

Diese Beeinträchtigung lässt sich bei denen, die sich erst kurzfristig und vermutlich nur vorübergehend in Deutschland aufhalten, mit dem legitimen Anliegen des Gesetzgebers rechtfertigen, zu verhindern, dass Ausländer nur deshalb nach Deutschland einreisen, um Anträge nach § 1 und § 8 TSG stellen zu können. Für diejenigen aber, die rechtmäßig und nicht nur vorübergehend in Deutschland leben, greift dieses Anliegen nicht. Für sie bedeutet die Vorenthaltung der Rechte aus § 1 und § 8 TSG eine sie dauerhaft treffende Benachteiligung bei zugleich ständiger Beeinträchtigung ihres Persönlichkeitsrechts. Eine solche schwerwiegende und weit reichende Beeinträchtigung lässt sich nicht mit dem Argument rechtfertigen, dies diene der Durchsetzung des Staatsangehörigkeitsprinzips, zumal es, wie das deutsche Internationale Privatrecht zeigt, die Möglichkeit gibt, an diesem Prinzip festzuhalten, ohne Grundrechtsverletzungen hinzunehmen. Auch um eines sinnvollen Prinzips willen darf der Grundrechtsschutz zumal bei schweren Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht verwehrt werden (vgl. *BVerfGE* 31, 58, 83).

Auch etwaige Vollzugsprobleme bei der Ausstellung von Dokumenten, die Gefahr „hinkender Rechtsverhältnisse“ oder der Schutz der Betroffenen vor Schwierigkeiten, die sich aus dem Umstand ergeben könnten, dass ihnen zwar in Deutschland das Recht eingeräumt wird, ihren Namen oder ihre Geschlechtszugehörigkeit zu ändern, dies jedoch in ihrem Heimatland nicht anerkannt wird, sind keine Gründe, die solch schwerwiegende Grundrechtsbeeinträchtigungen rechtfertigen könnten.

Wie der Blick in andere Länder zeigt, gibt es für den administrativen Vollzug praktikable Lösungswege. „Hinkende Rechtsverhältnisse“ sind zwar nicht zu vermeiden. Sie treten aber auch dadurch auf, dass immer mehr Staaten von der strikten Anwendung des Staatsangehörigkeitsprinzips Abstand nehmen, wie den Ausführungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zu entnehmen ist. Schließlich ist auch der Schutz vor einer unterschiedlichen Behandlung durch Deutschland und den Heimatstaat, etwa vor Schwierigkeiten bei Grenzüberschreitungen, kein tragendes Argument, den betroffenen Ausländern deshalb den von ihnen selbst durch Antragstellung begehrten Grundrechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in Form des Zugangs zum Verfahren einer Änderung ihres Vornamens oder ihrer Geschlechtszugehörigkeit zu verweigern. Den Betroffenen steht die Entscheidung frei, ob es für sie wichtiger ist, zumindest in Deutschland in ihrer empfundenen Geschlechtlichkeit auch rechtlich anerkannt leben zu können, oder ob sie auf diese Anerkennung verzichten, um vor Schwierigkeiten einer unterschiedlichen Behandlung durch ihren Heimatstaat bewahrt zu sein.

Anmerkung

Professor Dr. Hans-Martin Pawlowski, Mannheim*

I. Zum besseren Verständnis dieser Entscheidung mögen einige Hinweise auf die historische Entwicklung des Problems dienen. Zunächst sei daran erinnert, daß die Regelung, nach der sich die Geschlechtszugehörigkeit nach dem „überwiegenden Geschlechtsmerkmal zur Zeit der Geburt“ bestimmt, erst nach Erlass des BGB eingeführt wurde. Frühere Gesetze

boten für die damit zusammenhängenden Probleme bereits Lösungen, die sich aus heutiger Sicht gegenüber der Regelung des BGB als angemessener darstellen. So bestimmten nach dem Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten (ALR) von 1794 zunächst die Eltern, in welchem Geschlecht ein Zwitter zu erziehen war¹. Mit 18 Jahren konnte dieser dann selbst entscheiden, welchem Geschlecht er angehören wollte. Und da dies, wie *St. Hirschauer*² bemerkt, einer Tradition entsprach, die sich aus dem mittelalterlichen kanonischen Recht herleitet, finden sich derartige Regelungen auch in anderen Rechten. Mit dem Erlass des BGB ging das deutsche Recht dagegen davon aus, daß die Menschen entweder als Männer oder als Frauen geboren wurden – was sich nach dem überwiegenden Geschlecht zum Zeitpunkt der Geburt bestimmte. Wenn eine Eintragung im Geburtenbuch dem tatsächlich vorhandenen Geschlecht widersprach, so sollte man eine Änderung nur verlangen können, wenn zum Zeitpunkt der Geburt etwas Falsches eingetragen worden war, nicht aber, wenn sich im Hinblick auf das Geschlecht später etwas geändert hatte³.

