

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notarvertreter im Landesdienst  
Stefan Mattes, Filderstadt

Notar Dr. Oliver Fröhler,  
Notariatsdirektor, Lörrach

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

**1/2013**

Februar

Seiten 1-32

## Inhalt

### Abhandlungen

*Dieckmann*

Freseniusurteil: Rechtsrealismus im Aktienrecht

..... 2

*Becker*

Notar und Weinrecht

..... 20

**Rechtsprechung** ..... 25

**Aktuelles aus dem IPR**

**(Schaal)** ..... 29

Für mein Notariat suche ich eine

**besonders qualifizierte/n Notarfachangestellte/n oder  
Notarassistentin/en**

mit langjähriger Berufserfahrung zur Anstellung als Vollzeitbeschäftigte/r. Neben der Fähigkeit zur eigenständigen Urkundenvorbereitung und -vollzug werden ein freundliches Auftreten und ein sicherer Ausdruck in Wort und Schrift vorausgesetzt. Freude am Umgang mit den Mandanten sind ebenso erwünscht wie die Fähigkeit, in einem Team motivierter Mitarbeiter zusammenzuarbeiten.

Ihre Bewerbung unter Angabe Ihrer Gehaltsvorstellung wird erbeten an:

**Notar Stephan Römer, Pfarrer-Kenntemich-Platz 1 in 53840 Troisdorf**

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

- |   |           |
|---|-----------|
| <b>1. Dr. Johann Dieckmann, Notar, Freiburg im Breisgau</b>   | <b>2</b>  |
| Rechtsrealismus im Aktienrecht                                |           |
| <b>2. Dr. Peter Becker, Notarassessor, Tauberbischofsheim</b> | <b>20</b> |
| Notar und Weinrecht   |           |

## Rechtsprechung

- |   |           |
|---|-----------|
| <b>OLG München, Beschluss vom 19.12.2012 , 31 Wx 434/12</b>                       | <b>25</b> |
| Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments                                     |           |
| <b>OLG München, Beschluss vom 19.12.2012 , 31 Wx 372/12</b>                       | <b>27</b> |
| Zur ergänzenden Testamentsauslegung bei Vorversterben einer nahe stehenden Person |           |

- |                                       |           |
|---------------------------------------|-----------|
| <b>Aktuelles aus dem IPR (Schaal)</b> | <b>29</b> |
|---------------------------------------|-----------|

---

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Georgstraße 5, 70794 Filderstadt-Bonlanden (Tel. 0711/778960), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).

## Rechtsrealismus im Aktienrecht

### Bemerkungen zur Behandlung von Gesetzesrecht und Richterrecht im Fresenius-Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH, II. Zivilsenat, Urteil vom 10. Juli 2012; II ZR 48/11) \*\*\*

von Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt. (Oxford)

<b>I. Einleitung und Entscheidung</b>	<b>3</b>	<b>§ 5 Der übersehene Problempunkt der Zahlung in Kenntnis des Nichtbestehens des Anspruchs</b>	<b>12</b>
<b>§ 1 Einleitung</b>	<b>3</b>		
1) Sachverhalt und Begründung im Kurzüberblick	3	<b>III. Die entscheidende Nebenfrage, oder: Begründungswege in der Kritik</b>	<b>13</b>
2) Rechtsrealistische Spuren	3		
3) Der Versuch der rein aktienrechtlichen Problemlösung	5	<b>§ 6 Überzeugungskraft der Argumentation</b>	<b>13</b>
4) Übersicht über den Beitrag	5	1) Obergerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Rechtmäßigkeit der Vergütungsleistungen vor Genehmigung	13
<b>§ 2 Der Fresenius-Fall: Anfechtungsklage gegen Entlastungsbeschluss in der Hauptversammlung</b>	<b>5</b>	2) Kritik der Begründung der fehlenden Erkennbarkeit der Rechtslage	13
1) Der Sachverhalt	5	a) Überzeugungskraft der Begründung im Detail	13
2) Die Urteile des Landgerichts Frankfurt und des Oberlandesgerichts Frankfurt	5	b) Sachliche Richtigkeit der Vorentscheidungen der Instanzgerichte trotz fehlender Erkennbarkeit?	14
3) Das Urteil des Bundesgerichtshofes	6	3) Zur Bejahung der Anwendbarkeit von § 114 AktG vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung	14
<b>II. Die Hauptfrage(n): Anwendung von § 114 AktG Ja oder Nein? und: Zahlung trotz Fehlens einer Verbindlichkeit</b>	<b>7</b>	4) Fehlende Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung zu Anforderungen an die Prüfung der Rechtslage bei Unklarheiten	15
<b>§ 3 Die Regelung von § 114 AktG allgemein</b>	<b>7</b>	<b>§ 7 Zur Verallgemeinerungsfähigkeit der Begründung und der Behandlung von Richterrecht und Gesetzesrecht</b>	<b>15</b>
1) Systematik und Zweck von § 114 AktG	7	1) Zur Frage der Verallgemeinerungsfähigkeit der Begründung	15
2) Wortlaut und Programm der Norm	8	2) Zur Frage der Behandlung des Richterrechts und des Gesetzesrechts	15
3) Zur (richterrechtlichen) Konkretisierung der Anwendbarkeit von § 114 AktG durch die Rechtsprechung (u.a.: zwingende präventive Kontrolle)	9	<b>IV. Wieviel Rechtsrealismus steckt in der Fresenius-Entscheidung?</b>	<b>16</b>
<b>§ 4 Die Anwendbarkeit von § 114 AktG (mit seinen richterrechtlichen Konkretisierungen) im Fresenius-Fall</b>	<b>10</b>	<b>§ 8 Der Rechtsrealismus in seinen beiden Hauptausprägungen (prediction theory of law und decision theory of law)</b>	<b>16</b>
1) Vorliegen der Voraussetzungen von § 114 AktG und Kumulation von Interessen	10		
2) Zahlen (Vergütung, Honorar(e) vs. Dividende)	11		
3) Zu Kritik an der OLG-Entscheidung	11		

\* Notar in Freiburg im Breisgau.

\*\* Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, Hamburg/Regensburg, in herzlicher Verbundenheit zugebracht – J.A.D.

- 1) Anlass für Hinweise auf den Rechtsrealismus 16
- 2) Die sogenannte "prediction theory of law" 16
- 3) Die sogenannte "decision theory of law" 18

**§ 9 Die Fresenius-Entscheidung im Spiegel der prediction theory of law und der decision theory of law 18**

- 1) Die "decision theory of law" und die Fresenius-Entscheidung 18
- 2) Die "prediction theory of law" und die Fresenius-Entscheidung 19

**V. Zusammenfassung 19**

**§ 10 Von Hauptfragen und Nebenfragen 19**

- 1) Die nicht entschiedene (aber beantwortete) Hauptfrage des Urteils und die nicht entschiedene Hauptfrage des Falles 19
- 2) Die entschiedene und entscheidende Nebenfrage des Urteils bzw. Falles 19

**§ 11 Vom Rechtsrealismus im Aktienrecht 19**

**§ 12 Resümee 20**

**I. Einleitung und Entscheidung**

**§ 1 Einleitung**

1) Sachverhalt und Begründung im Kurzüberblick

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mit dem Urteil vom 10. Juli 2012<sup>1</sup> in der Sache Fresenius eine bemerkenswerte Entscheidung getroffen. Das Gericht hebt ein Urteil des 5. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Frankfurt<sup>2</sup> über die Anfechtungsklage einer Aktionärin auf. Diese hatte den Beschluss der Hauptversammlung vom 8. Mai 2009 über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat angegriffen. Die Aktionärin meinte, die Entlastung sei rechtswidriger Weise erfolgt. Denn Vorstand und Aufsichtsrat hätten die Vorschrift von § 114 AktG dadurch verletzt, dass der Vorstand die Zahlung von ca. Euro eine Million Rechtsanwalts honorar an die Kanzlei, deren Partner der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende war, veranlasst hat, obgleich der Beratungsvertrag mangels Zustimmung des Aufsichtsrates noch unwirksam gewesen sei.

Beide Vorinstanzen hatten der Klage stattgegeben und den Entlastungsbeschluss für nichtig erklärt. Der Bundesgerichtshof bestätigt zwar rundheraus die Annahme von Landgericht und Oberlandesgericht, dass die Zahlung rechtswidrig gewesen sei und dass auch die spätere Genehmigung des Aufsichtsrates an ihrer Rechtswidrigkeit nichts geändert habe. Er hält aber dennoch dafür, dass die Entlastungsbeschlüsse *nicht* anfechtbar seien. Der Gesetzesverstoß sei nämlich nicht eindeutig und schwerwiegend gewesen. Denn über die Zulässigkeit einer Zahlung von Beratungshonorar vor der Zustimmung des Aufsichtsrates habe im Jahre 2008 noch rechtliche Unklarheit geherrscht. Solange diese Frage nicht *höchstrichterlich* geklärt sei, hätten die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrates nicht von einer eindeutigen Rechtslage ausgehen können<sup>3</sup>.

Dass die Entscheidung bemerkenswert ist, sieht man nicht zuletzt daran, dass das Gericht am Tag nach der Entscheidung eine Pressemitteilung herausgegeben hat, die die Ergebnisse der Entscheidung zusammenfasst<sup>4</sup>.

2) *Rechtsrealistische Spuren*

Der skizzierte Begründungsansatz des Senates zeigt ein hochinteressantes Phänomen. Der Senat geht anscheinend davon aus, dass die richtige Beantwortung der Frage der Rechtmäßigkeit der Zahlung erst nach einer höchstrichterlichen Entscheidung möglich sei. Obgleich die im Zentrum der rechtlichen Beurteilung stehende Vorschrift von § 114 AktG bereits seit 1966 geltendes Recht ist, jedenfalls im Bundesgesetzblatt veröffentlicht war<sup>5</sup>, scheint der Senat der Meinung zu sein, dass eine hinreichend genaue Bestimmung der rechtlichen Beurteilung der Situation aus dem Gesetz allein *ohne das Präjudiz eines Höchstgerichts* nicht verlässlich möglich war.

Dieser Ausgangspunkt ist sowohl methodisch als auch von der Rechtsquellenlehre her gesehen in der Tat bemerkenswert. Er wirft nicht nur die Frage nach der Bedeutung des Richterrechts für die verlässliche Rechtsanwendung auf.

Es scheint auch einige Thesen des sogenannten *amerikanischen Rechtsrealismus (American legal realism)* zu bestätigen. Der amerikanische Jurist *John Chipman Gray*, der zum Kreis der Vordenker diese Theorierichtung gezählt wird, sähe sich durch die Entscheidungsbegründung in einer – aus kontinentaleuropäischer Sicht – ausgefallenen Ansicht bestätigt. In seinem grundlegenden Werk *The Nature and Sources of the Law* entwickelt *Gray* die Theorie, dass Gesetze nicht eigentlich Recht („law“) seien, sondern nur *Quellen* des Rechtes („sources of law“). Recht selber seien die Regeln aber erst durch die in einer gerichtlichen Entscheidung manifestierten konkreten Anwendung. Das liest sich unter anderem wie folgt:

1 BGH (II. Zivilsenat, Urteil vom 10. Juli 2012; II ZR 48/11) NJW 2012, 3235 = WM 2012, 1773 = DB 2012, 2092 = ZIP 2012, 1807 = BB 2012, 2522 = MDR 2012, 1175 = DStR 2012, 1973 = AG 2012, 712 = NZG 2012, 1064 = Der Konzern 2012, 420 = GmbHR 2012, 1178. Im folgenden wird nach dem juris-Dokument zitiert.  
 2 OLG Frankfurt am Main (5. Zivilsenat, Urteil vom 15.02.2011; 5 U 30/10) NJW 2011, 1231 = ZIP 2011, 425 = NZG 2011, 350 = AG 2011, 256 = WM 2011, 833 = Der Konzern 2011, 230 = WuB II A § 114 AktG 1.11. Im folgenden wird nach dem juris-Dokument zitiert.

3 BGH (II. Zivilsenat, Urteil vom 10. Juli 2012; II ZR 48/11) Rn. 23.  
 4 Pressemitteilung des Bundesgerichtshofes Nr. 109/12 vom 11.07.2012.  
 5 Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089).

“The Law of the State or of any organized body of men is composed of the rules which the courts, that is, the judicial organs of that body, lay down for the determination of legal rights and duties. The difference in this matter between contending schools of Jurisprudence arises largely from not distinguishing between the Law and the Sources of Law. On the one hand, to affirm the existence of *nicht positivisches Recht*, that is, of Law which the courts do not follow, is declared to be an absurdity; and on the other hand, it is declared to be an absurdity to say that the Law of a great nation means the opinions of half-a-dozen old gentlemen...”<sup>6</sup>

“To determine, in actual life, what are the rights and duties of the State and of its citizens, the State needs and establishes judicial organs, the judges. To determine rights and duties, the judges settle what facts exist, and also lay down rules according to which they deduce legal consequences from facts. These rules are the Law.”<sup>7</sup>

Unter Bezug auf den Vortrag von Benjamin Hoadley, des Bischofs von Bangor, vor König George I., der die Rechtsgebungsfunktion des autoritativ über die Auslegung eines Gesetzestextes entscheidenden Richters Ausführungen macht, führt Gray weiter an:

“Rules of conduct laid down and applied by the courts of a country are coterminous with the Law of that country, and as the first change, so does the latter along with them. Bishop Hoadly has said: “Whoever hath an *absolute authority* to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them”;[2] *a fortiori*, whoever hath an absolute authority not only to interpret the Law, but to say what the Law is, is truly the *Law-giver*.”<sup>8</sup>

Dass in dem grundsätzlich auf Gesetzesrecht beruhenden deutschen Recht im Fresenius-Fall eine Entscheidungsbeurteilung vorgelegt wird, die – jedenfalls auf den ersten Blick – bei Klärung der Rechtsfrage der höchstrichterlichen Entscheidung eine wenn nicht größere, so doch genauso große Bedeutung einräumt wie dem Gesetz, ist erstaunlich.

Nicht nur Gray, sondern auch andere Vertreter des Rechtsrealismus würden in der Diskussion einige Argumente wieder erkennen, die ihren eigenen sehr ähnlich sind. Dies gilt namentlich für die Vertreter der *decision theory of law* oder Deziisionstheorie, für die Recht in dem tatsächlichen Tun der Gerichte im Streitfall besteht (Karl N. Llewellyn)<sup>9</sup>. Und es gilt

insbesondere für die Vertreter der *prediction theory of law* oder Vorhersagelehre, für die Recht in der Vorhersage dessen, was Gerichte im Einzelfall tatsächlich tun und entscheiden werden, besteht (Oliver Wendell Holmes iun., Benjamin N. Cardozo)<sup>10</sup>. Die initiale Formulierung der Vorhersagelehre findet sich bei Holmes, der in seinem Epoche machenden Aufsatz *The Path of the Law* ausführt:

“The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.”<sup>11</sup>

Der Bezug der Prädiktionstheorie zur Diskussion um die Richtigkeit der OLG Frankfurt-Entscheidung wird auch dadurch hergestellt, dass *Drygala* in seiner deutlichen Kritik an dem Urteil anführt, es könne anerkanntermaßen von einem Vorstand und einem Aufsichtsrat nicht erwartet werden, dass er *vorhersehe*, wie die Gerichte sein Verhalten später bewerteten<sup>12</sup>. Ein ähnliches Bild verwendet *Spindler*, der in der Besprechung der Freseniusentscheidung dem BGH eine mittlere Linie attestiert, die anerkenne, dass Änderungen in der Rechtsprechung nicht von einer Art allwissendem Leviathan *vorherzusehen* seien.<sup>13</sup>

Der Rechtsrealismus ist auch eine Theorie des Richterrechts und der Erklärung gerichtlicher Entscheidungen. Er wird daher zu Recht auch als „theory of adjudication“ bezeichnet.<sup>14</sup> Viele der Rechtsrealisten haben sich ausführlich und gründlich mit der Entstehung, Geltung und Auslegung von gerichtlichen Entscheidungen und von Richterrecht befasst.<sup>15</sup> Und viele der von ihnen gestellten Fragen stellen sich auch für die Behandlung von Richterrecht in der deutschen Rechtsordnung.

Der Anwendbarkeit des rechtsrealistischen Instrumentariums auf die Entscheidung soll daher ein wenig nachgegangen werden.

6 John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2. Auflage, 1921, S. 84. Das Buch ist erstmalig 1909 erschienen, der Autor verstarb 1915.

7 Gray, aaO, S. 105.

8 Gray, aaO, S. 102. Im Original findet sich als Nachweis in Fußnote 2 Benjamin Hoadly, Bishop of Bangor, Sermon preached before the King, 1717, p. 12. Das nämliche Zitat von Hoadly findet sich auch auf Seiten 125 und 172. Andernorts weist Gray darauf hin, dass ihm das Hoadley-Zitat von Holmes zur Kenntnis gebracht wurde (Gray, *Some Definitions and Questions in Jurisprudence*, (1892) 6 Harvard LR 21, 33 Fn. 1).

9 Vgl. unten § 8, 3).

10 Vgl. unten § 8, 2).

11 Holmes, *The Path of the Law* (1897) 10 Harvard LR 457, 461 = Holmes, *Collected Legal Papers*, 1920, 167, 173. Mehr davon unten § 8, 2).

12 *Drygala*, ZIP 2011, 427, 429 (Hervorhebung hier).

13 *Spindler*, NZG 2012, 1161, 1163 (Hervorhebung hier).

14 Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence, Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, 2007, 59, 60.

15 Das gilt insbesondere für Cardozo (*The Nature of the Judicial Process*, 1921, und *The Growth of the Law*, 1924) und Llewellyn (*The Bramble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School* [with a new introduction and Notes by Steve Sheppard, 2008] 55 ff; *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, 1960; Llewellyn, *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika 1933*, insb. §§ 1 – 16, 40 – 74; *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about how Statutes are to be Construed*, (1950) *Vanderbilt LR* 395 ff); *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft*, 1977 (herausgegeben aus dem Nachlass von Manfred Rehbinder) S. 47 f, 51 ff [zu Llewellyn insoweit instruktiv auch Lawrence, M. Friedman, Karl Llewellyn and the Riddle of Judicial Decision-Making, in: *Drobnig/Rehbinder* (Hg), *Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht*. Karl. N. Llewellyn und seine Bedeutung heute, 1994, S. 135 ff]. Es gilt aber auch für anderen Rechtsrealisten, vgl. Oliphant, *A Return to Stare Decisis*, (1928) 14 *American Bar Association Journal*, 71. Mit besonderem Augenmerk auf Tatsacheninstanzen auch Jerome Frank, insbesondere in *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice* (1949) und *Law and the Modern Mind*, 1930 (zitiert nach der von Brian H. Bix besorgten Ausgabe 2009); und in dem Aufsatz *What Courts Do in Fact – Part One*, (1931-32) 26 *Illinois LR* 645 und *What Courts Do in Fact – Part Two*, (1931-32) 26 *Illinois LR* 761.

### 3) *Der Versuch der rein aktienrechtlichen Problemlösung*

Die Begründung des Bundesgerichtshofs konzentriert sich auf die Frage der Zulässigkeit der Zahlungen vor dem Hintergrund der §§ 113, 114 AktG. Gleiches gilt für die Entscheidungen von Landgericht und OLG. Und gleiches gilt für die sie kommentierende Literatur.<sup>16</sup> Umfangreich, detailliert und spezialisiert wird der Anwendungsbereich der aktienrechtlichen Vorschriften erörtert. Als ein Kernproblem wird thematisiert, ob gerade wegen der Regelung von § 114 AktG die Honorarvergütung noch vor Genehmigung des Vertrages durch den Aufsichtsrat als rechtmäßig angesehen werden konnte. Dem erweiterten Normzweck der Vermeidung der unzulässigen Beeinflussung des Aufsichtsratsmitglieds durch vom Vorstand der Gesellschaft veranlasste Leistungen und seiner Reichweite im Einzelfall gilt das Hauptaugenmerk.

Erstaunlicherweise wird dabei ein wichtiger Aspekt übersehen, der zur Feststellung der richtigen Beurteilung des Falles wesentlich ist: Dass der Vorstand die Zahlung von etwa einer Million Euro veranlasst hat, obgleich ein wirksamer Vertrag unzweifelhaft zum Zeitpunkt der Zahlung nicht bestanden hat, erscheint in sich selbst als erhebliches rechtswidriges Verhalten. Dies wird unten ausgeführt (II § 5).

### 4) *Übersicht über den Beitrag*

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist zweigeteilt. Im Hauptteil geht es um die Frage der Rechtswidrigkeit des Verhaltens und die Anwendung von § 114 AktG, die der Senat ebenso wie die Instanzgerichte bejaht. Die letztlich entscheidende Nebenfrage war die nach der Offenkundigkeit, die der Senat anders als die Instanzgerichte jedoch verneint. Die Erörterung folgt dieser Zweiteilung.

Zunächst wird der Sachverhalt dargestellt und die Entscheidungen der Instanzgerichte sowie des Bundesgerichtshofs zusammengefasst. Einige in der Literatur diskutierte Punkte zur Frage der Zulässigkeit von Beraterverträgen eines Mitglieds des Aufsichtsrates werden dabei berührt. Eine umfangreiche und detaillierte Erörterung der rechtlichen Fragen kann und soll hier nicht erfolgen. Kurz soll aber die Tragfähigkeit der Begründung der drei Instanzen zur Frage der Rechtswidrigkeit geprüft werden (II § 4).

Ebenfalls kurz soll auf die Frage der Pflichtwidrigkeit der Veranlassung einer Zahlung eingegangen werden, wenn offensichtlich ein Rechtsgrund für sie nicht besteht (II § 5).

Sodann wird der Begründungsansatz des Bundesgerichtshofs kritisch hinterfragt, mit dem er die Eindeutigkeit des Gesetzesverstößes unter Bezug auf das Fehlen einer höchstrichterlichen die Gesetzesauslegung verbindlich festlegenden Vorentscheidung verneint (III § 6 und § 7). Der Senat geht ersichtlich von einer erheblichen Bedeutung des Richterrechts aus. Der Behandlung der gerichtlichen Entscheidungen und ihrer Bedeutung durch den Senat soll

nachgegangen werden. Hierbei wird wie gesagt das rechtsrealistische Gedankengut hilfreich sein können (IV § 8 und § 9 sowie V § 11).

## § 2 **Der Fresenius-Fall: Anfechtungsklage gegen Entlastungsbeschluss in der Hauptversammlung**

### 1) *Der Sachverhalt*

Die Klägerin ist Stammaktionären der Beklagten Aktiengesellschaft, der Fresenius SE. Sie war Teilnehmerin der Hauptversammlung am 08.05.2009. Mit der Anfechtungsklage verfolgt sie (jedenfalls soweit hier von Interesse) das Ziel, die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten in Bezug auf die Entlastung des Vorstands und in Bezug auf die Entlastung des Aufsichtsrats für nichtig zu erklären. Sie stört sich dabei an folgendem Sachverhalt.

Der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende ist Rechtsanwalt und Partner einer überörtlichen Anwaltskanzlei. Diese erhält von der Beklagten pro Jahr Mandate für Euro eine Million. Der rechnerische Gewinnanteil des Mitglieds des Aufsichtsrats aus dem Beratungshonorar der Beklagten beläuft sich auf ca. Euro 10.000,00. Für das Aufsichtsratsmandat erhielt er eine Vergütung von Euro 149.000,00. Schließlich ist der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende einer von drei Testamentsvollstreckern, denen die Stimmrechtsausübung für eine Beteiligung von ca. 58 % der Stammaktien obliegt.

Die Mandate wurden innerhalb der Gesellschaft in der Form behandelt, dass die jeweiligen Einzelmandate erst nach Bezahlung der Honorare dem Aufsichtsrat zur Genehmigung vorgelegt wurden. Die vom 01. Januar 2008 bis 30. September 2008 erbrachten Zahlungen auf Mandatsverträge wurden am 04.12.2008 vom Aufsichtsrat durch Beschluss genehmigt.

In der Hauptversammlung wurde sowohl dem Vorstand als auch dem Aufsichtsrat Entlastung erteilt.

Diese Entlastungen greift die Klägerin an.

### 2) *Die Urteile des Landgerichts Frankfurt und des Oberlandesgerichts Frankfurt*

Das Landgericht hat der Klage durch Urteil vom 15. Februar 2011 stattgegeben.

Die beklagte Gesellschaft hat das Urteil des Landgerichts Frankfurt mit der Berufung angegriffen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung – soweit hier von Interesse – durch Urteil vom 15.02.2011 als unbegründet zurückgewiesen<sup>17</sup>. Die Entlastungsbeschlüsse für Vorstand und Aufsichtsrat seien nach § 48 Abs. 1 Aktiengesetz für nichtig zu erklären. Die Regeln über die aktienrechtliche Beschlussanfechtung seien nach Art. 9 Abs. 1 C SE-VO auf Beschlüsse einer SE anwendbar. Der Anfechtungsgrund liege vor, weil die Be-

<sup>16</sup> Vgl. etwa Habersack, NJW 2011, 1234; Spindler, NZG 2011, 334; Bicker, DStR 2011, 2155; Drygala, ZIP 2011, 427.

<sup>17</sup> OLG Frankfurt (Nachweise in Fn 2) Rn 23 bis 36.

schlüsse gegen § 120 Abs. 2 S. 1 AktG verstießen. Denn sie billigten die Verwaltung durch die Organe außerhalb eines der Hauptversammlung zustehenden Ermessensspielraums, weil die Billigung erklärt sei, obwohl ein schwerer und eindeutiger Gesetzesverstoß vorläge. Denn die vom Vorstand im Entlastungszeitraum veranlassten Zahlungen an die Rechtsanwalts-gesellschaft, bei der der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende Mitgesellschafter war und ist, verstießen gegen § 114 Abs. 1 AktG. § 114 Abs. 1 AktG sei eine Verhaltensnorm. Aus ihr ergebe sich ein Verbot, ohne wirksamen (Dritt-) Vertrag Zahlungen an ein Aufsichtsratsmitglied zu leisten. In § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG sei geregelt, dass sich der Vorstand schadensersatzpflichtig mache, wenn er entgegen dem Aktiengesetz Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder gewähre. Daraus folge, dass die rechtsgrundlose Zahlung durch den Vorstand nicht als kaufmännisch vertretbares Geschäftsleiterverhalten erlaubt oder hinzunehmen sei, sondern ein rechtswidriges Verhalten darstelle. Der Regelungszweck des § 114 Abs. 1 AktG bestehe darin, eine unsachliche Beeinflussung einzelner Aufsichtsratsmitglieder durch den Vorstand zu verhindern. Damit solle eine Abhängigkeit des überwachenden Organs vom überwachten Organ verhindert werden. Die Beeinflussung des Aufsichtsratsmitglieds erfolge nicht nur durch Zahlung auf einen wirksamen Dienstvertrag, sondern auch durch Zahlung ohne Rechtsgrund. Die Abhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds sei sogar größer, wenn es damit rechnen müsse, auf Rückzahlung in Anspruch genommen zu werden. In erster Linie gehe es um die Funktionsfähigkeit der innerkorperschaftlichen Kontrolle. Es gehe nur mittelbar um den Schutz der Gesellschaft vor rechtsgrundlosen Zahlungen an Dritte. Die Deutung des § 114 Abs. 1 AktG als Verhaltensnorm entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers bei seiner Einführung in das Aktiengesetz 1965. Sachlich ungerechtfertigte Sonderleistungen und unsachliche Beeinflussung eines Aufsichtsratsmitglieds durch den Vorstand sollten verhindert werden.

