

Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleichsverfahren¹

– unter besonderer Berücksichtigung der Rspr.-Änderung des BGH zur Bewertung der freiberuflichen Praxis² – Teil 2³

von Bernd Kuckenbun, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familien- und Steuerrecht, vereidigter Buchprüfer, Mediator, Unternehmensbewerter, Hannover

7. Kapitalisierungszins

Die ertragswertorientierten Verfahren der Unternehmensbewertung beruhen auf der neoklassischen Theorie des Zinses⁴. Zu verschiedenen Zeitpunkten anfallende Zahlungen sollen vergleichbar gemacht werden, weil 100 € heute besser sind als 100 € morgen. Durch die Diskontierungsgrößen soll das Bewertungsobjekt einem Vergleichsobjekt gegenübergestellt werden: »bewerten heißt vergleichen«⁵.

Der Kapitalisierungszins entspricht damit der geforderten Eigenkapitalrendite. Dabei wird der Unternehmenswert (Zukunftserfolgswert) durch Diskontierung der künftigen finanziellen Überschüsse auf den Bewertungsstichtag ermittelt. In der Mehrzahl der Bewertungsfälle ist von einer unbegrenzten Lebensdauer des bewertenden Unternehmens auszugehen⁶. Es kann aber auch sachgerecht sein, von einer begrenzten Lebensdauer auszugehen (modifizierte Ertragswertmethode)⁷. Im ersten Fall werden die Barwerte der künftigen finanziellen Überschüsse aus dem betriebsnotwendigen Vermögen mit dem Barwert der zukünftigen finanziellen Überschüsse aus dem nicht betriebsnotwendigen Vermögen addiert. Bei der begrenzten Lebensdauer werden die finanziellen Überschüsse bis zur Aufgabe des Unternehmens bzw. bis zum Reproduktionsende des bestehenden Unternehmens herangezogen⁸.

Der **Kapitalisierungszins** setzt sich aus den im Folgenden dargestellten Komponenten zusammen:

- Basiszinssatz,
- Risikozuschlag, bestehend aus Marktrisikoprämie und Betafaktor,
- Wachstumsabschlag.

Der Ansatz des Kapitalisierungszinssatzes ist streitentscheidend und damit **vom Gericht im vollen Umfang überprüfbar und zu entscheiden**. Die wirtschaftliche Bedeutung des Ansatzes des Kapitalisierungszinssatzes macht das sog. »Paulaner-Urteil«⁹ deutlich. Das eingeholte Sachverständigengutachten legte einen Kapitalisierungszinssatz von 8,4 % fest, während das Gericht lediglich 5,5 % für angemessen hielt. Dies hatte eine Steigerung des Unternehmenswertes von 88,1 Mio. DM auf 135 Mio. DM zur Folge. Dies macht auch die finanzmathematische Auswirkung des Kapitalisierungszinssatzes im Nenner deutlich, woraus sich folgende **Regel** ableiten lässt:

Je höher der Kapitalisierungszinssatz, je niedriger der Unternehmenswert.

Je niedriger der Kapitalisierungszinssatz, je höher der Unternehmenswert.

a) Basiszinssatz¹⁰

Der theoretisch richtige Kapitalisierungszinsfuß wäre eine tatsächliche Alternative zum Unternehmenskauf oder zum Unternehmensverkauf. Gerade die Bewertung im Zugewinnausgleichsverfahren, die unabhängig von einem Veräußerungsvorgang erfolgt, kann diese Voraussetzungen nicht schaffen¹¹. Mithin sind Annäherungsverfahren zu verwenden. Beim Basiszinssatz wird von einem landesüblichen Zins für Renditen von Anleihen der öffentlichen Hand basierend auf einer Zinsstrukturkurve der Bundesbank ausgegangen. Die Bundesbank gibt die Parameter für jeden Börsentag bekannt. Dies erfolgt finanzmathematisch nach der Svensson-Methode, die die zukünftige Entwicklung berücksichtigt. Die Zinsstrukturkurve reflektiert den Zusammenhang zwischen Restlaufzeit und Rendite von risikofreien Anlagen¹². Zum Ausgleich von kurzfristigen Marktschwankungen wird die Zinsstrukturkurve auf die vergangenen drei Monate bezogen. Zudem wird eine Rundung auf 1/4 Prozentpunkte empfohlen, um Scheingenauigkeiten zu vermeiden¹³.

b) Marktrisikoprämie und Betafaktor

Der Investor hat mit seinem unternehmerischen Engagement Risiken und Chancen. Die Übernahme dieser unternehmerischen Unsicherheit, des Risikos, lassen sich die Marktteilnehmer durch **Risikoprämien** abgelten. Theorie und Praxis gehen dabei übereinstimmend davon aus, dass die Wirtschaftssubjekte künftige Risiken stärker gewichten als zukünftige Chancen (Stichwort der Risikoaversion des Investors)¹⁴.

Diese Marktrisikoprämie ergibt sich aus der durchschnittlichen langfristigen Differenz zwischen der Rendite eines Aktieninvestments und der Rendite risikoloser Staatsanleihen, also aus der erwarteten Überrendite bei Anlage in riskante statt in risikolose Wertpapiere¹⁵. Diese Marktrisikoprämie wird um **persönliche** Steuern gekürzt¹⁶. Für das bis 2008 geltende Halbeinkünfteverfahren beträgt die Marktrisikoprämie typischerweise nach Steuern 5,5 %. Für die ab 2009 geltende Abgeltungssteuer beträgt die Marktrisikoprämie nach Steuern

1 Vortrag des Autors vom 27.04.2012 anlässlich der 15. Jahresarbeitstagung Familienrecht des DAI, Köln.

2 BGH FamRZ 2011, 622 und 1367.

3 Fortsetzung aus FuR 2012, 222.

4 Behringer, Unternehmensbewertung, S. 107.

5 Moxter, S. 123.

6 IDW S 1, Rn. 85; finanzmathematische Berechnungsformel bei Klein/Kuckenbun, Handbuch Familienvermögensrecht, 2011, Rn. 1522.

7 BGH FamRZ 2011, 622 & 1367; Kuckenbun, FuR 2011, 512 ff. und 515 ff.; Peemöller/Englert, S. 725.

8 IDW S 1, Rn. 86, 87.

9 BayObLG, BB 1996, 259.

10 Rspr.-Übersicht Hachmeister-Ruthardt-Lapenius WPg 2011, 519 ff.

11 Behringer, Unternehmensbewertung, S. 110.

12 Peemöller, S. 61; OLG München, 14.07.2009 – 31 Ws 121/06.

13 FAUB, IDW FN 2005, 556.

14 IDW S 1, Rn. 88.

15 IDW S 1, Rn. 89.

16 Peemöller, S. 61; IDW S 1, Rn. 93.

4,5 %¹⁷. Empirische Erhebungen haben demgegenüber auch höhere Risikozuschläge von weit mehr als 6 % beobachtet¹⁸. In der älteren Rechtsprechung (bis ca. 2000) sind auch in Hochzinsphasen größtenteils erheblich niedrigere Risikozuschläge (von 0 % bis 2 %) ausgeurteilt worden¹⁹. Dem folgt die neuere Rechtsprechung nicht und nimmt auch höhere Sätze (bis 6 %) für die Marktrisikoprämie an²⁰.

