



ANWALTSGEMEINSCHAFT DR. KOGEL
Rechtsanwälte

Augustastr. 89 · 52070 Aachen · Telefon 0241/505031 · Telefax 0241/505033 · Gerichtsfach 046
Internet: www.dr-kogel.de · Email: kanzlei@dr-kogel.de

veröffentlicht NJW 2007, 556 ff.

**Der Wert des Unternehmens im Zugewinn –
iustitia, quo vadis?**

Der Autor zeigt auf, in welchen Bereichen die Rechtsprechung des BGH zur Unternehmensbewertung sich von der sonstigen Judikatur zum Zugewinn unterscheidet. Insbesondere eine neuere Entscheidung des OLG Oldenburg, die sich mit dem seit einiger Zeit vielfach diskutierten Problem der Doppelberücksichtigung von Vermögenswerten beim Unterhalt und Zugewinn befasst, könnte noch einmal dazu führen, die gesamte bisherige Rechtsprechung auf den Prüfstand zu stellen.

I. Vorbemerkung:

Im Rahmen der Bewertung eines Unternehmens, einer Unternehmensbeteiligung oder einer freiberuflichen Praxis (ggf. eines Anteils hieraus) kann der Anwalt im Rahmen der Zugewinnausgleichsberechnung anscheinend auf eine gesicherte, jahrzehntelange Rechtsprechung zurückgreifen¹. Sie ist so „eingefahren“, dass sich in einer der letzten dazu veröffentlichten Entscheidungen der BGH auf die Wiedergabe der bisherigen Rechtsprechung beschränkt². „Geklärt“ scheinen vor allen Dingen folgende Punkte zu sein:

- Es kommt auf den „*wirklichen Wert*“ an unbeschadet einer anderweitigen *vertraglichen Vereinbarung*.
- Eine „*latente*“ Steuer ist auf jeden Fall abzuziehen.
- Das Problem einer *Doppelberücksichtigung* von Werten im Unterhalt und Zugewinn stellt sich in der Regel *nicht*.

Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber, dass dieser Eindruck ein Trugschluss ist. Gerade im Bereich der Unternehmensbewertung befindet sich die Rechtsprechung und Literatur im Fluss. Vor allen Dingen ist an der Judikatur des BGH zu monieren, dass sich diese nicht nahtlos mit den sonstigen Vermögensbewertungen sowohl bei den Aktiva als auch bei den Passiva in Einklang bringen lässt. Es scheint, als nähme die Unternehmensbeteiligung eine Sonderstellung ein. Je nachdem, welcher Beteiligte vertreten wird, kann mit gutem Grund die bisherige Judikatur auf den Prüfstand gestellt werden. In einem Teilbereich (Doppelberücksichtigung) wird dies im Hinblick auf das Urteil des OLG Oldenburg³ sicherlich ohnehin demnächst geschehen.

¹) Vgl. z.B. BGH FamRZ 1980, 37 ff.; 1991, 43 ff.; 1999, 361 ff.

²) BGH FamRZ 2005, 99

³) FamRZ 2006, 1031 m.Anm. Hoppenz FamRZ 2006, 1033; Münch FamRZ 2006, 1170. Das AZ der beim BGH eingelegten Revision lautet: XII ZR 45/06

II. Allgemeine Bewertungskriterien.

1) Allgemeine Bewertungsgrundsätze

Ständiger Rechtsprechung des BGH entspricht es, dass *alle* rechtlich geschützten Positionen mit wirtschaftlichem Wert im Rahmen der Zugewinnausgleichsbilanz zu berücksichtigen sind⁴. Neben den dem Ehegatten gehörenden Sachen sind sämtliche ihm bereits zustehenden *objektiv bewertbaren* Rechte einzubeziehen. Hierzu gehören sogar geschützte Anwartschaften mit ihren gegenwärtigen Vermögenswerten. Gleiches gilt für die vergleichbaren Rechtsstellungen, die einen Anspruch auf künftige Leistungen gewähren. Sie dürfen aber nicht mehr von einer Gegenleistung abhängig und müssen nach wirtschaftlichen Maßstäben bewertbar sein. Sogleich verfügbar muss der Wert hingegen *nicht* sein. Die Berücksichtigung eines Rechtes setzt *nicht* voraus, dass das Recht bereits fällig, dass es unbedingt oder vererblich ist. Selbst dubiose Forderungen sind - ggf. mit entsprechendem Abschlag- einzubeziehen. Nicht zum Vermögen gehören hingegen in der Entwicklung begriffene Rechte, welche das Anwartschaftsstadium noch nicht erreicht haben oder bloße Erwerbsaussichten sind⁵.

2) Die Bewertung des Unternehmens

Bei Bewertungen von Unternehmen und Beteiligungen muss nach Ansicht des BGH „*sachverhaltsspezifisch*“ vorgegangen werden⁶. In der Praxis bedeutet dies nichts anderes, als dass einzelfallbezogene, ergebnisorientierte Entscheidungen ergehen. Unterste Grenze für eine Bewertung ist der so genannte *Liquidations-* oder *Zerschlagungswert*. Ein solcher Wert kommt nur in Betracht, wenn der Vermögensgegenstand als Folge des Zugewinnausgleichs versilbert werden *muss* und auch eine Veräußerung nicht durch eine Stundung nach § 1382 BGB abgewendet werden kann⁷.

Zu unterscheiden hiervon ist der *Sachwert*. Dieser richtet sich nach dem Wiederbeschaffungswert. Abhängig ist dieser Reproduktionswert von dem finanziellen Aufwand, der notwendig ist, um den betreffenden Gegenstand zu beschaffen.

