

Ulrich Lambrecht

**Pflichtteilsreduzierung
bei der Nachfolge
in Personengesellschaften**

*- Eine Analyse der erb- und gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten
zur Vermeidung von Vermögensabfluss bei der
Weitergabe unternehmerischen Vermögens –*

Shaker-Verlag 2010

Pflichtteilsreduzierung bei der Nachfolge in Personengesellschaften

- Eine Analyse der erb- und gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten zur Vermeidung von Vermögensabfluss bei der Weitergabe unternehmerischen Vermögens -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Ulrich Lambrecht
aus Ochsenhausen

2010

Dekan:

1. Berichterstatter:

2. Berichterstatter:

Tag der mündlichen Prüfung:

Prof. Dr. Hermann Reichold

Prof. Dr. Gottfried Schiemann

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

27. Juli 2009

*Für meine Eltern
und Andra*

Dank

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Rechtsänderungen sowie Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum Ende des Jahres 2007 eingearbeitet.

Die Anregung des Themas und der Fragestellung dieser Dissertation verdanke ich Herrn Prof. Dr. Hans Michael Groll.

Für die intensive Betreuung meiner Dissertation gilt mein besonderer Dank meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Gottfried Schiemann. Er hatte für mich zu jeder Zeit ein offenes Ohr und gab mir stets die Gewissheit, auf dem richtigen Weg zu sein.

Herrn Prof. Dr. Wolfgang Marotzke danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Meine Eltern Christine und Otto Lambrecht haben mir eine umfangreiche und wertvolle Ausbildung ermöglicht und mich mein ganzes Leben in jeder Weise gefördert. Ihnen danke ich in besonderer Weise und von ganzem Herzen.

Aus tiefstem Herzen danke ich meiner Frau Andra, die – nicht nur während meines Promotionsvorhabens – stets an mich geglaubt, mich immer wieder in wunderbarer Weise ermutigt und mit ihrem ansteckenden Optimismus dazu gebracht hat, dieses Projekt zu beenden. Sie ist mein bester Freund und meine kostbarste Unterstützung.

Meinen Eltern und ihr ist diese Arbeit in Liebe gewidmet.

Meiner Mutter und meiner Schwester Verena Lambrecht danke ich herzlich für das Korrekturlesen der Arbeit.

Für ihre freundschaftliche Begleitung während meiner Promotionszeit, für anregende Diskussionen und Ermunterung auf Durststrecken möchte ich insbesondere den Herren Dr. J.F. Götz Gallenkamp, Dr. Nicolai M. Zimmermann, Dr. Ferdinando Menga, Christian Allgöwer und Dr. Ferdinand von Saint-André danken.

Die Freundlichkeit und kompetente Beratung des Teams im Lesesaal der Universitätsbibliothek Tübingen werde ich immer in positiver Erinnerung behalten. Danke auch dafür.

Ein besonderer Dank gilt der bischöflichen Studienförderung Cusanuswerk, dessen finanzielle Unterstützung diese Arbeit möglich gemacht und dessen ideelle Förderung mich in meiner persönlichen Entwicklung vorangebracht hat.

Und schließlich bleibt mir, meinen Arbeitgebern, den Partnern der Stuttgarter Kanzlei Reith Schick & Partner zu danken: Sie haben bis zur Veröffentlichung meiner Arbeit große Geduld bewiesen.

Tübingen im März 2010

Ulrich Lambrecht

Inhaltsübersicht

Dank	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Grundlegung	1
A. Einleitung	2
B. Eingrenzung und Gang der Untersuchung	4
Erster Teil: Die Schenkung als Voraussetzung des § 2325 BGB	7
Kapitel 1: Einleitung	8
Kapitel 2: Grundlagen der Schenkung in der Gesellschafternachfolge....	9
A. Einleitung	9
B. Kollision von Schenkungs- und Gesellschaftsrecht?	9
C. Schenkbarkeit des Gesellschaftsanteils: Die Frage nach der Unentgeltlichkeit einer einlagelosen Anteilsverschaffung	16
Kapitel 3: Die gemischte Schenkung in der Gesellschafternachfolge: Subjektive Äquivalenz versus Drittschutz	45
A. Einleitung	45
B. Grundlagen der gemischten Schenkung in der Gesellschafternachfolge	45
C. Das Prinzip der subjektiven Äquivalenz und die Frage des Drittschutzes	50
Zusammenfassung der Ergebnisse des Ersten Teils	92
Zweiter Teil: Instrumente zur Verringerung des Nettowertes der Schenkungen	97
Kapitel 1: Einleitung	98
Kapitel 2: Leistungen an den Neugesellschafter	99
A. Einleitung	99
B. Gegenstand der Zuwendung	99
C. Bewertung des zugewandten Anteils	106
D. Zusammenfassung der Ergebnisse des 2. Kapitels	122

Kapitel 3: Leistungen des Neugesellschafters bei Beitritt und Neugründung	124
A. Einleitung	124
B. Gegenleistungen.....	125
C. Faktoren, die den Anteilswert mindern können	155
Kapitel 4: Leistungen des Neugesellschafters bei Anteilsübertragung	172
A. Einleitung	172
B. Gegenleistungen an den Zuwendenden und den Anteilswert mindernde Faktoren	173
C. Insbesondere: wiederkehrende Leistungen an den Übergeber	180
Zusammenfassung der Ergebnisse des Zweiten Teils	203
Schluss	207
Literaturverzeichnis.....	211

Inhaltsverzeichnis

Dank	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Grundlegung	1
A. Einleitung	2
B. Eingrenzung und Gang der Untersuchung	4
Erster Teil: Die Schenkung als Voraussetzung des § 2325 BGB	7
Kapitel 1: Einleitung	8
Kapitel 2: Grundlagen der Schenkung in der Gesellschafternachfolge	9
A. Einleitung	9
B. Kollision von Schenkungs- und Gesellschaftsrecht?	9
I. Vorrang von Schenkungs- oder Gesellschaftsrecht oder Nebeneinander	10
II. Dogmatik des Nebeneinander	13
III. Ergebnis	15
C. Schenkbarkeit des Gesellschaftsanteils: Die Frage nach der Unentgeltlichkeit einer einlagelosen Anteilsverschaffung	16
I. Einleitung	16
II. Stellung als persönlich haftender Gesellschafter	17
1. Welche Pflichten kommen auf den Neugesellschafter zu?	17
a. Gesetzliche Pflichten	18
(1) Treupflicht	18
(2) Haftung	20
(a) Haftung des BGB-Neugesellschafters für künftige Verbindlichkeiten	20
(b) Haftung des BGB-Neugesellschafters für Altverbindlichkeiten	21
(3) Ergebnis	25
b. Vertragliche Pflichten	25
(1) Einleitung	25
(2) Pflicht zur Geschäftsführung	26

(3) Einsatz der persönlichen Arbeitskraft	28
(4) Ergebnis	29
2. Gegenleistung oder Wertbildende Faktoren?	29
a. Darstellung des Streitstandes	29
b. Was bedeutet „Gegenleistung“ und ist eine solche hier wirklich gegeben?	34
(1) Fehlende Kongruenz von Schuldner der Leistung und Gläubiger der Gegenleistung.....	36
(2) Dem Wesen nach keine synallagmatischen Leistungen	37
c. Wertbildende Faktoren mit der grundsätzlichen Möglichkeit der Schenkung.....	40
3. Ergebnis	42
III. Stellung des Kommanditisten, stillen Gesellschafters, Unterbeteiligten	43
Kapitel 3: Die gemischte Schenkung in der Gesellschafternachfolge:	
Subjektive Äquivalenz versus Drittschutz	45
A. Einleitung	45
B. Grundlagen der gemischten Schenkung in der Gesellschafternachfolge.....	45
I. Der Schenkungsbegriff des § 2325 Abs. 1 BGB.....	45
II. Die gemischte Schenkung in der Gesellschafternachfolge	47
1. Einleitung.....	47
2. Objektive Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung	48
C. Das Prinzip der subjektiven Äquivalenz und die Frage des Drittschutzes	50
I. Ausgangspunkt	50
II. Grundsätzliche Maßgeblichkeit der Parteivereinbarung.....	51
1. Konflikt zwischen Privatautonomie und Interessen des Pflichtteilsberechtigten.....	51
2. Lösung des BGH.....	54
a. Darstellung.....	54
b. Reaktionen der Literatur	55
c. Stellungnahme.....	58
III. Entwicklung von Kriterien zur Prüfung der subjektiven Einigung	59
1. <i>Susanne Sieker</i> : Fremdvergleich als besondere Anforderung an das Beweismaß im Steuerrecht.....	60
2. <i>Michael Fischer</i> : Betonung der liberalen Grundhaltung des BGB	62

a. Darstellung.....	62
b. Stellungnahme	65
3. <i>Mathias Habersack</i> : Interessenpolarität	65
a. Darstellung.....	65
(1) „Richtigkeitsgewähr“ eines Vertrags	66
(2) Fehlen von Interessenpolarität	67
(3) Vorliegen von Interessenpolarität	68
(4) Drittwirkung der Richtigkeitsgewähr.....	69
b. Stellungnahme	71
4. Folgerungen für die Gesellschafternachfolge.....	72
a. <i>Sieker</i>	73
b. <i>Fischer</i>	74
c. <i>Habersack</i>	76
(1) Anwendbarkeit auf § 2325 BGB.....	76
(2) Exkurs: Prüfungsrelevanz der Rechtsgüter des Gesellschafter im Rahmen des § 2325 BGB.....	77
(3) Vorliegen ausgeprägter Interessenpolarität.....	79
(4) Fehlende oder eingeschränkte Interessenpolarität.....	80
IV. Zwischenergebnis	81
V. Inhaltskontrolle bei fehlender oder eingeschränkter Interessenpolarität	83
1. Rolle der Sittenwidrigkeit	83
2. Methode der Inhaltskontrolle	85
a. Modell Habersacks.....	85
b. Anwendung auf § 2325 BGB.....	87
3. Konkret: Die Inhaltskontrolle von Verträgen im Rahmen der Gesellschafternachfolge	88
a. Abwägungsgesichtspunkte auf Seiten des Pflichtteilsberechtigten	88
(1) Schutzinteressen des Dritten (Vorgaben der Rechtsordnung)	88
(2) Wertigkeit der gefundenen Interessen.....	89
b. Abwägungsgesichtspunkte auf Seiten der Nachfolgevertrags- Parteien	90
(1) Regelungsinteressen der Vertragspartner.....	90
(2) Vorgaben der Rechtsordnung und Wertigkeit der Interessen	90
Zusammenfassung der Ergebnisse des Ersten Teils.....	92

Zweiter Teil: Instrumente zur Verringerung des Nettowertes der Schenkung	97
Kapitel 1: Einleitung.....	98
Kapitel 2: Leistungen an den Neugesellschafter.....	99
A. Einleitung	99
B. Gegenstand der Zuwendung.....	99
I. Zuwendungsgegenstände in den verschiedenen Nachfolgekongstellationen.....	99
II. Zuwendungsgegenstand und Niederstwertprinzip	101
1. Relevanz des Niederstwertprinzips bei teilweise unentgeltlichen Verträgen.....	101
2. Besonderheiten bei Zuwendungen unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts	105
C. Bewertung des zugewandten Anteils	106
I. Einleitung	106
II. Anteilsbewertung für die Zukunft: Bewertungs- und Wertbeschränkungsklauseln.....	108
1. Bei todesbedingtem Ausscheiden aus der Gesellschaft.....	108
2. Bei lebzeitigem Ausscheiden aus der Gesellschaft	111
a. Zweck und Arten der Klauseln bei lebzeitigem Ausscheiden	111
b. Qualifikation der Klauselvereinbarung als Schenkung	113
(1) Objektiv unentgeltliche Zuwendung	113
(2) Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit	114
(3) Ergebnis	116
c. Vorliegen eines unausgewogenen Chancen-/ Risiken- Verhältnisses.....	116
III. Anteilsbewertung in der Gegenwart: Beitritt und Anteilsübertragung.....	118
1. Einleitung.....	118
2. Einfluss der Erörterungen der Parteien auf § 2325 BGB	119
IV. Ergebnisse.....	121
D. Zusammenfassung der Ergebnisse des 2. Kapitels.....	122
Kapitel 3: Leistungen des Neugeschafters bei Beitritt und Neugründung	124
A. Einleitung	124
B. Gegenleistungen.....	125
I. Einbringung von Geld.....	125
1. Bewertung einer Geldeinlage nach subjektiven Gesichtspunkten	125

a. Gesichtspunkte zur Rechtfertigung einer höheren Bewertung	127
b. Grenzen einer höheren Bewertung	129
(1) Lage beim persönlich haftenden Gesellschafter	129
(a) Interne Grenzen	129
(b) Externe Grenzen	130
(2) Lage beim Kommanditisten	130
(a) Einlagefähigkeit und Haftsumme	130
(b) Anrechenbarkeit von Beiträgen auf die Pflichteinlage	132
c. Einfluss auf Pflichtteilergänzungsansprüche	133
d. Ergebnisse	135
2. Erfüllung der Einlageverpflichtung durch Aufrechnung	135
a. Einleitung	135
b. Insbesondere: Aufrechnung mit einer Geschäftsführervergütung	137
c. Besonderheiten beim Kommanditisten	141
d. Ergebnis	142
3. Ergebnis: Einbringung von Geld	143
II. Einbringung von Sachen	143
1. Gesichtspunkte zur Rechtfertigung einer höheren Bewertung eines Sachbeitrages	144
2. Grenzen einer höheren Bewertung	144
a. Lage beim persönlich haftenden Gesellschafter	144
b. Lage beim Kommanditisten	145
c. Ergebnis	146
3. Insbesondere: Persönliche Eigenschaften als Gesellschafterbeitrag	146
a. Einleitung	146
b. Wirtschaftliche Bedeutung imponderabler Faktoren	147
c. Subjektive Bewertung von objektiv nicht messbaren Aspekten	148
d. Gesellschaftsrechtliche Grundsätze	149
e. Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung	151
f. Ergebnis	152
4. Einfluss der Differenzierung nach der Art der Einbringung	152
a. Differenzierung	153
b. Einfluss der unterschiedlichen Einbringung auf § 2325 BGB	153

5. Ergebnisse	155
C. Faktoren, die den Anteilswert mindern können	155
I. Bisherige und zukünftige Arbeitsleistungen des Nachfolgers	155
1. Einbeziehung von in der Vergangenheit erbrachten Arbeitsleistungen.....	155
a. Berücksichtigung bei der Einlagebewertung: dogmatische Herleitung	156
b. Ergebnis	159
2. Einbringen der Arbeitskraft für die Zukunft: Pflicht zur Geschäftsführung.....	160
a. Einleitung.....	160
b. Geschäftsführung ohne besondere Regelung einer Entlohnung	162
c. Vereinbarung einer ergebnisabhängigen Vergütung	162
d. Vereinbarung einer festen Vergütung („Geschäftsführergehalt“)	164
(1) Gewinnunabhängige Vergütung auf gesellschaftsvertraglicher Basis	164
(2) Dienstvertrag neben Gesellschaftsvertrag.....	165
e. Vergleich der Vergütungsarten hinsichtlich ihres Einflusses auf den Wert des zugewandten Anteils	166
f. Ergebnis.....	169
3. Ergebnisse (Bisherige und zukünftige Arbeitsleistungen des Nachfolgers)	170
II. Haftungsrisiko des Gesellschafters.....	170
Kapitel 4: Leistungen des Neugesellschafters bei Anteilsübertragung	172
A. Einleitung	172
B. Gegenleistungen an den Zuwendenden und den Anteilswert mindernde Faktoren	173
I. Einleitung	173
II. Einmalzahlungen: Freundschaftspreis	174
III. Dienstleistungen: Verpflichtung zu Pflegeleistungen im Alter .	175
1. Einleitung.....	175
2. Ungewisser künftiger Pflegebedarf.....	176
3. Bewertung einer Pflegeverpflichtung der Höhe nach.....	178
4. Ergebnis	179
C. Insbesondere: wiederkehrende Leistungen an den Übergeber	180
I. Einleitung	180
II. Nießbrauchsvorbehalt des Übergebers	181

1. Einleitung.....	181
2. Abzug des Nießbrauchs vom Wert des geschenkten Gegenstands	182
a. Streitstand	183
(1) Grundsätzliche Abzugsfähigkeit des Nießbrauchsvorbehalts	183
(2) Ermittlung des Nießbrauchswertes	185
(3) Beginn der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB	188
b. Anwendbarkeit der Ergebnisse auf Fälle der Anteilsübertragung.....	190
(1) Grundsätzliche Abzugsfähigkeit des Nießbrauchsvorbehalts	190
(2) Höhe des abzuziehenden Nießbrauchs.....	190
(3) Beginn der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB	192
3. Ergebnis	194
III. Versorgungsleistungen.....	195
1. Einleitung.....	195
2. Leibrente	196
3. Dauernde Last	197
IV. Kaufpreis in Raten	199
V. Vergleich der wiederkehrenden Leistungen aus pflichtteilsergänzungsrechtlicher Sicht	200
1. Wert der Gegenleistung und der wertmindernden Faktoren.....	200
2. Niederstwertprinzip.....	201
3. Beginn der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB	202
Zusammenfassung der Ergebnisse des Zweiten Teils.....	203
Schluss	207
Literaturverzeichnis.....	211

Grundlegung

A. Einleitung

Das Bestreben, die wirtschaftliche Existenz im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge zu sichern, gehört zu den größten Anliegen vieler mittelständischer Unternehmer.¹ Neben der Suche nach einem geeigneten Nachfolger steht dabei für das Mitglied einer Personengesellschaft die Vermeidung von Vermögensabflüssen im Zusammenhang mit dem Tod des Anteilsinhabers im Vordergrund. Neben steuerlichen Belastungen können solche Abflüsse v.a. durch Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüche entstehen. Angesichts der ohnehin dünnen Eigenkapitaldecke deutscher Unternehmen² sind solche Abflüsse besonders misslich, weil der Anteilsnachfolger³ bei fehlender Liquidität u.U. Unternehmensbestandteile oder gar den ihm übertragenen Anteil versilbern muss, um die pflichtteilsrechtlichen Ansprüche zu erfüllen.

Es liegt also im Interesse des Unternehmers – und damit auch der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer⁴ –, seine Nachfolge mit den gesetzlich zur Verfügung stehenden Mitteln rechtzeitig zu ordnen und vermeidbare Vermögensabflüsse zu verhindern.

Der Kreis der Personen, die aus Unternehmersicht für die Nachfolge in Frage kommen, deckt sich –auch in Familienunternehmen – selten mit dem der pflichtteilsberechtigten Verwandten: „Geborene Nachfolger müssen nicht notwendig die für die Unternehmensführung notwendige Qualifikation besitzen.“⁵

Die durch eine externe Nachfolgeregelung ggf. entstehende Konfliktsituation zwischen dem Interesse des Unternehmers, seinen Anteil möglichst ohne Schmälerungen auf den Nachfolger zu übertragen einerseits und dem Interesse des von der Erbfolge ausgeschlossenen Angehörigen an Teilhabe am Nachlass andererseits⁶, ist idealer Weise einvernehmlich zu lösen. In Frage kommt hierfür beispielsweise ein Pflichtteilsverzicht gegen eine langfristige zu leistende, die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens berücksichtigende Abfindung.

¹ Für eine hervorragende Kurzübersicht zum Thema vgl. *Gruhler*, Unternehmensnachfolge im Mittelstand, *passim*.

² *Drukarczyk*, Finanzierung, S. 269ff.

³ Egal ob als Erbe oder als Verpflichteter im Sinne des § 2329 BGB.

⁴ Laut *Spiegelberger*, Stbg 2002, 245 ging es im Bereich der mittelständischen Unternehmensnachfolge für die Jahre 2002-2006 um den Erhalt von fünf Millionen Arbeitsplätzen und eines Unternehmenswertes von einer Billion Euro.

⁵ So treffend *Hennerkes/ May*, NJW 1988, 2761.

⁶ Vgl. zu diesem Interessenskonflikt *Weirich*, Erben und Vererben, S. 483ff.

Die vorliegende Untersuchung will dagegen aufzeigen, wie der Gesellschafter einer Personengesellschaft im Rahmen der Anteilsnachfolge notfalls einseitig durch erb- und gesellschaftsrechtliche Maßnahmen Liquiditätsabflüsse an Pflichtteilsberechtigte verringern kann, wenn die gängigen Möglichkeiten einvernehmlicher Regelungen scheitern. Es wird also zu untersuchen sein, welche Wege dem Mitglied einer Personengesellschaft offen stehen, wenn sein Anteil zu Lebzeiten auf den Nachfolger übergehen soll, ohne dass vermeidbare spätere Vermögensabflüsse ausgelöst werden.

Dabei ist nicht Ziel der Arbeit, legitime Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten zu beschneiden. Vielmehr soll im Sinne von gerechten Lösungen, um die es bei der Gesetzesanwendung letztlich immer gehen muss⁷, ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen gefunden werden, bei dem das wirtschaftliche Interesse am Erhalt eines Unternehmens nicht zu kurz kommt. In rechtlicher Hinsicht spielt sich dieser Interessenkonflikt im Spannungsfeld zwischen dem Erb- und dem Gesellschaftsrecht ab. Zwar ist die Teilhabe der nächsten Angehörigen am Nachlass eine erbrechtliche Materie. Bei der Auslegung der §§ 2303ff. BGB kann ein gerechter Interessensausgleich aber nur gelingen, wenn auf die Wertungen des Gesellschaftsrechts zurückgegriffen wird. Denn in dieser Materie spielt sich die Anteilsnachfolge in der Personengesellschaft ab.

Aus den vielfältigen Aspekten der Unternehmensnachfolge in betriebswirtschaftlicher, steuerlicher, strategischer, familiärer, psychologischer und nicht zuletzt rechtlicher Hinsicht soll in der vorliegenden Arbeit das Detail der Begrenzung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen beleuchtet werden.

Zur Möglichkeit der Pflichtteilsreduzierung im Bereich von Gesellschaften sind in den letzten Jahren einige Aufsätze⁸ erschienen, die oftmals aus der Sicht von Rechtsberatern verfasst sind. Dies zeigt die Aktualität und den praktischen Bedarf an Forschung gerade in diesem Teil des Pflichtteilsrechts.

Ziel dieser Arbeit ist folglich, zu einer tragfähigen dogmatischen Grundlage für die gesellschafts- und erbrechtlichen Gestaltung der Gesellschafternachfolge beizutragen und dadurch eine größere Sicherheit in der Rechtsberatung zu erreichen.

⁷ Larenz, Methodenlehre, S. 348f.

⁸ Z.B. Ulrich Mayer, ZEV 2003, 355ff.; Wegmann, ZEV 1998, 135ff.; Winkler, BB 1997, 1697ff; Schmidt, FamRZ 1974, 518ff.

B. Eingrenzung und Gang der Untersuchung

Die Möglichkeiten, spätere ordentliche Pflichtteilsansprüche bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüche durch Vereinbarung mit allen Betroffenen zu beschränken, sind vielfältig. Bisweilen ist eine solche Lösung im Konsens aber aus verschiedenen Gründen nicht möglich.

Nicht in dieser Arbeit behandelt werden daher zunächst die gängigen Instrumentarien zur einvernehmlichen Vermeidung von Pflichtteilsansprüchen. Gemeint sind damit beispielsweise der Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung oder die Aufnahme von Familienmitgliedern als stille Gesellschafter in das Unternehmen. Ebenfalls einer eigenen Untersuchung wert wäre die Verlagerung von Vermögen ins Ausland, wo ein z.T. weniger weit reichendes Pflichtteilsrecht das Vermögen des Erblassers weniger beansprucht. Auch familienrechtliche Gestaltungen wie der Wechsel des ehelichen Güterstandes werden nicht thematisiert werden.

Die Untersuchung beschränkt sich auf die zivilrechtliche Seite der einseitigen Nachfolgeplanung bei Personengesellschaften. Ausgeblendet werden also steuerrechtliche Aspekte sowie spezielle Probleme bezüglich Kapitalgesellschaften.

Ein Ansatzpunkt zur Reduzierung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen gem. § 2325 BGB ist der Begriff der Schenkung.

Ein Schwerpunkt der Untersuchung soll dabei auf dem Gebiet der gemischten Schenkung liegen. In der Praxis ist – auch in Fällen, in denen dem Gesellschafternachfolger etwas unentgeltlich zugewandt wird – der Anteil der reinen Schenkung ohne jede Gegenleistung zu gering, als dass die bedeutendere gemischte Schenkung und ihre speziellen Probleme im Hinblick auf § 2325 BGB außer Acht gelassen werden könnten.

Dieser Erkenntnis entsprechend gliedert sich die Arbeit in zwei Teile.

Im Ersten, theoretischen Teil sollen zunächst die dogmatischen Grundlagen der Schenkung im Bereich der Anteilsnachfolge bei Personengesellschaften beleuchtet werden. Sodann werden die gemischte Schenkung und ihre Auswirkungen auf den Pflichtteilsergänzungsanspruch untersucht werden.

Unter Verwendung der Ergebnisse des Ersten Teils ist dann im Zweiten, praktischen Teil der Arbeit konkret darzustellen, welche Nachfolgeregelungen für den Bereich der Personengesellschaft denkbar sind und welche Gegenleistungen des Nachfolgers in Frage kommen, bzw. welche Rechte sich der Übergeber bei einer Übergabe unter Lebenden vorbehalten kann. Im Zentrum wird dabei jeweils die Frage stehen, inwieweit eine gemischte

Schenkung vorliegt, wie sich der jeweilige Fall auf § 2325 BGB auswirkt und ob durch die vorgeschlagene Gestaltung der Pflichtteilsergänzungsanspruch verringert werden kann.

Erster Teil:

**Die Schenkung als
Voraussetzung des § 2325 BGB**

Kapitel 1: Einleitung

Wenn ein Gesellschaftsanteil auf einen Rechtsnachfolger übergeht oder ein neuer Gesellschafter in die Personengesellschaft aufgenommen wird, ohne dass er einen wertadäquaten Kaufpreis oder eine entsprechende Einlage leistet, stellt sich das Geschäft – jedenfalls auf den ersten Blick – als Schenkung dar. Bei Anwendung des § 2325 BGB sollte daraus also ein Pflichtteilergänzungsanspruch für einen später von der Erbfolge ausgeschlossenen Angehörigen resultieren.

Auf den zweiten Blick allerdings ist schon umstritten, ob in diesen gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten überhaupt (auch) Schenkungsrecht anwendbar ist bzw. ob bei der Aufnahme eines neuen Mitgliedes in die Personengesellschaft überhaupt ein (zumindest teilweise) unentgeltlicher Vertrag vorliegen kann.

Wenn diese Gesichtspunkte geklärt sind, wird zu fragen sein, wie das Pflichtteilergänzungsrecht als Materie des Erbrechts durch die beim ursprünglichen Beitritts- oder Anteilskaufvertrag zweifellos im Vordergrund stehenden Wertungen des Gesellschaftsrecht beeinflusst wird. Oftmals ist es keineswegs Ziel der Vertragsparteien, etwas unentgeltlich zuzuwenden, auch wenn im Einzelfall der erste Blick auf die Zahlen des Geschäfts etwas anderes vermuten lässt. Wie also wirken sich die gesellschaftsrechtlichen und nicht zuletzt die wirtschaftlichen Hinter- und Beweggründe der Gesellschafternachfolge auf die spätere Beurteilung des „Ob“ und des „Wieviel“ der Pflichtteilergänzungsansprüche aus?

Die genannten dogmatischen Grundlagen werden im nun folgenden Ersten Teil dieser Arbeit zu erarbeiten sein, bevor im Zweiten Teil anwendungsorientierte Aspekte im Spannungsfeld zwischen Gesellschafternachfolge und Pflichtteilergänzungsrecht dargestellt und Lösungsansätze untersucht werden sollen.

Kapitel 2: Grundlagen der Schenkung in der Gesellschafternachfolge

A. Einleitung

Erste und wichtigste Voraussetzung für den Pflichtteilergänzungsanspruch ist die lebzeitige Schenkung durch den Erblasser.

Zunächst soll im folgenden Abschnitt untersucht werden, ob bei der Anteilsnachfolge überhaupt Schenkungsrecht einschlägig ist. Wenn im Rahmen von Gesellschaftsverträgen (auf den ersten Blick) teilweise unentgeltlich Vermögensbestandteile übergehen, könnte nach einer Ansicht in der Literatur auch ausschließlich Gesellschaftsrecht anwendbar sein.

Danach wird zu betrachten sein, ob Unentgeltlichkeit beim Gesellschafterbeitritt bzw. bei der Übertragung eines Anteils überhaupt denkbar ist oder ob in solchen Sachverhalten stets Entgeltlichkeit vorliegt.

B. Kollision von Schenkungs- und Gesellschaftsrecht?

Wenn der neue Gesellschafter keine dem Anteilswert adäquate Einlage erbringt, spielen bei der rechtlichen Einordnung sowohl der Übertragung eines bestehenden Gesellschaftsanteils wie auch eines Beitritts eines neuen Gesellschafters oder der Neugründung einer Gesellschaft auf den ersten Blick schenkungs- wie gesellschaftsrechtliche Aspekte eine Rolle. Zunächst ist im folgenden Abschnitt das Verhältnis zwischen diesen beiden Rechtsgebieten zu klären. Die Frage nämlich, ob bei einer (teil-) unentgeltlichen Zuwendung eines Gesellschaftsanteils überhaupt Schenkungsrecht anwendbar ist, ist umstritten.

Die Klärung dieser Problematik drängt sich im Hinblick auf § 2325 BGB auf, weil für den Pflichtteilergänzungsanspruch eine Schenkung Voraussetzung ist. Scheidet eine Schenkung im Rahmen der Gesellschafternachfolge grundsätzlich aus, so kann auch § 2325 BGB nicht zu Gunsten des Pflichtteilsberechtigten eingreifen. Ist dagegen Schenkungsrecht anwendbar, so kommen auch Pflichtteilergänzungsansprüche in Betracht. Es wird dann aber zu erörtern bleiben, ob und inwieweit gesellschaftsrechtliche Besonderheiten den Schenkungsvertrag und seine Auswirkungen, insbesondere aber den Wert der Zuwendung beeinflussen können.

Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft kann durch den designierten Gesellschafternachfolger auf drei verschiedene Arten erworben werden. Es ist zu differenzieren zwischen der Rechtsnachfolge in einen Gesell-

schaftsanteil, der Beteiligung am Gründungsvorgang und einem nachträglichen Beitritt in eine bestehende Gesellschaft.⁹ Für jede Alternative ist zu untersuchen, wie eine inadäquate (Gegen-)Leistung des Neugesellschafters und Nachfolgers schenkungsrechtlich einzuordnen ist.

Zunächst soll es um die dogmatischen Grundlagen der Schenkung als solcher im Rahmen der Gesellschafternachfolge gehen.

I. Vorrang von Schenkungs- oder Gesellschaftsrecht oder Nebeneinander

Vorfrage dafür ist, in welchem Verhältnis Schenkung und gesellschaftliche Vorgänge zueinander stehen. Wie ist es zu vereinbaren, so fragt etwa *Huber*¹⁰, dass bei einer (teilweise) unentgeltlichen Zuwendung ein und dasselbe Rechtsverhältnis sowohl dem Schenkungsrecht als auch dem Gesellschaftsrecht unterworfen sei? Dass dasselbe Rechtsverhältnis dem Tatbestand sowohl einer Schenkung als auch einer Gesellschaft unterliege, wozu doch der Schenkung ein einseitiges, unentgeltliches, der Gesellschaft dagegen ein mehrseitiges, entgeltliches Schuldverhältnis zu Grunde liege, sei doch scheinbar undenkbar.

Die Extrempositionen bei der Erörterung dieser Frage, nämlich eine alleinige Anwendbarkeit entweder nur des Schenkungsrechts oder aber nur des Gesellschaftsrechts, werden nur am Rande der Diskussion vertreten.

So geht *Herrmann*¹¹ bei der unentgeltlichen Zuwendung einer (angeblichen) stillen Gesellschaftsbeteiligung davon aus, dass überhaupt keine Gesellschaft vorliege. Vielmehr handle es sich mangels eigener Leistungen, d.h. mangels Zweckförderung des Bedachten um eine reine Forderungsschenkung mit einigen Kontrollrechten zugunsten des Beschenkten.

Andererseits ist nach *Herrmann*¹² eine Schenkung eines OHG- oder KG-Anteils deshalb nicht denkbar, weil eine solche Zuwendung niemals unentgeltlich sei: ein Gesellschafter einer OHG oder KG habe immer gesellschaftsrechtliche Pflichten zu übernehmen, deshalb sei die Anwendung von Schenkungsrecht in diesen Fällen nicht denkbar. Die Übernahme von gesellschaftsrechtlichen Pflichten schließe die Unentgeltlichkeit des Geschäfts aus.

⁹ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 551.

¹⁰ *Huber*, Vermögensanteil, S. 205.

¹¹ *Herrmann*, ZHR 147 (1983), S. 326; zust. *Erman/ Seiler*, § 516, Rn. 5.

¹² *Herrmann*, ZHR 147 (1983), S. 324.

Die Extrempositionen *Herrmanns* sind jedoch abzulehnen.

Ihre Annahme, es entstehe bei der unentgeltlichen Zuwendung eines stillen Gesellschaftsanteils mangels Zweckförderungsleistungen gar keine Gesellschaft, ist deshalb falsch, weil der Neugesellschafter auch in der stillen Gesellschaft durchaus Pflichten hat. Er unterwirft sich zumindest einer besonderen Treubindung, die zu bestimmten Unterlassungs- oder Handlungspflichten führen kann.¹³ Auch ohne eigene monetäre Leistungen beim Einstieg in die Gesellschaft sind der stille und die übrigen Gesellschafter einem gemeinsamen Zweck und damit durch sozialrechtlich geprägte Beziehungen miteinander verbunden. Auch *Karsten Schmidt*¹⁴ lässt schon das bloße Halten eines unentgeltlich zugewandten Gesellschaftsanteils, auch ohne irgendwelche Leistungen des Gesellschafters, als einen Beitrag zur Gesellschaft und damit als Zweckförderung ausreichen.

Bei der Auffassung hingegen, gewisse Pflichten eines OHG- bzw. KG-Gesellschafters schlossen eine Schenkung aus, übersieht *Herrmann* die Möglichkeit beispielsweise einer gemischten Schenkung, wenn sich der Wert der Leistung (also des Gesellschaftsanteils) und der der angeblichen Gegenleistung (also der Pflichtenübernahme) unterscheiden. Schon die allgemeine Anerkennung der Rechtsfigur der gemischten Schenkung setzt voraus, dass eine Schenkung nicht schon durch eine noch so geringe Gegenleistung ausgeschlossen wird. Im Übrigen wird unten¹⁵ noch zu untersuchen sein, ob die Übernahme gesellschaftsrechtlicher Pflichten durch den Neugesellschafter überhaupt als Gegenleistung im Sinne eines (teil-)entgeltlichen Vertrags gelten kann.

Eine weitere Überlegung zur angeblichen Nichtanwendbarkeit schenkungsrechtlicher Regeln führt *Bermel*¹⁶ an: Verpflichtet sich ein Neugesellschafter beim Eintritt in eine Gesellschaft im Rahmen des Gesellschaftsvertrags zu Leistungen an die Gesellschaft (z.B. zur Einbringung einer Einlage), so handelt es sich dabei um rein gesellschaftsrechtlich bedingte Verpflichtungen. Die Annahme eines Kaufvertrags mit Kaufpreisabrede scheidet aus. Die Schlussfolgerung für eine unentgeltliche Aufnahme könnte dann lauten, dass ebenfalls nur Gesellschaftsrecht anwendbar sei und nicht

¹³ *Hengeler*, ZHR 147 (1983), S. 329.

¹⁴ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1854; *ders.*, BB 1990, S. 1994.

¹⁵ Vgl. S. 16ff.

¹⁶ Vgl. *Bermel*, Schenkung von Gesellschaftsanteilen, S. 61; *Bermel* selbst hält dieses Argument allerdings ebenfalls für nicht stichhaltig.

Schenkungsrecht, so wie bei der entgeltlichen Aufnahme nur Gesellschaftsrecht und kein Kaufrecht anwendbar ist.

Richtigerweise ist jedoch der Inhalt des Gesellschaftsvertrags zu trennen vom Rechtsgrund für einen Beitritt. Die Erkenntnis, dass Verpflichtungen innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses nicht auf einem Kaufvertrag beruhen, heißt noch nicht, dass das Fehlen einer (geldwerten) Gegenleistung nicht eine Schenkung zur causa haben kann. Eine gesellschaftsrechtliche Einlage ist zwar keine Gegenleistung im Sinne des Kaufrechts, sondern eine rein gesellschaftsrechtliche Leistung. Trotzdem stellt sich bei Fehlen dieser eigenen Leistung des Neugeschafters – und damit beim Zufluss eines wirtschaftlichen Vorteils an ihn - durchaus die Frage, ob eine Schenkung als Rechtsgrund gegeben ist.

Von der Rspr. und der h.M. in der Literatur¹⁷ wird mithin in Fällen unentgeltlicher Anteilszuwendungen eine parallele Anwendung sowohl des Gesellschaftsrechts als auch des Schenkungsrechts vertreten.

So sieht der *BGH*¹⁸ zu Recht keine zwingenden Gründe, ein Nebeneinander von Schenkungs- und Gesellschaftsrecht im Falle der unentgeltlichen Anteilszuwendung für ausgeschlossen zu halten. In seinem *Urteil vom 2.07.1990* setzt sich das Gericht mit einigen Stimmen auseinander, die eine Kollision schenkungsrechtlicher Regeln mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen sehen:

Z.T. wird die Zulassung der Schenkungsregeln zum groben Undank (§§ 530ff. BGB) in einer aufgrund einer Schenkung eingegangenen Gesellschaft für problematisch gehalten, weil dadurch die Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft¹⁹ verletzt würden. Dieses Bedenken entkräftet der *BGH* aber mit dem Argument, dass nach einem wirksamen Widerruf nach § 531 Abs. 2 BGB ein geschenkter Anteil nur für die Zukunft auf den Schenker zurück zu übertragen sei. Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft würden dadurch nicht berührt, weil diese nur eine *rückwirkende* Beseitigung des Gesellschaftsvertrags wegen ihrer für Gesellschafter und Außenstehende untragbaren Ergebnisse verhindern sollen.

Durch die angeblich ständig drohende Gefahr einer Rückgabepflicht wegen groben Undanks wird der Neugeschafter auch nicht zu einem „Ge-

¹⁷ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 59; Palandt/ *Weidenkaff*, § 516, Rn. 5; wohl auch *Soergel/ Mühl/Teichmann*, § 516, Rn. 38ff.

¹⁸ *BGH NJW* 1990, 2616, 2618.

¹⁹ Die der *BGH* in *BGHZ* 55, 5, 8 als „gesicherte(n) Bestandteil des Gesellschaftsrechts“ bezeichnet.

sellschafter minderen Rechts“²⁰. Innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses ändern die Rechtsfolgen des Schenkungsverhältnisses nichts an Rechten und Pflichten der einzelnen Gesellschafter untereinander. Das gilt aber eben nur für die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen; die Rechte des Schenkers aus dem Schenkungsvertrag bleiben, so der *BGH*, davon unberührt.

Auch das Nebeneinander unterschiedlicher Haftungsmaßstäbe (§ 521 BGB einerseits, § 708 BGB andererseits) ist kein Hinderungsgrund für ein Nebeneinander von Schenkung und Gesellschaftsvertrag, weil die jeweiligen Maßstäbe nur im jeweils betroffenen Rechtsverhältnis gelten.

Zusammenfassend gibt es keine überzeugenden Argumente, bei der unentgeltlichen Zuwendung eines Personengesellschaftsanteils entweder nur Schenkungs- oder nur Gesellschaftsrecht anzuwenden. Vielmehr ist mit dem *BGH* festzustellen, dass ein Nebeneinander von Schenkungs- und Gesellschaftsrecht keinen durchgreifenden Bedenken ausgesetzt ist. Der *BGH* trennt überzeugend zwischen den Rechtsfolgen des Schenkungs- und denen des Gesellschaftsvertrags, sodass eine untragbare Kollision der beiden konkurrierenden Rechtsgebiete nicht ersichtlich ist.

II. Dogmatik des Nebeneinander

Zur *rechtsdogmatischen* Begründung des Nebeneinanders von Schenkungs- und Gesellschaftsrecht werden verschiedene Modelle vertreten.

Für die Bereiche der Gesellschaftsneugründung und des Beitritts löst *Huber*²¹ den scheinbaren Widerspruch in den Rechtsfolgen der beiden Schuldverhältnisse dadurch, dass das Gesellschaftsverhältnis *an die Stelle* des ursprünglich bestehenden Schenkungsverhältnisses trete. Dazu sei zunächst das Schenkungsversprechen zu erfüllen, indem der Schenker mit dem Beschenkten einen Gesellschaftsvertrag abschließt und ihm dann an so vielen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens eine gesamthänderische Mitberechtigung zuweise, dass damit der ihm eingeräumte Kapitalanteil Deckung finde.

(Erst) dadurch werde der Schenkungsvertrag erfüllt und an seine Stelle trete *durch Novation* das Gesellschaftsverhältnis.

Diese Betrachtungsweise hat indes mehrere Schwachstellen. Zunächst ist ein Charakteristikum der Novation, dass das ursprüngliche Schuldverhältnis

²⁰ Vgl. *BGH NJW* 1989, 2685.

²¹ *Huber*, Vermögensanteil, S. 205.

vollständig inklusive etwaiger Sicherheiten und Nebenrechte entfällt.²² Ob diese einschneidenden Rechtsfolgen in der Regel dem Interesse der Parteien entsprechen, ist schon zweifelhaft.

Weiterer Schwachpunkt des vollständigen Wegfalls des ursprünglichen Schenkungsvertrags durch die angebliche Novation ist der Wegfall der Anwendbarkeit von schenkungsrechtlichen Regeln. Aus dem Schenkungsvertrag könnten nach der Novation, wie *Bermel*²³ richtigerweise kritisiert, auch keine Rechte, Einwendungen oder Einreden mehr hergeleitet werden. Dennoch will *Huber*²⁴ trotz angeblicher Novation einen Schenkungswiderruf wegen groben Undanks auch nach der Anteilsübernahme durch den Neugesellschafter grundsätzlich zulassen. Auch dieser Widerspruch in *Hubers* Argumentation zeigt die Schwäche seines Novationsmodells.

Entscheidendes Problem der Novation ist aber die Eröffnung möglicher Kondiktionsansprüche, weil der Schenkungsvertrag als Rechtsgrund im Sinne des § 812 BGB für die Zuwendung des Gesellschaftsanteils entfällt (siehe zu diesem Problem sogleich).

Letztlich ist aber auch gar kein Grund ersichtlich, warum das auch nach *Huber* bereits erfüllte Schenkungsversprechen noch ersetzt werden müsste.