Seit den 70er Jahren haben zwar einige Gerichte versucht, Änderungen eines Geschlechtseintrags auch dann zuzulassen, wenn sich das Geschlecht im Laufe der natürlichen Entwicklung geändert hatte⁴. Aber auch sie wollten diese Möglichkeit meist nur Zwittern einräumen, also den Menschen, bei denen im Hinblick auf das Geschlecht körperliche Veränderungen eingetreten waren; psychosexuelle Änderungen wollten sie dagegen auch dann nicht berücksichtigen, wenn diese durch operative Maßnahmen unterstützt worden waren⁵. Ich habe daher in meinem 1972 erschienenen „Allgemeinen Teil des BGB“ darauf hingewiesen, daß es angebracht sei, „ein gesetzlich geregeltes Verfahren für die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit zu entwickeln – wobei... durch die Regelung der Zusammenarbeit von unabhängigen Richtern und naturwissenschaftlich (medizinisch) orientierten Sachverständigen die angemessene Berücksichtigung von „Naturtatsachen“ und rechtlichen Kriterien zu gewährleisten wäre“⁶. Der *BGH*⁷ hat dann eine richterliche Korrektur des Gesetzes abgelehnt, weil eine neue Regelung der mit der Änderung der Geschlechtszugehörigkeit verbundenen Probleme in die Zuständigkeit des Gesetzgebers falle – wie es jetzt das *BVerfG* im Hinblick auf die Geschlechtszugehörigkeit von Ausländern auch annimmt. Damals aber hat das *BVerfG*⁸ die entsprechende Entscheidung des *BGH* wegen Verstoßes gegen Art. 2 I und 1 I GG mit der Begründung aufgehoben, daß es von Verfassungs wegen geboten sei, Änderungen der Geschlechtszugehörigkeit selbst bei Änderung der seelischen Einstellung zuzulassen – weil es nämlich wissenschaftlich erwiesen sei, daß es verschiedene Formen der Intersexualität gebe. Und es hat damals den *BGH* angewiesen, der Klage eines Transsexuellen auf Änderung seines Geschlechtseintrags stattzugeben – was dieser⁹ daraufhin aus-

1 ALRI I, §§ 19 ff. In den Fällen, in denen von dem Geschlecht wie bei der Erbfolge Rechte Dritter abhingen, sollte die Entscheidung eines Sachverständigen bestimmend sein: ALRI I, §§ 22 ff.

2 Vgl. dazu die Darstellung von *St. Hirschauer*, in: *Pfäfflin / Junge* (Hrsg.), *Geschlechtsumwandlung*, 1992, S. 55 ff. m. Nachw.

3 Vgl. u. a. *KG JW* 1934, 1978; *NJW* 1965, 1084 f.; *OLG Frankfurt NJW* 1969, 1575 f.

4 Vgl. u. a. *KG NJW* 1970, 2136.

5 Vgl. *KG StAZ* 1965, 217 ff. oder *OLG Frankfurt StAZ* 1976, 12 ff.

6 *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB: Grundlehren des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 1972, § 2, § 4, S. 114.

7 Mit Entscheidung v. 21. 9. 1972, *BGHZ* 57, 63 ff. = *JZ* 1972, 281, dazu *Walter JZ* 1972, 263.

8 Durch Urteil v. 11. 10. 1978 – 1 BvR 16/72, *BVerfGE* 49, 286 ff. = *JZ* 1979, 69.

9 Durch Beschluß v. 14. 3. 1979 – IV ZB 156/78, *BGHZ* 74, 20 ff.

* Professor Dr. Hans-Martin Pawlowski ist Emeritus der Universität Mannheim und lehrt dort Bürgerliches Recht, Zivilprozeßrecht und Rechtsphilosophie.

fürhte. Dies hat dann den Gesetzgeber zum Erlaß des Transsexuellen-Gesetzes¹⁰ veranlaßt.