Wiederum hiervon zu trennen ist der *Ertragswert*. Bei der Ertragswertmethode wird der Wert ermittelt, den ein möglicher Erwerber bereit wäre, auszugeben, um sein Kapital in der Zukunft verzinst zu erhalten.

Der so genannte „*good will*“ ist ein Wert, welcher neben dem Ertragswert keine Berücksichtigung mehr finden kann⁸. Lediglich beim Sachwert kann dieser Wert ermittelt werden. Bei dem „*good will*“ handelt es sich um einen Betrag, den ein Käufer über den Sachwert eines Unternehmens hinaus im Hinblick auf künftige Gewinne zu zahlen bereit ist. Hierfür ist erforderlich:

- ein fester Kundenstamm,
- die Tatsache, dass das Unternehmen nicht mit dem Inhaber steht oder fällt.

Die unterschiedlichen Blickwinkel führen dazu, dass sich regelmäßig ganz erhebliche Differenzen zwischen Sach- und Ertragswert ergeben. Oftmals werden die beiden Werte addiert und die Summe halbiert. Diese *Mittelwertmethode* ist vom BGH im Einzelfall akzeptiert worden⁹. Ohne ein Gutachten eines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters zum Wert eines Unternehmens oder einer freiberuflichen Praxis wird ein Betrag nicht verlässlich ermittelt werden können. Bei der Kontrolle derartiger Gutachten stößt der Anwalt sehr schnell an seine Grenzen. Er kann im Wesentlichen nur versuchen, zu überprüfen, ob die Gewinne in den letzten Jahren ordnungsgemäß ermittelt und gewichtet wurden und ob der Kapitalisierungsfaktor mit den entsprechenden Zu- und Abschlägen richtig angewandt wurde.

⁴) Vgl. BGH FamRZ 2001, 278 ff.

⁵) Vgl. Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 1, Rdn. 299 ff.

⁶) Vgl. BGH FamRZ 1986, 776, 779

⁷) BGH FamRZ 1995, 1270, 1271

⁸) Vgl. Haußleiter/Schulz Kap. 1, Rdn. 109

⁹) BGH FamRZ 1980, 36, 37, 39; vgl. zu weiteren Einzelheiten und zur Bewertungsmethode nach dem so genannten Discounted-Cash-Flow-Verfahren, Münch FamRZ 2006, 1165

III. Das Problem der vertraglichen Vereinbarungen sowie die Auswirkungen auf die Bewertung von nicht übertragbaren Unternehmen.

1) Die Bewertung einer Beteiligung

Problematisch wird die Bewertung, wenn das Unternehmen oder die Praxis dem Betreffenden nicht alleine gehört, vielmehr eine Beteiligung vorliegt und vertragliche Absprachen über die Berechnung des Wertes beim Ausscheiden getroffen wurden. Gerade in diesem Punkte weicht die Rechtsprechung des BGH von den sonstigen Bewertungskriterien beim Zugewinn ab. Mehr und mehr tritt der Gesichtspunkt der Veräußerbarkeit in den Hintergrund. Demgegenüber wird nunmehr der Gedanke der zukünftigen Nutzungsmöglichkeit aufgrund eines erarbeiteten Vermögensstamms in den Vordergrund gestellt. Einige Beispiele aus der Rechtsprechung sollen dies verdeutlichen:

Bei einer *Handelsvertretung* hat der BGH bislang angenommen, dass zwar ein Substanzwert nicht jedoch ein „good will“ anzusetzen sei. Für Handelsvertreterunternehmen gebe es nämlich generell keinen Markt. Der vom Handelsvertreter aus seinem Geschäft gezogene Nutzung habe seine Grundlage zwar in den eigenen kaufmännischen Fähigkeiten. Der Vertrag als solcher sei aber nicht übertragbar. Auch der Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB für den Kundenstamm sei beim aktiven Handelsvertreter eine bloße *Chance* ohne aktuellen Wert und daher nicht einzustellen. Anders sähe dies jedoch bei einem *entstandenen* Ausgleichsanspruch aus.

Auch bei einem *Notariat* ging der BGH bisher davon aus, dass mangels Übertragbarkeit ein Vermögenswert als „good will“ nicht vorhanden sei¹⁰. Der Notar sei Träger eines öffentlichen Amtes. Seine Praxis sei nicht veräußerbar.

Hingegen verfüge ein *Steuerberater* mit seinem Anteil an der Gesellschaft über einen Vermögenswert, der grundsätzlich käuflich sei und demgemäß auf dem freien Markt realisiert werden könne. Gleiches gelte für eine *Arztpraxis*.¹¹ An dieser Bewertung hält der BGH sogar in den Fällen fest, in denen vertraglich der Anteil nur zu einem ganz geringen Wert oder sogar unveräußerlich ist. Diese Einschränkung wirke sich nur *wertmindernd* auf den Abfindungsanspruch aus. Sie ändere aber nichts daran, dass der „volle wirkliche Wert“ zu berücksichtigen sei¹². Letztendlich steckt hinter dieser Rechtsprechung ein eigentlich rein ergebnisbezogenes Argument. Nach Ansicht des BGH ist nämlich maßgeblich, dass der betreffende Ehegatte seinen Anteil frei *nutzen* könne. Der Wert werde also entscheidend durch diese *Nutzungsmöglichkeit* bestimmt. Es sei „nicht sachgerecht“ den anderen Ehegatten daran nicht teilhaben zu lassen¹³. Daneben wird vielleicht unterschwellig der Gesichtspunkt mit spielen, dass ansonsten durch eine vertragliche Absprache unter Gesellschaftern, die sich ja in der Regel bei weiterer Zusammenarbeit gut verstehen, eine Manipulationsmöglichkeit zu Lasten des Zugewinnausgleichsberechtigten eröffnet würde. Als zusätzliches Argument weist der BGH ausdrücklich darauf hin, dass sich solche Klauseln theoretisch sogar *zugunsten* des Mitinhabers auswirken könnten. Dies sei dann der Fall, wenn nicht er, sondern der andere Partner ausscheide. In diesem Fall würde er sehr günstig einen weiteren Vermögenswert (Anteil des Partners) erlangen¹⁴.