Die Genehmigungspraxis lasse die Pflichtwidrigkeit der Zahlungen nicht nachträglich entfallen, weil die Rückwirkungs-fiktion des § 184 Abs. 1 BGB das tatsächliche Fehlverhalten nicht ungeschehen machen könne, und auch mit dem Gesetzeszweck nicht zu vereinbaren sei. Eine entstandene Abhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds könne bereits während der Schwebezustands zu Beeinflussungen geführt haben.

Würde man die Praxis der Beklagten billigen, führe dies dazu, dass das Aufsichtsratsmitglied nahezu immerzu un-berechtigte Mandatsvorteile nutzen können, nur einmal jährlich durch eine Genehmigung unterbrochen.

Die Zahlungen seien nicht wegen Bedeutungslosigkeit unbeachtlich. Mittelbare Zahlungen stünden unmittelbaren gleich, soweit sie dem Organmitglied zukämen. Nur ganz geringfügige Zuwendungen seien ohne Belang. Dies gelte für den von der Beklagten vorgetragene Gewinnanteil von ca. Euro 10.000,00, die das Aufsichtsratsmitglied erhalte, nicht. Die hohe Gesamtzahlung bestimme das Interesse des Aufsichtsratsmitglieds. Seine Stellung in der Partnerschaft oder auch nur sein Ansehen dort werde durch diesen Umstand naheliegender beeinflusst. Auch absolut und im Verhältnis zur Gesamtvergütung als Aufsichtsrat sei der Betrag von Euro 10.000,00 nicht unbedeutend.

Das Oberlandesgericht hält dafür, der Gesetzesverstoß sei schwerwiegend, denn die unvoreingenommene Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat habe hohe Bedeutung und betreffe eine Grundstruktur der AG, bei der eine andere laufende Überwachung der geschäftsführenden Organe fehle.<sup>18</sup>

Der Verstoß sei auch eindeutig, denn er betraf eine klare gesetzliche Regelung in § 114 Abs. 1 AktG. Dass der durch ein Wirtschaftsprüferunternehmen beratene Vorstand in einem Rechtsirrtum über die Verfahrensweise handelte, sei unbeachtlich. Für den der Entlastung schädlichen Verstoß gegen Gesetz oder Satzung komme es auf ein Verschulden des Organs nicht an.

Die Zahlungen an die Kanzlei entgegen der aktien-gesetzlichen Zustimmungspflicht seien auch für den stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden pflichtwidrig und damit schwere und eindeutige Gesetzesverstöße, die zur Versagung der Gesamtentlastung führen müssten.<sup>19</sup>

### 3) Das Urteil des Bundesgerichtshofes

Auf die Revision der Beklagten hebt der Bundesgerichtshof das angefochtene Urteil auf und verweist die Sache an das Berufungsgericht zurück.<sup>20</sup>

Die Ausführungen des Berufungsgerichts enthielten in einem entscheidenden Punkt einen Rechtsfehler.

Es läge zwar ein Verstoß gegen das Gesetz, § 114 AktG, in der Zahlung der Beratungshonorare vor, obwohl der Aufsichtsrat den Verträgen nicht zugestimmt habe. Auch der Aufsichtsrat habe sich rechtswidrig verhalten, indem er diese Praxis nicht beanstandet habe. Dies Verhalten sei aber kein schwerer und eindeutiger Verstoß. Deshalb führe es nicht zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse.

Ein Vorstand dürfe gemäß § 114 Abs. 1 AktG grundsätzlich keine Honorare an ein Aufsichtsratsmitglied oder seine Sozietät zahlen, bevor die Beratungsverträge vom Aufsichtsrat genehmigt seien. Der Regelungszweck des § 114 AktG sei im Zusammenhang mit dem des § 113 AktG zu sehen. Nach § 113 AktG habe die Hauptversammlung über die Höhe der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder zu entscheiden, soweit dies nicht in der Satzung geschehen sei. Der Zweck von § 114 AktG bestehe zum einen darin, Umgehungen des § 113 AktG zu verhindern, indem es dem Aufsichtsrat ermöglicht werde, die vom Vorstand geschlossenen Beratungsverträge präventiv darauf zu überprüfen, ob sie tatsächlich in Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Gebot des § 113 AktG nur Dienstleistungen außerhalb der organ-schaftlichen Tätigkeit zum Gegenstand haben. Der Zwang, den Vertrag offen zu legen und dem Aufsichtsrat zur Zustimmung zu unterbreiten, solle diesem die Möglichkeit eröffnen, sachlich ungerechtfertigte Sonderleistungen der Aktiengesellschaft an einzelne Aufsichtsratsmitglieder und damit eine denkbare unsachliche, der Erfüllung seiner Kontrollaufgabe

18 OLG Frankfurt (Nachweise in Fn 2) Rn 35.

19 OLG Frankfurt (Nachweise in Fn 2) Rn 36.

20 BGH (Fn 2) Rn 9 bis 22 und 23.

abträgliche Beeinflussung des Aufsichtsratsmitglieds durch den Vorstand zu verhindern. Zur Begründung werden angeführt die Senatsurteile BGHZ 126, 340, BGHZ 168, 188 und BGHZ 170, 60.<sup>21</sup>

Diese Kontrolle sei auch dann geboten, wenn der Beratungsvertrag mit einer Gesellschaft, an der das Aufsichtsratsmitglied beteiligt sei, geschlossen werde und ihm dadurch mittelbare Zuwendungen zufließen, die nicht entweder ganz geringfügige Leistungen oder im Vergleich zur Aufsichtsratsvergütung vernachlässigenswerten Umfang hätten<sup>22</sup>.

Mit der Zahlung von Honoraren an die Sozietät zu einem Zeitpunkt, in dem der Aufsichtsrat die Zustimmung noch nicht erteilt hatte, habe der Vorstand gegen § 114 Abs. 1 AktG verstoßen<sup>23</sup>.

Allerdings ergebe sich schon aus § 114 Abs. 2 S. 1 AktG, dass der Aufsichtsrat den Vertrag auch nachträglich genehmigen könne, und dies auch noch nach Zahlung der Vergütung. Aus der Möglichkeit, einen Beratungsvertrag zu genehmigen, folge aber nicht, dass der Vorstand pflichtgemäß handle, wenn er schon vor der Genehmigung des Vertrages durch den Aufsichtsrat eine Vergütung zahle<sup>24</sup>.

Ausdrücklich wendet sich der Senat gegen die in der Besprechungsliteratur zu Berufungsentscheidung vertretene entgegengesetzte Auffassung.

An der Rechtswidrigkeit einer solchen Vergütungszahlung ändere sich nichts, wenn der Aufsichtsrat den Vertrag anschließend genehmige. Die nach § 184 Abs. 1 BGB angeordnete Wirksamkeit von Anfang an ändere nichts daran, dass sich der Vorstand grundsätzlich regelwidrig verhalten habe. Denn die nach dem Gesetzeszweck erforderliche präventive Kontrolle durch den Aufsichtsrat habe zum Zeitpunkt der Zahlung noch nicht stattgefunden. Schon die Zahlung einer zum Zahlungszeitpunkt rechtsgrundlosen Vergütung stelle jedenfalls regelmäßig eine Privilegierung des Aufsichtsratsmitglieds dar, die durch § 114 AktG gerade verhindert werden solle<sup>25</sup>.

Es könne nicht eingewendet werden, das Erfordernis der vorherigen Zustimmung sei unpraktikabel und führe dazu, dass keine Beratungsverträge mehr mit Aufsichtsratsmitgliedern oder deren Sozietäten geschlossen werden würden. Die sich bei Anwendung des § 114 AktG gegebenenfalls ergebende zeitliche Verzögerung der Honorarzahlung sei der Preis, den das Aufsichtsratsmitglied zahlen müsse, wenn es von der Gesellschaft Aufträge bekommen wolle. Hier verweist der Senat auf das Urteil BGHZ 170, 60 Rn. 9<sup>26</sup>.

Trotz des Gesetzesverstößes seien die Entlastungsbeschlüsse jedoch nicht anfechtbar. Denn es fehle an einem eindeutigen schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß.

Der Kern der Begründung folgt in Randnummer 23 des Erkenntnisses. Er soll wörtlich wiedergegeben werden:

„[23] Die Rechtsfrage, von der die Rechtmäßigkeit der Zahlungen abhängt, war keineswegs – wie das Berufungsgericht angenommen hat – eindeutig zu beantworten. Soweit ersichtlich, hatte zum Zeitpunkt der Hauptversammlung vom 8. Mai 2009 lediglich das Oberlandesgericht München in einem Urteil vom 24. September 2008 (ZIP 2009, 1667, 1668 mit insoweit offener Anmerkung von Ziemons, FD-HGR 2008, 269757) die Meinung vertreten, Zahlungen an Aufsichtsrats-Anwälte oder deren Sozietäten ohne vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats blieben auch dann rechtswidrig, wenn die Genehmigung später erteilt werde. Diese Meinung war im rechtswissenschaftlichen Schrifttum nicht vertreten worden (siehe etwa Lutter/Drygala in Festschrift für Ulmer, 2003, S. 381, 396 f.). Die nach Veröffentlichung des Berufungsurteils in der vorliegenden Sache zahlreich erschienenen gegenteiligen Literaturbeiträge zeigen, dass es durchaus als vertretbar angesehen werden konnte, die Rückwirkung der Genehmigung des Aufsichtsrats nach § 184 Abs. 1 BGB nicht nur auf den Rechtsgrund für die Zahlung, sondern auch auf die Frage zu beziehen, ob das Verhalten des Vorstands noch als rechtswidrig angesehen werden kann. Solange diese Frage nicht höchstrichterlich geklärt war, konnten die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats nicht von einer eindeutigen Rechtslage ausgehen (vgl. Henze, Der Aufsichtsrat 2011, 59).“

## II. Die Hauptfrage(n): Anwendung von § 114 AktG Ja oder Nein? und: Zahlung trotz Fehlens einer Verbindlichkeit

Der Bundesgerichtshof stellt in seiner Begründung vor allem auf die Anwendbarkeit von § 114 AktG einerseits und andererseits auf die Erkennbarkeit dieser Anwendbarkeit des Gesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt ab. Dieser Unterscheidung soll hier zunächst gefolgt werden. Außerdem wird die vom Senat nicht hinreichend gewürdigte Frage der Zulässigkeit einer Leistung zulasten der Gesellschaft bei Fehlen einer wirksamen vertraglichen Vereinbarung erörtert.

### § 3 Die Regelung von § 114 AktG allgemein

#### 1) Systematik und Zweck von § 114 AktG

Kurz ist der rechtliche Zusammenhang der Frage nach der Zulässigkeit von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern zu skizzieren.

Einen gesetzlichen Anspruch auf Vergütung hat ein Aufsichtsrat nicht. Eine Vergütung für die Tätigkeit kann, muss aber nicht gewährt werden. Erforderlich für die Entstehung des Anspruchs ist, dass die Vergütung entweder durch eine Bestimmung in der Satzung oder durch Bewilligung durch die Hauptversammlung geregelt wird, § 113 Abs. 1 S. 2 AktG. Zuständig für die Vergütung sind also letztlich die Aktionäre. Weder der Aufsichtsrat noch der Vorstand können

21 BGH (Fn 2) 12 und 13.

22 BGH (Fn 2) Rn 14.

23 BGH (Fn 2) 17.

24 BGH (Fn 2) 18.

25 BGH (Fn 2) 19 f.

26 BGH (Fn 2) 21.

eine Bezahlung der Mitglieder des Aufsichtsrates beschließen. In § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG ist darüber hinaus ausdrücklich niedergelegt, dass der Vorstand zum Ersatz verpflichtet ist, wenn entgegen dem Gesetz Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder gewährt werden. Für Aufgaben im Bereich der Tätigkeit innerhalb des Aufsichtsrates kann keine nicht durch Satzung oder Hauptversammlungsbeschluss gedeckte Verpflichtung zur Vergütung vereinbart werden. Ein Vertrag, der doch eine Vergütung vorsieht, ist nach § 134 BGB i.V.m. §§ 113, 114 AktG nichtig<sup>27</sup>. Als Ausnahme zur allgemeinen Vertragsfreiheit sieht das Aktiengesetz in § 114 Abs. 1 vor, dass die Wirksamkeit eines Vertrages zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft mit der Verpflichtung zur Erbringung einer Tätigkeit höherer Art durch das Aufsichtsratsmitglied von der Zustimmung des Aufsichtsrates abhängt. In Abs. 2 der Vorschrift wird niedergelegt, dass das Aufsichtsratsmitglied die Vergütung zurück zu gewähren hat, wenn die Gesellschaft sie ohne Zustimmung des Aufsichtsrates zu dem Vertrag gewährte. Eine Ausnahme hierzu gilt nur, wenn der Aufsichtsrat den Vertrag genehmigt. Für einen möglichen Bereicherungsanspruch des Aufsichtsratsmitglieds gegen die Gesellschaft wird in § 114 Abs. 2 S. 2 2. HS AktG ein Aufrechnungsausschluss statuiert<sup>28</sup>.

Die Vorschriften der §§ 113, 114 AktG gehören eng zusammen<sup>29</sup>. Zum einen sichern sie das Entscheidungsrecht der Aktionäre auf Bestimmung einer Vergütung für den Aufsichtsrat. Es ist Sache der Aktionäre über das Ob und Wieviel einer Vergütung zu entscheiden<sup>30</sup>. Zum anderen sorgen Sie dafür, dass der Aufsichtsrat, dessen gesetzliche Aufgabe die Überwachung des Vorstands ist (§ 111 Abs. 1 AktG), nicht von diesem auf Kosten der Gesellschaft Leistungen erhält, die seine Überwachungstätigkeit möglicherweise beeinflussen.

Zutreffend wird für die Vorschrift von § 114 AktG angenommen, es sei zwingend eine *präventive Kontrolle* durch den Aufsichtsrat beabsichtigt<sup>31</sup>. Der Gegenstand dieser präventiven Kontrolle ist ein doppelter. Zum einen soll geprüft werden können, ob nicht eine bereits von der organschaftlichen Pflichtenstellung abgedeckte Tätigkeit durch einen Vertrag gesondert vergütet werden soll. Denn ein solcher Vertrag wäre nach § 134 BGB nichtig. Zum anderen soll geprüft werden können, ob bei einer aufsichtsratsfremden Tätigkeit vielleicht dennoch die Interessen der Gesellschaft oder sonstige Gründe gegen die Tätigkeit sprechen. Präventive Kontrolle heißt hierbei nicht, dass nicht eine nachträgliche Genehmigung des Vertrags zulässig wäre. Aber das heißt, dass die Leistung der Gesellschaft eben erst nach der Kontrolle und Genehmigung erfolgen darf.

Weiterer (Fern-)Zweck der Regelung ist, das duale Verwaltungssystem der AG mit Vorstand und Aufsichtsrat in seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten. Dies setzt Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber dem Vorstand voraus.<sup>32</sup>

## 2) Wortlaut und Programm der Norm

Nach dem Wortlaut ist ein Vertrag zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft für Tätigkeiten höherer Art, die außerhalb der organschaftlichen Pflichten stehen, nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates wirksam. Die Zustimmung muss nicht zwingend als vorheriger Einwilligung erklärt werden. Sie kann auch nach Abschluss des Vertrages durch den Vorstand vom Aufsichtsrat erteilt werden. Das Gesetz stellt aber klar, dass eine Leistung, die bei noch schwebender Unwirksamkeit des Vertrags von der Gesellschaft erbracht wird, von dem Aufsichtsrat sofort zu erstatten ist. Erst wenn der Vertrag wirksam ist - sei es mit Einwilligung des Aufsichtsrates, sei es mit nachträglicher Zustimmung des Aufsichtsrates - entsteht der Anspruch. Erst dann darf er von der Gesellschaft erfüllt werden. Der Wortlaut stellt klar, dass eine Leistung der Gesellschaft erst geschuldet ist, wenn der Vertrag wirksam ist. Eine trotz Fehlens der vertraglichen Grundlage erbrachte Vergütung ist vom Aufsichtsratsmitglied sofort zu erstatten<sup>33</sup>.

Nicht dem Wortlaut zu entnehmen ist, was in der Besprechungsliteratur angeführt wird, nämlich dass § 114 AktG die Zulässigkeit von Leistungen auf schwebend unwirksame Verträge vorsähe<sup>34</sup>. Das Gegenteil ist der Fall! § 114 Abs. 2 AktG statuiert das Gewähren der Vergütung trotz fehlender Genehmigung schlicht als Tatbestandsmerkmal des Rückforderungsanspruchs. Der mit „es sei denn“ eingeleitete Satzteil bestimmt nur die Ausnahme, wenn zwischen Gewährung und Erstattung die Genehmigung erfolgt. Dies folgte auch ohne diesen Normbestandteil bereits aus § 242 BGB. Denn dann fehlte der Gesellschaft das schutzwürdige Interesse, da die Leistung alsbald zurück zu gewähren wäre (*dolo-petit-Einwand*<sup>35</sup>).

Sollte § 114 Aktiengesetz wirklich - entgegen allen Regeln - die Zulässigkeit der Zahlung trotz Fehlens einer wirksamen vertraglichen Verpflichtung gestatten und „erlauben“, „dürfte“ die Gesellschaft zwar zahlen, müsste das Gezahlte aber sogleich zurückfordern. Dies Hin und Her ist sicher nicht vom Gesetz beabsichtigt.

Die Norm hat also das Programm: Erst wirksamer Abschluss des Vertrages (sei es mit vorheriger, sei es mit nachträglicher Genehmigung des Aufsichtsrates), dann Leistungserbringung durch die Gesellschaft. Wird die Leistung trotz Fehlens eines wirksamen Vertrages erbracht, ist sie zu erstatten. Wird die Leistung trotz Fehlens eines wirksamen Vertrages erbracht und erfolgt die Zustimmung sodann, kann die Erstattung unterbleiben.

27 MK-Aktiengesetz-Habersack, 3. Auflage 2008, § 114 Rn 22; Spindler/Stilz-Spindler, Aktiengesetz, 2. Auflage 2010, § 113 Rn 62, § 114 Rn 16 mN in Fn 58; KK-Mertens, 2. Auflage 1995, § 113 Rn 5 f; § 114 Rn 4 f.

28 Drygala, in: K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, 2. Auflage 2010, § 114 Rn 22; Spindler/Stilz-Spindler, Aktiengesetz, 2. Auflage 2010, § 114 Rn 26.

29 MK-Aktiengesetz-Habersack, 3. Auflage 2008, § 113 Rn 2; Spindler/Stilz-Spindler, Aktiengesetz, 2. Auflage 2010, § 114 Rn 2; Drygala, in: K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, 2. Auflage 2010, § 114 Rn 5; Ziemons, GWR 2012, 451.

30 Spindler/Stilz-Spindler, Aktiengesetz, 2. Auflage 2010, § 113 Rn 4.

31 Lutter, Festschrift Harm Peter Westermann, 2008, 1171, 1173; Ziemons, GWR 2012, 451; Spindler, NZG 2012, 1161, 1162 f.

32 Lutter/Kremer, ZGR 1991, 87, 92. Zum Schutzzweck der Unabhängigkeit des Aufsichtsrates vgl. auch Ullrich, GmbHR 2012, 1153, 1160.

33 Spindler/Stilz-Spindler, Aktiengesetz, 2. Auflage 2010, § 114 Rn 24.

34 So Drygala, ZIP 2011, 427, 429; Bicker, DStR 2011, 2155, 2156; Becker, Der Konzern 2011, 235 Text zu Fußnote 14; wohl auch Habersack, NJW 2011, 1234. Ähnlich argumentiert Quinke, DStR 2012, 2020, 2022.

35 Vgl. nur Palandt-Grüneberg, 73. Auflage, 2013, § 242 Rn 52.

3) Zur (richterrechtlichen) Konkretisierung der Anwendbarkeit von § 114 AktG durch die Rechtsprechung (u.a.: „zwingende präventive Kontrolle“)

In den letzten Jahren hat sich die Rechtsprechung mehrmals mit der Anwendung von § 114 AktG beschäftigt. Dabei wurde zum Teil in erweiternder Auslegung, zum Teil im Wege der Analogie eine ausdehnende Anwendung der Vorschrift nicht nur befürwortet, sondern auch in die Tat umgesetzt. Von Goette, dem damaligen Vorsitzenden des Gesellschaftsrechtssenats des BGH, wird in einer extrajudiziellen Stellungnahme aus dem Jahr 2008 festgestellt, die Rechtsprechung unterstreiche die engen inhaltlichen und formellen Grenzen, unter denen ein Aufsichtsratsmitglied einen honorierten Beratungsvertrag mit der AG schließen dürfe<sup>36</sup>.

Die Rechtsprechung hebt den Zusammenhang der Vorschrift mit § 113 Aktiengesetz hervor<sup>37</sup>. Dieser verhindere im Interesse der Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft eine „Selbstbedienung“<sup>38</sup> der Aufsichtsratsmitglieder und erschließe die Kompetenz des Vorstandes aus, über die Vergütung der Mitglieder seines Überwachungsorgans zu befinden.

Dieser Schutzzweck werde von § 114 AktG flankiert, indem er bestimmte Verträge einer zwingenden präventiven, die Offenlegung des Vertrages gegenüber dem Aufsichtsrat voraussetzenden Kontrolle unterwerfe, ob der Vertrag tatsächlich nur Dienstleistungen außerhalb der organschaftlichen Tätigkeit oder aber eine verdeckte Sonderzuwendung zum Gegenstand habe, die die Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung umgehe und die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung der Kontrolltätigkeit berge. Zum Erfordernis einer *präventiven Kontrolle* der Beratungsverträge führt der Senat im Urteil vom 03.07.2006, das in der amtlichen Sammlung BGHZ 168, 188 veröffentlicht ist, wörtlich aus:

„§ 114 AktG flankiert diesen Schutzzweck, indem er zwischen Vorstand und einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern ausgehandelte Verträge über Dienstleistungen höherer Art, insbesondere Beratungsverträge o.ä. der Zustimmung des Aufsichtsrats und damit einer zwingenden präventiven - die Offenlegung des Vertrages gegenüber dem Aufsichtsrat voraussetzenden - Kontrolle darauf hin unterwirft, ob der betreffende Vertrag tatsächlich nur Dienstleistungen außerhalb der organschaftlichen Tätigkeit (vgl. § 114 Abs. 1 AktG) oder aber eine verdeckte Sonderzuwendung zum Gegenstand hat, welche dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied unter Umgehung der Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung (§ 113 Abs. 1 AktG) gewährt wird und die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung seiner Kontrolltätigkeit mit sich bringt. Darüber hinaus ist eine präventive Kontrolle von Beratungsverträgen im Hinblick darauf geboten, dass diese auch außerhalb der Gewährung rechtswidriger Sondervorteile zu engen Beziehungen und Verflechtungen zwischen dem Vorstand

und einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern führen können (vgl. BGHZ 126, 340, 347 f.).“<sup>39</sup>

Die Offenlegung des Vertragsschlusses gegenüber dem gesamten Aufsichtsrat und das Erfordernis der Zustimmung dieses Organs seien der Preis, den das Aufsichtsratsmitglied entrichten müsse, wenn er über die organschaftliche Tätigkeit hinaus gegen Entgelt für die Gesellschaft tätig werden und sich nicht der Gefahr aussetzen wolle, die Vergütung zurückgewähren zu müssen<sup>40</sup>.

Das Gericht geht davon aus, dass der Wortlaut der Vorschrift zu eng ist und eine erweiternde Auslegung gefordert ist. Dies zeigt die mehrfache Anwendung der Vorschrift auf rechtsähnliche Sachverhalte<sup>41</sup>, die eigentlich von ihrem Wortlaut nicht gedeckt waren. Das Gericht sieht erhebliches Umgehungspotenzial und reagiert.

Darüber hinaus wird in der Rechtsprechung klargestellt, dass § 114 Abs. 2 AktG einen eigenen aktienrechtlichen Rückforderungsanspruch darstelle, nicht nur einen besonderen Bereicherungsanspruch<sup>42</sup>. In einem Fall der analogen Anwendung der Vorschrift, bei dem nicht das Aufsichtsratsmitglied selbst, sondern eine Kapitalgesellschaft, an der es beteiligt war, Vertragspartner der AG war, wurde der Erstattungsanspruch nicht (wie ein Bereicherungsanspruch) gegen die Vertragspartner-Gesellschaft gerichtet, sondern gegen das Aufsichtsratsmitglied persönlich<sup>43</sup>. Der Anspruch aus § 114 Abs. 2 AktG steht parallel neben einem möglichen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen den Vertragspartner.

Eine ähnlich ausdehnende Rechtsprechungslinie findet sich auch und gerade in der Judikatur des Oberlandesgerichts Frankfurt. Im Urteil vom 21.09.2005<sup>44</sup> führt das Gericht zur Anwendung des § 114 AktG unter anderem aus:

„§ 114 Abs. 1 AktG ist im Wege teleologischer Extension immer dann analog anzuwenden, wenn das Aufsichtsratsmitglied an der beratenden Gesellschaft nicht nur marginal beteiligt ist. Wesentlicher Zweck der gemeinsam zu betrachtenden Vergütungsregelung in §§ 113, 114 AktG ist es, die Unabhängigkeit des Kontrollorgans Aufsichtsrat vom Vorstand zu gewährleisten und intransparenten Verflechtungen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat vorzubeugen, die einer sachorientierten Arbeit des Aufsichtsrats im Wege stehen können. Es geht letztlich im weitesten Sinne um einen Schutz vor Korruption. [...]

