

mäßig zuzumuten.¹³ Nehmen sie die Darlehen in Anspruch, mindern sie ihre Bedürftigkeit, nehmen sie sie bewusst nicht in Anspruch, werden sie fiktiv so behandelt, als verfügten sie über das Darlehen.¹⁴

Die BAFöG-Darlehen sind allerdings so gestaltet, dass niemand durch ihre Inanspruchnahme ein unkalkulierbares Risiko eingeht. Denn sie sind der Höhe nach begrenzt und gemäß § 18 Abs. 2 BAFöG in der Regel nicht zu verzinsen. Überdies sind sie in nur geringen Raten innerhalb einer Frist von 20 Jahren rückzahlbar, wobei die erste Rate erst fünf Jahre nach dem Ende der Förderungshöchstdauer fällig wird.

Sofern Studiengebühren zu entrichten sind – die Verpflichtung regelt sich nach den genannten einschlägigen Landesgesetzen – besteht gleichfalls ein Anspruch auf Gewährung eines entsprechenden Darlehens. Anders als BAFöG-Darlehen erfolgt die Vergabe der Darlehen jedoch durch Kreditinstitute, bzw. in Hessen die Landestreuhandstelle. Die Rolle des Landes beschränkt sich darauf, eine Ausfallbürgschaft zu stellen (vgl. etwa § 11 a NHG). Die Darlehen sind zu den üblichen Sätzen zu verzinsen, wobei die Zinssätze derzeit zwischen 5,9 % in Nordrhein-Westfalen und 7,635 % in Baden-Württemberg schwanken, bei einer Schuldenobergrenze von zumeist 15 000 € und in Nordrhein-Westfalen 10 000 €.

Wenngleich also die Bedingungen schlechter sind als diejenigen für die Inanspruchnahme von BAFöG-Darlehen, dürfte hier Ähnliches gelten wie dort. Denn immer noch sind die Darlehensbedingungen – verglichen etwa mit de-

nen für übliche Anschaffungsdarlehen – als günstig zu bezeichnen. Hinzu kommt, dass der Student ebenso wie bei der Inanspruchnahme von BAFöG-Darlehen erst dann zur Rückzahlung verpflichtet ist, wenn das Studium beendet ist und die Belastung wegen des Eintritts ins Berufsleben mit einer hochqualifizierten Ausbildung und den damit verbundenen Einkommenserwartungen als hinnehmbar erscheint.¹⁵ Aus diesem Grunde besteht nach Auffassung des Autors die Obliegenheit, die Darlehen in Anspruch zu nehmen, was den Bedarf des Studenten entsprechend mindert, weshalb ein Zahlungsanspruch gegen die unterhaltsverpflichteten Eltern insoweit nicht besteht.

IV. Fazit

1. Studiengebühren stellen Mehrbedarf dar und sind nicht durch die Regelbedarfssätze gedeckt.

2. Es besteht die Obliegenheit zur Inanspruchnahme öffentlicher Förderung, zu der auch die Studienbeitragsdarlehen gehören, so dass bei Vorliegen der Voraussetzungen der durch die Gebühren ausgelöste Bedarf gedeckt ist.

Gerd Weinreich, Vors. Richter am OLG Oldenburg

¹³ BGH FamRZ 1985, 916

¹⁴ OLG Schleswig FamRZ 2006, 571

¹⁵ BGH FamRZ 1985, 916, 917 zum BAFöG-Darlehen

Bernd Kuckenburg

Anmerkungen, insb. auch aus Sicht des Unternehmensbewerter, zu BGH vom 6. 2. 2008 – XII ZR 45/06¹ –

Der BGH hat nunmehr eindeutig zur Fragestellung der Doppelverwertung Stellung genommen, wobei er sich teilweise auf seine bisherige Rechtsprechung bezieht, aber auch neue Gedanken und Argumente zur Entscheidungsfindung heranzieht:

I. Wert des Unternehmens und Auswahl der Bewertungsmethode

Der BGH vertieft seine bisherige Rechtsprechung zur Unternehmensbewertung unter Bezugnahme auf § 1376 Abs. 2 BGB, wonach der objektive Verkehrs-

wert des Vermögensgegenstandes maßgebend sein soll. Zu ermitteln sei danach der »volle, wirkliche Wert«! Wegen der großen Anzahl an sachverhaltsspezifischen Methoden obliege die Auswahl der Bewertungsmethode dem sachverständig beratenen Tatrichter.²

Schon an dieser Stelle weist der BGH auf die Bedeutung der Person des Unternehmensinhabers und auf die daraus resultierenden Ertragsmerkmale hin, die auf einen potenziellen Erwerber übertragbar sein müssen.