2) Das Problem der Beteiligung an einer Großkanzlei

In diesem Zusammenhang sei der bislang höchstrichterlich nicht entschiedene Sonderfall einer Beteiligung eines Anwaltes oder Steuerberaters an einer Großkanzlei angesprochen. Zunehmend taucht hierbei folgendes Problem auf:

Beispielsfall:

*Ein Rechtsanwalt tritt in eine Großkanzlei ein, ohne einen Beitrag eingezahlt zu haben. Im Laufe der jahrzehntelangen Zugehörigkeit steigt er zum Seniorpartner mit einem erheblichen auf ihn entfallenden Umsatz und Einkommen auf. Mit Erreichen des 65. Lebensjahres **muss** er ausscheiden. Er erhält keinen Ausgleichsanspruch.*

¹⁰) FamRZ 1999, 363

¹¹) FamRZ 1991, 43 ff.

¹²) Vgl. BGH FamRZ 1980, 37

¹³) Vgl. BGH FamRZ 1980, 37,38

¹⁴) Vgl. BGH FamRZ 1980, 39

Einen Veräußerungswert hat sein Anteil nicht. Zu keinem Zeitpunkt könnte er einen solchen Wert realisieren¹⁵. Die Situation wäre eigentlich damit vergleichbar mit der des Handelsvertreters. Letzterer hätte im Gegenteil sogar zumindest noch (latent) den Vorteil, dass er unter den Voraussetzungen des § 89b HGB einen Ausgleichsanspruch erwarten kann. Ein solcher Anspruch scheidet in der obigen Konstellation aus. Auch würde der Gesichtspunkt einer Manipulationsmöglichkeit wohl kaum bei einer Großkanzlei unterschwellig mitspielen. Ebenso wenig wäre das Argument heranzuziehen, dass durch Ausscheiden anderer ja der eigene Anteil entsprechend größer würde. Nichtsdestoweniger würde aus Sicht des Autors die Rechtsprechung des BGH diesen Fall *nicht* so behandeln wie bei einem Notariat entschieden wurde. Der Betreffende hat durch seine Leistung über Jahre hinweg einen Vermögensstamm geschaffen. Dieser Stamm sichert ihm zukünftige Einkünfte, die in der Regel weit über das hinausgehen, was er selber zur Abdeckung seines Lebensbedarfes benötigt. Diese Nutzungsmöglichkeit, welche auf die zukünftige Schaffung von Vermögenswerten gerichtet ist, wird man als vermögenswerten Vorteil im Rahmen des Zugewinnausgleichs in Ansatz bringen müssen. Zudem wird man darauf verweisen können, dass bei einem *vorzeitigen* Ausscheiden aus der Großkanzlei der Betreffende ja auch die Chance hätte, die von ihm bislang betreuten Mandanten „mitzunehmen“.

Vorrangig ist in diesem Zusammenhang demgegenüber die Frage zu stellen, *ob überhaupt* und wenn ja *welchen Unternehmerlohn* man bei der Bewertung eines solchen Anteils abzieht. Gerade bei Rechtsanwälten ist dies ein offenes Problem. Allgemein wird bei der Bewertung eines Unternehmens oder einer freiberuflichen Praxis nämlich zuvor der Unternehmerlohn abgezogen. Nur der darüber hinausgehende Betrag wird kapitalisiert. Nach den jetzigen Richtlinien der BRAK¹⁶ zum vermögenswerten Anteil in der letzten Fassung aus 2004 wird im Gegensatz zu den früheren Richtlinien ein entsprechender Unternehmenslohn aber gerade *nicht* mehr abgezogen. Ob dies ein Versehen oder Absicht war, ist hierbei unklar¹⁷. Nach dieser Rechtsprechung wird damit maßgeblich auf die möglichen zukünftigen Erträge abgestellt.

3) Konsequenzen für andere Fallgestaltungen

Ist es bei einem Handelsunternehmen eines erfolgreichen Handelsvertreters aber damit nicht auch „sachgerecht“, den Vermögenswert zu teilen, sofern der Unternehmerlohn vorab im Rahmen einer Berechnung des „good will“ abgezogen wurde und selbst dann noch ein erheblicher Überschuss verbleibt? Auch das Ausmaß der Einkünfte eines Notars, der ja z.B. einen Notarvertreter für sich bestellen lassen kann und bei dem dieser Betrag als ein Unternehmerlohn abgezogen werden könnte, wird nicht so sehr durch das bloße öffentliche Amt, vielmehr durch die Tüchtigkeit des Notars bestimmt. Ähnlich wie bei anderen Freiberuflern gibt es auch unter Notariaten ganz erhebliche Unterschiede bei Umsatz und Gewinn. Regelmäßig sind diese in erster Linie auf den persönlichen Einsatz und die Qualifikation, nicht aber etwa auf das Amt als solches zurückzuführen.