Nach dem ursprünglichen Text dieses Gesetzes konnten allerdings ein Mann oder eine Frau ihren Vornamen oder ihr Geschlecht erst nach Erreichung des 25. Lebensjahres ändern lassen. Diese Altersbeschränkung hob jedoch das *BVerfG* in der Folgezeit auf – zunächst im Hinblick auf die Änderung des Geschlechtes¹¹, weil der Gesetzgeber nur die Entscheidung über die Anerkennung der Änderung des Geschlechts an die Altersgrenze von 25 Jahren gebunden habe, nicht aber die Zulässigkeit des medizinischen Eingriffs, der Voraussetzung der *großen Lösung* ist. Das Gericht hatte dabei aber ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Altersgrenze verfassungsrechtlich haltbar sein könne, wenn dafür entsprechende gesetzliche Voraussetzungen geschaffen würden – und dies auch im Hinblick auf die *kleine Lösung*. Da der Gesetzgeber danach aber davon abgesehen hat, neue gesetzliche Voraussetzungen für die Altersgrenze festzulegen, sah sich das *BVerfG* gezwungen, die Aufhebung der Altersgrenze auch auf die Regelung der Namensänderung zu erstrecken. Denn es konnte nicht überzeugen, daß für die *reparable kleine Lösung* eine Altersgrenze von 25 Jahren gelten sollte, während es für die Inanspruchnahme der *irreparablen großen Lösung* überhaupt keine feste Altersgrenze gab, so daß diese sogar bereits von Minderjährigen gewählt werden konnte, wenn ein Arzt die *medizinische Indikation* bejaht hat. Das *BVerfG* hat daher in einer weiteren Entscheidung¹² auch § 3 Abs. 1 Nr. 3 TSG insoweit für nichtig erklärt, als dieser Transsexuellen unter 25 Jahren die Vornamensänderung versagt, die älteren Transsexuellen gestattet ist. Ende 1965 hat das *BVerfG* dann noch entschieden¹³, daß die Behörden oder Gerichte einem Transsexuellen, der für sich anstelle seines früheren männlichen Vornamens einen weiblichen Vornamen hatte eintragen lassen, diesen Namen nicht wieder entziehen können, wenn dieser jetzt eine Ehe mit einer Frau eingeht – aus von ihm aus gesehen homosexuellen Motiven. Denn wenn dieser Transsexuelle nach Änderung seiner Geschlechtszugehörigkeit mit dieser Frau auch eine Geschlechtspartnerschaft eintragen lassen könnte¹⁴, so sei es angesichts der Art. 2 I und 1 I GG doch nicht angebracht, ihn in diesem Zusammenhang gegen seinen Willen zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen.

II. Wenn es in der vorliegenden Entscheidung jetzt darum geht, ob die in Deutschland geltende Regelung für eine Geschlechtsänderung und für eine darauf verweisende Namensänderung auch für Ausländer gelten soll, oder ob sich deren Geschlechtszugehörigkeit im Zusammenhang des Internationalen Privatrechts nach deren Heimatrecht bestimmt¹⁵, dann muß man sich darüber klar werden, ob es dabei um eine Anwendung des Art. 6 EGBGB geht, weil die Anwendung des Heimatrechtes des Transsexuellen mit we-

sentlichen Grundsätzen des deutschen Rechtes unvereinbar ist, oder ob es dabei nur um eine genauere Bestimmung des Inhalts des deutschen Rechtes geht – also um die allgemeine Frage, ob die durch das BGB getroffene Regelung der Rechtsstellung der Transsexuellen dem Grundgesetz entspricht. Für letzteres könnte man sich u. a. darauf berufen, daß das EGBGB die Frage der Rechtsstellung der Transsexuellen nicht explizit regelt, sondern daß man auf diese bisher nur Art. 7 analog angewendet hat. Daher könnte man jetzt dem Gesetzgeber empfehlen, nach der vorliegenden Entscheidung des *BVerfG* die Behandlung der Geschlechtszugehörigkeit in Deutschland allgemein zu regeln und dabei einige Sonderregelungen für Ausländer vorzusehen, weil sich für diese bei einer allgemeinen deutschen Regelung dieser Frage jeweils Sonderprobleme ergeben: So könnte man z. B. festlegen, daß sich die Geschlechtszugehörigkeit von Ausländern zunächst danach bestimmt, welchem Geschlecht sie in ihrem Heimatland zugewiesen worden sind, daß sie aber auch in Deutschland die amtliche Änderung ihres Geschlechtes oder ihres Namens beantragen können – dies allerdings erst, wenn sie sich in diesem Lande bereits eine bestimmte Zeit aufhalten und auch nicht beabsichtigen, dies in nächster Zeit zu verlassen¹⁶, weil dies den Eindruck vermeidet, daß sich Deutschland anschiekt, seiner Regelung dieser Fragen faktische Geltung auch für andere Länder zu geben. Für diese Art der Lösung spricht auch, daß Deutschland damit der Tatsache Rechnung trägt, daß der *EuGH* davon ausgeht, daß sich aus Art. 8 EMRK ein Recht auf Anerkennung von Geschlechtsumwandlungen ergibt¹⁷, da der *EGMR* entschieden hat, daß unter den Schutz der Menschenrechtskonvention alle Menschen fallen, die im Staatsgebiet eines Vertragsstaates leben¹⁸ und daß es Art. 12 EMRK verletzt, Transsexuellen nach einer Geschlechtsumwandlung die Eheschließung mit einer Person ihres ursprünglichen Geschlechts nicht zu ermöglichen¹⁹.