[...] gerade Beratungsverträge [sind] hinsichtlich der Nachvollziehbarkeit der erbrachten Leistung und hinsichtlich der Preisbildung besonders missbrauchsanfällig und schwer zu kontrollieren [...] (vgl. Beater ZHR

36 Goette, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, 2008, Seite 1, 32.

37 BGHZ 126, 340, 346 f.; BGHZ 168, 188 Rn. 9; BGHZ 170, 60 Rn. 9.

38 BGHZ 168, 188, 193 Rn. 9.

39 BGHZ 168, 188 Rn. 9.

40 BGHZ 170, 60 Rn. 9.

41 Beispiele hierfür sind BGHZ 114, 127; BGHZ 126, 340, 346 ff; BGHZ 168, 188; BGHZ 170, 60.

42 BGHZ 168, 188 Rn. 12.

43 BGHZ 168, 188.

44 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 21.09.2005 (1 U 14/05) ZIP 2005, 2322 = AG 2005, 925 = DStR 2006, 108 = NZG 2006, 29 = WM 2006, 327 = OLG Frankfurt 2006, 249 = DB 2006, 942 (hier zitiert nach dem jurisdokument).

157 [1993], 420, 427 f.). Eine strenge Handhabung der §§ 113 f. AktG ist sachlich gerechtfertigt, weil Beratungsverträge erhebliche Interessenkonflikte herauf beschwören und weil das Bedürfnis nach angemessener Honorierung des Aufsichtsrats durch Zeithonorare für denselben befriedigt werden kann (vgl. Heussen NJW 2001, 708, 710).<sup>45</sup>

Dass diese Argumentation vom BGH jedenfalls nicht für unrichtig gehalten wird, sieht man an folgendem: Diese Berufungsentscheidung wird in BGHZ 170, 60 bestätigt.

Eine klare Leitlinie der richterlichen Anwendung der § 114 AktG ist, dass die Norm weit ausgelegt wird und in vielen Varianten zur Analogie herangezogen wird.

#### § 4 Die Anwendbarkeit von § 114 AktG (mit seinen richterrechtlichen Konkretisierungen) im Fresenius-Fall

##### 1) Vorliegen der Voraussetzungen von § 114 AktG und Kumulation von Interessen

Dass die Voraussetzungen eines Falles von § 114 AktG vorliegen, ist festzustellen nicht schwer. Einziger „Problempunkt“ war, dass der Vertrag nicht mit dem Aufsichtsratsmitglied selbst geschlossen wurde, sondern mit einer Gesellschaft, an der dieser als Partner beteiligt war.

Der Beratungsvertrag war zwar nicht, wie der Wortlaut von § 114 Abs. 1 AktG zu verlangen scheint, von dem Aufsichtsratsmitglied persönlich geschlossen. Dass die Norm in erweiternder Auslegung auch dann angewendet wird, wenn Vertragspartner ein Unternehmen ist, an dem das Mitglied beteiligt ist und dem Aufsichtsratsmitglied also mittelbare Zuwendungen über die Vergütung zufließen, ist in Rechtsprechung und Literatur aber anerkannt. Spätestens seit den Urteilen BGHZ 168, 188 und BGHZ 170, 60 ist dies höchst-richterlich geklärt. Und natürlich ist diese Rechtsprechung richtig. Der Gesetzgeber des Aktiengesetzes 1965 ahnte wahrscheinlich ebenso wenig, dass sich deutsche Rechtsanwälte dereinst in der Rechtsform einer mit beschränkter Haftung („LLP“) ausgestatteten Gesellschaft englischen Rechtes zur gemeinsamen Berufsausübung zusammen tun würden, wie er die Zulässigkeit der überörtlichen Sozietät oder der Simultanzulassung bei mehreren Gerichten vorhersehen konnte. Dass aber natürlich Rechtsanwälte als besonders sachkundig im Rechts- und Wirtschaftsleben als Aufsichtsräte von börsennotierten Kapitalgesellschaften gesucht sind, war auch in den 1960er Jahren nicht anders.

Anwaltliche Beratungsverträge sind prototypische Beispiele für Tätigkeiten höherer Art im Sinn der Vorschrift. Anwälte werden typischerweise wegen ihrer juristischen Sonderkenntnisse in einen Aufsichtsrat berufen. Daher ist eine Nähe der gesondert übernommenen Beratungsmandate zur eigentlichen Tätigkeit im Aufsichtsrat nahe liegend, jedenfalls gut möglich. Schon um sicherzustellen, dass kein nach § 113 AktG i.V.m. § 134 BGB nichtiger Vertrag vorliegt, war nach dem Gesetzeszweck das Genehmigungserfordernis erfüllt.

45 OLG Frankfurt (Fn 44) Rn 13.

Das Aufsichtsratsmitglied agiert ausweislich des Sachverhalts in einer Vielzahl von Funktionen. Er ist nicht nur als Aufsichtsrat *Überwacher* der Handlungen des Vorstands (§ 111 AktG), sondern zugleich als Anwalt dessen Vertragspartner und rechtlicher Berater. Außerdem vertritt er die Interessen eines Nachlasses als Testamentsvollstrecker, der über 58 % des Stammkapitals der SE mitentscheiden kann. Über die Testamentsvollstreckung konnte er so auch in der Hauptversammlung für die angefochtenen Entlastungsentscheidungen erhebliches Stimmgewicht in die Waagschale werfen. Zutreffend wird von *Drygala* auf eine weitere mögliche Interessenkollision hingewiesen<sup>46</sup>. Das Aufsichtsratsmitglied sei als Sozius der Kanzlei gegebenenfalls gehalten, auf das Aufsichtsratsmandat zu verzichten, um das anwaltliche Beratungsmandat nicht zu verlieren.

Diese Ansammlung der Funktionen kann naheliegender Weise wenigstens den Anschein von gravierenden Interessenkollisionen in der Person des Aufsichtsratsmitglieds begründen<sup>47, 48</sup>. Und gerade für solche Fälle sind die Regeln von §§ 113, 114 AktG eingeführt worden.

Damit der Aufsichtsrat nicht quasi vor vollendete Tatsachen gestellt wird, sondern in der Lage ist, die vom Gesetz beabsichtigte präventive Prüfung der beabsichtigten Tätigkeit ordnungsgemäß durchzuführen, verlangt der Zweck der Vorschrift eine Genehmigung, ehe die Gesellschaft ihrerseits Leistungen auf den Vertrag erbringt<sup>49</sup>. Dies wird hier insbesondere gelten müssen, da die Ansammlung von Funktionen und die offensichtliche Möglichkeit der Interessenkollisionen in der Person des stellvertretenden Aufsichtsratsmitglieds Anlass zur genauen Prüfung gab. Die Gefahr, dass mit der Leistung des außerordentlich hohen Honorars und der erst spät eingeholten nachträglichen Genehmigung Fakten geschaffen werden sollten, die dem Aufsichtsrat die Versagung der Genehmigung erschweren würden, ist jedenfalls nicht als völlig abwegig von der Hand zu weisen.

Bei der rechtlichen Bewertung ist auch einzustellen, dass im vorliegenden Fall bei einer Versagung der Genehmigung des Aufsichtsrates in Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Fall BGHZ 168, 188 der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende *persönlich* zur Rückzahlung des Gesamthonorars verpflichtet gewesen wäre - hier also ca. eine Million Euro. Es ist das eine, der Sozietät eines Mitaufsichtsrates eine erhebliche Vergütung zu versagen. Schwerer dürfte es aber wiegen, den Aufsichtsratskollegen einer so erheblichen Zahlungsverpflichtung auszusetzen. Da wird man – entgegen anders lautender Stimmen in der Literatur<sup>50</sup> – einen Zustimmungsdruck nicht von vornherein verneinen können.

46 Drygala, ZIP 2011, 427, 428.

47 Mit gewichtigen Gründen wird etwa von Frank vertreten, dass das kumulative Innehaben der Ämter von Testamentsvollstrecker und Aufsichtsrat rechtlich bedenklich ist, NZG 2002, 898, 902 ff, 94; kritisch hierzu Grunsky, ZEV 2008, 1, 4 f.

48 Ob diese Konstellation unter Gesichtspunkten des anwaltlichen Standesrechtes bedenklich ist, soll hier nicht erörtert werden.

49 So zutreffend Spindler, NZG 2011, 334, 336.

50 Z.B. Pietzke, BB 2012, 658, 659, der die Überlegung als „spekulativ“ bezeichnet (mit Nachweisen in Fußnote 18).

## 2) Zahlen (Vergütung, Honorar(e) vs. Dividende)

In der Leitentscheidung BGHZ 170, 60 stellt der Senat fest, der von den §§ 113, 114 AktG verfolgte Zweck, die unabhängige Wahrnehmung der organschaftlichen Überwachungstätigkeit zu gewährleisten, sei auch dann betroffen, wenn es um mittelbare Zuwendungen ginge, die nicht abstrakt betrachtet geringfügig seien oder im Vergleich zu der Aufsichtsratsvergütung einen nur vernachlässigenswerten Umfang hätten. Dieser Grundsatz wird sowohl vom OLG Frankfurt<sup>51</sup> wie auch vom Bundesgerichtshof<sup>52</sup> in den Fresenius-Entscheidungen übernommen.

Wie liegt die Sache hier? Ein Beratungsvolumen von jährlich ca. eine Million Euro ist ebenso wie eine Aufsichtsratsvergütung von pro Jahr Euro 149.000,00 – vorsichtig formuliert – nicht wenig.

Nachdem der streitgegenständliche Sachverhalt im Rahmen der Hauptversammlung der Fresenius SE für das Jahr 2009 aufkam, ist ein Blick auf das Verhältnis der Beträge zu Aktienkurs und Dividende instruktiv. Am Tag der Hauptversammlung stand der Wert der Fresenius-Aktie bei ca. 34,10 Euro. Die von der Hauptversammlung beschlossene Dividende betrug pro Aktie 0,70 Euro. Dies entspricht einer Dividendenrendite von 2,04 %. Um eine Dividendensumme von 149.000,00 Euro zu erhalten, musste man ca. 207.000 Aktien halten. Bei einem Wert von 34,10 Euro entspricht dies einem Gesamtwert von 7.060.000,00 Euro. Um eine dem vergüteten Honorar entsprechende Dividendensumme zu erreichen, hätte man ca. 1.420.000 Aktien halten müssen. Dies entspräche einem Aktienwert von 48.700.000,00 Euro.

Allein diese Vergleichszahlen machen deutlich, dass man es nicht mit Kleinbeträgen zu tun hat. Weder absolut noch relativ zu den Erträgen eines Aktionärs mittels Dividende hat man es hier mit vernachlässigenswerten Werten zu tun.

## 3) Zu Kritik an der OLG-Entscheidung

Das Berufungsurteil ist viel beachtet und viel besprochen worden<sup>53</sup> – und dies überwiegend kritisch. Der Bundesgerichtshof hat die Besprechungsliteratur zur Kenntnis genommen und gewürdigt<sup>54</sup>. Insbesondere auf die bereits eingangs zitierte Kritik von *Drygala* soll etwas gründlicher eingegangen werden.

Von *Drygala* wird unter der Überschrift „Praktische Unmöglichkeit der Normbefolgung“<sup>55</sup> angeführt, das Oberlandesgericht versperre einen praktikablen Ausweg, nämlich die nachträgliche Genehmigung der Zahlung des Honorars. Dies sei bedauerlich, weil dieser Auffassung praktisch das „Aus“ für Beraterverträge bedeute. Die mögliche Pflichtverletzung sei zu Unrecht als schwer und offensichtlich eingestuft worden. Da der BGH verlange, dass dem Aufsichtsrat der Vertrag in einer Form vorliege, die eine sichere Abgrenzung der

Aufsichtsratsstätigkeit und der zusätzlichen Beratung ermögliche, scheide eine Einwilligung aus. Ließe man mit dem OLG auch die Genehmigung nach § 184 BGB nicht zu, komme man zu dem Ergebnis, dass die betreffenden Verkehrskreise sich zwischen der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat und ihrer Mandatsbeziehung zur Gesellschaft entscheiden müssten. Diese Entscheidung werde, da nicht nur das persönliche Tätigwerden, sondern auch die Mandatierung der Sozietät betroffen sei, gegen das Aufsichtsratsmandat ausfallen.

Die Annahme des Oberlandesgerichts, § 114 AktG diene vorrangig dem Ziel, eine Abhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder vom Vorstand zu verhindern, füge sich nicht in das Gesamtsystem der Corporate Governance (in Ihrem heutigen Verständnis) ein<sup>56</sup>. Im Rahmen dieses Gesamtsystems seine Unabhängigkeit abzuwägen gegen Sachkompetenz. Gerade der Anwalt oder Steuerberater, der die Gesellschaft laufend berate, verfüge aus erster Hand über Einblicke in die bedeutenden Vorhabenprojekte der Gesellschaft. Dieser direkte Einblick, der dem Aufsichtsrat normalerweise fehle, sei nützlich, um die Berichte des Vorstands nach § 90 AktG an den im Rahmen der Mandatsbeziehung gewonnenen Einblicke und Bewertungen zu messen, sie gegebenenfalls kritisch zu hinterfragen und, wenn nötig, Ergänzungen zu verlangen. Eben dies verlange das Gesetz.

Im konkreten Fall ist doch darauf hinzuweisen, dass von einem Aufsichtsrat, der für seine Tätigkeit wie hier eine Vergütung in Höhe von ca. Euro 149.000 für ein Kalenderjahr erhält, billigerweise von der Gesellschaft erwartet werden kann, dass er sich – nötigenfalls auch zeitintensiv – die Kenntnisse über die Gesellschaft und ihre Geschäfte aneignet, die zur Ausübung seines Mandates erforderlich sind.

Das Entscheidungsdilemma zwischen Loyalität zur eigenen Sozietät und der Übernahme des Aufsichtsratsmandates stellt keine übermäßige Härte dar. Manchmal kann man eben nicht alles haben.

Außerdem führt *Drygala* an, zu der hier diskutierten Rechtsfrage existiere eine erhebliche Literaturmeinung, nach der eine nachträgliche Genehmigung ausreichend sei<sup>57</sup>. Das von der Beklagten angewandte Verfahren orientiere sich ersichtlich an der von *Lutter* und *Drygala* vorgeschlagenen Verfahrensweise. Hierin eine schwere und zudem offensichtliche Pflichtverletzung zu sehen, gehe nicht an. Denn es könne anerkanntermaßen von einem Vorstand und einem Aufsichtsrat nicht erwartet werden, dass er vorhersehe, wie die Gerichte sein Verhalten später bewerten. Bei einer nicht endgültig geklärten Rechtslage könne er die Entscheidung treffen, sich einer Ansicht anzuschließen, wenn dies auf Grundlage angemessener Informationen und nach Abwägung der damit verbundenen Risiken geschehe. Selbst wenn man berücksichtige, dass das OLG, an dessen Sitz die beklagte AG [gemeint: SE] ihren Sitz habe, hier diskutierten Frage die Gegenauffassung vertrete, sei es dem Vorstand nicht verwehrt, eine andere Position einzunehmen.

51 OLG Frankfurt (Fn 2) Rn 33.

52 BGH (Fn 1) Rn 13, 14.

53 Vgl. nur Habersack, NJW 2011, 1234; Spindler, NZG 2011, 334; *Drygala*, ZIP 2011, 427; Bicker, DStR 2011, 2155; Pietzke, BB 2012, 658.

54 Letzteres zeigt sich unter anderem in der Anzahl der in Rn. 19 des Revisionsurteils in Bezug genommenen Anmerkungen.

55 *Drygala*, ZIP 2011, 427, 428.

56 *Drygala*, ZIP 2011, 427, 428.

57 *Drygala*, ZIP 2011, 427, 429.

*Drygala* schließt mit dem Wunsch, der BGH solle eine Lösung finden, die § 114 Abs. 1 AktG nicht zu totem Recht werden lasse. Es solle deutlich klargestellt werden, dass die Unternehmensorgane auch bei der Rechtsanwendung eines Freiraums bedürfen, kraft dessen eine sorgfältig vorbereitete, am Gesetzeszweck orientierte und deshalb vertretbare Entscheidung nicht nachträglich als pflichtwidrig beurteilt werden könne<sup>58</sup>.

Warum es anerkannt sein sollte, dass von Vorstand und Aufsichtsrat nicht erwartet werden könne, wie ein Gericht sein Verhalten bewertet, ist unklar. Als sicher anerkannt wird man dagegen ansehen können den Grundsatz, dass die Gesetze allgemein für alle Rechtsunterworfenen gleichermaßen gelten. Wer sich in der Situation einer rechtlichen Unklarheit einer Rechtsmeinung anschließt, die ihm genehm scheint, läuft aber natürlich das Risiko, sich überschätzt zu haben. Als Spiegel der Freiheit, sich mit seinem Verhalten auf einer Rechtsmeinung zu verlassen, die sich später als rechtsirrig herausstellt, ist eben anzusehen, dass die Konsequenzen des Handelns zu tragen sind. Den Freiraum, den *Drygala* für Handeln aufgrund rechtlich vertretbarer Entscheidungen fordert, kann die Rechtsordnung richtigerweise nicht konzessionieren. Was erlaubt und was verboten ist, regelt das Gesetz und nicht die veröffentlichte juristische Meinung. Andernfalls würde alles, was in der rechtswissenschaftlichen Literatur als vertretbar angesehen wird, die Geltung des Gesetzes infrage stellen. Nicht welche Rechtsmeinung vertretbar ist, definiert das Erlaubte, sondern das Gesetz.

Wenn festgestellt wird, die Auffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt würde einer *Beschneidung der Kompetenzen* des Aufsichtsrates gleichkommen, denn dieser habe ein Ermessen, wie er diese Zustimmung erteilen wolle<sup>59</sup>, ist dies zweifelhaft. Wenn die Vorschrift und ihre Anwendung durch das Gericht überhaupt Kompetenzen beschneidet, dann die des Vorstands. Der Aufsichtsrat erhält im Gegenteil eine Prüfungsbefugnis, die er für andere Fälle von Vertragsschlüssen nicht hat. Und dass er nicht jedem beliebigen Vertrag zustimmen kann, ist natürlich eine Einschränkung. Das liegt aber in der Natur der Sache einer gesetzlichen Regelung.

## § 5 Der übersehene Problempunkt der Zahlung in Kenntnis des Nichtbestehens des Anspruchs

Wer als Notar die (schadensersatzbewehrte) Amtspflicht hat, Beteiligte an Rechtsgeschäften vor Vorleistungsrisiken und ungesicherten Vorleistungen zu warnen und durch sachgerechte Vertragsgestaltung zu schützen, der kann nicht umhin, sich über das ein oder andere wesentliche Detail des Sachverhalts zu wundern.

Dass eine Anwaltskanzlei bereit ist, trotz Fehlens einer vertraglichen Grundlage Beratungsleistungen in erheblichem Maße zu erbringen, ist das eine. Dass aber trotz Fehlens der Genehmigung und deswegen zu einem Zeitpunkt, als ein vertraglicher Anspruch auf die Gegenleistung noch nicht bestand, eine Rechnungsstellung erfolgt, erscheint doch

ungewöhnlich. Besonders verwunderlich ist natürlich, dass die Gesellschaft die hohen Zahlungen erbracht hat, ohne rechtlich hierzu verpflichtet gewesen zu sein.

Richtigerweise ist eigentlicher Ausgangspunkt der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Vorstands die allgemeine organschaftliche Pflichtenstellung in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen. Für den Vorstand ist das Gesellschaftsvermögen fremdes Vermögen, für welches er die einem Treuhänder vergleichbare Rechtsstellung hat<sup>60</sup>. Er ist kraft Amtes und regelmäßig kraft seines Vorstandsvertrages auch vertraglich dazu verpflichtet, die Vermögensinteressen der Gesellschaft wahrzunehmen und ihr Vermögen zu schützen<sup>61</sup>. Und er unterliegt der Pflicht zur ordnungsgemäßen Führung der Geschäfte<sup>62</sup>.

Zu diesem Bereich gehören einzelne, z.B. im Aktiengesetz ausdrücklich normierte Verpflichtungen. Es besteht aber auch darüber hinaus eine allgemeine Pflicht zur Vermögensbetreuung<sup>63</sup>. Auch das Strafrecht verpflichtet den Vorstand als Organ durch den Untreuetatbestand<sup>64</sup>. Wenn der Vorstand aus dem Gesellschaftsvermögen eine Zahlung erbringt, obgleich die Gesellschaft selber zu ihr nicht verpflichtet ist, verletzt er seine Pflichten. Zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehört es selbstverständlich, keine nicht geschuldeten Leistungen zu lasten des ihm anvertrauten Vermögens zu erbringen.

Dies gilt auch bei Verträgen, die noch nicht wirksam geworden sind, etwa weil eine noch erforderliche Genehmigung aussteht. Es dürfte nicht zweifelhaft sein, dass ein Vorstand pflichtwidrig handelt, wenn er den Kaufpreis auf einen mangels Genehmigung des Verkäufers noch schwebend unwirksamen Kaufvertrag zahlt.

Damit hat der Fresenius-Vorstand, geht man von der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages vor Genehmigung aus, auch hier seine Pflichten verletzt. Die Gesellschaft wird dadurch geschädigt, dass ihr Geld ohne Grund ausgegeben wird. Sie wird der Gefahr ausgesetzt, die Rückforderung des Geldes verlangen und den Anspruch gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen zu müssen. Dass Schuldner des Rückforderungsanspruchs eine LLP ist, deren Gesellschafter nicht persönlich haften, macht dies noch gravierender. Der Vorstand wird auch nicht dadurch entlastet, dass er ggf. davon ausging, der Vertrag werde in der Zukunft nachträglich genehmigt werden. Denn für die Genehmigung des Vertrages war ein anderes Gesellschaftsorgan - nämlich der Aufsichtsrat - zuständig. Der Vorstand hatte es nicht selbst in der Hand, für die Genehmigung zu sorgen.

An dem vertragswidrigen und pflichtverletzenden Verhalten zum Zeitpunkt der Zahlung ändert die zivilrechtliche Rück-

60 MK-Aktiengesetz-Spindler, 3. Auflage 2008, § 93 Rn 24 und 92; BGHZ 129, 30, 34 (zu GmbH-Geschäftsführer); BGH (Urteil vom 27.08.2010, 2 StR 111/09), in: BGHSt 55, 266, 274 Rn 25.

61 Vgl. nur Krieger/Sailer-Coceani, in: K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, 2. Auflage 2010, § 93, Rn 5; Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage 2006, § 15 III 5. a).

62 BGH, (Urteil vom 10.07.2010, VI ZR 341/10) Rn 22.

63 Vgl. BGHSt 55, 266, 274 Rn 25 f.

64 Vgl. nur Leipziger Kommentar-Schünemann, 12. Auflage, 2012, § 266 StGB Rn 256; BGHSt 47, 187, 192; BGHSt 55, 266, 274 Rn 25.

58 *Drygala*, ZIP 2011, 427, 429 f.

59 Pietzke, BB 2012, 658, 661.

wirkungsfiktion der nachträglich erteilten Genehmigung nichts. Warum an dem Grundsatz, dass vertragliche Leistungen erst erbracht werden müssen - und für den Vorstand einer Gesellschaft eben auch erst dann erbracht werden dürfen - wenn der Vertrag wirksam geworden ist, ausgerechnet im Bereich der vom Aktiengesetz als kritisch gesehenen Verträge zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft eine Ausnahme gemacht werden sollte, ist nicht dargetan.

Die Pflichtwidrigkeit ist auch deswegen zu bejahen, weil die Beratungsleistung vor Wirksamkeit der Genehmigung für die Gesellschaft weniger „wert“ war als danach. Denn zu diesem Zeitpunkt fehlte es noch an vertraglichen Ansprüchen gegenüber der LLP.

Außerdem war nicht auszuschließen, dass die Genehmigung gegebenenfalls schon deswegen zu verweigern war, weil möglicherweise der Gegenstand der Beratung sich mit den organschaftlichen Pflichten des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden (gegebenenfalls teilweise) deckte.

Von den drei Instanzen (LG, OLG und BGH) zu Unrecht nicht behandelt wird die Pflichtwidrigkeit des Vorstands, der zu Lasten der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt Vermögensminderungen verursacht, als der Rechtsgrund noch nicht vorlag. Diese allgemeine Feststellung ist durch die Konzentration auf die aktienrechtlichen Besonderheiten leider aus dem Blick geraten.

### III. Die entscheidende Nebenfrage, oder: Begründungswege in der Kritik

Im Folgenden wendet sich der Beitrag der Behandlung der nach Auffassung des Bundesgerichtshofs fehlenden Offenkundigkeit der Anwendung von § 114 AktG zu.

#### § 6 Überzeugungskraft der Argumentation

Nachdem der Senat ausführlich die Anwendbarkeit von § 114 AktG auf den vorliegenden Sachverhalt begründet und die Rechtswidrigkeit des Verhaltens nach dem Maßstab der Norm festgestellt hat, macht die Begründung eine erstaunliche Kehrtwende. Der Senat ist der Auffassung, wegen des Fehlens einer höchstrichterlichen Entscheidung über die konkrete Rechtsfrage fehle es an einer offensichtlichen und schweren Rechtsverletzung. Denn die Rechtsfrage sei keineswegs eindeutig zu beantworten gewesen.

Die Begründung überzeugt nicht.

Letztlich geht der Bundesgerichtshof davon aus: Der Vorstand befand sich in einem Rechtsirrtum. Und dieser Rechtsirrtum war nicht vermeidbar.

#### 1) Obergerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Rechtmäßigkeit der Vergütungsleistungen vor Genehmigung

Die vom Bundesgerichtshof als nicht hinreichend sicher zu beantwortende Frage war zuvor in der Rechtsprechung eigentlich bereits entschieden. Zwar lag eine revisionsgerichtliche Entscheidung noch nicht vor, aber in der oberlan-

desgerichtlichen Rechtsprechung war die Frage schon beantwortet. So hat das Oberlandesgericht München im Urteil vom 24.09.2008 entschieden, dass der Zeitpunkt der Zahlungen an die Rechtsanwaltskanzlei des Aufsichtsratsvorsitzenden der beklagten Aktiengesellschaft im Hinblick auf die Regelungen von §§ 113, 114 AktG für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Handelns des Vorstands von Bedeutung sei<sup>65</sup>. Dieser Kern dieser Entscheidung wird auch in der Anmerkungsliteratur hervorgehoben<sup>66</sup>.