4) Parallele zu sonstigen Vermögensbewertungen im Zugewinn

Eine solche Ausweitung würde dann auch wieder im Einklang mit der jetzigen Judikatur des BGH zu *höchstpersönlichen* und *nicht veräußerbaren* Rechten stehen. So hat er z.B. erst jüngst für das *Nießbrauchsrecht* entschieden, dass dieses, selbst wenn es nicht veräußerbar ist, sehr wohl einen Vermögenswert darstellt¹⁸. Bei dessen Bewertung muss sogar unterschieden werden zwischen der unterschiedlichen Lebenserwartung von Eheleuten einerseits und auf welche Objekte sich andererseits das Nießbrauchsrecht erstreckt. Das Argument der Übertragbarkeit ist also

¹⁵) Deswegen lehnt OLG Saarbrücken FamRZ 1984, 794 sogar einen Auskunftsanspruch ab. Der Anteil der aus 7 Mitgliedern bestehenden Sozietät habe keinen Veräußerungswert, da ein Zahlungsanspruch bei Ausscheiden vertraglich ausgeschlossen sei. Zustimmung Börger, Eheliches Güterrecht 2. Aufl. Rdn. 291

¹⁶) Mitteilung BRAK 1992, 24, überarbeitet durch Mitteilung BRAK 2004, 222

¹⁷) Vgl. hierzu Haußleiter/Schulz Kap. 1, Rdn. 274 sowie Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rdn. 283, ferner Römermann/Schröder NJW 2003, 2705; Janosch NJW 2003, 3387

¹⁸) Vgl. BGH FamRZ 2004, 527 mit Anm. Koch FamRZ 2004, 529 f.

letztlich auch hier nicht entscheidend; die *freie Nutzbarkeit* ist vielmehr maßgeblich.

IV. Die latente Steuer

1) Bisherige Rechtsprechung

Bei einem Verkauf eines Unternehmens oder einer Praxis kann es zur Aufdeckung von stillen Reserven kommen. Bedingt hierdurch können Steuern anfallen. Schon im Bereich des Pflichtteilsrechts vertritt der BGH¹⁹ seit über 30 Jahren die Ansicht, eine solche Steuer sei abzuziehen. Diese wird als so genannte *latente Steuer* bezeichnet. Diese Überlegungen hat der BGH in einer grundlegenden Entscheidung²⁰ zur Bewertung einer Arztpraxis generell auf den Zugewinnausgleich übertragen, sofern es sich um ein Unternehmen oder eine Beteiligung hieran handelt. Es werde auf einen *fiktiven Verkaufsfall* abgestellt. Daher sei es auch nur folgerichtig, bei einem solchen Verkaufsfall (theoretisch) anfallende Steuern zu berücksichtigen. Hierbei soll es völlig belanglos sein, ob der betreffende Inhaber jemals beabsichtigt, sein Geschäft oder seine Beteiligung zu veräußern. Selbst der betagte Firmeninhaber, der z.B. seinem Sohn das Geschäft demnächst übertragen will und nie an einen Verkauf denkt, kann diese latente Steuer im Scheidungsfall in Ansatz bringen.

2) Die gegenteilige Literaturansicht

Hoppertz²¹ bemerkt zutreffend, dass dieses Argument die juristische Auseinandersetzung „erschlagen“ zu haben scheine. In der Tat wird in den nachfolgenden Kommentierungen²² dieser Gesichtspunkt bei der Vermögensbewertung und den zu berücksichtigenden Passiva nicht mehr aufgegriffen. Erstmals Hoppertz hat wiederum den Gedanken aufgebracht, dass es auch in diesem Bereich auf die Frage ankomme, wie hoch die *Wahrscheinlichkeit* eines Verkaufes sei. Die Bewertung sei davon abhängig, ob in absehbarer Zeit mit einer Aufgabe oder Veräußerung des Betriebes zu rechnen sei.

3) Stellungnahme

In der Tat scheint es geboten, dass der BGH nochmals grundlegend dieses Problem überdenkt. Insbesondere muß er auch eine einheitliche Rechtsprechung im Vergleich mit der Bewertung von anderen Vermögenswerten schaffen. Folgendes fällt nämlich in diesem Zusammenhang auf:

Verbindlichkeiten werden grundsätzlich mit ihrem Nennbetrag in die Vermögensbilanz eingestellt²³. Dabei müssen Ansprüche und Verpflichtungen, die unter einer Bedingung stehen, bewertet werden. Diese Bewertung hängt davon ab, wie groß die *Wahrscheinlichkeit* der Durchsetzbarkeit oder Inanspruchnahme ist²⁴. Demzufolge müssen bei unsicheren Forderungen Abschläge gemacht werden. Bei Verbindlichkeiten z.B. aus einer Bürgschaft werden folgende Positionen gegenübergestellt: *Wahrscheinlichkeit* der Inanspruchnahme durch den Gläubiger einerseits sowie *Regressmöglichkeiten* gegen den Hauptschuldner andererseits²⁵. Sogar bei *Lebensversicherungen* wird unterschieden. Bei einem unwiderruflichen Bezugsrecht ist der Wert der Versicherung ausschließlich beim Bezugsberechtigten anzusetzen²⁶. Anders ist die Bewertung vorzunehmen, wenn bei einer Lebensversicherung das Bezugsrecht gespalten ist. Erwirbt z.B. der begünstigte Ehegatte sofort ein Recht auf die Versicherungsleistungen, jedoch auflösend bedingt durch den Eintritt des Erlebensfalls des anderen Ehegatten, ist zu differenzieren. Als Versicherungsnehmer steht diesem Ehegatten ein bis zum Eintritt des Erlebensfalls aufschiebend bedingtes Recht auf die Versicherungsleistungen zu²⁷. Es ist für die Bewertung dieses unsicheren Rechts abzuschätzen, mit

¹⁹) NJW 1972, 1269; FamRZ 1982, 573

²⁰) FamRZ 1991, 43,48

²¹) FamRZ 2006, 449

²²) Vgl. Johannsen/Henrich/Jäger, Eherecht 4. Aufl., § 1376 BGB, Rdn. 15, 19; Haußleiter/Schulz Kap. 1, Rdn. 296; Fischer-Winkelmann FUR 1991, 21; ders. FUR 1993, 1

²³) Vgl. Kogel, Rdn. 490

²⁴) BGH NJW 1992, 1105; 1983, 2246

²⁵) Vgl. Kogel a.a.O., Rdn. 256

²⁶) BGH FamRZ 1992, 1155 ff.