Als sachverhaltsspezifische Methode zur Bewertung von Arztpraxen komme dabei beispielsweise auch die Richtlinie zur Bewertung von Arztpraxen³ in Frage.

¹ Weitere Anmerkungen zu dieser Entscheidung s. in diesem Heft S. 295

² BGH FamRZ 1999, 361, 364; BGH FamRZ 2005, 99, 100, mit Anm. Kuckenburg, Wahl der Bewertungsmethode zu Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleichsverfahren, FuR 2005, 401; BGH FamRZ 1991, 43, 44

³ Abgedruckt bei Schröder, Bewertungen im Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rdn. 175

Dies ist deshalb von Interesse, weil der BGH hier eine Methode anerkennt, die eine überkommene Kombinationsmethode zwischen Substanz- und Ertragswertbewertung zur Anwendung bringt, die in der Betriebswirtschaftslehre seit Beginn der 80er Jahre als überholt bzw. sogar als kunstfehlerhaft angesehen wird.⁴ Der Bewertungsstandard der wirtschaftsprüfenden Berufe lehnt Substanzwertüberlegungen insgesamt ab und verlangt von den Mitgliedern des Berufsstandes die Anwendung des Ertragswertverfahrens, bzw. des discounted-cash-flow-Verfahrens.⁵

II. Doppelverwertung

Der BGH bezieht sich auf seine ständige Rechtsprechung, wonach eine zweifache Teilhabe an einem Vermögenswert über den Zugewinnausgleich und den Unterhalt nicht stattzufinden habe, soweit eine Vermögensposition bereits auf andere Weise ausgeglichen worden ist.⁶ Dies sei aber nur dann gegeben, wenn eine Konkurrenz zwischen Zugewinnausgleich und Unterhalt tatsächlich vorliege, was nur dann der Fall sein könne, wenn beim Unterhalt auch der Vermögensstamm herangezogen werde.⁷

Insbesondere stellt der BGH klar, dass die künftigen Erträge und Nutzungen allenfalls Grundlagen der Bewertung des Goodwills darstellen.⁸

III. Individueller kalkulatorischer Unternehmerlohn

Nachdem der BGH in seinem Urteil schon an zwei Stellen auf die subjektiven Komponenten der Bewertung im Hinblick auf einen Praxisinhaber hinweist (es wird offenkundig auf freiberufliche Einzel- und Personengesellschaften reflektiert), wird dann ein neuer Gedanke herangeführt:

Ausgangswert ist danach nicht ein pauschaler Unternehmerlohn, sondern ein den individuellen Verhältnissen entsprechender Unternehmerlohn. Nur auf diese Weise werde der auf den derzeitigen Praxisinhaber bezogene Wert eliminiert, der auf dessen Arbeit, persönlichen Fähigkeiten und Leistungen beruht und auf einen Übernehmer nicht übertragbar sei! Insbesondere sei nicht ein pauschal angesetzter kalkulatorischer Unternehmerlohn in Abzug zu bringen, sondern der im Einzelfall konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn.⁹

IV. Latente Steuerlast

Der BGH wiederholt seine ständige Rechtsprechung, wonach die latente Steuerlast vom Unternehmenswert

in Abzug zu bringen ist, deren Abzug das Berufungsgericht unterlassen hatte (BGH FamRZ 1991, 43, 48; krit. und die Rechtsprechung des BGH zusammenfassend: Hoppenz FamRZ 2006 449 ff).