Das überzeugendere Modell zum Nebeneinander von Schenkungs- und Gesellschaftsverhältnis bietet *Karsten Schmidt*²⁵. Auch er weist treffend darauf hin, dass in Konstellationen mit möglichem Schenkungscharakter die Frage nicht lauten darf, ob ein Schenkungs- oder ein Gesellschaftsverhältnis gegeben sei. Entscheidender Grund für das mögliche Nebeneinander ist nach *Schmidt*, dass Schenkungs- und Gesellschaftsvertrag unterschiedliche Aufgaben erfüllen: Der Schenkungsvertrag regelt die *causa* einer Anteilsübertragung, aber auch eines Beitritts oder einer Vermögensverschiebung im Rahmen einer Gesellschaftsgründung, dagegen wird der Schenkungsgegenstand durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt (im Falle der Anteilsübertragung) bzw. erst zu Stande gebracht (im Falle der Neugründung bzw. Aufnahme in eine bestehende Gesellschaft)²⁶.

Das Modell der Trennung in Schenkungscausa und –gegenstand erklärt die unentgeltliche Zuwendung eines Gesellschaftsanteiles auch deshalb besser, weil in der Verschaffung des Anteils letztlich die Erfüllung des Schen-

²² Palandt/ *Grüneberg*, § 311 Rn. 8; MünchKommBGB/ *Emmerich*, § 311 Rn. 30 m.w.N.; *Emmerich* bezeichnet die Novation als „historisches Relikt“.

²³ *Bermel*, Schenkung von Gesellschaftsanteilen, S. 189.

²⁴ *Huber*, Vermögensanteil, S. 206.

²⁵ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 59; So auch MÜHdBGesR Bd. 1/ *Piehler/Schulte*, S. 179.

²⁶ Zur Eingrenzung des Schenkungsgegenstandes vgl. unten 99.

kungsvertrags zu sehen ist. Die Annahme, letzterer würde durch die Zuwendung gleichzeitig erfüllt und (in *Hubers* Annahme einer Novation) ersetzt, ist nicht nur sinnlos. Problematisch ist darüber hinaus die Folge der Novation, dass der Schenkungsvertrag nach Entfallen nicht mehr als Rechtsgrund für die Zuwendung des Gesellschaftsanteiles zur Verfügung stünde. Folge wäre die Kondizierbarkeit der Zuwendung. Das wiederum ist von den Parteien natürlich nicht bezweckt. Aus diesem Grund jedoch eine Nichtkondizierbarkeit in die Novationsabrede der Parteien aufzunehmen, ist zwar im Rahmen der Vertragsfreiheit möglich, zeigt aber deutlich die unnötige Verkomplizierung durch das Novationsmodell.

In *Schmidts* Modell dagegen erlischt das Schenkungsverhältnis durch die erfolgte Zuwendung, die Erfüllung im Sinne des § 362 BGB ist. Im Gegensatz zur Novation entfällt damit aber nicht der Rechtsgrund im Sinne der §§ 812ff. BGB. Das dingliche Geschäft soll nämlich nicht das Verpflichtungsgeschäft ersetzen, vielmehr ist das Verpflichtungsgeschäft darauf ausgerichtet, die Erfüllung dinglich zu bewirken *und bestehen zu lassen*.

Letztlich zeigt auch der Vergleich mit der normalen Handschenkung, bei der ebenfalls unterschieden wird nach Schenkungscausa und Schenkungsgegenstand, keine Besonderheiten, die zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung der unentgeltlichen Anteilszuwendung zwingen. Der Zuwendende und der Zuwendungsempfänger eines Gesellschaftsanteiles – gleich ob dieser schon existiert oder erst geschaffen werden muss – schließen zunächst einen Schenkungsvertrag, der dann gesellschaftsrechtlich erfüllt wird. Dass dies in der Rechtswirklichkeit *uno actu* geschehen kann und dadurch - auf den allerersten Blick - nur *ein* Rechtsgeschäft erkennbar ist²⁷, ändert nichts an dieser Beurteilung. Ein wirtschaftlich einheitlicher Lebensvorgang ist juristisch häufig als Mehrzahl von Vorgängen einzuordnen.

Im Ergebnis ist damit dem wesentlich unkomplizierteren und schlüssigen Modell *Schmidts* von Schenkungscausa und Schenkungsgegenstand zu folgen. Im Grunde geht es bei der hier zu beurteilenden Situation um die Besinnung auf das grundlegende Trennungsgebot zwischen obligatorischem und Erfüllungsgeschäft, das es auch hier zu beachten gilt.

III. Ergebnis

Bei der unentgeltlichen Zuwendung eines Gesellschaftsanteils, gleich ob im Wege der Übertragung eines bestehenden Anteiles, bei der Gesell-

²⁷ Dieses Bedenken äußert *Karsten Schmidt* in BB 1990, S. 1993.

schaftsneugründung oder beim Eintritt in eine Gesellschaft, ist Schenkungsrecht und damit auch Pflichtteilsergänzungsrecht grundsätzlich anwendbar.

Die *causa* der Zuwendung, nämlich im Falle der Unentgeltlichkeit die Schenkung, bestimmt sich dabei nach § 516 BGB²⁸, also nach Schuldrecht. Der Schenkungsgegenstand dagegen kann bei der Zuwendung eines Personengesellschafts-Anteils nur durch das Gesellschaftsrecht bestimmt werden. § 2325 BGB spricht vom „Wert“ des geschenkten Gegenstandes, d.h. im Rahmen der Berechnung der Pflichtteilsergänzungsansprüche ist die Bestimmung dieses Wertes von zentraler Bedeutung. Von ebenfalls zentraler Bedeutung ist folglich bei der Untersuchung der gemischten Schenkung, ob und inwieweit bestimmte Arten von Gegenleistungen des Neugesellschafters den Netto-Wert der Übergeber-Zuwendung verringern können.

C. Schenkbarkeit des Gesellschaftsanteils: Die Frage nach der Unentgeltlichkeit einer einlagelosen Anteilsverschaffung

I. Einleitung

Die Frage, ob der Anteil an einer Personengesellschaft überhaupt schenkbar ist, ist im Rahmen des § 2325 BGB von größter Bedeutung: Ist eine Schenkung von vorneherein ausgeschlossen – und zwar in dem Sinn, dass die Zuwendung niemals unentgeltlich sein kann –, dann kann auch der Pflichtteilsergänzungsberechtigte nicht zum Zuge kommen.

Teilweise wird angenommen, Personengesellschaftsanteile könnten gar nicht Schenkungsgegenstand sein. Vertreter dieser Theorie führen an, dass bereits die Übernahme der Haftungsrisiken und der sonstigen Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag eine Unentgeltlichkeit ausschließen.

Kritiker dieser Auffassung meinen dagegen, dass solche Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft und insbesondere Haftungsrisiken nichts mit einer Gegenleistung im Sinne des Schenkungsrechts zu tun hätten. Vielmehr handle es sich allenfalls um Positionen bei der Berechnung des Anteilswertes, sodass zumindest eine gemischte Schenkung auch bei der (teilweise) einlagelosen Zuwendung eines Personengesellschaftsanteiles denkbar sei.

Für die Zuwendung eines Gesellschaftsanteiles ist aufgrund der wesentlich unterschiedlich ausgestalteten Rechtspositionen zwischen persönlich haftenden Gesellschaftern (d.h. BGB- und OHG-Gesellschaftern sowie KG-

²⁸ Zur Anwendung des Schenkungsbegriffs des § 516 BGB im Rahmen des § 2325 BGB vgl. unten S. 45.

Komplementären) einerseits und Kommanditisten, stillen Gesellschaftern und Unterbeteiligten andererseits zu differenzieren.

Weiterhin ist nicht jede gesellschaftliche Pflicht für den hier zu erörternden Streit relevant. Pflichten, die die Gesellschaft mit dem neu eintretenden Mitglied zwar gesellschaftsvertraglich, aber doch individuell und nur für ihn geltend vereinbart, könnten durchaus entweder als Einlage oder zumindest als gesellschaftsrechtlicher Beitrag²⁹ zu beurteilen sein oder sonst über die üblichen Pflichten des Gesellschafters hinausgehen und damit in der Tat eine Entgeltlichkeit auslösen. Diese Verpflichtungen werden unten³⁰ bei der Frage zu untersuchen sein, durch welche Leistungen und inwieweit das neu eintretende Mitglied die Unentgeltlichkeit einer Anteilszuwendung (falls es diese Unentgeltlichkeit nach dem Ergebnis dieses Abschnitts überhaupt geben sollte) reduzieren kann.

Bei Pflichten dagegen, die der Gesellschafterstellung entweder per Gesetz oder typischerweise per Vertrag immanent sind, die in der Regel alle Gesellschafter gleich treffen und über die die Gesellschafter oft auch keine ausdrücklichen Vereinbarungen schließen, ist schon im Folgenden zu untersuchen, ob sie wirklich die Unentgeltlichkeit ausschließen können.

II. Stellung als persönlich haftender Gesellschafter

1. Welche Pflichten kommen auf den Neugesellschafter zu?

Der Neugesellschafter, gleich ob er der Gesellschaft beitrifft oder seinen Anteil durch eine Anteilsübertragung erhält, wird automatisch und zwingend Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft, ohne dass sich die Zuordnung des Aktivvermögens dadurch ändert.³¹ Er ist mit dem Eintritt entsprechend seinem Kapitalanteil gesamthänderisch an allen Vermögensrechten, aber auch an den Verpflichtungen der Gesellschaft beteiligt.

Für den Gesellschafter, der seinen Anteil *durch Abtretung* vom Altgesellschafter erhält, ergibt sich dies aus dem allgemeinen Grundsatz bei der Übertragung eines Rechtsgegenstandes: Der Erwerber hat (von Aspekten des Gutgläubenschutzes abgesehen) die identische Position, d.h. dieselben Rechte und Pflichten inne wie der Veräußerer.³² Er ist also grundsätzlich

²⁹ Vgl. zum hier vertretenen Verständnis von Einlage und Beitrag *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 567 und unten S. 25.

³⁰ Ab S. 124.

³¹ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 391.

³² Vgl. zahlreiche Nachweise bei *Bermel*, Schenkung von Gesellschaftsanteilen, S. 32 Fn. 54.

Rechtsnachfolger des ausscheidenden Gesellschafters. Das bedeutet für ihn, dass sich seine Pflichten in der Gesellschaft, wenn nicht vertraglich mit den übrigen Gesellschaftern etwas anderes vereinbart wird, aus der bisherigen Rechtsposition des Altgesellschafters ablesen lassen.³³

Den Neugesellschafter wiederum, der eine *neu entstehende* Mitgliedschaft erhält, treffen Verpflichtungen erstens aus dem mit ihm anlässlich seines Eintritts notwendigerweise geschlossenen Gesellschaftsvertrag und zweitens aus den gesetzlichen Regelungen.

Für die Frage, ob diese Verpflichtungen die Unentgeltlichkeit einer Anteilszuwendung von vorneherein ausschließen, sind sie zunächst im Einzelnen zu beleuchten.

Zu differenzieren ist zwischen den gesetzlichen und den vertraglichen bzw. satzungsmäßigen Pflichten des Gesellschafters. Auf eine Betrachtung der Einlageverpflichtung wird dabei verzichtet, weil bei Leistung einer Einlage (genauso wie bei Zahlung eines Anteils-Kaufpreises) von vorneherein die teilweise oder vollständige Entgeltlichkeit des Geschäfts offensichtlich ist und allenfalls hinsichtlich der Höhe, jedenfalls aber nicht dem Grunde nach diskutiert zu werden braucht.

a. Gesetzliche Pflichten

(1) Treupflicht

Grundlegend ist in diesem Bereich zunächst die Treupflicht, die jeden Gesellschafter trifft. Gegenüber der Gesellschaft bedeutet diese Pflicht, bei der Ausübung der dem Gesellschafter *im gesellschaftlichen Interesse* verliehenen Befugnisse den Belangen der Gesellschaft *Vorrang* einzuräumen, bzw. bei der Ausübung von *im gesellschafterlichen (Eigen-) Interesse* verliehenen Befugnissen die Interessen der Gesellschaft zu *berücksichtigen*.³⁴ Im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern besteht die Treupflicht darin, deren Belange nicht ungerechtfertigt zu beeinträchtigen.³⁵

Zu den Treupflichten gehört beispielsweise das für die OHG bzw. KG in § 112 (ggf. i.V.m. § 161 Abs. 2) HGB ausdrücklich normierte, aber auch für geschäftsführende BGB-Gesellschafter³⁶ gem. § 242 BGB geltende bzw. aus dem Gesellschaftszweck resultierende Verbot, konkurrierende Geschäfte

³³ Vgl. für Einzelheiten *Wiedemann*, Übertragung, S. 61ff., insb. S. 72 unten.

³⁴ So Palandt-*Sprau*, § 705 Rn. 27; Vgl. zur Treupflicht auch *Wiedemann*, Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, S. 20f.

³⁵ BGH NZG 2003, 73.

³⁶ So Erman/ *H.P. Westermann*, § 705 Rn. 50; MünchKommBGB/ *Ulmer*, § 705 Rn. 235ff.; a.A. Palandt/ *Sprau*, § 705 Rn. 27 m.w.N.

außerhalb der eigenen Gesellschaft zu betreiben. Auch das Verbot der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen, der eigennützigen (und die Gesellschaft schädigenden) Verwendung von exklusivem Wissen³⁷ und eine u.U. eingeschränkte Geltendmachung von an sich bestehenden Ansprüchen gegenüber der Gesellschaft³⁸ resultiert aus der Treupflicht.

Der BGH³⁹ umschreibt die Treupflicht so, dass der Gesellschafter „in allen Angelegenheiten, die das Interesse der Gesellschaft berühren, deren Wohl und nicht seinen Nutzen oder den Vorteil anderer im Auge haben“ muss. Damit lässt sich die Treupflicht auch nicht auf die Funktion als Schranke der Rechtsausübung reduzieren, sondern kann konkrete Pflichten begründen. So darf der Gesellschafter beispielsweise nicht grundlos seine Zustimmung zu wirtschaftlich sinnvollen, im Interesse der Gesellschaft liegenden Entscheidungen verweigern⁴⁰ und muss seine Mitgesellschafter über für die Gesellschaft wichtige Umstände, von denen nur er Kenntnis haben kann, unterrichten⁴¹.

Damit wird deutlich, dass die Treupflichten des Gesellschafters einer Personenerwerbsgesellschaft im wirtschaftlichen Betrieb des Unternehmens durchaus eine gewichtige Rolle spielen und erhebliche Folgen für den Gesellschafter haben können.

Gleichzeitig sind diese Pflichten aber im Falle des Eintritts in die Gesellschaft (egal ob durch Anteilsübernahme oder Beitritt) kaum konkret monetär bewertbar. Die Treupflichten bedeuten eine Einschränkung der persönlichen (Entscheidungs-) Freiheit dessen, der Neumitglied einer Gesellschaft wird, weil seine Handlungen Konsequenzen nicht nur für ihn selbst, sondern auch für die Gesellschaft und die Mitgesellschafter auslösen. Einerseits unterscheidet sich die Situation des Neugesellschafters damit in der Intensität⁴², andererseits aber nicht grundsätzlich von anderen Arten von Rechtsgeschäften. Denjenigen, der mit (einem) anderen einen Vertrag schließt, trifft – neben den primären gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen – immer auch die Pflicht, den Vertragszweck nicht zu beeinträchtigen. Diese allgemeine Pflicht kann aus dem Rechtsgeschäft – welcher Art auch immer – noch kein entgeltliches Geschäft machen. Anders ausgedrückt: Eine Treupflicht ist keine vertragliche Gegenleistungspflicht.

³⁷ Erman/ *H.P. Westermann*, § 705 Rn. 50.

³⁸ Palandt/ *Sprau*, § 705 Rn. 27.

³⁹ BGH NJW 1986, 584.

⁴⁰ BGH NJW 1960, 434.

⁴¹ BGH NJW-RR 2003, 169.

⁴² Erman/ *H.P. Westermann*, § 705 Rn. 49.

(2) Haftung

Bedeutsamer für die Frage nach der angeblichen Gegenleistung für einen Gesellschaftsanteil ist die Haftung, die das neu beitretende Mitglied (und ohnehin den Gesellschafter, der seinen Anteil aufgrund Abtretung erhält) trifft.

Der neue OHG-Gesellschafter und der neue KG-Komplementär haften vollumfänglich für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, egal aus welchem Rechtsgrund, und zwar für zukünftige (§§ 128, ggf. i.V.m. 161 Abs. 2 HGB) ebenso wie für in der Vergangenheit entstandene (§§ 130, ggf. i.V.m. 161 Abs. 2 HGB).

(a) Haftung des BGB-Neugesellschafters für künftige Verbindlichkeiten

Während beim Mitglied der OHG und dem KG-Komplementär die Haftung des Neugesellschafters unumstritten – und hinsichtlich des rechtlichen Umfangs erheblich – ist, ist die Lage beim Eintritt in die BGB-Gesellschaft schwieriger.

Lebhaft umstritten ist hier bereits grundsätzlich die Außenhaftung des einzelnen Mitglieds.

Gesetzlich ist die Haftung des Gesellschafters mit seinem Privatvermögen für Verbindlichkeiten der Gesamthand nicht geregelt.

Nach herkömmlicher Auffassung (die die BGB-Gesellschaft selbst nicht als eigenes Zuordnungsobjekt für Verpflichtungen sah) wurde das Handeln des einzeln tätig gewordenen Gesellschafters auch den Mitgesellschaftern zugerechnet, wodurch eine unmittelbare Haftung aller Gesellschafter erreicht wurde (einheitliche Verpflichtung mit doppelter Wirkung⁴³). Anhänger der inzwischen vom BGH⁴⁴ anerkannten Rechtsfähigkeit der (Außen-)BGB-Gesellschaft sehen dagegen in der Gesellschaft selbst das Zuordnungsobjekt für Verbindlichkeiten, die im Rahmen der gesellschaftlichen Tätigkeit entstehen. Dadurch haftet zunächst das Gesellschaftsvermögen selbst. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter wird z.T. dadurch erreicht, dass diese nicht nur für die Gesellschaft, sondern auch für sich selbst und aufgrund konkludenter Vollmacht für die Mitgesellschafter jeweils persönlich handeln sollen (Theorie der Doppelverpflichtung⁴⁵).

⁴³ Vgl. Palandt/ *Sprau*, § 714 Rn. 11; Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, S. 87.

⁴⁴ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

⁴⁵ MünchKommBGB/ *Ulmer*, vor § 705 Rn. 10; Palandt/ *Sprau*, § 714 Rn. 11, jeweils m.w.N.

Die herrschende Meinung⁴⁶ und der BGH⁴⁷ gehen aber inzwischen von einer *gesetzlichen* Haftung⁴⁸ der BGB-Gesellschafter aus, und zwar durch analoge Anwendung des § 128 HGB, wonach die Gesellschafter (einer Außen-Gesellschaft) akzessorisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit ihrem Privatvermögen haften. Das hat für den Gesellschafter die weit reichende Folge, dass der Gesellschaftsgläubiger ihn für (die meisten⁴⁹) Gesellschaftsschulden mit seinem gesamten Privatvermögen, unbeschränkt, unmittelbar, primär und auf die gesamte Leistung in Anspruch nehmen kann⁵⁰. Diese Haftung kann durch die Gesellschafter auch nicht mit Wirkung gegen die Gläubiger einseitig beschränkt werden (vgl. § 128 Satz 2 HGB⁵¹).

(b) Haftung des BGB-Neugesellschafters für Altverbindlichkeiten

Auch die Haftung des neu eintretenden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten ist nicht unumstritten.

Zunächst gilt wiederum für den Gesellschafter, der seinen Anteil vom bisherigen Mitglied abgetreten bekommt, dass er – im Rahmen der Vereinbarungen zwischen den Parteien – zunächst in die Rechtsposition des Altgesellschafters eintritt und damit in der Regel auch uneingeschränkt für dessen bisherige Verbindlichkeiten haftet. Insbesondere ist auch in diesem Fall eine nach außen wirksame innergesellschaftliche Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung nicht möglich. Außerdem könnte sich aber auch aus seiner Stellung als Personengesellschafter eine Haftung ergeben, die unabhängig ist von der Art des Eintrittsgrundes.

⁴⁶ MünchKommBGB/ *Ulmer*, § 714 Rn. 33f.; Palandt/ *Sprau*, § 714 Rn. 12; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1790; kritisch *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht, S. 93.

⁴⁷ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; Dort heißt es im Leitsatz: „Soweit der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der GbR persönlich haftet, entspricht das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters derjenigen bei der offenen Handelsgesellschaft (Akzessorietät)“.

⁴⁸ BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483.

⁴⁹ Aus welchem Rechtsgrund die einzelne Verbindlichkeit entstanden sein muss, um eine akzessorische Haftung auszulösen, ist im Einzelnen umstritten. Vgl. zu den Einzelheiten z.B. Palandt/ *Sprau*, § 714 Rn. 13 und *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1798f.

⁵⁰ Vgl. Palandt/ *Sprau*, § 714 Rn. 12.

⁵¹ Vgl. auch Palandt/ *Sprau*, § 714 Rn. 18 m.w.N.; Schon vor der analogen Anwendung des § 128 HGB wurde vom BGH die früher verschiedentlich aufgetretene „GbR mbH“, d.h. die Beseitigung der unbeschränkten Haftung durch bloßen Namenszusatz o.ä. Hinweise, verworfen, vgl. BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; siehe auch *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1794 und *Erman/ H.P. Westermann*, vor § 705 Rn. 18 m.w.N.

a) Nach h.M.⁵² haftet auch der als Mitglied mit neuem Anteil Eingetretene für Altverbindlichkeiten sowohl im Rahmen der Haftung der Gesellschaft, also mit dem Gesellschaftsvermögen, als auch aufgrund der akzessorischen Gesellschafterhaftung (§ 130 HGB analog) persönlich.

Bestritten⁵³ wird diese Ansicht mit dem Argument, dass die analoge Anwendung von § 130 HGB für Altverbindlichkeiten keineswegs zwingend aus der vom BGH angenommenen analogen Anwendung von § 128 HGB für zukünftige Verbindlichkeiten folge⁵⁴. Vielmehr spreche einiges gegen eine analoge Anwendung der Akzessorietätsregeln für diese Fälle: Für die Gläubiger der Altverbindlichkeiten sei die Haftung eines neuen Gesellschafters ein unerwartetes „Geschenk des Himmels“, das nur auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung wie § 130 HGB beruhen könne. Diese Norm sei aber, so das OLG Düsseldorf⁵⁵, eine handelsrechtliche Sondervorschrift und als solche nicht verallgemeinerungsfähig.

Die insbesondere bei freiberuflichen Sozietäten drohende, für den Neugesellschafter nicht immer zu überblickende Gefahr sehr weitreichender Haftung z.B. gegenüber ehemaligen Mandanten zeige ebenfalls, dass eine solche Haftungsregelung dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müsse. Auch ließen sich, so die Gegner der Akzessorietätslehre, Beweisschwierigkeiten des Gläubigers, die bei fehlender „Rück-Haftung“ aus der Frage des genauen Beitrittszeitpunktes des Neugesellschafters resultieren, durch eine Beweislastumkehr bewerkstelligen: der sachnähere Gesellschafter könne leichter beweisen, er sei zum Zeitpunkt des Entstehens einer bestimmten Verbindlichkeit noch nicht Gesellschafter gewesen, als der Gläubiger das Gegenteil⁵⁶.

b) Dagegen begründet *Ulmer*⁵⁷ die h.M. zu Recht zunächst damit, dass eine Aufspaltung der Haftungsumfänge je nach Zeitpunkt des Beitritts in die Gesellschaft dem Wesen der BGB-Gesellschaft als Haftungsgemeinschaft mit gemeinsamer Verantwortung aller Gesellschafter für die von der Gesellschaft übernommenen Aufgaben widerspräche. Im Übrigen sei es keine unangemessene Belastung eines Neugesellschafters, wenn er auch für Altver-

⁵² MünchKommBGB/ *Ulmer*, § 714 Rn. 73; Palandt/ *Sprau*, § 736 Rn. 6 m.w.N.; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1797; Erman/ *H.P.Westermann*, § 714 Rn. 17.

⁵³ Vgl. zum Streitstand ausführlich MünchKommBGB/ *Ulmer*, § 714 Rn. 72f.; gegen eine analoge Anwendung des § 130 HGB: OLG Düsseldorf, ZIP 2002, 619.

⁵⁴ So *Dauner-Lieb*, FS für *Ulmer* 2003, S. 76.

⁵⁵ OLG Düsseldorf, ZIP 2002, 619.

⁵⁶ *Dauner-Lieb*, FS für *Ulmer* 2003, S. 76.

⁵⁷ MünchKommBGB/ *Ulmer*, § 714 Rn. 72f.

bindlichkeiten einzustehen habe: Bei der Berechnung seiner Einlageverpflichtung, jedenfalls wenn diese nach dem Substanzwertverfahren vorgenommen wird, flößen ja die in Frage stehenden Altverbindlichkeiten mit ein. Das Neumitglied gleichzeitig von einer Haftung für diese Verbindlichkeiten zu verschonen, sei daher nicht notwendig. Wenn dieses stichhaltige Argument *Ulmers* aber für den Gesellschaftsbeitritt im Allgemeinen gilt, so kann nicht für die unentgeltliche Anteilsverschaffung etwas anderes gelten. Eine entsprechende Differenzierung verbietet sich nicht nur aus Gründen des Verkehrsschutzes, sondern wäre auch widersinnig: Wenn schon der Gesellschafter, der eine Einlage für seinen Gesellschaftsanteil aufbringt, für Altverbindlichkeiten haften muss, dann erst recht der, der nicht einmal eine Einlage mitbringt.

c) Während der BGH⁵⁸ noch vor kurzem die Auffassung vertrat, ein Neugesellschafter hafte persönlich nur kraft ausdrücklicher Vereinbarung mit den Gläubigern alter Verbindlichkeiten, schwenkte er spätestens mit seiner Entscheidung vom 7.04.2003⁵⁹ auf die dargestellte, seit längerem in der Literatur vertretene Ansicht um. Nach dieser neueren Rspr. – nach BGHZ 146, 341 nur konsequent⁶⁰ – muss der Neugesellschafter aufgrund analoger Anwendung von §§ 128, 130 HGB akzessorisch mit seinem Privatvermögen auch für Altverbindlichkeiten einstehen. In der Entscheidung führt der BGH zur dogmatischen Begründung der akzessorischen Haftung des Neugesellschafters für Altverbindlichkeiten aus: „Denn mit dem Erwerb der Gesellschafterstellung erlangt auch ein neu eintretender Gesellschafter dieselben Zugriffsmöglichkeiten auf das Gesellschaftsvermögen wie die Altgesellschafter, was angesichts der Komplementarität von Entnahmefreiheit und persönlicher Haftung nur durch Einbeziehung der Neugesellschafter in dasselbe Haftungsregime, dem auch die Altgesellschafter unterliegen, kompensiert werden kann.“ Der neue Gesellschafter erlange nämlich durch seine Stellung Zugriff auch auf die Marktstellung, auf Kunden- und Mandantenbeziehungen und auf die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens, die alle mehr oder weniger direkt gerade auf den fraglichen Altverbindlichkeiten beruhen. Umgekehrt erscheine es daher nicht als unangemessen,

⁵⁸ BGHZ 74, 240 = JuS 1979, 818 m. Anm. *Karsten Schmidt*; nochmals bestätigt in BGH NJW 2002, 1642.

⁵⁹ BGH NJW 2003, 1803; zuvor bereits: BGHZ 146, 341 (analoge Anwendung des § 128 HGB); aus letztgenannter Entscheidung schon die analoge Anwendung von § 130 HGB folgernd: OLG Hamm, ZIP 2002, 527.

⁶⁰ Vgl. soeben Fn. 47.

wenn er auch für diese Altverbindlichkeiten mithaftete. Weiterhin schließt sich auch der BGH in der Entscheidung dem Argument an, dass ein Gläubiger nur durch eine umfassende Einbeziehung aller Gesellschafter in den Haftungsverband davor sicher ist, dass sich nicht einzelne seiner Schuldner auf den bei der BGB-Gesellschaft mangels Registerpublizität schwer zu widerlegenden Einwand zurückziehen, sie seien zum relevanten Zeitpunkt noch gar nicht Gesellschafter gewesen.

d) Stellungnahme

Im Ergebnis ist mit der h.M. und dem BGH eine analoge Anwendung des § 130 HGB auch auf Neumitglieder der BGB-Gesellschaft zu befürworten.

Das ist zunächst einmal konsequente Folge der von der h.M. und vom BGH sachgerecht vorgenommenen Anwendung des § 128 HGB auf die BGB-Gesellschaft für künftige Verbindlichkeiten. Die analoge Anwendung des § 130 HGB rundet insofern die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft nur ab.

Außerdem stellt die Haftung auch für Altverbindlichkeiten keineswegs ein unerwartetes Geschenk an die Gläubiger dar⁶¹. Zunächst einmal gehört der Schutz der Gläubiger zu den vordringlichen Aufgaben des deutschen Gesellschaftsrechts⁶², ja, es beabsichtigt im Rahmen des Gesellschafterwechsels sogar eine Vervielfältigung der Schuldner⁶³, sodass die Haftungserstreckung nur konsequente Systemtreue darstellt.

Im Übrigen hat der BGH in der dargestellten Entscheidung aber auf eindrucksvolle Weise deutlich gemacht, dass es auch der Neugesellschafter ist, der mehr oder weniger direkt an den Vorteilen teil hat, auf denen die Altverbindlichkeiten beruhen. Eine entsprechende Haftungserstreckung ist damit dem Gläubiger gegenüber nur billig.

Darüber hinaus hat die hier vertretene Auffassung für die Rechtspraxis den bedeutsamen Vorteil, dass in Haftungsfällen nicht darum gestritten werden muss, welcher Gesellschafter für welche Verbindlichkeiten einstehen muss und welcher nicht.

Zuletzt können für das neu eintretende Mitglied die Folgen der Anwendung des § 130 HGB im Einzelfall durch eine interne Haftungsbeschränkung entschärft werden: Es bleibt den Gesellschaftern unbenommen, intern zu Gunsten des neu eintretenden Mitglieds eine Haftung für Altverbindlichkeiten auszuschließen oder zumindest eine Gesamt-Haftsumme zu vereinba-

⁶¹ So auch BGH NJW 2003, 1803, 1804.

⁶² So Wiedemann, Übertragung, S. 224.

⁶³ Wiedemann, Übertragung, S. 224.

ren, sodass der neue Gesellschafter bei Inanspruchnahme durch Gläubiger bei seinen Mitgesellschaftern Regress nehmen könnte. Das Risiko mangelnder Liquidität seiner Mitgesellschafter kann ihm dadurch allerdings nicht abgenommen werden.

(3) Ergebnis

Im Bereich der gesetzlichen, vom neuen Gesellschafter zu übernehmenden Pflichten kommt die allgemeine Treupflicht schon von ihrer Art her nicht als Gegenleistung für die Anteilszuwendung in Frage.

Etwas anderes könnte möglicherweise für die Haftung gelten. Der neu eintretende persönlich haftende Gesellschafter hat sowohl für die zukünftig entstehenden als auch für die in der Vergangenheit entstandenen Verbindlichkeiten den Gesellschaftsgläubigern persönlich zu haften. Dies gilt für alle in Frage kommenden Personengesellschaftsformen. Ob diese erhebliche Haftungslast eine Gegenleistung für die Anteilszuwendung sein kann, wird noch zu betrachten sein⁶⁴.

b. Vertragliche Pflichten

(1) Einleitung

Sowohl der Terminus der Beitragspflicht als auch der der Einlagepflicht werden in Literatur und Rspr. jeweils in verschiedenen Bedeutungen verwendet. Terminologische Grundlage der vorliegenden Untersuchung ist der Ansatz *Schmidts*⁶⁵, der folgendermaßen differenziert:

- Beitrag ist jede als Primärpflicht vom Mitglied geschuldete Zweckförderungsleistung.
- Einlage ist dagegen ein zur Eigenkapitalbildung in das Gesellschaftsvermögen zu leistender Beitrag, der die Haftungsmasse mehrt.

Beitrag im hier verwendeten Sinn ist damit ein Oberbegriff, der auch die Einlage einschließt.

Was also kann außer der Einlagepflicht noch zu den vertraglichen Beitragspflichten gezählt werden?

Denkbar ist hier eine Vielzahl von Möglichkeiten. Jede Zweckförderungsleistung, die im Gesellschaftsvertrag als Primärpflicht geregelt ist, kommt als Beitragspflicht in Frage⁶⁶. Für den Disput allerdings, ob eine gesell-

⁶⁴ Vgl. unten S. 170.

⁶⁵ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 567; *ders.*, MünchKommHGB, § 105 Rn. 177.

⁶⁶ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 568.

schaftliche Pflicht des Gesellschafters eine Anteilsschenkung ausschließt, sind nur die der Gesellschafterstellung immanenten oder zumindest typischen vertraglichen Verpflichtungen zu untersuchen, nicht dagegen individuell mit dem einzelnen Mitglied vereinbarte, wenn auch gesellschaftsvertragliche Leistungen⁶⁷. Diese individuellen Beiträge, insbesondere Einlageleistungen, sollen hier deshalb nicht betrachtet werden, weil die Leistung insbesondere einer Einlage nach jeder Auffassung die Unentgeltlichkeit einer Anteilszuwendung – jedenfalls zum Teil – ausschließt. Damit kann insbesondere die Einlage bei der Streitfrage, ob bei fehlender Einlage bestimmte (über die Einlage hinausgehende!) Pflichten die Unentgeltlichkeit ausschließen, keine relevante Rolle spielen.

(2) Pflicht zur Geschäftsführung

Geschäftsführung ist jede Tätigkeit, die für die Gesamthand wahrgenommen wird, zur Förderung des Gesellschaftszwecks bestimmt ist und nicht die Grundlagen der Gesellschaft betrifft.⁶⁸ Das Rechtsverhältnis zwischen dem geschäftsführenden Gesellschafter und der Gesellschaft ist Teil des Gesellschaftsverhältnisses, d.h. Ausfluss der durch Gesellschaftsvertrag begründeten Gesellschafterstellung und bedarf keines darüber hinaus gehenden individuellen schuldrechtlichen Vertrags. Ein etwaiges Nicht-Tätigwerden des geschäftsführenden Gesellschafters wäre damit die Verletzung einer (gesellschaftsvertraglichen) Beitragspflicht.

Die Geschäftsführung umfasst tatsächliche und rechtsgeschäftliche Handlungen im Innern und nach Außen, so z.B. Buchführung und Rechnungslegung bzw. Vertragsschlüsse und Prozessführung. Die Geschäftsführung muss vom Gesellschafter persönlich⁶⁹ ausgeübt werden (vgl. §§ 713, 664 BGB), was aber nicht bedeutet, dass untergeordnete Aufgaben nicht delegiert werden dürften.

Der geschäftsführende Gesellschafter darf sich als Ausfluss seiner Treupflicht bei der Ausübung der Geschäftsführung nur von den Interessen der Gesellschaft leiten lassen. Andere, insbesondere eigene Interessen hat er zurückzustellen.

Bei der BGB-Gesellschaft ist – wenn nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes besagt – jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt und

⁶⁷ Zu diesen vgl. unten S.124.

⁶⁸ MüHdBGesR Bd. 1/ v. *Ditfurth*, S. 122 (für die GbR) und S. 974 (für die OHG); MüHdBGesR Bd. 2/ *Wirth*, S. 148 (für die KG).

⁶⁹ Für die OHG: MünchKommHGB/ *Rawert*, § 114 Rn. 40.

verpflichtet. Eine besondere Bestellung zum Geschäftsführer ist nicht notwendig.

Dasselbe gilt auch für den OHG-Gesellschafter. Für ihn enthält § 114 HGB diese Regelung ausdrücklich. Insbesondere regelt diese Norm auch, dass die Berechtigung zur Geschäftsführung immer auch eine entsprechende Verpflichtung bedeutet.

Im Grundsatz gilt letzteres auch für die geschäftsführenden Gesellschafter der KG⁷⁰, d.h. normalerweise für die Komplementäre, vgl. § 164 HGB.

Für den neu eintretenden Gesellschafter, egal ob in die GbR, die OHG oder als Komplementär in die KG, bedeutet dies, dass er grundsätzlich das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung hat, wenn nicht ausnahmsweise bei Eintritt etwas anderes gesellschaftsvertraglich geregelt wird. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Neugesellschafter nicht *eintritt*, sondern seinen Anteil von einem Altgesellschafter *abgetreten* bekommt. Es ist Sache der Auslegung des Gesellschaftsvertrags, ob ein evtl. Ausschluss des übertragenden Gesellschafters aus der Geschäftsführung auch das neu eintretende Mitglied betrifft (so wohl im Falle des § 114 Abs. 2 HGB) oder nur persönlich auf den Altgesellschafter anzuwenden war.

Jedenfalls kann dem Gesellschafter (abgesehen von entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Erlaubnissen oder gesetzlichen Spezialregeln) nicht einseitig, das heißt ohne seine Zustimmung bzw. Mitwirkung das Recht zur Geschäftsführung durch die Mitgesellschafter vorenthalten bzw. entzogen werden, da der Ausschluss der Geschäftsführung nur durch Änderung des Gesellschaftsvertrags möglich ist, vgl. § 114 Abs. 2 HGB. Auf der anderen Seite bedeutet die gesellschaftliche Verpflichtung zur Geschäftsführung und damit die Tatsache, dass der Geschäftsführerstatus Bestandteil der Mitgliedschaft ist, dass Geschäftsführer nicht eigens bestellt werden. Das Amt kann auch nicht angenommen oder einseitig niedergelegt werden⁷¹. Es bleibt also nur die Möglichkeit, dass die Gesellschafter durch Vertragsänderung einen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen bzw. entlassen (was bei der OHG und der KG gem. §§ 114 Abs. 2 bzw. 161 Abs. 2 i.V.m. 114 Abs. 2 HGB ausdrücklich und für die BGB-Gesellschaft als Ausfluss der Privatautonomie möglich ist).

⁷⁰ Baumbach/Hopt/ Hopt, § 164 Rn. 1.

⁷¹ Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1389 (zur OHG); Möglich ist allenfalls eine Kündigung der Geschäftsführung aus wichtigem Grund, vgl. Baumbach/Hopt/ Hopt, § 114 Rn. 19.

Im Rahmen der Argumentation zur Schenkungsfähigkeit des Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters geht die Rspr.⁷² im Übrigen ohne weitere Begründungen oder Differenzierungen von der Geschäftsführungspflicht des Gesellschafters aus.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die regelmäßig übliche Übernahme von Geschäftsführungspflichten erhebliche rechtliche und tatsächliche Konsequenzen nach sich zieht. Verbunden mit dieser Position ist die (Mit-)Verantwortung für ein Unternehmen, oft auch für Arbeitnehmer, und spiegelbildlich auf der rechtlichen Seite ein bedeutendes Haftungsrisiko für Fehler bei der Ausübung der Geschäftsführung (z.B. § 280 BGB i.V.m. dem Gesellschaftsvertrag auf Schadensersatz⁷³).

(3) Einsatz der persönlichen Arbeitskraft

Um den *Umfang* der Geschäftsführungspflicht geht es bei der Frage, inwieweit der Gesellschafter seine persönliche Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellen muss. Da die Pflicht zum Einsatz der Arbeitskraft also im Hinblick auf die Geschäftsführungspflicht lediglich die andere Seite derselben Medaille ist, sind für erstere auch dieselben rechtlichen Gesichtspunkte von Interesse wie für die letztere: Ebenso wie die Pflicht zur Geschäftsführung ergibt sich die zum Arbeitseinsatz also zunächst nicht aus einem etwaigen Dienstvertragsverhältnis, sondern (jedenfalls primär) aus dem Gesellschaftsverhältnis. Gesetzlich ist diese Pflicht zur Arbeit nicht eigens geregelt und auch eine ausdrückliche gesellschaftsvertragliche Regelung zum Umfang der Tätigkeitspflichten wird häufig fehlen. In diesen Fällen richtet sich der Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung nach den Erfordernissen der Gesellschaft.⁷⁴ Gerade bei kleinen mittelständischen Familienbetrieben mit nur wenigen oder ohne angestellte Arbeitskräfte wird deshalb zur Stellung des (geschäftsführenden) Gesellschafters der Einsatz der vollen Arbeitskraft zählen. So wird von Rspr.⁷⁵ und Literatur⁷⁶ - meist ohne dies näher zu begründen - ebenfalls angenommen, der Gesellschafter in Komplementärstellung bzw. der BGB-Gesellschafter schulde den Einsatz seiner vollen Arbeitskraft.

⁷² BGH LM § 516 Nr. 3 Bl. 3 (für die OHG); BGH BB 1965, 472; BGH DNotZ 1978, 109, 111.

⁷³ Vgl. nur Baumbach/Hopt/ Hopt, § 114 Rn. 15.

⁷⁴ MüHdBGesR Bd. 1/ v. Diefurth, S. 125 (für die GbR) und S. 979 (für die OHG); MüHdBGesR Bd. 2/ Wirth, S. 150 (für den KG-Komplementär); MünchKommHGB/Rawert, § 114 Rn. 44 m.w.N.

⁷⁵ BGH LM § 516 Nr. 3 Bl. 3, BGH NJW 1981, 1956.

⁷⁶ Schmidt, BB 1990, 1994; Staudinger/ Cremer, § 516 Rn. 99.

Auch wenn der Gesellschafter – ob aufgrund entsprechender vertraglicher Regelung oder nach den Umständen des Unternehmens – nur einen Teil seiner Arbeitskraft in der Gesellschaft zu leisten hat (und damit Nebentätigkeiten nachgehen kann), besteht die Pflicht, den Belangen der Gesellschaft vor anderen Interessen Vorrang einzuräumen.⁷⁷

Auch hinsichtlich der Frage, welcher Gesellschafter seine Arbeit einzubringen hat und welcher nicht, verschafft ein Blick auf den Zusammenhang zwischen Pflicht zur Geschäftsführung und Pflicht zur Arbeit Klarheit: der Gesellschafter, der nicht per Vertrag von der Geschäftsführungspflicht ausgeschlossen ist, hat also auch seine Arbeitskraft für die Gesellschaft einzusetzen. Grundsätzlich gilt dies für jeden Gesellschafter, insb. für den neu eintretenden, wenn nicht der (zum Eintritt des Neumitglieds zu ändernde) Gesellschaftsvertrag konkret etwas anderes aussagt.

(4) Ergebnis

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass den neu eintretenden persönlich haftenden Gesellschafter in der Regel die Geschäftsführungspflicht, die hauptsächlich eine rechtliche Kategorie darstellt, trifft. Daraus folgt in tatsächlicher Hinsicht die Pflicht zum Einsatz der persönlichen Arbeitskraft. Die Pflicht, seine Arbeitskraft dem Unternehmen zur Verfügung zu stellen, hat auch auf das Privatleben des Neugesellschafters einen beträchtlichen Einfluss.

Für die Beurteilung, was der Gesellschafter in die Gesellschaft einbringt und welche Belastung damit für ihn verbunden ist, spielen beide Aspekte eine Rolle.