Die Marktrisikoprämie wird mit einem Faktor modifiziert, der die Abweichung des individuellen Risikos des konkreten Unternehmens vom Marktrisiko misst. Dies ist der **Betafaktor**. Zur Beantwortung der Frage, welches Risikomaß bei der Bestimmung der Rendite ausschlaggebend ist, wird der Betafaktor vom Capital Asset Pricing Model (CAPM) als zentrales Element der modernen Portfoliotheorie angeboten²¹. Zu berücksichtigen ist auch das Kapitalstrukturrisiko der Unternehmensfinanzierung durch Fremdkapital. Je höher der Verschuldungsgrad, desto höher ist das Risiko der Eigenkapitaleigner. Dabei ist theoretisch unbestritten, dass eine höhere Verschuldung unter sonst gleichen Bedingungen mit einem höheren Risiko für die Eigenkapitalgeber verbunden ist²². Neben einer Erhöhung des Betafaktors kann auch ein Abschlag beim Ertrag erfolgen.

Die Ableitung des Betafaktors des Unternehmens erfolgt aus den Betafaktoren der Vergleichsunternehmen (Peer Group).

Der Betafaktor 1 bedeutet Risiko wie in der Peer Group; höherer Betafaktor = höheres Risiko; niedriger Betafaktor = niedrigeres Risiko²³.

Alternativ kann der Risikozuschlag, wie dies der älteren Unternehmensbewertungslehre entsprach, auch pauschal wegen Scheingenauigkeit ermittelt werden²⁴.

c) Wachstumsabschlag / Berücksichtigung wachsender finanzieller Überschüsse

Wachstum wird in der »ewigen Rente« durch den Wachstumsabschlag modelliert²⁵. Die Anlage in festverzinsliche Wertpapiere unterliegt im vollen Umfange der Geldentwertung. Für Unternehmen besteht die Chance, inflationsbedingte Kostensteigerungen mittels Preiserhöhungen an die Abnehmer überzuwälzen und damit der Geldentwertung in gewissem Umfang zu begegnen. Eine grobe Orientierung liegt bei 45 bis 50 % der Inflationsrate aller privaten Haushalte, also regelmäßig bei 1 %. Zulässig und vertretbar sind Faktoren zwischen 0,5 und 2 %²⁶.

8. Kalkulatorischer Unternehmerlohn

Im Rechnungswesen von Einzelunternehmen und Personengesellschaften findet sich kein Äquivalent für die Tätigkeit des Unternehmers. Einen entsprechenden pagatorischen Posten gibt es bei den Körperschaften im Personalaufwand für die Geschäftsführer bzw. Vorstände. Dieser Unterschied wirkt sich natürlich auch auf die Steuerverpflichtung aus, indem bspw. der Personalaufwand die Steuerlast des Unternehmens reduziert²⁷. Der kalkulatorische Unternehmerlohn²⁸ ist darüber hinaus ein besonderes Problem bei kleineren und mittleren Unternehmen, in denen das Management häufig ausschließlich aus den Unternehmenseignern besteht. In diesen Unternehmen sind die persönlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Beziehungen sowie das persönliche Engagement der Unternehmenseigner oft von herausragender Bedeutung für den Unternehmenserfolg. Als Anhaltsgröße für die Bestimmung

des angemessenen Unternehmerlohns kann die Vergütung herangezogen werden, die ein nicht am Unternehmen beteiligter Geschäftsführer als Bezüge erhalten würde²⁹. Dieser Wert ist ggf. um Zu- oder Abschläge zu korrigieren, um bspw. außerordentlich starken oder geringen zeitlichen Einsatz oder besondere individuelle Kenntnisse und Fähigkeiten zu berücksichtigen. Indikator für gute Managementleistungen sind bspw. über dem Branchendurchschnitt liegende Renditen. Auch bei Gesellschaftern bzw. Geschäftsführern ist die Angemessenheit des Entgelts zu überprüfen³⁰. Gleiches gilt für die Überprüfung der Angemessenheit des Lohnaufwands von Familienangehörigen³¹. Oftmals führt die Berücksichtigung des kalkulatorischen Unternehmerlohns zu nicht positiven Ertragswerten, sodass die Unternehmen dann regelmäßig mit dem Liquidationswert zu bewerten sind³².

Der BGH³³ verlangt deshalb auch konsequenterweise die Ermittlung **eines individuellen kalkulatorischen Unternehmerlohns**.

Ausgangspunkt ist danach nicht eine pauschale Ermittlung des Unternehmerlohns, sondern ein den individuellen Verhältnissen entsprechender Unternehmerlohn. Nur auf diese Weise wird der auf den jeweiligen Unternehmensinhaber bezogene Wert eliminiert, der auf dessen Arbeit, persönlichen Fähigkeiten und Leistungen beruht und auf einen Unternehmer nicht übertragbar ist. Daraus schließt der BGH, dass nicht ein pauschal angesetzter kalkulatorischer Unternehmerlohn in Abzug zu bringen ist, sondern der im Einzelfall konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn. Grundsatz der Überlegungen des BGH³⁴ ist die **Problematik der Doppelverwertung**. Der BGH wiederholt seine Rechtsansicht, dass die 2-fache Teilhabe an einem Vermögenswert über den Zugewinn und den Unterhalt nicht stattzufinden habe. 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. Der BGH nimmt mit-

17 Behringer, S. 115; Peemöller, S. 380.

18 Ballwieser, WPg 1995, 125.

19 Rspr.-Übersicht bei Behringer, S. 114.

20 BGH, NJW 2003, 3272: 3 %; OLG Düsseldorf, NZG 2003, 588: 4 %; OLG Düsseldorf, AG 2006, 287: 5 %; BayObLG, NZG 2006, 56: mehr als 2 % sind besonders begründungsbedürftig; Peemöller, S. 379; ausführliche Rspr.-Übersicht bei Ballwieser, Unternehmensbewertung, S. 123 ff.

21 IDW S 1, Rn. 90 ff.; Peemöller, S. 376 ff.; Ballwieser, Unternehmensbewertung, S. 119 ff.

22 Sog. Modigliani-Miller-Theorem; vgl. Perridon/Steiner, Finanzwirtschaft der Unternehmung, S. 500 ff.; Jonas, WPg 2011, 299 ff., 303.

23 Peemöller, S. 376 ff., auch zur Ermittlung von Betas börsennotierter Unternehmungen; OLG Celle, AG 2007, 865.

24 OLG München, 14.07.2009 – 31 Ws 121/06.

25 IDW S 1, Rn. 94 ff.

26 OLG Düsseldorf WM 2009, 2220; OLG Stuttgart WM 2010, 173; 1 %; OLG Frankfurt/M., 09.02.2010 – 5 W 38/09. Rspr.-Übersicht Hachmeister-Ruthardt-Lapenius WPg 2011, 519 ff.

27 Peemöller/Popp, S. 956 ff. mit konkretem Beispiel für EU, GmbH und GmbH & Co KG.

28 WP-Handbuch II A 425 ff.

29 WP-Handbuch II A 426.

30 Kuckenburg, FuR 2005, 401 ff.

31 WP-Handbuch II A 426.

32 WP-Handbuch II A 427; siehe oben bei der Liquidationsbewertung.

33 BGH FPR 2008, 316 m. Anm. Horn = NJW 2008, 1221 = FuR 2008, 295 m. Anm. Kuckenburg, FuR 2008, 270; BGH FamRZ 2011, 622 & 1367; Kuckenburg, FuR 2011, 512 ff. und 515 ff.