Und bereits im Jahre 2005 hatte das OLG Frankfurt klargestellt<sup>67</sup>, dass es die Auffassung ablehne, eine nachträgliche Zustimmung beseitige die Rechtswidrigkeit. Denn der Aufsichtsrat sei in seiner Entscheidung über die Zustimmung deutlich unfreier als zuvor. Es liege nahe, dass Loyalität zum Aufsichtsratskollegen, der in der Gefahr stehe, mehr oder weniger umsonst gearbeitet zu haben, ein sachlich unerwünschtes Gewicht erhielten. Diese Bemerkung ist zwar nur ein *obiter dictum*<sup>68</sup>. Denn *in casu* fehlte es schon an einer ausreichenden nachträglichen Unterrichtung des Aufsichtsrats. Daher war eine Entscheidung insoweit nicht erforderlich. Der unvoreingenommene Leser kann aber keinen Zweifel haben, dass das Oberlandesgericht Frankfurt schon 2005 von der Rechtswidrigkeit ausging<sup>69</sup>.

Es war hier auch nicht so, dass etwa divergierende Entscheidungen verschiedener Instanz- oder Obergerichte vorgelegen hätten, die zu einer unsicheren Rechtslage beigetragen hätten. Überzeugender wäre die Ansicht des Senats gewesen, wenn es innerhalb der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ähnlich viele Entscheidungen in der einen wie in der anderen Richtung gegeben hätte. Nicht eine die Rechtsansicht, der der BGH letztlich nicht gefolgt ist, vertretene Gerichtsentscheidung kann aber angeführt werden.

Auch die Annahme, eine „nur“ durch ein OLG-Urteil beantwortete Rechtsfrage, sei so wenig geklärt, dass es einem Normadressaten unmöglich sei, sein Verhalten danach auszurichten, geht fehl. Urteile von Oberlandesgerichten haben eine herausgehobene Richtigkeitsgewähr. Diese Wertung findet sich unter anderem in der Vorschrift von § 717 Abs. 3 ZPO im Vergleich zu § 717 Abs. 2 ZPO ebenso wie in der Amtshaftungsrechtsprechung zur sogenannten Kollegialgerichts-Richtlinie<sup>70</sup>. Wenn der Betroffene sich nicht an der von einem Oberlandesgericht für richtig gehaltenen Rechtsansicht orientieren möchte, mag er das tun. Er darf sich dann aber nicht wundern, wenn der Bundesgerichtshof im Ergebnis ebenso entscheidet - und er dann die Konsequenzen zu tragen hat.

#### 2) Kritik der Begründung der fehlenden Erkennbarkeit der Rechtslage

##### a) Überzeugungskraft der Begründung im Detail

Von entscheidender Bedeutung ist für den Senat die fehlende Erkennbarkeit der richtigen rechtlichen Behandlung des

65 OLG München, ZIP 2009, 1667, 1668.

66 Ziemons, ZGHR 2008, 269757 am Ende.

67 OLG Frankfurt (Fn 44) Rn 20, 21.

68 OLG Frankfurt (Fn 44) Rn 20, 21.

69 So auch Drygala, ZIP 2011, 427.

70 Vergleiche nur Palandt-Sprau, 72. Auflage, 2013, § 839 Rn. 53 am Ende.

vorliegenden Sachverhaltes. Dies führt er insbesondere in der entscheidenden Passage des Urteils in Rn. 23 aus, die oben wörtlich wiedergegeben ist.

Offen gesagt ist dies wenig überzeugend. Dass der Senat nur die Entscheidung des OLG München zitiert und sich nicht auch mit der früheren des OLG Frankfurt auseinandersetzt, stellt einen Mangel dar. Nach der Rechtsprechung des für Rechtsstreitigkeiten am Sitz der Gesellschaft zuständigen Berufungsgerichts war nicht davon auszugehen, dass das Gericht anders entscheiden würde als es dann auch entschieden hat. Der Mangel ist umso auffälliger als der Gesellschaftsrechtssenat selbst über die Revision gegen das Urteil des OLG Frankfurt vom 21.09.2005<sup>71</sup> entschieden hatte – und die Revisionsentscheidung BGHZ 170, 60 im Fresenius-Fall an anderer Stelle aufnimmt.

Für die Auffassung, Zahlungen vor Genehmigung seien rechtmäßig, wird ein Festschriftbeitrag zitiert, der sich seinem eigentlichen Gegenstand nach mit einer anderen Frage beschäftigt. Der Beitrag von *Lutter* und *Drygala* in der Festschrift für Ulmer befasst sich mit der Sonderkonstellation der besonderen sachverständigen Beratung des *Aufsichtsrats* (!) durch seine Mitglieder. Nur quasi nebenbei und inzident wird in dem Beitrag auf die hier interessierende Frage der Beratung des *Vorstands* der Gesellschaft eingegangen. Die vom BGH in Bezug genommene Passage auf Seiten 396 f steht unter der Überschrift „Besonderheiten des § 114 Abs. 1 AktG bei Auftragserteilung durch den *Aufsichtsrat*“<sup>72</sup>. Im übrigen bleibt fraglich, ob dort tatsächlich die Variante mit den zeitlichen Schritten Vertragsabschluss, Beratung, Zahlung und dann erst Genehmigung, vorgeschlagen wird, der die Fresenius SE gefolgt ist. Dagegen spricht die Feststellung bei *Lutter* und *Drygala*, der Anspruch auf Vergütung bleibe erhalten, wenn der Aufsichtsrat den Vertrag (nachträglich) genehmigt. Das geht ersichtlich davon aus, dass die Zahlung erst nach Genehmigung erfolgt. Denn sonst würde der Anspruch nicht *erhalten* bleiben, sondern durch Erfüllung *erloschen* sein. Auch der Hinweis, der Schutz der Gesellschaft sei dadurch sichergestellt, dass der Beratende insoweit auf eigenes Risiko arbeite, spricht eher für die vorsichtiger Variante. Der vom Senat vorgenommenen Verweis stützt die Rechtsansicht also nicht besonders.

Eigentümlich ist auch die Feststellung der *Streitigkeit* der Rechtsfrage durch den Senat. Man würde erwarten, Belege aus Rechtsprechung oder Literatur aus der Zeit vor der relevanten Handlung angeführt zu sehen. In dieser Erwartung wird man enttäuscht. Der Senat stellt ausschließlich auf *nach Erläss* (!) der Berufungsentscheidung erschienene Literatur ab, die die gegenteilige Ansicht vertritt. Daher sei die Gegenansicht durchaus als vertretbar anzusehen. Genau genommen sagt das für die Erkennbarkeit und Streitigkeit der Rechtslage zum Zeitpunkt der Zahlungen und zum Zeitpunkt der Hauptversammlung natürlich nichts aus. Und nicht jede Rechtsansicht, die noch als vertretbar angesehen werden kann, führt unweigerlich zur Unvermeidbarkeit eines Rechtsirrtums.

## b) Sachliche Richtigkeit der Vorentscheidungen der Instanzgerichte trotz fehlender Erkennbarkeit?

In der rechtlichen Einschätzung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens ist sich der Bundesgerichtshof sowohl mit dem Landgericht als auch dem Oberlandesgericht einig. Wenn die Rechtsfrage vor der Senatsentscheidung wirklich nicht eindeutig zu beantworten war und man nicht von einer eindeutigen Rechtslage ausgehen konnte, erscheint es umso erstaunlicher, dass sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht die Rechtsfrage auch ohne ein höchstgerichtliches Präjudiz korrekt beantwortet haben.

Anscheinend war – so könnte ein zynische Beobachter feststellen – entweder die Rechtsfrage doch nicht so offen, wie der BGH meint, oder die Instanzgerichte haben besonders gut prognostiziert.

### 3) Zur Bejahung der Anwendbarkeit von § 114 AktG vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung

Die Reichweite der gesetzlichen Vorschrift, deren Analogiefähigkeit in einer ganzen Reihe von Einzelfällen in der Rechtsprechung anerkannt ist, war erkennbar. Wie oben dargelegt, war das einzig fehlende Tatbestandsmerkmal jenes, dass hier eine englische LLP Vertragspartnerin war, und nicht das Aufsichtsratsmitglied allein und persönlich. Dass die Rechtsprechung einen solchen Fall gleich behandelt, war aber bereits höchstrichterlich entschieden<sup>73</sup> – und daher keine Überraschung. Im übrigen waren alle Tatbestandsmerkmale von § 114 AktG erfüllt. Daher ist – vorsichtig formuliert – kaum nachvollziehbar, warum im vorliegenden Fall die Vorschrift ausgerechnet nicht angewendet werden sollte.

Dies gilt gleichermaßen und insbesondere, wenn man die zu § 114 AktG ergangene (auch) höchstrichterliche Rechtsprechung berücksichtigt. In keiner einzigen Entscheidung wurde auch nur ansatzweise angedeutet, dass in der vorliegenden Konstellation die Rechtmäßigkeit der Leistungserbringung durch die Gesellschaft in Betracht käme.

Das Gegenteil ist der Fall. Die Rechtsprechung war so ausdehnend, dass sie in der Literatur unter dem Stichwort der „grenzenlose[n] Anwendung“ des § 114 AktG infrage gestellt wurde<sup>74</sup>. Es war nicht davon auszugehen, dass die Norm in einem einschlägigen Fall, wenn alle anerkannten Auslegungsmethoden zu ihrer Anwendbarkeit führen, gerade nicht angewendet werden soll.

Vielmehr lässt sich als roter Faden der Judikatur zu § 114 AktG erkennen, dass Beratungsmandate von Aufsichtsräten für den Vorstand der von ihr zu beaufsichtigenden Gesellschaft kritisch gesehen werden und eine erweiternde Auslegung zum Zwecke der Vermeidung der Gesetzesumgehung als sachgerecht angesehen wird.

Auch in einem weiteren Detail weicht das Urteil von vorhergehender Judikatur ab. Denn in der Rechtsprechung wird als besonders wichtig hervorgehoben, dass die Vorschrift

71 OLG Frankfurt (Fn 44) Rn 13.

72 Lutter / Drygala, Festschrift für Ulmer, 2003, 381, 390 unter 2), Hervorhebung hier.

73 BGHZ 170, 60.

74 Hoffmann-Becking, Festschrift Karsten Schmidt, 2007, 657. Von extensiver Norminterpretation spricht Happ, Festschrift Priester, 2007, 175, 183.

eine *präventive Kontrolle* ermöglicht und erfordert. Dies zeigt sich in früheren Urteilen<sup>75</sup>. Es zeigt sich aber auch *drei Mal* hervorgehoben in der Fresenius-Entscheidung<sup>76</sup>. Dass eine *nachträgliche präventive Kontrolle* denkbar sein kann, kann aber kaum für richtig gehalten werden. Anders formuliert: Wer wusste, dass § 114 AktG dem Aufsichtsrat eine vor Wirksamkeit und Durchführung des Vertrags eingeräumte Kontrollfunktion haben sollte, durfte sich nicht auf die andere Rechtsansicht verlassen, die eine *nachträgliche* Genehmigung für genügend hielt.

Im übrigen erweist es sich als Wertungswiderspruch, wenn der Senat im Fall BGHZ 168, 188 zwar keine Bedenken hatte, eine Analogie zu § 114 AktG anzunehmen und die gravierender Rechtsfolge des Erstattungsanspruchs analog § 114 Abs. 2 AktG zulasten des Aufsichtsratsmitglieds auszusprechen, der nicht selbst Vertragspartner der AG gewesen war, hier aber die viel näher am Gesetz orientierte Auslegung als nicht vorhersehbar bezeichnet.

4) *Fehlende Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung zu Anforderungen an die Prüfung der Rechtslage bei Unklarheiten*

Die Fresenius-Entscheidung stellt sich auch in einen Widerspruch zu der Behandlung von Fällen eines rechtlichen Irrtums durch den BGH. So hat der erkennende Senat im Urteil vom 20.09.2011 – also kein Jahr zuvor – klargestellt, dass ein Rechtsirrtum nur selten zur Entlastung von Organen einer Aktiengesellschaft bemüht werden kann<sup>77</sup>. Dort wird ausgeführt, dass ein Organmitglied für einen Rechtsirrtum einstehen müsse, wenn er schuldhaft gehandelt habe. An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums wiederum seien strenge Maßstäbe anzulegen. Konkretisierend hat der BGH festgestellt, die Rechtslage müsse sorgfältig geprüft werden. Es sei soweit erforderlich Rechtsrat einzuholen. Außerdem sei die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten. Um den strengen Anforderungen an die dem Vorstand obliegende Prüfung der Rechtslage unter Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung zu genügen, reiche eine schlichte Anfrage bei einer für fachkundig gehaltenen Person nicht aus. Erforderlich sei vielmehr, dass sich das Organ, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfüge, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lassen *und* die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätsprüfung unterziehe<sup>78</sup>. Das Risiko die Rechtslage zu verkennen, treffe dabei grundsätzlich den Schuldner<sup>79</sup>.

Um einem Rechtsirrtum zu vermeiden, muss daher das Organ nicht nur erstens unabhängigen Rechtsrat einholen, sondern darüber hinaus zweitens diesen Rechtsrat auch noch einmal selbst auf Plausibilität überprüfen.

Wie liegt der Fall hier? Weder hat der Vorstand hier Rechtsrat eingeholt. Noch hat der Vorstand die bestätigende Ansicht auf Plausibilität geprüft. Legt man die Maßstäbe der Entscheidung vom 20.09.2011 auch als Maßstab an die Fresenius-Entscheidung an, ist die „Entschuldbarkeit“ des Rechtsirrtums zu verneinen.

**§ 7 Zur Verallgemeinerungsfähigkeit der Begründung und der Behandlung von Richterrecht und Gesetzesrecht**

1) *Zur Frage der Verallgemeinerungsfähigkeit der Begründung*

Es fragt sich, ob man den Ansatz des Senats, von einer eindeutigen Rechtslage könne man nicht ausgehen, wenn eine Rechtsfrage nicht höchstrichterlich geklärt ist, verallgemeinern kann. Das wird jedoch rundweg zu verneinen sein.

Wenn man erst nach einer höchstrichterlichen Klärung die Rechtsfrage als beantwortbar ansieht, versagt man mittelbar der gesetzlichen Regelung die Wirksamkeit, ehe und bis eine solche höchstrichterliche Klärung vorliegt. Der nach der gesetzlichen Regelung und nach der gesetzgeberischen Vorstellung am 01. Januar 1966 in Kraft getretene § 114 AktG würde für diese Fallkonstellation also erst nach ca. 46 Jahren Geltung verschafft bekommen. Vorher müsste man ihn als reine „paper rule“ qualifizieren<sup>80</sup>.

Verallgemeinert man die Entscheidungsregel, bringt man sich daher in Kollision zum Anspruch der Gesetzesgeltung auch bei einer möglichen Unklarheit der Rechtslage.

Darauf abzustellen, dass nur eine höchstrichterliche Entscheidung Klarheit bringen kann, ist ebenfalls nicht richtig. Die Letztentscheidungskompetenz von Revisionsgerichten ist nicht hinreichender Grund für die Annahme, nur die Rechtsmeinung eines Höchstgerichts sei geeignet, eine Rechtsfrage hinreichend verlässlich zu klären. Natürlich ist die Klärung durch die höchste Instanz besonders deutlich und verlässlich. Aber es gibt eigentlich keinen Grund, noch begründete Zweifel an einer Rechtsmeinung zu behalten, wenn sie sich „nur“ in einer oder mehreren OLG-Entscheidungen niedergeschlagen hat.

2) *Zur Frage der Behandlung des Richterrechts und des Gesetzesrechts*

Zentral für die Fresenius-Entscheidung ist die Bedeutung von Richterrecht, jedenfalls richterrechtlicher Konkretisierung der Auslegung einer Gesetzesnorm. Wegen des Fehlens höchstrichterlicher Entscheidungen zur Frage der Rechtmäßigkeit hat die Klage im Ergebnis keinen Erfolg. Die Behandlung der vorhandenen Judikatur durch den Senat lässt sich mit diesem Ausgangspunkt nicht vereinbaren. Weder wird das vorhandene obergerichtliche Rechtsprechungsmaterial genügend gewürdigt. Noch wird das vorhandene Richterrecht des eigenen Senats hinreichend ernst genommen. Insofern

75 BGHZ 126, 340, 347 f; BGHZ 168, 188 Rn. 9.

76 BGH (Fn 1) Rn 13, 19, 20.

77 BGH (Urteil vom 20.09.2011; II ZR 234/09) Rn 16 ff.

78 BGH (Urteil vom 20.09.2011; II ZR 234/09) Rn 18.

79 Vgl. BGH (Urteil vom 20.09.2011; II ZR 234/09) Rn. 16 mit Verweis auf BGHZ 131,146,153 und Bundesgerichtshof ZIP 2010, 1335 Rn. 3.

80 Zum Begriff Llewellyn, A Realistic Jurisprudence – The Next Step, (1930) 30 Columbia LR 431, 444, 448, 449 ff.

fehlt es an einer *konsequenten und konsequent gleichwertigen Behandlung* des Richterrechts in der Fresenius-Entscheidung. Wenn dem Fehlen von richterrechtlicher Klärung die hohe Bedeutung zugemessen wird, streitentscheidend sein zu können, ist es ein Widerspruch, der vorherigen Judikatur nicht zu folgen.

Der Senat *über-schätzt* die Bedeutung des *Richterrechts*, wenn er die Erkennbarkeit der Rechtslage ohne vorherige höchst-richterliche Rechtsprechung verneint. Der Senat *unter-schätzt* die Bedeutung des *Gesetzesrechts*, das Geltung auch beansprucht gegenüber dem möglicherweise in einem vermeidbaren Rechtsirrtum Handelnden und ihm gegenüber durchzusetzen ist. Und der Senat *unter-schätzt* die Bedeutung des *Richterrechts*, da er die vorher erfolgte richterrechtliche Konkretisierung des Anwendungsbereichs und insbesondere des Zwecks von § 114 AktG nicht hinreichend ernst nimmt. Dies gilt allgemein für die Ausdehnungsfreudigkeit der Judikatur zu § 114 AktG. Anlass dafür, dass das hier streitgegenständliche Verhalten von einem Gericht tatsächlich als rechtmäßig angesehen werden könnte, gab es in der bisherigen Rechtsprechung nicht.

#### IV. Wieviel Rechtsrealismus steckt in der Fresenius-Entscheidung?

##### § 8 Der Rechtsrealismus in seinen beiden Hauptausprägungen (prediction theory of law und decision theory of law)

###### 1) Anlass für Hinweise auf den Rechtsrealismus

Im Vorstehenden sollte die Bedeutung vorhergehender richterlicher Entscheidungen im und für den Fresenius-Fall deutlich geworden sein. Der Bezug zum rechtsrealistischen Gedankengut ist bereits eingangs hervorgehoben worden. Hierauf ist zurückzukommen. Die Vertreter des Rechtsrealismus haben sich intensiv und instruktiv mit der Bedeutung der richterlichen Erkenntnisse für das Recht und seine Geltung beschäftigt. Auch wenn die Theorien vor dem Hintergrund des anglo-amerikanischen Common Law entwickelt worden sind, können sie auch für das deutsche Recht nützlich sein. Viele Phänomene des Richterrechts für das Rechtsleben treten hier wie dort auf<sup>81</sup>. Abgesehen davon ist der amerikanische Rechtsrealismus auch und gerade von deutschen und deutschsprachigen Autoren und Rechtsdenkern mitgeprägt worden<sup>82</sup>.

81 Zu einem Einzelfall J.A. Dieckmann, Rechtsrealismus im Grundschulrecht, notar 2012, 40, insb. 41, 44 ff.

82 Insbesondere Jhering, Josef Kohler, Eugen Ehrlich, Max Weber, Arthur Nußbaum, Hermann Kantorowicz sowie Anhänger der Freirechtsschule. Vergleiche etwa Cardozo, The Nature of the Judicial Process, 1921, 16 ff, 23; Llewellyn, (1930) 30 Columbia LR 431, 448, 454; Llewellyn, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika 1933, § 3; Herget/Wallace, The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism, (1987) 73 Virginia LR 399, 419 ff mN. Zu Ehrlich auch Macaulay, The New Versus the Old Legal Realism: "Things Ain't What They Used to Be", (2005) Wisconsin LR 365, 367 mit Fn 12, 385 ff. Zur Verbindung von Llewellyn mit Deutschland siehe auch die beiden Beiträge in Drobnig/Rehbinder (Hg), 1994, (zitiert oben in Fn 15), von Drobnig (Llewellyn und Germany, S. 17 ff), und Riesenfeld (Reminiscences of Karl Llewellyn, 11 ff).

In Deutschland hat sich der Rechtsrealismus als Theorie nicht durchgesetzt. In den USA dagegen gilt er als unter Juristen weit verbreitet<sup>83</sup> und einflussreich<sup>84</sup>. Dort findet sich die Feststellung:

"And yet it is often said – indeed so often said that it has become a cliché to call it a "cliché" – that we are *all* realists now."<sup>85</sup>

Allerdings wird im folgenden nur punktuell auf rechtsrealistische Ideen eingegangen. Eine der Hauptthesen des Rechtsrealismus bleibt hier außen vor. Nach ihr sind viele Entscheidungen der Gerichte weniger durch die Regeln und Prinzipien des Rechts (Gesetzes- wie Richterrecht) zu erklären, als vielmehr durch andere Determinanten, die in der Person des Richters liegen. Manche Rechtsrealisten meinen, die gerichtlichen Entscheidungsbegründungen seien nachträglich vorgeschobene Rechtfertigungsversuche oder Rationalisierungsansätze („Conclusion first. Rationalization to follow.“<sup>86</sup>) für eigentlich aus ganz anderen Gründen als den angegebenen getroffenen Entscheidungen<sup>87</sup>.

###### 2) Die sogenannte „prediction theory of law“

Der eine Hauptstrang des amerikanischen Rechtsrealismus ist die Vorhersagelehre. Diese geht initial auf *Oliver Wendell Holmes iun.* zurück, der sie in einem der meist zitierten Sätze in einem der meist zitierten Aufsätze<sup>88</sup> der amerikanischen Rechtsliteratur geprägt hat. In seinem Artikel *The Path of the Law* stellt er die Frage danach, was Recht sei. Dabei bemüht er die Perspektive des von ihm so genannten „bad man“, dem es allein um die tatsächlichen Konsequenzen seines Verhaltens geht, wenn er wissen will, ob etwas erlaubt oder verboten ist. *Holmes* führt aus:

83 Vgl. nur Fisher/Horwitz/Reed (Hg), American Legal Realism, 1998, S. XIV., Yntema, American Legal Realism in Retrospect, (1960) 14 Vanderbilt LR 317, 325. In England dagegen ist er (vor allem) infolge der Kritik von H.L.A. Hart im VII. Kapitel seines Werks *The Concept of Law*, 1961, kaum vertreten.

84 "The conviction that legal realism has transformed American legal discourse is widely shared." Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, (2007) 57 University of Toronto LJ 607.

85 Green, *Legal Realism as Theory of Law*, (2005) 46 William and Mary LR 1915, 1917 mit Nachweis in Fn 1.; Alexander, *Comparing the Two Legal Realisms – American and Scandinavian*, (2002) 50 American Journal of Comparative Law 131: "We are all Realists now," as the saying goes; Kruse, *Getting Real About Legal Realism*, *New Legal Realism and Clinical Legal Education*, (2011/12) 56 New York Law School LR 295, 312. Kritisch aber Hanoch Dagan, (2007) 57 University of Toronto LJ, 607, 610, 660.

86 Llewellyn, (1931) 31 Columbia LR 82, 83, in seiner Besprechung von *Franks Law and the Modern Mind*.

87 Insb. bei Jerome Frank ist dies Leitmotiv, vgl. nur *Law and the Modern Mind*, 1930 (2009) 140 („Indeed the practice of law as now practiced is one of the major arts of rationalization“, aaO, S. 34); Frank, *What Courts Do in Fact – Part One*, (1931-32) 26 Illinois LR 645, 653 mit Fn 17, 654 f mN). Ähnlich Felix Cohen: "... the traditional language of argument and opinion neither explains nor justifies court decisions. When the vivid fictions and metaphors of traditional jurisprudence are thought of as reasons for decisions, rather than poetical or mnemonic devices for formulating decisions reached on other grounds, then the author, as well as the reader, of the opinion or argument, is apt to forget the social forces which mold the law and the social ideals by which the law is to be judged." *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, (1935) 35 Columbia LR, 809, 812. Vgl. i.ü. auch Posner, *How Judges Think*, 2008 (2010) 111; Hanoch Dagan, (2007) 57 University of Toronto LJ, 607, 617 ff.

88 Der Beitrag wird als der drittmeist zitierte Aufsatz der amerikanischen Rechtsliteratur angesehen, vergleiche Shapiro/Pearse, *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*, (2012) 110 Michigan LR 1483, 1489.

“Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that the does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.”<sup>89</sup>

Nach *Holmes* ist aus Sicht des Rechtsunterworfenen bei Beurteilung der Frage, ob die Rechtsordnung sein beabsichtigtes Verhalten erlaubt oder nicht, von entscheidender Bedeutung, wie denn die Staatsmacht in Form der zur Entscheidung über das Verhalten berufenen Gerichte sein Verhalten tatsächlich beurteilen und behandeln wird. Den „bad man“ interessiert die Frage, was tatsächlich von einem Gericht entschieden werden wird. Damit ist die *Vorhersage* eben dieses tatsächlichen Verhaltens das für ihn Entscheidende – und damit das Recht.

Die Prädiktionstheorie betrachtet als Recht die Vorhersage zukünftigen Verhaltens des Rechtstribunals im Konflikt- und Streitfall. Besondere Bedeutung hat dabei das Verhalten des Gerichtspersonals, der Richter und Gerichte.