²⁷) BGH FamRZ 1992, 1155, 1158

welcher Wahrscheinlichkeit der Versicherungsnehmer am Stichtag den Eintritt des Versicherungsfalles erleben wird (z.B. 65. Lebensjahr). Ist die Wahrscheinlichkeit des vorzeitigen Todes sehr gering, ist das Bezugsrecht des Ehepartners mit Null zu bewerten. Insoweit kann nach der Rechtsprechung des BGH die allgemeine Sterbetafel des Statistischen Bundesamtes herangezogen werden²⁸.

Eine ähnliche Problematik stellt sich neuerdings im Rahmen der *Spekulationssteuer* bei dem Immobilienverkauf des Einfamilienhauses. Grundsätzlich werden nach § 23 EStG Gewinne, die innerhalb von zehn Jahren erzielt werden, besteuert. Es liegt dann jedoch kein Spekulationsgeschäft vor, wenn das Grundstück zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurde *oder* wenn in den letzten drei Jahren vor der Veräußerung eine Wohnnutzung vorgenommen wurde²⁹. Nach der gesetzlichen Regelung kommt es damit oftmals darauf an, ob ein Ehegatte noch bis zum Verkauf im Hause gewohnt hat. Ist dies nicht der Fall, besteht grundsätzlich die Gefahr der Spekulationssteuer. Selbst die Autoren, die die Rechtsprechung des BGH zur latenten Steuer bei der Unternehmensbewertung akzeptieren, wollen dies bei der Spekulationssteuer jedoch inkonsequenter Weise plötzlich nicht mehr anerkennen.

Beispielfall: Frau Wagner hat im Dezember 2001 ein Haus günstig für 150.000,00 EUR zu Alleineigentum ersteigert. Im Dezember 2004 ziehen beide Eheleute Wagner aus. Herr Wagner betreibt eine gut gehende Firma mit einem Wert von 300.000,00 EUR. Der Wert der Immobilie beträgt zu diesem Zeitpunkt ebenfalls 300.000,00 EUR. Die Eheleute lassen sich nunmehr scheiden.

Hier ist mittlerweile höchst streitig geworden, ob die latente Steuerlast (Spekulationssteuer: 300.000,00 – 150.000,00 € = 150.000,00 €) beim Zugewinnausgleich abzuziehen ist. In diesem Bereich wird die Auffassung vertreten, dass ein fiktive Spekulationssteuer nicht in jedem Falle zu berücksichtigen sei. Vielmehr müsse eine Schätzung gem. § 287 ZPO vorgenommen werden³⁰. Noch weiter gehend vertritt Engels³¹ die Ansicht, dass immer überprüft werden müsse, ob der Eigentümer überhaupt die Veräußerung beabsichtige, ob zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung die Spekulationsfrist abgelaufen sei oder ein Zwang zur Veräußerung bestehe.

Ähnlich wird im Übrigen die Rechtslage in der Literatur bei der Besteuerung von Lebensversicherungen (§ 20 EStG, I, Nr. 6) und die Pflicht zur Rückgewähr vermögenswirksamer Leistung bei der Veräußerung vor Ablauf der Sperrfrist (Vermögensbildungsg, § 13, V) gesehen³². Auch hier soll nur im Einzelfall nicht aber grundsätzlich ein entsprechender Abschlag in Betracht kommen. Die Diskrepanz der Bewertung dieses Rechts im Vergleich zum Unternehmenswert ist evident.

Entscheidungen zu diesem Problemkreis insbesondere obergerichtliche liegen, soweit ersichtlich, noch nicht vor. Vertritt man allerdings die Ansicht, dass in diesem Fall die Steuerschuld nicht zwingend abzuziehen sei, vielmehr die *Wahrscheinlichkeit* der Inanspruchnahme ausschlaggebend ist, müsste dies Konsequenzen auf die latente Steuer bei der Unternehmensbewertung haben. Auch bei dem Immobilienbesitz wird ja auf einen *fiktiven Verkaufsfall* abgestellt. Ist man der Meinung, dass bei der Spekulationssteuer nur die Wahrscheinlichkeit maßgebend ist, müsste dies folgerichtig auch für die Unternehmenssteuer gelten³³. Alles andere würde auf eine unzulässige Ungleichbehandlung vergleichbarer Vermögenswerte hinauslaufen.

Sobald ein Sachverhalt zur latenten Spekulationssteuer bei Immobilien dem BGH zur Entscheidung vorliegt, sollte dieser also nochmals das Problem der latenten Veräußerungssteuer grundlegend klären.

²⁸) BGH a.a.O.

²⁹) Vgl. zu allen Einzelheiten Kogel, a.a.O., Rdn. 452 f.; Karasek, FamRZ 2002, 590

³⁰) Vgl. Haußleiter/Schulz Kap. 1, Rdn. 296a sowie Palandt/Brudermüller 65. Aufl. § 1376 BGB, Rdn. 11

³¹) FF 2004, 287

³²) Vgl. Palandt/Brudermüller § 1376 BGB, Anm. 11 sowie Hoppenz a.a.O., 450, 451

³³) So zumindest konsequent Hoppenz FamRZ 2006,449 (451); a.A. Kogel (o. Fußn. 17), Rdnr. 472, der gernell in beiden Fällen die latente Steuer abzieht.