34 Fn. 28.

hin eine strenge Trennung von Vermögen und Einkommen vor und stellt klar, dass die Ermittlung des Goodwills bei der Unternehmensbewertung aus den Erträgen und Nutzungen des Unternehmens abgeleitet wird, wobei diese auch dem Unterhalt dienen können. Die Nutzungen aus dem Unternehmen sind mithin nur Anknüpfungspunkt und -maßstab für die Bewertung³⁵. Noch inkonsequent wird vom BGH³⁶ der »individuelle« kalkulatorische Unternehmerlohn auf Grundlage des Tariflohnes für Zahnärzte erhöht um einen Arbeitgeberzuschlag für Lohnnebenkosten ermittelt! In der Entscheidung vom 02.02.2011 fordert der BGH³⁷ unter Bezugnahme auf die folgenden Überlegungen eine individuelle Ermittlung des kalkulatorischen Unternehmerlohns. Dabei ist es bisher unterhaltsrechtliche Rechtspraxis, den steuerlichen Gewinn am Einzelunternehmen oder bei Einkünften aus Personengesellschaften als Anknüpfungspunkt für das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen zu nehmen, obwohl diese Unterhaltsinkünfte betriebswirtschaftlich neben der Vergütung für den Unternehmer auch das unternehmerische Risiko und die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals zu repräsentieren haben³⁸. Der individuelle kalkulatorische Unternehmerlohn als subjektive Leistung des Unternehmers ist mithin mit dem Einkommen **nicht** gleichzusetzen.

Wie ist der individuelle kalkulatorische Unternehmerlohn konkret zu ermitteln³⁹? Zunächst einmal ist vom **externen bzw. äußeren Betriebsvergleich**⁴⁰ auszugehen, der sich aus Branchenkennzahlen ergibt bzw. aus Vergleichswerten für angestellte Führungskräfte. Dabei ist darauf zu achten, dass auch Bestandteile des vergleichbaren Lohns berücksichtigt werden, die für Sozialleistungen wie für Altersvorsorge aufgewandt werden müssen. Sie sind Bestandteil des Lohns inklusive der Arbeitgeberanteile. Wegen der Mehrleistung des Unternehmers wird vielfach noch mit einem Zuschlag von 15 % operiert. In der Betriebswirtschaftslehre sind hierzu Bewertungskriterien zur Beurteilung der Unternehmerqualität entwickelt worden. Der Bewerter hat nach **subjektiver Einschätzung** jede der folgenden Positionen mit einer »Schulnote« zwischen 1 bis 6 zu versehen und daraus eine Gesamtnote zu bilden. Gemäß dieser Note hat ein Zuschlag oder Abschlag auf den objektivierten kalkulatorischen Unternehmerlohn zu erfolgen.

Checkliste⁴¹ zur Ermittlung des individuellen kalkulatorischen Unternehmerlohns:

Merkmal	Indikator
Fachkenntnisse und Branchenerfahrung	Berufserfahrung, Ausbildung
Kaufmännische Kenntnisse	Berufserfahrung, Ausbildung
Kommunikative Fähigkeiten	Persönliche Gespräche mit dem Unternehmer und Geschäftspartnern
Kreativität	Vergangene Tätigkeiten, biografischer Fragebogen, Selbsteinschätzung des Unternehmers
»need for achievement« = »hohes Bedürfnis nach Errungenschaften« = Leistungsbereitschaft	Gespräche mit dem Unternehmer
»internal locus of control« = »interner Ort der Kontrolle« = internes Kontrollsystem	Gespräche mit dem Unternehmer

Merkmal	Indikator
Risikotoleranz und Risikominimierung	Biografischer Fragebogen, Umgang mit der Unternehmenstransaktion und dem Bewertungsverfahren, 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

Praxishinweis:

Die Hauptauskunftsperson ist gerade bei kleineren Unternehmen oft der unmittelbar vom Verfahren Betroffene. Die Anwesenheit der Parteivertreter beim Außenprüfungstermin und der Inaugenscheinnahme des Bewertungsobjekts im Zuge der Beweisaufnahme ist deshalb dringendst erforderlich!

9. Korrektur des Unternehmenswerts durch Größenabschlag, Liquiditätsabschlag, Fungibilitätsabschlag, Diversifikationsabschlag und Länderrisikoabschlag

Der Umstand der besonderen Personenbezogenheit von Unternehmen, die von ein oder zwei Personen besonders abhängig sind, oder bei kleineren personenbezogenen Dienstleistungsunternehmen bzw. Handwerksbetrieben, wird darüber hinaus in der Bewertungslehre eher durch Erhöhung eines Risikozuschlags und nicht durch **Größenabschlag** berücksichtigt. Die entsprechenden Bewertungskriterien nach den folgenden **Risikokategorien**⁴² zur Bewertung von kleineren und mittleren Unternehmen können natürlich auch in die Position des kalkulatorischen Unternehmerlohns einfließen:

Kategorie	Kennzeichen des Unternehmens	Risikozuschlag
1	Etabliertes Geschäft, gute Marktposition, gutes Management, stabile Erträge in der Vergangenheit, vorhersehbare Zukunft	6 bis 10 %
2	Genauso wie Kategorie 1, jedoch ist die Branche wettbewerbsintensiver	11 bis 15 %
3	Firmen in sehr wettbewerbsintensiven Branchen, mit wenig Eigenkapital und wenig erfahrenem Management, aber mit guten Erfolgen in der Vergangenheit	16 bis 20 %
4	Kleine Firmen, die von den Kenntnissen von ein oder zwei Personen abhängen oder größere Firmen in stark zyklischen Branchen mit geringer Vorhersehbarkeit	21 bis 25 %

35 Kuckenburg, FuR 2008, 270, 271; ders., FPR 2009, 290, 293.

36 BGH, NJW 2011, 999 ff. = FamRZ 2011, 622 ff. = FuR 2011, 281 ff. mit Praxishinweis von Soyka.

37 BGH FamRZ 2011, 1367 = FuR 2012, 29; Kuckenburg, FuR 2011, 512 ff. & 515 ff.

38 Kuckenburg, FuR 2008, 270, 271.

39 Beispiel für individuellen kalkulatorischen Unternehmerlohn von Rechtsanwälten: Knief, AnwBl 2010, 92 ff.

40 Kuckenburg, FuR 2006, 293 ff.; FA-FamR/Kuckenburg/Perleberg-Kölbel, 8. Aufl. 2011, 13. Kap., Rn. 61, Kuckenburg/Perleberg-Kölbel, Unterhaltseinkommen, C, 34 ff.

41 Nach Behringer, Unternehmensbewertung, S. 227.

42 Behringer, Unternehmensbewertung, S. 206.

Kategorie	Kennzeichen des Unternehmens	Risiko-zuschlag
5	Kleine personenbezogene Dienstleistungsfirmen mit einem einzelnen Eigentümer-Unternehmer	26 bis 30 %

Auch in der **amerikanischen Bewertungslehre** werden insofern Abschlüsse/discounts diskutiert:

size discount	-20 %
marketability discount	-35 %
private company discount	-30 %
lack of control discount	-30 %
= Wert nach Abschlägen	?

All diesen Abschlägen fehlt es an einer theoretischen Begründung. Die Messung von Daten ohne Modellhypothesen führt nicht zu verifizierbaren Aussagen⁴³.