Dem kontinentaleuropäischen Leser erscheint die Wortwahl *Holmes'* von der Prophezeiung, „prophesy“ als außergewöhnlich. Sie findet vermutlich ihre Grundlage in folgendem. Das anglo-amerikanische Recht legt infolge Präjudizienbindung und Abwesenheit von Gesetzen besonderes Augenmerk auf die Person des Richters. Von den Richtern wird im Anschluss an den englischen Juristen *Blackstone* gelegentlich gesagt, sie seien „Orakel des Rechts“ („oracles of the law“)<sup>90</sup>. Und Orakel *prophezeien* nun einmal.

Als äquivalente Begriffe zur „prophecy“ werden in der Literatur verwendet vor allem „prediction“<sup>91</sup> und etwa von *Jerome Frank* auch „prognostication“<sup>92</sup>.

Mit diesem Ansatz vom Recht als der Vorhersage gerichtlichen Verhaltens hat *Holmes* Epoche gemacht. Denn viele andere Autoren haben sich diese Argumentation und Perspektive zu eigen gemacht.

So finden sich etwa bei *Benjamin N. Cardozo* Sätze wie:

“What permits us to say that the principles are law is the force or persuasiveness of the prediction that they will or ought to be applied.”<sup>93</sup>

89 *Holmes*, *The Path of the Law* (1897) 10 *Harvard LR* 457, 461 = *Holmes*, *Collected Legal Papers*, 1920, 167, 172 f.

90 Vgl. das Buch von John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 1968.

91 *Benjamin N. Cardozo*, *The Growth of the Law*, 1924, 43, 44; *Walter Wheeler Cook*, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, (1924) 33 *Yale LJ* 457, 475, 478.

92 *Jerome Frank*, *Law and the Modern Mind*, 1930 (2009) 297 f.

93 *Benjamin N. Cardozo*, *The Growth of the Law*, 1924, 43.

“We shall unite in viewing as law that body of principle and dogma which with a reasonable measure of probability may be predicted as the basis for judgment in pending or in future controversies. When the prediction reaches a high degree of certainty or assurance, we speak of the law as settled, though, no matter how great the apparent settlement, the possibility of error in the prediction is always present.”<sup>94</sup>

„A principle or rule of conduct so established as to justify a prediction with reasonable certainty that it will be enforced by the courts if its authority is challenged, is, then, for the purpose of our study, a principle or rule of law.”<sup>95</sup>

Und bei *Wu*:

„Law is, thus, a matter of prediction. It does not even consist of the rules already recognized and acted on in courts of justice [...]; it consists of the rules which the courts will most probably recognize or act on. [...] Psychologically, law is a science of prediction *par excellence*.”<sup>96</sup>

*Max Radin* formuliert:

“Now, that is precisely what law is. It is a prediction of what the law-man will say on the specific question, if it ever comes before him.”<sup>97</sup>

Im rechtsrealistischen Schrifttum finden sich ungezählte Hinweise auf die Vorhersagefunktion des Rechts<sup>98</sup>. In der Entscheidung des US-amerikanischen Obersten Gerichts (Supreme Court) *American Banana Co. v. United Fruit Co.* findet sie sich gleichfalls wieder:

“Law is a statement of the circumstances, in which the public force will be brought to bear upon men through the courts. But the word commonly is confined to such prophecies or threats when addressed to persons living within the power of the courts.”<sup>99</sup>

Wobei es kein Zufall ist, dass die Entscheidung von *Holmes* stammt, der mittlerweile Richter am Supreme Court geworden war.

94 *Benjamin N. Cardozo*, *The Growth of the Law*, 1924, 44.

95 *Benjamin N. Cardozo*, *The Growth of the Law*, 1924, 52.

96 *John C.H. Wu*, *The Juristic Philosophy of Justice Holmes*, (1923) 21 *Michigan LR* 523, 530.

97 *Radin*, *The Permanent Problems of the Law*, (1929) 15 *Cornell LQ* 1, 3.

98 *Bingham*, *What is the Law?*, (1912) 11 *Michigan LR* 1, 9 ff; *Oliphant*, *A Return to Stare Decisis*, (1928) 14 *American Bar Association Journal*, 71, 76; *Llewellyn*, *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, (1930-1931) 44 *Harvard LR* 1222, 1237; *Llewellyn*, *On Reading and Using the Newer Jurisprudence*, (1940) 40 *Columbia LR* 581, 591; *Benjamin N. Cardozo*, *The Growth of the Law*, 1924, 37 f, 43 f, 52; *Jerome Frank*, *Law and the Modern Mind*, 1930/2009, 46 ff, 138, 297 f und öfter; weitere Nachweise bei *Green*, (2005) 46 *William and Mary LR* 1915, 1920 Fn 18. *Holmes*, *Brief an Frederick Pollock* vom 21. April 1932, abgedruckt bei: *Posner* (Hg), *The Essential Holmes*, 1992/1996, S. 21.

99 *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 356 f (1909) per *Holmes J.*

Die Prädiktionstheorie betrachtet das Recht weniger aus der Sicht eines obersten Gerichts, das erstmalig einen Fall mit unklarer Rechtslage entscheiden muss.<sup>100</sup> Vielmehr betrachtet es das Recht primär aus der Sicht des Rechtsunterworfenen, der sein Verhalten nach der möglichen staatlichen Reaktion ausrichten will, aus Sicht des rechtlichen Beraters, der die Chance eines Prozesses abschätzt, und aus der Sicht des Richters, der sich in seiner Entscheidung an einer erwarteten Rechtsansicht eines Berufungs- oder Revisionsgerichts orientieren will.

### 3) Die sogenannte „decision theory of law“

Die zweite Spielart des Rechtsrealismus sieht als Recht das tatsächliche Verhalten des Rechtsstabs im Konflikt- und Streitfall an. So führt einer der Vordenker des Rechtsrealismus *Karl Llewellyn* zum Beispiel in seinem früheren Werk *The Bramble Bush* an:

„This doing of something about disputes, this doing of it reasonably, is the business of law. And the people who have the doing in charge, are officials of the law. What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.“<sup>101</sup>

Auch wenn *Llewellyn* sich später von diesem Zitat etwas distanziert hat<sup>102</sup>, ist es eine prototypisch rechtsrealistische Stellungnahme.

Bei *Jerome Frank* liest man:

„Holmes’s description of law can be stated as a revision of Gray’s definition, thus: Law is made up not of rules for decision laid down by the courts but of the decisions themselves. All such decisions are law. The fact that courts render these decisions makes them law. There is no mysterious entity apart from these decisions. [...] The “law of a great nation” means the decisions of a handful of old gentlemen, and whatever they refuse to decide is not law.“<sup>103</sup>

<sup>100</sup> Dies stellt einen Hauptansatzpunkt für Kritik an ihr dar: So findet sich bei Dickinson, *Legal Rules: Their Function in the Process of Decision*, (1931) 79 *University of Pennsylvania LR* 833, 844 die Beobachtung: „The judge will find himself confronted with one or more legal rules applicable, or conceivably applicable, to the case before him. For him these rules cannot be conceived as mere rules of prediction. He is not interested in predicting what he himself is about to do.“ Auch die Rechtsrealisten haben dies nicht unbeachtet gelassen. In einem späteren Werk bringt *Karl Llewellyn* dies Kernproblem auf den Punkt: „... if the prediction approach is carried to its professed conclusion, it becomes an approach which by its nature can give no light to an ultimate court on what to do with a hard case.“ und „... a purely predictive phrasing of a relation between fact situation and legal consequence gives guidance to a counsellor which it does not give to a court of last resort.“ *Llewellyn, The Theory of Rules*, 2011, 57 [posthum veröffentlicht, begonnen wurde das Werk (wohl) 1938, vergleiche *Frederick Schauer* in der Einleitung zu dem von ihm herausgegebenen Werk, S. 2, 14] bzw. 66. Zur Kritik an der Prädiktionstheorie i.ü. *Kelsen, General Theory of Law and State*, 1945, 167 ff.

<sup>101</sup> *Llewellyn, The Bramble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School* [with a new introduction and Notes by Steve Sheppard, 2008] p. 5; ähnlich *Llewellyn*, (1930) 30 *Columbia LR* 431, 464.

<sup>102</sup> Vergleiche die Einschränkung im Vorwort zur Ausgabe des *Bramble Bush* von 1951 (aaO, XXVIII ff); bei *Llewellyn, The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, 1960, Appendix B, Seite 508 ff, 511 und *Llewellyn*, (1940) 40 *Columbia LR* 581, 603 Fn. Diese Abkehr wird auch von *Twining* in seiner grundlegenden Biographie hervorgehoben, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2. Auflage, 2012, S. 147 ff.

<sup>103</sup> *Jerome Frank, Law and the Modern Mind*, 1930 (2009) 134.

„The law, therefore, consists of decisions,[8] not of rules. If so, then whenever a judge decides a case he is making law.“<sup>104</sup>

In gewisser Weise wird man auch den eingangs zitierten *Gray* zu dieser Lehre hinzuzählen müssen, auch wenn er den *rule skepticism* (Regelskeptizismus) der jüngeren Rechtsrealisten nicht teilt.<sup>105</sup> Denn auch für *Gray* wird das Gesetz als Quelle des Rechts eben erst durch die gerichtliche Entscheidung zum Recht selbst.

## § 9 Die Fresenius-Entscheidung im Spiegel der prediction theory of law und der decision theory of law

Was auf den ersten Blick aussieht wie rechtstheoretische Aphorismen aus einer anderen Welt ist auch dem deutschen Recht bei genauerer Betrachtung gar nicht so fremd. Dies zeigt sich vielleicht nicht auf den zweiten, sicher aber auf den dritten Blick. Wie verhalten sich nun die Feststellungen zum Richterrecht in der *Fresenius-Entscheidung* zu den rechtsrealistischen Grundlehren?

### 1) Die „decision theory of law“ und die Fresenius-Entscheidung

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im *Fresenius-Fall* stützt die Deziisionstheorie. Was zwar im Gesetzblatt stand, wurde auf den vorliegenden Fall nicht wirklich angewendet, da seine Anwendbarkeit nicht erkennbar gewesen sei. Solange eine Gerichtsentscheidung zur Rechtsfrage fehle, konnte der Rechtsunterworfene dem Normbefehl die Befolgung sanktionslos verweigern. Erst durch die höchstrichterliche Klärung der Rechtsfrage ist nun die rechtliche Beurteilung der Situation hinreichend verlässlich geklärt. Vorher war wegen Ungewissheit der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eine verlässliche Verhaltenssteuerung nicht möglich. Für die Anwendung von § 114 AktG auf den vorliegenden Fall genügt weder die Publikation im Gesetzblatt noch genügt, dass seine Tatbestandsvoraussetzungen nach den allgemein anerkannten Auslegungskriterien allesamt vorlagen.

Eingangs wurde mehr oder weniger ausführlich die Rechtslehre von *John Chipman Gray* angeführt. Auf sie soll kurz zurückgekommen werden. Die Entscheidung des *Fresenius-Falles* durch den Bundesgerichtshof bestätigt *Grays* Einschätzung der Bedeutung des Gesetzes als *Rechtsquelle* und der Bedeutung des Richterspruchs für die Effektivität des Gesetzesrechts. *Gray* würde konstatieren, dass für diese Art der Fälle § 114 AktG erst mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. Juli 2012 zu *echtem Recht* geworden ist. Das Entscheidungsmonopol der Gerichte umfasst hier auch das Auslegungsmonopol. Erst wenn ein Höchstgericht die Vorschrift für den konkreten Fall ausgelegt hat, ist

<sup>104</sup> *Jerome Frank, Law and the Modern Mind*, 1930 (2009) 138 mit Fn 8 „And predictions as to future decisions“.

<sup>105</sup> Was ihm unter anderem von *Frank* angekreidet wird, vgl. *Jerome Frank, Law and the Modern Mind*, 1930 (2009) 132 f.

sie hinreichend determiniert, um in künftigen gleichförmigen Fällen als Verhaltensrichtschnur zu dienen.

2) *Die „prediction theory of law“ und die Fresenius-Entscheidung*

Auch die Vorhersagelehre wird durch die Fresenius-Entscheidung gestützt. Nunmehr, das heißt ab Veröffentlichung der Entscheidung (vielleicht schon ab Ausgabe der Presseerklärung?) hat jeder Rechtsunterworfenen Klarheit, wie ein vergleichbarer Fall künftig vom Gericht entschieden werden wird. Diese Feststellung spiegelt sich in den Stellungnahmen wieder, die zutreffend darauf hinweisen, dass „ab jetzt“ sich kein Vorstand einer AG oder SE mehr auf den rechtlichen Irrtum stützen könne<sup>106</sup>. Erst durch die Entscheidung ist Rechtssicherheit im Sinn von *gewisser Vorhersehbarkeit* hergestellt. Rechtsstab und Rechtsunterworfenen wissen nunmehr, woran sie sind und können nun mit geringer Fehlerwahrscheinlichkeit zutreffende Prognoseentscheidungen treffen. Dies bestätigt die Vorhersagelehre in ihrer Definition der Funktion und des Wesens des Rechts. Insofern erweist die Entscheidung diesen Teil der von *Oliver Wendell Holmes iun.* begründeten Theorie als zutreffend.

Man wird das Ergebnis der Fresenius-Entscheidung vom rechtsrealistischen Standpunkt aus gewiss auch so deuten können, dass der Senat die *Vorhersagelehre* für richtig hält. Denn er zielt sich, das eigentlich für richtig Erkannte im Urteilsausspruch auch umzusetzen. Denn es war ja nicht vorhersehbar. Wäre es vorhersehbar gewesen, wäre die Klage erfolgreich gewesen. Ab jetzt ist die Vorhersehbarkeit gegeben.

## V. Zusammenfassung

### § 10 Von Hauptfragen und Nebenfragen

1) *Die nicht entschiedene (aber beantwortete) Hauptfrage des Urteils und die nicht entschiedene Hauptfrage des Falles*

Die zweigeteilte Entscheidung bejaht im Hauptteil die Anwendbarkeit von § 114 AktG auf den Fall, dass die Zahlung der Vergütung auf einen schwebend unwirksamen Beratungsvertrag einer SE/Aktiengesellschaft mit der Anwaltskanzlei eines Aufsichtsratsmitglieds vor Erteilung der Zustimmung des Aufsichtsrates eine Verletzung von § 114 AktG bedeutet. Hierin ist dem BGH zuzustimmen. Für den Fall war es allerdings vom Standpunkt des BGH streng genommen nicht erheblich, die Frage zu „entscheiden“. Der Senat hätte dies genauso gut offenlassen können. Denn aus seiner Sicht war ja die fehlende Erkennbarkeit entscheidend. Dennoch ist die Klarstellung natürlich positiv zu sehen.

Das Gericht übersieht aber den eigentlichen Hauptproblempunkt. Unabhängig von der Problematik der Interessenkollision (ein Aufsichtsratsmitglied ist zugleich Kontrollinstanz des Vorstands und dessen bestens bezahlter rechtlicher Berater) und der Anwendung des § 114 AktG ist jede Geldzahlung, die der Vorstand einer Gesellschaft auf einen *schwebend unwirksamen Vertrag* erbringt, eine *gravierende* Pflichtverletzung, die das ihm anvertraute Vermögen gefährdet, wenn nicht gar schädigt. Dies allein hätte für die Begründetheit der Anfechtungsklage im vorliegenden Fall genügen müssen. Diesen Punkt überhaupt nicht erörtert zu haben, ist als erheblicher Mangel der Entscheidung zu sehen (wobei diese Kritik ebenso die Erkenntnisse der Vorinstanzen trifft).

2) *Die entschiedene und entscheidende Nebenfrage des Urteils bzw. Falles*

Im zweiten Teil verneint die Entscheidung die Erkennbarkeit der richtigen rechtlichen Einschätzung der Rechtswidrigkeit der Zahlungen. Dies ist entscheidend für die Aufhebung des Berufungsurteils. Letztlich räumt der Senat dem Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Kapitalgesellschaft im *Kernbereich* ihrer Rechte und Pflichten als Gesellschaftsorgane die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums ein. Als Kern der Begründung wird angeführt, mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung sei die Frage nicht verlässlich beantwortbar gewesen.

Die Behandlung dieser Nebenfrage überzeugt in keiner Weise. Die vorherige obergerichtliche Rechtsprechung, aus der zwanglos erkennbar war, dass das Oberlandesgericht Frankfurt den Fall so beurteilen würde, wie es das dann tatsächlich im Berufungsurteil tat, wurde nicht genügend berücksichtigt. Der Senat stellt sich in Widerspruch zur bisherigen Anwendung des § 114 AktG durch seine eigene, die Vorschrift ausdehnende und in vielen Fällen analog heranziehende Judikatur. Hat er in ständiger Rechtsprechung die zwingende *präventive Kontrolle* durch den Aufsichtsrat in den Vordergrund gestellt, und wiederholt er dies im Urteil an *drei* Stellen – so nimmt er dies doch im Ergebnis nicht ernst. Auch die eigene Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Prüfung einer unklaren Rechtslage durch Organe einer Gesellschaft wendet der Senat ohne Not und ohne Sachgrund hier nicht an.

### § 11 Vom Rechtsrealismus im Aktienrecht

Die Entscheidungsbegründung bestätigt eine Reihe von Einzelthesen des amerikanischen Rechtsrealismus. Insbesondere die Bedeutung von Richterrecht für die Entscheidung und in der Entscheidung ist hierfür anzuführen. Mit der faktischen Nichtanwendung der gesetzlichen Vorschrift von § 114 AktG trotz Vorliegens ihrer Voraussetzungen mit der Begründung, es fehle für diesen Sonderfall eine höchstrichterliche Vorentscheidung für die Rechtsfrage, bestätigt der Senat die von *John Chipman Gray* (mit) initiierte *decision theory of law*, die als Recht weniger die Gesetzesnormen als die gerichtliche Entscheidung und die in gerichtlicher Entscheidung angewandten Regeln ansieht. Und sie bestätigt die Einschätzung von *Bischof Hoadley*, dass der *eigentliche Regelsetzer* nicht der Gesetzgeber, sondern der ein Gesetz auslegend-anwendende Richter ist:

<sup>106</sup> Vgl. Spindler, NZG 2012, 1161, 1163; nach Uhlendorf/Rösner, BB 2012, 2526 wird die „goldene Brücke“ des Argumentes von der unklaren Rechtslage für künftige Fälle nicht mehr verwandt werden können; vgl. auch NJW Spezial 2012, 623, 624.

“... whoever hath an absolute authority not only to interpret the Law, but to say what the Law is, is truly the Law-giver.”<sup>107</sup>

Und die Fresenius-Entscheidung zeigt den Wahrheitskern der *prediction theory of law* auf, die als Recht die *Vorhersagen* darüber, wie die Gerichte tatsächlich entscheiden werden, ansieht. Es ist klar, dass anders entschieden worden wäre, wenn die Rechtsfrage durch Richterrecht soweit geklärt gewesen wäre, dass eine zutreffende Vorhersage leicht möglich gewesen wäre.

Nunmehr ist eine Vorhersage mit so großer Sicherheit zu treffen, dass die künftige Behandlung von Fällen dieser Art hinreichend geklärt ist. Durch Richterspruch wurde das Gesetzesrecht so konkretisiert, dass es in der Tat und wirklich Geltung hat.

107 Zitiert nach Gray, (Fn 6) S. 102.

## § 12 Resümee

Was bleibt? Trotz aller Kritik: Die Fresenius-Entscheidungen *befriedet* insofern als sie eine klare und eindeutige Rechtslage konkretisiert. Es gibt nun genug Rechtssicherheit, um den Ausgang künftiger gerichtlicher Entscheidungen aus diesem Problembereich prophezeien zu können.

*Befriedigen* kann die Entscheidung aber weder im Ergebnis noch in der Begründung. Insbesondere die inkonsistente Behandlung der Bedeutung richterrechtlicher Festlegungen zu Rechtsfragen stellt einen Mangel dar. Diese Inkonsistenz bestätigt zwei Probleme des deutschen Rechts der Gegenwart. Das Fehlen einer echten *Kultur* und das Fehlen einer echten *Dogmatik* des Richterrechts. Hier könnte gewiss viel aus der Welt des Common Law gelernt werden – auch und gerade vom amerikanischen Rechtsrealismus.

## Kurzbeitrag: Notar und Weinrecht

von Dr. Peter Becker, Mediator (CVM),  
Notarassessor in Tauberbischofsheim

### A) Einführung

Kaufverträge über land- bzw. forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke gehören zum Alltagsgeschäft eines jeden im ländlichen Raum ansässigen Notars und dessen Mitarbeitern.<sup>1</sup> Deren rechtliche Besonderheiten, z.B. die Frage nach der (analogen) Anwendbarkeit des § 311c BGB auf sog. „Zuckerrübenlieferrechte“, waren bereits Gegenstand eigener Abhandlungen in der notarrelevanten Zeitschriften-<sup>2</sup> und (Hand-)Buchliteratur.<sup>3</sup> Zu den Gestaltungsschwerpunkten bei Kaufverträgen über den Weinanbau dienender Grundstücke enthalten diese Darstellungen jedoch keine eigenständigen Ausführungen. Dabei stellen gerade diese, nicht zuletzt wegen des Ineinandergreifens von nationalem und europäischem (Wein-)Recht<sup>4</sup>, sowie den Fehlvorstellungen der Vertragsparteien und der landwirtschaftlichen Beratungs- bzw. Buchstellen<sup>5</sup> zur Rechtsnatur und (grundstücksunabhängigen) Übertragbarkeit der umgangssprachlich (und daher ungenau) einfach nur als „Pflanzrechte“ bezeichneten Rechtspositionen und deren einkommens-

grunderwerbsteuerrechtlichen Behandlung besondere Sorgfaltspflichten an die Beratungs- und Beurkundungspraxis. Der Beitrag sucht diese Lücke in der gebotenen Kürze zu schließen und Vorschläge für die Vertragsgestaltung in diesem Bereich an die Hand zu geben.

### B) Hintergründe: Weinrecht, „Pflanzrechte“ und Steuerrecht

#### I) Ein Kurzüberblick über das Weinrecht<sup>6</sup>

Als „Weinrecht“ kann man all diejenigen Rechtsvorschriften zusammenfassen, die den Anbau, die Verarbeitung, das Inverkehrbringen bzw. den Absatz von Wein zum Gegenstand haben.<sup>7</sup> In der Tagespresse diskutiert werden freilich v.a. weniger notarrelevante Themengebiete wie z.B. die Regelungen zur Zulässigkeit von Ursprungsbezeichnungen und geographischen Angaben<sup>8</sup> oder die Zulässigkeit der Saccharoseanreicherung von Wein<sup>9</sup>. Legislativer Hauptakteur ist dabei auch im

1 Musterkaufverträge hierzu haben bereits Eingang in die gängigen Formularsammlungen gefunden: z.B. Langenfeld in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5, Bürgerliches Recht I, 6. Auflage, 2008, S. 119 ff.; Grundmann in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Auflage, 2010, S. 601 ff.

2 Hierzu z.B. Kohler, DNotZ 1991, S. 362 ff. und Uhlig, Anm. z. BGH, Urt. vom 30.03.1990, DNotZ 1991, S. 667 ff.

3 U.a. Grundmann in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Auflage, 2010, S. 601 ff. (620 f.).

4 Vgl. hierzu umfassend den (neu erschienenen) Kommentar von Rathke/Boch, Weinrecht: WeinR; Weingesetz, Weinverordnung mit EG/EU-Recht, 2012.

5 Vgl. etwa das Merkblatt des Bauern- und Winzerverbandes Rheinland-Pfalz Süd e.V. aus dem September 1998. Dazu die OFD Koblenz, Az: S 4503 A-St. 53 4 vom 12.02.1999. Zu finden bei juris.

6 (Auch) Zur aktuellen Entwicklung des Weinrechts: z.B. Koch, Neues vom Weinrecht, NJW 2004, S. 2135 ff. m.w.N. sowie Gerhard, Das neue Weingesetz, NVwZ 2010, S. 94 ff. Eine hilfreiche (und zugleich angesichts der Fülle von Rechtsvorschriften erschreckende) Übersicht zu den Rechtsgrundlagen des Weinrechts findet sich auf der folgenden Internetseite: [http://www.weinrecht-kommentar.de/home.php?f\\_text](http://www.weinrecht-kommentar.de/home.php?f_text) (letzter Zugriff: 05.05.2012).

7 Vgl. etwa Boch, WeinG, Einleitung, I., Nomos – Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht. Zu finden bei beck-online.

8 Z.B. <http://www.faz.net/frankfurter-allgemeine-zeitung/politik/denn-auf-die-lage-kommt-es-an-1855418.html> (letzter Zugriff: 05.05.2012). Hierzu auch: Gerhard, Das neue Weinrecht, NVwZ 2010, S. 94 ff. (95 f.).

9 Z.B. <http://www.welt.de/finanzen/article1477832/Deutsche-Winzer-duerfen-Wein-weiter-Zucker-geben.html> (letzter Zugriff: 05.05.2012). Hierzu auch: Gerhard, Das neue Weinrecht, NVwZ 2010, S. 95 ff. (97).

Bereich des Weinrechts die EU. Für die nationalen Gesetzgeber bleibt – angesichts der weitestgehenden Harmonisierung des Weinrechts innerhalb der EU durch Verordnungen (v.a. VO EG Nr. 479/2008) – nur die Ausnützung der verbleibenden Normsetzungsspielräume.<sup>10</sup> Diese hat der Bundesgesetzgeber v.a. im Weingesetz vom 08. Juli 1994<sup>11</sup> genützt (vgl. § 1 Absatz 1 WeinG), welches neben Vorschriften mit dem Zweck des Verbraucher- und Gesundheitsschutzes auch Normen marktordnender Zielsetzung aufweist.<sup>12</sup> Die jeweiligen Landesgesetzgeber haben hierzu wiederum Ausführungsvorschriften, Baden-Württemberg beispielsweise in der Weinrecht-Durchführungsverordnung<sup>13</sup>, Bayern z.B. in der Bayerischen Weinrecht-Ausführungsverordnung<sup>14</sup> und Rheinland-Pfalz in der Weinrecht-Durchführungsverordnung Rheinland-Pfalz<sup>15</sup> getroffen. Die Fülle der vorhandenen Rechtsvorschriften lässt sich angesichts dieser kurzen Ausführungen wohl nur erahnen.<sup>16</sup> Für den Notar sollten – (jedenfalls) im Bereich des Grundstücksverkehrs – aber wohl nur die Rechtsvorschriften zur Entstehung und Übertragung von sog. „Pflanzrechten“ eine nennenswerte Rolle spielen.<sup>17</sup>

## II) Arten, Entstehung und Übertragung von „Pflanzrechten“

### 1) Arten und Entstehung von „Pflanzrechten“

Innerhalb der EU ist gemäß Art. 90 Absatz 1 VO 479/2008 die Zulässigkeit von Reb(neu- bzw. wieder)anpflanzungen mit gemäß Art. 24 Absatz 1 VO 479/2008 zu klassifizierenden Keltertraubensorten<sup>18</sup> bis zum 31.12.2015 aus Gründen der Ordnung des Weinmarktes beschränkt („vorübergehendes Rebepflanzungsverbot“).<sup>19</sup> Bzgl. danach unzulässiger Anpflanzungen ist gemäß § 8 WeinG eine Rodungsanordnung möglich.<sup>20</sup> Gemäß Art. 90 Absatz 3 VO 479/2008 gibt es von diesem Verbot jedoch drei Ausnahmen:

- a) Neuanpflanzungsrechte gemäß Art. 91 VO 479/2008,
- b) Wiederbepflanzungsrechte gemäß Art. 92 VO 479/2008 und
- c) Pflanzungsrechte aus einer Reserve gemäß Art. 93 f. VO 479/2008.