V. Das Problem der unzulässigen Doppelverwertung von Vermögenswerten im Zugewinn und Unterhalt.

1) Ausgangslage

Das Verbot der Doppelverwertung von Vermögenspositionen und Schulden bei Unterhalt und Zugewinn wird derzeit im Familienrecht intensiv diskutiert³⁴. Ausgangspunkt war eine –eher beiläufige– Äußerung des BGH im Rahmen einer gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Mitarbeiterbeteiligung³⁵. Hier besaß ein Angestellter eine stille Beteiligung an einer Mitarbeiter KG, die an einen Bestand des Arbeitsverhältnisses geknüpft war. Bei seinem Ausscheiden führte diese Beteiligung nur zu einer (sehr geringen) Abfindung zum Nennwert. Diese Beteiligung, welche regelmäßig erhebliche Erträge im Laufe des Jahres abwarf, war bereits bei der Unterhaltsvereinbarung der Eheleute einbezogen worden. Nunmehr wollte die Ehefrau im Rahmen der Bewertung des Anteils zum Stichtag diesen Betrag hochgerechnet beim Zugewinnausgleich nochmals berücksichtigt sehen. Nach einem eingeholten Sachverständigengutachten lag dieser Wert –basierend auf dem Ertragswertverfahren um mehr als das 20fache höher als der Nennwert.

Erstmals hat der BGH die Frage der unzulässigen Doppelberücksichtigung in diesem Urteil angesprochen. Zunächst hat er auf § 1587 Abs. 3 BGB verwiesen. Dieser regelt den seiner Ansicht nach ähnlich gelagerten Ausschluss der Doppelverwertung im Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich. Im Übrigen hätten die Parteien mit der einvernehmlichen, vertraglichen Regelung zum Unterhalt gleichzeitig den Zugewinnausgleich konkludent durch den gerichtlich protokollierten Vergleich ausgeschlossen. Die Lösung war in diesem Falle nur deswegen möglich, weil die Formvorschrift des § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB gewahrt wurde. Zumeist ist bei bloßen Unterhaltsvereinbarungen die notarielle Form für die güterrechtlichen Eheverträge jedoch nicht eingehalten. Solange Unterhaltsvereinbarungen nicht einer besonderen Form unterliegen, tritt insoweit eine Diskrepanz zur Formbedürftigkeit von Vereinbarungen beim Zugewinn auf.

In einer darauf folgenden Entscheidung hat der BGH dargelegt, dass eine Abfindung nicht zum einen beim Unterhalt und zum zweiten zum Stichtag des Endvermögens noch einmal berücksichtigt werden dürfe, wenn die Parteien bereits eine Unterhaltsregelung unter Einbeziehung des Abfindungsbetrages getroffen hätten. Treu und Glauben stünden einer weiteren Einstellung in den Zugewinnausgleich entgegen³⁶. Damit war der „Geist aus der Flasche“ herausgelassen, den man wahrscheinlich nur noch mühsam zurückführen wird.

2) Das Urteil des OLG Oldenburg

In angeblicher Fortführung dieser Rechtsprechung des BGH hat es das OLG Oldenburg³⁷ grundsätzlich abgelehnt, den Wert einer Tierarztpraxis überhaupt beim Zugewinn zu berücksichtigen. Dabei bestand folgende immer wiederkehrende Konstellation bei der Bewertung der Praxis eines Freiberuflers:

Aufgrund eines Vergleiches war der nacheheliche Unterhalt aus den Einkünften der Praxis ermittelt worden. Bei der Zugewinnberechnung wurde erstinstanzlich der „good will“ durch Sachverständigengutachten aus den Erträgen ermittelt. Diese Ansicht entsprach der bisher üblichen Rechtsprechung. Würde nun die künftige Gewinnerwartung, die maßgeblich die Bewertung der freiberuflichen Praxis beeinflusst habe, herangezogen, läge nach Ansicht des Senats eine unerwünschte doppelte Teilnahme am Vermögenswert vor. Zur Stützung dieser mit einem Satz aufgestellten These beruft sich der Senat, ohne weitere Ausführungen insoweit zu machen, auf die Überlegungen in einem Aufsatz von Fischer-Winkelmann³⁸. In dieser Abhandlung hatte sich dieser Autor im Einzelnen mit dieser Frage auseinandergesetzt. Insbesondere hatte er auf die unzumutbaren Ergebnisse hingewiesen,

³⁴) Vgl. z.B. BGH FamRZ 2004, 1352; 2003, 432; OLG München FamRZ 2005, 459; Bergschneider FamRZ 2004, 1353; Kogel FamRZ 2004, 1866; 2004, 1614; Schröder FamRZ 2005, 89; Gerhardt/ Schulz FamRZ 2005, 145, sowie FamRZ 2005, 317; Münch FamRZ 2006, 1164

³⁵) Vgl. BGH, FamRZ 2003, 432

³⁶) BGH FamRZ 2004, 1352

³⁷) FamRZ 2006, 1031 mit zu Recht ablehnender Anm. Hoppenz FamRZ 2006, 1033; vgl. ferner Münch FamRZ 2006, 1170

³⁸) FUR 2004, 433

die angeblich den Ausgleichspflichtigen in ruinösen Konsequenzen trafen. Das OLG Oldenburg hat die Revision zugelassen³⁹.