Ob Geschäftsführungs- und Arbeitspflicht aber eine Gegenleistung für eine Anteilszuwendung sein können, bleibt zu untersuchen.

2. Gegenleistung oder Wertbildende Faktoren?

a. Darstellung des Streitstandes

Als Argument für die Position, dass ein (persönlich haftender) Personengesellschafts-Anteil überhaupt nicht schenkbar sei, wird angeführt, dass der Übertragung eines solchen Anteils immer Gegenleistungen immanent seien, die die Unentgeltlichkeit ausschließen.

Grundlegend für die Diskussion, ob eine Anteilsverschaffung ohne (direktes) Entgelt eine Schenkung darstellt oder nicht, ist die Entscheidung des

⁷⁷ MüHdBGesR Bd. 1/ v. Ditfurth, S. 979.

BGH vom 11.5.1959⁷⁸. Dem Fall lag (verkürzt dargestellt) folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Vater und spätere Erblasser war gemeinsam mit einem Partner Mitglied einer OHG. Beide Gesellschafter waren an Gewinn und Verlust zu je 50% beteiligt. Der Sohn arbeitete zunächst als Angestellter in der OHG mit, später wurde er als weiterer Komplementär in die Gesellschaft aufgenommen. Nunmehr waren Vater und Sohn zu je 25%, der dritte Gesellschafter zu 50% an Gewinn und Verlust beteiligt. Aus dem neuen Gesellschaftsvertrag ging außerdem hervor, dass der Anteil des Vaters bei dessen Tod auf den Sohn übergehe, wobei der Sohn sich außerhalb der Gesellschaft mit den Erben auszugleichen habe. Für den Fall des Todes der beiden anderen Gesellschafter war dagegen bestimmt, dass deren gesetzliche Erben als Kommanditisten in die Gesellschaft eintreten.

Nach dem Tod des Vaters kam es zur Frage, ob der verbliebene Viertel-Anteil des Erblassers aufgrund der Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag auf den Sohn übergegangen sei oder ob er sich im Nachlass befinde.

Bereits früher war es außerdem zum Streit zwischen Vater und Sohn gekommen. Der Vater hatte „die Schenkung“ des ersten Viertel-Anteils an seinen Sohn widerrufen.

Der BGH hatte also - neben der Wirksamkeit der Fortsetzungsklausel - zu beurteilen, ob überhaupt eine Schenkung an den Sohn gegeben war, die der Vater hatte widerrufen können.

Der BGH beantwortete die hier interessierende Frage nach der Schenkung mit der Feststellung, die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine bestehende OHG könne keine Schenkung im Sinne des § 516 BGB sein.

Dies solle auch dann gelten, wenn in besonderen Fällen die Aufnahme unter besonders günstigen Bedingungen für den neuen Gesellschafter erfolgt und wirtschaftlich vorteilhaft sei. Zur Begründung führt der BGH an, dass der neue Gesellschafter seinerseits die Pflichten eines Gesellschafters und vor allem die Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft übernehme. In der regelmäßigen Verpflichtung zum Einsatz der vollen Arbeitskraft und der persönlichen Haftung seien Gegenleistungen zu erblicken, die eine unentgeltliche Zuwendung in der Regel ausschließen. Nur unter besonderen Umständen sei eine gemischte Schenkung anzunehmen, insbesondere müssten dann auch die Parteien subjektiv von einer teilweise unentgeltlichen Zuwendung ausgehen. Im entschiedenen Fall sei dies nicht der Fall gewesen: Der wirtschaftliche Vorteil, dass der Neugesellschafter 25% der Ge-

⁷⁸ BGH LM § 516 Nr. 3; Bestätigt wurde diese Entscheidung u.a. in BGH BB 1965, 472 und in BGH DNotZ 1978, 110.

winne beanspruchen könne, sei durch eine entsprechende Arbeitsentlastung des Altgesellschafters und durch die Übernahme der persönlichen Haftung ausgeglichen.

Der „Schenkungswiderruf“ des Erblassers gem. § 530 BGB war daher mangels Schenkung ins Leere gegangen.

Später entwickelte der BGH diese Rspr. weiter:

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1981⁷⁹ hatte sich der BGH mit dem Fall zu befassen, dass ein Unternehmer und seine zweite Ehefrau gemeinsam eine OHG (Gewinnbeteiligung jeweils 50%) gründeten, wobei der todkranke Ehemann sein wertvolles Unternehmen einbrachte. Die Ehefrau, die zuvor im Unternehmen, einem Verlag, als Angestellte mitgearbeitet hatte, sollte ihre ganze Arbeitskraft einbringen, als Einlage war ein relativ geringer Geldbetrag vereinbart, der von der Ehefrau durch Nichtentnahme des vollen Gewinns erbracht werden sollte. Außerdem war für den Fall des Todes eines der beiden Gesellschafter eine Fortsetzungsklausel mit Abfindungsausschluss vereinbart worden. Kurz nach Gründung der OHG verstarb der Ehemann. Alleinerbin war die Ehefrau. Die pflichtteilsberechtigten Kinder aus erster Ehe machten einen Anspruch aus § 2325 BGB geltend. Die Aufnahme der Ehefrau sei eine Schenkung gewesen.

Der BGH stellte nunmehr darauf ab, dass in einer Konstellation, bei der die Aufnahme eines Gesellschafters ohne (ins Gewicht fallende) eigene Einlage und die Vereinbarung einer Fortsetzungsklausel mit Abfindungsausschluss zusammenkommen, beide Bestandteile für die Beurteilung des Vorliegens einer Schenkung zusammen zu betrachten seien. Zwar gelte weiterhin, dass die Einbringung von Arbeitskraft, die Übernahme von Verantwortung und persönlicher Haftung eine Gegenleistung zur Aufnahme in die Gesellschaft darstelle, aber die Abwägung von Leistung und Gegenleistung im Einzelfall könne ein auffallendes, grobes Missverhältnis ergeben und damit könne auch eine gemischte Schenkung in Betracht zu ziehen sein. Wie bereits in einer früheren Entscheidung⁸⁰ legte der BGH hierzu dar, dass bei einer Fortsetzungsklausel mit Abfindungsausschluss insbesondere zu untersuchen sei, ob die Chancen und Risiken für alle Gesellschafter in etwa gleich seien oder ob es zu einer unangemessenen Bevorzugung eines Gesellschafters käme. Nur im letzteren Fall sei in der Klausel ein unentgeltliches Geschäft zu sehen.

⁷⁹ BGH NJW 1981, 1956ff.

⁸⁰ BGH DNotZ 1978, 110, 112.

Für die Frage der Entgeltlichkeit einer Gesellschafteraufnahme bleibe es allerdings beim Grundsatz, dass die Aufnahme eines Gesellschafters in eine OHG keine Schenkung darstelle. Eine Rolle spielt bei dieser grundsätzlichen Beurteilung auch, dass der BGH ausdrücklich das Interesse an der Fortführung des Unternehmens über den Tod des Unternehmers hinaus besonders betont.

Lediglich für die unentgeltliche Aufnahme eines Kommanditisten lässt der BGH die Annahme einer Schenkung zu. In seiner Entscheidung vom 2.07.1990⁸¹ legt er dar, dass der Kommanditanteil hauptsächlich kapitalistischen Charakter habe und der Kommanditist – soweit seine Einlage erbracht sei – nicht persönlich hafte. Außerdem sei er regelmäßig nicht zur Geschäftsführung verpflichtet. Mangels Gegenleistungen sei damit bei der unentgeltlichen Aufnahme eines Kommanditisten eine Schenkung gegeben. Erbringe der Neugesellschafter aber für seinen Kommanditanteil irgendwelche (wertmäßig unter dem Anteilswert liegende) Gegenleistungen, handle es sich um eine gemischte Schenkung.

Bemerkenswert ist, dass der BGH in dieser Entscheidung davon spricht, dass „die Beteiligung daran [gemeint ist an einer Personengesellschaft, der Verf.] ... Gegenstand einer Zuwendung und damit einer Schenkung sein“ könne.⁸² Ob damit nur der Kommanditanteil angesprochen oder auch ein Wandel in der Rspr. zum persönlich haftenden Anteil angedeutet sein soll, geht nicht eindeutig aus der Entscheidung hervor.

Bezüglich des grundsätzlichen Ausschlusses einer Schenkung beim Komplementäranteil schließen sich Herrmann⁸³, Weidenkaff⁸⁴ und Michalski⁸⁵ der Rechtsprechung des BGH an. Auch Huber⁸⁶ ist der Ansicht, dass die Zuwendung des Anteils an einer OHG niemals völlig unentgeltlich sein könne, weil Geschäftsführung und Haftung, die er zwar als Beiträge qualifiziert, dennoch Gegenleistungen seien. Huber erkennt zwar die Möglichkeit einer gemischten Schenkung an, wenn die Parteien einig seien, dass die vom neuen Gesellschafter erbrachten Einlagen und sonstigen Pflichten nicht den Anteilswert erreichten. Aber auch die Berücksichtigung subjektiver Aspekte wie die Sicherung des Unternehmensfortbestands gerade durch den neu aufgenommenen Gesellschafter (und langjährigen Prokuristen) lässt Huber aus-

⁸¹ BGH BB 1990, 1507 = BGH NJW 1990, 2616.

⁸² BGH BB 1990, 1508 = BGH NJW 1990, 2616.

⁸³ Erman/ Elke Herrmann, § 516 Rn. 11.

⁸⁴ Palandt/ Weidenkaff, § 516 Rn. 9a.

⁸⁵ Michalski, OHG-Recht, § 109 Rn. 56.

⁸⁶ Huber, Vermögensanteil, S. 203f.; Außerdem dieser Ansicht: Wollny, Unternehmens- und Praxisübertragungen, S. 140 (Rn. 641).

reichen, um eine volle Entgeltlichkeit des Geschäfts anzunehmen, auch wenn objektiv ein Missverhältnis bestehen möge.

Dagegen meint z.B. *Schmidt*⁸⁷, dass nach dem letztgenannten BGH-Urteil⁸⁸ zur Kommanditistenstellung auch die Schenkung eines Komplementäranteiles möglich sein müsse. Schmidt trennt – wie oben⁸⁹ bereits gesehen – bei der unentgeltlichen Zuwendung eines Gesellschaftsanteiles zwischen dem (kausalen) Schenkungs- und dem (den Schenkungsvertrag erfüllenden) Gesellschaftsverhältnis und stellt fest, dass damit das Bedenken gegen den Tatbestand einer Schenkung bei der Einbuchung von OHG- oder Komplementäranteilen nicht mehr generell-dogmatischer, sondern nur noch kasuistisch-vertragsbezogener Art sein könne. Ebenso wie eine Übertragung eines solchen Anteils schenkweise erfolgen könne, könne auch der Aufnahme eines neuen Gesellschafters – abhängig von den Vereinbarungen über Haftung, Geschäftsführung etc. – ein Schenkungsvertrag zugrunde liegen.

*Kollhosser*⁹⁰ fordert ebenfalls vom BGH, die Bedenken gegen die Annahme einer Schenkung bei der Aufnahme eines Komplementärs aufzugeben. Ein OHG-Komplementär verspreche nicht vertraglich Haftung und Geschäftsführung als Gegenleistung zur Aufnahme in eine Gesellschaft. Vielmehr seien diese Verpflichtungen Bestandteil der Komplementärstellung, die im Ganzen inklusive dieser Pflichten zugewandt werde. Wenn die Gesellschaft nach der Ertragswertmethode einen wirtschaftlichen Wert habe – und dies sei bei einem gesunden Unternehmen normalerweise der Fall –, dann seien auch die Anteile wirtschaftlich wertvoll, weil sich der Gesellschaftswert nach der Summe der Anteilswerte bemesse. In Fällen von gesunden Unternehmen sei dann aber auch die unentgeltliche Übertragung eines Anteils eine Schenkung.⁹¹ Konsequent beurteilt *Kollhosser* nur die Anteilsübertragung bei einer wirtschaftlich wertlosen, z.B. überschuldeten OHG nicht als Schenkung.

Das für die OHG Dargestellte müsse auch für die BGB-Gesellschaft gelten.

Auch *Mühl/Teichmann*⁹² können in der Übernahme der gesellschaftlichen Pflichten durch das Neumitglied keine Gegenleistung erkennen. Sie setzen sich auch dogmatisch mit dem Begriff der Gegenleistung auseinander. Da-

⁸⁷ *Schmidt*, BB 1990, 1994.

⁸⁸ Vgl. Fn. 81.

⁸⁹ Vgl. oben S. 13.

⁹⁰ MünchKommBGB/ *Kollhosser*, § 516 Rn. 88; *ders.* in AcP 194, 247.

⁹¹ So auch MüHdBGesR Bd. 1/ *Piehler/Schulte*, S. 179 (BGB-Gesellschaft) und S. 1272 (OHG).

⁹² *Soergel/ Mühl/Teichmann*, § 516 Rn. 37.

nach könnten die Leistungen des Neugeschafters zwar den Anteilswert mindern, jedoch keine Gegenleistungen sein: sie werden nicht den zuwendenden Mit- oder Altgesellchaftern erbracht, sondern sind Beitrag des Gesellschafters an die Gesellschaft. Mühl/Teichmann⁹³ stellen außerdem klar, dass es für das erörterte Problem keinen Unterschied mache, ob jemand in eine bestehende Gesellschaft eintritt oder die Gesellschaft erst von Zuwendendem und Zuwendungsempfänger zu gründen ist.

b. Was bedeutet „Gegenleistung“ und ist eine solche hier wirklich gegeben?

Wie gesehen gehen der BGH und einige Stimmen in der Literatur beim Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters immer von einer Gegenleistung aus, allerdings meist ohne sich näher mit der Dogmatik der angeblichen Gegenleistung auseinanderzusetzen. Damit bleibt die Frage nach der dogmatischen Einordnung der vom neuen Gesellschafter übernommenen Pflichten offen: Handelt es sich wirklich um Gegenleistungen hinsichtlich des ihm zugewandten Anteils? Diese Frage ist einer kritischen dogmatischen Prüfung zu unterziehen.

Diese Prüfung geht wiederum von der anfänglichen Fragestellung aus, ob der Anteilszuwendung eine Schenkung oder ein entgeltliches Geschäft zugrunde liegt: Erbringt der neue Gesellschafter seinerseits eine Leistung an das oder die zuwendenden Mitglieder oder verpflichtet er sich hierzu, und in welchem Verhältnis stehen diese Leistungen zueinander?⁹⁴ Besteht eine rechtliche Abhängigkeit zwischen Leistung und angeblicher Gegenleistung?

Für diese rechtliche Abhängigkeit kommen – soll ein Gegenleistungsverhältnis gegeben sein – nach h.M.⁹⁵ drei Arten von Verknüpfung in Frage: ein Synallagma, die Setzung einer Bedingung oder die Setzung eines entspr. Rechtszwecks.

Bei näherem Hinsehen entspringen aber die Gesellschafterhaftung, die Geschäftsführung und daraus abgeleitet die Einbringung von Arbeitskraft weder einer Bedingung noch einer Zwecksetzung des Zuwendenden. Zur Wirksamkeitsbedingung für die Anteilsverschaffung werden diese Pflichten vom Zuwendenden schon deshalb nicht gemacht, weil sie ja den Neugesellschafter ohnehin unabwendbar treffen. Ob der Zuwendende diese Pflichten zur Bedingung für die Anteilsverschaffung macht oder nicht, ist also irrelevant und deshalb als Bedingung untauglich. Eine entsprechende Bedingung

⁹³ Soergel/ Mühl/Teichmann, § 516 Rn. 42; Vgl. dazu auch BGH NJW 1981, 1956f.

⁹⁴ Vgl. Soergel/ Mühl/Teichmann in, § 516 Rn. 41.

⁹⁵ Vgl. nur MünchKommBGB/ Kollhosser, § 516 Rn. 16 m.w.N.

zu stellen wäre ebenso überflüssig wie sinnlos. Selbst wenn man nicht das Eingehen, sondern die Erfüllung der Verpflichtung als Bedingung des übergebenden Gesellschafters ansehen wollte, änderte sich nichts an dieser Einschätzung: Der zuwendende Gesellschafter könnte, zumal wenn er aus der Gesellschaft ausscheidet, bei Nichterfüllung der gesellschaftsrechtlichen Pflichten durch den Neugesellschafter von ihm keine „Rückgabe“ seines Anteils verlangen mit der Begründung, dass eine etwaige Bedingung nicht eingetreten sei. Die (Nicht-) Ausübung der Pflichten des Gesellschafters ist ein gesellschaftsrechtliches Problem und kann nur innerhalb des Gesellschaftsrechts durchgesetzt oder sanktioniert werden.

Weiterhin ist die Verwirklichung der gesellschaftsrechtlichen Pflichten auch kein bloßer Rechtszweck, den der Zuwendende mit seiner Anteilszuwendung verfolgte. Bei der Zwecksetzung geht es darum, die andere Partei zu einem nicht erzwingbaren Verhalten zu veranlassen⁹⁶. Von fehlender Erzwingbarkeit kann bei gesellschaftsrechtlichen Pflichten nicht die Rede sein.

Damit bleibt für die Befürworter einer generellen Entgeltlichkeit bei der Anteilsverschaffung als einzige Möglichkeit einer angeblichen Gegenleistung die synallagmatische Verknüpfung mit der Leistung.

Ob aber das Geflecht der Beziehungen zwischen dem neu eintretenden Gesellschafter, einem evtl. ausscheidenden Mitglied, den anderen Mitgesellschaftern und schließlich mit der Gesellschaft selbst dogmatisch mit dem Begriff des Synallagmas darzustellen ist, erscheint ebenfalls zweifelhaft.

Der Begriff des gegenseitigen Vertrags ist gesetzlich nicht definiert. Er wird im allgemeinen verstanden als Vertrag, bei dem jede Partei mit einer Leistung Schuldner und mit einer anderen Gläubiger ist, wobei sich die Leistungen im Verhältnis Leistung und Gegenleistung gegenüber stehen müssen⁹⁷, d.h. die Gegenleistung ist gemeint als Erwidierung zu der zu erbringenden anderen Leistung. Die eine Partei verspricht die eigene Leistung nur deshalb, um in den Genuss der anderen zu kommen, *do ut des*.

Für den Fall der Schenkung bedeutet dies umgekehrt, dass eine Leistung nur dann unentgeltlich ist, wenn sie rechtlich nicht abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung.

Welche Leistungen stehen sich nun in der untersuchten Situation angeblich gegenüber? Einerseits erhält der neu eintretende Gesellschafter einen Gesellschaftsanteil. Geleistet wird dieser entweder durch Abtretung von

⁹⁶ Vgl. nur MünchKommBGB/ Kollhosser, § 516 Rn. 19.

⁹⁷ Deutsches Rechtslexikon/ Grunsky, Begriff „Gegenseitiger Vertrag“.

einem Altgesellschafter oder – bei Beitritt und Neugründung – durch gesellschaftsvertragliche Schaffung eines neuen Anteils und Zuwendung an das neue Mitglied. Diese Leistung verursacht im ersten Fall, also bei der Anteilsübertragung, auf Seiten des Übergebers den Verlust am Eigentum seines Anteils. Im zweiten Fall, also bei Beitritt und Neugründung, verursacht die Neuschaffung und Zuwendung des Anteils die teilweise Abwachsung der Altgesellschafter-Anteile, die dadurch zunächst weniger wert werden.

Auf Seiten des Neumitgliedes steht die gesellschaftliche Treupflicht, die Pflicht, sich an der Geschäftsführung zu beteiligen, damit meist auch seine volle Arbeitskraft einzubringen, außerdem haftet der neue Gesellschafter meist unbeschränkt für alle bisherigen und künftigen Gesellschaftsverbindlichkeiten.

Es wird erkennbar, dass das Gegenleistungsmodell des BGH und damit die Annahme einer Entgeltlichkeit die rechtliche Situation aus zweierlei Gründen nicht zutreffend erfasst:

(1) Fehlende Kongruenz von Schuldner der Leistung und Gläubiger der Gegenleistung

Erstens ist der Schuldner der Leistung (Anteil), bzw. Gläubiger der angeblichen Gegenleistung (Treue, Haftung, Geschäftsführung, Arbeitsleistung), der eigentlich eine einzige Partei des angeblichen gegenseitigen Vertrags sein sollte, nicht derselbe: Den Gesellschaftsanteil einerseits wenden die Altgesellschafter oder Mitgesellschafter zu, der Neugesellschafter andererseits schuldet die Geschäftsführung der Gesellschaft. Die Haftung wiederum besteht gegenüber Gesellschaftsgläubigern.

Am augenfälligsten wird das fehlende Gegenleistungsverhältnis im Falle des austretenden Altgesellschafters: dessen Anteil geht (meist direkt durch Abtretung oder auch indirekt durch Anwachsung bei den Mitgesellschaftern und anschließende Einbuchung) an den neuen, der ausscheidende Gesellschafter hat aber gar nichts von den angeblichen Gegenleistungen: Weder hat er einen Vorteil aus Geschäftsführung und Arbeit des Nachfolgers, weil er an den Erfolgen der Gesellschaft nicht mehr partizipiert, noch kann er sich durch Anteilsübertragung des eigenen Haftungsrisikos entledigen: Der übergebende Gesellschafter haftet weiter für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft⁹⁸ (OHG: § 160 HGB, für die KG i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB, für die BGB-Gesellschaft i.V.m. § 736 Abs. 2 HGB: begrenzt auf 5 Jahre⁹⁹).

⁹⁸ Für viele: Palandt/ *Sprau*, § 736 Rn. 10ff.

⁹⁹ Seit dem Nachhaftungsbegrenzungssetz vom 26.3.1994, BGBl. I, 560.

Diese Haftung kann er zwar im Innenverhältnis zu den bisherigen Mitgesellschaftern vertraglich ausschließen, nicht jedoch im Außenverhältnis mit Wirkung gegen die Gläubiger. Das heißt, dass der Neugesellschafter hinsichtlich der Haftung dem bisherigen nichts „abnimmt“. Der bisherige hat also keinen Vorteil aus dem Eintritt des Neuen, der als Gegenleistung im Sinne eines Entgelts gelten könnte.

Die übrigen Mitgesellschafter wiederum, die in dieser Übergabekonstellation weiterhin in der Gesellschaft verbleiben, haben dem Neumitglied wirtschaftlich zwar nichts zugewandt, erhalten aber dennoch einen weiteren Mitschuldner, der auch für die aufgrund ihrer Tätigkeit bisher entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft mithaftet.

Weder im Verhältnis zwischen dem ausscheidendem Alt- und dem Neugesellschafter, noch zwischen Mitgesellschaftern und Neugesellschafter kann also von einem Synallagma gesprochen werden.

Auch in der Situation, in der der oder die (weiter in der Gesellschaft verbleibenden) Mitgesellschafter dem beitretenden Neumitglied den Anteil zugewandt haben, wird die Gesellschaft Gläubigerin der vom Neugesellschafter zu erfüllenden Pflichten.

Allenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht profitieren die Mitgesellschafter in dieser Situation vom Eintritt des Neuen, sei es durch seine Mitarbeit im Unternehmen oder durch die Verteilung der Haftung auf einen weiteren Mitschuldner. Abgesehen davon jedoch, dass die Haftung für Altverbindlichkeiten durch interne Vereinbarung letztlich ohnehin regelmäßig von den bisherigen Gesellschaftern zu tragen sein wird, bestehen selbst bei dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise Bedenken, ob die vom Neugesellschafter zu erfüllenden Pflichten überhaupt einem Synallagma zugänglich sind.

(2) Dem Wesen nach keine synallagmatischen Leistungen

Zum Zweiten sind die vom Neugesellschafter erbrachten Leistungen auch dem Wesen nach nicht synallagmatisch: Weder seine Haftung noch die Geschäftsführung ist gemeint als Erwidierung der Anteilszuwendung. Es handelt sich vielmehr um Pflichten, die gesetzlich oder typischerweise vertraglich mit der Gesellschafterstellung verbunden sind, ohne dass der Gesellschafter sie „für die anderen Mitgesellschafter“ erbrächte. Aus subjektiver Sicht des einzelnen Gesellschafters, d.h. nach seiner Willensrichtung, sind es Zweckförderungsleistungen hinsichtlich des Gesellschaftszwecks, die im Zusammenhang mit der persönlichen Gewinnerzielungsabsicht stehen. Aus dogmatischer Sicht stellt der Gesellschaftsanteil mit allen seinen Rechten und Pflichten eine rechtliche Einheit dar, die keine Aufspaltung in einzelne

Leistungen und Gegenleistungen zulässt. Damit sind Treupflicht, Haftung, Geschäftsführung und Arbeitspflicht unselbständige Bestandteile des Gesellschaftsanteils. Es handelt sich nicht um die Übernahme von Pflichten *zur Erlangung* des Gesellschaftsanteils, die als Gegenleistungen zu charakterisieren wären, sondern um solche *aus dem* Zuwendungsgegenstand.¹⁰⁰

Auch der Vergleich mit einem anderen unentgeltlichen Geschäft, nämlich dem Auftrag zeigt: Ein entgeltliches Geschäft entsteht nicht schon dadurch, dass auch die andere Partei Pflichten treffen. Beim Auftrag ist beispielsweise der Aufwendersersatz durch den Auftraggeber, d.h. den Begünstigten der unentgeltlichen „Zuwendung“, keineswegs eine Gegenleistung. Auch dort gilt: die (Aufwendersersatz-) Pflicht wird nicht zur Erlangung der Leistungen aus dem Auftrag übernommen, sondern sie resultiert aus dem Auftrag selbst.¹⁰¹

Selbst wenn man den Gegenleistungsbegriff nicht rechtlich, sondern wirtschaftlich charakterisieren wollte, ergeben sich unüberwindbare Probleme: Zwar mag in der zweigliedrigen Gesellschaft die Gegenleistung *an die Gesellschaft* und die Gegenleistung *an den zuwendenden Gesellschafter* wirtschaftlich noch gleichzustellen sein. Bei der mehrgliedrigen Gesellschaft funktioniert aber auch diese rein wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht mehr: Wendet nur einer oder jedenfalls nur ein Teil der Mitgesellschafter dem Neuen einen Anteil zu, so decken sich die Nutznießer der angeblichen Gegenleistungen (Haftung, Mitarbeit, etc., die allen Mitgliedern zugute kommen) nicht mehr mit dem Kreis der Zuwendenden. Damit versagt die Gegenleistungslösung nicht nur bei einer rechtlichen, sondern auch bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise.

Nach der hier vertretenen Ansicht sind die vom Neugesellschafter zu erbringenden Pflichten also zunächst einmal objektiv keine Gegenleistungen. Allerdings stellt das Gesetz bei der rechtlichen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung auf den Willen der Parteien ab (vgl. § 516 Abs. 1 2.Hs. BGB: „wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt“). Die Parteien können auch zwei Leistungen, die zunächst einmal rechtlich nicht voneinander abhängen, in ein entsprechendes Gegenleistungsverhältnis bringen¹⁰². Es reicht schon für ein entgeltliches Geschäft, wenn auch nur eine Partei die Zuwendung als Abgeltung einer Gegenleistung oder Erfüllung einer Verbindlichkeit ansieht.¹⁰³

¹⁰⁰ *Bermel*, Schenkung von Gesellschaftsanteilen, S. 69f.

¹⁰¹ Deutsches Rechtslexikon/ *Grunsky*, Begriff „Gegenseitiger Vertrag“.

¹⁰² *Soergel/ Mühl/Teichmann*, § 516 Rn. 15.

¹⁰³ *MünchKommBGB/ Kollhosser*, § 516 Rn. 16.

Dieses grundsätzliche Abstellen auf die subjektive Betrachtungsweise ändert in den hier untersuchten Fällen aber nichts daran, dass in den vom Neugesellschafter zu erbringenden Pflichten keine Gegenleistung zu sehen ist: Erstens erbringt der Neugesellschafter subjektiv seine Pflichten nicht als Gegenleistungen für seinen Anteil. Zweitens müsste die Parteiautonomie ohnehin dort enden, wo – wie hier – zwei Leistungen sich objektiv nicht als Gegenleistungen gegenüber stehen können.

Im Ergebnis kann damit in der Zuwendung eines Anteils an einen dann persönlich haftenden Gesellschafter nicht per se ein entgeltliches Geschäft gesehen werden. Die vom neuen Gesellschafter zu übernehmenden Pflichten sollen nicht seinen Anteilserwerb ausgleichen. Es handelt sich vielmehr um Pflichten, die aus dem Wesen der Gesellschafterstellung resultieren, die den Neugesellschafter kraft Beitritts treffen und die nicht im Sinne eines Entgelts abgespalten werden können.

Grundsätzlich ist damit auch die Zuwendung eines Gesellschaftsanteils als Schenkung möglich, jedenfalls sind die vom Neugesellschafter zu übernehmenden Haftungs-, Treu-, Geschäftsführungs- und Arbeitspflichten keine Gegenleistungen für die Anteilszuwendung.

Dies zeigt sich auch darin, dass die angebliche Gegenpartei dieses „entgeltlichen“ Vertrags (also entweder der ausscheidende oder der/die in der Gesellschaft verbleibende(n) Gesellschafter) bei Untätigbleiben des Neumitglieds keineswegs z.B. die Ausübung der Geschäftsführung *aus diesem Gegenseitigkeitsvertrag* einklagen könnte. Vielmehr handelt es sich um einen Anspruch, der *der Gesellschaft per Gesetz* zusteht und notfalls von ihr eingeklagt werden müsste.¹⁰⁴

Letztlich konstatiert *Kollhosser*¹⁰⁵ treffend, dass die Gesellschaft als Ganzes, dürfte man die BGH-Rspr. konsequent zu Ende, keinen Marktwert hätte, wenn die einzelnen Anteilswerte durch Haftung und Arbeitsverpflichtungen der Gesellschafter kompensiert werden. Der Marktwert würde sich dann aber allein durch eine Änderung der Rechtsform schlagartig ändern. In der Tat kann dies nicht zutreffen.

Die dementsprechende BGH-Rspr. ist nach alledem nicht haltbar.

¹⁰⁴ Vgl. Baumbach/Hopt/ Hopt, § 114 Rn. 15; Freilich hat eine solche Klage kaum praktische Relevanz, da ein entsprechender Titel nicht effektiv vollstreckt werden könnte, vgl. § 888 Abs.3 ZPO.

¹⁰⁵ *Kollhosser* in AcP 194, 248.

c. Wertbildende Faktoren mit der grundsätzlichen Möglichkeit der Schenkung

Welche Rolle bei der Frage nach Schenkung und Entgeltlichkeit spielen also die Pflichten, die der Neugesellschafter zu übernehmen hat und die von Fall zu Fall in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sehr unterschiedlich sind?

Als sachnähere Lösung als das Gegenleistungsmodell bietet sich an, diese Pflichten und Risiken als Faktoren bei der Berechnung des Netto-Anteilswertes zu berücksichtigen, d.h. bei der wirtschaftlichen Betrachtung, was dem Neugesellschafter bei seinem Eintritt in die Gesellschaft an Netto-Vermögensgewinn zugewandt wurde.

Auf der einen Seite dieser Berechnung steht der Wert des Anteils als Bruchteil des Unternehmenswertes, auf der anderen der (konkret wohlge-merkt schwer zu bestimmende) Wert der Pflichten, die der neue Gesell-schafter übernimmt – wobei zu berücksichtigen ist, dass diese Verpflichtun-gen z.T. bereits in den Unternehmenswert einfließen. Die Treupflicht, die Haftung des Gesellschafters, seine Pflicht zur Geschäftsführung und zur Einbringung seiner Arbeitskraft sind also nicht Gegenleistung für die An-teilszuwendung, sondern bestimmen als untrennbare Bestandteile des Ge-sellschaftsanteils dessen Wert mit. Für den einzelnen Gesellschafter errech-net sich der Wert der Mitgliedschaft eben nicht nur aus dem mathemati-schen Bruchteil des Unternehmenswertes, sondern für ihn spielt beispiels-weise auch eine Wert beeinflussende Rolle, ob und in welcher ungefähren Höhe er persönlich mit einer Haftung für die Folgen vergangener Geschäfte zu rechnen hat. Dasselbe gilt für die Auswirkungen der allgemeinen Treu-pflicht: im Einzelfall kann es für ihn wirtschaftlich sehr bedeutsam sein, durch Eintritt in eine Gesellschaft bestimmte Geschäfte nicht mehr tätigen zu können, weil es sich nunmehr um Konkurrenzgeschäfte zur eigenen Ge-sellschaft handeln würde. Letztlich sind auch die Verantwortlichkeit (d.h. konkret: sein Haftungsrisiko), die aus der Pflicht zur Geschäftsführung folgt, ebenso wie die Pflicht zur Arbeit Faktoren, die für den neuen Gesell-schafter den Wert der „geschenkten“ Beteiligung wesentlich beeinflussen. Speziell für die Arbeitsverpflichtung kommt es dabei entscheidend darauf an, ob für die geschäftsführenden Gesellschafter über die gesellschaftliche Geschäftsführungspflicht hinaus ein gesondertes Dienstverhältnis besteht, das dann eigens entlohnt wird (anstelle des allgemeinen Ausgleichs für die Tätigkeiten in der Gesellschaft, der nach dem gesetzlichen Vorbild über die Gewinnentnahmerechte geregelt ist).¹⁰⁶

¹⁰⁶ Vgl. dazu unten S. 165.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass einzelne Faktoren gleichzeitig auf beiden Seiten der Kalkulation eine Rolle spielen können. Bei einer hoch verschuldeten Gesellschaft ist das hohe Haftungsrisiko des eintretenden Gesellschafters in der Regel bereits im (relativ geringen) Anteilswert verkörpert, kann dann also nicht zusätzlich als „hohes Haftungsrisiko“ davon abgezogen werden.

Welche Bewertungselemente bereits im Anteilswert verkörpert sind und welche möglicherweise im Einzelfall noch davon abzuziehen sind, bestimmt sich auch aus dem gewählten Bewertungsverfahren, das unten¹⁰⁷ noch näher behandelt werden wird.

Entscheidender Unterschied und Vorzug des Modells der wertbildenden Faktoren zum Gegenleistungsmodell des BGH ist, dass es sich bei ersterem nicht um eine „Alles-oder-Nichts-Lösung“ handelt.

Bei der Betrachtung aller Faktoren auf beiden Seiten der Rechnung (besonders dann, wenn der neue Gesellschafter außer Haftung und Geschäftsführung keinerlei Beiträge oder gar eine Einlage erbringt), kann sich zu Gunsten des persönlich haftenden Gesellschafters durchaus eine Differenz ergeben, nach der die Anteilszuwendung als Schenkung zu charakterisieren ist. Ob ein neuer persönlich haftender Gesellschafter ohne Einlagepflicht in eine florierende KG mit Millionenumsätzen oder in eine Zwei-Personen-BGB-Gesellschaft aufgenommen wird, macht hinsichtlich des Schenkungscharakters dieses Geschäfts wirtschaftlich einen erheblichen Unterschied, der sich auch in der rechtlichen Beurteilung der Entgeltlichkeit widerspiegeln muss.

Ebenso eröffnet das vorgeschlagene Modell aber auch die Möglichkeit, dass eine Schenkung mit umgekehrten Vorzeichen denkbar ist: Es sind nämlich auch Fälle möglich, in denen bei einer wirtschaftlich relativ wertlosen (überschuldeten, zu modernisierenden, Marktanteile verlierenden, ...) Gesellschaft ein neuer Gesellschafter dringend benötigtes Know-how, Beziehungen oder Erfahrung mitbringt. Diese Faktoren können unter Umständen mehr wert sein als der wirtschaftliche Wert des Anteils, sodass eine Wertdifferenz zu Gunsten der Gesellschaft entsteht, also eine Schenkung von Seiten des neuen, wohlgerneht ohne Leistung einer Einlage eintretenden Gesellschafters.

Rechtstechnisch handelt es sich bei diesen Schenkungen um „reine“ Schenkungen. Der für extreme Ausnahmefälle vom BGH¹⁰⁸ vorgeschlagene

¹⁰⁷ Bei Fn. 257ff.

¹⁰⁸ BGH LM § 516 Nr. 3 = BB 1959, 574, BGH NJW 1981, 1956; auch OLG Frankfurt, NJW-RR 1996, 1123, 1124.

und von einigen Autoren¹⁰⁹ aufgenommene Gedanke der gemischten Schenkung ist – jedenfalls was die angesprochenen Verpflichtungen zu Treue, Haftung, Geschäftsführung und Arbeitsleistung angeht – ebenso wenig zielführend wie die Idee von der allgemeinen Entgeltlichkeit bei der Anteilszuwendung. Wenn es, wie gezeigt, im Verhältnis der bei der Anteilszuwendung auf allen Seiten jeweils bestehenden Pflichten keine Gegenseitigkeit gibt, dann kann auch keine gemischte Schenkung in Frage kommen. Diese enthält nämlich, neben einem unentgeltlichen Teil, auch einen Teil, wo sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen. Wie gesehen kann aber bei den bisher betrachteten Faktoren (Treupflicht, Haftung, Geschäftsführung, Arbeitspflicht) gar nicht von Gegenleistungen gesprochen werden. Wenn aber keine Gegenleistung denkbar ist, dann kann es nur um die rechnerische Bestimmung gehen, was der Schenkungsgegenstand wert ist.

Etwas anderes gilt hinsichtlich Verpflichtungen, die das neue Gesellschaftsmitglied über die besprochenen gesetzlichen oder typischen vertraglichen hinaus übernimmt. Wird beispielsweise vereinbart, dass der Übernehmer, z.B. der Sohn eines Anteilsübergebers, für dessen Pflege und Betreuung im Alter zu sorgen hat, dann ist dies eine echte Gegenleistung und entsprechend kommt bei der Anteilszuwendung eine gemischte Schenkung in Betracht. Dasselbe kann gelten, wenn der neu beitretende Gesellschafter eine gewisse Einlage oder sonstige Beiträge erbringt. Welche Arten von echten Gegenleistungen vom Neumitglied erbracht werden können, wird ebenso unten¹¹⁰ behandelt werden wie die Frage, welche wertmindernden Faktoren außer den hier besprochenen denkbar sind.

Allgemein und unabhängig vom Einzelfall sind die dargestellten Bewertungsfaktoren vor allem der Höhe nach kaum zu fassen (auf Bewertungsmechanismen beider Seiten wird unten¹¹¹ noch einzugehen sein). Es zeigt sich aber, dass durch das Abstellen auf wertbildende Faktoren eine weit genauere und sachgerechtere Abgrenzung zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit möglich ist.

3. Ergebnis

Bei der einlagefreien Zuwendung einer persönlich haftenden Gesellschafterstellung geht der BGH in der Regel von Entgeltlichkeit aus. Persönliche Haftung, Geschäftsführungspflicht und die Pflicht zum Einsatz der Arbeits-

¹⁰⁹ Huber, Vermögensanteil, S. 205; MünchKommBGB/ Kollhossler, § 516 Rn. 88 a.E.

¹¹⁰ Ab S. 125.

¹¹¹ Ab S. 155.

kraft stellten Gegenleistungen dar, die nur in extremen Ausnahmefällen überhaupt, und auch dann nur eine teilweise, Unentgeltlichkeit zuließen.

Diese Argumentation trägt aber nicht. Weder *will* der neu eintretende Gesellschafter, wenn er die genannten Pflichten übernimmt, eine Gegenleistung bewirken, noch *eignen* sich diese Pflichten als Gegenleistungen für Zuwendungen von Seiten der Mitgesellschafter. Im Übrigen gehen diese Leistungen des Zuwendungsempfängers nicht an die Zuwendenden, sondern an die Gesellschaft.

Ohne die Möglichkeit von Gegenleistungen gibt es bei den vom BGH angeführten gesellschaftsrechtlichen Pflichten überdies auch keine gemischte Schenkung.

Dogmatisch zutreffender und der wirtschaftlichen Realität näher ist das Modell der wertbildenden Faktoren: Die genannten Verpflichtungen sind untrennbar mit dem Gesellschaftsanteil verbunden und bestimmen so seinen Wert mit. Damit bleibt eine Schenkung an den neuen Gesellschafter möglich, wenn bei fehlender Einlage seinerseits und der Gesamtbetrachtung der ihm zugewandten Leistung ein Nettovermögensvorteil bleibt. Genauso ist aber auch eine Schenkung des neuen Gesellschafters an die Gesellschaft denkbar.

Rechtstechnisch stellt diese Schenkung eine reine Schenkung dar. Da es sich nicht um Gegenleistungen handelt, kann insofern keine gemischte Schenkung gegeben sein. Anders stellt sich die Rechtslage allerdings dar, wenn der neue Gesellschafter Beiträge (bzw. beim Anteilskauf: einen Kaufpreis) leistet, die aber nicht ganz die Höhe des um die wertmindernden Faktoren reduzierten Anteilswertes erreichen. Bei *diesen* Leistungen des Neugesellschafters (also bei individuellen, nicht bereits der Gesellschafterstellung immanenten Beiträgen und dem Kaufpreis) handelt es sich durchaus um Gegenleistungen, wodurch insofern eine gemischte Schenkung rechtlich möglich ist.

Diese gemischte Schenkung wird – neben einer näheren Betrachtung wertbildender Faktoren – Thema der folgenden Abschnitte und v.a. des Zweiten Teils der Untersuchung sein.

III. Stellung des Kommanditisten, stillen Gesellschafters, Unterbeteiligten

Im Gegensatz zu der Rechtslage beim persönlich haftenden Gesellschafter gibt es beim Kommanditisten keine gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen, die Anlass zur Annahme einer generellen Entgeltlichkeit im Falle der Anteilsübertragung geben.

Im Einzelnen hat der Kommanditist keine Pflicht zur Geschäftsführung (§ 164 HGB) und damit zur Einbringung seiner Arbeitskraft in die Gesellschaft. Er haftet bei geleisteter Einlage nur bis zur Höhe der Haftsumme (§ 171 Abs. 1 HGB). Dies gilt für den neu eintretenden Kommanditisten auch hinsichtlich der Altverbindlichkeiten (§ 173 Abs.1 HGB). Lediglich in der Zeit zwischen Eintritt und Eintragung ins Handelsregister haftet der Kommanditist gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter (§ 176 Abs. 2 HGB).

Ähnlich stellt sich die Rechtsposition von stillem Gesellschafter und Unterbeteiligtem (hinsichtlich seiner Rechtsbeziehung zur Grundgesellschaft) dar.

Konsequenterweise ist es demnach ständige Rechtsprechung des BGH¹¹² und allgemeine Meinung in der Literatur¹¹³, dass ein Kommanditanteil (bzw. stiller Anteil und Unterbeteiligung) als Geschenk zu werten ist, wenn der Kommanditist keine eigene Einlage leistet. Selbst für Anhänger der Auffassung, dass Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft Gegenleistungen hinsichtlich der Anteilszuwendung seien, sind solche beim Kommanditisten nicht erkennbar.

Die Frage allerdings, ob auch der Kommanditist gesellschaftsvertraglich Verpflichtungen übernehmen kann, die den (Netto-)Wert seines Kommanditanteils, also die Höhe der unentgeltlichen Zuwendung mindern können, wird unten¹¹⁴ behandelt werden.