10 Zum Verhältnis nationales – europäisches Weinrecht s. Boch, WeinG, Einleitung, IV., Nomos – Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht. Zu finden bei beck-online.

11 Im folgenden kurz als „WeinG“ bezeichnet.

12 Die Grundgedanken des WeinG stellt Boch, WeinG, Einleitung, V., Nomos – Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht dar. Zu finden bei beck-online.

13 Nachstehend kurz als „WeinRDVO“ bezeichnet.

14 Nachstehend kurz als „BayWeinRAV“ bezeichnet.

15 Nachstehend kurz als „WeinRDV RP“ bezeichnet.

16 Eine hilfreiche (und zugleich angesichts der Fülle von Rechtsvorschriften erschreckende) Übersicht zu den Rechtsgrundlagen des Weinrechts findet sich auf der folgenden Internetseite: [http://www.weinrecht-kommentar.de/home.php?f\\_text](http://www.weinrecht-kommentar.de/home.php?f_text) (letzter Zugriff: 05.05.2012).

17 Zu den Auswirkungen der Flurbereinigung auf Wiederbepflanzungsrechte vgl. BVwvG, NVwZ-RR 1997, S. 18 ff.

18 Zu pachtrechtlichen Fragen von Wiederbepflanzungsrechten vgl. BGH NJW-RR 2001, S. 272 ff.

19 Dieses Verbot gilt demnach v.a. nicht für sog. „Tafeltrauben“. Gemäß Art. 90 Absatz 6 VO 479/2008 kann dieses Verbot sogar bis zum 31.12.2018 durch die Mitgliedsstaaten verlängert werden. Entsprechende Verbote existieren bereits seit 1976 – vgl. VO (EWG) 1162/76.

20 Vgl. hierzu z.B. VG Ansbach, Urteil v. 07.11.2001, AN 16 S 01.01427. Zu finden bei juris.

Im Bundesrecht finden sich ergänzende Regelungen zu den Art. 90 ff. VO 479/2008 in den §§ 6 ff. WeinG. Die landesrechtlichen Ausführungsvorschriften hierzu wiederum sind z.B. in Baden-Württemberg in den §§ 2 ff. WeinRDVO, in Bayern und Rheinland-Pfalz in den bereits oben in Bezug genommenen Weinrecht-Ausführungs<sup>21</sup>- bzw. -Durchführungsverordnungen<sup>22</sup> enthalten.

Die Entstehung dieser drei Arten von Pflanzrechten ist nach den gesetzlichen Vorgaben an strenge Voraussetzungen geknüpft. Sind diese im Einzelfall nicht erfüllt, fehlt es an einem nach den §§ 413, 398 ff. BGB überhaupt veräußerlichen und übertragbaren Pflanzrecht. Dann kann nur die Übertragung eines etwaigen erst in Zukunft entstehenden Pflanzrechts in Betracht kommen.<sup>23</sup> Dies ist den an einem Kaufvertrag über einen z.B. bestockten Weinberg Beteiligten meistens jedoch nicht klar. Sollen in einem solchen Fall etwa „Wiederbepflanzungsrechte“ bzgl. des bestockten Weinberges mitverkauft und übertragen werden, scheidet dies bereits am Tatbestandsmerkmal der „Rodung der bestockten Rebfläche“ gemäß Art. 92 VO 479/2008, § 6 Absatz 1 WeinG, sofern keine Rodungsverpflichtung in den Kaufvertrag selbst aufgenommen wird. Aufgabe des Vertragsgestalters ist es in einem solchen Fall, den Irrtum der Parteien zu erkennen und aufzuklären (§ 17 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 BeurkG).

- a) Neuanpflanzungsrecht gemäß Art. 91 VO 479/2008, § 7 WeinG

Art. 91 VO 479/2008, § 7 WeinG<sup>25</sup> lassen die Erteilung von Neuanpflanzungsrechten nur in vier Fällen zu, jeweils vorausgesetzt, dass die zur Neubepflanzung vorgesehenen Flächen zur Erzeugung von Qualitätswein b.A. oder Landwein überhaupt geeignet sind:

Erstens, wenn die zur Neubepflanzung vorgesehenen Flächen in „unmittelbarem räumlichen Zusammenhang“<sup>26</sup> mit zulässigerweise mit Reben bepflanzten oder vorübergehend nicht bepflanzten Rebflächen stehen (§ 7 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1a WeinG). Als zweiten Genehmigungstatbestand erwähnt das Gesetz Pflanzungen im Rahmen einer Flurbereinigung oder Enteignung im öffentlichen Interesse (§ 7 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1b WeinG).<sup>27</sup> Weiterhin erlaubt das WeinG die Erteilung von Genehmigungen für Neuanpflanzungen zur Durchführung von Weinbauversuchen (§ 7 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 WeinG) sowie zur Anlegung eines Bestandes für die Erzeugung von sog. „Edelreisern“ (§ 7 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3a und b WeinG).

21 Für Bayern.

22 Für Rheinland-Pfalz.

23 Dass dies in der Regel nicht gewollt sein wird, liegt auf der Hand. Der Weinbauer hat eben ein Interesse an der sofortigen Nutzbarkeit des erworbenen Weinbergs. Zukünftige Pflanzrechte kann er hingegen auch – z.B. in den Fällen des § 6 WeinG (Neuanpflanzungsrecht) – selbst beantragen.

24 Im Bundesrecht ist hierzu noch die Weinverordnung (WeinV), dort insbesondere die §§ 3 ff. WeinV zu beachten.

25 Vgl. hierzu Boch zu § 7 WeinG, Nomos – Erläuterungen zum Bundesrecht. Zu finden bei beck-online.de.

26 Zur strittigen Auslegung dieses Merkmals vgl. Boch zu § 7 WeinG, Rn. 3 und 4; Nomos – Erläuterungen zum Bundesrecht. Zu finden bei beck-online.de.

27 Zu den Auswirkungen der Flurbereinigung auf Wiederbepflanzungsrechte vgl. BVwvG, NVwZ-RR 1997, S. 18 ff.

Anders als die nachstehend behandelten sog. „Wiederbepflanzungsrechte“, entstehen „Neuanpflanzungsrechte“ jedoch nicht bereits kraft Gesetzes, sondern müssen vom Weinbauern bzw. Erzeuger erst bei der jeweils nach Landesrecht zuständigen Stelle beantragt und von dieser erteilt werden. Da Neuanpflanzungsrechte jedoch nur für bisher nicht mit Rebstöcken bepflanzte Flächen – d.h. bisher nicht dem Weinanbau dienender Grundstücke – erteilt werden,<sup>28</sup> können diese für die Zwecke dieses Beitrags vernachlässigt werden.<sup>29</sup> Im Übrigen werden die Voraussetzungen für die Erteilung von Neuanpflanzungsrechten nur in wenigen Fällen auch tatsächlich vorliegen.

b) Wiederbepflanzungsrecht gemäß Art. 92 VO 479/2008, § 6 WeinG

Die wohl in der Praxis bedeutendste Art von Pflanzrechten sind die sog. „Wiederbepflanzungsrechte“.<sup>30</sup> Diese gelten gemäß § 6 Absatz 1 WeinG kraft gesetzlicher Fiktion „... als gewährt ...“, wenn eine (einmal) zulässigerweise bestockte Rebfläche gerodet worden ist. Ein Antrag auf Gewährung eines Wiederbepflanzungsrechts muss daher nicht gestellt werden. Die Rodung muss aber der nach dem jeweiligen Landesrecht zuständigen Stelle gemeldet werden (s. z.B. §§ 33 Absatz 1 Nr. 1 WeinG, 29 Absatz 3 Wein-ÜberwachungsVO, 20 Absatz 1 Nr. 1 WeinRDVO BW). Unterbleibt die Meldung, handelt es sich um eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 50 Absatz 2 Nr. 4 WeinG, die jedoch ohne Einfluss auf das Entstehen des Wiederbepflanzungsrechts ist (arg. e § 6 Absatz 1 WeinG). Unter „Rodung“ versteht man dabei die vollständige Beseitigung der Rebstöcke, die sich auf einer mit Reben bepflanzten Fläche, nicht notwendig gerade einem Grundstück<sup>31</sup> befinden.<sup>32</sup> Durch die Rodung erlangt der Rodende das Wiederbepflanzungsrecht. Grundstückseigentum und Inhaberschaft des Wiederbepflanzungsrechts können daher, insbesondere in Fällen der Verpachtung (§§ 585 ff. BGB), auseinanderfallen. Die Landwirtschaftskammern, z.B. die Landwirtschaftskammer Rheinland-Pfalz<sup>33</sup>, empfehlen daher in Pachtverträgen über den Weinanbau dienender Grundstücke ausdrückliche Vereinbarungen zur Behandlung der Wiederbepflanzungsrechte im Falle der Beendigung des Pachtverhältnisses aufzunehmen, insbesondere die Rück-

gabepflicht hinsichtlich etwaiger während der Pachtzeit in der Person des Pächters entstandener Wiederbepflanzungsrechte klarzustellen oder diese ausdrücklich auszuschließen.<sup>34</sup> Ähnliche Probleme sind dem Landnotar aus dem Bereich der Ackerpacht bekannt, wenn es um die Rückgabe gewährter EU-Zahlungsansprüche vom Pächter an den Verpächter geht.<sup>35</sup> Wie dort, so sollte auch hier im Falle des Erwerbs eines verpachteten Weinbergs durch einen Dritten die Haftung des Veräußerers für die Übertragbarkeit der Wiederbepflanzungsrechte zum Pachtende auf den Erwerber ausdrücklich geregelt werden.<sup>36</sup>

Die Zulässigkeit, Voraussetzungen und das Verfahren der Übertragung der entstandenen Wiederbepflanzungsrechte sind dabei gemäß § 6 Absätze 3 bis 5 WeinG Ländersache. In Baden-Württemberg etwa finden sich die maßgeblichen Ausführungsvorschriften in § 2 WeinRDVO. Dort ist auch in § 2 Absatz 4 WeinRDVO geregelt, dass ein entstandenes Wiederbepflanzungsrecht nur zeitlich befristet, bis zum Ende des 13. auf das Jahr der Rodung folgenden Weinwirtschaftsjahres ausgeübt werden darf. In Bayern und Rheinland-Pfalz finden sich vergleichbare Vorschriften in den §§ 3a BayWeinRAV bzw. 4b WeinRDV RP.

c) Pflanzungsrechte aus einer Reserve gemäß Art. 93 f. VO 479/2008, § 8a WeinG

Als dritte Ausnahme des vorübergehenden Rebanpflanzungsverbots gemäß Art. 90 Absatz 1 VO 479/2008 regeln Art. 93 f. VO 479/2008, § 8a WeinG Pflanzrechte aus einer regionalen Reserve<sup>37</sup>. Gemäß den genannten Vorschriften ist es den Landesregierungen der Bundesländer möglich auf regionaler Ebene eine Pflanzrechtsreserve zu schaffen aus der Pflanzrechte einzelnen Antragstellern unter bestimmten gemäß § 8a Absatz 3 WeinG von der jeweiligen Landesregierung noch festzulegenden Voraussetzungen gewährt werden können. Da jedoch auch die aus einer regionalen Reserve gewährten Pflanzrechte für – zum Zeitpunkt der Antragstellung – nicht dem Weinanbau dienende Grundstücke gewährt werden, kann auf eine weitere detaillierte Darstellung der Voraussetzungen für deren Gewährung nach dem jeweiligen Landesrecht<sup>38</sup> verzichtet werden. Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf die zivil- und steuerrechtliche Behandlung von Wiederbepflanzungsrechten<sup>39</sup>.

28 Achtung: bei gerodeten Flächen existiert i.d.R. ein Wiederbepflanzungsrecht. Dazu unten mehr.

29 Wird in Ausübung des Neuanpflanzungsrechts eine Fläche neu mit Rebstöcken bestockt, wird dadurch das Neuanpflanzungsrecht „verbraucht“. Im Falle der Rodung, stellt sich dann die Frage nach der Entstehung eines Wiederbepflanzungsrechts. S. dazu sogleich.

30 Diese Bedeutung kann an der vorhandenen Rechtsprechung der Zivil-, Finanz- und Verwaltungsgerichte zu Pflanzrechten abgelesen werden. Zu Neuanpflanzungsrechten und Pflanzungsrechten aus einer regionalen Reserve finden sich nur sehr vereinzelt – wenn überhaupt – Entscheidungen der Gerichte. Dagegen spielen Wiederbepflanzungsrechte sowohl in ihrer pacht-, verwaltungs- und steuerrechtlichen Behandlung eine überraschend vielfältige und deutlich größere Rolle in der spruchrichterlichen Praxis. Vgl. etwa: BGH NJW-RR 2001, S. 272 ff.; BVwvG, NVwZ-RR 1997, S. 18 ff.; FG Nürnberg, BeckRS 2001, 21009735; FG Rheinland-Pfalz, BeckRS 2007, 26022944 = DStRE 2008, S. 139 ff.

31 Zur alten Rechtslage vgl. noch BVerwG NVwZ-RR 2001, S. 664 ff.

32 Vgl. Bock zu § 6 WeinG, Rn. 2 – Nomos Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht. Zu finden bei beck-online.de.

33 Vgl. deren Informationsblatt zu Wiederbepflanzungsrechten und deren Übertragbarkeit und Entstehung unter [www.lwk-rlp.de](http://www.lwk-rlp.de) (letzter Zugriff: 05.05.2012) unter „Formulare“ und „Weinbau“. In Bayern finden sich Informationen zu diesem Thema auf der Homepage der Bayerischen Landesanstalt für Weinbau und Gartenbau. Zu finden unter: [www.lwg.bayern.de/weinbau/fachrecht/17662](http://www.lwg.bayern.de/weinbau/fachrecht/17662) (letzter Zugriff: 05.05.2012).

34 Gerichtliche Entscheidungen zu diesen Rechtsfragen sind rar. Eine ausführliche Suche in beck-online und juris hat jedoch folgende Urteile zu Tage gebracht: z.B. OLG Koblenz, Urteil v. 18.08.1998, 3 U 858/98; OLG Koblenz, Urteil v. 21.09.1999, 3 U 1400/98; BGH NJW-RR 2001, S. 272 ff., BGH, Urteil v. 24.04.2009, LwZR 3/08 sowie OVG Koblenz, BeckRS 2008, 41366.

35 Z.B. Grundmann in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Auflage, 2010, S. 601 ff. (613 ff.)

36 Vgl. hierzu die verschiedenen Formulierungsbeispiele bei Grundmann in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Auflage, 2010, S. 601 ff. (618 f.).

37 Vgl. Bock zu § 8a WeinG, Rn. 1 ff. – Nomos Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht. Zu finden bei beck-online.de.

38 Für Bayern vgl. die §§ 3b ff. WeinRAV.

39 Im Übrigen wird auch im Falle eines aus einer regionalen Reserve gewährten Pflanzungsrechtes dieses durch die erfolgte Bestockung „verbraucht“. Bei Rodung der Weinbergsfläche stellen sich sodann die oben angesprochenen Rechtsfragen des Wiederbepflanzungsrechts.

2) Übertragung

Das durch die Rodung einer (zulässigerweise) bestockten Rebfläche begründete Wiederbepflanzungsrecht geht zwar „... aus dem Grundstück...“<sup>40</sup> hervor, ist aber selbst grundstücksunabhängig (s.o.). Es entsteht in der Person des Rodenden<sup>41</sup> und wird dessen Betrieb zugeordnet. Daher kann es auch unabhängig von Eigentum und Besitz an einem Grundstück gemäß den §§ 413, 398 ff. BGB übertragen werden.

Die Übertragung des Wiederbepflanzungsrechts ist jedoch gemäß § 6 Absätze 3 bis 5 WeinG und der entsprechenden landesrechtlichen Ausführungsvorschriften genehmigungsbedürftig. Sollen also Wiederbepflanzungsrechte im Kaufvertrag über einen (gerodeten) Weinberg mitverkauft und mitübertragen werden, ist neben den Genehmigungserfordernissen des ASVG für die Veräußerung des Grundstücks, die Genehmigungspflicht für die Veräußerung des Wiederbepflanzungsrechts zu prüfen und die landesrechtlich zuständige Stelle zu ermitteln. Gemäß § 18 BeurkG muss der Notar in diesem Zusammenhang jedenfalls auf die Genehmigungspflicht hinweisen, das Einholen der Genehmigung kann er den Parteien (auch aus Kostengründen – vgl. § 146 Absatz 1 KostO) selbst überlassen. Diese werden sich hierzu z.B. in Baden-Württemberg an die in § 1 Absatz 2 Nr. 1 WeinRD-VO BW genannten Behörden wenden und die Genehmigung der Übertragung auf den dafür vorgesehenen Formularblatt schriftlich beantragen.

3) Zur Anwendbarkeit der §§ 96, 311 c BGB (analog)<sup>42</sup>

Vor diesem Hintergrund ist offensichtlich, dass das Wiederbepflanzungsrecht nicht unter § 96 BGB fällt. Wiederbepflanzungsrechte stellen als Rechte auch kein „Zubehör“ i.S.d. § 97 BGB dar. Schwieriger zu beantworten ist hingegen die Frage, ob die Auslegungsregel des § 311c BGB<sup>43</sup> auf diese analog anzuwenden ist und damit „im Zweifel“ von einer Mitveräußerung auszugehen ist. Für Zuckerrübenlieferrechte hat der BGH<sup>44</sup> diese Frage bereits verneint. Im gleichen Sinne wurde durch die Rspr für Milchkontingente entschieden.<sup>45</sup>

Nach der juristischen Methodenlehre ist eine Norm dann analog anwendbar, wenn sich eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzestextes offenbart und die Vergleichbarkeit von geregelterm und ungeregeltem Sachverhalt zu bejahen ist.<sup>46</sup> Zweck der Vorschrift des § 311c BGB ist die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zusammengehörig-

keit zwischen Grundstück bzw. grundstücksgleichem Recht und Zubehör.<sup>47</sup> Dieser Wirtschaftszusammenhang könnte auch für das Verhältnis Wiederbepflanzungsrecht und gerodeter Weinberg bejaht werden. Da der Gesetzgeber jedoch, eine solche Regelung nur für „Zubehör“ geschaffen hat, kann vom Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke in den übrigen Fällen ausgegangen werden.<sup>48</sup> Der Vertragsgestalter muss daher – nach hier vertretener Ansicht – die Mitveräußerung des Wiederbepflanzungsrechts ausdrücklich regeln.

Abschließend sei noch kurz erwähnt, dass das Wiederbepflanzungsrecht nicht dem Haftungsverband einer Hypothek oder Grundschuld gemäß den §§ 1120 ff. BGB unterliegt.<sup>49</sup>

III) Einkommen- und grunderwerbsteuerrechtliche Hintergründe

Die einkommen- und grunderwerbsteuerrechtliche Behandlung des auf Wiederbepflanzungsrechte (§ 6 WeinG) entfallenden Kaufpreisanteils war bereits (vereinzelt) Gegenstand von Entscheidungen der Finanzgerichte.<sup>50</sup> Entscheidungen des BFH sind hierzu – soweit ersichtlich – bisher jedoch noch nicht ergangen. Es mag dabei nicht verwundern, dass der Sitz der mit diesen Fragestellungen befassten Finanzgerichte in den Weinanbaugebieten Deutschlands liegt (hier: Rheinland-Pfalz und Franken).

1) Einkommensteuer

Unabhängig von der Einkunftsart stellt sich im Rahmen der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Wiederbepflanzungsrechten v.a. die Frage nach dem Zeitpunkt der Abzugsfähigkeit der hierfür getätigten Aufwendungen bzw. Anschaffungskosten. In Betracht kommen die sofortige Abzugsfähigkeit, eine gleichmäßige Verteilung der Anschaffungskosten gemäß § 7 EStG auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung sowie die Abzugsfähigkeit erst im Zeitpunkt der (Weiter-)Veräußerung.

Das FG Rheinland-Pfalz hat hierzu im Jahre 2007<sup>51</sup> für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung<sup>52</sup> (§ 21 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) entschieden, dass Aufwendungen für Wiederbepflanzungsrechte (bei einem *unbestockten* Weinberg) als Anschaffungskosten für ein nicht-abnutzbares, aber eigenständiges Wirtschaftsgut zu qualifizieren sind und daher weder sofort, noch im Rahmen einer Absetzung für Abnutzung (AfA) gemäß § 7 EStG, sondern erst im Zeitpunkt der Veräußerung des Wirtschaftsgutes zu berücksichtigen sind

40 So plastisch Kirsch, Wiederbepflanzungsrecht in der Zwangsversteigerung, Rpfleger 1999, S. 192 ff. (192).  
 41 D.h. nicht zwangsläufig des Eigentümers. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Pächter aber nur als „Rodungsgehilfe“ des Verpächters = Eigentümers anzusehen sei.  
 42 Mit der Frage wie die Zwangsvollstreckung in ein Wiederbepflanzungsrecht betrieben werden kann, beschäftigt sich Kirsch, Wiederbepflanzungsrecht in der Zwangsversteigerung, Rpfleger 1999, S. 192 ff.  
 43 Vgl. etwa Grüneberg in: Pal., § 311c BGB, Rn. 1 m.w.N.  
 44 Z.B. BGH, Urt. v. 30.03.1990, DNotZ 1991, S. 667 ff. mit Anm. Uhlig, DNotZ 1991, S. 669 ff.  
 45 Z.B. BGHZ 111, S. 116 ff. Hierzu auch Grundmann in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Auflage, 2010, S. 601 ff. (619 f.).  
 46 Dazu etwa Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 370 ff., 381 ff. (v.a. 373 f.).

47 Vgl. etwa Kanzleiter in: MüKo, Band 2, 6. Auflage, 2012, § 311 c BGB, Rn. 1 m.w.N.  
 48 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte der Norm: Kohler, DNotZ 1991, S. 362 ff. (365 ff.). In diesem Sinne (freilich nicht speziell für Wiederbepflanzungsrechte): Kanzleiter in: MüKo, Band 2, 6. Auflage, 2012, § 311 c BGB, Rn. 4 f. m.w.N.  
 49 Vgl. Kirsch, Wiederbepflanzungsrecht in der Zwangsversteigerung, Rpfleger 1999, S. 192 ff. (193).  
 50 Z.B. FG Nürnberg, BeckRS 2001, 21009735; FG Rheinland-Pfalz, BeckRS 2007, 26022944 = DStRE 2008, S. 139 ff.  
 51 FG Rheinland-Pfalz, BeckRS 2007, 26022944 = DStRE 2008, S. 139 ff.  
 52 Sehr vereinfacht und gekürzt lag dem folgender Sachverhalt zugrunde: Der Verpächter eines unbestockten Weinbergs machte in seiner Steuererklärung Werbungskosten in Höhe von 52.010,- DM geltend, die er für den pachtvertragsgemäßen Erwerb und die Übertragung von Wiederbepflanzungsrechten auf den Pächter zu bezahlen hatte.

(vgl. §§ 4 Absatz 3 Satz 4 EStG bzw. 22 Nr. 2, 23 EStG). Das FG Rheinland-Pfalz ging dabei davon aus, dass das Wiederbepflanzungsrecht aufgrund der Rechtslage in Rheinland-Pfalz zeitlich unbefristet ausgeübt werden kann und auch seine Geltungsdauer nicht beschränkt ist.<sup>53</sup> Da diese Rechtslage europa- und bundesrechtlichen Vorgaben geschuldet ist, sollte sie sich auch in allen anderen Bundesländern und deren Ausführungsvorschriften wiederfinden. Eine AfA ist daher nicht möglich.<sup>54</sup>

Im Falle eines *bestockten* Weinberges stellt sich, wie unter II) gezeigt wurde, die vorstehend angesprochene Problematik nicht. Da das Wiederbepflanzungsrecht in diesem Fall noch gar nicht entstanden ist, stellen sich darauf – nach dem Willen der Parteien – entfallende Aufwendungen tatsächlich als Anschaffungskosten für das Wirtschaftsgut „Grund und Boden“ dar. Deren einkommensteuerrechtliche Behandlung folgt unmittelbar aus §§ 4 Absatz 3 Satz 4 bzw. 22 Nr. 2, 23 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1, Absatz 3 EStG.

## 2) Grunderwerbsteuer

Bereits im Jahr 2001 hatte das *FG Nürnberg*<sup>55</sup> zur Frage Stellung genommen, ob der beim Kauf eines bestockten Weinbergs auf ein „Pflanzrecht“ entfallende Teil des Kaufpreises die Bemessungsgrundlage der zu entrichtenden Grunderwerbsteuer (§§ 8 f. GrEStG) mindert. Das FG Nürnberg hat diese Frage verneint. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass bei einem bestockten Weinberg ein Pflanzrecht „... in Form eines handelbaren und übertragbaren Rechts ...“<sup>56</sup> – vorausgesetzt es ist keine Rodungsvereinbarung getroffen – überhaupt nicht existiert. Die bloße Möglichkeit einer späteren Rodung und der Entstehung eines dann handelbaren und übertragbaren Wiederbepflanzungsrechts (§ 6 WeinG) allein reichen jedoch nicht aus, um einen (jedenfalls teilweise) nicht der Grunderwerbsteuer unterliegenden Rechtsvorgang anzunehmen.<sup>57</sup>

Diesen Ausführungen des FG Nürnberg ist in der Begründung und im Ergebnis zuzustimmen. Durch die bestehende Bestockung ist das ursprüngliche (An-)Pflanzrecht „verbraucht“ worden. Seine Neuentstehung ist nur unter den strengen Voraussetzungen der §§ 6 ff. WeinG (s.o.) überhaupt möglich. Die bestehende Bestockung bildet aber einen Teil des Grundstücks im Sinne des § 2 Absatz 1 Satz 1 GrEStG und damit zugleich der für die Bemessung der Grunderwerbsteuer maßgeblichen Gegenleistung (Grundstückswert). § 2 Absatz 1 Satz 2 GrEStG greift hier nicht ein.