Insbesondere gibt es keinen originären Größeneffekt, es gibt aber relevante **Faktoren**, die häufig mit der Größe des Unternehmens korrelieren:

■ Verschuldung/Finanzierungsrisiko (siehe oben beim Betafaktor),

■ Bedeutung einzelner Personen für die Unternehmensführung und für die Kapitalausstattung⁴⁴,

■ Liquidität der Beteiligung, Mobilitätsabschlag und Abschlag für mangelnde Diversifikation⁴⁵.

Die mangelnde Liquidität des Unternehmens kann zu Abschlägen führen, was mit der Transaktionskostentheorie (im Gegensatz zu Aktien börsennotierter Unternehmungen) begründet werden kann: Mangelnde Liquidität führt dazu, dass es »Zeit und Geld kostet, etwas zu Geld zu machen«⁴⁶. Dem Gedanken des Mobilitätsabschlages wird das unten noch anzusprechende Fachgutachten HFA 2/1995 gerecht. So hat auch die Rechtsprechung⁴⁷ einen Fungibilitätsabschlag anerkannt.

Denkbar ist auch ein Diversifikationsabschlag⁴⁸, weil der Investor risikoavers ist, so dass eine Risikoverteilung auf weniger als 30 Anteile an einem Unternehmen ein größeres Risiko bedeutet als die Streuung der Anteile bei Publikumsgesellschaften.

Grundsätzlich bedarf es aber keiner generellen Abschläge bei mittleren und kleineren Unternehmen. Die relevanten Faktoren, die mit der Größe korrelieren wie Verschuldung, Finanzierungsrisiko, Bedeutung einzelner Personen für das Unternehmen, Mangel an Diversifikation und Fungibilität, können zu Abschlägen führen. Diese Risiken können aber auch über die Höhe des Ertrags dargestellt werden.

Bei Bewertung ausländischer Unternehmen bedarf es letztlich keines Länderrisikoabschlages. Auch hier werden erhöhte »Länderrisiken« über die Minderung der Erträge erfasst.

VI. Unternehmensbewertungen der freiberuflichen Praxis (BGH FamRZ 2011, 622 und 1367)

Der BGH hat in seinen Entscheidungen vom 09.02.2011 und 02.02.2011 elementare Grundsätze zur Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleichsverfahren präzisiert und weitergeführt⁴⁹.

Leider ließ die Veröffentlichung der letztgenannten Entscheidung lange auf sich warten, sodass in der Zwischenzeit eine große Anzahl von Anmerkungen zum Urteil vom 09.02.2011 erschienen ist⁵⁰.

Die Rechtsprechung des BGH wird in Hinblick auf **fünf Gesichtspunkte** fortgeführt und/oder weiter präzisiert:

1. These: Die freiberufliche Praxis unterliegt dem Zugewinnausgleich.

2. These: Die Auswahl der Bewertungsmethode obliegt dem sachverständig beratenen Tatrichter.

3. These: Die modifizierte Ertragswertmethode ist für die Bewertung freiberuflicher Praxen geeignet.

4. These: Der kalkulatorische Unternehmerlohn wird individuell ermittelt.

5. These: Der bei allen Vermögenswerten gebotene Abzug der latenten Steuerlast hat nach den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen des Stichtags zu erfolgen.

1. Die freiberufliche Praxis unterliegt dem Zugewinnausgleich / Die Auswahl der Bewertungsmethode obliegt allein dem Tatrichter / Für die Bewertung freiberuflicher Praxen ist die modifizierte Ertragswertmethode geeignet

In seinen Urteilen stellt der BGH nicht mehr die grundsätzliche Frage, ob eine freiberufliche Praxis überhaupt der Unternehmensbewertung unterliegt⁵¹. In den Gründen⁵² wird vielmehr sogleich klargestellt, dass für die Bewertung einer freiberuflichen Praxis, hier einer Steuerberaterpraxis, die modifizierte Ertragswertmethode die geeignete Methode ist. Ähnlich wie in der Rechtsprechung zum Betreuungsunterhalt wiederholt der BGH permanent die von ihm aufgestellten Grundsätze, dass bei der Bewertung von Vermögensgegenständen nach § 1376 Abs. 2 BGB der objektive (Verkehrs-) Wert maßgebend ist. Ziel der Wertermittlung ist es daher, die Praxis des Freiberuflers im Zugewinnausgleichsverfahren mit ihrem »vollen, wirklichen« Wert anzusetzen⁵³. Die Auswahl der Bewertungsmethode ist ausschließlich Aufgabe des sachverständig beratenen Tatrichters. Seine Entscheidung kann von den Instanzgerichten nur daraufhin überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht⁵⁴.

43 Jonas, WPg 2011, S. 299 ff., 305 ff.

44 Jonas, a.a.O., S. 306.

45 Jonas, a.a.O., S. 306.

46 Jonas, a.a.O., S. 308.

47 OLD Düsseldorf vom 31.03.2006 – 1-26 W 5/06; www.justiz.nrw; Behringer, S. 111.

48 Jonas, a.a.O., S. 307.

49 BGH FamRZ 2011, 622 und 1367 = FuR 2011, 281 und 2012, 29; Kuckenburg; Unternehmensbewertung in der freiberuflichen Praxis, FuR 2011, 512 ff. und 515 ff.

50 Soyka, FuR 2011, 285; Borth, FamRZ 2011, 705; Niepmann, FF 2011, 193; Koch, FamRZ 2011, 627; Kuckenburg, FuR 2011, 512.

51 Kuckenburg, FuR 2008, 270.

52 BGH, FamRZ 2011, 1367, Rn. 17, unter Bezugnahme auf BGH FamRZ 2011, 622 = FuR 2011, 281 = NJW 2011, 999.

53 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 24; BGH FamRZ 1999, 361 = NJW 1999, 784.

54 Fn. 5; BGH FamRZ 2008, 761, Rn. 18; BGH FamRZ 2005, 99, 100; letztere mit Anm. Kuckenburg, FuR 2005, 401.

In den Urteilen vom 09.02.2010 und 02.02.2011⁵⁵ wird den Umsatzwertverfahren der Standesorganisationen der freien Berufe eine Absage erteilt, weil die Kosten des Unternehmens nicht angemessen berücksichtigt werden können (der Wert eines Unternehmens ist natürlich maßgeblich dadurch geprägt, ob ein Unternehmen beispielsweise 40 %, 50 % oder 70 % an Kosten hat). Darüber hinaus kann es Umsatzteile geben, die rein personengebunden und deshalb auf den Nachfolger nicht übertragbar oder aus anderen Gründen einmalig sind. Im konkreten Fall wird wegen personengebundener Mandate ein Abzug für gerechtfertigt gehalten. Ein weiterer Abzug kommt auch wegen der Ermittlung regionaler, unternehmensspezifischer und marktmäßiger Besonderheiten in Betracht⁵⁶. Eine Auswahl der Bewertungsmethode für die Praxis eines Freiberuflers ist grundsätzlich nur dann sachgerecht, wenn die Bewertungsmethode von den zuständigen Standesorganisationen empfohlen wird⁵⁷. Dabei wird ausdrücklich auf die Hinweise der Steuerberaterkammer, Stand 30.06.2010, zur Ermittlung von Steuerberatungspraxen Bezug genommen. Diese Hinweise mit Ansatz des Umsatzverfahrens erläutern aber die Ermittlung **subjektiver Werte für Preisobergrenzen des potentiellen Erwerbers und Preisuntergrenzen für den Veräußerer**⁵⁸. Demgegenüber hat die Wertermittlung im Zugewinnausgleich einen **objektivierte**n, ausgleichenden Praxiswert zum Ziel. Insoweit folgt die Entscheidung dem Bewertungsstandard des Instituts der Wirtschaftsprüfer, IDW S 1, der derartige Praktikermethoden allenfalls zu Plausibilitätsüberprüfungen für geeignet ansieht⁵⁹. Das Umsatzwertverfahren ist deshalb zur Bewertung im Zugewinnausgleichsverfahren ungeeignet; heranzuziehen ist das modifizierte Ertragswertverfahren⁶⁰.