¹¹² Zentral ist hierfür die Entscheidung BGHZ 112, 40 = BGH DB 1990, 1656 = NJW 1990, 2616.

¹¹³ Vgl. nur Palandt/ *Weidenkaff*, § 516 Rn. 9; MünchKommBGB/ *Kollhosser*, § 516 Rn. 89; Erman/ *Elke Herrmann*, § 516 Rn. 11; *Schmidt*, BB 1990, 1994.

¹¹⁴ Vgl. S. 145.

Kapitel 3: Die gemischte Schenkung in der Gesellschafternachfolge: Subjektive Äquivalenz versus Drittschutz

A. Einleitung

Im ersten Kapitel wurde festgestellt, dass auch im Rahmen von Gesellschaftsverträgen bei der Aufnahme neuer Mitglieder Schenkungsrecht anwendbar ist und außerdem die vom neuen Gesellschafter eingegangenen Verpflichtungen eine Schenkung rechtlich nicht von vorneherein ausschließen. Damit sind im folgenden Kapitel diese Schenkungen näher zu betrachten.

Dazu soll dargestellt werden, was das Gesetz mit dem Begriff der Schenkung in § 2325 BGB meint, welche Besonderheiten bei gemischten Schenkungen gelten und insbesondere, inwieweit sich die Vereinbarungen zwischen dem Erblasser und seinem Vertragspartner über die Entgeltlichkeit ihres Geschäfts auch bei der Prüfung von Grund und Höhe von Pflichtteilergänzungsansprüchen (im Sinne des § 2325 BGB bzw. des § 2329 BGB) durchsetzen können.

B. Grundlagen der gemischten Schenkung in der Gesellschafternachfolge

I. Der Schenkungsbegriff des § 2325 Abs. 1 BGB

Voraussetzung für Pflichtteilergänzungsansprüche sind gem. § 2325 BGB Schenkungen des Erblassers. Berücksichtigt werden dabei nur solche Schenkungen, die der Erblasser in einem Zeitraum von zehn Jahren vor seinem Tod getätigt hat (§ 2325 Abs. 3 BGB). Bei Schenkungen unter Ehegatten beginnt die Frist erst nach Auflösung der Ehe (§ 2325 Abs. 3 Hs. 2 BGB). Neben Schenkungen, die vorher geleistet wurden, werden so genannte Pflicht- und Anstandsschenkungen (§ 2330 BGB) ebenfalls nicht in die Berechnung einbezogen.

Nach allgemeiner Meinung¹¹⁵ entspricht der Schenkungsbegriff des § 2325 BGB dem des § 516 BGB. Dies hat schon das Reichsgericht¹¹⁶ mit dem „allgemeinen Sprachgebrauch“ begründet. Die Bezugnahme auf § 516

¹¹⁵ Palandt/ *Edenhofer*, § 2325 Rn. 7; MünchKommBGB/ *Lange* § 2325 Rn. 13 m.w.N.; *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 347, 432; BGHZ 59, 132, 135; BGHZ 116, 167, 174; So auch bereits *Schopp*, Rechtspfleger 1956, 119; Schon die Verfasser des BGB meinten in § 2325 den Schenkungsbegriff des § 516: Vgl. Motive V S. 450, 456.

¹¹⁶ RGZ 128, 187ff.

BGB bedeutet vor allem, dass für den Schenkungsbegriff des § 2325 BGB nicht bereits eine objektiv unentgeltliche Zuwendung ausreicht, sondern die Parteien über die Unentgeltlichkeit auch subjektiv einig sein müssen.¹¹⁷

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 516 BGB sind also auch ein Teil derer des § 2325 BGB und damit auch Voraussetzung für einen Pflichtteils-ergänzungsanspruch.

Es bedarf damit erstens objektiv einer Bereicherung des Dritten aus dem Vermögen des Erblassers und zweitens der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Ob eine Schenkung vorliegt, richtet sich demgemäß nach dem Zeitpunkt der Zuwendung.¹¹⁸

Unentgeltlichkeit im objektiven Sinn bedeutet, dass die Zuwendung unabhängig von einer Gegenleistung geschieht. Eine Gegenleistung ist dabei nicht unbedingt nur in Geld oder vermögensrechtlicher Natur denkbar. Es reicht auch eine immaterielle Gegenleistung wie z.B. die Überlassung der Kinder durch den sorgeberechtigten Elternteil an den nicht sorgeberechtigten, Ermöglichung oder Erleichterung einer Scheidung oder die Aufgabe einer staatlichen Stellung.¹¹⁹

Ob allerdings eine Gegenleistung vorliegt oder nicht – oder für den Fall der sogleich zu betrachtenden *gemischten* Schenkung: ob eine Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben ist oder nicht –, ist nicht leicht objektiv zu bestimmen.

So weist *Spellenberg*¹²⁰ zu Recht darauf hin, dass in der Feststellung der objektiven Wertdifferenz gerade das eigentliche Problem liege. Gerade bei im Einzelfall untypischen Leistungen könne man nicht schematisch an Durchschnittswerten haften. Die Pflege durch eine Tochter, die Ärztin und für die Krankheit des Vaters Spezialistin sei und für die Pflege ihren Beruf einschränkt, sei z.B. weit höher zu bewerten als der normale Lohn einer Hauspflegerin. Auch die Tatsache, dass viele Pflegebedürftige großen Wert auf Betreuung gerade durch Familienangehörige legen, sei bei der Bewertung dieser Pflegeleistungen zu berücksichtigen.

Welche Besonderheiten bei der Wertermittlung sowohl von Leistungen wie von Gegenleistungen im Bereich der Unternehmensnachfolge eine Rolle spielen, wird daher unten¹²¹ eingehend behandelt werden.

¹¹⁷ A.A. *Kollhosser* in AcP 194 (1994), 260: Objektive Unentgeltlichkeit reiche aus.

¹¹⁸ Palandt/ *Edenhofer*, § 2325 Rn. 7.

¹¹⁹ MünchKommBGB/ *Kollhosser*, § 516 Rn. 24.

¹²⁰ *Spellenberg*, FamRZ 1974, 359.

¹²¹ Vgl. unten S. 106, S. 124 und S. 172.

Auch die sog. Schenkungsabrede ist nötig als Voraussetzung der Schenkung, d.h. die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit. Diese erfolgt praktisch freilich meist konkludent. Allerdings – und dies ist gerade für die hier vorliegende Untersuchung einer Pflichtteilsvermeidung wichtig – ist es für die Parteien nicht möglich, eine objektiv (völlig) unentgeltliche Leistung durch Parteiwillen zu einer (völlig) entgeltlichen zu machen. Von manchen wird ein solches Vorgehen in Situationen versucht, in denen die Rechtsfolgen eines entgeltlichen Geschäfts für die Parteien vorteilhafter wären als die einer Schenkung und deshalb die Unentgeltlichkeit verschleiert werden soll. Man spricht hier vom Verbot der „verschleierte Schenkung“.¹²²

Wo aber die Grenzen verlaufen zwischen einer von den Vertragsparteien trotz objektiv divergierenden Leistungswerten vereinbarten Entgeltlichkeit und einer verschleierte Schenkung, ist in der wissenschaftlichen Diskussion nicht eindeutig bestimmt und wird bei der Untersuchung der gemischten Schenkung im Rahmen des § 2325 BGB erörtert werden.

II. Die gemischte Schenkung in der Gesellschafternachfolge

1. Einleitung

In § 2325 Abs. 1 BGB ist von „Schenkungen“ die Rede. In der wirtschaftlichen Praxis der Unternehmensnachfolge wird die reine Schenkung ohne jede Gegenleistung dabei kaum vorkommen. Eher wird auch der Gesellschafternachfolger, selbst wenn ihm sein Anteil auf den ersten Blick unentgeltlich zugewandt wurde, eigene Leistungen erbringen. Wie oben gesehen sind zwar die typischen Pflichten eines Gesellschafters (Geschäftsführung, Haftung, Treue, Arbeitsleistung) nicht als Gegenleistungen im Sinne einer gemischten Schenkung zu qualifizieren. Denkbar ist dagegen, dass der Nachfolger eine gewisse Einlage oder sonstige Beiträge erbringt, die aber – wiederum auf den ersten Blick – den Wert des ihm zugewandten Anteils nicht zur Gänze aufwiegen. In diesen Fällen ist zu prüfen, wie eine nur teilweise Entgeltlichkeit sich auf den Grund und v.a. die Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruches auswirkt. Für die an der Gesellschafternachfolge Beteiligten wird es dabei von Vorteil sein, wenn im Ergebnis der Wert der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB möglichst niedrig ausfällt.

Auch aus beraterlicher Perspektive ist es aus diesem Grund – nämlich um die Höhe etwaiger späterer Pflichtteilsergänzungsansprüche zu verringern –

¹²² Palandt/ Weidenkaff, § 516 Rn. 11.

empfehlenswert, den Wert der oben als wertbildende Faktoren bezeichneten Pflichten zu berücksichtigen und darüber hinaus mögliche Gegenleistungen des Unternehmensnachfolgers zu erörtern und in den Nachfolgevertrag einzubringen.

Im Folgenden ist schwerpunktmäßig zu untersuchen, wo die Grenzen zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit verlaufen und v.a. welchen Einfluss die Vertragsparteien auf diese Grenzen haben. Welche Leistungen die Vertragsparteien jeweils konkret einbringen und welche Bewertungsfragen in diesem Rahmen jeweils zu beachten sind, wird im Zweiten Teil dieser Arbeit zu betrachten sein.

2. Objektive Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung

Eine gemischte Schenkung ist nach h.M.¹²³ ein einheitlicher Vertrag, bei dem der Wert der Leistung der einen Vertragspartei dem Wert der Leistung der anderen nur zum Teil entspricht, die Parteien dies wissen und übereinstimmend wollen, dass der überschießende Wert unentgeltlich gegeben wird.

Wenn hinsichtlich einer in der Vergangenheit erfolgten Gesellschafternachfolge Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend gemacht werden, ist also zunächst der *objektive Wert* der damals ausgetauschten Leistungen zu ermitteln und zu vergleichen.

Diese theoretische Objektivität bei der Wertbestimmung kann aber in der Praxis in vielen Fällen nicht umgesetzt werden. Teil dieser Problematik ist einerseits die Wahl der Bewertungsmethode z.B. beim Gesellschaftsanteil. Hierbei gibt es mehrere anerkannte Methoden, die zum Teil zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die einzig „richtige“ Methode gibt es hier nicht, also auch keine allgemeingültige objektive Wertbestimmung. Das Problem besteht andererseits bei den vom Anteilsnachfolger erbrachten Gegenleistungen: Während in vielen Fällen der Marktwert herangezogen werden kann, existiert ein solcher in anderen überhaupt nicht. So hat beispielsweise die Pflege durch Angehörige in der vertrauten häuslichen Umgebung¹²⁴ einen anderen Wert als dasjenige, was in einem Stundensatz einer kommerziellen Pflegeeinrichtung erfasst werden kann. In diesen Fällen spielen subjektive Erwägungen eine so große Rolle, dass eine objektive Wertbestimmung kaum möglich ist.

¹²³ Vgl. nur Palandt/ Weidenkaff, § 516 Rn. 13.

¹²⁴ Zur Vereinbarung von Versorgung und Pflege im Alter als Gegenleistung vgl. unten S. 175.

Auch Arbeitsleistungen, die der neue Gesellschafter z.B. in der Vergangenheit ohne Entlohnung für die Gesellschaft erbracht hat, können entweder nach Marktwert, also z.B. nach einem bestimmten Stundensatz, oder aber nach der durch den Einsatz der Arbeitsleistung erzielten Wertschöpfung in ihrem Wert bestimmt werden.

Es wird also erkennbar: Eine rein objektive, gleichsam „richtige“ Wertbestimmung wird nie auf Euro und Cent möglich sein. Die Suche nach dem rein objektiven „*iustum pretium*“¹²⁵ ist unmöglich. Der Wert von Leistung und Gegenleistung kann nach so vielen verschiedenen Kriterien bestimmt werden, die zu verschiedenen Ergebnissen führen, dass eine einheitliche Lösung nicht zu finden ist.¹²⁶

Vielmehr geht es für die Frage nach der objektiven Entgeltlichkeit des Nachfolgevertrags darum festzustellen, ob nach einer überblicksartigen, näherungsweise Bestimmung der Werte eine auffallende Differenz besteht. Wenn dies der Fall ist, wenn also eine teilweise Schenkung und damit Pflichtteilsergänzungsansprüche in Betracht kommen, ist ein Blick auf die subjektiven Vereinbarungen der Gesellschafter unabdingbar. Erst dabei zeigt sich, welche Bewertungsaspekte und -methoden aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles zu beachten und anzuwenden sind und inwieweit letztlich (Un-) Entgeltlichkeit gegeben ist.

Von Bedeutung ist auch ein weiterer Aspekt: Die von den Vertragsparteien des Nachfolgevertrags gewählte (und dokumentierte) Anteilsbewertungsmethode und die vom Gericht im Pflichtteilsergänzungsprozess gewählte sind nicht zwingend dieselben. Es stellt sich also die Frage, ob aus der Freiheit der Parteien zur subjektiven Bewertung der ausgetauschten Leistungen eine Verbindlichkeit der von ihnen gewählten Bewertungsmethode (so denn überhaupt in den Parteivereinbarungen eine Methode offen gelegt wurde) auch bei der späteren Berechnung der Pflichtteilsergänzungsansprüche folgt.

Die Frage nach der grundsätzlichen Verbindlichkeit der von den Parteien bei Vertragsschluss erwogenen Aspekte wird sogleich im Kapitel zum subjektiven Tatbestand der gemischten Schenkung untersucht werden.

Im Unterschied dazu wird im Zweiten Teil der Arbeit zu untersuchen sein, welche *spezifischen* Besonderheiten bei den einzelnen typischerweise ausgetauschten Leistungen im Rahmen der Gesellschafternachfolge hinsichtlich der Bestimmung des objektiven Wertes bestehen und wie diese

¹²⁵ Vgl. zum „*iustum pretium*“ nur M. Fischer, Unentgeltlichkeit, S. 52 m.w.N.

¹²⁶ Schmidt-Rimpler, FS Raiser 1974, S. 15.

Besonderheiten für die Vermeidung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen genutzt werden können.

C. Das Prinzip der subjektiven Äquivalenz und die Frage des Drittschutzes

I. Ausgangspunkt

Pflichtteilsergänzungsansprüche fallen umso geringer aus, je kleiner der Wert der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB ausfällt. Das heißt: Je kleiner der Wert des zugewandten Anteils ausfällt und je wertvoller für die Parteien die Leistungen des Nachfolgers sind, desto geringer ist der unentgeltliche Anteil des Geschäfts und sind damit die Pflichtteilsergänzungsansprüche.

Die – aus der Privatautonomie resultierende – Freiheit der Parteien hinsichtlich der Bemessung der Leistungswerte findet ihren Ausdruck in der zweiten Tatbestandsvoraussetzung der Schenkung im Sinne des § 516 BGB, nämlich der Einigkeit der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Danach liegt nur eine Schenkung vor, wenn und soweit die Parteien in ihrem Leistungsaustausch einen unentgeltlichen Teil erkennen und sich über diese Einschätzung einig sind. Umgekehrt bedeutet dies, dass durch eine (wirksame) Einigung über Entgeltlichkeit insoweit auch kein unentgeltliches Geschäft, also keine Schenkung gegeben ist.

Ein objektiv völlig unentgeltliches Geschäft können die Parteien allerdings nicht durch bloße Erklärung in ein entgeltliches umdeuten. Sie haben im Rahmen der Vertragsfreiheit lediglich die Möglichkeit, ihre subjektiven Vorstellungen vom Wert einer Leistung in die Vereinbarung aufzunehmen, auch wenn die Leistung objektiv einen anderen Wert hat¹²⁷. In den Fällen der gemischten Schenkung geht es also um die Frage, wie groß der entgeltliche und wie groß der unentgeltliche Teil der Zuwendung ist. Nur der unentgeltliche Teil ist für die Berechnung der Ansprüche aus § 2325 Abs. 1 BGB heranzuziehen. Der Grundsatz und der individuelle Gebrauch der subjektiven Bewertung der ausgetauschten Leistungen betrifft also nicht nur die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien, sondern auch die Interessen Dritter.

Für den Fall, dass die Parteien von den objektiv festzustellenden Werten abweichen wollen, stellt sich somit schon zum Zeitpunkt der vertraglichen

¹²⁷ Soergel/ Mühl/Teichmann, § 516 Rn. 21.

Vereinbarung die Frage, wo die Grenzen zwischen einer legitimen Bewertung der auszutauschenden Leistungen und der ungerechtfertigten Benachteiligung der Pflichtteilsberechtigten liegt.

II. Grundsätzliche Maßgeblichkeit der Parteivereinbarung

1. Konflikt zwischen Privatautonomie und Interessen des Pflichtteilsberechtigten

Bei der richterlichen Beurteilung, ob eine Schenkung im Sinne des § 2325 BGB vorliegt oder ein entgeltliches Geschäft, ist daher ein Ausgleich kollidierender Interessen zu finden: Auf der einen Seite muss die staatliche Ordnung den Geltungsanspruch des § 2325 BGB vor Aushöhlung durch die Beteiligten des Zuwendungsgeschäfts schützen. Auf der anderen Seite allerdings müssen auch die Beteiligten am Anteilsnachfolgevertrag davor geschützt werden, dass ihre entgeltlichen Vereinbarungen fälschlich als Schenkung qualifiziert werden und dadurch – ob über § 2325 oder über § 2329 BGB – Werte ungerechtfertigt an die Pflichtteilsberechtigten abfließen und die Liquidität der Gesellschaft gefährden.¹²⁸

Die grundsätzliche Freiheit der Parteien, objektiv ungleichwertige Leistungen als gleichwertig anzusehen, ist, wie schon angedeutet, zunächst einmal ein Ausfluss aus der Privatautonomie der Parteien.¹²⁹ Die Rechtsordnung erkennt die „Selbstherrlichkeit“ des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse an. Insofern gilt also *Juvenals* Satz: *Sit pro ratione voluntas*.¹³⁰

Auf der Ebene des Vertrags spiegelt sich dieser Grundsatz in der Natur eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts wider: Dieses beruht auf zwei übereinstimmenden Willenserklärungen. Basis für die Auslegung eines jeden Vertrags ist also, was die Parteien als Inhalt des Geschäfts wollen. Erst recht gilt dies bei § 516 BGB, wo auch die Einigkeit über die Unentgeltlichkeit des Geschäfts ausdrückliche Voraussetzung für das Vorliegen einer Schenkung ist. Eine bloß objektiv gegebene Unentgeltlichkeit reicht nicht aus.

¹²⁸ Oechsler, AcP 200 (2000), 612 plädiert im Zusammenhang mit der Abwägung der Interessen der Pflichtteilsberechtigten und der an der Unternehmensnachfolge Beteiligten für ein Rücksichtnahmegebot, d.h. „die Pflicht des Pflichtteilsberechtigten zur Rücksichtnahme auf die letztwillige Verfügung des Erblassers“. Dies dürfte aber zu weit gehen. Das Pflichtteilsrecht ist vielmehr gerade die Antipode zur Testierfreiheit des Erblassers.

¹²⁹ Grundlegend zur Privatautonomie: Maunz/ Dürig/ Di Fabio, Art. 2 Rn. 101ff.

¹³⁰ *Juvenal*, Satiren, VI 223; auch Werner Flume zitiert in diesem Zusammenhang *Juvenal* in: BGB AT, Bd. 2, S. 6.

Über das Einigsein über die Unentgeltlichkeit als tatbestandliche Voraussetzung des § 516 Abs. 1 BGB sagt etwa *Larenz*¹³¹: „Während das Moment der Bereicherung des Empfängers objektiv zu verstehen ist, tritt hier ein subjektives Moment hinzu: die ausdrücklich erklärte oder den Umständen zu entnehmende Willensrichtung und Meinung der Beteiligten entscheidet.“ und: „Die Parteien sind in der Bestimmung darüber, was sie als „Äquivalent“ ansehen, frei.“¹³²

Dass der Gesetzgeber auch und gerade im Rahmen des § 2325 BGB Wert auf die Berücksichtigung des Parteiwillens gelegt hat und diesem grundsätzlich Vorrang vor den objektiven Wertverhältnissen gegeben hat, zeigt sich in der Anknüpfung an die Schenkung. Der Gesetzgeber hätte sonst auch bei jedem Geschäft des Erblassers mit einem Dritten bei objektiver Wertdifferenz einen Pflichtteilsergänzungsanspruch gewähren können.¹³³

Es gilt also das Prinzip der subjektiven Äquivalenz, nach dem es den Parteien – eben aufgrund ihrer Privatautonomie – freisteht, auch bei objektiv gleichwertigen Leistungen eine gemischte Schenkung oder bei objektiv wesentlich divergierenden Leistungen eine Ausgeglichenheit anzunehmen und damit ein entgeltliches Geschäft zu vereinbaren.¹³⁴

Auf die Gesellschafternachfolge übertragen bedeutet dies, dass erstens der Wert des Anteils niedriger und zweitens der Wert von Einlage oder anderen Leistungen des neuen Gesellschafters höher ausfallen können als objektiv feststellbar. Trotz objektiver Differenz muss deshalb keine (teilweise) Schenkung vorliegen, wenn diese Leistungen von den Parteien als gleichwertig eingestuft werden. Allgemeingültig für die gemischte Schenkung ausgedrückt: Der von den Parteien festgelegte unentgeltliche Teil des Geschäfts kann kleiner sein als er es objektiv ist.

Auf der anderen Seite kann es aber bei der Beurteilung des Geschäfts im Rahmen des § 2325 BGB nicht lediglich darum gehen, die von den Parteien festgelegten Werte und damit das von ihnen bestimmte Verhältnis zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Teil des Vertrags mit Verweis auf die Vertragsfreiheit einfach ungeprüft hinzunehmen. Entscheidend ist zunächst der wirkliche (übereinstimmende) Wille der Parteien, nicht unbedingt der erklärte, wenn beide voneinander abweichen.

¹³¹ *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 2, Halbbd. 1, S. 198

¹³² *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 2, S. 429; Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Gedankens der subjektiven Äquivalenz vgl. *Beck*, Begriff der Unentgeltlichkeit, S. 96ff.

¹³³ Vgl. *Reiff*, Dogmatik der Schenkung, S. 216.

¹³⁴ Vgl. *Sudhoff*, Unternehmensnachfolge, § 20 Rn. 22 und 23 m.w.N.

Wenn dieser Wille allerdings dahin geht, ein unentgeltliches Geschäft zum entgeltlichen zu erklären, ist er unbeachtlich. Es kommt nicht darauf an, wie die Parteien ihr gegenleistungs-loses Geschäft rechtlich beurteilen: nämlich als entgeltlich oder unentgeltlich. Diese rechtliche Beurteilung durch die Parteien ist als bloße Eigenqualifikation nur Rechtsansicht und für die richterliche Beurteilung irrelevant.¹³⁵ Das bedeutet, dass sich die im Hinblick auf Pflichtteilergänzungsansprüche nachteiligen Rechtsfolgen eines in Wahrheit unentgeltlichen Geschäfts nicht dadurch vermeiden lassen, dass die Parteien das Geschäft zum entgeltlichen erklären. Eine solche Tarnung zur verschleierte Schenkung geht also ins Leere.¹³⁶

Im Ergebnis heißt das: Es kommt darauf an, was die Parteien wirklich an Leistungen austauschen und welche Werte sie den ausgetauschten Leistungen wirklich beimessen. Halten sie diese sich gegenüber stehenden Werte für ausgeglichen, dann liegt Entgeltlichkeit vor. Diese rechtliche Qualifizierung, die dem Gericht obliegt, folgt lediglich aus den Bewertungen der Parteien. Diese tatsächlichen Bewertungen sind also – soweit sie zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Pflichtteilergänzungsanspruches überhaupt noch feststellbar sind – Basis der Beurteilung, ob eine Schenkung im Sinne des § 2325 BGB vorlag oder nicht.

Dass hinsichtlich dieser Norm nicht alle Erklärungen der Parteien des Gesellschafter-Nachfolgevertrags per se und ohne Ansehen ihrer inhaltlichen Wahrheit Geltung für die Auslegung des § 2325 BGB beanspruchen können, ergibt sich im Übrigen bereits aus der Teleologie des § 2325 BGB: Die Norm dient ja gerade dazu, Beeinträchtigungen der Pflichtteilsansprüche durch lebzeitige Wegschenkungen zu verhindern; das muss natürlich auch und gerade für etwaige Umgehungsgeschäfte gelten.

Für den Pflichtteilergänzungsberechtigten stellen sich angesichts dieser grundsätzlichen Bewertungsfreiheit der Parteien zwei Fragen: Erstens, wie er bei Zweifeln an der Entgeltlichkeit des Veräußerungsvertrags eine eventuelle Unentgeltlichkeit beweisen soll. Denn als Kläger des Anspruchs aus § 2325 BGB hat er die Schenkung und damit auch die Schenkungsvoraussetzung „Einigung über die Unentgeltlichkeit“ grundsätzlich voll zu beweisen. Und zweitens, ob die völlige Freiheit der Parteien, ihre Leistungen selbst zu bewerten, Grenzen hat, wenn Dritte dadurch benachteiligt werden könnten.

¹³⁵ Sieker, Umgehungsgeschäfte, S. 98.

¹³⁶ Vgl. Palandt/ Weidenkaff, § 516 Rn. 8; Soergel/ Dieckmann, § 2325 Rn. 15.

2. Lösung des BGH

a. Darstellung

Zur Lösung des Konflikts zwischen der Privatautonomie der Parteien des Veräußerungsvertrags und den Interessen des Pflichtteils- (ergänzungs-) berechtigten hat der BGH einen prozessrechtlichen Weg beschritten:

Auch er stellt klar, dass für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit bei § 516 Abs. 1 BGB grundsätzlich der Parteiwille entscheidet: Subjektive Wertvorstellungen könnten, so der BGH, erfahrungsgemäß weit auseinander gehen und sich nicht selten von den objektiven Werten erheblich entfernen.¹³⁷ Noch in den 1960er Jahren verlangte der BGH vom Pflichtteilsergänzungskläger den vollen Beweis einer behaupteten Unentgeltlichkeit bei jedem für § 2325 BGB herangezogenen Veräußerungsgeschäft des Erblassers, und zwar auch bei grobem Missverhältnis zwischen den Werten der ausgetauschten Leistungen.¹³⁸ Der Schutz des Pflichtteilsberechtigten sei nämlich nicht stärker zu gewichten als die Freiheit des Erblassers, entgeltliche Geschäfte auch mit einem bewussten Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu schließen, ohne eine Inanspruchnahme seiner Erben durch die Pflichtteilsergänzungsberechtigten fürchten zu müssen.

Aus dieser Position ergibt sich aber ein strukturelles Problem mangelnder Beweisbarkeit für den Kläger: Die Einigung über die Unentgeltlichkeit zu beweisen ist dem Kläger nämlich kaum möglich, da der Beklagte als einziger, der um die subjektive Seite seines Vertrags mit dem Erblasser weiß, kaum geneigt sein wird, einen etwaigen Willen zur Unentgeltlichkeit einzugestehen.

Aus diesem Grund statuierte der BGH¹³⁹ in späteren Entscheidungen für besondere Fälle eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Pflichtteilsergänzungsklägers: Wenn ein *„auffallendes, grobes Missverhältnis zwischen den wirklichen Werten von Leistung und Gegenleistung festzustellen“* sei, *„dann erfordert es nach Ansicht des Senats der Schutzzweck des § 2325 BGB, im Einklang mit der Lebenserfahrung zunächst davon auszugehen, dass dies auch die Vertragsparteien erkannt haben und dass sie sich in Wahrheit über die unentgeltliche Zuwendung derjenigen Bereicherung einig waren, die sich bei einer verständigen und nach den Umständen vertretbaren Bewertung der beiderseitigen Leistungen ergeben hätte.“*

¹³⁷ BGHZ 82, 274, 281; bestätigt in BGH NJW 1987, 890, 892.

¹³⁸ BGH NJW 1961, 604; BGH FamRZ 1964, 429; Dies hatte schon das RG so gesehen in RGZ 163, 257ff.

¹³⁹ Bereits in BGH NJW 1972, 1709, 1710 = BGHZ 59, 132.

Zur Präzisierung dieser Entscheidung erklärt der BGH jedoch: „Diese Beweiserleichterung kann aber entgegen der Auffassung des Berufungsgewichts nicht schon bei jedem objektiven Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingreifen.“¹⁴⁰ Es müsse ein grobes Missverhältnis gegeben sein.

Auch stellt der BGH¹⁴¹ klar, dass er lediglich eine Beweiserleichterung, nicht eine Beweislastumkehr gewähre. Das heißt, dass der beklagte Erbe (§ 2325 BGB) oder Beschenkte (§ 2329 BGB) zu seiner Verteidigung lediglich Tatsachen darlegen und beweisen muss, die geeignet sind, die tatsächliche Vermutung der Unentgeltlichkeit auszuräumen. Er muss nicht den vollen Beweis der Entgeltlichkeit führen.

Wenn dem Beklagten trotz entsprechender Verteidigungs-Behauptungen der Beweis für das Vorliegen besonderer Umstände misslingt, nach denen eine Entgeltlichkeit gerechtfertigt sei, so muss das Gericht die Höhe der gemischten Schenkung bestimmen, mithin die Grenze zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit ziehen. Für diese Beurteilung sind diejenigen Bewertungen maßgeblich, die, so der BGH¹⁴², „nach den Umständen haltbar“ sind.

b. Reaktionen der Literatur

Die Literatur ist diesem Lösungsweg größtenteils gefolgt.¹⁴³

*Dieckmann*¹⁴⁴ weist besonders darauf hin, dass selbst wenn sich die Veräußerung als gemischte Schenkung erweist, auch seiner Ansicht nach nicht etwa die Differenz zwischen den objektiven Werten der ausgetauschten

¹⁴⁰ BGHZ 82, 274, 281; bestätigt in BGH NJW 1987, 890, 892 und BGH NJW 1995, 1349, 1350; Dass nicht jede vom Objektiven abweichende Bewertung durch die Parteien Dritten, z.B. Pflichtteilsberechtigten gegenüber unwirksam sei, sondern nur willkürliche Bewertungen, haben bereits das Reichsgericht und später auch der BGH entschieden: RG HRR 34 Nr. 1441; BGH NJW 1961, 604; Nach BGH DNotZ 1996, 652ff., 657 fehlt es an einem auffälligen und groben Missverhältnis, wenn eine Geldzuwendung (knapp 68.000 DM) die Gegenleistung im Wert von ca. 38 000 DM um knapp 30 000 DM, also um immerhin fast 80 Prozent, übersteigt!

¹⁴¹ BGH FamRZ 1973, 626 = DNotZ 1973, 626, 627 = WM 1973, 681.

¹⁴² BGHZ 59, 132, 136f.

¹⁴³ Staudinger/ *Olshausen*, § 2325 Rn. 14; MünchKommBGB/ *Lange*, § 2325 Rn. 14; Palandt/ *Edenhofer*, § 2325 Rn. 9; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. A., S. 92; *Lange-Kuchinke*, Erbrecht, S. 935; *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 452; *Zoller*, Schenkungen, S. 118f. löst das vergleichbare Problem in Art. 527 bzw. 626 des schweizerischen ZGB nach den Grundsätzen von Treu und Glauben: Wenn der Zuwendungsempfänger danach die Zuwendung als teilweise unentgeltlich hätte erkennen müssen, dann liegt eine gemischte Schenkung vor. Der Kläger muss diese nach dieser Ansicht also ebenfalls nicht voll beweisen.

¹⁴⁴ *Soergel/ Dieckmann*, § 2325 Rn. 16 m. zahlr. w.N.

Leistungen für den Pflichtteilergänzungsanspruch herangezogen werde, sondern die Differenz derjenigen durch die Vertragsparteien bestimmten Werte, die „bei einer verständigen, die konkreten Umstände des Falles berücksichtigenden Wertbeurteilung noch vertretbar“¹⁴⁵ seien.

Auch für *M. Fischer*¹⁴⁶ ist eine bewusste von den objektiven Werten abweichende Bewertung erst dann nicht mehr für die Beurteilung der Entgeltlichkeit maßgeblich, wenn sie jeder sachlichen Grundlage entbehre.

*Kollhosser*¹⁴⁷ stimmt dem BGH im Grundsatz ebenfalls zu, betont aber zu Recht die Schranken der Begünstigung für den Pflichtteilsberechtigten. Die dem Pflichtteilergänzungskläger vom BGH gewährte Beweiserleichterung müsse die äußerste Grenze der Einschränkung der Vertragsfreiheit sein, d.h. dass sich ein etwaiges Abstellen allein auf objektive Merkmale der Schenkung auch in Extremfällen verbiete: „Meines Erachtens ist es mit dem klaren Gesetzeswortlaut des § 2325 (...) einerseits und den schutzwerten Interessen des Zuwendungsempfängers andererseits, der – u.U. Jahre – auf einen entgeltlichen Erwerb vom Erblasser vertraut hat, nicht zu vereinbaren, wenn man einem ernsthaft gemeinten gegenseitigen Vertrag deshalb die Wirkung versagt, weil die gemeinsamen Bewertungsvorstellungen der Parteien ‚ohne jede sachliche Grundlage‘ und ‚willkürlich‘ (d.h. objektiv falsch, aber subjektiv ehrlich) waren.“

*Sieker*¹⁴⁸ untersucht zunächst den Begriff der tatsächlichen Vermutung als Beweiserleichterung bei eventueller Umgehung des § 2325 BGB näher und erkennt hinsichtlich der Voraussetzungen eine Nähe zum Anscheinsbeweis. Voraussetzung für die Anwendung des Anscheinsbeweises sei nach allgemeiner Ansicht die Existenz eines typischen Geschehensablaufes, der eine genaue Aufklärung der tatsächlichen Umstände entbehrlich erscheinen lässt.¹⁴⁹ Unter dieser Voraussetzung - *Prütting*¹⁵⁰ beschreibt den typischen Geschehensablauf als „ein sich aus der Lebenserfahrung bestätigender gleichförmiger Vorgang, durch dessen Typizität es sich erübrigt, die tatsächlichen Einzelumstände eines bestimmten historischen Geschehens nachzu-

¹⁴⁵ Dies klingt zunächst doch wie eine rein objektive Wertbeurteilung. *Dieckmann* zitiert mit dieser Formulierung BGH FamRZ 1981, 765, 766 (= NJW 1981, 2458), versäumt aber darzustellen, dass der BGH diese „noch vertretbaren Wertbeurteilungen“ lediglich als Grundlage für die tatsächliche Vermutung heranzieht, die der Beklagte eben noch durch substantiiertes Bestreiten erschüttern kann.

¹⁴⁶ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 450.

¹⁴⁷ MünchKommBGB/ *Kollhosser*, § 516 Rn. 27.

¹⁴⁸ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 105ff.

¹⁴⁹ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 108 m.w.N. in Fn. 262.

¹⁵⁰ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 95 und 100ff.

weisen („irgendwie-Beweis“) –, könne der beweisbelasteten Partei insofern der Beweis erleichtert werden, als aus den feststehenden Tatsachen oder Indizien im Zusammenhang mit den angenommenen Erfahrungssätzen auf die entscheidungserhebliche Tatsache geschlossen wird, ohne dass es einer genaueren Aufklärung des Sachverhalts bedarf. Dem Prozessgegner wird sodann die „Erschütterungslast“ zugewiesen, d.h. er muss ggf. Tatsachen darlegen und beweisen, die für einen atypischen Geschehensablauf sprechen.

Diesen theoretischen Voraussetzungen genüge, so *Sieker*, die Gewährung der Beweiserleichterung durch den BGH: Es könne durchaus als typischer Geschehensablauf angesehen werden, dass bei einem auffallenden, groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung die Parteien das Missverhältnis erkannt haben und sich über die teilweise Unentgeltlichkeit des Vertrags einig waren.¹⁵¹

*Spellenberg*¹⁵² dagegen hält die vom BGH gewährte Beweiserleichterung zu Gunsten des Klägers für überflüssig, weil diese ohnehin den üblichen Beweisregeln entspreche. Er geht nämlich für die Beweislastverteilung zunächst von normalen, marktgängigen Vorstellungen aus und will – wenn sich dabei ein Missverhältnis ergibt – dann dem Beklagten auferlegen, etwaige besondere Umstände des Einzelfalles vorzutragen, die evtl. abweichende Wertbeurteilungen zu seinen Gunsten verursachten. Erscheinen diese hiernach als möglich, müsste der Kläger Gegenteiliges beweisen.

Trage der Beklagte also vor, Grundlage für die Vermögensverfügung des Erblassers sei trotz Missverhältnisses der Leistungen ein Kaufvertrag (bzw. allgemein ein entgeltlicher Vertrag) gewesen, so müsse er die Gründe für eine objektiv starke Abweichung zwischen Leistung und Gegenleistung ohnehin darlegen, weil, so *Spellenberg*¹⁵³, einem Kaufvertrag wenigstens die Tendenz zur Gleichwertigkeit innewohne. Wo es – nach einer konkreten, im objektiven Tatbestand vorzunehmenden Prüfung – nicht mehr möglich sei, die beiderseitigen Leistungen als äquivalent anzusehen, könne man auch nicht mehr von einem (reinen) Kauf sprechen.

Auch der BGH lasse nicht erkennen, welche weiteren Umstände – außer einer ungewöhnlichen aber gerechtfertigten Bewertung der ausgetauschten Leistungen – noch für die Annahme eines entgeltlichen Geschäfts sprechen können. Vielmehr seien solche Umstände, die bei objektiv (also unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände) grobem Missverhältnis dennoch

¹⁵¹ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 109.

¹⁵² *Spellenberg*, FamRZ 1974, 350, 359.

¹⁵³ *Spellenberg*, FamRZ 1974, 350, 356.

für Entgeltlichkeit sprechen könnten, gar nicht denkbar. In solchen Fällen liege also immer eine gemischte Schenkung vor.

Könne der Beklagte umgekehrt besondere Umstände plausibel machen, die für eine Entgeltlichkeit sprächen, so liege auch keine Schenkung vor. § 2325 BGB wolle nicht Geschäfte verhindern, bei denen außergewöhnliche Umstände besondere Wertfestsetzungen notwendig machten. Vielmehr erschienen nach *Spellenberg* solche Geschäfte nicht einmal als bedenklich.

c. Stellungnahme

Kollhossler ist darin zuzustimmen, dass das Hauptaugenmerk bei der Prüfung der Schenkung im Rahmen des § 2325 BGB darauf liegen muss, die wahren, ernsthaft gemeinten Vereinbarungen der Parteien zu Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit herauszufinden. Ein bloßes Abstellen auf eine objektive Wertdifferenz, aus der etwa ohne weiteres eine gemischte Schenkung zu folgern wäre, widerspräche der grundgesetzlich geschützten Privatautonomie der Vertragsparteien.

Das Erfordernis, wonach der Beklagte bei einem festgestellten objektiv groben Missverhältnis der ausgetauschten Leistungen die Umstände für eine angeblich vereinbarte Entgeltlichkeit zu beweisen hat, ist zum – ebenfalls grundgesetzlich garantierten¹⁵⁴ – Schutz des Pflichtteilsberechtigten notwendig und angemessen. Sie stellt im Übrigen, so auch *Sieker*¹⁵⁵, gegenüber der rein objektivierenden Auslegung von § 2325 BGB, bei der der Wille der Parteien keine Rolle spielt, das mildere Mittel dar: Eine Beweiserleichterung kann immer von demjenigen, den sie belastet, entkräftet werden.

Ob für die Beweisfrage dem BGH oder *Spellenberg* zu folgen ist, muss hier nicht entschieden werden. Denn für die Parteien des Pflichtteilsergänzungsprozesses ist es unerheblich, ob der Beklagte aufgrund einer Beweiserleichterung zu seinen Lasten oder aufgrund angeblicher allgemeiner Beweisregeln die Umstände darlegen und beweisen muss, die für eine Entgeltlichkeit des Vertrags sprechen. Es bleibt im Ergebnis dabei, dass er diese Umstände jedenfalls zu beweisen hat.

Ebenso wichtig ist die Erkenntnis, dass bei Scheitern dieses Beweises nach dem BGH die „nach den Umständen haltbaren Bewertungen“ der Vertragsparteien für die Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruches heranzuziehen sind.

¹⁵⁴ Ausdrücklich geklärt ist dies nun durch BVerfG NJW 2005, 1561 für das Pflichtteilsrechts der Kinder. Vgl. auch Palandt/ *Edenhofer*, Überbl. vor § 2303, Rn. 3.

¹⁵⁵ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 107.

So praktikabel der Ansatz des BGH zunächst erscheint, der sich immerhin nicht mit der deskriptiven Feststellung einer verschleierte Schenkung, also eines missbräuchlichen Geschäfts oder einer Gesetzesumgehung aufhält, sondern gleich an den Kern des § 2325 BGB, der Frage nach Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit, herangeht: Mit der Prüfung des „auffälligen, groben Missverhältnisses“ zwischen Leistung und Gegenleistung ist für eine brauchbare Beurteilung der Entgeltlichkeit eines Veräußerungsvertrags freilich erst der erste Schritt getan.

Der BGH begnügt sich letztlich mit der Verteilung der Beweispflichten. Inhaltlich, also für die Frage, *inwieweit* eine Abweichung vom objektiven Wert noch mit subjektiven Erwägungen gerechtfertigt werden kann, ist durch diese Beweispflichtverteilung nichts gewonnen.

Von entscheidender Bedeutung – im allgemeinen und für die in der vorliegenden Arbeit behandelten Gesellschafternachfolgefälle – ist nämlich die Frage, erstens wann ein solches grobes, auffälliges Missverhältnis vorliegt und zweitens welche „nach den Umständen haltbaren Bewertungen“ gelten, worauf die Parteien also zu achten haben, wenn sie entsprechende Verträge gestalten. Dies lassen sowohl der BGH wie auch die Literatur offen.

Es bleibt also im nächsten Schritt die Aufgabe, die Voraussetzungen und rechtlichen Mittel zu konkretisieren, anhand derer die Vereinbarungen der ursprünglichen Vertragsparteien auf ihr Maß an Entgeltlichkeit zu überprüfen sind. Es sind Kriterien zu finden, die – zumindest bei Gesellschafternachfolgefällen – eine engere Eingrenzung dieser vagen Begriffe ermöglichen und dadurch für die Beteiligten der Gesellschafternachfolge eine größere Rechtssicherheit hinsichtlich Konsequenzen im Sinne des § 2325 BGB bieten können. Gibt es also Unterscheidungsmerkmale, die von vorneherein die Bestimmung des objektiven Verhältnisses zwischen den ausgetauschten Leistungen erleichtern und die für eine Vielzahl von Fällen enger eingrenzen, ob Bewertungen „haltbar“ oder „vertretbar“ sind? Können allgemeingültige Kriterien gefunden werden, die Zweifel an der Entgeltlichkeit eines Vertrags, bzw. an der Richtigkeit der subjektiven Bewertungen durch die Parteien von vorneherein ausräumen bzw. im umgekehrten Fall bestätigen?

