür gewährt haben, dass die Beklagte ihrerseits die Fahrzeuge nicht am Sitz der Gesellschaft, sondern am Wohnsitz ihres Gesellschafters zulassen würde. Dadurch haben die Verantwortlichen der Klägerin eine Dienstpflicht verletzt, da die Zulassungen der Fahrzeugflotte der Beklagten entgegen § 46 Abs. 2 FZV nicht am Sitz bzw. einer Niederlassung der Gesellschaft durchgeführt worden ist.

Der objektive Tatbestand des § 334 Abs. 1 Abs. 3 Ziff. 1 StGB ist damit erfüllt, da nach dem Wortlaut der Vorschrift bereits das Anbieten oder Fordern eines rechtswidrigen Vorteils genügt. Dem steht nicht entgegen, dass der Vorteil von den Amtsträgern nicht eigennützig, sondern zugunsten der Klägerin vereinbart worden war (siehe dazu BGH, Urteil vom 26. Mai 2011 – 3 StR 492/10 – „Schulfotograf“).

In subjektiver Hinsicht erfordert § 334 Abs. 1 StGB Vorsatz. Dabei reicht es aus, dass die Beklagte die Umstände kennt, die ihren Gegenüber zum Amtsträger machen, sowie die Verknüpfung des Vorteils mit der pflichtwidrigen Diensthandlung. Soweit der Beklagten außerdem bewusst sein muss, dass die Handlung des Amtsträgers pflichtwidrig ist, ergibt sich dies aus den Aussagen des Zeugen Loewen, der die verlangte Rabattierung verweigert und die Vertreter

der Beklagten darauf hingewiesen hat, dass es bundesweit geltende Zulassungsgebühren gibt, von denen nicht abgewichen werden könne.

Auch insoweit hat sich die Beklagte das Handeln ihres Geschäftsführers Michael Duddek nach § 31 BGB zurechnen zu lassen.

Das Landgericht Bochum hat im vorliegenden Fall die weiteren rechtlichen Anspruchsgrundlagen verkannt, die sich aus der Nichtigkeit des Werbevertrages in deliktischer Hinsicht ergeben.

V. Zur Streitverkündung

Wie dargelegt ergeben sich für den Fall, dass es sich bei dem Werbevertrag entsprechend der landgerichtlichen Feststellungen tatsächlich um ein Scheingeschäft handelt, das möglicherweise zudem noch sittenwidrig ist und gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, deliktische Ansprüche, insbesondere nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 266, 26, 27 StGB und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 334, 26 StGB gegen den Geschäftsführer der Beklagten, Herrn Michael Duddek. Der Geschäftsführer Duddek hat das Geschäft in der öffentlichen Verhandlung der Kammer am 17.05.2017 ausdrücklich als Kick-Back-Geschäft bezeichnet.

Für den Fall, dass diese Ansicht des Landgerichts zutrifft, beständen daher deliktische Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen den Geschäftsführer der Beklagten.

VI. Bezugnahme auf erstinstanzlichen Vortrag

Auf das gesamte erstinstanzliche Vorbringen der Klägerin, insbesondere in den Schriftsätzen vom 31.03.2017, vom 04.08.2017, vom 20.11.2017, 22.12.2017 und vom 16.02.2018 einschließlich der dortigen Beweisantritte wird ergänzend Bezug genommen.

Sollte das Berufungsgericht in der einen oder anderen Frage eine Ergänzung für erforderlich halten, wird um einen richterlichen Hinweis gemäß § 139 ZPO gebeten.

Beglaubigte Abschriften liegen bei.

Inhaltsverzeichnis

I.	Umfang der Anfechtung	2
II.	Klageerweiterung (Antrag zu 3.)	2
1.	Zahlungen an die Beklagte für das Jahr 2015	3
2.	Zahlungen der Klägerin an die WMG für die Abwicklung des Werbevertrages.....	3
III.	Berufungsgründe.....	4
1.	Werbevertrag war kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB	5
a)	Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit	6
b)	Lieferung einer ausreichenden Anzahl von Aufklebern für die Festlaufzeit	6
c)	Organisatorische Maßnahmen der Beklagten	7
d)	Der Werbevertrag war für die Klägerin als solcher sinnvoll und werthaltig.....	9
e)	Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung des Landgerichts	12
aa)	Aussage des Zeugen Loewen ist unergiebig	12
bb)	Aussage des Zeugen Moderegger	14
cc)	Zwischenergebnis.....	15
f)	Objektive Umstände sprechen nicht für ein Verschleierungsgeschäft.....	15
aa)	Prozedere der Beklagten bei der Rechnungserstellung.....	15
bb)	Anzahl der Aufkleber	16
cc)	Mangelnde Überprüfung	17
dd)	Zwischenergebnis.....	18
g)	Keine Verschleierungsabsicht (subjektiver Tatbestand).....	19
2.	Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt	20
3.	Rückzahlungsansprüche der Klägerin bei Wirksamkeit des Werbevertrages.....	22
a)	Vertragliche Schadensersatzansprüche gemäß klagebegründendem Schriftsatz.....	22
b)	Anspruch aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 263 StGB (Betrug zum Nachteil der Klägerin bzw. der WMG)	22
IV.	Rückzahlungsansprüche der Klägerin bei Nichtigkeit des Werbevertrages (weitere Berufungsgründe)	23
1.	Bereicherungsansprüche	23
a)	Kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB).....	24
b)	Keine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB.....	26
c)	Kein Kondiktionsausschluss nach § 817 S. 2 BGB aufgrund teleologischer Einschränkung des Anwendungsbereichs	28
2.	Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV wegen rechtswidriger EU-Beihilfemaßnahmen.....	29
3.	Beihilfe bzw. Anstiftung zur Verwirklichung einer Untreue, §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. §§ 266, 26, 27 StGB	31
4.	Anstiftung zur Bestechlichkeit, §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. §§ 334, 26 StGB.....	33
V.	Zur Streitverkündung	34

VI. Bezugnahme auf erstinstanzlichen Vortrag..... 34