2. Der kalkulatorische Unternehmerlohn wird individuell ermittelt

Der BGH⁶¹ setzt seine Rechtsprechung zum **Doppelverwertungsverbot** konsequent fort. Er differenziert streng nach Einkommen und Vermögen⁶². Nur wenn das Vermögen für Zwecke des Unterhalts mit eingesetzt werden muss, stellt sich überhaupt die Frage der doppelten Teilhabe. Eine Doppelverwertung wird insbesondere durch die Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse im kalkulatorischen Unternehmerlohn ausgeschlossen⁶³. Daran ändern auch überhöhte Privatentnahmen⁶⁴ nichts, weil diese ausschließlich Vermögensentzug aus dem Unternehmen darstellen und die Unternehmererträge nicht betroffen werden.

Bei der Entscheidung vom 02.02.2011 war noch zu beanstanden, dass die Ermittlung eines individuellen kalkulatorischen Unternehmerlohns eines Arztes an den BAT angeknüpfte⁶⁵. Der BGH stellt mit der Entscheidung vom 09.02.2011 klar, dass der durchschnittliche Jahresüberschuss nicht durch einen pauschalen Unternehmerlohn, sondern um einen den individuellen Verhältnissen entsprechenden Unternehmerlohn gekürzt werden müsse. Der ideelle Wert einer derartigen Praxis gründe sich nämlich sowohl auf immaterielle Faktoren wie Mandantenstamm, günstigen Standort, Art und Zusammensetzung der Mandanten, Konkurrenzsituation und ähnliche Faktoren, die regelmäßig auf einen Nachfolger übertragbar seien, als auch auf Faktoren wie Ruf und Ansehen des Praxisinhabers, die mit dessen Person verknüpft und deshalb grundsätzlich nicht übertragbar seien. Nur der individuelle kalkulatorische Unternehmerlohn kann deshalb den auf den Praxis-

inhaber bezogenen Wert, der auf dessen Arbeit, persönlichen Fähigkeiten und Leistungen beruht und auf den Übernehmer nicht übertragbar ist, eliminieren⁶⁶. Die Konkurrenz zwischen Zugewinnausgleich und Unterhaltsanspruch wird dadurch beseitigt (Problem der Doppelverwertung), indem nur die übertragbaren Bestandteile bewertet werden, wozu nicht der auf die persönliche Leistung des Inhabers entfallende Teil des Ertragswerts gehört⁶⁷.

Achtung! Unterhaltsrechtlicher Praxishinweis:

Wenn generell keine Konkurrenz zwischen Zugewinn und Unterhalt besteht, in dem für den Zugewinn nur die übertragbaren Bestandteile bewertet werden, wozu der auf die **persönliche Leistung des Inhabers** entfallene Teil des Ertragswerts nicht gehört, hat dies Konsequenzen für das **Unterhaltsrecht**: Der auf die persönliche Leistung des Inhabers beruhende Anteil am Gewinn steht damit für Unterhaltszwecke zur Verfügung.

Der Anteil des Gewinns, der sich zugleich als Ausgleich für das unternehmerische Risiko und die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals ergibt und damit beispielsweise nicht auf die Leistungen des Inhabers, sondern auf die Erwirtschaftung durch seine Mitarbeiter zurückgeht, stellt im Umkehrschluss dann keine relevanten Unterhaltseinkünfte dar und betrifft den Vermögensbereich! Diese Differenzierung verlangt, ebenso wie die Begründung der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit von Gewinnthesaurierungen bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften, natürlich substantiierten anwaltlichen Vortrag. Das Gericht wird diese Differenzierungen aus den Gewinnermittlungen sicherlich nicht von sich aus vornehmen.

Der BGH liefert mit seiner Entscheidung eine »Bedienungsanleitung«, wie der individuelle kalkulatorische Unternehmerlohn in concreto zu ermitteln ist⁶⁸. Auch die Bemessung des individuellen kalkulatorischen Unternehmerlohns obliegt danach der sachverständig beratenen tatrichterlichen Beurteilung des Einzelfalls. Diese hat das Instanzgericht nur darauf hin zu überprüfen, ob es den folgenden anzuwendenden Rechtsgrundsätzen Rechnung trägt und angemessen ist. Bei dieser Bemessung ist zunächst davon auszugehen, dass der individuelle Unternehmerlohn nicht mit dem unterhaltsrechtlich zu berücksichtigten Gewinn an- und gleichgesetzt werden kann. »Zwar drückt sich die Tätigkeitsvergütung auch im Ge-

55 BGH FamRZ 2011, 622 = FuR 2011, 281 = NJW 2011, 999.

56 Barthel, DB 1996, 149, 161.

57 BGH FamRZ 2011, 1367; BGH FamRZ 2008, 761, Rn. 19.

58 BGH FamRZ 2011, 1367.

59 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 27,28; IDW S 1 (2008), Rn. 143.

60 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 28; mit Verweis auf Kuckenburg, FPR 2009, 290, 292; IDW S 1 (2008), Rn. 143.

61 BGH FamRZ 2011, 622 = FuR 2011, 281 = NJW 2011, 999, Rn. 36 ff.

62 So schon Kuckenburg, Zugewinn passé, FuR 2005, 298.

63 BGH a.a.O. Rn. 37.

64 BGH a.a.O. Rn. 37; Kuckenburg, Privatentnahmen bleiben Vermögensentzug und sind kein Einkommen im engeren Sinne, FuR 2006, 293.

65 BGH FamRZ 2011, 622 = FuR 2011, 281 = NJW 2011, 999; Kuckenburg, FuR 2011, 512 ff.; Soyka, FuR 2011, 285; grds. zum individuellen kalkulatorischen Unternehmerlohn: Klein/Kuckenburg, Handbuch Familienvermögensrecht, 2011, Rn. 1.539 ff.

66 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 29; BGH FamRZ 2011, 622 = FuR 2011, 281 = NJW 2011, 999.

67 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 32; BGH FamRZ 2008, 761, Rn. 18.

68 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 34-43.

winn aus, der zugleich das unternehmerische Risiko und die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals abgilt«⁶⁹.