III. Entwicklung von Kriterien zur Prüfung der subjektiven Einigung

Hinsichtlich der Beweiserleichterung des BGH liegt also zunächst beim Abschluss des Veräußerungsvertrags und später – nach dem Erbfall – in der Prozesssituation das Problem für den Erben, bzw. im Fall des § 2329 BGB

für den Zuwendungsempfänger, in der Frage, welche Umstände für eine wirklich gewollte Entgeltlichkeit sprechen und wie diese zu beweisen sind.

Auch weil eine der Vertragsparteien – der Erblasser – naturgemäß im Pflichtteilsergänzungsprozess als Zeuge für Wertbeurteilungen und für die Entgeltlichkeitsvereinbarung nicht zur Verfügung steht, könnten einzelfallunabhängige Kriterien dazu dienen, den Beteiligten im Prozess (und möglichst schon davor) Klarheit über Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit zu verschaffen. Letztlich müsste anhand solcher Kriterien die Plausibilität der (substantiierten) Behauptung des Beklagten, der Erblasser habe die Veräußerungen aufgrund eines entgeltlichen Vertrags vorgenommen, objektiver und vorhersehbarer zu prüfen sein.

Die Kriterien sollten also dabei helfen, die inhaltliche Richtigkeit entsprechender Vereinbarungen (bzw., soweit entsprechende Unterlagen nicht vorhanden sind, der entsprechenden Behauptungen des Beklagten) zu prüfen: Entsprechen die erkennbaren Vereinbarungen der Parteien des Nachfolgevertrags wirklich dem, was sie gewollt haben, ist dieser Wille für die Berechnung der Pflichtteilsergänzungsansprüche (allein) ausschlaggebend, oder ist etwa in Wirklichkeit Unentgeltlichkeit gewollt, der Vertrag also – um mit dem BGH¹⁵⁶ zu sprechen – „frisirt“ worden, um etwaige Pflichtteilsergänzungsansprüche (oder andere Ansprüche Dritter) zu beschneiden?

1. *Susanne Sieker*: Fremdvergleich als besondere Anforderung an das Beweismaß im Steuerrecht

*Sieker*¹⁵⁷ macht in ihrer Untersuchung zur dogmatischen Behandlung von Umgehungsgeschäften deutlich, dass es bei der Frage nach Grund und Höhe von Pflichtteilsergänzungsansprüchen letztlich um die Frage geht, wie das zu Grunde liegende Geschäft des Erblassers rechtlich zu qualifizieren ist. Diese Qualifizierung ist für *Sieker* notwendige Voraussetzung für die von ihr vertretene Methode zur Verhinderung (erfolgreicher) Umgehungsgeschäfte, nämlich der die Umgehung abwehrenden Auslegung einer Norm.¹⁵⁸

Im Ergebnis schließt sie sich für die Ermittlung des Sachverhalts (als Grundlage für die rechtliche Qualifizierung) der Schenkung im Sinne der §§ 2325, 516 BGB, wie oben gesehen, der BGH-Methode einer Beweiserleichterung zu Gunsten des Pflichtteilsergänzungsberechtigten an.¹⁵⁹

¹⁵⁶ BGHZ 59, 132, 136.

¹⁵⁷ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 95 und 105.

¹⁵⁸ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 45; Vgl. dazu auch *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S. 15ff.

¹⁵⁹ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 217.

Sieker behandelt außerdem – ohne allerdings selbst eine etwaige analoge Anwendung auf § 2325 BGB zu prüfen – im Rahmen der Betrachtung von gebräuchlichen Beweiserleichterungen den sog. steuerlichen Fremdvergleich.

Ob diese Methode der Beweiserleichterung, die ebenso wie in den Fällen der Anteilsnachfolge in Familiengesellschaften die Problematik familieninterner Verträge mit drittbeeinträchtigender Wirkung lösen soll, auch für die Abgrenzung von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit bei § 2325 BGB herangezogen werden kann, soll sogleich untersucht werden.

Gegenstand des in der Finanzverwaltung gebräuchlichen steuerrechtlichen Fremdvergleichs¹⁶⁰ sind Verträge zwischen Familienangehörigen, die bestimmte steuerrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Es geht in diesen Fällen um die Frage, ob familieninterne Vereinbarungen, die für beide Seiten steuerliche Vorteile nach sich ziehen, tatsächlich und in der von den Beteiligten behaupteten Höhe geschlossen wurden. In diesen Fällen hat keine der Parteien ein Interesse, dem Finanzamt eine in Wirklichkeit etwa vorliegende andere Gestaltung zu offenbaren.

Methodisch werden diese Vereinbarungen daran gemessen, ob diese Verträge dem entsprechen, was zwischen Fremden üblich ist. Es handelt sich beim Fremdvergleich also um die Herabsetzung des Beweismaßes, d.h. der für die richterliche Überzeugung notwendige Grad an Gewissheit hinsichtlich der entscheidungserheblichen Umstände wird verringert. Die Steuerbehörde muss also – wenn sie an den Vereinbarungen zweifelt – nicht eine von ihr vermutete andere Gestaltung beweisen, sondern kann sich mit einem Vergleich begnügen, ob dermaßen vorteilhafte Geschäfte auch unter Fremden geschlossen worden wären.

Dasselbe gilt – wiederum auf dem Gebiet des Steuerrechts – für Zuwendungen einer Kapitalgesellschaft an ihren beherrschenden Gesellschafter.

Was die Zielrichtung des Fremdvergleichs angeht, geht es um die Feststellung des relevanten Sachverhalts, der von der Steuerbehörde anders schwer nachzuweisen ist, d.h. um eine Richtigkeitsgewähr der von den Steuerpflichtigen vorgetragenen Behauptungen auf tatbestandlicher, tatsächlicher Ebene¹⁶¹.

Insofern – also was die Beweisbarkeit von Absprachen zwischen familieninternen Parteien eines Anteilsnachfolgevertrags hinsichtlich der Entgelt-

¹⁶⁰ BFH GrS 1/88, BStBl. 1990 II, 160, 164; Vgl. auch *Sieker*, Umweggeschäfte, S. 110ff. m. zahlr. w. N.

¹⁶¹ Vgl. dagegen unten, S. 66 *Habersack* mit der Prüfung einer Richtigkeitsgewähr auf materieller, inhaltlicher Ebene.

lichkeit angeht – ist auf den ersten Blick eine vergleichbare Situation zum steuerrechtlichen Fremdvergleich gegeben. Man könnte also daran denken, diesen Fremdvergleich auch auf die Frage anzuwenden, ob und in welcher Höhe die Parteien einer innerfamiliären Gesellschafternachfolge Vereinbarungen über die teilweise Unentgeltlichkeit des zugewandten Anteils getroffen haben. Wie also – so ist zu fragen – wäre in diesen Fällen eine Nachfolge geregelt worden, wenn ein Fremder den Anteil übernommen hätte bzw. in die Gesellschaft eingetreten wäre? In welcher Höhe hätten die Parteien in diesem Fall den Anteil und die von dem neuen Gesellschafter eingebrachten Beiträge bewertet? Damit wäre – jedenfalls für Fälle der familieninternen Anteilsnachfolge – ein Kriterium gewonnen, nach dem die Trennlinie zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit gezogen und damit der Betrag der Schenkung leichter bestimmt werden könnte.

Bevor diese Fragen beantwortet werden¹⁶², sollen noch andere Ansätze und Grundsätze zur Abgrenzung entgeltlicher und unentgeltlicher Verträge dargestellt werden.

2. *Michael Fischer*: Betonung der liberalen Grundhaltung des BGB

a. Darstellung

Das Wesen der Unentgeltlichkeit im Zivilrecht und dabei auch die Abgrenzung zur Entgeltlichkeit in Fällen des § 2325 BGB ist namentlich von *Michael Fischer*¹⁶³ untersucht worden. Er betont den hohen Stellenwert der Privatautonomie und die „liberale Grundhaltung des BGB“. Da die dem BGB zugrunde liegende Schuldrechtsordnung auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit aufbaue, entscheide über die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen der freie Wettbewerb. Bezogen auf den konkreten Vertrag folge die Gleichwertigkeit aus dem Umstand, dass einzig die Parteien sie nach ihrem erklärten Willen als gleich setzen. Der Wert einer Leistung werde insbesondere durch die besonderen persönlichen Umstände, die eine Leistung für eine Partei als wertvoll (oder wertlos) erscheinen lassen, mitbestimmt.¹⁶⁴

Da es also bei der Auslegung des konkreten Vertrags darum gehe festzustellen, ob dieser nach der erkennbaren Interessenlage der Parteien entgeltlicher Natur ist, komme es, so *Fischer*, nicht auf ein mögliches objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung an. Leistung und Gegenleis-

¹⁶² Unten S. 73.

¹⁶³ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, *passim*.

¹⁶⁴ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 56.

tung seien nur insofern, nämlich „funktional“, gleichwertig, als die Parteien sie im gegenseitigen Vertrag als gleich setzen.¹⁶⁵ (sog. funktionale Äquivalenz)

Wenn also ein Unternehmer sein insolvenzreifes Unternehmen, das er selbst nicht sanieren kann oder will, für einen symbolischen Euro an einen Erwerber veräußert, der nicht mehr zu zahlen bereit ist, so liegt auch dann ein voll entgeltliches Geschäft vor, wenn das Unternehmen objektiv mehr wert gewesen wäre.¹⁶⁶

Fischer weist darauf hin, dass die – in solchen Fällen eines objektiv großen Missverhältnisses auch von ihm vertretene – Beweiserleichterung des BGH zu Gunsten des Pflichtteilsergänzungs-Klägers lediglich dessen schwache Beweisposition verbessern, nicht aber die materielle Rechtslage zu seinen Gunsten verändern soll.

Zur Teleologie des § 2325 BGB stellt *Fischer* fest, dass ein absoluter Schutz der Interessen der Pflichtteilsberechtigten, der gegenüber allen anderen Interessen vorrangig wäre, vom Gesetzgeber offenbar nicht beabsichtigt sei: Sonst würde § 2325 BGB nicht auf den Schenkungsbegriff des § 516 BGB verweisen, sondern z.B. objektive Unentgeltlichkeit ausreichen lassen. Vielmehr sei durch diese Verweisung auf die subjektive Einigung der Erwerber und damit der Rechtsverkehr geschützt: Die Beständigkeit des Erwerbs solle nicht davon abhängen, ob der Veräußerer im erbrechtlichen „Innenverhältnis“ ordnungsgemäß gehandelt hat.¹⁶⁷

Die Abgrenzung zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit über den von den Parteien verfolgten Zweck hätten, so *Fischer*, bereits *Crome*¹⁶⁸ und *Mallinckrodt*¹⁶⁹ vorgenommen. Beide hätten bereits kurz nach Inkrafttreten des BGB die zutreffende Aussage getroffen, dass die entgeltlichen Geschäfte diejenigen des wirtschaftlichen Verkehrs seien und wirtschaftlichen Zwecken dienten, während mit den anderen keine wirtschaftlichen, d.h. eigennützigen Zwecke verfolgt würden. Daher liege, so wiederum *Fischer*, also ein vollständig entgeltlicher Vertrag vor, wenn – auch bei Abweichung von Leistung und Gegenleistung – von beiden Seiten eigennützige Interessen verfolgt werden. Erst wenn auf einer Seite keine vollständig eigennützigen

¹⁶⁵ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 57.

¹⁶⁶ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 448.

¹⁶⁷ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 363.

¹⁶⁸ *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I §§74 a.E., 75.

¹⁶⁹ *Mallinckrodt*, Über Unentgeltlichkeit, S. 6.

Interessen mehr vertreten werden und beide Parteien sich darüber einig sind, liege teilweise Unentgeltlichkeit vor.¹⁷⁰

Eine (materielle!) Einschränkung der rein subjektiven Freiheit der Bewertung vertritt *Fischer*, wenn die Parteien die ausgetauschten Leistungen völlig willkürlich bewerten und dadurch Dritte benachteiligt werden. Eine Unbeachtlichkeit des Parteiwillens lässt *Fischer* aber erst in Fällen gelten, in denen die Bewertung der Parteien jeglicher sachlichen Grundlage entbehrt.¹⁷¹ Er weist außerdem darauf hin, dass auch bei dieser Beurteilung die persönlichen Wertvorstellungen der Parteien und nicht etwa objektive Maßstäbe anzulegen seien.

Ein besonderes Problem im Rahmen der Abgrenzung zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit stellen für *Fischer* ideelle Gegenleistungen dar, deren persönlicher Nutzen für den Leistenden sich nicht objektivierbar feststellen lässt.¹⁷² Da es dem Zuwendenden gestattet sein müsse, auch ideelle Interessen zu verfolgen, und trotz der offensichtlichen einseitigen (materiellen) Bereicherung der Maßstab einer funktionalen Äquivalenz im Ausgangspunkt anzuerkennen sei, könne eine ideelle Gegenleistung nicht per se als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden. Die liberale Grundhaltung des BGB erlaube es dem einzelnen, auch für Gegenleistungen, die wirtschaftlich sinnlos oder unvernünftig erscheinen, wirtschaftlich Wertvolles hinzugeben, und zwar ohne dass das Gesetz dies als unentgeltlich und damit als weniger beständig, z.B. gegenüber Pflichtteilsergänzungsansprüchen, einstufte. Wer eine, wenn auch ideelle, Gegenleistung fordere, dem gehe es erkennbar um eigennützige, „egoistische“ Ziele, die eine Unentgeltlichkeit ausschließen.

Anders dagegen könne auch hier die Lage in Fällen mit Drittbezug zu beurteilen sein, wenn nämlich nicht der Zuwendende die möglicherweise unvernünftigen Folgen seiner Verpflichtungen zu tragen hat, sondern unbeteiligte Dritte. Diese konnten nämlich nicht selbst über die Eingehung von Geschäften entscheiden, die für sie nachteilig sind. Die Berücksichtigung von deren Interessen spreche für einen objektivierten Maßstab, der also die subjektiven, evtl. wirtschaftlich unvernünftigen Erwägungen des Zuwendenden (und seines Vertragspartners) zu Gunsten des Dritten ausblendet.¹⁷³

¹⁷⁰ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 57.

¹⁷¹ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 450.

¹⁷² *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 405f., 451.

¹⁷³ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 407 und 447 spricht ausdrücklich von „analoger Ausweitung“ der an den Schenkungstatbestand anknüpfenden Schutzvorschriften in solchen Fällen, in denen Dritte geschützt werden müssen.

Wichtig – auch für den Schutz Dritter wie der Pflichtteilsberechtigten – ist *Fischer's* Hinweis, dass die Interessen der Vertragspartner nur dann Berücksichtigung für die Beurteilung der (Un-) Entgeltlichkeit finden könnten, wenn sie im Vertrag „internalisiert“ seien. Es handle sich zwar auch dann um einen entgeltlichen Vertrag, wenn keine Gegenleistung erbracht wird, sondern bestimmte wirtschaftliche Vorteile, die der Leistende als Ausgleich erreichen will, als Geschäftsgrundlage in dem konkreten Vertrag internalisiert seien. Bloße Hoffnungen oder Motive des Vertragsschließenden, also externe wirtschaftliche Gründe reichten aber nicht aus.¹⁷⁴

b. Stellungnahme

Fischer betont zu Recht, dass sich aufgrund der starken Verankerung der Vertragsfreiheit im BGB der Gedanke bloßer objektiver Äquivalenz, also „ausgleichender Gerechtigkeit“, als Maßstab zur Abgrenzung zwischen gemischter Schenkung und entgeltlichem Vertrag im konkreten Lebenssachverhalt nicht eignet. Grundsätzlich ist vielmehr ausschließlich auf die Parteiintentionen abzustellen.

Der Parteiwille ist also, soweit keine rechtsmissbräuchlichen Gestaltungen vorliegen, in erster Linie zu beachten. Dies gilt auch gegenüber Pflichtteilsberechtigten, und zwar auch dann, wenn dem Erblasser bestimmte ideale Werte so wichtig sind, dass er sie als Gegenleistung akzeptiert.

Die Beweiserleichterung zu Gunsten des klagenden Pflichtteilsberechtigten reicht aus, um ihn zu schützen. *Fischer* ist insbesondere beizupflichten, dass es außerhalb von Missbrauchsfällen, d.h. Bewertungen ohne jeder sachlichen Grundlage, keiner materiellen Erweiterungen des § 2325 BGB bedarf. Insofern ist der Empfänger und der Rechtsverkehr schutzwürdiger.

3. *Mathias Habersack*: Interessenpolarität

a. Darstellung

Einen weiteren Ansatz zur Prüfung der vom Zuwendungsempfänger behaupteten Entgeltlichkeit des Veräußerungsvertrags könnte *Habersack*¹⁷⁵ bieten. Auch er hat die inhaltliche Richtigkeit von Verträgen unter dem Blickwinkel des Spannungsverhältnisses von Vertragsfreiheit und Drittinteressen eingehend untersucht.

¹⁷⁴ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 66f.; Vgl. auch *Oertmann*, Entgeltliche Geschäfte, S. 15ff. und BFH Gr. Senat BStBl. II 1997, 735 (sog. Apothekerbeschluss).

¹⁷⁵ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, *passim*

Habersack unterscheidet zunächst zwischen der Notwendigkeit, einen Vertrag mit Drittbezug überhaupt inhaltlich zu kontrollieren, der Frage also, *ob* es einer solchen Kontrolle bedarf, auf der einen Seite, und der Frage, *wie* eine solche Kontrolle stattzufinden habe, auf der anderen.

(1) „Richtigkeitsgewähr“ eines Vertrags

Ein Aufgreifkriterium für die Frage nach dem „Ob“ entwickelt *Habersack*¹⁷⁶ mit Hilfe der Lehre vom Institutsmissbrauch. Diese besagt, dass die Rechtsordnung nicht allein auf der Gewährung subjektiver Rechte der Individuen aufbaut, sondern daneben auch auf der Konstituierung objektivrechtlicher Institute. Diese sind z.B. das Eigentum, die Ehe und eben der Vertrag. Der Vertrag ist danach nicht nur Quelle der vertraglichen Ansprüche, sondern auch Träger bestimmter (weiterer) Funktionen. Nur als Mittel zur Realisierung dieser ihm zugewiesenen Funktionen ist dabei der Gebrauch des Instituts „Vertrag“ von der Rechtsordnung legitimiert.

Außerhalb der Rechtsordnung befindet sich damit der Gebrauch des Vertrags durch einen oder beide Vertragspartner für Zwecke, die den ihm zugewiesenen Funktionen nicht entsprechen. Ein solches Vorgehen ist als Missbrauch des Instituts zu qualifizieren. Die Lehre vom Institutsmissbrauch versagt also dem Gebrauch des Vertrags zu Zwecken, die über seine eigentlichen Funktionen hinausgehen, die rechtliche Anerkennung.

Es ist also mit *Habersack* zu klären, welche Funktionen der Vertrag nach der Lehre vom Institutsmissbrauch erfüllt und damit, welche Grenzen den Vertragspartnern gesetzt sind.

Zunächst stellt in einer freiheitlichen Rechtsordnung, die die Selbstbestimmung der Rechtssubjekte anerkennt, der Vertrag ein Mittel dar, die Privatautonomie zu verwirklichen, verstanden als Freiheit, die eigenen Rechtsverhältnisse zu gestalten.¹⁷⁷

Weiterhin kommt dem Vertrag aber auch die Funktion zu, eine „richtige“ Regelung herbeizuführen. Im Normalfall sei allein schon durch den Gebrauch des Gestaltungsmittels „Vertrag“ die inhaltliche Richtigkeit der Vereinbarung gesichert. Diese Lehre von der Richtigkeitsgewähr geht zurück auf *Walter Schmidt-Rimpler*¹⁷⁸. Danach stelle das Zusammenwirken zweier Parteien bei der Gestaltung einer vertraglichen Regelung durch den

¹⁷⁶ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 36ff.

¹⁷⁷ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 41f.; Vgl. schon oben *Flume*, Fn. 130.

¹⁷⁸ *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130ff.; *ders.*, FS Raiser, 1974, S. 5.

Ausgleich entgegengesetzter Interessen die inhaltliche Richtigkeit der Regelung sicher. Diese These war zwar heftig umstritten¹⁷⁹, ist aber letztlich von Literatur¹⁸⁰ und Rspr.¹⁸¹ angenommen worden.

Schmidt-Rimpler geht davon aus, dass eine mehrseitige Regelung, deren Inhalt allein von den Interessen einer der Parteien bestimmt würde, keine Richtigkeitsgewähr in sich tragen könne, weil eine gerechte oder auch nur zweckmäßige Regelung selten mit der von der einzelnen Partei gewünschten Rechtsfolge deckungsgleich sei. Man könne auch nicht davon ausgehen, dass der einzelne Teilnehmer am Rechtsverkehr sich bei der Verfolgung seiner Ziele schlechthin und typisch von den Grundsätzen der Gerechtigkeit und Richtigkeit bestimmen lasse und bei der Verfolgung seiner Vorteile immer in den richtigen Grenzen bleibe. Das sei auch durch beste Erziehung nicht zu erreichen; außerdem wisse der einzelne gar nicht immer, was die objektive Richtigkeit erfordere.

Wenn sich Vorteil und Nachteil auf beiden Seiten jeweils gegenüber ständen, verbürge dies hingegen eine entsprechende gegenseitige Einwirkung zum Richtigen hin.¹⁸² Die individuellen Interessen der Parteien würden durch diesen sog. „Vertragsmechanismus“ abgeschliffen, weil jedermann gegen Ungerechtigkeiten, die aus dem Ansinnen der anderen Partei resultieren und einen selbst belasten, ein besonders empfindliches Gefühl habe, und diesen Ungerechtigkeiten entsprechend entgegen trete.¹⁸³

Ein unter solchen Voraussetzungen ausgehandelter Vertrag erfülle idealtypischer Weise also die Funktion der „richtigen Regelung“ und ist daher von der Rechtsordnung anzuerkennen.

(2) Fehlen von Interessenpolarität

Allerdings betont auch *Schmidt-Rimpler*¹⁸⁴ selbst, dass die Gewährleistung von Richtigkeit eines Vertrags an Voraussetzungen gebunden ist, also nicht in jedem Falle zweier Vertragspartner gegeben sei. So könne ein Abschleifen gegenseitiger Interessen nicht funktionieren, wenn zwischen den Parteien nicht ein gewisses Machtgleichgewicht bestehe. Außerdem – und dies ist für die vorliegende Untersuchung besonders relevant – sei der Lehre

¹⁷⁹ Für viele: *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 117ff.; *Werner Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 141ff.; *ders.*, BGB AT, Bd. 2, S. 7.

¹⁸⁰ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 44; zahlreiche Nachweise vgl. a.a.O., Fn. 20; *Dannecker*, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 52.

¹⁸¹ Etwa BGHZ 101, 350, 354 = NJW 1988, 135; BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 305.

¹⁸² *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), S. 152f.

¹⁸³ *Schmidt-Rimpler*, FS *Raiser*, 1974, S. 5.

¹⁸⁴ *Schmidt-Rimpler*, FS *Raiser*, 1974, 11ff.

von der Richtigkeitsgewähr als Voraussetzung schon immanent, dass die beiden beteiligten Vertragsparteien überhaupt zumindest teilweise gegensätzliche Interessen haben. Wo nicht der Vorteil des einen dem Nachteil des anderen entspreche, wo also nur gleichgerichtete Interessen existierten, sei ein Abschleifen unnötig. Das völlige Fehlen von so genannter „Interessenpolarität“ habe damit aber auch zur Folge, dass keine Gewähr für die inhaltliche Richtigkeit der Vereinbarung bestehe.

Für diese Fälle müsse, so wiederum *Habersack*¹⁸⁵, die Rechtsordnung auf andere Weise für Gerechtigkeit sorgen, sei es durch Einflussnahme auf den Vertrag – z.B. durch Inhaltskontrolle, zwingendes Recht, Kontrahierungszwang – oder durch unmittelbare hoheitliche Regelung. *Schmidt-Rimpler*¹⁸⁶ folgert ebenfalls, dass neben dem Institut des Vertrags für die Fälle, in denen keine Richtigkeitsgewähr gegeben ist, hoheitliche Mittel gegeben sein müssten, um bei Nichterreichen des richtigen Zieles einzugreifen. Er zählt hierzu gesetzliche Vorschriften, die die vereinbarte Rechtsfolge verhindern, nämlich die Regelungen zur Nichtigkeit und zur Anfechtbarkeit. Während diese aber nur negativ wirkten, gebe es auch Möglichkeiten positiver Gestaltung durch gesetzliche Regelungen, so z.B. steuerliche Änderungen der durch den unrichtigen Vertrag geschaffenen Güterverteilung oder sonstige berichtigende Eingriffe.

Sollte das hier dargestellte Modell *Habersacks* zur Prüfung der Richtigkeit eines Vertrags auch auf einen im Rahmen des § 2325 BGB zu prüfenden Gesellschafts- oder Anteilszuwendungs-Vertrag anwendbar sein¹⁸⁷, so liegt die – mithin auf Gesetz beruhende – inhaltliche Vertragskontrolle in der gerichtlichen Prüfung des Veräußerungsvertrags daraufhin, ob materiell eine Schenkung vorliegt oder ein entgeltlicher Vertrag.

(3) Vorliegen von Interessenpolarität

Soweit andererseits eine Interessenpolarität und damit prinzipiell die Richtigkeitsgewähr gegeben ist, bleibt, wie *Habersack*¹⁸⁸ zu Recht folgert, ein im Einzelfall dennoch vorkommendes Versagen des Vertragsmechanismus irrelevant¹⁸⁹ (soweit nicht die Schwelle der §§ 134, 138 BGB über-

¹⁸⁵ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 50; So auch Soergel/ *Manfred Wolf*, vor § 145 Rn. 35.

¹⁸⁶ *Schmidt-Rimpler*, FS Nipperdey, 1955, S. 8.

¹⁸⁷ Vgl. dazu sogleich S. 76.

¹⁸⁸ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 44 und 166; Vgl. auch *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), S. 157 Fn. 34 und S. 179ff.

¹⁸⁹ Verschiedene Autoren lehnen wegen der – trotz „Richtigkeitsgewähr“ – im Einzelfall möglichen unrichtigen Vertragsregelung die Terminologie *Schmidt-Rimplers* ab und

schritten ist). Für diese Einzelfälle gebieten nämlich die Prinzipien der Selbstbestimmung und der Rechtssicherheit die Anerkennung der vertraglichen Regelung trotz sachlicher Unrichtigkeit. Eine Partei also, die dem Vertragspartner in gleicher Stärke und zur Aushandlung gegensätzlicher Interessen gegenüber steht, hat keinen Anlass, an der Geltung der vereinbarten Rechtsfolgen zu zweifeln, und muss auf sie vertrauen können. Das bedeutet auch: Wenn aufgrund Vorliegens sowohl von ungestörter Vertragsparität wie von Interessenpolarität die prinzipielle Gewähr der Richtigkeit des Vertrags gegeben ist, erübrigt sich – jedenfalls zunächst für die Wirkung *inter partes* – eine Kontrolle der vereinbarten Regelungen, insbesondere der Angemessenheit des Preis-/ Leistungsverhältnisses.¹⁹⁰

Die Prinzipien der Selbstbestimmung und der Rechtssicherheit verlangen also, dass selbst in eine im Einzelfall unrichtige Regelung bei ansonsten funktionierendem Vertragsmechanismus nicht korrigierend eingegriffen wird.

Für die vorliegende Arbeit ist dies am ehesten beim Einstieg eines familien- und unternehmensfremden Außenstehenden als neuer Gesellschafter der Fall, weil in dieser Situation (im Gegensatz zu einer familieninternen Nachfolgelösung) eine Interessenpolarität in der Regel gegeben sein wird.

(4) Drittwirkung der Richtigkeitsgewähr

Allerdings bleibt dazu zu untersuchen, ob eine Richtigkeitsgewähr im zweiseitigen Vertrag auch gegenüber betroffenen Dritten gelten muss. Dies wäre eine Voraussetzung für eine Anwendung auch gegenüber Pflichtteilsberechtigten im Rahmen des § 2325 BGB.

Zunächst: Wenn beide Parteien übereinstimmend ein Interesse haben, einen Dritten zu benachteiligen, um nicht selbst die Nachteile einer Vereinbarung zu tragen, und im Übrigen keine wesentlich gegenläufigen Interessen haben, ist für diese Vereinbarung nach den bisherigen Erkenntnissen schon deshalb eine inhaltliche Richtigkeit nicht gewährleistet, weil eine Polarität von Interessen zwischen den Vertragsparteien fehlt. Diese Vereinbarung kann folglich auch nicht gegenüber Dritten Wirkung entfalten. *Schmidt-Rimpler* drückt das zu Grunde liegende Problem folgendermaßen aus: „Wenn der Vorteil beider Parteien für eine ungerechte Benachteiligung Dritter spricht, wenn es um Gerechtigkeit nicht nur des Ausgleichs zwischen

sprechen von „Richtigkeitschance“, vgl. nur Soergel/ *Manfred Wolf*, vor § 145 Rn. 29.

¹⁹⁰ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 67.

den Parteien sondern in anderen Beziehungen geht, wird sie sich häufig nicht durchsetzen.“¹⁹¹

Wie ist es aber, wenn zwischen den Parteien die bisher dargestellten Voraussetzungen einer Richtigkeitsgewähr gegeben sind? Gilt diese dann auch gegenüber Dritten? Für die Beantwortung ist mit *Habersack* zu differenzieren:

Es gebe Situationen, in denen Dritte typischerweise benachteiligt werden, obwohl zwischen den Vertragsparteien nicht nur ein Machtgleichgewicht, sondern auch eine Interessenpolarität gegeben ist. So haben beispielsweise im Falle einer Vereinbarung zweier konkurrierender Kanzleien, dass beim Wechsel eines angestellten Anwalts von der einen zur anderen Kanzlei kein Mandant „mitgenommen“ werden darf, zwar grundsätzlich beide Vertragspartner die einander entgegengesetzten Interessen, nur ihren jeweils eigenen Mandantenstamm zu bewahren und ggf. auf Kosten der anderen auch zu erweitern. Die „Mandantenschutzklausel“ stellt also eine Kompromissregelung durch „Abschleifen polarer Interessen“ dar. Der Mandant als Gegenstand der Vereinbarung hingegen hat möglicherweise das (unterliegende) Interesse, die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem wechselnden Anwalt weiterzuführen.¹⁹²

In einem solchen Fall liegt zwar eine Interessenpolarität zwischen den Vertragspartnern vor, nicht dagegen ein Gleichlauf zwischen den Vertragspartnerinteressen und den Interessen des Dritten, der – zwar nicht individuell, aber doch abstrakt – Regelungsgegenstand des Vertrags ist. Dadurch finden die Vertragspartner typischerweise einen Ausgleich zu Lasten des Dritten.

Eine Abwägung der Interessen der beiden Vertragspartner und des Dritten (und in diesem Fall des freien Wettbewerbs) müsse bei typischerweise fehlendem Gleichlauf deshalb dazu führen, dass eine Richtigkeitsgewähr der Vereinbarung trotz Interessenpolarität nicht gegeben sei.¹⁹³ Der auch in dieser Konstellation vorliegende Institutsmissbrauch führe wiederum zur Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle der Vereinbarung.¹⁹⁴

Davon zu unterscheiden sind nach der Lehre *Habersacks* andererseits die Fälle, in denen der Dritte nicht (nicht einmal abstrakt) Regelungsgegenstand des Vertrags ist, sondern lediglich in sonstiger Weise, also als im Kern Un-

¹⁹¹ *Schmidt-Rimpler*, FS Nipperdey, 1955, S. 7.

¹⁹² Vgl. allgemein zur Nachfolge in freiberuflichen Praxen/ Kanzleien: *Wollny*, Unternehmens- und Praxisübertragungen, S. 467ff. (Rn. 3401ff.).

¹⁹³ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 68.

¹⁹⁴ Vgl. dazu unten S. 83.

beteiligter, von Auswirkungen der Vereinbarung betroffen ist. Hinsichtlich solcher allgemeiner Auswirkungen müssten Dritte – bei ansonsten gegebener Richtigkeitsgewähr – den Inhalt des Vertrags auch gegen sich anerkennen.¹⁹⁵ Dies ergebe sich daraus, dass ein allgemeines Gebot der Rücksichtnahme auf alle denkbaren Interessen Dritter mit den grundrechtlich garantierten Prinzipien der Vertragsfreiheit und des Selbstbestimmungsrechtes unvereinbar wäre. Anderenfalls wäre jeder Vertrag von der Nichtgeltendmachung des „Vetos“ irgendeines Dritten abhängig. Auch wäre die mit der Privatautonomie u.a. bezweckte Ordnungsfunktion des Vertrags nicht umsetzbar, wenn eine vertragliche Regelung durch jegliche Drittinteressen zu Fall gebracht werden könnte.¹⁹⁶ Letztlich verlange der Grundsatz der Rechtssicherheit, der ebenfalls mit der Ordnungsfunktion eng zusammenhänge, die Geltung einer Vereinbarung, auf die die Parteien wegen Vorliegens der Voraussetzungen der Richtigkeitsgewähr vertrauen dürften, und zwar wiederum auch dann, wenn im Einzelfall ein unrichtiger Vertrag vorliegen möge.

Zusammenfassend bedeutet das, dass – bei vorliegender Interessenpolarität – eine Inhaltskontrolle des Vertrags dennoch stattzufinden hat, wenn ein Dritter Regelungsgegenstand des Vertrags ist. In allen anderen Fällen, wenn Dritte also lediglich als Reflex von den Auswirkungen des Vertrags betroffen sind, scheidet bei gegebener Interessenpolarität eine Vertragskontrolle aus.

b. Stellungnahme

Die von *Habersack* vertretene These der Richtigkeitsgewähr bei einem Vertrag, dessen Beteiligte polare Interessen haben, erscheint grundsätzlich geeignet, die unterschiedlichen Belange sowohl der Parteien wie auch Dritter ausreichend zu schützen: Die Vertragsparteien haben die Freiheit, nach Belieben Vertragsinhalte zu vereinbaren, deren Konsequenzen auch Dritte dann hinnehmen müssen, wenn der Gegensatz der Parteiinteressen für die inhaltliche Gerechtigkeit des Vertrags sorgt. Besteht durch das gemeinsame Interesse der Parteien, einen Dritten zu benachteiligen, aber die Gefahr, dass der Vertragsinhalt nicht mehr dem entspricht, was die Parteien ohne das Bestehen von Dritteinflüssen vereinbaren wollten, dann ist auch die inhaltliche Richtigkeit des Vertrags nicht mehr gewährleistet. Dann – aber auch nur

¹⁹⁵ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 161.

¹⁹⁶ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 165.

dann – ist der Vertrag auf seine inhaltliche Gerechtigkeit auch gegenüber dem Dritten zu prüfen.

Kritik an der Idee der Verhinderung von Gesetzesumgehungen durch das Modell des institutionellen Rechtsmissbrauchs hat *Sieker*¹⁹⁷ geübt. Die Figur des institutionellen Rechtsmissbrauchs liefere zwar die Aussage, dass bestimmte vertragliche Gestaltungen nicht anzuerkennen seien. Letztlich sei man zur Verhinderung einer Gesetzesumgehung dann aber wiederum auf die Auslegung der einschlägigen Norm verwiesen, die umgangen werden sollte. Insofern habe die Figur des institutionellen Rechtsmissbrauchs keinen eigenständigen Gehalt gegenüber dem von ihr vertretenen Modell der Verhinderung von Gesetzesumgehung durch entsprechende Normauslegung.

Angesichts dieser Kritik an der Grundfigur des institutionellen Rechtsmissbrauchs zeigt sich jedoch der Gewinn, der sich aus der Idee der Richtigkeitsgewähr *Schmidt-Rimplers* und *Habersacks* ergibt: Solange sich noch die Frage stellt, *ob* der Versuch einer Gesetzesumgehung vorliegt (und noch nicht, wie ein solcher ggf. abzuwenden ist), hilft das Instrument der Untersuchung von Interessenpolarität durchaus weiter: Nur wenn keine Interessenpolarität gegeben ist, besteht überhaupt die Gefahr einer Umgehung. Nur in diesen Fällen ist der Vertrag inhaltlich zu kontrollieren, um den Versuch einer Gesetzesumgehung aufzudecken und zu verhindern. In den anderen Fällen, also bei Vorliegen von Interessenpolarität, entfällt dagegen die weitere Prüfung inhaltlicher Richtigkeit.

Damit bleibt unten¹⁹⁸ zu prüfen, ob dieses Modell auch für die in dieser Arbeit zu untersuchende Fragestellung anwendbar ist: Ob nämlich ein Veräußerungsvertrag zwischen dem späteren Erblasser und seinem Anteilsnachfolger (oder allgemein einem neuen Gesellschaftsmitglied) wirklich wie von beiden Parteien angegeben entgeltlich oder aber in Wirklichkeit unentgeltlich und damit Schenkung im Sinne des § 2325 BGB ist.

4. Folgerungen für die Gesellschafternachfolge

Es muss also untersucht werden, ob der durch *Sieker* angeregte steuerliche Fremdvergleich, die Gedanken *Fischers* und/ oder das dargestellte Modell *Habersacks* sich auch im konkreten Fall der Entgeltlichkeitsprüfung im Rahmen des § 2325 BGB bei der Aufnahme neuer Gesellschafter eignen. Können also die Ansätze der drei Autoren dabei helfen, die Grenzlinie ent-

¹⁹⁷ *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 13ff., 16.

¹⁹⁸ Vgl. S. 76.

geltlich/ unentgeltlich hinsichtlich der Nachfolge in eine Personengesellschaft zuverlässiger zu ermitteln?

a. Sieker

Einer analogen Anwendung des steuerrechtlichen Fremdvergleichs¹⁹⁹ auf die Abgrenzung der (Un-) Entgeltlichkeit bei § 2325 BGB stehen Bedenken entgegen.

Erstens fehlt der Anwendung dieses Fremdvergleichs im Gegensatz zum Steuerrecht die rechtliche Grundlage. Dort wird er meist auf § 42 AO oder auf „das Angemessenheitsprinzip“ als Rechtsinstitut mit normativer Wurzel in § 42 AO²⁰⁰ gestützt. Eine vergleichbare gesetzliche Grundlage fehlt in den Fällen des § 2325 BGB. Aber selbst ungeachtet der fehlenden Rechtsgrundlage ist auch allgemein der rechtfertigende Grund für die Anwendung des Fremdvergleichs im Steuerrecht ein anderer, der nicht auf das Erbrecht übertragbar ist: Der Fremdvergleich mag in bestimmten, besonders gerechtfertigten Fällen im Steuerrecht (nämlich zur Wahrung der Steuergerechtigkeit, d.h. des gleichmäßigen Gesetzesvollzugs in allen wirtschaftlich gleich gelagerten Sachverhalten) das für die richterliche Entscheidung relevante Beweismaß herabsetzen. In Fällen des Pflichtteilergänzungsanspruches besteht aber eben keine Rechtfertigung für eine solche Herabsetzung. Pflichtteilsrecht ist kein Steuerrecht. In einem von familiären Besonderheiten geprägten Rechtsgeflecht wie der Familiengesellschaft spielen auch für Austauschgeschäfte bzw. Gesellschaftsverträge Wertungen eine anerkanntswerte Rolle, die sich durch einen Fremdvergleich nicht angemessen darstellen lassen. Pflichtteilergänzungsansprüche sind für jeden Einzelfall individuell zu prüfen, es gibt keinen Grundsatz der „Gerechtigkeit des Pflichtteilergänzungsanspruches“, so wie es den Grundsatz der Steuergerechtigkeit gibt. Auch gibt es als etwaige Grundlage des § 2325 BGB kein dem Steuerrecht vergleichbares Leistungsfähigkeitsprinzip, wonach der Sachverhalt darauf zu prüfen wäre, wie wirtschaftlich leistungsfähig der Schuldner des Pflichtteilergänzungsanspruches ist.

Es ist, um ein Beispiel zu nennen, nicht ersichtlich, warum eine besondere, über einem Fremdvergleich liegende monetäre Bewertung von Pflegeleistungen durch einen Familienangehörigen im Rahmen von § 2325 BGB als unbeachtlich, also als Schenkung zu Gunsten des Pflegenden qualifiziert werden sollte. Das Gewicht der Privatautonomie der Vertragsparteien wiegt

¹⁹⁹ Vgl. oben S. 60.

²⁰⁰ So z.B. Hübschmann/ Hepp/ Spitaler/ P. Fischer, AO, § 42 Rn. 145.

im Erbrecht nicht weniger als die Rechte des Pflichtteilsergänzungsberechtigten. V.a. ist kein öffentliches Interesse an möglichst gerechten Pflichtteilsergänzungsansprüchen gegeben.

Im Ergebnis ist der Fremdvergleich auf die Prüfung der subjektiven Vereinbarungen im Rahmen einer Schenkung im Sinne der §§ 2325, 516 BGB, speziell bei Gesellschafternachsorgefällen, nicht anwendbar. Es bleibt daher beim regulären Beweismaß: Der Kläger hat im Rahmen der Beweiserleichterung das „auffallende, grobe Missverhältnis“ voll zu beweisen. Wenn es dem Beklagten daraufhin gelingt, einen atypischen Geschehensablauf, also besondere Aspekte im Rahmen des Vergleichs zwischen Leistung und Gegenleistung darzulegen und zu beweisen, hat der Kläger wieder die volle Beweislast hinsichtlich der behaupteten Vereinbarung von Unentgeltlichkeit.

b. Fischer

*Fischers*²⁰¹ Hinweis, dass die beiderseitige Verfolgung eigennütziger Interessen Unentgeltlichkeit ausschließt, bedeutet für die Anteilsnachfolge: Auch ein Geschäft, das nicht vollständig gleichwertig erscheint, ist dennoch beiderseits eigennützig (und damit entgeltlich), wenn auch der „gebende“ Teil, also der Anteilsübergeber (bzw. der weiter in der Gesellschaft verbleibende Mitgesellschafter, der ohne materielle Kompensation eine Anteilsabwachsung hinnimmt), eigennützige Interessen verfolgt. Diese können etwa die Erhaltung des Lebenswerks oder der Arbeitsplätze für die Menschen sein, denen sich der langjährige Anteilsinhaber und (Mit-) Unternehmensleiter verantwortlich fühlt. Ist dies (und nicht eine beabsichtigte Bereicherung des Neugesellschafters) also der Grund für eine objektiv „zu“ geringe Einlage oder einen „zu“ geringen Kaufpreis, ist dennoch volle Entgeltlichkeit gegeben. Ist beispielsweise der neue Gesellschafter der Sohn eines der Mitglieder, der wegen interessanter beruflicher Alternativen nur zu einer relativ geringen Einlage bereit ist, den Gesellschaftsanteil seines Vaters zu übernehmen oder sonst in die Gesellschaft einzusteigen (und die Mitgesellschafter auch nicht dem neuen etwas Gutes tun, sondern das Unternehmen für die Zukunft sichern wollen), dann handelt es sich bei der Aufnahme des Sohnes um ein voll entgeltliches Geschäft. Dies gilt auch dann, wenn der Sohn nicht der objektiv einzige Interessent ist, aber aus subjektiver Sicht der Mitgesellschafter den Idealkandidaten darstellt.