3) Eigene Stellungnahme

Ein solch radikaler Standpunkt wurde in der bisherigen Rechtsprechung bislang noch nicht vertreten. Dies hätte weit reichende Folgen für die Beratungspraxis bei Freiberuflern und Unternehmern. U.a. würden sich folgende Konsequenzen ergeben:

Wird der nacheheliche Unterhaltsanspruch aus den Erträgen der Praxis oder des Unternehmens errechnet -dies wird der Regelfall sein-, muss man sich darüber im Klaren sein, dass nunmehr ein Rückgriff auf den Vermögenswert als solchen von vorneherein verbaut wird. Vor allen Dingen in den Fällen, in denen absehbar ist, dass die Ehefrau keine dauernden Unterhaltsansprüche verlangen kann (absehbare Wiederheirat, Zusammenleben mit einem anderen Partner über längere Zeit, anrechenbare Einkünfte aus einer Erbschaft etc.), müsste überlegt werden, ob *überhaupt* noch *Unterhalt* verlangt werden darf⁴⁰. Die Konsequenz wäre, dass in diesen Fällen der Weg ausschließlich über Zugewinn beschritten werden müsste, um nicht diesen „sicheren“ Vermögenswert zu verlieren. Weitere Folge der Entscheidung: sofern die Schiene Zugewinnausgleich verfolgt wird, dürfte konsequenterweise ein Unterhaltsanspruch bemessen nach den Erträgen aus dem Unternehmen nicht mehr durchgesetzt werden können. Letztendlich würde dies bedeuten, dass der andere Ehepartner aus der Substanz des im Zugewinn erzielten oder erzielbaren Vermögens leben müsste. Nach Zahlung des Zugewinns werden die Erträge hieraus ja angesichts der niedrigen Zinssituation in der Regel nicht für den Lebensunterhalt ausreichen.

Diese Rechtsprechung hätte -konsequent angewandt- auch Folgen für die Bewertung jeglichen sonstigen Vermögens, welches Erträge abwirft. Schließen sich Erträge und Kapitalwert gegenseitig aus, dürfte z.B. ein Rückgriff auf Aktien, Sparguthaben im Zugewinn von vorneherein ausgeschlossen sein, sofern deren Erträge bei der Unterhaltsbestimmung mit in Ansatz gebracht wurden.

Es erscheint mehr als fraglich, ob solche weitreichenden Folgerungen aus der Ausgangsentscheidung des BGH gezogen werden können. Die dortige Besonderheit bestand nämlich darin, dass die *nominale* Einlage bei einem späteren Ausscheiden des Mitarbeiters immer nur nominal ausgezahlt wurde. Der Mitarbeiter selber hatte *nie* die Chance, den vom Gutachter errechneten (20fach) höheren Wert zu realisieren. Vergleichbar mit diesem Mitarbeiterfall sind allenfalls die Fallgestaltungen, in denen der Mitgesellschafter aufgrund einer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag nur eine geringe oder gar keine Abfindung realisieren kann⁴¹. Festzuhalten ist jedenfalls, dass durch die bloße Berücksichtigung der Erträge im Unterhalt der Rückgriff auf den Wert als solchen im Zugewinn noch *nicht grundsätzlich* verbaut wird.

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch folgende Überlegung: Zinseinkünfte aus dem Zugewinnausgleich werden auf den Unterhaltsanspruch *angerechnet*⁴². Teilt man mit Hoppenz⁴³ die Ansicht, dass sogar die *Aufwendungen* abgezogen werden können, welche dadurch entstehen, dass ein Kredit zur Begleichung des Zugewinns aufgenommen werden muss, kann erst recht keine Doppelberücksichtigung stattfinden. Mit dem zweifachen Ansatz –geringere Bedürftigkeit einerseits, gesunkene Leistungsfähigkeit andererseits- wird über den Unterhalt ein Regulativ erreicht.

Wie letztendlich die (unzulässige) Doppelverwertung vermieden werden kann, ist eine völlig offene Frage. Sie wird in der bisherigen Literatur nur ansatzweise diskutiert⁴⁴.

Schulz⁴⁵ schlägt folgenden Weg vor:

Bei der Zugewinnausgleichsberechnung wird vom Durchschnittsgewinn der *kalkulatorische*

³⁹ Az. ds BGH: XII ZR 45/06

⁴⁰ 38) so zutreffend Hoppenz FamRZ 2006, 1032

⁴¹) Vgl. Haußleiter/Schulz Kap. 1, Rdn. 306; Kogel FamRZ 2004, 1618

⁴² 40) Vgl Hoppenz FamRZ 2006, 1034.

⁴³ 41) a.a.O.; str. a.A. z.B. Kalthoener/Büttner/Niepmann, 9. Aufl., Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhaltes, Rdn 88 sowie 992

⁴⁴) Vgl. hierzu Münch FamRZ 2006, 1170; Schulz FamRZ 2006, 1237; Hoppenz, FamRZ 2006, 1242

⁴⁵ 43) FamRZ 2006, 1240

Unternehmerlohn abgezogen. Damit nun keine Doppelberücksichtigung erfolge, wird dieser kalkulatorische Unternehmerlohn auch für die *Unterhaltsberechnung* zugrunde gelegt. Mit anderen Worten: der Unterhalt bemisst sich damit *nicht* nach der Quote oder einer Bedarfsberechnung im konkreten Fall, vielmehr nach einem kalkulatorischen (*allgemeinen*) Unternehmerlohn. Schulz räumt allerdings ein, dass damit der Unterhalt geringer werden könne. Jedenfalls könne auf diese Weise eine Doppelberücksichtigung vermieden werden.