Darüber hinaus ist der individuelle kalkulatorische Unternehmerlohn nicht aus den Privatentnahmen abzuleiten, weil nicht ausgeschlossen werden kann, ob Überentnahmen vorliegen. Insbesondere folgt aus den vorhergehenden Überlegungen, dass der Unternehmerlohn nicht aus dem unterhaltsrechtlich relevanten Einkommen des Praxisinhabers hergeleitet werden kann⁷⁰. Im Zuge der konkreten Bemessung des individuellen kalkulatorischen Unternehmerlohns kann von einem adäquaten objektiven Bruttolohn eines Nichtselbstständigen ausgegangen werden, wobei dieser Betrag dann zu individualisieren ist⁷¹. Der BGH bezieht sich für den objektiven Ansatz des kalkulatorischen Unternehmerlohns zunächst auf § 202 Abs. 1 Nr. 2 d BewG, wonach sich am Entgelt für eine nicht beteiligte Geschäftsführung orientiert wird⁷². Auch die Hinweise der Bundessteuerberaterkammer gehen nicht ausschließlich vom Ansatz des Gehalts eines Steuerberaters aus. Vielmehr müssen Zuschläge für längere Arbeitszeiten, höhere unternehmerische Verantwortung und das unternehmerische Risiko kalkuliert werden. Zuschläge können auch mit den vorhandenen Spezialkenntnissen begründet werden⁷³.

In diesem Zusammenhang ist neben der Einbeziehung des unternehmerischen Risikos auch Raum, der vorhandenen Leistungsbereitschaft, dem zeitlichen Arbeitseinsatz und den etwaigen Spezialkenntnissen Rechnung zu tragen⁷⁴. Anschließend sind Aufwendungen für eine soziale Absicherung zu berücksichtigen, wobei der BGH für die Altersvorsorge ausschließlich die aus der Unterhaltsrechtsprechung stammenden 20 % des Bruttoeinkommens für eine primäre Altersversorgung und darüber hinaus 4 % des Bruttoeinkommens für eine zusätzliche Altersversorgung heranzuzieht⁷⁵.

Zusammenfassend führt der BGH aus, dass vom Gehalt für entsprechende nicht selbstständige Tätigkeit auszugehen ist. Zu berücksichtigen ist dann die weitere unternehmerische Verantwortung des selbstständig Tätigen durch einen Zuschlag unter Berücksichtigung regionaler Gegebenheiten. Darüber hinaus ist im Einzelfall vorliegenden Besonderheiten (Leistungsbereitschaft, zeitlicher Arbeitseinsatz, Spezialkenntnisse) Rechnung zu tragen. Danach sind die Kosten für angemessene soziale Absicherung (Altersversorgung, Kranken- und Pflegeversicherung) ohne Berücksichtigung einer Bruttobemessungsgrundlage in Ansatz zu bringen.⁷⁶

3. Der bei allen Vermögenswerten gebotene Abzug der latenten Steuerlast hat nach den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen des Stichtags zu erfolgen

Unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung verlangt der BGH bei der Bewertung im Zugewinnausgleich neben einer Berücksichtigung der Veräußerungskosten den wertmindernden Abzug der latenten Steuerlast, und zwar unabhängig von der Frage, ob eine Veräußerung tatsächlich beabsichtigt ist oder nicht⁷⁷. Dabei setzt sich die Entscheidung mit der vereinzelt Kritik⁷⁸ in der Literatur auseinander, die eine noch nicht entstandene Steuer nicht wertmindernd berücksichtigt wissen will. Diese beanstandet, dass bei der Bewertung anderer Vermögensgegenstände (Grundstücke, Wertpapiere, Lebensversicherungen, etc., die innerhalb der »Spekulationsfrist« veräußert werden) keine latente Steuerlast

berücksichtigt wird. Dies sei aus Gründen der Gleichbehandlung nicht gerechtfertigt⁷⁹. Die Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleich erfolgt stichtagsbezogen und losgelöst von einer beabsichtigten Veräußerung (es wird ein Wert ermittelt und nicht ein Preis!). Maßgeblich ist dabei der am Stichtag vorhandene Wert und die damit verbundene Nutzungsmöglichkeit des Unternehmens durch den Inhaber⁸⁰. Diese Nutzungsmöglichkeit, reduziert um die latente Steuerlast, bestimmt den Vermögenswert, vorausgesetzt, Praxis der entsprechenden Art werden im nennenswerten Umfang veräußert⁸¹. Damit wird sich nochmals eindeutig zum Kriterium der Veräußerbarkeit von Unternehmen bekannt, mit der Folge, dass sich das Sachverständigengutachten mit der Marktfähigkeit des zu bewertenden Unternehmens auseinanderzusetzen hat. Die festzustellende Marktfähigkeit des Unternehmens, also die Prämisse der Verwertbarkeit, führt zur Berücksichtigung der latenten Ertragsteuern.

In einem orbiter dictum bekennt sich der BGH aus Gründen der Gleichbehandlung auch zur Berücksichtigung der latenten Steuerlast bei der Bewertung anderer Vermögensgegenstände (Achtung: Zeitpunkt der Stellung und der Zustellung des Scheidungsantrags!). Die latente Steuerlast bezieht sich dabei auf die Verhältnisse am Stichtag und ist ungeachtet einer bestehenden Veräußerungsabsicht relevant⁸².

Letztlich klärt der BGH⁸³ nunmehr die Frage, wie die latente Steuer in Abzug zu bringen ist. Zwar ist am Stichtag nicht bekannt, wann und zu welchem Preis der betreffende Vermögensgegenstand tatsächlich veräußert wird. Für eine stichtagsbezogene Wertermittlung kommt es aber nicht darauf an, welche Ertragsteuern beim künftigen Veräußerungsfall tatsächlich anfallen. Vielmehr ist die zum Stichtag bestehende Steuerlast maßgebend (§§ 18 Abs. 3 iVm § 16 Abs. 2-4, 34 Abs. 1 und 2 Nr. 1 EStG). Die latente Steuerlast reduziert den Wert des Unternehmens am Stichtag!

69 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 35; mit Hinweis auf Kuckenburg, FuR 2008, 270, 271.

70 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 36; mit Hinweis auf Kuckenburg, FuR 2008, 270, 271.

71 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 36.

72 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 38; so auch IDW S 1, Rn 40

73 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 38; vgl. Hinweise der Bundessteuerberaterkammer, Stand: 30.06.2010, Nr. 4b.

74 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 39; mit Hinweis auf Kuckenburg, FuR 2008, 270, 272; Knief, DStR 2008, 1895, 1896 ff.; zum kalkulatorischen Unternehmerlohn für Rechtsanwälte: Knief, AnwBl 2010, 92 ff.

75 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 41; BGH FamRZ 2003, 860; BGH FamRZ 2006, 387, 389; BGH FamRZ 2005, 1817, 1821; BGH FamRZ 2007, 193 f; BGH FamRZ 2007, 793, Rn. 27.

76 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 43.

77 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 47, BGH FamRZ 2011, 622, Rn. 29 ff.; BGH FamRZ 1991, 43, 48; BGH FamRZ 2005, 99, 101.

78 Hoppens, FamRZ 2006, 449; Gernhuber, NJW 1991, 2238, 2242; Tiedtke, FamRZ 1990, 1188, 1193; Schröder, Rn. 74.

79 Kogel, NJW 2007, 556, 558 ff.; Haußleiter, NJW-Spezial 2008, 164, 165; Hoppens, FamRZ 2006, 449, 450 f.

80 BGH v. 02.02.2011 – XII ZR 185/08, Rn 47.

81 BGH FamRZ 2008, 761, Rn. 20; BGH FamRZ 1977, 38, 40.

82 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 50.

83 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 52; krit. Kuckenburg, FuR 2011, 512.