²⁰¹ Vgl. oben S. 62.

Andererseits kann bei Nachfolgeregelungen, gerade innerhalb der Unternehmerfamilie, durchaus eine Bereicherung des Nachfolgers bezweckt sein. In diesen Fällen handelt der Altgesellschafter uneigennützig, was bei objektiver Wertdifferenz Unentgeltlichkeit und damit eine teilweise Schenkung bedeutet.

Aus den Erwägungen *Fischers* kann für die dieser Arbeit zu Grunde liegende Problematik weiterhin gewonnen werden, dass aufgrund der funktionalen Äquivalenz grundsätzlich auch ideelle Gegenleistungen anzuerkennen sind. *Fischer* schränkt dies zwar hinsichtlich § 2325 BGB ein, um evtl. wirtschaftlich unvernünftige, völlig sachfremde Erwägungen des Erblassers nicht den Pflichtteilsberechtigten aufzubürden.

Dies kann aber nicht für Erwägungen gelten, die – obgleich nicht sofort materiell messbar – gerade mit dem Ziel angestellt werden, dem Erblasser und/ oder der Gesellschaft einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen. Bringen die Parteien Aspekte wie das besondere Know-how, berufliche Erfahrungen, aber auch persönliche Qualifikationen des Nachfolgers (wie unternehmerisches Denken, Risikobereitschaft, Ideenreichtum) als Werte in den Nachfolgevertrag ein, so ist dies auch hinsichtlich der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zu akzeptieren.²⁰² Auch unter Berücksichtigung der Interessen des Pflichtteilsberechtigten erlaubt der Grundsatz der Vertragsfreiheit es den Gesellschaftern, wirtschaftlich Wertvollem, das nicht auf den ersten Blick objektiv bewertbar ist, nach ihrem Ermessen einen Wert zuzumessen – und zwar ohne dass ihre legitimen Erwägungen später durch § 2325 BGB konterkariert werden. Erst wenn die Parteien völlig Sachfremdes in ihre Erwägungen einstellen, muss der Pflichtteilsergänzungsberechtigte dies nicht mehr hinnehmen.

Unterhalb dieser Grenze hat auch bei ideellen oder mittelbar-materiellen Aspekten der Schutz des Zuwendungsempfängers Vorrang.

Wichtig für die Vertragsgestaltung – nicht nur was ideelle Aspekte der Gegenleistung angeht – ist zuletzt der Hinweis *Fischers*, dass eine Gegenleistung, soll sie für die Beurteilung der Entgeltlichkeit eine Rolle spielen, (mindestens als Geschäftsgrundlage) im Vertrag internalisiert sein muss. Bloße externe Motive, z.B. die Hoffnung auf Erhalt des aufgebauten Unternehmens ohne ausdrückliche Einbeziehung in die Vereinbarungen der Parteien, spielen dagegen keine Rolle. Für die Situation der Vertragsverhandlungen im Rahmen der Anteilsnachfolge bedeutet dies, dass die Parteien

²⁰² Diese Aspekte im Grenzbereich zwischen materiellen und ideellen Werten werden unten ab S. 146 noch genauer zu untersuchen sein.

ihre auf Entgeltlichkeit gerichteten Beweggründe, den Anteil zu verkaufen bzw. einen neuen Gesellschafter zu günstigen Konditionen aufzunehmen, unbedingt in den Vertrag einbringen (und für spätere Beweis Zwecke dokumentieren) sollten.

c. Habersack

(1) Anwendbarkeit auf § 2325 BGB

Das oben²⁰³ dargestellte Modell *Habersacks* und *Schmidt-Rimplers* von der Richtigkeitsgewähr und bei fehlender Richtigkeitsgewähr einspringender gesetzlicher Regelungen ist auf den ersten Blick nicht direkt auf § 2325 BGB übertragbar: Die Norm dient nicht der inhaltlichen Korrektur der Veräußerungsverträge des Erblassers, sondern lediglich ihrer *Wirkungen* auf das Erbrecht. In der Hauptsache werden außerdem völlig „richtige“ Schenkungen, unentgeltliche Verträge also, an deren inhaltlicher Richtigkeit kein Zweifel besteht, von § 2325 BGB erfasst.

Im Hinblick auf Veräußerungsgeschäfte, die eine Schenkung lediglich verschleiern und damit Pflichtteilsergänzungsberechtigte benachteiligen sollen, wirkt § 2325 BGB im Ergebnis aber durchaus in dem Sinne, dass die inhaltliche Unrichtigkeit dieser Verträge bezüglich der eigentlich beabsichtigten Benachteiligung korrigiert wird: Indem nämlich die Schenkung im Sinne des § 2325 BGB objektiv nach der wirklichen materiellen Rechtslage (auch unter Beachtung der wahren subjektiven Bewertungen der Parteien) zu beurteilen ist ohne Rücksicht auf den etwa anders lautenden Wortlaut des Vertrags bzw. entsprechender Behauptungen des im Pflichtteilsergänzungsprozess Beklagten. Das bedeutet aber, dass hinsichtlich der Auswirkungen einer verschleierten Schenkung auf den Pflichtteilsberechtigten (nicht dagegen hinsichtlich der ursprünglichen Vereinbarung) § 2325 BGB wie eine Norm im Sinne *Schmidt-Rimplers* und *Habersacks* wirkt, die die fehlende Richtigkeitsgewähr der ursprünglichen Vereinbarung kompensiert. Die Tatbestandsvoraussetzung „Schenkungen“ im § 2325 Abs. 1 BGB zwingt dazu, alle (zweifelhaften) Veräußerungsgeschäfte des Erblassers daraufhin zu prüfen, ob materiell Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit gegeben ist.

Für die inhaltliche Prüfung von Verträgen, die angeblich entgeltlich sind, möglicherweise aber nur Unentgeltlichkeit verdecken sollen, bietet sich die Lehre von der Richtigkeitsgewähr eines Vertrags an. Es spricht nichts dagegen, dass auch auf die Veräußerungsverträge des Erblassers die Prüfung der

²⁰³ Vgl. S. 65.

Richtigkeitsgewähr dem Grunde nach anwendbar ist. Dass die Wirksamkeit der Vereinbarungen *inter partes* bei § 2325 BGB nicht interessiert und es vielmehr um die Erstreckung der inhaltlichen Richtigkeit der Vereinbarungen auf die Schenkungsprüfung im Rahmen der Pflichtteilsergänzungsansprüche geht, bedeutet nicht, dass das Modell auf letztere etwa nicht anwendbar wäre.

Wenn also die Lehre von der Richtigkeitsgewähr auch auf die Prüfung der Veräußerungsverträge im Rahmen des § 2325 BGB *anzuwenden* sind, dann stellt sich die entscheidende Frage, ob und inwieweit Drittwirkungen des Veräußerungsvertrags zu *behandeln* sind.

Nach der oben²⁰⁴ getroffenen Unterscheidung zwischen Interessen Dritter als direktem Regelungsgegenstand einerseits und bloßen sonstigen Auswirkungen auf die Interessen Dritter andererseits stellen Veräußerungsvereinbarungen zwischen späterem Erblasser und Erwerber lediglich Verträge dar, die in „sonstiger Weise“ die Interessen der späteren Pflichtteilsberechtigten betreffen. Diese Veräußerungen haben nämlich nicht den späteren Pflichtteils- (ergänzungs-) berechtigten oder die Höhe seiner Ansprüche zum *Regelungsgegenstand* (es sei denn, es geht im Veräußerungsvertrag nur und final um die Benachteiligung des Pflichtteilsberechtigten, was – wie gesehen – schon mangels Interessenpolarität keine Richtigkeitsgewähr bietet).

Das bedeutet nach dem Modell *Habersacks*, dass beim Vorliegen der dargestellten Voraussetzungen der Richtigkeitsgewähr eine Überprüfung des Veräußerungsgeschäfts dahingehend, ob eine vereinbarte Entgeltlichkeit tatsächlich vorliegt, nicht stattzufinden hat. Vielmehr überwiegen in solchen Fällen – wie gesehen – das Selbstbestimmungsrecht und das Bedürfnis nach Rechtssicherheit der ursprünglichen Vertragsparteien.

(2) Exkurs: Prüfungsrelevanz der Rechtsgüter des Gesellschafters im Rahmen des § 2325 BGB

Diese Rechtsgüter der ursprünglichen Vertragsparteien, nämlich die Selbstbestimmung und das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrags, sind im Rahmen des § 2325 BGB auch betroffen: Zwar wird wie bereits betont die ursprüngliche Vereinbarung in ihrer Wirkung *inter partes* nicht durch die Prüfung des § 2325 BGB berührt. Eine Betroffenheit durch § 2325 BGB kann aber dann vorliegen, wenn der damalige Zuwendungsempfänger Erbe oder Anspruchsgegner im Sinne des § 2329 BGB wird. Eine dieser Alternativen ist für die in dieser Arbeit untersuchten Gesellschafternachfolge-

²⁰⁴ Vgl. S. 70.

Situationen in jedem Fall gegeben: Nur wenn der Nachfolger auch zum Erben gemacht wird, ist der Anspruch aus § 2325 BGB werthaltig, in anderen Fällen jedoch ist beim Erben, der nicht gleichzeitig Anteilsnachfolger ist, nicht viel zu holen: Denn es ist ja gerade Inhalt der Nachfolgeregelung, den Gesellschaftsanteil und damit in der Regel einen wesentlichen Teil des Vermögens auf den Nachfolger zu übertragen. Damit aber ist der Nachfolger wenn nicht Erbe, so doch potentieller Anspruchsgegner hinsichtlich § 2329 BGB.

Der Anteils-Nachfolger in seiner Rolle als Erbe oder „Beschenker“ verliert auch nicht den (grund-) rechtlichen Schutz, der ihm in seiner Rolle als ursprüngliche Vertragspartei des Gesellschaftsvertrags zukommt.²⁰⁵

²⁰⁵ Dies gilt entgegen einer anders lautenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in einem ähnlichen Fall (BVerfG NJW 1991, 217): Dort ging es ebenfalls um die Wandlung der rechtlichen Rolle ein und derselben Person und die daraus resultierende Frage veränderter Schutzwürdigkeit (*dort*: zunächst Ehefrau /dann: Erbin; *hier*: zunächst Beteiligter am Gesellschaftsvertrag/ dann: Erbe bzw. Beschenker im Sinne des Pflichtteilsrechts).

In dem vom BVerfG entschiedenen Fall war die Verfassungsmäßigkeit der Benachteiligung von Ehegattenschenkungen im Rahmen des § 2325 III Hs. 2 BGB durch die Instanzen verneint worden. Die Regelung verstoße gegen den grundrechtlichen Schutz von Ehe und Familie. Das Gericht entschied jedoch: „§ 2325 Abs. 3 Hs. 2 BGB beeinträchtigt diesen Gewährleistungsbereich nicht. Die Vorschrift bewirkt zwar eine unterschiedliche Berücksichtigung von Drittschenkungen und Ehegattenschenkungen im Rahmen der Pflichtteilergänzung; diese trifft jedoch den Erben als Schuldner und nicht den beschenkten Ehegatten. Das gilt auch, wenn der beschenkte Ehegatte zugleich Erbe des Erblassers geworden ist. Denn auch in diesem Falle schuldet er die Pflichtteilergänzung als Erbe und nicht als der frühere Ehegatte des Erblassers. Eine für Ehegatten ungünstige Regelung, die den Gewährleistungsbereich des Art. 6 I GG berühren würde, liegt mithin nicht vor.“

Die analoge Frage in der hiesigen Untersuchung müsste also lauten: Kann der Gesellschafternachfolger und Erbe eine Verletzung des Rechts auf Selbstbestimmung und Schutz des Vertrauens in die Gültigkeit eines mit dem Erblasser geschlossenen Vertrags geltend machen, wenn er in seiner Rolle als Erbe durch eine ihm ungünstige Auslegung des § 2325 BGB Vermögensrechte aus diesem ursprünglichen Vertrag faktisch einbüßt? Das BVerfG, das in seiner Entscheidung zwischen der Rolle der beschenkten Ehegattin und der der erbenden (ehemaligen) Ehegattin unterscheidet und damit eine eventuelle Schutzwürdigkeit aus der ersten Rolle nicht auf die zweite übertragen will, hätte diese Frage wohl verneint. Übertragen auf die hier interessierende Fragestellung bedeutet die Entscheidung nämlich: Ein Schutz der Rechtsgüter aus der Gesellschafterstellung wird nicht gewährt, weil der Schuldner des Pflichtteilsergänzungsanspruches (ob aus § 2325 oder § 2329 BGB) nunmehr die Rolle des Erben oder Beschenkten innehat.

Die BVerfG- Entscheidung ist jedoch hinsichtlich der grundrechtlichen Argumentation verfehlt: Ein effektiver Grundrechtsschutz ist nicht gegeben, wenn man formal auf die momentane rechtstechnische Rolle des Grundrechtsträgers abstellt. Vielmehr muss es darauf ankommen, ob der Grundrechtsträger zumindest auch in seiner Stellung als Träger eines Grundrechtes betroffen ist. Letztlich bedeutet die Differenzie-

Damit ist er von § 2325 oder § 2329 BGB also jedenfalls insofern betroffen, als er selbst in der durch den Nachfolgevertrag vorgenommenen Vermögenszuordnung beeinträchtigt und als der ursprüngliche Veräußerungsvertrag in seinem Regelungsziel gefährdet ist. Deshalb steht ihm hinsichtlich dieses ursprünglichen Vertrags auch der Schutz durch die Prinzipien der Selbstbestimmung und Rechtssicherheit zu. Wenn er damals mit dem Erblasser eine Vereinbarung abgeschlossen hat, die alle Voraussetzungen für eine Richtigkeitsgewähr hatte, dann muss er darauf vertrauen können, dass die Regelung auch und gerade mehrere Jahre später faktisch ihre Wirkung behält. Denn aufgrund § 2325 BGB nicht schutzwürdig wäre sein Vertrauen auf ein Behaltendürfen nur, wenn zwischen den Parteien in Wirklichkeit Unentgeltlichkeit vereinbart, aber als Entgeltlichkeit getarnt worden wäre.

(3) Vorliegen ausgeprägter Interessenpolarität

Die hinsichtlich einer Interessenpolarität als Voraussetzung der Richtigkeitsgewähr gewonnene Erkenntnis bedeutet für entgeltliche Veräußerungsverträge des Erblassers: Wenn eine Interessenpolarität zwischen Erblasser und Vertragspartner gegeben war (und auch nicht ein fehlendes Machtgleichgewicht gegen die Anwendung der *Schmidt-Rimpler'schen* Lehre spricht²⁰⁶), trägt der Vertrag eine Richtigkeitsgewähr in sich. Eine inhaltliche Prüfung verbietet sich dann. Auch ein grobes objektives Missverhältnis zwischen den ausgetauschten Leistungen widerspricht bei gegebener Richtigkeitsgewähr nicht der Behauptung einer durch die Parteien vereinbarten Entgeltlichkeit.

rung nach momentanen Rollen nämlich, dem Rechtssubjekt ein Recht zu nehmen (beim Ehegatten nämlich, auf die Endgültigkeit des Geschenks nach vielen Jahren oder Jahrzehnten zu vertrauen), wogegen er sich mangels staatlichen Eingriffs vor dem Erbfall nicht wehren kann. Wenn aber der Erbfall eintritt und der Ehegatte erbt, muss er sich entgegenhalten lassen, er sei ja nicht mehr Ehegatte und kann sich daher nicht mehr auf Art. 6 Abs. 1 GG berufen. Ein effektiver Schutz durch Art. 6 Abs. 1 GG ist mit dieser Argumentation nicht gewährleistet.

Der frühere Vertragspartner – um auf die Situation dieser Untersuchung zurückzukommen – darf den Schutz seiner Rechte als Gesellschafter (Selbstbestimmungsrecht und Vertrauensschutz gem. Art. 2 Abs. 1 GG; Gesellschafter-Grundrecht gem. Art. 9 Abs. 1 GG) nicht verlieren, nur weil er auch Erbe geworden ist.

Im Ergebnis ist feststellen, dass in die Abwägung im Rahmen der Schenkungsdiskussion auch schützenswerte Interessen des Gesellschafters einfließen können, wenn er Erbe geworden ist oder als angeblich Beschenkter im Sinne des § 2329 BGB in Anspruch genommen wird.

²⁰⁶ Vgl. oben S. 67.

Hinsichtlich der bei grobem Missverhältnis durch den BGH und die Literatur dem Pflichtteilergänzungs-Kläger zugestandene Beweiserleichterung ergibt sich damit prozessrechtlich gleichsam ein Stufenverhältnis: Es handelt sich um zwei Ebenen. Auf der ersten Ebene stellt die Beweiserleichterung des BGH lediglich eine prozessuale Modifizierung der Beweisregeln zu Gunsten des Pflichtteilsberechtigten dar, der sich in einer schwierigen Beweislage befindet. Diese Beweiserleichterung sagt nichts darüber aus, *wie* der Beklagte – auf der zweiten Ebene – seinen Verteidigungsbeweis führen kann bzw. zu welchen materiellrechtlichen Bewertungen die von ihm bewiesenen besonderen Umstände (zu denen die Interessenpolarität zählt) führen. Der Beweis des Vorliegens einer Interessenpolarität führt zu dem Schluss, dass die Entgeltlichkeitsvereinbarung inhaltlich richtig ist, widerlegt also die tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer (gemischten) Schenkung.

Das heißt, dass der Beklagte im Prozess um Pflichtteilergänzungsansprüche lediglich eine etwa gegebene Interessenpolarität beweisen muss, damit die Klage als unbegründet abzuweisen ist.

Die Lehre von der Richtigkeitsgewähr angewandt auf Gesellschafternachsfolgeverträge bedeutet nämlich: Je eher die Parteien des Gesellschafternachsfolgevertrags gegenläufige Interessen haben – und das wird einmal mehr und einmal weniger, aber grundsätzlich fast immer der Fall sein –, desto geringer ist die Gefahr einer Übervorteilung des Pflichtteilsberechtigten durch verschleierte Schenkung.

(4) Fehlende oder eingeschränkte Interessenpolarität

Die Konstellation einer fehlenden Interessenpolarität ist dagegen gegeben, wenn beispielsweise zwei Parteien darüber einig sind, eine Regelung zu Lasten eines Dritten zu treffen.

Evident ist diese Absicht der Drittbenachteiligung, wenn in der Gesellschafternachsfolge ein Anteil etwa dem Sohn geschenkt werden soll, um ihm etwas Gutes zu tun, diese Schenkung aber zur Vermeidung von späteren Ansprüchen anderer Kinder verdeckt werden soll. Ein solcher Umgehungsversuch kann so aussehen, dass die Parteien eine sachlich nicht zu rechtfertigende Unterbewertung des Anteils bei gleichzeitiger Überbewertung etwaiger Gegenleistungen des Sohnes vornehmen um dieses Geschäfts als entgeltlich darzustellen. Es handelt sich also um eine verschleierte Schenkung: Inhaltlich richtig wäre ein Schenkungsvertrag, die Parteien haben aber beide das Interesse, den Vertrag als entgeltlich erscheinen zu lassen, um spätere Zahlungen aufgrund § 2325 BGB zu vermeiden.

Auf das hier vertretene Modell der Prüfung einer Richtigkeitsgewähr übertragen bedeutet dies: Fehlen bei einem Vertrag, der die Nachfolge eines Personengeschafters regelt, gegenläufige Interessen der Vertragspartner, also eine Interessenpolarität, so ist die inhaltliche Richtigkeit des Vertrags in Bezug auf die Vereinbarung der Entgeltlichkeit nicht gewährleistet. Vielmehr besteht dann die Gefahr, dass der Dritte, in unserem Fall also der Pflichtteilsberechtigte, zum Vorteil der Vertragspartner benachteiligt wird. Diese Nachteile sind dann über den Ergänzungsanspruch des § 2325 BGB zu kompensieren. Dies allerdings nur, *soweit* eine Schenkung gegeben ist: Das Fehlen von Interessenpolarität bedeutet, dass keine Richtigkeitsgewähr gegeben ist. Konsequenz ist also nicht ohne weiteres die Annahme von Unentgeltlichkeit, sondern die Notwendigkeit weiterer Prüfung: Bei genauer Betrachtung der ausgetauschten Leistungen und der von den Parteien vorgenommenen Bewertungen ist dann herauszufinden, inwieweit eine Schenkung vorliegt und wie weit Entgeltlichkeit gegeben ist. Auch der BGH²⁰⁷ erkennt an, dass selbst die Absicht, den Pflichtteilsberechtigten zu benachteiligen, nicht bedeutet, dass gar keine Entgeltlichkeit gegeben sein kann.

Praktisch werden die Parteien des Nachfolgevertrags nämlich fast immer (zumindest auch) gewisse gegenläufige Interessen haben, die sie (in Form von auszutauschenden Leistungen) ebenfalls in die Vereinbarung einbringen. Nach welchen Kriterien bei nur eingeschränkter Interessenpolarität die Grenze zwischen entgeltlich und unentgeltlich zu ziehen ist, wie hoch im Ergebnis also der Pflichtteilsergänzungsanspruch ausfällt, ist im nächsten Abschnitt zu untersuchen.

IV. Zwischenergebnis

Es besteht ein Konflikt zwischen der grundsätzlichen Freiheit der Vertragsparteien, auch objektiv ungleichwertige Leistungen subjektiv als gleich zu bewerten und damit einen entgeltlichen Vertrag zu vereinbaren einerseits, und dem Interesse des Pflichtteilsberechtigten, dass eine in Wirklichkeit gewollte, aber verschleierte Schenkung im Rahmen des § 2325 BGB auch als solche berücksichtigt wird, andererseits.

Der BGH, gefolgt von der Literatur, löst den Konflikt mit einer Beweiserleichterung zu Gunsten des Pflichtteilsergänzungsklägers. Bei einem auffallenden, groben Missverhältnis zwischen den objektiven Werten der ausgetauschten Leistungen (das der Kläger zu beweisen hat) besteht eine tatsäch-

²⁰⁷ BGH DNotZ 1996, 652.

liche Vermutung der Unentgeltlichkeit. Der Beklagte hat dann ggf. substantiiert darzulegen und zu beweisen, dass aufgrund besonderer Umstände doch Entgeltlichkeit vereinbart wurde. Worin diese Umstände liegen könnten und nach welchen Maßstäben zu messen ist, ob die vorgetragene Umstände für den Schluss auf einen entgeltlichen Vertrag ausreichen, lassen Rechtsprechung und Literatur aber offen.

Die Grenzlinie zwischen Unentgeltlichkeit und Entgeltlichkeit (in Fällen der familieninternen Anteilsnachfolge) mit Hilfe einer analogen Anwendung des steuerrechtlichen Fremdvergleichs zu ziehen, ist nicht möglich. Dagegen sprechen die fehlende gesetzliche Grundlage und die im Vergleich zum Steuerrecht unterschiedliche Interessen- und Werteordnung des Gesellschaftsrechts.

Mit *Fischer*²⁰⁸ ist dagegen zu betonen, dass der im Pflichtteilsergänzungsprozess beklagte Erbe oder „Beschenkte“ (im Sinne des § 2329 BGB) auch ideelle Gegenleistungen des Anteilsnachfolgers als Bestandteile eines entgeltlichen Vertrags vortragen kann. Der Altgesellschafter und spätere Erblasser handelt nicht nur dann eigennützig (und vereinbart somit einen entgeltlichen Vertrag), wenn er ausschließlich materielle Gegenleistungen fordert (und erhält). Auch das (ausdrückliche) Einbringen von Aspekten wie die Erhaltung des von ihm aufgebauten Lebenswerkes kann Teil entgeltlicher Vereinbarungen sein.

Erst wenn der spätere Erblasser Vermögensteile hingibt, um einem anderen etwas Gutes zu tun, wenn er also uneigennützig handelt, kann von einem (insoweit) unentgeltlichen Vertrag gesprochen werden.

Der Beweis für das Vorliegen von Umständen, die Entgeltlichkeit beweisen, kann dem Beklagten außerdem mit Hilfe der Lehre vom Institutsmissbrauch und der Richtigkeitsgewähr *Habersacks* und *Schmidt-Rimplers*²⁰⁹ gelingen:

Ist zwischen den Parteien des Nachfolgevertrags eine weit reichende Polarität von Interessen gegeben, ist die inhaltliche Richtigkeit ihrer Vereinbarung gewährleistet. Dann braucht und darf die Vereinbarung nicht mehr weiter überprüft werden, denn: Durch den Nachweis der Interessenpolarität ist der Schluss der Richtigkeit einer vereinbarten Entgeltlichkeit zwingend.

Fehlt zwischen den Parteien dagegen eine Polarität der wesentlichen Interessen, ist die Richtigkeit einer Entgeltlichkeitsvereinbarung nicht gewährleistet, weshalb sie inhaltlich zu überprüfen ist. Wie diese inhaltliche Über-

²⁰⁸ Vgl. oben S. 64.

²⁰⁹ Vgl. oben S. 66.

prüfung der Vereinbarung bei fehlender Interessenpolarität nach *Habersack* aussehen kann, ist in den folgenden Abschnitten zu untersuchen.

Für die grundlegende Fragestellung dieser Arbeit, nämlich wie bei der Unternehmensnachfolge Pflichtteilergänzungsansprüche – soweit rechtlich möglich – zu vermeiden sind, bedeuten die gewonnenen Erkenntnisse: Den Parteien des Nachfolgevertrags ist zu raten, ihre gegenseitigen Interessen im Vertrag ausführlich darzustellen, um ggf. eine Polarität der Interessen beweisen zu können. Gleichzeitig sind die vereinbarten Gegenleistungen (auch die ideellen) ausführlich darzustellen, damit von vorneherein unberechtigte Zweifel an der Entgeltlichkeit der Vereinbarung vermieden werden können bzw. die Entgeltlichkeit bewiesen werden kann. Für die Vereinbarung von einzelnen Gegenleistungen trägt im Pflichtteilergänzungsprozess nämlich der Beklagte die Beweislast.²¹⁰

V. Inhaltskontrolle bei fehlender oder eingeschränkter Interessenpolarität

Für die Fälle, in denen die Interessenpolarität zwischen dem späteren Erblasser und dem Zuwendungsempfänger des Gesellschaftsanteils nicht vollständig ausgeprägt sind, ist zu untersuchen, wie eine inhaltliche Prüfung der Nachfolgevereinbarung aussehen kann.

1. Rolle der Sittenwidrigkeit

Zunächst kann es vorkommen, dass in extremen Fällen das Interesse beider Vertragsparteien nur darauf gerichtet ist, potentielle Pflichtteilergänzungsberechtigten zu benachteiligen und allein zu diesem Zweck eine in Wirklichkeit gewollte Schenkung zielgerichtet als entgeltliches Geschäft erscheinen zu lassen. Wie bereits gesehen, fehlt in solchen Fällen mangels Interessenpolarität ohnehin jede Richtigkeitsgewähr.

Falls dabei außerdem die Grenze zu einem sittenwidrig hohen Unwertgehalt überschritten ist, sieht § 138 Abs. 1 BGB nur Nichtigkeit als Rechtsfolge vor.

Sittenwidrigkeit wegen Drittschädigung ist eine anerkannte Fallgruppe von § 138 Abs. 1 BGB. Allerdings können hierfür nur besonders krasse Fälle von vertraglichem Unwert eine Rolle spielen. *Westermann*²¹¹ betont, dass ein zu Nichtigkeit führender Missbrauch der Vertragsfreiheit nicht schon dann gegeben ist, wenn der Vertrag zu einem ungerecht erscheinenden Ergebnis führt. Denn auch im Rahmen von § 138 Abs. 1 BGB bleibt zu beto-

²¹⁰ BGH FamRZ 1981, 765, 766 = NJW 1981, 2458.

²¹¹ *Westermann*, Vertragsfreiheit, S. 35.

nen, dass die grundgesetzlich geschützte rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit einen beachtenswerten Gegenspieler darstellt zu den beeinträchtigten, evtl. ebenfalls grundgesetzlich geschützten Interessen Dritter.²¹² Sittenwidrigkeit ist bekanntlich nur gegeben, wenn das Geschäft gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, d.h. zur Beeinträchtigung des Dritten müssen – auch über den bloßen Versuch hinaus, eine Schenkung zu verschleiern – besondere anstößige Umstände hinzukommen.²¹³

Das ist selbst in den Fällen nicht gegeben, in denen zwar Alt- und Neugesellschafter zusammenwirken, um mit unzulässigen Vertragsgestaltungen die Pflichtteilergänzungsansprüche zu umgehen, wenn sie dies aber nicht in der Absicht tun, den Berechtigten zu schädigen, sondern um den Fortbestand von Unternehmen und Arbeitsplätzen zu sichern. Denn bei der Feststellung von Sittenwidrigkeit sind auch mittelbare Interessen der Beteiligten und rein tatsächliche Folgen ihres Handelns abzuwägen.²¹⁴

Bei der Beurteilung, ob ein Veräußerungsgeschäft des Erblassers die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten hat, ist auch die Überlegung zu beachten, dass die daraus resultierende strenge Rechtsfolge dem Pflichtteilergänzungsberechtigten nicht unbedingt nützt: Die Nichtigkeit hat zur Folge, dass der veräußerte Gegenstand wegen § 812 BGB – u.U. unter Auslösung komplizierter Rückabwicklungsfragen z.B. bei Gesellschaftsanteilen – wieder in den Nachlass fällt. Der Wert dieses Kondiktionsanspruches (bzw. bei Doppelnichtigkeit: des Herausgabeanspruches) erhöht den *Pflichtteilsanspruch* des Betroffenen nicht mehr als die Bewertung des Geschäfts als Schenkung den *Pflichtteilergänzungsanspruch* erhöht. Und der letztgenannte Anspruch ist oft ökonomischer und schneller zu verwirklichen als die Geltendmachung einer Nichtigkeit. Denn der Kondiktions- bzw. Herausgabeanspruch muss (durch den Erben!) bei einem nachlassfernen Dritten durchgesetzt werden, wobei sein Wert bei der Berechnung des Anspruchs aus § 2303 BGB durch die tatsächliche Durchsetzbarkeit mitbestimmt wird. Zuletzt ist zu bedenken, dass der Nachweis der Sittenwidrigkeit u.U. schwer

²¹² Vgl. MünchKommBGB/ *Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138 Rn. 20.

²¹³ Erman/ *H. Palm*, § 138 Rn. 85; Staudinger/ *Rolf Sack*, § 138 Rn. 333; Staudinger/ *Olshausen*, § 2325 Rn. 43; Zur Schwelle hin zur Sittenwidrigkeit speziell bei Umgehungsgeschäften vgl. auch *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, S. 134f.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 296 sieht die Funktion der Sittenwidrigkeit in einer „äußersten Toleranzgrenze der Vertragsfreiheit“.

²¹⁴ Staudinger/ *Rolf Sack*, § 138 Rn. 38.

zu führen ist²¹⁵ - was freilich auch auf den Nachweis der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB zutreffen kann.

2. Methode der Inhaltskontrolle

Damit ist auf die Frage zurückzukommen, wie eine Inhaltskontrolle unterhalb der Schwelle der Sittenwidrigkeit zu erfolgen hat.

a. Modell Habersacks

*Habersacks*²¹⁶ Modell geht, wie oben erläutert, davon aus, dass eine Inhaltskontrolle dann (und nur dann) stattfindet, wenn die Richtigkeitsgewähr des Veräußerungsvertrags z.B. aufgrund fehlender oder eingeschränkter Interessenpolarität nicht (voll) gegeben ist.

Grundlage für eine Inhaltskontrolle ist der Gedanke, dass Verträge, auch wenn ihnen eine Richtigkeitsgewähr fehlt, (unterhalb der Schwelle zu §§ 134, 138 BGB) nicht in ihrer Gesamtheit unwirksam sein sollen, sondern für sie durch Abwägen der Interessen aller betroffenen Teile eine allseits annehmbare Inhaltsbestimmung zu finden ist. Denn mit einer evtl. Beeinträchtigung von Interessen Dritter sind in der Regel auch berechnete Reglungsinteressen der Vertragsparteien verbunden, die legitimer Weise soweit wie möglich realisiert werden sollen. *V. Jhering* sagt diesbezüglich, es sei nicht Aufgabe des Gesetzes, belastende Drittwirkungen völlig abzuwehren, sondern sie „in die richtigen Grenzen einzuschließen“²¹⁷. *Martens*²¹⁸ folgt dieser Position, wenn er ausführt, dass wegen der individuellen Unterschiede der Einzelkonflikte in Art, Intensität und Parteiabsichten diese Einzelkonflikte nur durch eine Einzelfallbeurteilung in einem offenen und sehr variablen Bewertungsrahmen entschieden werden könnten. *Habersack* schließlich stimmt dem zu und erörtert, dass in einem Konflikt mit Dritten

²¹⁵ Vgl. BGH FamRZ 1972, 255.

²¹⁶ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 69ff., insb. 70 a.E. und 86; *Habersack* plädiert dafür, dass hinsichtlich der Rechtsfolgen, nämlich der inhaltlichen Vertragskontrolle, nicht unterschieden wird zwischen Verträgen mit *Lastwirkung* für Dritte (d.h. Verträgen, die die Rechtslage Dritter negativ verändern; vgl. dazu *v. Thur*, Deutsches Bürgerliches Recht, AT, Bd. 2, 1. Hälfte, S. 12 und S. 167f.; *Martens*, AcP 177 (1977) S. 113ff. und 164ff.) und Verträgen, die lediglich *in sonstiger Weise* die Rechte Dritter beeinträchtigen (*v. Jhering*, JherJb Bd. 10 (1871), S. 245ff. und 284f. trifft diese Unterscheidung nicht einmal). Hierin soll *Habersack* gefolgt werden, so dass eine Untersuchung, ob Veräußerungsverträge, die den Pflichtteilsergänzungsberechtigten benachteiligen, der ersten oder der zweiten Kategorie angehören, hier obsolet ist.

²¹⁷ *v. Jhering*, JherJb Bd. 10 (1871), S. 245ff., 316.

²¹⁸ *Martens*, AcP 177 (1977) S. 113ff., 174f.

das Ineinandergreifen verschiedener Rechtspositionen nicht dazu führen könne, dass von vorneherein das Freiheitsrecht des Urhebers der Lastwirkungen vor dem Freiheits- und Schutzinteresse des Belasteten zurückzutreten habe.²¹⁹ Im Gegenteil: Soweit die Beeinträchtigung von Drittinteressen mit der Wahrnehmung eines berechtigten Regelungsinteresses der Vertragspartner *zwangsläufig* und *unvermeidbar* verbunden sei, seien diese Beeinträchtigungen von den betroffenen Dritten sogar ohne Abschwächung hinzunehmen.²²⁰

Über den Maßstab für die folglich notwendige Inhaltskontrolle schreibt v. Jhering, es sei „der Gedanke der Billigkeit, die verständnisvolle Beurteilung der beiderseitigen gerechtfertigten Interessen, das Abwägen zwischen Vortheil und Nachtheil auf beiden Seiten, das sich hier dem Pochen auf die kahle Rechtsconsequenz, dem starren, rücksichtslosen Rechtsformalismus gegenüber stellt – dasselbe System der Transaction zwischen Folgerichtigkeit und Wohlfahrt, welches in allen Verhältnissen des öffentlichen und Privatrechts die Bedingung gesunder Entwicklung ist.“²²¹

Für den anzustrebenden Ausgleich der betroffenen Interessen hat eine Abwägung stattzufinden, die einerseits das Interesse der Vertragspartner an der Regelung ihrer Verhältnisse berücksichtigt, andererseits aber auch die im Grundsatz berechnete Erwartung des Dritten, dass seine Rechtslage von dem fremden Vertrag nicht negativ beeinflusst wird.²²² Diese Abwägung wird durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit mit seinen Elementen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gesteuert. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip sei nämlich, so *Habersack*, immer dann aus dem Bereich des öffentlichen Rechts auf den des Privatrechts zu übertragen, wenn die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts einen Beteiligten, auch einen betroffenen Dritten, gegen dessen Willen, also heteronom, erfassen. Auch *Hanau*²²³ plädiert für eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht, wobei er betont, dass Verhältnismäßigkeit zunächst nichts weiter ist als ein Synonym des Abwägungserfordernisses. Durch die Anwendung des Prinzips ist also zwar nicht inhaltlich, aber methodisch, insbesondere durch die bereits erwähnte Verfeinerung in drei Teilgrundsätze, etwas gewonnen.

²¹⁹ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 70.

²²⁰ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 86f.

²²¹ v. *Jhering*, *JherJb* Bd. 10 (1871), S. 245ff, 316.

²²² *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 70.

²²³ *Hanau*, Verhältnismäßigkeit, S. 91ff., insbes. 95f.

Inhaltliche Abwägungskriterien dagegen können im Vertragsrecht das Regelungsinteresse der Vertragsparteien, das Schutzinteresse des Dritten, Vorgaben der Rechtsordnung sowie die Wertigkeit aller beteiligten Interessen sein. Insbesondere dem letztgenannten Aspekt kommt eine fundamentale Bedeutung zu, um die Grenzen zwischen den betroffenen Interessen normativ zu ziehen.²²⁴

An den Kriterien der Wertigkeit des Drittinteresses einerseits und der Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien andererseits zeigt *Martens*²²⁵ das Zusammenspiel der abzuwägenden Güter auf: Je höher das Drittinteresse durch die Rechtsordnung und die allgemeinen Sozialanschauungen ausgewiesen sei, desto geringer sei der Dispositionsspielraum, innerhalb dessen die Vertragsparteien dieses Drittinteresse durch ein entsprechendes Regelungsprogramm beeinträchtigen können. Im Gegenschluss dieses an sich selbstverständlichen, aber gleichwohl grundlegenden Hinweises *Martens'* muss dann gelten: Je höher die Rechtsordnung die Wertigkeit der Gestaltungsinteressen der Vertragsparteien ansieht, desto eher hat der Dritte eine Beeinträchtigung seiner Interessen hinzunehmen.

Der Vergleichsmaßstab für die Wertigkeit der widerstreitenden Interessen kann, wie *Martens* zu Recht hervorhebt, nur aus einer Gesamtschau aller normativen und sozialen Wertungskriterien unter Verwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kommen.²²⁶

b. Anwendung auf § 2325 BGB

Ziel einer Inhaltskontrolle im Rahmen des § 2325 BGB muss wiederum sein, eine Methode zur Abgrenzung zwischen wirklich entgeltlichem und unentgeltlichem Teil des Veräußerungs--, d.h. konkret des Gesellschafternachfolgevertrags zu finden. Um diese Grenzen zu finden ist neben dem Leistungsgleichgewicht des Gesamtgeschäfts die Wirksamkeit von Wertbeurteilungen einzelner Leistungen bzw. Gegenleistungen zu prüfen.

Bei einer Abwägung zur Bestimmung des Wertes der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB ist allerdings aufgrund der Natur des gesetzlichen Schutzmechanismus eine Besonderheit zu beachten: Das Abwägungskriterium „Schutzinteresse des Dritten“ ist nicht individuell zu prüfen. Die individuelle Interessenlage des Pflichtteilsberechtigten ist bei § 2325 BGB vielmehr irrelevant. § 2325 BGB im Speziellen und die §§ 2303ff. BGB im All-

²²⁴ *Martens*, AcP 177 (1977) S. 113ff., 178.

²²⁵ *Martens*, AcP 177 (1977) S. 113ff., 178.

²²⁶ Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung von *Karl Larenz* zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Zivilrecht: *Larenz*, Methodenlehre, S. 412, 423, 481, 488.

gemeinen enthalten die gesetzliche Grundentscheidung, den Schutz dieser Interessen zu institutionalisieren, d.h. abschließend zu verallgemeinern.

Auf der einen Seite der Waage liegt also der allgemeine Schutzzweck von § 2325 BGB, der bestimmt wird durch die zu schützenden allgemeinen Interessen eines jeden Pflichtteilsberechtigten. Diese bestehen darin, aufgrund seiner verwandtschaftlichen Nähe zum Erblasser angemessen am Nachlass zu partizipieren²²⁷ und daran auch nicht durch Umgehungsgeschäfte des Erblassers gehindert zu werden. Ob der einzelne Pflichtteilsberechtigte dagegen besonders bedürftig ist, ob er schon zu Lebzeiten von der Veräußerung in irgendeiner Weise²²⁸ profitiert hat, gar wie sein persönliches Verhältnis zum Erblasser war, spielt bei der Abwägung keine Rolle.

Auf der anderen Seite sind die Interessen der Gesellschafter, ein Neumitglied zu bestimmten Konditionen in die Gesellschaft aufzunehmen, in die Abwägung einzubringen.

3. Konkret: Die Inhaltskontrolle von Verträgen im Rahmen der Gesellschafternachfolge

a. Abwägungsgesichtspunkte auf Seiten des Pflichtteilsberechtigten

Es sind also nicht die individuellen Interessen des Pflichtteilsberechtigten im Einzelfall zu berücksichtigen, aber nichtsdestotrotz sind die allgemeinen, den §§ 2303ff. BGB zu Grunde liegenden Interessen – für alle Fälle einheitlich – doch für die Abwägung beachtlich.

Die Erkenntnis, dass bei der Abwägung im Rahmen der Schenkung des § 2325 BGB die Interessen des Pflichtteilsberechtigten bereits in der Norm abschließend verallgemeinert sind, bedeutet letztlich eine Vereinfachung der Abwägung. Es sind im Einzelfall nur noch die individuellen Interessen der Vertragspartner des Gesellschafternachfolgevertrags zu finden und gegen die vom Einzelfall abstrahierten Interessen des Pflichtteilsberechtigten abzuwägen, um zum Ergebnis, d.h. zur Grenze zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit im Vertrag zu kommen.

(1) Schutzinteressen des Dritten (Vorgaben der Rechtsordnung)

Die Schutzinteressen des Pflichtteilsberechtigten sind also bereits der Teleologie des § 2325 BGB immanent.

²²⁷ Vgl. Staudinger/ Haas, Vorbem vor §§ 2303ff, Rn. 17ff.

²²⁸ Es sei denn, der Pflichtteilsberechtigte hat einen Teil des Veräußerungserlöses unter einer Bestimmung im Sinne des § 2315 Abs. 1 BGB erhalten.

Der Sinn und Zweck des Pflichtteilsrechts (und damit auch des Pflichtteilergänzungsanspruchs) wird in unterschiedlichen Aspekten gesehen. Genannt werden die Notwendigkeit von Unterhalt und Versorgung der nächsten Angehörigen²²⁹ oder der Modifizierung der Testierfreiheit mit der Begründung, die gesetzliche Erbfolge sei „das grundsätzlich Richtige“²³⁰. Außerdem wird zur Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts die Verhinderung von zu großer Konzentration von Vermögen durch letztwillige Verfügungen gesehen.²³¹ Zuletzt wird auch der Gedanke der familiären Solidarität als bedeutsamer Aspekt der §§ 2303ff. BGB angesehen.²³²

(2) Wertigkeit der gefundenen Interessen

Das Pflichtteilsrecht ist grundrechtlich geschützt. Das BVerfG äußerte sich in einer neueren Entscheidung²³³ erstmals ausdrücklich zum verfassungsrechtlichen Schutz des Pflichtteilsrechts – jedenfalls der Kinder des Erblassers. Das Gericht stellt fest, dass „die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass (...) durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet“ werde.