Es liegt auf der Hand, daß sich demgegenüber eine Regelung, nach der sich unsere Gerichte gegenüber den Regelungen anderer Staaten, die mit uns in der europäischen Gemeinschaft verbunden sind, auf Art. 6 EGBGB berufen müssen, von der Politik her gesehen als schlechter darstellen würde – denn sie könnte den Eindruck vermitteln, daß sich Deutschland damit in Hinblick auf Fragen der Gerechtigkeit einen höheren Standard zuschreibt, als ihn seine europäischen Nachbarn gewährleisten.

Wenn allerdings der Gesetzgeber nach dieser Entscheidung des *BVerfG* ebenso untätig bleiben sollte, wie er es nach dem früheren Urteil des Gerichts geblieben ist, in dem dieses den Gesetzgeber darauf hingewiesen hatte, daß die von ihm intendierte Bindung der Geschlechts- oder Namensänderung an ein bestimmtes Alter bei einer entsprechenden Fassung des Gesetzes durchaus haltbar sei²⁰, so würde dies dann doch auf die Anwendung des Art. 6 EGBGB hinauslaufen, da die Gerichte die gesetzlichen Regeln, die für die angemessene Regelung der Stellung in- und ausländischer Transsexueller erforderlich sind, nicht durch Urteile einführen können. Man muß also davon ausgehen, daß eine der Sache nach angemessene übereinstimmende Regelung der Rechtsstellung in- und ausländischer Transsexueller, wie sie

¹⁰ Genauer: zum Erlaß des „Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen“ (Transsexuellengesetz – TSG) v. 10. 9. 1980, BGBl. I, S. 1654; dazu u. a. *Wille/Kröhn/Eichner* FamRZ 1981, 418f. oder *M. S. Augstein* StAZ 1981, 10ff.

¹¹ Durch den Beschluß v. 16. 3. 1982 – 1 BvR 938/81, *BVerfGE* 60, 123 ff., 134 = JZ 1982, 503.

¹² Beschluß v. 26. 1. 1993 – 1 BvL 38, 40, 43/92, *BVerfG* NJW 1993, 1517f.

¹³ Beschluß v. 6. 12. 2005 – 1 BvL 3/03, *BVerfG* JZ 2006, 513 ff. m. Anm. *Grünberger*.

¹⁴ Nämlich nach dem Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft v. 16. 2. 2001, BGBl. I 2001, S. 266.

¹⁵ Dazu nur *Palandt/Heldrich*, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. 2006, Art. 7 Rz. 6 EGBGB; *Ermann/Hohloch*, BGB, 10. Aufl. 2000, Art. 6 EGBGB Rz. 6; oder *H. J. Sonnenberger*, in: MünchKommBGB, Bd. 11, 3. Aufl. 1999, Art. 7, Rz. 16 EGBGB.

¹⁶ Wie es auch das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht vorgeschlagen hat, weil dies einem etwaigen Sex-Tourismus den Boden entziehen würde.

¹⁷ So die Entscheidung des Plenums des *EuGH* v. 7. 1. 2004 – C 117/01, JZ 2004, 512 m. Anm. *Classen*.

¹⁸ Entscheidung v. 12. 12. 2001 – 52207/99, NJW 2003, 413.

¹⁹ Entscheidung v. 11. 7. 2002 – 28957/95, NJW 2004, 289.

²⁰ Dazu oben zu Fn. 11 f.

dem Grundgesetz entsprechen würde, nur vom Gesetzgeber eingeführt werden kann, während die Rechtsprechung von sich aus nur eine Regelung einführen kann, die zwar den rechtlichen Anforderungen Rechnung trägt, nicht aber dem politisch Wünschbaren.