Eine solche Lösung erscheint mit dem Unterhaltsrecht schwerlich vereinbar. Der Unterhalt bemisst sich nach den *konkreten* Einkommensverhältnissen. Entweder wird insoweit mit einer Quote gerechnet. Alternativ wird in Fällen der „relativen Sättigungsgrenze“ eine konkrete Bedarfsberechnung vorgenommen. Die Frage der monatlichen Alimentierung ist für den Unterhaltsgläubiger in der Regel auch vorrangig. Dem Unterhaltsgläubiger geht es vor allem darum, seinen aktuellen Bedarf abgedeckt zu sehen. Die Meinung von Schulz steht ferner in gewissem Widerspruch zu seiner Ansicht bezüglich der Doppelberücksichtigung bei Abfindungen im Zugewinn und Unterhalt. Hier vertritt er zusammen mit Gerhardt⁴⁶ die Ansicht, dass auf jeden Fall Abfindungen beim Unterhalt zu berücksichtigen und vorrangig in diesem Bereich einzustellen seien. Über Zugewinn solle dieser Vermögenswert gerade *keine* Berücksichtigung finden. Im Übrigen würde eine solche Ansicht Probleme von der zeitlichen Abfolge mit sich bringen. Da die Zugewinnausgleichsberechnung stichtagsbezogen auf die Zustellung des Scheidungsantrages erfolgt, müsste schon auf diesen Zeitpunkt bezogen der Unterhalt geringer angesetzt werden, um die Doppelberücksichtigung zu vermeiden. Wie soll dies aber praktisch umgesetzt werden?

Münch meint demgegenüber, es sei wie folgt vorzugehen:

Bisher wurde bei der Zugewinnausgleichsberechnung ein kalkulatorischer Unternehmerlohn abgezogen. Für eine Anwaltskanzlei schlagen z.B. Haußleiter/Schulz⁴⁷ folgende Berechnungsmethode vor: bei geringeren Umsätzen als 125.000,00 EUR soll für Anwälte unter 45 Jahren ein Richter Gehalt nach R 1 maßgeblich sein. Bei älteren Anwälten ein solches nach R 2. Bei höheren Umsätzen sei ohne Altersunterschied ein Gehalt nach R 3 heranzuziehen. Zum Ausgleich der Vorsorgeleistungen solle das fiktive Richter Gehalt noch um 40% erhöht werden.

Nach Ansicht von Münch soll stattdessen *nicht* mehr ein solcher kalkulatorischer Lohn angesetzt werden. Vielmehr soll der nach dem Unterhalt sich berechnende *konkrete* Unternehmerlohn herangezogen werden. Im Übrigen solle dann bei der Bewertung eines „good will“ jeder personenbezogene Anteil auf diesen eliminiert werden. Es sei nur noch der „good will“ *objektiv* bezogen zu ermitteln.

Dies bedeutet in dem von ihm gebildeten Beispielfall, dass für die Kanzlei des „Staranwalts“ der Wert im Zugewinn entsprechend sinkt, wenn kein Dritter die Praxis mit vergleichbarem Ruf führen könnte⁴⁸. Der Umstand, dass der „Staranwalt“ seine Praxis bei einer Scheidung nicht aufgeben, sondern weiterhin nutzen, führe dazu, dass ihm dies teilweise im Zugewinn zu seinen Gunsten berechnet werde, nämlich bei den *objektiven* nicht personenbezogenen Umständen des „good will“, teilweise beim Unterhalt, jedenfalls aber nicht doppelt.

Diese Lösung eröffnet dem Unterhaltsberechtigten zunächst den Weg, in vollem Umfang seinen Unterhalt realisieren zu können. Dieser wird zu Recht als vorrangig angesehen. Zu beachten ist vorab, dass das Problem der Doppelberücksichtigung sich gar nicht in den Fällen stellt, in denen Unterhalt aufgrund Eigeneinkommens der Ehefrau nur zum Teil oder gar nicht geschuldet wird. Sofern im Übrigen der verbleibende Unterhaltsbetrag *unter* einem kalkulatorischen Unternehmerlohn üblicher Art liegt, kann eine Doppelberücksichtigung ebenso wenig auftreten. In den Fällen, in denen hingegen aufgrund einer Bedarfsberechnung der Unterhalt *höher* ist als ein objektiver kalkulatorischer Unternehmerlohn, muss als Korrektiv *dieser* Betrag in den Abzug bei der Unternehmensbewertung eingesetzt werden. Nur der verbleibende Betrag ist zu kapitalisieren. Alleine hierdurch kann das Problem schon eliminiert werden.

⁴⁶44) Vgl. FamRZ 2005, 317 ff.

⁴⁷45) Kap. 1 Rdn. 274; demgegenüber sind Römermann/Schröder NJW 2003, 2709, 2710 der Ansicht, ein Unternehmerlohn dürfe generell nicht abgezogen werden.

⁴⁸46) Vgl. Münch FamRZ 2006, 1170 m.w. Nachw. in FN 110

Die Frage, ob und inwieweit bei einem „Staranwalt“ eine Unternehmensbewertung erfolgen kann, ist im Übrigen eigentlich keine solche mehr des Problems der *Doppelberücksichtigung*. In diesen Fällen stellt sich vielmehr die Frage, *ob* und *wie überhaupt* die Praxis und die Nutzungsmöglichkeit in Ansatz zu bringen sind und welcher (u.U. wesentlich erhöhte) Unternehmerlohn abzuziehen ist. Auch „Staranwälte“ sind ersetzbar. Es muß nur der in Abzug gebrachte Unternehmerlohn entsprechend hoch angesetzt werden. Ist dieser kalkulatorische Lohn höher als derjenige, der für den Unterhalt in Ansatz gebracht wird, stellt sich das Problem der Doppelberücksichtigung von vornherein nicht.