Die strukturprägenden Merkmale der Nachlassteilhabe von Kindern seien Ausdruck einer durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten und grundsätzlich unauflösbaren Familiensolidarität, in der Eltern und Kinder berechtigt und verpflichtet seien, füreinander materiell und persönlich Verantwortung zu übernehmen. Das Pflichtteilsrecht übertrage diese Solidarität in den Bereich des Erbrechts und schütze die Kinder davor, dass sich die Familienbeziehungen überhaupt nicht oder nur unzulänglich in der Verteilung des Nachlasses widerspiegeln.²³⁴

²²⁹ Strätz, FamRZ 1998, 1553, 1566; Otte, AcP 202 (2002), S. 317, 335ff.; Vgl. aber für die Ansicht, dass dieser Aspekt heute nicht mehr zeitgemäß sei: Palandt/Edenhofer, Überbl v § 2303, Rn. 1; MünchKommBGB/Lange, § 2303 Rn. 5; Staudinger/Haas, Vorbem zu §§ 2303ff., Rn. 19; Schlüter, in: 50 Jahre BGH, Bd. 1, 2000, S. 1047, 1050.

²³⁰ Leipold, AcP 180 (1980), S. 160, 194ff.

²³¹ Schiemann, ZEV 1995, 197, 199; ebenso Otte, ZEV 1994, 194, 196; dagegen MünchKommBGB/Lange, § 2303 Rn. 5, Staudinger/Haas, Vorbem zu §§ 2303ff., Rn. 20.

²³² Otte, AcP 202 (2002), S. 317, 351ff.; BVerfG FamRZ 2005, 872.

²³³ BVerfG FamRZ 2005, 872.

²³⁴ Vgl. bereits BVerfGE 57, 170, 178.

b. Abwägungsgesichtspunkte auf Seiten der Nachfolgevertrags-Parteien

(1) Regelungsinteressen der Vertragspartner

Auf der anderen Seite, also hinsichtlich der Regelungsinteressen der Vertragspartner, spielen für die Abwägung hinsichtlich des Veräußerungsvertrags dagegen individuelle Interessen eine große Rolle.

Eine Veräußerung durch den Erblasser kann in vielerlei verschiedenen Lebenssituationen und rechtlichen Zusammenhängen stattfinden, was sich auf die Frage auswirkt, wie schwer im Einzelfall bestimmte Interessen des Erblassers und seines Vertragspartners wiegen.

Die Prüfung der Grenzlinie zwischen entgeltlich und unentgeltlich hat letztlich also im Einzelfall zu erfolgen. Verschiedene Aspekte, die im Einzelfall eine Rolle spielen können, werden im Zweiten Teil dieser Untersuchung ausführlich beleuchtet werden.

Nur beispielhaft genannt sei hier an wirtschaftlichen Interessen der Gesellschafter die Erhaltung von Liquidität im Unternehmen und damit der wirtschaftliche Fortbestand der Gesellschaft, die Bewahrung bzw. das Hinzugewinnen von Know-how (z.B. durch Aufnahme des Prokuristen bzw. fachlicher Experten als Gesellschafter), der Erhalt des seit Generationen familiengeführten Unternehmens in der Familie oder nicht zuletzt die Sicherung von Arbeitsplätzen.

Auch die Tatsache, dass der Neugesellschafter bzw. Anteils Käufer beim Einstieg in ein Unternehmen nicht selten ein beträchtliches wirtschaftliches Risiko eingeht, darf bei der Abwägung und damit der Frage, ob noch Entgeltlichkeit (oder schon Unentgeltlichkeit) vorliegt, nicht unbeachtet bleiben.²³⁵

(2) Vorgaben der Rechtsordnung und Wertigkeit der Interessen

Zunächst ist zu betonen, dass das Erbrecht in § 2325 BGB auf die Schenkung und damit auf die für jeden Einzelfall besonderen Umstände des Schenkungsvertrags verweist, ohne selbst inhaltliche Kriterien aufzustellen. Das bedeutet – auf die Fälle der Anteilsnachfolge übertragen – dass das Erbrecht die gesellschaftsrechtlichen²³⁶ und unternehmerisch-

²³⁵ Vgl. zu Grundfragen der Risikobewertung *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, *passim*, insb. S. 232ff.

²³⁶ Vgl. zum Ausmaß der richterlichen Kontrolle gesellschaftsvertraglicher Regelungen *Walter Odersky*, Gestaltungsfreiheit und gerichtliche Kontrolle, S. 111.

betriebswirtschaftlichen Besonderheiten²³⁷ eines Anteilsnachfolgevertrags hinzunehmen hat. Dies gilt auch für die Frage, nach welchen rechtlichen und wirtschaftlich – tatsächlichen Maßstäben die Grenze zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit zu ziehen ist. Man kann diesbezüglich vom Tribut sprechen, den das Erbrecht dem Gesellschaftsrecht zu zollen hat.

Für die Abwägung der widerstreitenden Interessen ist insbesondere zu beachten, dass eine Beurteilung sowohl von Interessen wie von konkreten (Gegen-) Leistungswerten ohne Beachtung der Verkehrssitte und des sie betreffenden Spezialrechts, also hier des Gesellschaftsrechts, unmöglich ist. Die Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien ist im konkreten Fall der Gesellschafternachfolge eine spezifisch gesellschaftsrechtliche.

Zuletzt muss auch beachtet werden, dass in die Beurteilung der Entgeltlichkeit eines Gesellschafts- oder Anteilskaufvertrags niemals nur einzelne Vertragsklauseln allein einzubeziehen sind. Ohne eine Einbeziehung des Gesamtkontexts sämtlicher Rechte und Pflichten des Vertragsverhältnisses sowie aller ausgetauschten Leistungen ist eine taugliche Entscheidung über Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit nicht denkbar.²³⁸

Ebenso wie das Pflichtteilsrecht ist auch die gesellschaftsvertragliche Gestaltungsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt, und zwar durch Art. 9 Abs. 1, subsidiär durch Art. 2 Abs. 1 GG.²³⁹ Die unternehmerische Handlungsfreiheit steht unter dem grundrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG.²⁴⁰ Das BVerfG gewährt Wirtschaftsunternehmen einen „angemessenen Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative“.²⁴¹

²³⁷ Für das Anlegen wirtschaftlicher Maßstäbe an die Beurteilung der Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen sprach sich bereits *Mallinckrodt*, Über Unentgeltlichkeit, S. 7 aus.

²³⁸ *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 233.

²³⁹ *Maunz/ Dürig/ Di Fabio*, Art 2 Rn. 103f.

²⁴⁰ *Jarass/Pieroth/ Jarass*, Art. 2 Rn. 24.

²⁴¹ BVerfGE 50, 290, 366.

Zusammenfassung der Ergebnisse des Ersten Teils

- I. Bei der unentgeltlichen Zuwendung eines Gesellschaftsanteiles, gleich ob im Wege der Übertragung eines bestehenden Anteiles, bei der Gesellschaftsneugründung oder beim Eintritt in eine bestehende Gesellschaft, ist neben Gesellschaftsrecht auch Schenkungsrecht – und damit auch Pflichtteilsergänzungsrecht – grundsätzlich anwendbar.

Die beiden Rechtsgebiete schließen sich nicht aus, sondern stehen bei der unentgeltlichen Anteilsnachfolge in einem Verhältnis des Nebeneinander. Die Schenkung ist dabei als causa des Geschäfts, der Gesellschaftsvertrag als seine Erfüllung zu betrachten. (vgl. S. 15)

- II. Der Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters ist ohne Einbringen individueller, über Haftung, Geschäftsführungs- und Treupflicht hinausgehender Beiträge des neuen Gesellschafters in der Regel Gegenstand einer Schenkung.

Die gegenteilige Auffassung des BGH und von Teilen der Literatur, die wegen der gesetzlich bestehenden persönlichen Haftung, der Pflicht zur Geschäftsführung und zum Einsatz der Arbeitskraft grundsätzlich von Entgeltlichkeit ausgehen, ist unzutreffend. Diese Pflichten stellen nach vorzugswürdiger Anschauung keine Gegenleistungen des neuen Gesellschafters dar, sondern bestimmen in individueller Höhe den Wert des Gesellschaftsanteils mit. Wenn nach Berücksichtigung dieser wertmindernden Faktoren der Gesellschaftsanteil noch einen positiven Wert hat – was in der Regel der Fall sein wird –, und die weiteren Beiträge des neuen Gesellschafters hinter diesem Wert zurückbleiben, ist eine (teilweise) Schenkung möglich. (vgl. S. 42)

- III. Der Schenkungsbegriff des § 2325 BGB ist der des § 516 Abs. 1 BGB, weshalb die subjektive Einigung über die Unentgeltlichkeit eine zentrale Voraussetzung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs darstellt. (vgl. S. 45)

- IV. Die Parteien des Gesellschafternachfolgevertrags entscheiden über Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit autonom.

Den Parteien eines jeden Austauschvertrags steht es aufgrund ihrer grundgesetzlich geschützten Privatautonomie frei, eine objektiv geringere Gegenleistung subjektiv als gleichwertig anzusehen. Es gilt also nicht eine objektive, sondern eine subjektive Äquivalenz der ausgetauschten Leistungen. Der Unterschiedsbetrag einer evtl. gegebenen gemischten Schenkung besteht daher in der ggf. verbleibenden subjektiven Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung. (vgl. S. 51)

V. Beweiserleichterung für den Kläger bei objektiv grobem Missverhältnis

Die Parteien können allerdings kein unentgeltliches Geschäft durch Vereinbarung zu einem entgeltlichen erklären. Im Rahmen des § 2325 BGB ist daher zu prüfen, ob die Parteien wirklich Entgeltlichkeit vereinbart haben oder nur eine Schenkung durch behauptete Entgeltlichkeit verschleiern wollen.

Der Schutz des beweisbelasteten, aber in einer insofern schwachen Beweisposition befindlichen Pflichtteilsergänzungsklägers gebietet, dass bei einem auffälligen, groben Missverhältnis zwischen den objektiven Werten von Leistung und Gegenleistung eine tatsächliche Vermutung der Unentgeltlichkeit eingreift. Umgekehrt gebietet es der Schutz der Gesellschafter und der Gesellschaft, der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit des in ihr verkörperten Unternehmens und der davon abhängigen Arbeitsplätze eine Prüfung der individuellen Umstände, die die Erwägungen der Parteien beim Vertragsschluss einbezieht und angemessen würdigt.

Prozessual hat der Beklagte dazu Umstände darzulegen und zu beweisen, nach denen diese Vermutung des Missverhältnisses zwischen den ausgetauschten Leistungen falsch ist.

Scheitert dieser Beweis, sind die nach den Umständen haltbaren Bewertungen für die Berechnung der Differenz und damit der Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruches heranzuziehen. (vgl. S. 54ff.)

VI. BGH und Literatur bieten neben dem prozessualen Ansatz der Beweiserleichterung kaum übergeordnete Kriterien für eine materielle Abgrenzung zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit in Fällen mit Drittbezug.

Damit mangelt es an Anhaltspunkten, nach denen der Beklagte die besonderen Umstände für die Entgeltlichkeitsvereinbarung beweisen soll. Die Beweisanforderungen bleiben stark einzelfallbezogen und lassen Rechtssicherheit für die Parteien des Veräußerungsvertrags vermissen. (vgl. S. 58)

VII. Der im Pflichtteilsergänzungsprozess beklagte Erbe oder „Beschenkte“ (im Sinne des § 2329 BGB) kann auch ideelle Gegenleistungen des Anteilnachfolgers als Bestandteile eines entgeltlichen Vertrags vortragen.

Der Altgesellschafter und spätere Erblasser handelt nicht nur dann eigennützig (und vereinbart somit einen entgeltlichen Vertrag), wenn er ausschließlich materielle Gegenleistungen vereinbart. Auch das

(ausdrückliche) Einbringen von Aspekten wie die Erhaltung des von ihm aufgebauten Lebenswerkes kann Teil entgeltlicher Vereinbarungen sein. Erst wenn der spätere Erblasser Vermögensteile weggibt, um dem Empfänger etwas Gutes zu tun, wenn er also uneigennützig handelt, kann von einem (insoweit) unentgeltlichen Vertrag gesprochen werden. (vgl. S. 64)

VIII. Vorliegen von Interessenpolarität heißt: Gewähr für die inhaltliche Richtigkeit der Entgeltlichkeitsvereinbarung.

Ein Kriterium für die Prüfung, ob die Entgeltlichkeitsvereinbarung der Vertragsparteien inhaltlich richtig ist, bietet die Lehre von der Richtigkeitsgewähr. Wenn zwischen den beteiligten Parteien hinsichtlich des Leistungsaustauschs ausgeprägte entgegengesetzte Interessen vorhanden sind, ist dadurch die Richtigkeit der Entgeltlichkeitsvereinbarung gewährleistet. Sie braucht und darf dann auch im Pflichtteilsergänzungsprozess nicht mehr auf inhaltliche Richtigkeit überprüft werden. Ansprüche aus § 2325 BGB scheiden dann aus. (vgl. S. 81)

IX. Bei eingeschränkter Interessenpolarität hat eine Inhaltskontrolle unter Abwägung aller beteiligter Interessen zu erfolgen.

Fehlt dagegen eine Interessenpolarität bei den Vertragsparteien, ist keine Richtigkeitsgewähr gegeben. Der Vertrag ist dann hinsichtlich seiner Wirkungen auf § 2325 BGB inhaltlich zu kontrollieren. Dies hat unter Abwägung der durch das Pflichtteilsrecht geschützten Interessen auf der einen und der Interessen der ursprünglichen Vertragsparteien auf der anderen Seite zu geschehen. Letztgenannte sind bei der Gesellschafternachfolge insbesondere gesellschaftsrechtlich und unternehmerisch-betriebswirtschaftlich geprägt. (vgl. S. 88)

X. Bedeutung für die gesellschaftlicherliche Nachfolgeplanung

Die im Ersten Teil dieser Untersuchung dargestellte Problematik zeigt, dass der Erbe (bzw. der Beschenkte im Sinne des § 2329 BGB) im Pflichtteilsergänzungsprozess Schwierigkeiten hat, die besonderen Umstände, die für Entgeltlichkeit sprechen, zu beweisen.

Die Parteien des Gesellschafternachfolgevertrags sollten daher, um die Beweissituation des Beklagten im evtl. späteren Prozess zu verbessern, alle wertbildenden Faktoren wie die individuelle Haftung und den Umfang der Geschäftsführung im Vertrag darstellen, falls diese im Einzelfall den Wert von Kaufpreis und/ oder Beiträgen des neuen Gesellschafters mitbestimmen. Auch die sonstigen Faktoren, die den Wert der ausgetauschten Leistungen beeinflussen, inkl. etwai-

ger ideeller Gegenleistungen und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen der Gesellschafteraufnahme bzw. des Gesellschafterwechsels, sollten ausdrücklich dargelegt werden. Dasselbe gilt für die individuelle Interessenlage der Vertragsparteien, aus der, wie gesehen, eine Entscheidung für Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit besser nachvollzogen werden kann.

Zweiter Teil:

Instrumente zur Verringerung des Nettowertes der Schenkung

Kapitel 1: Einleitung

Nachdem im Ersten Teil der Untersuchung die dogmatischen Grundlagen der gemischten Schenkung bei der Anteilsnachfolge herausgearbeitet wurden, sollen nun im Zweiten Teil durch einen Blick auf anwendungsrelevante Problemfelder konkrete Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung dargestellt werden. Dazu wird zu prüfen sein, wie die an der Gesellschafternachfolge beteiligten Parteien ihre Leistungen so wählen und bewerten können, dass der netto dem Gesellschafternachfolger unentgeltlich zugewandte Wert und damit auch die entstehenden Pflichtteilsergänzungsansprüche möglichst niedrig ausfallen. Implizite Voraussetzung ist also, dass eine wertmäßige Differenz zwischen den Leistungen der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter *an den* Anteilsnachfolger und den Leistungen *durch den* Anteilsnachfolger an die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter zur Diskussion steht. Daher sind im Folgenden diese beiden *Leistungsrichtungen* getrennt zu betrachten.

Es ist dabei wie oben²⁴² erkannt für die Leistungen des neuen Gesellschafters zu unterscheiden zwischen der Situation, in der der Anteil des Neugesellschafters neu entsteht (also die Fälle des Beitritts und der Neugründung), und der Übertragung eines bestehenden Anteils von einem Altgesellschafter auf den neuen.

In beiden Fällen sind echte Gegenleistungen, aber auch die oben ermittelten wertmindernden Faktoren als diejenigen Aspekte zu betrachten, die den Netto-Geschenkwert beeinflussen können.

Zunächst soll im Folgenden ein kurzer Überblick über die denkbaren Nachfolgekonstellationen geschaffen werden, bevor die Leistungen der Gesellschaft bzw. der bisherigen Gesellschafter und dann auf der anderen Seite des eintretenden Gesellschafters im Einzelnen erörtert werden.

Eine Differenzierung nach Gesellschaftsformen (BGB-Gesellschaft, OHG, KG) ist in diesem Zusammenhang – abgesehen von Besonderheiten beim Kommanditisten – nicht notwendig, weil die darzustellenden Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung bei allen Personengesellschaften vorkommen können.

²⁴² Vgl. oben S. 42.

Kapitel 2: Leistungen an den Neugesellschafter

A. Einleitung

Zunächst soll im folgenden Abschnitt dargestellt werden, welche Leistungen in welchen Nachfolgekonstellationen genau dem (designierten) Nachfolger, d.h. dem neuen Gesellschafter zugewandt werden.

Von entscheidender Bedeutung ist danach die Frage, wie diese Leistungen zu bewerten sind. Dabei spielt – für diese Leistungsrichtung – keine Rolle, ob der Anteil neu entsteht (Beitritt in eine bestehende Gesellschaft oder Neugründung durch Aufnahme eines Partners in ein Einzelunternehmen) oder ob ein Anteil übertragen wird.

Für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruches ist bei mehrgliedrigen Gesellschaften sodann zu differenzieren, was *der einzelne Mitgesellschafter* zu dem beiträgt, was der Neugesellschafter bei einem Beitritt *insgesamt* zugewandt bekommt. Hinsichtlich § 2325 BGB ist nur dasjenige heranzuziehen, was aus dem eigenen Vermögen des späteren Erblassers netto abfließt, unter Berücksichtigung all dessen, was der neue Gesellschafter in die Gesellschaft einbringt und dadurch wiederum das Vermögen der einzelnen Gesellschafter anteilig erhöht.

B. Gegenstand der Zuwendung

I. Zuwendungsgegenstände in den verschiedenen Nachfolgekonstellationen

Für die verschiedenen in der Praxis vorkommenden Fälle des Einstiegs in ein Einzelunternehmen (d.h. einer Gesellschaftsneugründung), des Beitritts in eine Gesellschaft oder der Nachfolge in einen Personengesellschaftsanteil kommen, was die rechtliche Charakterisierung angeht, unterschiedliche Gegenstände der Zuwendung an den neuen Gesellschafter in Betracht.

So wird diskutiert, ob bei einer (für den Nachfolger teilweise unentgeltlichen) Neugründung oder einer Erweiterung einer Gesellschaft – rechtstechnisch spricht man in diesen Fällen von Einbuchung²⁴³ – die Befreiung von

²⁴³ Vgl. *Huber*, Vermögensanteil, S. 203; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1317ff.; *MüHdBGesR* Bd. 1/ v. *Falkenhausen/Henning C. Schneider*, S. 1087; OLG Köln, OLGZ 1976, 306ff.; In dem Fall des OLG ging es um die Einbuchung eines Kommanditanteils. Die Einbuchung ist gerade bei der Nachfolge in Familiengesellschaften häufig, vgl. *MüHdBGesR* Bd. 1/ v. *Falkenhausen/Henning C. Schneider*, S. 1086.

der Einlageschuld oder der Anteil selbst den Schenkungsgegenstand darstellt.²⁴⁴

Bei der Anteilsübertragung²⁴⁵ wiederum liegt nach h.M. der Zuwendungsgegenstand im Anteil selbst.

Zuletzt besteht in Fällen von gesellschaftsvertraglichen Klauseln, die (für die fortzusetzende Gesellschaft) die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters für den Todesfall ausschließen oder für lebzeitige Austritte beschränken, die Zuwendung entweder im Anwachsen der Anteile bei den Restgesellschaftern oder in der Anwartschaft auf Vergrößerung des eigenen Anteils. Aus der Sicht des Erblassers ist der verschenkte Gegenstand im Sinne des § 2325 BGB sein Anteil am Gesellschaftsvermögen in der Form des dem Nachlass (bzw. bei Ausscheiden zu Lebzeiten seinem lebzeitigen Vermögen) entgangenen Abfindungsanspruches.

Prinzipiell kommt es für die Anwendung des § 2325 BGB aber gar nicht darauf an, worin genau der Gegenstand der Zuwendung (im Sinne einer Typisierung) liegt: Voraussetzung für den Pflichtteilsergänzungsanspruch ist lediglich, dass überhaupt eine Schenkung gegeben ist.

Trotz dieser grundsätzlichen rechtlichen Bewertung kann die genaue Bestimmung des Schenkungsgegenstandes in einer anderen Hinsicht aber durchaus relevant für den Tatbestand des § 2325 BGB sein: Es geht dabei um die genaue Qualifizierung des Schenkungsgegenstandes bei gemischt entgeltlich - unentgeltlichen Geschäften, genauer: um die Einordnung der Wertdifferenz. Ob in diesen Fällen der Neugeschafter Gegenstände in die Gesellschaft einbringt, die nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung als wertmindernde Faktoren²⁴⁶ zu qualifizieren sind, oder solche, die als echte Gegenleistung gelten müssen, jedenfalls kann die wertmäßige Differenz schenkungsrechtlich in drei Alternativen betrachtet werden: Erstens kann der reine *Geldbetrag der Wertdifferenz* geschenkt sein, zweitens kann der *Gesellschaftsanteil selbst abzüglich der Leistungen des Nachfolgers* Schenkungsgegenstand sein, und zuletzt kann derjenige ideelle *Bruchteil des zugewandten Anteils* geschenkt sein, der der Wertdifferenz der ausgetauschten Leistungen entspricht. Alle drei Annahmen sind rechtsdogmatisch

²⁴⁴ Für die letztgenannte Variante: *Schmidt*, BB 1990, 1992, 1994.

²⁴⁵ Die Mitgliedschaft in der Personengesellschaft ist als Recht verfüg- und übertragbar, vgl. BGHZ 98, 48, 50 sowie für viele nur *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1322 und *ders.*, BB 1990, 1992, 1995.

²⁴⁶ Vgl. oben S. 42.

begründbar²⁴⁷, d.h. gegen sie sprechen keine zwingenden rechtlichen Gründe.

Ebenso wie schon oben bei der Typisierung des Zuwendungsgegenstandes kommt es aber wie bereits angedeutet *im Regelfall* für Grund und Höhe des Pflichtteilergänzungsanspruches nicht auf diese Unterscheidung an, weil ohnehin nur das Vorliegen und der Betrag der reinen Wertdifferenz maßgeblich sind. Diese Differenz ist in der Regel für alle drei Varianten dieselbe. Angenommen, der Wert des zugewandten Anteils beträgt eine Million Euro, der neue Gesellschafter erbringt eigene Leistungen im Wert von 600.000 Euro – ob für die Schenkung der Geldbetrag von 400.000 Euro, der Anteilswert abzüglich 600.000 Euro, oder der Wert von vier Zehnteln des Anteils ergänzungspflichtig sind, hat keine praktischen Auswirkungen auf die Höhe des Anspruchs.²⁴⁸

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, können die Ergebnisse dagegen divergieren, wenn nach der gesetzlichen Regelung des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB, dem sog. Niederstwertprinzip, der Zeitpunkt des Erbfalls für die Bewertung des übertragenen Anteils zu Grunde zu legen ist.

II. Zuwendungsgegenstand und Niederstwertprinzip

1. Relevanz des Niederstwertprinzips bei teilweise unentgeltlichen Verträgen

Nach dem Niederstwertprinzip (§ 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB) ist für die Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruches bei nicht verbrauchbaren Sachen derjenige Wert maßgeblich, der nach der Betrachtung von Schenkungszeitpunkt einerseits und Zeitpunkt des Erbfalls andererseits der geringere ist. Anders als bei den in der Rechtsprechung häufigen Grundstücksfällen ist eine Wertminderung bei Unternehmensanteilen weitaus häufiger vorstellbar: In einem Zeitraum von bis zu zehn Jahren (vgl. § 2325 Abs. 3 BGB) kann eine werbende Gesellschaft z.B. durch eine veraltende Produktpalette, das Wegbrechen von Absatzmärkten, aber auch durch Missmanagement oder allgemeiner Wirtschaftskrise durchaus wesentlich an Wert verlieren. In diesen Fällen kommt es bei Anwendung des Niederstwertprinzips für den Ergänzungsanspruch auf den niedrigeren Wert zur Zeit des Erbfalls an.

²⁴⁷ Reiff, Dogmatik der Schenkung, S. 254 m.w.N.

²⁴⁸ Vgl. MünchKommBGB/ Kollhosser, § 516 Rn. 29 a.E.

Bei Anwendung des Niederstwertprinzips ist nun in der Tat die rechtliche Qualifizierung des Schenkungsgegenstandes einer gemischten Schenkung relevant:

Nimmt man an, dass die *reine Wertdifferenz* zwischen Anteil und Leistungen des Nachfolgers, also ein Geldbetrag der Schenkungsgegenstand ist, ist allein auf dessen Wert im Schenkungszeitpunkt abzustellen: Geld ist gem. § 92 BGB eine verbrauchbare Sache, wodurch das Niederstwertprinzip keine Anwendung findet (vgl. § 2325 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ergänzungspflichtig wären also unabhängig von der Wertentwicklung des Anteils nach dem obigen Beispielfall 400.000 Euro.

Nimmt man dagegen an, geschenkt sei der *Anteil abzüglich der Leistungen des neuen Gesellschafters*, ergibt sich ein anderes Ergebnis. Unterstellt, der Anteil sei im Todeszeitpunkt des Übergebers nur noch 700.000 Euro wert, dann ergibt sich eine Differenz (700.000 Euro abzüglich der Leistung des Vertragspartners von 600.000 Euro) von lediglich 100.000 Euro, die ergänzungspflichtig wäre.

Entscheidet man sich zuletzt für die Variante, nach der ein *Bruchteil des Anteils* (nämlich: vier Zehntel von einer Million) geschenkt sei, gelangt man zu einem dritten Ergebnis des ergänzungspflichtigen Geschenkwertes: vier Zehntel des zur Zeit des Erbfalls noch mit 700.000 Euro zu bewertenden Anteils sind 280.000 Euro.

Für den Bereich der nur teilweise unentgeltlichen Geschäfte ist zunächst zu begründen, dass das Niederstwertprinzip überhaupt Anwendung findet. Das Gesetz setzt in § 2325 BGB für den Pflichtteilsergänzungsanspruch und damit auch für die grundsätzliche Anwendbarkeit des Niederstwertprinzips eine Schenkung voraus. Von gemischten Schenkungen ist, ebenso wie im gesamten BGB, nicht die Rede. Allerdings herrscht Einigkeit darüber, dass § 2325 BGB auch auf gemischte Schenkungen anwendbar ist²⁴⁹. Fraglich ist nur, ob dies auch – jedenfalls soweit es um nicht verbrauchbare Sachen geht – uneingeschränkt für das Niederstwertprinzip gelten kann.

Für den zweiten Lösungsansatz, in dem die Sache abzüglich des Wertes der Leistungen des Nachfolgers als geschenkt gilt, wirft das nämlich die Frage auf, ob wirklich nur für die zugewandte Sache (statt für die wertmäßige Differenz) das Niederstwertprinzip angewandt werden sollte, und erst bei Feststellung des niedrigsten Wertes die Gegenleistungen abzuziehen sind. Eine Untersuchung der Teleologie des Pflichtteilsergänzungsrechts zeigt

²⁴⁹ MünchKommBGB/ Lange, § 2325 Rn. 14; Palandt/ Edenhofer, § 2325 Rn. 19; Soergel/ Dieckmann, § 2325 Rn. 15.

aber, dass dies, jedenfalls vom dogmatischen Standpunkt aus, zu bejahen ist: Die gesetzgeberische Idee des Niederstwertprinzips ist, dass der Pflichtteilsberechtigte nur am Risiko des Wertverlusts der veräußerten Sache teilnehmen soll, nicht aber an deren eventuellen Wertsteigerungen²⁵⁰. Wäre die Sache nämlich im Erblasservermögen verblieben, wäre der Pflichtteilsberechtigte ebenfalls am Wertverlust beteiligt gewesen. Auf der anderen Seite soll der Pflichtteilsergänzungsanspruch dagegen nur verhindern, dass die Durchsetzung des Pflichtteils illusorisch wird, nicht dagegen den Pflichtteilsberechtigten an späteren Werterhöhungen beteiligen. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Frage nach der Anwendung des Prinzips im zweiten Modell so beantworten: Wäre die Sache ganz verschenkt worden, hätte der Pflichtteilsberechtigte das Risiko des Wertverlusts alleine tragen müssen. Wenn beim teilweise entgeltlichen Veräußerungsgeschäft im Vergleich zur reinen Schenkung die Leistung des „Beschenkten“ das Erblasservermögen sogar vermehrt hat, darf ihm dies nicht zum Nachteil werden. Die Gegenleistung des „Beschenkten“, konkret des Anteilsnachfolgers, muss also erst nach voller Berücksichtigung der Wertminderung des Gesellschaftsanteils abgezogen werden, um den ergänzungspflichtigen Veräußerungswert zu berechnen.

Zusammenfassend ist das Niederstwertprinzip also auch für gemischt entgeltlich – unentgeltliche Verträge in der dargestellten Weise anwendbar: Nämlich lediglich hinsichtlich der zugewandten Sache beim Schenkungsgegenstand „Sache abzüglich Leistung des Vertragspartners“ und hinsichtlich des Bruchteils beim Schenkungsgegenstand „ideeller Bruchteil in Höhe der Wertdifferenz“ (der entgeltliche Rest der Sache ist nach dieser Ansicht ja gar nicht geschenkt!). Dagegen ist das Niederstwertprinzip gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB wegen Satz 1 nicht anwendbar, wenn man die wertmäßige Differenz für den Schenkungsgegenstand hält.

Dass die dargestellten Varianten der in Frage kommenden Schenkungsgegenstände dogmatisch stimmig sind, bedeutet aber nicht, dass auch alle zu einer sachgerechten Problemlösung führten. Gerade die aufgezeigten Unterschiede in Anwendbarkeit und Rechtsfolge des Niederstwertprinzips spielen eine wichtige Rolle für die Entscheidung, welcher der dargestellten Schenkungsgegenstände im Falle der Anteilsnachfolge der sachgerechteste ist. Der BGH vertritt nämlich für die Lösung der rechtlichen Probleme bei der gesetzlich nicht geregelten gemischten Schenkung keinen einheitlichen

²⁵⁰ Protokolle V, S. 583f.; MünchKommBGB/ Lange, § 2325 Rn. 31.

dogmatischen Ansatz, sondern wählt eine pragmatische, einzelfallgerechte Ausfüllung der Gesetzeslücke²⁵¹.

Dem folgend ist zu untersuchen, welcher der drei Lösungsansätze im Falle der Anteilsnachfolge am sachgerechtesten erscheint.

Bezieht man die bereits dargestellte Interessenlage der Gesellschaft²⁵², ihres ausscheidenden Mitglieds und des neuen Gesellschafters in diese Überlegungen ein (die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind bereits in der Schutzvorschrift des § 2325 BGB institutionalisiert), nämlich die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Unternehmens und der damit verbundenen Wertschöpfung ebenso wie der Arbeitsplätze, so ist in besonderer Weise die Funktion des Niederstwertprinzips zu betonen. Wenn die Pflichtteilsberechtigten nach dem gesetzlichen Leitbild nicht an Wertsteigerungen, sehr wohl dagegen voll an Wertminderungen teilnehmen sollen, so gilt dies in besonderem Maße für die hier untersuchten wirtschaftlichen Zusammenhänge: Verliert das Unternehmen aufgrund wirtschaftlicher Probleme an Wert, dann wäre es besonders fatal, wenn bei einem Erbfall nicht zumindest das Niederstwertprinzip eingriffe: Die Abflüsse an Liquidität, die regelmäßig wegen der gleichzeitigen Stellung des Neugesellschafters als Träger des Unternehmens und Erbe des Übergebers oder Beschenkten im Sinne des § 2329 BGB das Unternehmen trafen, würden weitere wirtschaftliche Risiken mit sich bringen. Zusätzlich zum erlittenen Wertverlust des Anteils müsste der Erbe, wendete man das Niederstwertprinzip nicht voll an, auch noch eine Pflichtteilsergänzung aufbringen, die sich am nicht mehr vorhandenen früheren Wert des Anteils orientierte. Der Gesetzgeber wollte aber im Gegenteil dem Schuldner des Ergänzungsanspruchs eine Wertminderung zugute kommen lassen. Aufgrund dessen ist es angezeigt, im Sinne von einzelfallgerechten Lösungen die Norm so auszulegen, dass das Niederstwertprinzip zu Gunsten des Erben (§ 2325 BGB) bzw. Empfängers (§ 2329 BGB) eines Unternehmensanteils voll zur Geltung kommt.

Diese Voraussetzung erfüllt am besten der zweite der dargestellten Lösungsansätze, nämlich die *zugewandte Sache abzüglich Gegenleistungen als Schenkungsgegenstand*. Wie gesehen kommt es (nur) in diesem Ansatz zur vollen Berücksichtigung des Wertverlusts des geschenkten Anteils.

²⁵¹ BGHZ 3, 206, 211; BGHZ 30, 120, 121f.; BGH FamRZ 1967, 214, 215f.; Zustimmung auch die h.M. in der Literatur, vgl. nur MünchKommBGB/ Kollhosser, § 516, Rn. 33.

²⁵² Vgl. oben S. 88.

Dagegen schlägt, folgt man der Auffassung, die *reine Wertdifferenz* sei Schenkungsgegenstand, ein Wertverlust des Anteils voll beim Erben zu Buche, weil das Niederstwertprinzip für Geldbeträge keine Anwendung findet.

Zuletzt verhilft auch die Ansicht, geschenkt sei ein den Werten von Leistung und Gegenleistung entsprechender *Bruchteil des zugewandten Gegenstandes*, dem Niederstwertprinzip nicht voll zur Geltung, weil der Erbe zwar nicht voll, aber doch quotenmäßig am Wertverlust beteiligt bleibt.

Im Ergebnis entspricht für die Fälle der Anteilsnachfolge in Gesellschaften der Ansatz, nach dem der Anteil abzüglich der Leistungen des Nachfolgers das Geschenk darstellt, am ehesten der Teleologie des Niederstwertprinzips und bringt die sachgerechteste Problemlösung. Folge ist, dass bei gemischt entgeltlich-unentgeltlicher Anteilsnachfolge und einer Wertminderung des Gesellschaftsanteils zwischen Zuwendung und Erbfall der Wert zur Zeit des Erbfalls maßgeblich ist. Von diesem wird der volle Wert der Leistungen des Anteilsnachfolgers abgezogen, um die ergänzungspflichtige Summe zu berechnen.

2. Besonderheiten bei Zuwendungen unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts

Eine besondere Konsequenz des Niederstwertprinzips ergibt sich bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Gesellschaftsanteils vom Übergeber an den Nachfolger.

Gehört ein Nutzungsvorbehalt, z.B. ein lebenslanger Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, zu den Gegenleistungen des Nachfolgers, hat § 2325 Abs. 2 BGB eine noch stärkere Auswirkung als in den soeben dargestellten allgemeinen Fällen der Anteilsnachfolge: Wie noch zu zeigen sein wird²⁵³, ist der kapitalisierte Wert des Nießbrauchs nur dann vom Wert des Zuwendungsgegenstandes abzuziehen, wenn es auf den Zeitpunkt der Schenkung ankommt. Wenn dagegen wie im oben dargestellten Fall der Wert gesunken ist, ist außerdem auch der Wert des Nießbrauchs nicht mehr abzuziehen. Ein lebenslanger Nießbrauch zu Gunsten des Erblassers erlösche, so der BGH in diesen Fällen, durch den Erbfall, wodurch die Sache in diesem Zeitpunkt als lastenfrei anzusehen sei.

Diese Problematik wird weiter unten noch zu untersuchen sein.²⁵⁴

²⁵³ Vgl. unten S. 194.

²⁵⁴ Vgl. unten S. 181ff.

C. Bewertung des zugewandten Anteils

I. Einleitung

In jedem Fall der oben dargestellten Möglichkeiten der Nachfolge in einen Gesellschaftsanteil muss der vom Übergeber auf den Nachfolger übergegangene Vermögensbestandteil der Höhe nach bewertet werden.²⁵⁵ Diese Bewertung ist zentral für die Berechnung dessen, was der Übergeber dem Nachfolger im Sinne des § 2325 BGB geschenkt hat.

Auch bei dieser Bewertung kollidieren die Interessen der Erben bzw. Pflichtteils-(ergänzungs-)berechtigten und die der Gesellschafter. Während für die am Nachlass Beteiligten eine möglichst hohe Bewertung des Anteils von Interesse ist, ist es für die Gesellschafter und für die Liquidität der Gesellschaft – jedenfalls hinsichtlich dieser späteren Ansprüche der Nachlassbeteiligten – wünschenswert, dass die Bewertung des Anteils bei (teil-) unentgeltlicher Aufnahme des Neugeschafters bzw. bei Ausscheiden des Erblassers möglichst gering ausfällt.

Für die wertmäßige Begrenzung von Abfindung bzw. Anteil ist rechtstechnisch zwischen den verschiedenen wirtschaftlichen Ereignissen zu unterscheiden:

Für (vom zeitlichen Horizont des Gesellschaftsvertrags aus) künftige Ereignisse, nämlich das Ausscheiden eines Gesellschafters zu Lebzeiten oder im Todesfall, können gesellschaftsvertragliche Klauseln die Bewertung der Abfindung im Sinne des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB beschränken, die bei lebzeitigem Ausscheiden dem Gesellschafter, im Todesfall dem Nachlass zusteht. Hier haben die Gesellschafter die Möglichkeit, im Vertrag zu bestimmen, wie hoch dieser Abfindungsanspruch sein soll, und zwar differenziert nach Fällen des lebzeitigen und des todesbedingten Ausscheidens.

Keine Vertragsklausel im Sinne einer rechtsetzenden Regelung ist dagegen die Bewertung des zugewandten Anteils zum Zeitpunkt der Aufnahme eines neuen Gesellschafters bzw. bei der Veräußerung des Anteils durch den Übergeber an den Nachfolger. Vielmehr geht es hierbei eigentlich nur um die Kalkulationsgrundlage für die Festsetzung von Einlage oder Kaufpreis. Pflichtteilsergänzungsrechtlich betrachtet bildet der zu Grunde gelegte Anteilswert dann wiederum die Basis, um nach Berücksichtigung der wertmindernden Faktoren, des Kaufpreises, der Einlage und sonstiger Leistungen

²⁵⁵ Ausführlich zur Anteilsbewertung: Sudhoff/ Stenger, Unternehmensnachfolge, §24 Rn. 23; Wollny, Unternehmens- und Praxisübertragungen, S. 363ff. (Rn. 2701ff.),

den Wert des netto zugewandten „Gegenstandes“ im Sinne des § 2325 BGB zu ermitteln.

Die viel diskutierten Probleme der Zulässigkeit solcher Klauseln bzw. Wertfestsetzungen sind im Rahmen des § 2325 BGB nur Vorfragen. Für den Pflichtteilergänzungsanspruch ist sodann zu klären, ob zulässige Klauseln zur Begrenzung von Abfindung oder Anteilswert Schenkungen zu Gunsten des Nachfolgers darstellen oder Teil eines entgeltlichen Geschäfts zwischen den Parteien sind. Bei der vertraglichen Festlegung des Anteilswertes bei Beitritt und Kauf ist dagegen zu klären, ob dieser Wert auch für die spätere gerichtliche Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruches zu berücksichtigen ist.

Die Betriebswirtschaftslehre hat verschiedene Verfahren entwickelt, um ein Unternehmen und Unternehmensanteile zu bewerten.²⁵⁶ Zu unterscheiden ist dabei zunächst die Bewertung des ganzen Unternehmens und dann des Anteils, der nicht nur nach Kapitalanteilsquote, sondern evtl. auch nach anderen gesellschaftsvertraglichen Merkmalen wie z.B. der Verteilung der Stimmrechte zu bestimmen ist.

Da die Anwendung verschiedener Methoden in der Regel zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, könnte die Entscheidung für eine Berechnungsmethode also den Wert des „geschenkten Gegenstandes“ im Sinne des § 2325 BGB beeinflussen. Dennoch soll die Diskussion, welche der (unten kurz angedeuteten) Bewertungsmethoden die richtige ist, hier nicht geführt werden. Abgesehen davon nämlich, dass die Auswahl der Bewertungsmethode stark einzelfallabhängig ist, stellt sie eigentlich ein betriebswirtschaftliches und weniger ein rechtliches Problem dar. Im Folgenden sollen also allgemein die alle Methoden betreffenden Probleme hinsichtlich des Pflichtteilergänzungsrechts besprochen werden.

Die meisten der folgenden Wertermittlungsverfahren umfassen auch die Heranziehung stiller Reserven und des Unternehmenswertes (oder *good will*). Ob die Gesellschafter unter Umständen diese Wertbestandteile unberücksichtigt lassen und somit die Berechnungsgrundlage für Ansprüche verschiedener Art lediglich auf den Buchwert beschränken können, ist weiter unten zu untersuchen.

Für die in dieser Untersuchung bedeutsame Bewertung des lebenden Unternehmens wird heute die Ertragswertmethode als gängige Praxis angesehen.²⁵⁷ Allerdings hat der BGH²⁵⁸ für die gerichtliche Feststellung des Ge-

²⁵⁶ Vgl. für einen Überblick nur Hölters/ H. Fischer, Hdb. d. Unternehmens- und Beteiligungskaufs, S. 167ff. und Ballwieser, Unternehmensbewertung, *passim*.