Für den Fall des Kaufs eines unbestockten Weinberges gibt es hingegen bislang – soweit ersichtlich – noch keine spruchrichterliche Aussage zur Abzugsfähigkeit des auf ein Wieder-

bepflanzungsrecht entfallenden Teils des Kaufpreises. Die vorstehenden Ausführungen des FG Nürnberg legen m.E. aber folgende Einschätzung nahe:

Da das Wiederbepflanzungsrecht – wie oben gezeigt – in seinem rechtlichen Schicksal grundstücksunabhängig ist, liegt es nahe, dieses bei einem unbestockten Weinberg aus der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer hinauszurechnen. Der auf dieses entfallende Teil des Kaufpreises ist eben nicht Gegenleistung für das Grundstück im Grunderwerbsteuerrechtlichen Sinne, sondern für ein weiteres eigenständiges immaterielles Wirtschaftsgut.<sup>58</sup> Die Grunderwerbsteuerrechtliche Behandlung sollte insoweit der von Zubehör entsprechen.

## C) Schlussfolgerungen für die Vertragsgestaltung

Aus den vorstehenden Ausführungen lassen sich folgende Schlussfolgerungen für die Gestaltungspraxis ziehen:

Wird der Notar ersucht die Beurkundung eines Kaufvertrages über ein Grundstück der (im Grundbuch eingetragenen) Wirtschaftsart „Landwirtschaftsfläche“ vorzunehmen, ist im Vorfeld der Beurkundung zu klären, welche Art der Landwirtschaft betrieben wird. Handelt es sich um Weinanbau, ist neben der Genehmigungspflicht nach dem ASVG bzw. dessen landesrechtlicher Ausführungsgesetze, die Bestockung des Weinbergs zu klären. Wie oben dargestellt, folgt der Kauf eines bestockten Weinbergs (teilweise) anderen Rechtsregeln, als der Kauf eines unbestockten (gerodeten) Weinbergs.

Ist der Weinberg bestockt (und soll auch keine Rodungsverpflichtung in den Kaufvertrag aufgenommen werden), stellen sich viele der oben angesprochenen Rechtsfragen überhaupt nicht. Bei einem bestockten Weinberg wird eben kein Grundstück mit Wiederbepflanzungsrecht veräußert, sondern ein Grundstück mit Rebanlage und Pflanzen. Das Wiederbepflanzungsrecht ist noch gar nicht entstanden. Spezielle Regelungen dazu können daher grds. entfallen. Ist der Weinberg jedoch an einem Dritten verpachtet, sollte im Kaufvertrag die Haftung des Veräußerers für die Übertragbarkeit etwaiger nach Rodung durch den Pächter entstehender Wiederbepflanzungsrechte ausgeschlossen werden. Aus Sicht der Grunderwerbsteuer sollte weiterhin der auf die Drahtanlage des Weinberges entfallende Kaufpreisteil getrennt ausgewiesen werden, da er für eine Betriebsvorrichtung gemäß § 2 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 GrEStG bezahlt wird. Aus einkommensteuerrechtlichen Gründen kann es Sinn machen zusätzlich den auf die Bestockung anfallenden Kaufpreisteil für die AfA getrennt anzugeben. Wie beim Kauf eines bebauten Grundstücks, sollte der Veräußerer ferner eine Erklärung zur Zulässigkeit der vorhandenen Bestockung abgeben.<sup>59</sup> Im Übrigen bestehen keine Besonderheiten ge-

53 A.a.O.

54 Ob sich diese Rechtslage in Anbetracht des BFH-Urteils vom 16.10.2008, IV R 1/06, BFH NV 2009, S. 723 ff. geändert hat oder ändern wird, bleibt abzuwarten. In diesem Urteil hat der BFH die Abschreibungsmöglichkeit von Zuckerrübenlieferrechten bejaht.

55 Zu finden bei beck-online unter: FG Nürnberg, BeckRS 2001, 21009735.

56 A.a.O.

57 A.a.O.

Nach Ansicht des FG Nürnberg ist aber der auf die Drahtanlage des Weinbergs entfallende Teil des Kaufpreises gemäß § 2 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 GrEStG als sog. „Betriebsvorrichtung“ abzugsfähig. Ebenfalls nicht abzugsfähig ist der auf die Rebstöcke entfallende Teil des Kaufpreises.

58 Vgl. etwa OFD Koblenz, S 4503 A-St. 53 4 vom 12.02.1999. Zu finden bei juris.

59 Vgl. hierzu etwa Hertel in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage, 2010, S. 562 ff. Hintergrund dieser Regelung der Risikoplanung ist zum einen der oben erwähnte § 8 WeinG, aber auch der Umstand, dass nur bei vorhandener zulässiger Bestockung überhaupt ein Wiederbepflanzungsrecht gemäß § 6 WeinG zur Entstehung gelangen kann (s.o.).

genüber dem Verkauf sonstiger landwirtschaftlich genutzter Grundstücke.<sup>60</sup>

Ist der Weinberg dagegen als Ergebnis einer Rodung durch den Veräußerer unbestockt oder steht das Wiederbepflanzungsrecht dem Veräußerer aufgrund vertraglicher Abreden mit dem Pächter=Rodender/Rodungsgehilfe zu oder wird eine Rodungsverpflichtung des Veräußerers in den Kaufvertrag selbst aufgenommen, so sind in der Kaufvertragsurkunde spezielle Regelungen für die Veräußerung des Wiederbepflanzungsrechts zu treffen. Zunächst ist der auf dieses entfallende Kaufpreisanteil – aus Gründen der

Grunderwerbsteuer - getrennt in der Urkunde auszuweisen. Der Mitverkauf und die Mitübertragung – evtl. aufschiebend durch die vollständige Kaufpreiszahlung - ist ausdrücklich zu formulieren. Bei der Regelung der Rechtsmängelhaftung ist zu bedenken, dass es sich beim Verkauf eines Wiederbepflanzungsrechts um einen Rechtskauf (§ 453 BGB) handelt. Insoweit können (jedenfalls) Veräußerergarantien zur Inhaberschaft des Rechts erwogen werden. Weiterhin ist die Genehmigungsbedürftigkeit der Übertragung des Wiederbepflanzungsrechts zu beachten. Holt der Notar die Genehmigung nicht selbst ein, hat er die Beteiligten auf die Genehmigungspflicht hinzuweisen.

60 S. hierzu bereits die eingangs zitierten Vertragsmuster von Langenfeld in Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5, Bürgerliches Recht I, 6. Auflage, 2008, S. 119 ff.; Grundmann in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Auflage, 2010, S. 601 ff.

## Rechtsprechung

**OLG München, Beschluss vom 19.12.2012 – 31 Wx 434/12, rechtskräftig**

**BGB § 1938**

**Ein gemeinschaftliches Testament, das keine Regelung für den Tod des zuerst versterbenden Ehegatten enthält, kann nicht dahin ausgelegt werden, dass einzelne gesetzlich erbberechtigte Personen von der Erbfolge nach dem Erstversterbenden ausgeschlossen sind.**

### Gründe:

#### I.

Der Erblasser ist im Mai 2011 im Alter von fast 89 Jahren verstorben. Die Beteiligte zu 3 ist seine Ehefrau, die Beteiligte zu 2 die einzige gemeinsame Tochter. Der Beteiligte zu 1 (geboren 1946) ist der nichteheliche Sohn des Erblassers. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus Bankguthaben in Höhe von rund 150.000 €.

Es liegt ein vom Erblasser geschriebenes und unterschriebenes, von der Beteiligten zu 3 unterschriebenes Schriftstück vor, das wie folgt lautet:

„Vollmacht!

Sollte bei einem Unfall meiner Frau und mir mit Todesfolge ausgehen, so kann meine Tochter A. W. (verh. S.) frei über unseren Hausrat wie Bargeld – Giro Konto – Sparkassenbuch Bundesschatzbrief und unser Auto Tord 15M verfügen.

Augsburg, d. 4. Sep. 73

(Unterschriften)“

Der Beteiligte zu 1 hat am 24.7.2012 die Erteilung eines Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge beantragt, der ihn und die Beteiligte zu 2 zu je 1/4 und die Beteiligte zu 3 zu 1/2 als Miterben ausweist. Die Beteiligte zu 2 ist dem Antrag entgegengetreten. Das Schriftstück vom 4.9.1973 stelle eine letztwillige Verfügung dar, wonach die gemeinsame Tochter über alle Vermögenswerte der Eheleute verfügen solle. Dem Verstorbenen sei bekannt gewesen, dass der Beteiligte zu 1 sein Sohn sei. Dennoch habe er diesen bewusst von der Erbfolge ausgeschlossen. In der Verfügung komme deutlich zum Ausdruck, dass der Sohn nicht Erbe werden solle.

Das Nachlassgericht hat nach persönlicher Anhörung der Beteiligten zu 2 und 3 mit Beschluss vom 26.9.2012 den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Zur Begründung wird ausgeführt, die Auslegung des als Testament anzusehenden Schriftstücks vom 4.9.1973 ergebe, dass der Erblasser den Beteiligten zu 1 von der Erbfolge habe ausschließen wollen. Eine solche Enterbung sei auch stillschweigend möglich, wenn der Ausschließungswille unzweideutig zum Ausdruck komme. Das ergebe sich aufgrund ergänzender Testamentsauslegung. Es sei eine unbewusste, planwidrige Lücke gegeben. Zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung seien die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder von der Erbfolge nach dem Vater ausgeschlossen gewesen. Durch das Zweite Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder vom 12.4.2011 sei diese Regelung mit Wirkung zum 29.5.2009 aufgehoben worden. Nach der Lebenserfahrung sei anzunehmen, dass der Erblasser und seine Ehefrau im Zeitpunkt der Testamenterrichtung gewollt hätten, dass der Beteiligte zu 1 von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sein solle. Auch sei aus der Sicht des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments 1973 eine ausdrückliche Enterbung gerade nicht erforderlich gewesen. Darüber hinaus stelle die Einsetzung der Tochter als Alleinerbin ein gewichtiges Indiz dar, dass der Beteiligte zu 1 enterbt werden sollte. Dem stehe nicht entgegen, dass die Alleinerbeinsetzung nur für den

Fall des gleichzeitigen Versterbens der Ehegatten angeordnet sei. Es sei keinerlei Hinweis enthalten, wer im Falle des Vorversterbens eines Ehegatten erben solle, weshalb von gesetzlicher Erbfolge ausgegangen werde. Jedenfalls werde durch die letztwillige Verfügung zum Ausdruck gebracht, dass der Beteiligte zu 1 nichts bekommen solle. Außerdem habe der Erblasser nach Angaben der Beteiligten zu 2 immer zu ihr gesagt, dass sie einmal alles und der Beteiligte zu 1 nichts bekommen solle. In der Nichtberücksichtigung des Beteiligten zu 1 sei eine ausreichende Andeutung zu sehen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1. Das Schriftstück vom 4.9.1973 sei schon kein Testament. Überdies betreffe es nicht den vorliegenden Erbfall, da es auf das gemeinsame Versterben der Eheleute abstelle. Die Beteiligte zu 2 hält die Entscheidung des Nachlassgerichts für richtig. Der Wille des Verstorbenen, dass sein Sohn nicht Erbe werden solle, habe durch die alleinige Einsetzung der Tochter Ausdruck gefunden. Der Erblasser habe von Anfang an gewußt, dass der Beteiligte zu 1 sein nichtehelicher Sohn sei und habe ihn ab ca. 1957 auch als solchen vorgestellt. Dennoch habe er ihn in der letztwilligen Verfügung nicht berücksichtigt. Es habe auch nie ein gutes Verhältnis zwischen beiden bestanden. Hingegen sei die Beteiligte zu 2 immer für ihre Eltern da gewesen.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Das Nachlassgericht hat zu Unrecht den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Der Erblasser wird aufgrund Gesetzes beerbt, wovon auch das Nachlassgericht ausgeht. Von der gesetzlichen Erbfolge ist der Beteiligte zu 1 nicht ausgeschlossen. Der von ihm beantragte Erbschein entspricht deshalb der Erbrechtslage (§ 1924 Abs. 1 und 4, § 1931 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 i.V.m. § 1371 Abs. 1 BGB).

1. Der Senat ist mit dem Nachlassgericht der Auffassung, dass das Schriftstück vom 4.9.1973 eine letztwillige Verfügung darstellt. Die Verfügung von Todes wegen ist ein Rechtsgeschäft, in welchem der Erblasser über das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode Anordnungen trifft. Um als wirksame letztwillige Verfügung gelten zu können, muss die Erklärung auf einem ernstlichen Testierwillen beruhen. Der Erblasser muss sich bewusst gewesen sein, das Schriftstück könne als sein Testament angesehen werden. Die Bezeichnung als Testament ist nicht erforderlich (vgl. BayObLGZ 1982, 59/64 m.w.N.). Die Urkunde vom 4.9.1973 ist zwar mit „Vollmacht“ überschrieben, regelt aber ausdrücklich den Fall eines Unfalles „mit Todesfolge“ und räumt der Tochter die Befugnis ein, frei zu „verfügen“. Das spricht dafür, dass die Ehegatten mit der insgesamt unbeholfen und fehlerhaft abgefassten Urkunde ihrer gemeinsamen Tochter die einem Erben zukommende Stellung einräumen wollten.

2. Mit der Verfügung vom 4.9.1973 haben die Ehegatten jedoch nur den Fall geregelt, dass beide Ehegatten verstorben sind; erst dann soll die Tochter über das gemeinsame Vermögen verfügen. Der gesamte Inhalt der Urkunde bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass bereits nach dem Tod eines der beiden Ehegatten die gemeinsame Tochter Alleinerbin sein sollte. Vielmehr ergibt sich aus den Formulierungen

„meiner Frau Käthe und mir mit Todesfolge“ und „unseren Hausrat“, dass die Testierenden erst nach dem Ableben beider die gemeinsame Tochter als Rechtsnachfolgerin in das gemeinsame Vermögen einsetzen wollten. Es bedarf deshalb hier keiner Entscheidung, ob nach dem Willen der Ehegatten nur der Fall erfasst sein sollte, dass beide Ehegatten (nahezu) gleichzeitig oder kurz hintereinander versterben (dafür spricht „bei einem Unfall“), oder allgemein die Situation nach dem Ableben beider geregelt werden sollte. Eine Regelung für die Erbfolge beim Tod des zuerst versterbenden Ehegatten enthält die letztwillige Verfügung jedenfalls nicht; er wird folglich nach der gesetzlichen Erbfolge beerbt.

3. Der Beteiligte zu 1 ist von der gesetzlichen Erbfolge nach dem Erblasser nicht ausgeschlossen. Das lässt sich entgegen der Auffassung des Amtsgerichts der letztwilligen Verfügung vom 4.9.1973 auch im Wege ergänzender Auslegung nicht entnehmen.

a) Die ergänzende Auslegung dient dazu, planwidrige Lücken im Testament durch Anpassung der letztwilligen Verfügung zu schließen, nicht aber dazu, eine unterlassene letztwillige Verfügung zu ersetzen (OLG München FamRZ 2010, 1941/1943; Palandt/Weidlich BGB 72. Aufl. 2013 § 2084 Rn. 8; Staudinger/Otte BGB <2003> Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rn. 43). Im Wege der ergänzenden Auslegung können insbesondere Lücken geschlossen werden, die nachträglich durch Veränderungen zwischen Testamentserrichtung und Erbfall eingetreten sind. Auch Änderungen der Rechtslage können eine ergänzende Testamentsauslegung erforderlich machen (Staudinger/ Otte aaO Rn. 98).

b) Hier hat die Änderung der Rechtslage hinsichtlich der Berücksichtigung nichtehelicher Kinder bei der Erbfolge jedoch nicht zu einer vom Erblasser nicht vorhergesehenen Lücke im Testament geführt. Die Ehegatten hatten die Erbfolge nach dem zuerst versterbenden Ehegatten in ihrer Verfügung vom 4.9.1973 von vornherein überhaupt nicht geregelt. Sie haben von einer Gestaltung der Erbfolge nach dem zuerst Versterbenden durch letztwillige Verfügung abgesehen mit der Folge, dass sich die Erbfolge nach dem Erstversterbenden nach den gesetzlichen Vorschriften richtet. Die vollständig fehlende testamentarische Regelung des ersten Sterbefalls kann nicht durch eine „ergänzende Auslegung“ erst geschaffen werden. Das gilt nicht nur für eine positive Ergänzung dahingehend, wer Erbe sein soll, sondern auch für eine „negative“ Ergänzung dahingehend, wer von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sein soll.

c) Ohne Erfolg verweist die Beteiligte zu 2 darauf, dass der Wille des Erblassers dahin ging, seinen 1946 nichtehelich geborenen Sohn bei der Erbfolge nicht zu berücksichtigen. Dieser Wille hat im Testament vom 4.9.1973 auch nicht andeutungsweise einen Niederschlag gefunden. Er ist deshalb mangels einer formgerechten Erklärung unbeachtlich. Aufgrund der für letztwillige Verfügungen geltenden Formvorschriften kann ein tatsächlich vorhandener, aber nicht formgerecht niedergelegter Wille nicht berücksichtigt werden (vgl. BGHZ 80, 242/246).

Der Ausschluss eines Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938 BGB) muss zwar nicht ausdrücklich erfolgen, sofern der Ausschlusswille unzweideutig in der letztwil-

ligen Verfügung zum Ausdruck kommt (vgl. BGH NJW-RR 2006, 948; BayObLGZ 1965, 166/174, BayObLG NJW-RR 1992, 840/841). Die Urkunde vom 4.9.1973 enthält für den Tod des Erstversterbenden aber gar keine Verfügungen. Eine Andeutung für den Willen der Testierenden hinsichtlich der Erbfolge beim ersten Sterbefall lassen sich ihr deshalb nicht entnehmen. Aus der Tatsache, dass der Beteiligten zu 1 nicht erwähnt ist, kann deshalb auch kein hinreichender Anhaltspunkt dafür gesehen werden, dass er von der gesetzlichen Erbfolge nach dem Erstversterbenden ausgeschlossen werden sollte.

d) Der Senat verkennt nicht, dass bis zum 29.5.2009 für den Erblasser keine Notwendigkeit bestand, seinen nichtehelichen Sohnes durch letztwillige Verfügung von der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen, weil diesem nach der damaligen Rechtslage ohnehin kein gesetzliches Erbrecht zustand. Mit Wirkung zum 29.5.2009 wurden jedoch auch die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder den ehelichen Kindern gleichgestellt. Aufgrund dieser Entscheidung des Gesetzgebers ist der Beteiligte zu 1 als gesetzlicher Erbe berufen; eine abweichende testamentarische Regelung hat der zum Stichtag bereits hoch betagte Erblasser nicht mehr getroffen.

4. Nachdem gegen die Entscheidung des Senats kein Rechtsmittel gegeben ist, ist die Erteilung des beantragten Erbscheins anzuordnen (Keidel/Sternal FamFG 17. Aufl 2011 § 352 Rn. 157).

### III.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Gerichtskosten für die erfolgreiche Beschwerde fallen nicht an. Hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten der Beteiligten erscheint es angemessen, dass diese jeder selbst trägt (§ 81 FamFG). Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 131 Abs. 4, § 30 Abs. 1 KostO).

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München  
Margaretha Förth

**OLG München, Beschluss vom 19.12.2012 – 31 Wx 372/12, rechtskräftig**

**BGB §§ 133, 2084, 2096**

**Ist die testamentarisch eingesetzte und der Erblasserin persönlich nahe stehende Alleinerbin vorverstorben, kommt eine Ersatzerbenstellung des Ehemanns nur dann in Betracht, wenn sich für seine Ersatzerbensetzung im Testament über die Einsetzung der Bedachten hinaus Anhaltspunkte finden.**

### Gründe:

#### I.

Die Erblasserin verstarb am 21.9.2009 im Alter von 88 Jahren. Sie war verheiratet mit A. O. S., der am 18.8.1988 vorverstorben ist. Aus der Ehe ging V. S. hervor, der am 23.4.1970 ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vorverstarb. Es liegen folgende eigenhändig geschriebene und unterschriebene letztwillige Verfügungen der Erblasserin vor:

1. „ München, 10.12.2004

Mein letzter Wille

Sollte ich einmal krank werden ist Frau S. (= Ehefrau des Beteiligten zu 1) berechtigt, sich um alles zu kümmern, nach meinem Tod setze alles als meine Erben. Frau S..

Unterschrift

Die Haushaltsgegenstände und mein Bankguthaben vermache ich ebenfalls Frau S..

Unterschrift.“

2. „ München 10.2.2009

Mein letzter Wille

Sollte ich einmal krank werden, ist Frau S. (Adresse) berechtigt sich um alles zu kümmern. Nach meinem Tod setzte ich als meinen Erben Frau F. S. ein.

Die Haushalt(...) Gegenstände und mein Bankguthaben vermache ich ebenfalls Frau S..

Unterschrift“

Am 14.1.2010 beantragte die Beteiligte zu 2 unter Berufung auf die beiden Testamente der Erblasserin einen Erbschein, der sie als Alleinerbin ausweist. Sie war dabei der Auffassung, dass sie als Ersatzerbin nach ihrer am 15.5.2009 vorverstorbenen Mutter (F. S.) in Anwendung des Rechtsgedanken des § 2069 BGB berufen sei. Ihre Mutter habe der Erblasserin seit vielen Jahren als Betreuerin in jeglichen Angelegenheiten und Freundin sehr nahe gestanden. Ihre Mutter sei für die Erblasserin wie eine Familienangehörige gewesen. Ihre Mutter habe auch schon den Ehemann der Erblasserin gepflegt und ihm versprochen, seiner Frau – der Erblasserin – immer zur Seite zu stehen, wodurch sich eine enge Verbundheit entwickelt habe. Ihr Vater habe sich seit Jahren schon um die finanziellen Angelegenheiten der Erblasserin gekümmert. Mit Schreiben vom 18.5.2012 nahm die Beteiligte zu 2 ihren Erbscheinsantrag zurück. Am 18.5.2012 stellte der Beteiligte zu 1 unter Berufung auf die beiden Testamente einen Antrag auf Erteilung eines Alleinerbscheins. Er ist dabei der Meinung, dass er als testamentarischer Ersatzerbe in Betracht komme, da er sich zusammen mit seiner Frau zu deren Lebzeiten um die Erblasserin, insbesondere die finanziellen Angelegenheiten, bzw. nach dem Tod seiner Frau um alle Angelegenheiten der Erblasserin gekümmert habe.

Der Beteiligte zu 3 ist demgegenüber der Meinung, dass die gesetzliche Erbfolge eingetreten sei. Die Erblasserin sei wohl im Februar 2009 nicht mehr testierfähig gewesen, gegebenenfalls sei die Testierfähigkeit der Erblasserin auch für Dezember 2004 zu überprüfen. Im Testament der Erblasserin finde

sich weder eine Ersatzerbenregelung zugunsten des Beteiligten zu 1 noch ein Anhaltspunkt für eine Ersatzbegünstigung des Beteiligten zu 1.

Mit Beschluss vom 6.9.2012 bewilligte das Nachlassgericht den von dem Beteiligten zu 1 beantragten Alleinerbschein. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 3.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Zu Unrecht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beteiligte zu 1 im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung Ersatzerbe seiner vorverstorbenen Ehefrau sei.

1. Die ergänzende Testamentsauslegung setzt voraus, dass eine planwidrige Regelungslücke im Testament vorliegt, die durch den festgestellten Willen des Erblassers zu schließen ist. Dabei muss aus dem Gesamtbild des Testaments selbst eine Willensrichtung des Erblassers erkennbar sein, die tatsächlich in Richtung der vorgesehenen Ergänzung geht. Durch sie darf also kein Wille in das Testament hineingetragen werden, der darin nicht andeutungsweise ausgedrückt ist (vgl. Palandt/Weidlich BGB 72. Auflage <2013> § 2084 Rn. 9).

a) Zutreffend hat das Nachlassgericht erkannt, dass nicht feststeht, ob die Erblasserin zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung an die Möglichkeit eines vorzeitigen Wegfalls des eingesetzten Erben tatsächlich gedacht hat und was sie für diesen Fall tatsächlich gewollt hätte.

b) Unabhängig von der Ermittlung des Erblasserwillens ist die Beschwerde aber bereits deswegen im Ergebnis begründet, weil der vom Nachlassgericht angenommene Wille der Erblasserin zur Ersatzerbenberufung jedenfalls nicht den erforderlichen Niederschlag im Testament gefunden hat.

Während in den von § 2069 BGB unmittelbar erfassten Fällen nach dem Willen des Gesetzgebers im Zweifel schon die bloße Einsetzung des Bedachten zugleich als Ausdruck der Ersatzberufung seiner Abkömmlinge zu werten ist und dies nach der Rechtsprechung auch dann gilt, wenn es sich bei dem Bedachten um eine mit dem Erblasser nahe verwandte oder verschwägerte Person handelt (OLG Hamm NJW-RR 1987, 648 <649> unter Bezugnahme auf OLG Hamm, FamRZ 1976, 552 <554> m.w. N.), kann die bloße Einsetzung des Bedachten in allen anderen Fällen noch nicht zugleich als hinreichender Ausdruck der Ersatzberufung seiner Abkömmlinge oder des Ehegatten gewürdigt werden. Denn nur in den zuerst genannten Fällen liegt die Möglichkeit nahe, dass der Erblasser die Zuwendung nicht nur der von ihm bezeichneten Person hat machen, sondern diese Person ledig-

lich als die erste ihres Stammes hat einsetzen wollen. Davon unterscheidet sich die Sachlage erheblich, wenn der im Testament Bedachte weder ein Abkömmling, noch sonst durch enge Verwandtschaft, Schwägerschaft oder die Ehe mit dem Erblasser verbunden ist. Dann liegt die Annahme nahe, dass der Erblasser den Bedachten nicht lediglich als den ersten seines Stammes, sondern um der engen persönlichen Beziehungen willen als Erben eingesetzt hat.