III. Nach der vorliegenden Entscheidung des *BVerfG* muß man also davon ausgehen, daß alle Transsexuellen nach unserem Recht die Möglichkeit haben müssen und haben werden, ihre Geschlechtszuordnung ändern zu lassen oder durch eine Änderung ihres Vornamens darauf zu verweisen, daß sie einer anderen Geschlechtszugehörigkeit zuneigen, als sie ihnen bei der Geburt zugesprochen worden ist. Offen ist nur, welche Verfahren dies nach dem 30.6.2007 gewährleisten werden – wobei zu hoffen ist, daß der Gesetzgeber der vom *BVerfG* ausgesprochenen Aufforderung Rechnung tragen und sich nicht damit begnügen wird, die Rechtsprechung durch Untätigkeit darauf zu verweisen, die hier angesprochenen Probleme mit Hilfe von Art. 6 EGBGB zu lösen.

Bürgerliches Recht. Verwaltungsrecht

Die für die Rechtswissenschaft und die Verwaltungspraxis gleichermaßen bedeutsame Entscheidung des BGH leistet einen wichtigen Beitrag zum Verständnis und Zusammenwirken von Verwaltungsverfahren- und Subventionsrecht einerseits sowie Privatrecht andererseits. Sie bekräftigt den Grundsatz der Wahlfreiheit der öffentlichen Verwaltung bei der Anwendung von Handlungsformen und zeigt die damit verbundenen Grenzen der Verwaltungsautonomie auf. Rolf Stober ([JZ 2007, 417](#)) stimmt der Entscheidung im Ergebnis zu, versucht aber, die Begründung auf eine breitere dogmatische Grundlage zu stellen.

BGB § 242.

a) Die über die Gewährung einer Subvention entscheidende Behörde kann deren Voraussetzungen auch dann nicht privatautonom frei gestalten, wenn sie die Beihilfe nicht durch einen Verwaltungsakt, sondern zivilrechtlich durch einen Nachlass vom Kaufpreis gewährt.

b) Die Geltendmachung eines vertraglichen Anspruchs auf Rückgewähr einer Subvention unterliegt den gleichen Grundsätzen, wie sie für den Widerruf eines die Subvention gewährenden Verwaltungsaktes nach § 49 Abs. 3 VwVfG gelten. Sie ist ausgeschlossen, wenn ein Verstoß gegen vertragliche Pflichten unter Berücksichtigung des für die Subvention geltenden gesetzlichen Rahmens des Vermerks zum Haushaltstitel und der einschlägigen Verwaltungsvorschriften nicht dazu geführt hat, dass der mit dem Einsatz der öffentlichen Mittel verfolgte Zweck verfehlt worden ist.

BGH, Urteil v. 21.7.2006 – VZR 158/05 (OLG Karlsruhe).

Die Klägerin verlangt von der beklagten Stadt die Rückzahlung eines Verbilligungsabschlages auf den Kaufpreis für den Erwerb einer ehemals bundeseigenen Liegenschaft.

Die Parteien schlossen im November 1993 einen notariellen Kaufvertrag, auf Grund dessen die Klägerin ein ehemaliges Kasernengelände an die Beklagte veräußerte, das bis 1991 von den dort stationierten französischen Streitkräften genutzt wurde. In dem Vertrag ist bestimmt, dass die Klägerin der Beklagten einen Preisnachlass nach der Richtlinie des Bundesministers der Finanzen (BMF) für den verbilligten Verkauf bundeseigener bebauter und unbebauter Grundstücke zur Förderung des Wohnungsbaus vom 29.3.1993 (VerbRwO 93) gewähren werde, wenn diese die dafür nach der Richtlinie erforderlichen Voraussetzungen innerhalb von 12 Monaten nach der Beurkundung nachweise.

Diese Frist wurde verlängert. Die Verbilligung wurde der Beklagten von der Klägerin auf Grund einer Nachtragsvereinbarung vom März 1997 gewährt. In den Vorbemerkungen heißt es, dass die Beklagte beabsichtige, eine Teilfläche an die V. GmbH (im Folgenden: Wohnungsunternehmen) zu veräußern, die diese Fläche auf der Grundlage eines der Klägerin vorgelegten Förderbescheides der L. Baden-Württemberg zu 100% mit Mietwohnungen im sozialen Wohnungsbau bebauen werde. Die Beklagte beantragte deswegen einen Preisnachlass nach der VerbRwO 93.