²⁵⁷ MüHdBGesR/ Piehler/Schulte, Bd. 1, S. 209 Rn. 81; BGH NJW 1993, 2101, 2103.

sellschaftswertes – und diese theoretische Möglichkeit sollte auch für die vertraglichen Vereinbarungen der Gesellschafter Maßstab sein – die Verwendung anderer Wertermittlungsverfahren zugelassen. Je nach spezifischem Sachverhalt kann daher, so der BGH, auch die Substanzwertmethode heranzuziehen sein. Da der Tatrichter in der Wahl der Bewertungsmethode frei ist, sind aber auch in der Praxis weniger bedeutende Methoden wie das Einsetzen eines bestimmten Prozentsatzes des Bruttoumsatzes²⁵⁹, das Discounted Cash-Flow-Verfahren, die Market Approach-Methode, aber auch, z.B. bei nicht mehr werbenden Unternehmen, die Liquidationsmethode zu nennen.²⁶⁰

II. Anteilsbewertung für die Zukunft: Bewertungs- und Wertbeschränkungsklauseln

1. Bei todesbedingtem Ausscheiden aus der Gesellschaft

Wenn ein Mitglied stirbt und damit gemäß Gesellschaftsvertrag (bzw. bei OHG und KG: gem. § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB) ohne Anteilsnachfolger aus einer fortzusetzenden Gesellschaft ausscheidet, droht ein Liquiditätsabfluss durch Abfindungsansprüche der Erben gem. § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Gesellschaft hat in diesem Fall ein vitales Interesse an einer Begrenzung dieser Ansprüche. Häufig wird daher im Gesellschaftsvertrag – entweder alle oder aber nur einzelne Mitglieder betreffend – eine Beschränkung des Abfindungsanspruches vereinbart. Die weitreichendste Form stellt der völlige Ausschluss einer Abfindung dar. Dadurch wächst dem oder den verbleibenden Mitgesellschaftern der wegfallende Anteil des Verstorbenen zu, ohne dass diese eine Kompensation zu Gunsten des Nachlasses leisten müssen.

Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen gesellschaftsvertraglichen Abfindungsausschluss- bzw. -beschränkungsklausel ist bis zur Grenze des § 138 BGB anerkannt, u.a. weil sie der Unternehmenserhaltung dient.²⁶¹

²⁵⁸ BGH NJW 1993, 2101.

²⁵⁹ BGH NJW 1991, 1547, 1548 m.w.N.

²⁶⁰ Vgl. zum Ganzen Soergel/ Dieckmann, § 2325 Rn. 28 und 31 a.E.; Reuter, Perpetuierung, S. 298; Sudhoff/ Scherer, Unternehmensnachfolge, § 17 Rn. 17 und 70, insb. 72 aE; Loderer, Handbuch der Bewertung, S. 726; Zur Bewertung einzelner Anteile in Relation zum Unternehmensgesamt看t: Hölters, Hdb. d. Unternehmens- und Beteiligungskaus, S. 155, insb. Rn. 352.

²⁶¹ Vgl. für viele Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1336 m.w.N. in den dortigen Fn. 102 und 103.

Die Diskussion zu der Frage, ob hierin eine Schenkung auf den Todesfall (§ 2301 BGB) des verstorbenen an die verbleibenden Gesellschafter zu sehen ist, ist in der Vergangenheit intensiv geführt worden.

Im Ergebnis verneint die h.M.²⁶² diese Frage mit dem Argument, es handle sich um ein entgeltliches aleatorisches Geschäft: Der Chance, mit dem Tod eines Mitgeschafters seinen Anteil ohne Gegenleistung zu erwerben, steht das Risiko gegenüber, bei eigenem Erstversterben seinen Anteil ohne Kompensation für den Nachlass zu verlieren.²⁶³ Jedenfalls bei gleicher Chancen-/ Risiken-Verteilung sei in diesem Wagnis Entgeltlichkeit zu sehen. Bei einem groben Missverhältnis der Chancen und Risiken, z.B. wenn zwar die Klausel jedes Mitglied betrifft, aber die Lebenserwartungen sehr unterschiedlich sind, wird dagegen das Vorliegen von Entgeltlichkeit verneint und entsprechend eine (gemischte) Schenkung angenommen. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Abfindungsausschlussklausel nur manche Gesellschafter betrifft. Gegen die nicht durch die Klausel belasteten Mitglieder kann dann ein Pflichtteilergänzungsanspruch geltend gemacht werden.

Kritiker²⁶⁴ der h.M. lehnen die Annahme von Entgeltlichkeit aufgrund aleatorischen Geschäfts ab, weil im Abhängigmachen der eigenen Verfügung von den jeweiligen Gegenverfügungen keine Gegenleistung zu sehen sei. Vielmehr handle es sich nur um unbeachtliche Motive für die eigene Verfügung. Die Annahme von Entgeltlichkeit enthalte den Pflichtteilsberechtigten den ihnen zustehenden Anteil am Nachlass vor, indem der Erblasser Teile seines Vermögens am Nachlass „vorbeisteuern“ könne.

Mit *Lange*²⁶⁵ ist dennoch der h.M. zuzustimmen: Die Regelung der Abfindungsansprüche geschieht nicht, um Pflichtteilsberechtigte zu beschränken, sondern um der Gesellschaft eine erfolgreiche Teilnahme am Wirt-

²⁶² Staudinger/ *Olshausen*, § 2325 Rn. 34 m.w.N.; Soergel/ *Dieckmann*, § 2325 Rn. 24; Ebenroth/ Boujong/ Joost/ *Lorz*, § 131 Rn. 120 m.zahlr.N.; *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rn. 1233; BGH FamRZ 1981, 653, 654; *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 235f.; *Borrmann*, Pflichtteilsrecht und gesellschaftsvertragliche Fortsetzungsvereinbarungen, S. 40; a.A. *Schmitt*, Gesellschaftsvertrag und Pflichtteilsrecht, S. 35; *Kohl*, MDR 1995, 871f.; Vgl. auch *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1337.

²⁶³ *von Löwis*, Die aleatorischen Verträge, S. 58: „Die aleatorischen Geschäfte haben ihren Namen von dem eigenthümlichen Inhalt, den ein Vertrag erhält, wenn es von ungewissen Umständen abhängt, ob ein Vertrag im Verfolg einem Contrahenten Verlust oder Vortheil bringt.“

²⁶⁴ Soergel/ *Dieckmann*, § 2325 Rn. 27 m.w.N.; *Reuter*, Perpetuierung, S. 344; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1337 m.w.N.; *Kuttler*, Vermögensrechtliche Auswirkungen nachfolgesteuernder Klauseln, S. 44.

²⁶⁵ MünchKommBGB/ *Lange*, § 2325 Rn. 20.

schaftsleben zu ermöglichen. Die Vermeidung eines Kapitalabflusses sichere, so *Lange*, den Bestand der Gesellschaft.

Dieser Zweck der Abfindungsklauseln ist auch vom Pflichtteilsergänzungsrecht anzuerkennen. Hier kommt wiederum die Erkenntnis zum Tragen, dass das Erbrecht in § 2325 BGB lediglich die nicht weiter erbrechtlich modifizierte Voraussetzung der Schenkung aufstellt, also auf § 516 BGB verweist. Ob eine unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 516 BGB vorliegt oder nicht, kann sich wiederum nur aus den rechtlichen und tatsächlichen Regeln und Gebräuchen desjenigen (Rechts-) Gebietes bestimmen, in dessen Umfeld das Rechtsgeschäft vorgenommen wird.

Das bedeutet für die Anteilsnachfolge, dass das Pflichtteilsergänzungsrecht die Wertungen der gesellschaftsrechtlichen, insbesondere der gesellschaftsvertraglichen Regelungen, aus denen pflichtteilsrechtliche Folgen erwachsen sollen, hinzunehmen hat. Denn das Merkmal der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB kann bei der Anteilsnachfolge in rechtlicher Hinsicht nur im spezifischen gesellschaftsrechtlichen und –vertraglichen Kontext, in tatsächlicher Hinsicht nur im Kontext unternehmerischer Maßstäbe und Grundsätze beurteilt werden. Gesellschaftsrechtlich jedoch liegt den Abfindungsbeschränkungen eben keine Schenkung zu Grunde, sondern ein allseitig verpflichtendes Geschäft, das dem Gesellschaftszweck dienen soll. Zu dem Zeitpunkt der Vereinbarung, der allein für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit relevant ist, wollen die Parteien sich nicht gegenseitig etwas schenken, sondern die Zukunft ihrer Gesellschaft sichern. Schon das mangelnde Wissen, wem letztlich die Vereinbarung persönlich zugute kommt (nämlich dem Letztversterbenden, wenn keine neuen Gesellschafter aufgenommen worden sind), kann eine Einigung hinsichtlich einer Schenkung gar nicht zustande kommen lassen.

Im Ergebnis liegt in der Vereinbarung einer Abfindungsausschlussklausel ein entgeltliches Geschäft, aus dem keine Pflichtteilsergänzungsansprüche entstehen, wenn Chancen und Risiken für alle Gesellschafter so verteilt sind, dass kein grobes Missverhältnis besteht.

Aber auch falls eine Ausgewogenheit bezüglich der Chancen und Risiken der Abfindungsklausel nicht vorliegt, bedeutet dies nicht etwa eine reine Schenkung des stärker belasteten an den verhältnismäßig begünstigten Gesellschafter. Vielmehr ist dann eine gemischte Schenkung gegeben, deren entgeltlicher und unentgeltlicher Teil nach dem Verhältnis zu bestimmen ist, das die unterschiedlichen Wahrscheinlichkeiten des Profitierens von der bzw. des Verlierens durch die Klausel bestimmt. Denn zum Zeitpunkt der Vereinbarung der Klausel steht ja beispielsweise keineswegs fest, dass der

ältere Gesellschafter zuerst versterben wird. Der jüngere hat lediglich eine um einen bestimmten Prozentsatz höhere Chance, den älteren zu überleben als umgekehrt.

Ebenso wie bei den sogleich zu behandelnden Klauseln hinsichtlich lebzeitigen Ausscheidens können die Gesellschafter ein zunächst nicht ausgewogenes Chancen-/ Risiken-Verhältnis dadurch kompensieren, dass sie an anderer Stelle die Vor- und Nachteile ausgleichen. Beispielsweise kann den Parteien des Gesellschaftsvertrags geraten werden, unterschiedliche Einlagenhöhen, Stimmrechte oder Ergebnisbeteiligungen als Ausgleich für unterschiedliche Lebensalter zu vereinbaren. Auch dadurch, dass die Abfindung nicht völlig ausgeschlossen, sondern in unterschiedlicher Höhe festgelegt wird, kann ein Ausgleich erreicht werden.

2. Bei lebzeitigem Ausscheiden aus der Gesellschaft

a. Zweck und Arten der Klauseln bei lebzeitigem Ausscheiden

Auch bei lebzeitigem Ausscheiden aus der Gesellschaft spielen Klauseln, die die Abfindung des ausscheidenden Mitglieds beschränken können, eine Rolle. Neben der Begrenzung von Kapitalabflüssen können diese (z.B. eine Buchwertklausel) dazu dienen, dass beim Ausscheiden eines einzelnen Mitglieds zur Berechnung der Abfindung keine stillen Reserven aufgedeckt oder der *good will* nicht bewertet werden muss. Eine die Abfindung beschränkende Klausel kann dadurch letztlich Streit bei der ansonsten notwendigen Anteilsbewertung vermeiden.²⁶⁶

Die Rechtsprechung ist, was Abfindungsbeschränkungsklauseln angeht, bei lebzeitigem Ausscheiden restriktiver als bei todesbedingtem, unter anderem um dem Mitglied, das ausscheiden will, eine Kündigung nicht wirtschaftlich unmöglich zu machen. Diese Vorfrage betrifft allerdings wiederum lediglich die Zulässigkeit von Abfindungsbeschränkungsklauseln bei lebzeitigem Ausscheiden²⁶⁷ und soll hier nicht weiter vertieft werden. Anerkannt sind jedenfalls beispielsweise Klauseln, die nur den Buchwert des Anteils als Abfindung vorsehen, die den Ausscheidenden lediglich vom Ergebnis schwebender Geschäfte ausschließen (vgl. § 740 Abs.1 BGB) oder die den Nominalwert zuzüglich Rücklagenanteil²⁶⁸ vorsehen. Auch eine Ab-

²⁶⁶ Reuter, Perpetuierung, S. 288.

²⁶⁷ Bei Nichtanerkennung einer Buchwertklausel hat eine gerichtliche Bestimmung des Abfindungsanspruches in angemessener Höhe zu erfolgen, vgl. BGH WM 1978, 1044; 93, 1412 und BGHZ 123, 281.

²⁶⁸ Vgl. Sudhoff/ Stenger, Unternehmensnachfolge, § 24 Rn. 23.

findung, die an einer bestimmten Quote (z.B. 80 %) des Vollwertes orientiert ist, kann gewählt werden²⁶⁹, solange die Quote nicht unangemessen niedrig ist. Eine solche Abfindungsbeschränkung erspart den Gesellschaftern allerdings nicht die u.U. Streit auslösende Bestimmung des Vollwertes der Gesellschaft.

Im Zusammenhang mit Pflichtteilsergänzungsansprüchen geht es wiederum um die Frage, ob in dem teilweisen Abfindungsverzicht des später ausscheidenden Mitglieds eine unentgeltliche Zuwendung zu Gunsten der verbleibenden Gesellschafter gesehen werden kann.

Die Vereinbarung einer Buchwertklausel wirft dabei gerade für die Bewertung eines Anteils im Rahmen des § 2325 BGB Probleme auf. Das Teilproblem, wie ein vererbter Anteil, der mit Buchwertklausel belastet ist, im Rahmen der Pflichtteilsberechnung zu bewerten ist, wurde in der Literatur ausgiebig diskutiert. Vertreten werden verschiedene Positionen von der Heranziehung nur des Buchwertes²⁷⁰ über Mittelwerte²⁷¹ bis zur Berücksichtigung des vollen Anteilswertes²⁷². Die schlüssigste Argumentation bietet hier *Huber*²⁷³, der zu bedenken gibt, dass der Nachlasswert der Höhe nach dem Geldbetrag entspricht, den man erwirbt, wenn man den Gegenstand in Geld umtauscht. Mangels Markt für individuelle Personalgesellschaftsanteile geht *Huber* zur Ermittlung dieses Geldbetrages von einer Kündigung des Anteils und Auszahlung durch die Restgesellschafter aus. In diesem Fall aber erhält der mit Buchwertklausel belastete Gesellschafter eben den Buchwert. Diesen Abschlag vom Vollwert muss folglich auch der Ausgleichsberechtigte, also der Pflichtteilsberechtigte im Rahmen des § 2303 BGB gegen sich gelten lassen.²⁷⁴

Was diesen ordentlichen Pflichtteil angeht, ist das Ergebnis für den Fall, dass der Erblasser noch zu Lebzeiten aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, wirtschaftlich gesehen dasselbe, in der rechtlichen Bewertung dagegen eindeutig: Im Nachlass befindet sich kein zu bewertender Anteil mehr, sondern

²⁶⁹ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1488.

²⁷⁰ *Huber*, Vermögensanteil, S. 347.

²⁷¹ *Staudinger/Olshausen*, § 2325 Rn. 17; *Sudhoff*, NJW 1961, 801, 804.

²⁷² *Tiedau*, MDR 1959, 253, 255.

²⁷³ *Huber*, Vermögensanteil, S. 347.

²⁷⁴ *Huber a.a.O.* will aber dennoch hinsichtlich der Pflichtteilsberechnung den Buchwert korrigieren, falls der Ertrag aus dem Gesellschaftsanteil im Vergleich zu einer für den Nominalbetrag des Anteils zu erwartenden Rendite überdurchschnittlich gut sei. (Nur) in diesem Fall nämlich habe der im Vergleich zum Buchwert höhere Vollwert des Anteils auch für den neuen Gesellschafter einen wirklichen Mehrwert.

nur noch (soweit noch vorhanden) der aus der Buchwertklausel resultierende Geldbetrag.

Hier wie da wird der Pflichtteil also aus dem Betrag errechnet, der aus der Buchwertklausel resultiert.

b. Qualifikation der Klauselvereinbarung als Schenkung

Damit bleibt aber die Frage, ob dem Pflichtteilsberechtigten nicht darüber hinaus ein Anspruch aus § 2325 BGB zusteht. Bereits in der Vereinbarung der Buchwertklausel könnte nämlich eine Schenkung zu Gunsten des übrigen Gesellschafters zu sehen sein, die nach dem Tod des Erblassers auszugleichen wäre (und zwar unabhängig davon, ob der Erblasser vor oder erst mit seinem Tod aus der Gesellschaft ausgeschieden ist).

Das Problem, ob die Vereinbarung einer Buchwertklausel eine Schenkung darstellt, ist bisher kaum diskutiert worden.

Voraussetzung für eine eventuelle Schenkung durch den Erblasser wäre eine unentgeltliche Vermögenszuwendung und die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung.

(1) Objektiv unentgeltliche Zuwendung

Schon an der objektiv unentgeltlichen Zuwendung kann es fehlen, wenn die gleichen Maßstäbe anzuwenden sind wie bei der Abfindungsausschlussklausel von Todes wegen:

Systematisch drängt sich nämlich der Vergleich mit dieser (oben besprochenen) Situation der Abfindungsausschlussklausel bei todesbedingtem Ausscheiden auf.

Für den Fall der allseitigen Abfindungsausschlussklausel von Todes wegen wird in der Zuwendung zu Gunsten der Mitgesellschafter keine Schenkung gesehen. Durch die gleichmäßige Verteilung der Chancen und Risiken für alle Gesellschafter liegt, wie oben gesehen, ein entgeltliches, weil aleatorisches Geschäft vor. Die Parteien gewähren sich in der Klausel gegenseitig eine Erwerbchance für den jeweils eigenen Anteil. Die Voraussetzung für diese gleichmäßige Risikoverteilung ist, dass zunächst alle Gesellschafter formal von der Klausel betroffen sind und außerdem keine erheblich unterschiedliche Lebenserwartung gegeben ist.

Ein solches entgeltliches, weil aleatorisches Geschäft könnte auch in der Vereinbarung einer Buchwertklausel zu sehen sein.²⁷⁵

²⁷⁵ So auch *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 237.

In beiden Fällen wird der Nachlass dadurch geschmälert, dass der volle oder ein Teil des im Gesellschaftsanteil verkörperten Vermögenswertes durch Anwachsung auf die Mitgesellschafter übergeht, ohne dass eine vollwertige Kompensation zu Gunsten des Nachlasses (bzw. bei lebzeitigem Ausscheiden: des künftigen Nachlasses, d.h. des lebzeitigen Vermögens des Erblassers) geleistet würde.

Was das Wagniselement angeht, haben die beiden Klauseln das Entscheidende gemeinsam: Zum Zeitpunkt der Vereinbarung ist unklar, welcher Gesellschafter als erster, welcher als letzter betroffen sein wird. Das erste ausscheidende Mitglied nämlich hat den größten Nachteil (ihm wächst kein anderer wegfallender Anteil zu), das letzte dagegen gewinnt am Ende alle ihm zuwachsenden Anteile, ohne volle Kompensation geleistet zu haben. Wie bei der todesbedingten Abfindungsklausel haben bei der Buchwertklausel zum Zeitpunkt der Vereinbarung alle Gesellschafter das gleich hohe Risiko, ihren im Anteil verkörperten Vermögenswert (teilweise) zu verlieren (sei es durch Tod oder Kündigung) und spiegelbildlich die gleiche Chance, bei Tod oder Kündigung eines Mitgeschafters etwas dazu zu gewinnen.

Im Unterschied zu dem bei jedem Gesellschafter sicher eintretenden Ereignis Tod ist eine Kündigung zwar nicht unabwendbar, sondern dem Willen des jeweils ausscheidungswilligen Gesellschafters unterworfen. Entscheidend kommt es aber nicht auf die spätere Steuerbarkeit des auslösenden Ereignisses, sondern darauf an, dass zum Zeitpunkt der Vereinbarung keinem Gesellschafter bekannt ist, wen es als ersten treffen wird, wer also etwas abgeben muss und wer etwas hinzugewinnt. Zu diesem Zeitpunkt nämlich hat noch kein Gesellschafter vor zu kündigen, denn sonst würde er sich vernünftigerweise nicht auf eine solche Klausel einlassen.

Insofern stellt also die Vereinbarung einer Buchwertklausel ein Wagnis und damit ein objektiv entgeltliches Geschäft dar.

(2) Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit

Schon weil die Parteien gar nicht wissen, wer von der Klausel profitiert und wer nicht, kann auch keine Einigung über eine etwaige Unentgeltlichkeit vorliegen. Dies gilt für die häufigen Fälle der sog. Satzungsgesellschaften²⁷⁶ umso mehr, weil dort die Vereinbarung von Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag auch Mitglieder betrifft, die erst später in die Gesellschaft aufgenommen werden. Mit diesen kann zum Zeitpunkt der Klauselvereinbarung schon gar keine Schenkung vereinbart werden. Die formalju-

²⁷⁶ Vgl. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 81; Reuter, Perpetuierung, S. 62.

ristisch wohl im Beitrittsvertrag liegende Vereinbarung der Klausel gleichzeitig als Vereinbarung über Unentgeltlichkeit zu verstehen, würde dabei künstlich den Erklärungswillen der Vertragsparteien überinterpretieren. Jedenfalls in Fällen von Gesellschaften mit später hinzugetretenen Mitgliedern erscheint die Einordnung der Klauselvereinbarung als Schenkung daher unangemessen.²⁷⁷

Die von einigen Autoren für das Modell der Abfindungsausschlussklausel von Todes wegen vertretene Lösung einer bedingten Schenkung auch bei der Vereinbarung einer Buchwertklausel anzuwenden (nämlich: Schenkung des über dem Buchwert liegenden Anteilswertes bedingt auf die eigene lebenszeitige Kündigung), erschiene nur als ein ergebnisorientierter Versuch, eine Schenkung zu konstruieren, um entgegen den Voraussetzungen des § 516 BGB den Pflichtteilsberechtigten zu schützen. Dies ist deshalb abzulehnen, weil sich die Gesellschafter bei Vereinbarung der Klausel gar keine Gedanken über unentgeltliche Zuwendungen zu Gunsten der Mitgesellschafter machen, sondern an die Zukunft der Gesellschaft denken (dazu sogleich). Insbesondere ist es lebensfremd, den Gesellschaftern eine so komplizierte Konstruktion als gewollten Regelungsinhalt der Klauselvereinbarung zu unterstellen.

Abgesehen von dem formalen Einigungshindernis „fehlender Zuwendungsempfänger“ wollen die Gesellschafter nämlich auch inhaltlich gar kein unentgeltliches Geschäft vereinbaren. In vielen Fällen ist die Motivation für die Vereinbarung einer Buchwert- (oder einer sonst die Abfindung beschränkenden) Klausel, dass die Parteien Streitigkeiten bei der Bewertung des Anteils durch Aufdeckung stiller Reserven und Bewertung des *good will* vermeiden wollen. In anderen Fällen soll die Zukunft des Unternehmens dadurch gesichert werden, dass vermeidbare Kapitalabflüsse verhindert werden. Meist wird ein Bündel von Motivationen vorliegen, das jedenfalls diese beiden Aspekte beinhaltet.²⁷⁸ Zuletzt kann auch hier ein spekulatives, d.h. aleatorisches Element vorliegen, indem der Einzelne etwas einsetzt, um etwas gewinnen zu können.

In diesen Aspekten liegen legitime Zwecke, die auch auf Gegenseitigkeit beruhen: Das früher als die anderen ausscheidende Mitglied verzichtet evtl. auf einen Teil seines Anteilswertes, dafür leidet es aber auch nicht unter den möglicherweise die Zukunft des Unternehmens gefährdenden Streitereien oder Kapitalabflüssen, falls ein anderes zuerst ausscheidet und seinen vollen

²⁷⁷ Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1484.

²⁷⁸ Vgl. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1483.

Anteilswert ausbezahlt haben will. Diese Gegenseitigkeit in den Interessen bedeutet aber hinsichtlich § 516 BGB Entgeltlichkeit, weshalb eine Schenkung ausscheidet.

Dies muss sich der Pflichtteilsberechtigte nicht nur deshalb entgegenhalten lassen, weil § 516 BGB Voraussetzung für § 2325 BGB darstellt, sondern auch aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung: Billigt man der Gesellschaft einen Schutz durch Buchwertklauseln für kündigende Gesellschafter zu, dann darf dieser Schutz auch nicht durch eine zu weite Auslegung der § 2325 oder § 2329 BGB leer laufen. *Olshausen*²⁷⁹ meint dazu, dass das Pflichtteilsrecht und die Pflichtteilsergänzung da ihre Grenze finden müssten, wo die Gesellschafter den Bestand ihrer wirtschaftlichen Unternehmung über die erbrechtliche Zuordnung gestellt hätten. Dies gelte im Rahmen der Kapitalsicherung umso mehr, als der Bestand und die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen von der Eigenkapitalquote bestimmt würden.

(3) Ergebnis

Im Ergebnis müssen bei der Buchwertklausel für lebzeitige Kündigung dieselben Wertungen gelten wie bei der todesbedingten Abfindungsausschlussklausel: In ihrer Vereinbarung liegt ein entgeltliches, weil aleatorisches Geschäft.

In diesen Fällen können Pflichtteilsberechtigte nur an dem Betrag der Buchwertklausel partizipieren, soweit dieser Wert noch im Nachlass vorhanden ist. Eine darüber hinaus gehende Heranziehung einer Schenkung als Grundlage von Pflichtteilsergänzungsansprüchen scheidet aus.²⁸⁰

c. Vorliegen eines unausgewogenen Chancen-/ Risiken- Verhältnisses

Bei der in dieser Arbeit untersuchten Nachfolgesituation ergibt sich im Vergleich zum dargestellten „dogmatischen Grundfall“ die Besonderheit, dass es sich schon von der Voraussetzung her typischerweise nicht um ein ausgewogenes Chancen-/ Risiken – Verhältnis handelt. Der Übergeber, der seinen Nachfolger zunächst in sein Einzelunternehmen oder in seine Gesellschaft aufnimmt, wird ja planmäßig früher ausscheiden als der Nachfolger. Die höhere Wahrscheinlichkeit für den Nachfolger, aufgrund der Buchwertklausel einen Teil des Übergeberanteils kompensationslos zu erwerben, wirkt sich dann für die Vereinbarung der Klausel so aus, dass darin eine

²⁷⁹ Staudinger/ *Olshausen*, § 2325 Rn. 34.

²⁸⁰ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1484 dazu: „Im Grundsätzlichen verfehlt die Schenkungskonstruktion den Sachverhalt.“

teilweise Schenkung gesehen werden muss. Diese ist dann prinzipiell bei der Pflichtteilergänzungsberechnung zu berücksichtigen.

Ein entgeltliches Geschäft kann dagegen angenommen werden, wenn sich aus anderen Gründen die Chancen und Risiken für Übergeber und Nachfolger (aus der relevanten Sichtweise zum Zeitpunkt der Klauselvereinbarung) als ausgewogen darstellen.

Diese Voraussetzung kann beispielsweise dann gegeben sein, wenn die Gesellschafter sich nicht sicher sind, ob der designierte Nachfolger als solcher geeignet ist und sie deshalb eine entsprechende – ebenfalls der Höhe nach auf Buchwertabfindung beschränkte – Ausscheidensklausel vereinbaren.²⁸¹ So kann in diesem Risiko ein Ausgleich für die höhere altersbedingte Ausscheidenswahrscheinlichkeit des Übergebers liegen und im Ergebnis für Entgeltlichkeit sorgen. Neben der praktischen Seltenheit einer solchen Konstellation ergeben sich aber auch insofern Schwierigkeiten, wie die „Ungeeignetheit für die Nachfolge“ idealerweise so geregelt werden müsste, dass Streitigkeiten über ihre Anwendung vermieden werden. Das ist praktisch nur schwer vorstellbar. Weiterhin ist auch fraglich, ob der Ausschluss eines Gesellschafters aufgrund einer solchen Klausel bei gleichzeitiger Beschränkung seiner Abfindung nicht ohnehin gegen § 723 III BGB verstoßen würde.²⁸²

Praktisch relevanter und für die Vertragsgestaltung interessant ist ein anderer Ausgleich der zunächst ungleich verteilten Chancen und Risiken. So können die Gesellschafter vereinbaren, dass eine Kündigung z.B. ab dem 65. Lebensjahr neben der Buchwertabfindung eine Rente für den ausscheidenden Gesellschafter nach sich ziehen soll. Auf diese Weise könnte das Risiko wegfallen, dass ein älterer Gesellschafter gegenüber seinen jüngeren Soziern aufgrund einer höheren Ausscheidenswahrscheinlichkeit Nachteile erleidet. Wird diese Rente beispielsweise vom Ertrag der letzten Jahre vor dem Ausscheiden abhängig gemacht, könnte bei entsprechender Rentenhöhe in der Gesamtschau wiederum ein ausgeglichenes Chancen- Risiken-Verhältnis und damit ein entgeltliches Wagnisgeschäft gegeben sein.²⁸³ Wichtig für die Vertragsgestaltung ist dabei, dass zur Vermeidung von

²⁸¹ Z.B. bei einer Gesellschaft von Trägern freier Berufe, z.B. Rechtsanwälte, über die Definition von persönlichen Umsatzzielen innerhalb eines bestimmten Zeitraums.

²⁸² Vgl. zu den sehr engen Voraussetzungen für eine Ausschließung ohne wichtigen, sachlich gerechtfertigten Grund: *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1470ff.

²⁸³ Auch *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 234f. weist darauf hin, dass eine einseitige Abfindungsausschlussklausel durchaus durch andere Vereinbarungen (z.B. einen höheren Beitrag oder kleineren Gewinnanteil) ausgeglichen werden und im Ergebnis ein voll entgeltliches Geschäft vorliegen kann.

Pflichtteilsergänzungsansprüchen keine 100-prozentige Ausgeglichenheit zwischen den Chancen und Risiken beider Seiten gefordert wird: Der BGH²⁸⁴ zweifelt nur dann an der Entgeltlichkeit eines Geschäfts, wenn Leistung und Gegenleistung objektiv in einem groben, auffälligen Missverhältnis stehen. Und selbst bei Vorliegen eines solchen objektiven Missverhältnisses steht den mit § 2325 BGB-Ansprüchen belasteten Erben oder Beschenkten (§ 2329 BGB) die Möglichkeit des Beweises besonderer Umstände offen, die dennoch eine subjektive Einigung der Parteien über die Entgeltlichkeit eines Geschäfts plausibel machen.²⁸⁵

Wollen die Gesellschafter kein Rentenmodell wählen, um bei Chancen und Risiken der vereinbarten Klausel eine Ausgewogenheit zu erreichen, bleibt ihnen auch die Möglichkeit anderweitigen Ausgleichs: Die Parteien sollten dazu den Wertunterschied der jeweiligen Belastung auf beiden Seiten schätzen, was ihnen dann ermöglicht, diesen Wertunterschied beispielsweise durch eine höhere Einlage des Begünstigten, durch einen höheren Anteilskaufpreis, niedrigere Gewinnanteile oder ähnliche Mittel zu beseitigen. Einige dieser Möglichkeiten werden im nächsten Abschnitt der Untersuchung dargestellt werden.

III. Anteilsbewertung in der Gegenwart: Beitritt und Anteilsübertragung

1. Einleitung

Im Unterschied zu Klauseln, die die Ermittlung des Anteilswertes in der Zukunft (also meist für das Ausscheiden eines Mitgliedes) festlegen, geht es bei der Verwendung von Wertermittlungsverfahren im Fall von Beitritt und Anteilsübertragung nicht um deren Festschreibung im Vertrag im Sinne eines „Anwendungsbefehls“. Vielmehr stehen zum Zeitpunkt des Eintritts bzw. der Übertragung ja bereits alle Wertfaktoren fest, sodass der vereinbarte Wert, also das Ergebnis (und nicht die Methode) des verwendeten Wertermittlungsverfahrens für die Einlage- bzw. Kaufpreisbestimmung verwendet werden kann.

Aus rechtlichen Gründen zwingend ist dabei lediglich die vertragliche Einigung über die Höhe (und damit bei schriftlichen Verträgen eine Fixierung) von Einlage oder Anteilskaufpreis, die unter anderem aus dem zu Grunde gelegten Anteilswert (zu den anderen Faktoren siehe unten) resultieren.

²⁸⁴ Vgl. oben Fn. 139f.

²⁸⁵ Vgl. oben S. 55.

Für die etwaige spätere Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruches kann es aber sinnvoll sein, die von den Gesellschaftern angenommenen Werte und evtl. sogar das verwendete Verfahren in den Vertrag aufzunehmen, um zu dokumentieren, von welchen Erwägungen sich die Vertragsparteien haben leiten lassen. Dies kann von Bedeutung sein für die Frage, ob die Bewertung der ausgetauschten Leistungen durch die Parteien in willkürlicher Weise erfolgt ist und dadurch die Pflichtteilergänzungsberechtigten schädigt. Durch eine vertragliche Erläuterung der Motive kann also möglicherweise eine spätere nicht der wirklichen Sachlage und Intention der Gesellschafter entsprechende Beurteilung als verschleierte Schenkung vermieden werden, was die Erben bzw. den Verpflichteten im Sinne des § 2329 BGB (und damit letztlich die Gesellschaft) vor Zahlungsansprüchen schützt.

Inhaltlich könnten die Parteien aus verschiedenen Gründen von den Ergebnissen einer gängigen Anteilsbewertungsmethode abweichen. So können, soweit diese Aspekte nicht schon in der Wertermittlungsmethode enthalten sind, alle vorteilhaften oder nachteiligen Tatsachen in der Entwicklung des Geschäfts, der Gesellschaft und der Person des neuen Gesellschafters eine Rolle spielen, also z.B.: eine günstige Geschäftsentwicklung und harmonische Zusammenarbeit zwischen den bisherigen und dem neuen Gesellschafter einerseits, drohende wirtschaftliche Schwierigkeiten mangels Liquidität, übermäßiger Konkurrenz, ungeeigneter Geschäftsleitung oder Überschuldung andererseits.²⁸⁶

Ob allerdings der Richter bei der Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruches an das von den Gesellschaftsvertrags-Parteien gewählte Bewertungsverfahren *gebunden* ist, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

2. Einfluss der Erörterungen der Parteien auf § 2325 BGB

Elementarer Bestandteil der Schenkung im Sinne der §§ 2325, 516 BGB ist die subjektive Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Damit gewinnt die durch die Parteien vorgenommene Bewertung der ausgetauschten Leistungen und ihre Begründung auch für die spätere Berechnung der Pflichtteilergänzungsansprüche zentrale Bedeutung.²⁸⁷ Welches Bewertungsverfahren die Parteien heranziehen, warum sie dies tun, ob sie den Anteil etwa „freihändig“ nach bestimmten individuellen Kriterien statt nach gängigen Verfahren bewerten und welche spezifischen Aspekte

²⁸⁶ Die Argumente für eine höhere oder niedrigere Anteilsbewertung sind angelehnt an Wiedemann, Übertragung, S. 218.

²⁸⁷ Vgl. zum Einfluss der von den Parteien gewählten Bewertungsverfahren Klingelhöfer, Pflichtteilsrecht, S. 94f.

außerhalb des für den reinen Anteilswert relevanten einen objektiven Wertansatz nach oben oder unten beeinflussen, muss also für das „Ob“ und das „Wieviel“ des Pflichtteilsergänzungsanspruches berücksichtigt werden.

Auch hier gilt wiederum die oben gewonnene Erkenntnis, dass das Erbrecht in § 2325 BGB auf die spezifisch gesellschaftsrechtlich geprägte Schenkung bei der Anteilsnachfolge zurückgreifen muss und somit auch gesellschaftsrechtliche, aber auch gesellschaftlicher Wertungen zu berücksichtigen hat. Das schließt natürlich nur wirklich gesellschaftliche und unternehmerische Aspekte ein, nicht aber den Versuch, durch die Konstruktion einer verschleierte Schenkung Pflichtteilsberechtigte zu benachteiligen.

Im Übrigen spielt für die Frage, ob die gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen über den Wert des Gesellschaftsanteils auch bei der Bewertung der „Schenkungen“ des § 2325 BGB zu beachten sind, auch die größere zeitliche und sachliche Nähe der Vertragsparteien zum Sachverhalt eine Rolle. Vor allem bei Sachverhalten, bei denen der relevante Gesellschafts- oder Anteilskaufvertrag und der Erbfall weit auseinander liegen, sind die vertraglichen Vereinbarungen oft das einzige Mittel, die für § 516 BGB entscheidenden Motive und Vorstellungen der Parteien zu ermitteln.

Auch § 2311 Abs. 2 S. 2 BGB steht einer Berücksichtigung der vertraglichen Vereinbarungen für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruches nicht entgegen. Zwar ist die Norm auch auf § 2325 BGB anwendbar. Die Vereinbarungen über den Wert des zuzuwendenden Gesellschaftsanteils sind jedoch bei richtiger Auslegung keine Wertbestimmung im Sinne des § 2311 Abs. 2 S. 2 BGB. Denn die subjektive Seite des Schenkungsvertrags im Sinne des § 516 BGB ist eine konstitutive Voraussetzung für § 2325 BGB. Lehnte man daher mit Verweis auf § 2311 Abs. 2 S. 2 BGB eine Berücksichtigung der Anteilswertbestimmung durch den Erblasser im Rahmen des Gesellschaftsvertrags bei der Anspruchsberechnung ab, würde dies einen Verzicht auf die subjektive Komponente des § 516 BGB bedeuten. Wie oben aber bereits dargestellt wurde, impliziert § 2325 BGB einen Verweis auf § 516 BGB, will also nicht jede bereits objektiv unentgeltliche Zuwendung pflichtteilsergänzungspflichtig machen.

Entgegen *Reuter*²⁸⁸ wird § 2311 Abs. 2 S. 2 BGB für den Schutz des Pflichtteilsergänzungsberechtigten auch gar nicht benötigt, weil im Rahmen der Pflichtteilsergänzungsberechnung die Schenkung ohnehin zu untersuchen ist: Nur wirklich entgeltliche Geschäfte werden bei § 2325 BGB nicht berücksichtigt. Versucht der Erblasser dagegen, wie *Reuter* befürchtet,

²⁸⁸ *Reuter*, Perpetuierung, S. 289.

§ 2311 Abs. 2 S. 2 BGB zu umgehen, indem er sich ins Gesellschaftsrecht flüchtet, dann meint er damit den Versuch der Verschleierung einer Schenkung, die im Pflichtteilsergänzungsrecht aber ohnehin als solche, nämlich als ergänzungspflichtige Schenkung behandelt wird. So weist auch *Wiedemann*²⁸⁹ treffend darauf hin, dass § 2311 Abs. 2 S. 2 BGB lediglich eine Regelung des Erblassers für nicht maßgeblich erklärt, in der nur für die Nachlassgläubiger eine bestimmte Bewertungsmethode vorgeschrieben wird, die aber für den Erblasser selbst nicht gelten solle.

IV. Ergebnisse

Vereinbaren die Gesellschafter einer Personengesellschaft, dass der Anteil eines durch Tod ausscheidenden Mitglieds ohne Abfindungsanspruch zu Gunsten des Nachlasses den Mitgesellschaftern anwachsen soll, so liegt hierin ein aleatorisches Geschäft. Das Element der Unkenntnis, wer als Längerlebender letztlich von der Klausel profitiert und wer als Zuerstversterbender eine Einbusse zu Lasten seines Nachlasses hinzunehmen hat, verbietet die Annahme eines unentgeltlichen Geschäfts. Pflichtteilsergänzungsansprüche resultieren deshalb aus einer Abfindungsausschlussklausel für den Todesfall nicht. Im Falle eines unausgewogenen Verhältnisses zwischen Chance und Risiko bei den einzelnen Gesellschaftern ist allerdings eine gemischte Schenkung und damit ein entsprechender Anspruch aus § 2325 BGB gegeben.

Dasselbe gilt für die Vereinbarung einer die Abfindung bei lebzeitigem Ausscheiden begrenzenden Klausel, z.B. einer Buchwertklausel. Wenn zur Zeit der Vereinbarung noch nicht feststeht, wer als erstes ausscheiden wird, kann auch keine Schenkung zu Gunsten eines Mitglieds gegeben sein. Allerdings führt auch hier eine etwaige höhere Wahrscheinlichkeit eines, z.B. des ältesten, Gesellschafters, früher als die anderen auszuschneiden, zu einer gemischten Schenkung zu Gunsten der wahrscheinlich länger verbleibenden Mitglieder. Es ist jedoch im Einzelfall genau zu prüfen, ob die Gesellschafter zur Zeit der Vereinbarung wirklich von einem früheren Ausscheiden des Älteren ausgegangen sind oder nicht. Außerdem kann die Vereinbarung bestimmter zusätzlicher Vorteile des an sich Benachteiligten dazu führen, dass das Chancen-Risiken-Verhältnis ausgeglichen wird, wodurch wiederum Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht entstehen.

Die Anteils-Bewertungsmethode, die die Gesellschafter für die Bestimmung der Einlagepflicht eines beitretenden Mitglieds verwenden bzw. das

²⁸⁹ *Wiedemann*, Übertragung, S. 214.

der Einigung, inwieweit beim Beitritt ein unentgeltliches Geschäft vorliegt, zugrunde liegt, ist zwar nicht formal für die richterliche Berechnung eines späteren Pflichtteilergänzungsanspruches bindend. Da aber die subjektive Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit für die Frage der Schenkung über §§ 2325, 516 BGB materielle Voraussetzung für den Pflichtteilergänzungsanspruch ist, spielt die ursprüngliche Wahl der Bewertungsmethode eine entscheidende Rolle. Solange diese Wahl der Methode und ihre Anwendung nicht willkürlich ist, ist sie bei der Berechnung der Pflichtteilergänzungsansprüche zu berücksichtigen.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse des 2. Kapitels

1. Die genaue rechtliche Qualifizierung des Gegenstandes der Zuwendung an den neuen Gesellschafter ist hinsichtlich § 2325 BGB nicht notwendig. Es kommt in erster Linie auf den Wert der Zuwendung an.
2. Etwas anderes gilt, wenn es nach dem Niederstwertprinzip auf den Wert der Sache zur Zeit des Erbfalls ankommt. Bei einer gemischten Schenkung liegt der Zuwendungsgegenstand in der dem neuen Gesellschafter zugewandten Sache abzüglich seiner eigenen Leistungen, wobei die Wertminderung zwischen Zuwendung und Erbfall nur hinsichtlich der ihm zugewandten Sache (also z.B. des Gesellschaftsanteils) zu berücksichtigen ist. Die eigenen Leistungen des neuen Gesellschafters sind dagegen immer mit dem Wert zur Zeit der Zuwendung abzuziehen.
3. Eine allseitige Abfindungsausschlussklausel auf den Todesfall ist wegen ihres aleatorischen Charakters kein unentgeltliches Geschäft, wenn hinsichtlich der in der Klausel liegenden Chancen und Risiken kein grobes Missverhältnis zwischen den Gesellschaftern besteht. Ein ggf. in unterschiedlichen Lebenserwartungen liegendes Missverhältnis kann anderweitig, z.B. durch unterschiedliche Einlagehöhen oder Ergebnisbeteiligungen, ausgeglichen werden.
4. Dasselbe gilt für Buchwert- und ähnliche Klauseln, die für lebzeitiges Ausscheiden vereinbart werden. In diesen Fällen kann zum Ausgleich des im höheren Lebensalter liegenden Risikos beispielsweise eine Rentenzahlung nach Kündigung vereinbart werden.
5. Beim Beitritt eines neuen Gesellschafters bzw. Anteilskauf sind die Parteien frei in der Wahl einer Anteilsbewertungsmethode. