

197

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 36/78

Verkündet am

27. November 1980

Pohl

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Entschädigungsrechtsstreit

1.

2.

3.

4.

-

gegen

Land Niedersachsen,

vertreten durch das Niedersächsische Landesverwaltungsamt,

Am Hofstraße 14, Hannover 91,

Beklagten und Revisionsbeklagten

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 1980 durch die Richter Dr. Thumm, Henkel, Fuchs, Dr. Lang und Gärtner für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 12. Mai 1976 wird zurückgewiesen.

Die Kläger tragen die außergerichtlichen Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger sind die Witwe und die Kinder des 1884 in Hannover geborenen und 1939 in der Schweiz gestorbenen Dr. Edgar S. [REDACTED]. Sie begehren als Erben Entschädigung für dessen Schaden im beruflichen Fortkommen. Dr. S. [REDACTED] war bis 1929 Mitglied des Vorstandes der C. [REDACTED] Aktiengesellschaft in Hannover. Bei seinem Ausscheiden aus dem Vorstand erhielt er eine Abfindung von 205.000 RM sowie eine jährliche Pension von 3.683,20 RM. Er gehörte in den folgenden Jahren dem Aufsichtsrat des Unternehmens an. Im Mai 1933 verzichtete er wegen seiner jüdischen Abstammung auf eine Wiederwahl zum Aufsichtsrat. In den Jahren 1933 bis 1939 bezogen die Mitglieder des Aufsichtsrats bei der Firma C. [REDACTED] Tantiemen zwischen 11.469 RM und 36.058 RM brutto pro Jahr.

Die Behörde lehnte den Entschädigungsantrag ab. Die Klage auf 12.428 DM Kapitalentschädigung nebst Zinsen für Schaden im beruflichen Fortkommen blieb vor Landgericht und Oberlandesgericht ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgen die Kläger das Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

1. Die Kläger sind zur Führung des Rechtsstreits befugt. Ihre Prozeßführungsbefugnis bedurfte deshalb besonderer Prüfung, weil der Erblasser in seinem Testament vom 16. November 1932 mit Nachtrag vom 6. Januar 1934 Testamentsvollstreckung angeordnet hatte (§ 2212 BGB). Die noch vom Revisionsrichter vorzunehmende Prüfung von Amts wegen (BGHZ 31, 279) ergibt indessen, daß die Testamentsvollstreckung zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter beendet war.

Der Senat geht zunächst in Übereinstimmung mit dem Nachlaßgericht davon aus, daß das Schweizer Testament des Erblassers vom 6. Januar 1939 die Anordnung der Testamentsvollstreckung für das im Inland belegene Vermögen nicht berührt hat. Dementsprechend hat das Amtsgericht Hannover am 27. Juli 1957 (68 VI 1115/59) Testamentsvollstreckerzeugnis für die beiden im Testament vom 6. Januar 1934 benannten Testamentsvollstrecker H. [REDACTED] und L. [REDACTED] erteilt. Diese haben den jetzt im Streit befindlichen Entschädigungsanspruch bei der Behörde angemeldet. Sie sind laut einer Auskunft des Amtsgerichts Hannover beide gestorben. Damit ist der dahin gehende Vortrag der Klägerin zu 3) im Verwaltungsverfahren bestätigt.



Im Nachtragstestament vom 6. Januar 1934, das nach Auffassung des Senats eine abschließende Neuregelung der Anordnung der Testamentsvollstreckung brachte, sind jedoch Ersatztestamentsvollstrecker benannt. Die Testamentsvollstreckung endet erst, wenn auch die Ersatztestamentsvollstrecker weggefallen sind. Der Senat hat sich davon überzeugt, daß das der Fall ist. Die im Testament genannten Herren Ernst S. [REDACTED] und C.W. K. [REDACTED] sind ohne nähere Angabe der Anschrift, des Berufs oder sonstiger unterscheidender Merkmale nicht zu identifizieren. Auch die Kläger und das Nachlaßgericht konnten insoweit keine sachdienlichen Angaben machen. Sie kommen demnach als Testamentsvollstrecker nicht in Betracht. Die weiter genannten Rechtsanwälte Dr. W. [REDACTED] und Dr. Fritz B. [REDACTED] sind nach den glaubhaften, auf Auskünfte des Amtsgerichts Hannover und des Oberlandesgerichts Celle gestützten Angaben des Prozeßbevollmächtigten der Kläger lange vor dem Tatrichter verstorben. Somit war die Testamentsvollstreckung zur maßgeblichen Zeit beendet, die Prozeßführungsbefugnis auf die Kläger als Erben übergegangen.

2. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht sei nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen, greift nicht durch. Die Kläger machen hierzu geltend, der Richter am Amtsgericht Pape hätte nicht bei dem angefochtenen Urteil mitwirken dürfen. Er sei 1976 für sechs Monate als Richter des 6. Zivilsenats des Berufungsgerichts tätig gewesen; das ganze Jahr 1976 über sei dieser Senat nur mit dem Vorsitzenden und zwei Richtern besetzt gewesen; es erscheine in hohem Maße zweifelhaft, ob dies mit § 37 Abs. 3 DRiG und §§ 115 und 122 GVG vereinbar sei. Damit ist eine nicht ordnungsgemäße Besetzung

des Berufungsgerichts nicht dargetan. Eine Verfahrensrüge muß nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO die Tatsachen bezeichnen, die den Mangel ergeben. Dazu reicht der Hinweis, das Berufungsgericht sei während eines Geschäftsjahres ständig neben dem Vorsitzenden mit zwei Richtern am Oberlandesgericht und einem Hilfsrichter besetzt gewesen, nicht aus. Denn diese Besetzung kann ordnungsgemäß sein. Ein Hilfsrichter kann zum Oberlandesgericht zur Behebung eines vorübergehenden Bedürfnisses oder zu seiner Ausbildung und Überprüfung abgeordnet werden (BGH NJW 1966, 352). Die Abordnung darf nach § 37 Abs. 3 DRiG nur ohne Zustimmung des betroffenen Richters die Dauer von drei Monaten innerhalb eines Geschäftsjahres nicht übersteigen. Unvorschriftsmäßig ist die Besetzung des Senats eines Oberlandesgerichts mit einem Hilfsrichter dann, wenn die Heranziehung des Hilfsrichters nicht durch rechtlich erlaubte Zwecke gedeckt ist. Will sich ein Revisionsführer hierauf berufen, so muß er Tatsachen angeben, aus denen sich ergibt, daß die Abordnung zur Zeit der Urteilsfällung nicht zulässig war (BGH NJW 1957, 1244; LM § 551 Ziff. 1 ZPO Nr. 10; LM § 554 ZPO Nr. 16; LM § 70 GVG Nr. 14). Derartige Tatsachen werden in der Revisionsbegründung nicht angeführt. Es wird nicht mitgeteilt, zu welchem Zweck der Richter am Amtsgericht P. zum Oberlandesgericht abgeordnet war und weshalb dies unzulässig gewesen sein soll. Auch wird nicht behauptet, die sechs Monate dauernde Abordnung sei etwa gegen den Willen des betroffenen Richters erfolgt. Die Besetzungsrüge ist danach nicht ordnungsgemäß ausgeführt.

3. Auch in der Sache hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision stand.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Erblasser der Kläger aus Verfolgungsgründen auf seine Wiederwahl zum Mitglied des Aufsichtsrates der C [REDACTED] AG verzichtet hat und daß er ohne die Verfolgung sichere Aussicht gehabt hätte, bis zu seinem Tode Mitglied des Aufsichtsrats zu bleiben. Durch den Verlust des Aufsichtsratsmandates sei er jedoch nicht erheblich in der Nutzung seiner Arbeitskraft geschädigt, vielmehr allenfalls geringfügig benachteiligt worden. Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft sei seit der Verordnung vom 19. September 1931 ein reines Kontrollorgan, das an der Führung der Geschäfte der Aktiengesellschaft nicht mehr beteiligt sei. Die Wahrnehmung der dem Mitglied eines Aufsichtsrates obliegenden Aufgaben sei seither nicht mehr mit einer nennenswerten Nutzung der Arbeitskraft verbunden. Die Aufgaben beschränkten sich im wesentlichen auf die Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen und deren Vorbereitung. Derartige Sitzungen hätten bei der Firma C [REDACTED] damals höchstens dreimal jährlich stattgefunden. Zwar könne in Ausnahmefällen die Aufsichtsrats Tätigkeit eine nennenswerte Nutzung der Arbeitskraft darstellen, etwa bei der gleichzeitigen Mitgliedschaft in den Aufsichtsräten mehrerer Kapitalgesellschaften oder im Falle eines Hauptaktionärs, der wirtschaftlich als Mitinhaber des Unternehmens anzusehen sei und als Aufsichtsratsmitglied in erheblichem Umfang im Unternehmen mitgearbeitet habe. Eine über den normalen Umfang der Aufgaben eines Aufsichtsratsmitgliedes hinausgehende Tätigkeit des Erblassers sei hier jedoch nicht dargetan.

Diese Beurteilung des Berufsschadens läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Tätigkeit im Aufsichtsrat einer oder mehrerer Aktiengesellschaften kann eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des § 66 Abs. 1 BEG sein. Sie ist selbständig, weil das Aufsichtsratsmitglied keinerlei Weisungen unterliegt. Vergütungen für die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied werden dementsprechend im Steuerrecht als Einkünfte aus selbständiger Arbeit behandelt (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG). Eine Erwerbstätigkeit liegt nach der Rechtsprechung des Senats vor, wenn die Arbeitskraft im wirtschaftlichen oder rechtlichen Sinne genutzt, d.h. so eingesetzt wird, daß daraus Einnahmen bezogen werden, die zumindest einen nennenswerten Beitrag zur Lebensgrundlage verschaffen (BGH RzW 1963, 231 Nr. 27; 462). Dabei ist nicht erforderlich, daß eine umfangreiche Tätigkeit entwickelt wird; sie muß aber mit einer gewissen Regelmäßigkeit anfallen (BGH RzW 1962, 554 Nr. 23). Diese Merkmale kann die Wahrnehmung eines Aufsichtsratsmandats erfüllen (ebenso: KG RzW 1961, 174; 1966, 133).