Praxishinweis:

In der betriebswirtschaftlich geprägten Bewertungslehre wird demgegenüber von einer objektivierten Steuerlast ausgegangen.⁸⁴

4. Resümee aus den Entscheidungen von 02.02.2012 und 09.02.2012 und Bewertung der Freiberufler GmbH und des geschlossenen Immobilienfonds

Die erörterten Urteile des BGH liefern handfeste Kriterien, nach denen Gericht und Sachverständige vorzugehen haben und klären die bis dahin noch offenen Rechtsfragen der Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleichsverfahren insbesondere bei freiberuflichen Praxen.

Die Bewertung einer **Freiberufler-GmbH**, die kraft Gesellschaftsform als Gewerbebetrieb strukturiert ist, wird nach denselben Kriterien bewertet wie ein Einzelunternehmen oder eine Personengesellschaft. Auch die Anrechnung der latenten Steuerlast erfolgt entsprechend⁸⁵.

Der BGH⁸⁶ führt unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 287 ZPO aus, dass **geschlossene Immobilienfonds**, die als Kommanditgesellschaft betrieben werden, einer besonderen Bewertung unterliegen. Zwar handelt es sich regelmäßig um eine KG mit der Folge, dass die Unternehmensbewertung nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach der Ertragswertmethode des IDW, angezeigt wäre. Die Rechte an dieser Mitunternehmerschaft sind aber nach BGH überhaupt nicht oder nur schlecht veräußerbar. Diese Prämisse des BGH verkennt aber das Bestehen eines sog. Zweitmarktes für geschlossene Immobilienfonds⁸⁷.

Trotz der angeblich mangelnden Verkehrsfähigkeit sind diese Beteiligungen nach Ansicht des BGH gleichwohl nicht wertlos. Der Wert liegt danach in einer langfristigen Investition und Aussicht auf Steuervorteile, die in Hinblick auf die Dauer der Beteiligung erzielt werden. Dies kann zu einer Wertlosigkeit führen, wenn die Steuervorteile vor dem Stichtag bereits in Anspruch genommen worden sind und keine oder nur eine geringe Schlusszahlung zu erwarten ist. Entsprechend der Ermittlung des Wertes von Abschreibungsgesellschaften⁸⁸, die auch regelmäßig in Form einer KG betrieben werden, ergibt sich der **Wert nach BGH** aus folgendem:

- Veräußerungserlös bei Beendigung der Beteiligung,
- zuzüglich noch zu erwartender Steuervorteile,
- abzüglich Zahlungsverpflichtungen,
- abzüglich mit der Veräußerung ausgelöste Steuern

(auch hier wird eine latente Steuerlast berücksichtigt!)

Da der tatsächliche Veräußerungserlös bei derartigen Anlagen oftmals nicht dem prognostizierten entspricht, liegt hier ein besonders schwieriges Prognoseproblem, dass der BGH unter Anwendung von § 287 ZPO umgeht. Die genannte Methode liefert nach Ansicht des BGH einen verlässlichen Rückschluss auf den zum maßgeblichen Stichtag bestehenden Wert.

VII. Unternehmensbewertung im Familien- und Erbrecht (HFA 2/1995)

Ein Bewertungsstandard des Berufsstandes der Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer berücksichtigt die beson-

deren Umstände der Bewertung von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen im Familien- und Erbrecht. Dieser Bewertungsstandard HFA 2/1995 (HFA = Hauptfachausschuss des IDW)⁸⁹, zur Unternehmensbewertung im Familien- und Erbrecht, gilt auch nach Einführung des IDW S 1 i.d.F. 2008 fort⁹⁰. Der Bewertungsstandard HFA 2/1995 führt zunächst aus, dass die Bewertung in den genannten Verfahren grds. keinen Sonderfall der Bewertung darstellt⁹¹. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang nochmals auf das strenge Stichtagsprinzip⁹², indem nur Umstände berücksichtigt werden dürfen, die im Stichtag verwurzelt waren.

Dies gilt auch bei weit zurückliegenden Stichtagen, die im **Anfangsvermögen** bis zum 01.07.1958 (Einführung der Zugewinnungsgemeinschaft) zurückreichen können. Auch in diesen Bewertungen ist eine **Zukunftsprognose ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklungen** nach dem Stichtag zu erstellen.

Weiter weist der Bewertungsstandard darauf hin, dass die Hauptauskunftsperson ein unmittelbar vom Verfahren Betroffener ist, der Interesse daran hat, das Ergebnis zu seinen Gunsten zu beeinflussen⁹³. Wenn der Bewerter bspw. der Gerichtsgutachter in einem Zugewinnausgleichsverfahren nicht unzulässiger Weise eine »Schreibtschbewertung« vornimmt, sondern das Bewertungsobjekt im Zuge der Beweisaufnahme in Augenschein und eine Stichprobe des Rechnungswesens nimmt⁹⁴, wird es zu einer strukturierten Befragung des Managements - also bei kleineren Unternehmen gerade des am Unternehmen Beteiligten- kommen müssen.

Praxishinweis:

Die Beteiligtenvertreter haben deshalb zwingend an diesem Begutachtungstermin im Zuge der Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme teilzunehmen. Damit kann der »natürlichen Nähe« des Gutachters zur unternehmerischen Verfahrenspartei entgegengewirkt werden⁹⁵.

Das Prinzip der Einheitlichkeit der Bewertung nach § 1376 BGB im Anfangs- und im Endvermögen wird nochmals deutlich gemacht. Die an früheren Stichtagen vorherrschenden Methoden, insb. die Kombinationsmethoden und Mittelwertverfahren, sind danach nicht mehr zur Anwendung zu bringen⁹⁶. HFA 2/1995 verweist dann auch noch auf die Schwierigkeit der Beschaffung relevanter Informationen gerade bei weit zurückliegenden Bewertungsstichtagen⁹⁷. Alle Verfahrensbeteiligten haben dabei konkret zu überprüfen,

84 Ausführlich mit Beispielen: Klein/Kuckenburg, Handbuch Familienvermögensrecht, 2011, Rn. 1617-1624.

85 BGH FamRZ 2011, 1367, Rn. 44, 54 ff.

86 BGH v. 17.11.2010 – XII ZR 170/09; FamRZ 2011, 183, Rn. 38 ff.

87 Vgl. z.B. www.geschlossene-fonds.de; www.policenderek.de; www.zweitmarkt.de.

88 BGH a.a.O. Rn. 40 mit div. Literaturhinweisen.

89 IDW Prüfungsstandards und Stellungnahmen zur Rechnungslegung, HFA 2/1995.

90 IDW S 1, Fn. 4 zu Rn. 11.

91 HFA 2/1995, I.

92 HFA 2/1995, II, 1.

93 HFA 2/1995, II, 3.

94 Kuckenburg, FuR 2001, 293, 296.

95 Kuckenburg, FuR 2001, 293, 296.

96 HFA 2/1995, II, 1; Rechtsprechungsübersicht bei Ruthardt/Hachmeister, WPg 2011, 351 ff.

97 HFA 2/1995, II, 1.

ob die vorgelegten, wegen des weit zurückliegenden Stichtages, oftmals raren Unterlagen ausreichend sind, eine Bewertung vorzunehmen. Falls keinerlei Unterlagen des Rechnungswesens oder andere Dokumentationen mehr vorhanden sind, ist nach **Beweislastregeln** zu entscheiden. Wenn auch kein Sonderfall der Unternehmensbewertung vorliegt, zeigen die bisherigen Ausführungen, dass die Besonderheiten des Rechtsverhältnisses in diesem ersten Bewertungsschritt zu beachten sind⁹⁸.

In einem zweiten Schritt hat nach HFA 2/1995 die sog. »**Überleitung zum fairen Einigungswert**«⁹⁹ stattzufinden, wenn das streitentscheidende Gerichtsgutachten Einigungsfunktion haben soll.

Dieser zweite Bewertungsschritt ist bei der Bewertung im Zugewinnausgleich wegen des Grundsatzes der paritätischen Beteiligung des Ehegatten an dem Zugewinnausgleich unterliegende Vermögen des anderen Ehegatten erforderlich. Der Anspruchsberechtigte erhält mit dem Wirtschaftsgut »Geld« einen mit hoher Fungibilität ausgestatteten Vermögensgegenstand; demgegenüber verbleibt dem Verpflichteten der Vermögenswert »Unternehmen« mit außerordentlich geringer Fungibilität¹⁰⁰. Zum Ausgleich dieses Nachteils wird als erstes Element für die Überleitung zum fairen Einigungswert eine Berücksichtigung der **Finanzierungskosten**¹⁰¹ zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs genannt. Dieser Nachteil kann aber nur dann anfallen, wenn sich aus der Gesamtvermögenslage ergibt, dass eine derartige Finanzierung auch tatsächlich erforderlich ist. Mit der ständigen Rechtsprechung des BGH wird als zweites Element der Überleitung zum fairen Einigungswert die Berücksichtigung der **latenten Steuerlast**¹⁰² genannt.

Die Weitsicht des Bewertungsstandards HFA 2/1995 wird in besonderer Weise wegen des Kontexts zwischen Zugewinnausgleich und Unterhalt deutlich, den die Rechtsprechung des BGH¹⁰³ erst am 2008 konkretisiert hat. In HFA 2/1995 heißt es: »Der Gutachter soll darlegen, inwieweit bei der Unternehmensbewertung Sachverhalte berücksichtigt sind, die auch bei der Bemessung von Unterhaltsverpflichtungen von Bedeutung sein können (z.B. Trennung zwischen Unternehmerlohn und Unternehmenserfolg)«¹⁰⁴. Die letztgenannte Überlegung macht deutlich, dass die Grundsätze des Bewertungsstandards zwingend bei der Begutachtung im familienrechtlichen Verfahren anzuwenden sind.

VIII. Anteilsbewertung

Bei der Bewertung von Unternehmensanteilen ist teilweise ohne Rückgriff auf den Gesamtwert des Unternehmens die Bewertung des Anteils möglich, wenn sich dieser bspw. wie bei der Aktie aus dem bloßen Kurs unmittelbar ableiten lässt¹⁰⁵. In anderen Fällen kommt dieser Ansatz aber nur dann in Betracht, wenn ein Kaufpreis vorliegt, der als Bewertungsmaßstab dienen kann¹⁰⁶. Der **objektive Wert** eines Unternehmensanteils entspricht ansonsten dem quotalen Anteil des jeweiligen Eigenkapitalgebers am objektivierten Gesamtwert des Unternehmens (streitentscheidende Bewertung im Zugewinnausgleich!)¹⁰⁷. Der **subjektive Wert** eines Unternehmensanteils beinhaltet demgegenüber die Einschätzung des Wertes der Beteiligung an einem Unternehmen unter Berücksichtigung individueller Verhältnisse. Dabei spielen auch die Unternehmenspolitik und Risikoeinstellung der Beteiligten eine Rolle¹⁰⁸. Zwei Vorgehensweisen zur Ermittlung des Anteilswertes sind denkbar:

Bei der **indirekten Anteilsbewertung**¹⁰⁹ wird von dem Wert des Unternehmens als Ganzes ausgegangen und dieser wird mit der Anteilsquote des Anteilseigners multipliziert. Anschließend erfolgt gegebenenfalls eine Korrektur um pauschale Zu- oder Abschläge, um so indirekt den Anteilswert zu ermitteln. Diese Zu- und Abschläge können sich ergeben aus Angebot und Nachfrage sowie aus Einflussmöglichkeiten der Unternehmenseigner auf die Unternehmenspolitik durch qualifizierte Mehrheit (mehr als 50 %), qualifizierte Mehrheit (mehr als 75 %), Sperrminorität (mehr als 25 %) oder Streubesitz. Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftspolitik sind dem Gesellschaftsvertrag zu entnehmen. Die Vorlage des Gesellschaftsvertrags muss im Zuge der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs zur Beurteilung dieser Frage durchgesetzt werden.

Bei der **direkten Anteilsbewertung**¹¹⁰ wird auf die Sicht des einzelnen Anteilseigners und damit nicht auf die Werte des Unternehmens als Ganzes abgestellt. Der Anteilswert wird vielmehr aus den Zahlungsströmen zwischen Unternehmen und dem Anteilseigner abgeleitet. Diese Bewertung ist typisch bei der Anteilsbewertung von Publikumsgesellschaften, indem dem einzelnen Gesellschafter im Gegensatz zum Mitunternehmer keine Informationen (nur Geschäftsberichte statt Jahresabschlüsse, keine Beteiligung bei Gesellschaftsbeschlüssen, Einblick in das Rechnungswesen) zur Verfügung stehen.

IX. Abfindungsregeln in Gesellschaftsverträgen

In Gesellschaftsverträgen findet sich häufig eine Abfindungsregelung für ausscheidende Gesellschafter, die unter dem Verkehrswert liegt. So kann beispielsweise das Stuttgarter Verfahren (siehe oben), eine Buchwertabfindung oder gar ein Ausschluss an der Beteiligung des Gesellschafters am Betriebsvermögen vorliegen. Derartige Gesellschafter wenden im Zugewinnausgleichsverfahren ein, der Abfindungswert müsse in die Zugewinnausgleichbilanz eingestellt werden, weil der Verkehrswert nicht ausgeglichen werde. Abfindungsregelungen in Gesellschaftsverträgen sind nach der Rechtsprechung des BGH¹¹¹ aber irrelevant. Sie kommen nur dann zur Anwendung, wenn das gesellschaftsvertragliche Verhältnis zum Zeitpunkt des Stichtages bereits gekündigt worden ist, was regelmäßig nicht der Fall sein wird.

Die genannte Entscheidung wird richtigerweise damit begründet, dass die nachteilige Regelung bezüglich des Ausscheidens aus der Gesellschaft mit Chancen korrespondiert. Bei einem etwaigen Ausscheiden anderer Gesellschafter wächst dem verbleibenden Gesellschafter nämlich ein höherer Anteilswert zu, als er dem Verkehrswert entspricht.

98 HFA 2/1995, I.

99 HFA 2/1995, I, IV.

100 S.o. zum Fungibilitäts- und Mobilitätsabschlag.

101 HFA 2/1995, IV, 1.

102 HFA 2/1995, IV, 1, Rspr. des BGH zur latenten Steuerlast s.o.

103 BGH FPR 2008, 248 m. Anm. Horn = NJW 2008, 1221 = FuR 2008, 295 m. Anm. Kuckenburg, FuR 2008, 270, 272.

104 HFA 2/1995, II, 4.

105 Peemöller, S. 1013.

106 Peemöller, S. 1013.

107 WP-Handbuch II, A 34 ff.; Peemöller, S. 1013.

108 WP-Handbuch II, A 34, 35.

109 WP-Handbuch II, A 34, 36; Peemöller, S. 1013.

110 Fn. zuvor.

111 BGH NJW 1999, 781 = FamRZ 1999, 361.