V. Ermittlung des individuellen kalkulatorischen Unternehmerlohns

Aus Sicht des Unternehmensbewerters ist besonders auf die Ausführungen des BGH zur Ermittlung eines individuellen Unternehmerlohns einzugehen.

1. Wie hat das zu geschehen?

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass sich bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften kein pagatorischer Posten im Rechnungswesen für die Tätigkeit des Unternehmers findet. Die Tätigkeitsvergütung drückt sich im Gewinn mit aus, der auch noch gleichzeitig das unternehmerische Risiko und die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals repräsentiert (gleichwohl wird beim Unterhalt zwanglos der Gewinn als Anknüpfungspunkt für das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen herangeführt, was auf Grund dieses Umstandes krit. zu hinterfragen ist!). So kann deshalb nicht das aus der subjektiven Leistung des Unternehmers resultierende die ehelichen Lebensverhältnisse repräsentierende Einkommen als kalkulatorischer Unternehmerlohn **angesetzt** werden.¹⁰

Der BGH¹¹ will auch **nur** das der subjektiven Leistung entsprechende Einkommen **einsetzen**. Würde man nämlich das unterhaltsrechtliche Einkommen dem subjektiven kalkulatorischen Unternehmerlohn gleichsetzen, würde es bei Einzelunternehmen und Personengesellschaft einen positiven Ertrag im Sinne der Ertragswertmethode nicht mehr geben. Die Ertragswertbewertung fände nicht mehr statt; sondern es gebe stets als wirtschaftliche Untergrenze die Liquidationsbewertung.

Das Einkommen aus Unterhalt ist somit nur ein Bestandteil des subjektiven kalkulatorischen Unterneh-

4 Moxter, Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung, 2. Aufl., 1983, 56, 60 ff

5 IDW S. 1, Die Wirtschaftsprüfung 2005, Anm. 4 ff; zum Bewertungsstandard insgesamt und der Ertragswertmethode: Kuckenburg, Zugewinn passé? FuR 2005, 298 ff

6 BGH, so schon in FamRZ 2003, 432, 433; BGH FamRZ 2003, 1544, 1546; BGH FamRZ 2004, 1352, 1353

7 So auch Hoppenz FamRZ 2006, 1242, 1243

8 So schon stringent Kuckenburg, Zugewinn passé? FuR 2005, 298, 303

9 BGH, aaO unter Hinweis auf Münch, FamRZ 2006, 1164, 1170; Empfehlungen des Arbeitskreises 7 des 17. Deutschen FamGtages

10 Dauner-Lieb, FuR 2008, 209, 212

11 FuR 2008, 295 Rdn. 23

merlohns. Der Unternehmerlohn bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften ist somit ein kalkulatorischer Posten, der gesondert zu ermitteln und in Abzug zu bringen ist.

Die Betriebswirtschaftslehre mit ihrer Disziplin des wirtschaftlichen Prüfungswesens hatte jedoch schon immer den Gedanken herangeführt, gerade bei kleineren und mittleren Unternehmen eine besondere Personenbezogenheit zu berücksichtigen. So führt das Wirtschaftsprüferhandbuch wörtlich aus:

»Insbesondere bei Personengesellschaften mit geschäftsführenden Gesellschaftern und bei Betrieben von Einzelkaufleuten und Freiberuflern werden dagegen die finanziellen Überschüsse regelmäßig in erheblichem Maß von der direkten Mitarbeit und/oder der Nutzung wirtschaftlicher Beziehungen der Eigentümer (z. B. von persönlichen Kontakten oder marktunüblichen Lieferbedingungen gegenüber anderen, den Eigentümern gehörenden Unternehmen) beeinflusst. So weit die daraus resultierenden positiven oder negativen Erfolgsbeiträge von einem Dritten als fiktiven Eigentümer nicht erwartet und auf Grund von Vergleichsmaßstäben (z. B. üblichen Marktpreisen) beziffert werden können, sind sie bei der Prognose künftiger finanzieller Überschüsse außer Betracht zu lassen. Dabei dürfen positive und negative subjektive Erfolgsfaktoren nicht imparitätlich behandelt werden.«¹²

2. Wie muss nun der Unternehmerlohn nach der neuen Rechtsprechung des BGH ermittelt werden?

Zunächst kann dabei wie üblich von statistischem Material per Externen Betriebsvergleich,¹³ also von Branchenkennzahlen ausgegangen werden, bzw. von einem Vergleichswert einer angestellten Führungskraft.¹⁴ Dabei ist darauf zu achten, dass auch die Bestandteile des vergleichbaren Lohnes berücksichtigt werden, die für Sozialleistungen aufgewandt werden müssten, insbesondere für die Alterssicherung etc. Sie sind nämlich Bestandteil des Lohnes inklusive der Arbeitgeberanteile.¹⁵ Oftmals wird wegen der unternehmerischen Leitung des Unternehmens darauf noch ein Zuschlag von ca. 15 % vorgenommen.

Daraufhin ist der Unternehmerlohn individuell anzupassen, wobei eine Beurteilung ähnlich der Schulnoten vorgenommen werden sollte, folglich eine Bewertung zwischen Eins und Sieben.¹⁶

Die folgenden Merkmale (vor dem flash »/«) sind folglich entsprechend zu bewerten, wobei sich der Indikator (nach dem flash »/«) aus Folgendem ergibt:

- Fachkenntnisse und Branchenerfahrung/Berufserfahrung, Ausbildung

- kaufmännische Kenntnisse/Berufserfahrung, Ausbildung
- kommunikative Fähigkeiten/persönliche Gespräche mit dem Unternehmer und, wenn möglich, mit bisherigen Geschäftspartnern
- Kreativität/vergangene Tätigkeiten, biografischer Fragebogen, Selbsteinschätzung des Unternehmers
- »need for achievement« = Leistungsbereitschaft = »hohes Bedürfnis nach Errungenschaften«/Gespräche mit dem Unternehmer
- »internal locus of control« = »interner Ort der Kontrolle« = internes Kontrollsystem/Gespräche mit dem Unternehmer
- Risikotoleranz und Risikominimierung/biografischer Fragebogen, Umgang mit der Unternehmenstransaktion, Selbsteinschätzung des Unternehmers
- Bereitschaft und Fähigkeit, viel zu arbeiten/Gespräche mit dem Unternehmer und seinem Umfeld, Selbsteinschätzung des Unternehmers
- Unterstützung im Privatleben/Gespräche mit dem Unternehmer und seinem privaten Umfeld

Der Umstand, dass Firmen von ein oder zwei Personen in besonderem Maße abhängig sind oder dass ein kleines personenbezogenes Dienstleistungsunternehmen vorliegt mit einem einzelnen Eigentümer, wird in der Bewertungslehre eher durch die Erhöhung des Risikozuschlags berücksichtigt.¹⁷ Dies kann natürlich auch bei der Position des kalkulatorischen Unternehmerlohns geschehen.

Die oben genannten Kriterien dürften es möglich machen, die Rechtsprechung des 12. Zivilsenats in die Bewertungspraxis umzusetzen. Entsprechend hat der Unternehmensbewerter den kalkulatorischen Unternehmerlohn zu ermitteln und dieses im Einzelnen zu begründen.

Bernd Kuckenburg, Unternehmensbewerter, vereidigter Buchprüfer, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht und Steuerrecht

¹² WP Handbuch 2008, Bd. II, 13. Aufl., Rdn. 103; 247, 425; IDW S. 1; aaO, Anm. 177, 50

¹³ Vgl. zu dieser Methode: Kuckenburg, Einkommensschätzung bei Selbständigen/Gewerbetreibenden, insb. bei Schwarzzeinkünften im Unterhalt, FuR 2006, 293 ff

¹⁴ Peemöller, Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, 3. Aufl., Kap. I, Rdn. 132

¹⁵ Behringer, Unternehmensbewertung der Mittel- und Kleinbetriebe, 3. Aufl., 194, 195

¹⁶ Zur Beurteilung der Ausprägung der subjektiven Einschätzung des Unternehmerlohns durch den Bewerter vgl. auch Behringer, aaO, 192

¹⁷ Behringer, aaO, 170