Dies gilt auch im vorliegenden Fall. Der Ehefrau des Beteiligten zu 1 war weder ein Abkömmling noch sonst ein naher Angehöriger der Erblasserin. Verbunden war sie mit ihr durch enge persönliche Beziehungen, weil sie sich seit vielen Jahren um die Erblasserin gekümmert hatte. Da die Erbeinsetzung sich mithin auch als eine Belohnung für eine langandauernde persönliche Betreuungstätigkeit darstellt, lässt sich in dieser allein noch kein Hinweis auf die Ersatzberufung von Angehörigen des Bedachten erkennen. Eine dahingehende Andeutung findet sich im Testament nicht. Deshalb kann nicht angenommen werden, die Erblasserin habe ihren ganzen, der Ehefrau des Beteiligten zu 1 zugedachten Nachlass im Falle ihres Vorversterbens in gleicher Weise derjenigen Person oder denjenigen Personen zuwenden wollen, die ihr ebenfalls eine gewisse Betreuung, sei es auch nur in geringerem Umfange hatten zuteil werden lassen. Für diese Erwägung spricht auch die Tatsache, dass die Erblasserin den Beteiligten zu 1 in ihrem Testament mit keiner Zuwendung bedacht hat, obwohl er sich nach eigenen Angaben viele Jahre lang um ihre finanziellen Angelegenheiten gekümmert hat. Dem Testament lässt sich auch kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass die Tätigkeit einer anderen Person als der Bedachten die Berufung zum Ersatzerben begründen sollte.

c) Fehlt es – wie hier – in dem Testament an der erforderlichen hinreichenden Andeutung für eine Ersatzerbenberufung des Beteiligten zu 1, sind außerhalb des Testaments liegende Umstände, die einen Rückschluss auf die Willensrichtung der Erblasserin zuließen (z.B. die Erwägungen des Beteiligten zu 1 in seinem Schriftsatz vom 30.11.2012), nicht mehr von Bedeutung (vgl. auch OLG Hamm a.a.O.).

2. Eine Kostenentscheidung ist nicht geboten. Das Verfahren der Beschwerde ist gerichtsgebührenfrei (§ 131 Abs. 3 KostO). Von der Anordnung der Kostenerstattung hat der Senat abgesehen (§ 81 FamFG). Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 131 Abs. 4, § 30 KostO. Hierauf wurde in der Verfügung vom 27.9.2012 hingewiesen.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München  
Margaretha Förth

# Aktuelles im IPR/aus dem Ausland

von Notar Daniel Schaal, LL.M., Bietigheim-Bissingen

## Europa: Erbrechtsverordnung (EUErbVO)

### Hinweise für die erbrechtliche Gestaltung im Übergangszeitraum

Die EUErbVO wird erst auf Todesfälle, die ab dem 17.08.2015 eintreten, anwendbar sein. Sie ist dann für alle EU-Mitgliedstaaten außer Dänemark, Irland und Großbritannien anwendbares Recht. Die Verordnung führt zu einer grundlegenden Änderung der Anknüpfungsregeln im internationalen Erbrecht.

Die nachfolgende kurze Darstellung soll dem Erbrechtsgestalter für den Übergangszeitraum bis zum 16.08.2015 in aller Kürze einige Hinweise geben und Probleme aufzeigen.

#### 1. Ermittlung des Erbstatuts

Anknüpfungsmoment auf der Grundlage der EUErbVO wird nach dem 16.08.2015 grundsätzlich der gewöhnliche Aufenthalt im Zeitpunkt des Todes sein. Dies gilt auch dann, wenn der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat hat. Damit besteht die Gefahr, dass durch Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts das anwendbare Erbrecht wechselt und getroffene erbrechtliche Regelungen von diesem Wechsel des anwendbaren Rechts betroffen sind.

#### 2. Rechtswahl

Der Erblasser hat nach Art. 22 Abs. 1 EUErbVO die Möglichkeit, sein Heimatrecht (oder eines seiner Heimatrechte) im Zeitpunkt seines Todes oder im Zeitpunkt der Rechtswahl als für die Rechtsnachfolge von Todes wegen maßgebendes Recht zu wählen. Nur das Heimatrecht kann gewählt werden, nicht auch das Aufenthaltsrecht. Auch die ineffektive Staatsangehörigkeit kann gewählt werden.

Die EUErbVO kennt neben der Wahl des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbaren Rechts verschiedene Rechtswahlmöglichkeiten für andere Regelungsbereiche bzw. Teilbereiche. Wichtig ist, dass bei einer Rechtswahl immer klar zum Ausdruck kommt, ob diese für die Rechtsnachfolge von Todes wegen oder für einen anderen Bereich, bspw. die materielle Wirksamkeit eines Testaments, getroffen wird:

Die Verordnung kennt folgende Rechtswahlmöglichkeiten:

- Für das Erbstatut: Art. 22 Abs. 1 zum Heimatrecht des Erblassers;
- Für Zulässigkeit und materielle Wirksamkeit eines Testaments: Art. 24 Abs. 2 zum Heimatrecht des Erblassers
- Für Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit (maßgeblich z.B. für die Auslegung einer Verfügung, siehe Art. 26 Abs. 1. lit. d)), Bindungswirkung eines Erbvertrages und

die Voraussetzungen für seine Auflösung zum Heimatrecht eines Vertragspartners, Art. 25 Abs. 3.

Die Rechtswahlen müssen in testamentarischer Form erfolgen, ausdrücklich oder „durch Erwähnung von Vorschriften des Heimatstaates“, Erwägungsgrund 39 S. 2. Die Rechtswahlen sind jederzeit frei widerruflich, Art. 22 Abs. 4.

Für den Testamentsgestalter von Relevanz ist Art. 83 Abs. 4 VO. Für vor dem 17. 8. 2015 errichtete Testamente und Erbverträge besteht eine **Rechtswahlvermutung zugunsten des Rechts, nach dem eine Verfügung von Todes wegen errichtet ist, wenn dieses nach der Verordnung wählbar gewesen wäre**, Art. 83 Abs. 4. Wird also vor dem 17.08.2015 ein Testament durch einen deutschen Erblasser auf der Grundlage des deutschen Rechts errichtet, begründet Art. 83 Abs. 4 eine Vermutung, dass deutsches Recht für die Rechtsnachfolge von Todes wegen gewählt ist, auch wenn später ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes erfolgt. Es gibt keine Rechtswahlvermutung bei gesetzlicher Erbfolge.

Zumindest dann, wenn ein Aufenthaltswechsel nicht ausgeschlossen werden kann, sollte zur Sicherheit trotz Art. 83 Abs. 4 VO eine **Rechtswahl zum (deutschen) Heimatrecht schon heute in die Verfügungen von Todes wegen aufgenommen werden** und zwar sowohl für die Rechtsnachfolge von Todes wegen, als auch für Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung insbesondere bei Erbverträgen. Diese Rechtswahl ist nach Anwendbarkeit der EUErbVO wirksam, Art. 83 Abs. 2.

#### 3. (alte) Rechtswahlen nach Art. 25 II EGBGB

Auf in Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen beschränkte Rechtswahlen nach Art. 25 II EGBGB sind in der Praxis häufig. Was geschieht mit diesen Rechtswahlen nach Anwendbarkeit der EUErbVO? Nach Art. 83 Abs. 2 VO bleiben Rechtswahlen auch dann wirksam, wenn sie vor dem 17.08.2015 getroffen wurden und nach dem internationalen Privatrecht des Staates, in dem der Erblasser bei der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder dessen Staatsangehörigkeit er hatte, zulässig waren. Damit bleiben Rechtswahlen nach Art. 25 II EGBGB dann wirksam, wenn der Erblasser bei Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte oder deutscher Staatsangehöriger war (in letzterem Fall wird allerdings selten eine Rechtswahl nach Art. 25 II EGBGB aufgenommen sein).

Wählt daher z.B. ein kroatischer Staatsangehöriger im Jahr 2013 für sein in Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen deutsches Recht nach Art. 25 II EGBGB, so bleibt diese Rechtswahl nach dem 17.08.2015 auch dann wirksam, wenn er seinen gewöhnlichen Aufenthalt wieder nach Kroatien verlegt hat und führt auch nach Anwendbarkeit der EUErbVO zu einer (nur noch selten vorkommenden) Nachlassspaltung. Die genannte Übergangsbestimmung ist für die Gestaltungssicherheit daher von grundlegender Bedeutung.

Nicht wirksam bleibt die Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB, wenn ein ausländischer Staatsangehöriger, der im Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Deutschland hatte, für in Deutschland unbewegliches Vermögen deutsches Recht gewählt hatte.

#### 4. Formgültigkeit erbrechtlicher Rechtsgeschäfte

Die EUerbVVO regelt anders als noch der Kommissionsvorschlag auch die Formgültigkeit erbrechtlicher Rechtsgeschäfte direkt. In Art. 27 VO sind die Anknüpfungsregelungen des Haager Testamentsformübereinkommens übernommen worden und gegenüber dem Haager Übereinkommen auch auf Erbverträge erweitert. Testamente und Erbverträge sind daher nach Anwendbarkeit der EUerbVVO in allen Mitgliedstaaten, in denen die EUerbVVO anwendbar sein wird, formwirksam, wenn sie nach einem der maßgeblichen Rechte formwirksam sind.

#### 5. Rück- und Weiterverweisung, Nachlassspaltung

Grds. spricht die EUerbVVO reine Sachnormverweisungen aus. Nach Art. 34 Abs. 1 VO sind jedoch Rückverweisungen von Drittstaaten beachtlich, wenn das Recht des Drittstaates auf das Recht eines Mitgliedsstaates verweist oder auf das Recht eines Drittstaates verwiesen wird und dieses Recht die Verweisung annimmt. In diesen Fällen kann es weiterhin auch zu einer teilweisen Rückverweisung und damit zu einer Nachlassspaltung kommen.

Bsp.: Der deutsche Staatsangehörige E verstirbt nach dem 17.08.2015 in Texas, ohne ein Testament zu hinterlassen. In Deutschland und Frankreich befindet sich jeweils ein Grundstück. Grds. ist nach Art. 21 VO das texanische (Sach)Recht anzuwenden. Das IPR von Texas verweist für unbewegliches Vermögen jedoch auf das Erbrecht des Lageortes. Wegen Art. 34 Abs. 1 VO kommt daher für das deutsche Grundstück deutsches und für das französische Grundstück französisches Recht zur Anwendung.

#### 6. Gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge

Die EUerbVVO enthält in Art. 25 eine eigene Kollisionsnorm für den Erbvertrag. Für das gemeinschaftliche Testament existiert eine solche Regelung nicht. Gemeinschaftliche Testamente sind zwar in Art. 3 Abs. 1 lit. c) VO erwähnt, unterliegen jedoch der für Testamente allgemein geltenden Kollisionsnorm des Art. 24 VO<sup>1</sup>. Dies gilt trotz Art. 3 Abs. 1 lit. b) der VO, der von „Vereinbarungen in gegenseitigen Testamenten“ als Erbvertrag spricht. Hiermit ist der im angloamerikanischen Recht vorkommende „contract not to revoke“ gemeint, nicht das wechselbezügliche gemeinschaftliche Testament nach deutscher Lesart.

Auch nach Anwendbarkeit der EUerbVVO wird sich aufgrund des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung des gemein-

schaftlichen Testamentes die Frage stellen, ob es sich bei einem Verbot im materiellen Recht eines Staates um ein Formverbot (dann Art. 27 VO) oder ein Inhaltsverbot (dann Art. 24 VO) handelt. Besondere Probleme stellen sich dann, wenn die hypothetischen Erbstatute der Testierer unterschiedliche sind und ein Erbstatut bspw. das gemeinschaftliche Testament inhaltlich verbietet (so z.B. das italienische Recht). Setzt sich dann für die Frage der Zulässigkeit und Wirksamkeit das strengere Recht oder das großzügigere Recht durch? Da eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 3 EUerbVVO bei gemeinschaftlichen Testamenten nicht vorgesehen ist, ist aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit bereits im Übergangszeitraum von der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes bei divergierenden hypothetischen Erbstatuten abzuraten und zur Errichtung eines Erbvertrages zu raten.<sup>2</sup>

Die Errichtung eines Erbvertrages anstelle eines gemeinschaftlichen Testamentes empfiehlt sich auch aus Gründen der größeren Rechtssicherheit im Hinblick auf die erbrechtliche Bindung. Beim Erbvertrag ist eine Rechtswahl für die Bindungswirkung und die Voraussetzungen für die Auflösung des Erbvertrages möglich, Art. 25 Abs. 3 VO. Ferner fixieren Art. 25 Abs. 1 und 2 das auf die Auflösung anwendbare Recht unwandelbar auf den Zeitpunkt der Erbvertragserrichtung. Dies ist für die erbrechtlich bindende Verfügung die einzig sachgerechte Lösung. Für das gemeinschaftliche Testament bestehen solche Regelungen jedoch gerade nicht. Vielmehr verweist Art. 24 Abs. 3 VO für das auf den Widerruf anwendbare Recht auf das Recht, das im Zeitpunkt des Widerrufs auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden wäre. Damit besteht das Risiko, dass ein wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament nach Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes in ein Land, das die erbrechtliche Bindung bei gemeinschaftlichen Testamenten nicht kennt, durch Errichtung eines einseitigen Testamentes ohne Einhaltung der Widerrufsvorschriften des deutschen Rechts oder auch nach dem ersten Erbfall widerrufen werden kann.

Aufgrund der größeren Rechtssicherheit sollten m.E. in entsprechenden Fällen Erbverträge, keine gemeinschaftlichen Testamente, errichtet werden.

#### 7. Erbverzichte

Art. 3 Abs. 1 lit. b) VO bestimmt:

„„Erbvertrag“ eine Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte am künftigen Nachlass oder künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert **oder entzieht;**“

Damit ist der Erb- oder der Pflichtteilsverzicht nach europäischem Recht ein Erbvertrag, der unter die Kollisionsnorm des Art. 25 (in der Regel Abs. 1) VO fällt. Damit werden auch Rechtswahlen für den Erbverzicht nach Art. 25 Abs. 3 VO möglich sein. Schon im Übergangszeitraum können daher entsprechende Rechtswahlen in Erb- oder Pflichtteilsverzichtverträgen aufgenommen werden.

<sup>1</sup> Nordmeier, ZEV 2012, 513, 514; Simon/Buschbaum, NJW 2012, 2393, 2396.

<sup>2</sup> Simon/Buschbaum, NJW 2012, 2393, 2396.

## **Deutschland: Klage der EU-Kommission wegen des niedrigen Erbchaftsteuerfreibetrages bei beschränkter Steuerpflicht**

### **FG Düsseldorf: Vorlage an den EuGH**

Die EU-Kommission hat beschlossen, Deutschland wegen des niedrigen Steuerfreibetrages nach § 16 Abs. 2 ErbStG bei beschränkter Steuerpflicht vor dem EuGH zu verklagen.<sup>3</sup> Haben weder Erblasser noch der erbrechtliche Erwerber deutschen Vermögens in Deutschland ihren Wohnsitz oder Aufenthalt, so bleibt nur ein Steuerfreibetrag von 2.000,- €. Diese Vorschrift hält die Kommission für diskriminierend und zwar auch nach Einführung des § 2 Abs. 3 ErbStG, wonach für EU-Ansässige auf Antrag der gesamte Vermögensanfall als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt werden kann, was dann allerdings die Behandlung des gesamten Erbanfalls (auch ausländischen Vermögens) nach deutschem Erbschaftsteuerrecht zur Folge hat.

Parallel hierzu hat das FG Düsseldorf<sup>4</sup> dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Art. 56 und 58 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft dahingehend auszulegen sind, dass sie einer Regelung, wie sie § 16 Abs. 2 ErbStG trifft, entgegen stehen.

### **Großbritannien: Kindesschutzübereinkommen in Kraft getreten**

Am 1.11.2012 ist das Haager Kindesschutzübereinkommen (Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern) für Großbritannien in Kraft getreten.

### **Italien: Annahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung Inventarerrichtung durch Notare**

Kommt auf den Erbfall italienisches Recht zur Anwendung, muss der Erbe die Erbschaft –um nicht unbeschränkt für Nachlassverbindlichkeiten zu haften- unter Vorbehalt der Inventarerrichtung annehmen und innerhalb kurzer Fristen (bei Nachlassbesitz innerhalb von 3 Monaten ab Erbfall bzw. Kenntnis vom Berufungsgrund) ein Inventar errichten. Seit 21.2.2012 kann der Erbe nach Art. 769 Abs. 4 ital. ZPO, wenn dem Nachlassvermögen kein Siegel angelegt wurde, einen Notar mit der Inventarerrichtung unmittelbar beauftragen, was bisher nicht möglich war.

Zu beachten ist, dass es sich bei den Inventarerrichtungs-vorschriften, also bei der Frage, welchen Inhalt ein Inventar haben muss, von wem und gegenüber welcher Behörde es errichtet werden muss um verfahrensrechtliche Regelungen des italienischen Rechtes handelt. Vor einem deutschen Gericht ist ein Inventar nach Annahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung

nach den Regeln über die Errichtung eines Nachlassinventars, mithin nach §§ 1993ff BGB, also nach deutschen Verfahrensvorschriften, zu errichten. Hintergrund ist das lex-foi-Prinzip, da das Verfahren zur Inventarerrichtung nicht materielles Erbrecht, sondern Verfahrensrecht darstellt.

Ob das in Deutschland nach deutschen Verfahrensvorschriften errichtete Inventar allerdings in Italien anerkannt wird, ist eine andere Frage. Sicherheitshalber sollte, wenn eine Inanspruchnahme durch Nachlassgläubiger in Italien denkbar erscheint, daher nach italienischen Vorschriften ebenfalls ein Inventar errichtet werden. Damit die Haftungsbeschränkung in Deutschland wirksam wird, genügt allerdings ein nach §§ 1993ff BGB errichtetes Inventar.

### **Russische Föderation: Kindesschutzübereinkommen**

Am 1.6.2013 wird das Haager Kindesschutzübereinkommen (Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern) für die Russische Föderation in Kraft treten.

### **Schweden: Kindesschutzübereinkommen in Kraft getreten**

Am 1.1.2013 ist das Haager Kindesschutzübereinkommen (Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern) für Schweden in Kraft getreten.

### **Tschechische Republik: Erwachsenenschutzübereinkommen in Kraft getreten**

Am 1.08.2012 ist das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen (Übereinkommen vom 13. Januar 2000 über den internationalen Schutz von Erwachsenen) für die Tschechische Republik in Kraft getreten.

### **Tschechische Republik: Neues Privatrecht**

Ab 1.1.2014 wird das Privatrecht in Tschechien neu kodifiziert. Es treten ein neues BGB, ein neues Gesetz über Handelsgesellschaften und ein neues Gesetz über das Internationale Privatrecht in Kraft.

Im Internationalen Erbrecht wird primäres Anknüpfungsmoment anstelle der Staatsangehörigkeit der gewöhnliche Aufenthalt einer Person im Zeitpunkt ihres Todes (§ 74 IPRG n.F.).

Im materiellen Erbrecht finden Erbvertrag, Testamentsvollstreckung und Erbverzicht Eingang in das Gesetz.

<sup>3</sup> Pressemitteilung IP/12/1018 v. 27.09.2012.

<sup>4</sup> Beschluss vom 2.4.2012, 4 K 689/12.

## OLG Frankfurt am Main: Erbnachweis im deutschen Grundbuchverfahren nur durch deutschen Erbschein

Das OLG Frankfurt hält an der Meinung fest, wonach ein Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren nach derzeit geltender Rechtslage nur durch einen deutschen Erbschein erbracht werden kann.<sup>5</sup> Auch die Möglichkeit der Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach § 108 FamFG ändere daran nichts, da § 35 GBO als Spezialvorschrift den Anerkennungsvorschriften vorgehe und verfahrensrechtlich ein deutscher Erbschein verlangt wird.

## OLG München: Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB

Das OLG München hat die Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB in einer neueren Entscheidung<sup>6</sup> rein güterrechtlich qualifiziert und eine Erbteilerhöhung bei Geltung iranischen Erbstatus und deutschen Güterstatuts angenommen und zwar auch dann, wenn der Ehegattenerbteil zuvor bereits aufgrund eines ordre-public-Verstoßes erhöht worden ist.

Mit dieser neueren Entscheidung stellt sich das OLG München gegen die neuere Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Köln<sup>7</sup>, Düsseldorf<sup>8</sup>, Frankfurt a.M.<sup>9</sup> und Stuttgart<sup>10</sup>, die alle mehr oder weniger deutlich der Theorie der Doppelqualifikation folgen möchten und folgt der in der Literatur wohl als herrschend zu bezeichnenden Ansicht<sup>11</sup>.

Der BGH hat die Frage in einer neueren Entscheidung<sup>12</sup> zur Erhöhung der Erbquote des Ehegatten bei Geltung deutscher Zugewinnngemeinschaft neben türkischem Erbrecht ausdrücklich offen gelassen, jedoch richtigerweise festgestellt, dass die Erhöhung zum Tragen kommt, soweit (für in Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen) deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt.

## Kammergericht: Ein Anteil an einer deutschen Erbengemeinschaft ist bewegliches Vermögen

### Zur Behandlung eines „Marital trust“ und eines „Family trust“ im Erbscheinsverfahren im Falle des anwendbaren Rechts von Colorado

Der entschiedene Sachverhalt betrifft einen in der Praxis der Nachlassgerichte häufig vorkommenden Fall. Im entschiedenen Sachverhalt verstarb ein US-amerikanischer Staatsangehöriger mit domicile in Colorado. Der Erblasser hinterlässt in Deutschland einen Anteil an einer deutschen Erbengemeinschaft, im Nachlass befindet sich ein Grundstück in Deutschland. Der im Testament eingesetzte „trustee“ hat beim deutschen Nachlass-

gericht einen gegenständlich beschränkten Erbschein für das in Deutschland belegene bewegliche Vermögen beantragt, der ihn als Alleinerben ausweist.

Die Entscheidung des KG<sup>13</sup> enthält zwei wichtige Aussagen:

a) die **Qualifizierung des Anteils an der Erbengemeinschaft als beweglich**. Nach dem Internationalen Privatrecht von Colorado, das im angegebenen Sachverhalt zur Anwendung kommt, vererbt sich unbewegliches Vermögen nach dem Recht des Lageorts, bewegliches Vermögen nach dem domicile des Erblassers. Das Recht von Colorado überlässt die Beurteilung, was bewegliches und was unbewegliches Vermögen ist, dem Recht des Lageortes (Qualifikationsverweisung). Aus deutscher Sicht ist der Erbteil beweglich, so dass die Rückverweisung auf deutsches Recht insoweit nicht zum Tragen kommt. Vielmehr bleibt es bei der Anwendung des Rechts von Colorado, es war daher ein Fremdrechtserschein für das bewegliche Vermögen nach dem Recht von Colorado zu erteilen.

Für die **Nachlassgerichte und Grundbuchämter ist diese Aussage von entscheidender Bedeutung**. Wird ein Erbschein für die Grundbuchberichtigung oder für die Veräußerung eines im Eigentum einer Erbengemeinschaft stehenden Grundstücks benötigt, an der der ausländische Erblasser beteiligt ist, muss bei Nachlassspaltung ein Erbschein, der nur oder auch bewegliches Vermögen in Deutschland umfasst, vorgelegt werden. Ein Erbschein, der nur das unbewegliche Vermögen umfasst, reicht nicht aus, da dieser die Erbfolge in den Erbteil gar nicht ausweist.

b) die Behandlung eines marital trust bzw. eines family trust im deutschen Erbscheinsverfahren. Im entschiedenen Fall hatte die Erblasserin ihren Ehemann zum trustee eingesetzt und den Ehemann und die Kinder als beneficiaries. Trotz Geltung des Erbrechts von Colorado stellt das Gericht fest, dass ein trust an in Deutschland belegenen Vermögen nicht möglich ist. Das entspricht der absolut h.M., da der numerus clausus der Sachenrechte ein solches Eigentumsrecht in Deutschland nicht zulässt. Ggf. könne die Einsetzung als trustee nach Meinung des KG in eine Dauertestamentsvollstreckung „umgedeutet“ werden. Jedenfalls sei der trustee nicht als Erbe im Sinne des deutschen Rechtes anzusehen. Regelmäßig seien die beneficiaries als Erben im Erbschein auszuweisen.

Steht dem trustee ein Alleinverwaltungsrecht am Nachlass auch für das deutsche Vermögen zu (was eine Frage des sog. „modus“ ist), wäre m.E. eine Verfügungsbeschränkung im Erbschein aufzunehmen.

Im Regelfall sind im Falle eines us-amerikanischen trusts die beneficiaries somit als Erben anzusehen und als solche im Fremdrechtserschein aufzunehmen. Ob für den trustee ein „Testamentsvollstreckervermerk“ in den Erbschein aufzunehmen ist, hängt davon ab, ob für in Deutschland belegenes Vermögen ein Verwaltungsrecht desselben besteht oder nicht.

Im Einzelfall kann ein trust auch in der Weise errichtet werden, dass die beneficiaries nicht feststehen bzw. Auszahlungen vom Ermessen des trustee abhängen. In diesen Fällen ist die Ausweisung der beneficiaries als Erben im Fremdrechtserschein fraglich.

5 KG, Beschl. vom 25.09.2012, 1 W 270-271/12.

6 Beschluss v. 16.04.2012, 31Wx45/12, ZEV 2012, 591ff.

7 Beschluss vom 05.08.2011, I-2 Wx 115/11, 2 Wx 115/11, ZEV 2012, 205ff.

8 Beschluss vom 19.12.2008, I-3 Wx 51/08, 3 Wx 51/08, ZEV 2009, 190ff.

9 Beschluss vom 20.10.2009, 20 W 80/07, ZEV 2010, 253.

10 Beschluss vom 08.03.2005, 8 W 96/04, ZEV 2005, 443.

11 Staudinger/Mankowski, BGB (2010), Art. 15 EGBGB Rn. 341 m.w.N.,

12 BHG Beschluss vom 12.09.2012, IV ZB 12/12, ZEV 2012, 590ff.

13 Beschluss vom 03.04.2012, 1 W 557/11, ZEV 2012, 593ff.