Eine Entschädigung wird nach § 64 Abs. 1 Satz 1 BEG nur für die nicht nur geringfügige Benachteiligung im beruflichen Fortkommen gewährt. Ob eine Benachteiligung nur geringfügig ist, hängt davon ab, in welchem Umfang der Verfolgte seine Arbeitskraft vor der Verfolgung genutzt und wie sich die Verfolgung auf die Nutzung seiner Arbeitskraft ausgewirkt hat. Eine nur geringfügige Benachteiligung kann vorliegen, wenn er aus seiner Erwerbstätigkeit verdrängt wurde, in der er seine Arbeitskraft nur in geringem Umfang nutzte, sei es, daß er nur ein sehr bescheidenes, ganz erheblich unter dem üblichen liegendes Entgelt erhielt oder daß er überhaupt nur mit einem unwesentlichen Teil seiner Arbeitskraft erwerbstätig war (BGH RzW 1962, 467).

Maßgeblich für die Abgrenzung sind letztlich die Umstände des Einzelfalles, also insbesondere Art und Umfang der Tätigkeit, Art und Höhe des dafür erzielten Entgeltes und die sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse des Verfolgten. Die Abwägung dieser Umstände und die sich daraus ergebende Beurteilung des Maßes der Schädigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters und damit der revisionsrichterlichen Nachprüfung entzogen (Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 12. Auflage S. 826; Stein/Jonas/Grunsky ZPO 20. Auflage § 549 Rdn. 17 ff jeweils mit Nachweisen). Revisibel ist nur die Frage, ob der Rechtsbegriff der geringfügigen Benachteiligung verkannt ist.

Das ist nicht der Fall. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die nicht mit einer ausgeführten Verfahrensrüge angegriffen sind, erhielt der Erblasser für seine Aufsichtsratstätigkeit zwar eine verhältnismäßig hohe Tantieme, deren Höhe aber nicht vom Umfang der aufgewendeten Arbeit, sondern allein von der Ertragslage des Unternehmens abhängig war. Seine Tätigkeit beschränkte sich jedoch im wesentlichen auf die Vorbereitung der Aufsichtsratssitzungen und die Teilnahme an diesen Sitzungen, die jährlich höchstens dreimal stattfanden. Eine darüber hinausgehende Tätigkeit, vermag der Tatrichter nicht festzustellen. Wenn er danach die Ausübung des Aufsichtsratsmandates durch den Erblasser als nicht nennenswerte Nutzung seiner Arbeitskraft und seine Verdrängung aus dem Aufsichtsrat als nur geringfügige Schädigung im beruflichen Fortkommen auffaßt, hält sich das im Rahmen seines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums. Immerhin konnte nach dem 1933 geltenden Recht ein Aufsichtsrat bis zu 20 Aufsichtsratsitze gleichzeitig innehaben. Selbst diese Beschrän-

kung auf eine Höchstzahl wurde erst durch die Verordnung vom 19. September 1931 zur Änderung des Aktienrechts eingeführt (vgl. Lehmann/Hirsch, Kommentar zur VO vom 19.9.1931 zur Änderung des Aktienrechts S. 261 ff). In der Regel sind Aufsichtsräte hauptberuflich anderweitig tätig, so daß sogar die Wahrnehmung mehrerer Aufsichtsmandate gleichzeitig für sie nur eine Nebentätigkeit ist. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Nebentätigkeit eine besondere berufliche Qualifikation voraussetzt und mit hoher Verantwortung verbunden ist; das spielt indessen für die hier maßgebliche Frage, in welchem Ausmaß die Arbeitskraft durch die Wahrnehmung dieser verantwortungsvollen Aufgabe beansprucht wurde, keine Rolle. Es mag auch zutreffen, daß die Tätigkeit im Aufsichtsrat eines Unternehmens von Weltrang in der Regel mehr Zeit in Anspruch nimmt als die Tätigkeit im Aufsichtsrat eines Unternehmens von nur lokaler Bedeutung. Diese allgemeinen Erwägungen führen jedoch nicht an den Feststellungen des Tatrichters über den Umfang der Tätigkeit des Erblassers im Aufsichtsrat der Firma C [REDACTED] Aktiengesellschaft vorbei.

Die Revision der Kläger erweist sich danach als unbegründet, ohne daß es noch darauf ankäme, ob der Erblasser durch das verfolgungsbedingte Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat seine ausreichende Lebensgrundlage verloren hat. Ob diese Voraussetzung einer Entschädigung für Schaden im beruflichen Fortkommen (BGH RZW 1959, 401; 1964, 321; 1966, 29 Nr. 22; 462) gegeben war, erscheint in Anbetracht der ihm wegen seines Ausscheidens aus dem Vorstand gezahlten Abfindung und Pension fraglich. Die Einkünfte aus einer früher

ausgeübten Tätigkeit stehen insoweit den Einkünften aus der Ausübung einer Erwerbstätigkeit gleich (BGH RzW 1958, 316).

Dr. Thumm

Henkel

Fuchs

Dr. Lang

Gärtner