§ 3 Abs. 4 der Nachtragsvereinbarung lautet – auszugsweise – wie folgt:

„Die Stadt verpflichtet sich gegenüber dem Bund, die V. im Weiterveräußerungsvertrag in gleicher Weise zu verpflichten, wie dies nach den VerbRwO ein Kaufbewerber gegenüber dem Bund im Kaufvertrag zu tun hat; vgl. Absatz 7 c VerbRwO 93. Das bedeutet insbesondere, dass die Stadt die V. im Weiterveräußerungsvertrag verpflichtet,

(a) die Weiterveräußerungsfläche innerhalb einer Frist von 3 Jahren, gerechnet vom Tag der Auflassung der Weiterveräußerungsfläche auf die V. ab (Verwendungsfrist), insgesamt für den Neubau von 127 Mietwohnungen (nebst 295 Garagen bzw. Stellplätzen) im Sinne der Absätze 3, 4 c VerbRwO 93 unmittelbar selbst zu verwenden; vgl. Absatz 5 und 6 VerbRwO 93,

(b) dass die auf der Weiterveräußerungsfläche von der V. zu errichtenden 127 Neubaumietwohnungen (nebst 295 Garagen bzw. Stellplätzen) 15 Jahre lang als Wohnungen im Sinne der Absätze 3 und 4 c VerbRwO 93 genutzt werden (Belegungsbindung). Die Bindungsfrist von 15 Jahren beginnt mit der tatsächlichen Aufnahme der zweckbestimmten Nutzung, für die Verbilligung gewährt wird, spätestens mit Ablauf der v. g. Verwendungsfrist ...“.

In § 4 des Nachtrags wurde als „Sanktionsregelung“ bestimmt, dass die Klägerin von der Beklagten den Verbilligungsabschlag nebst Zinsen vom Tage des Abschlusses des Nachtrags zurückverlangen könne, wenn die Beklagte die im Nachtrag übernommenen Verpflichtungen nicht erfülle.

Die Beklagte veräußerte diese Fläche an das Wohnungsunternehmen unter Weitergabe des Verbilligungsabschlages. In diesem Grundstückskaufvertrag verpflichtete sich das Wohnungsunternehmen, auf dem veräußerten Grundstück 127 Mietwohnungen im sozialen Wohnungsbau zu errichten, eine Nutzungsbindung von 20 Jahren und eine Miet- und Belegungsbindung von 15 Jahren einzugehen und den Verbilligungsabschlag im Falle der Nichterfüllung zurückzuzahlen. Das Wohnungsunternehmen hatte die Erfüllung dieser Pflichten durch eine der Klägerin vorzulegende Erklärung der Landeskreditbank nachzuweisen, dass die neuen Mietwohnungen im öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau errichtet waren und das Wohnungsunternehmen eine 15-jährige Belegungsbindung eingegangen war.

Das Wohnungsunternehmen baute auf der überlassenen Fläche 127 Mietwohnungen. Hiervon sind jedoch nur acht für Schwerbehinderte errichtete Wohnungen durch nach dem Wohnungsbindungsgesetz Bezugsberechtigte belegt. Bei den anderen Neubauwohnungen hat das Wohnungsunternehmen die Belegungsbindung an den neu errichteten Wohnungen durch den Ausweis einer gleichen Bindung an Wohnungen in ihrem Bestand entsprechend den für die Darlehensvergabe mit der Landeskreditbank vereinbarten Bedingungen abgelöst (sog. mittelbare Unterbringung).

Die Klägerin ist der Ansicht, dass der mit der Verbilligung verfolgte Subventionszweck damit verfehlt worden sei. Zwar sei ihr die nach dem Wohnungsbauprogramm des Landes Baden-Württemberg für die vereinbarte Förderung nach § 88 d II. WoBauG zulässige Ablösung der Belegungsbindung durch mittelbare Unterbringung bekannt gewesen, dies sei jedoch für den im Nachtrag von 1997 festgelegten Subventionszweck ohne Bedeutung. Vereinbarte Voraussetzung der Verbilligung sei die Schaffung neuer Sozialwohnungen gewesen, die selbst unmittelbar einer Belegungsbindung für mindestens 15 Jahre unterliegen müssten.

Der Klage auf Rückzahlung des Verbilligungsabschlages hat das LG stattgegeben. Das OLG hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. – II. Die Revision bleibt im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Allerdings halten die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Vertragsauslegung, auf die sich die Parteien im Revisionsverfahren konzentriert haben, rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

a) Rechtsfehlerhaft ist die Auslegung des Berufungsge-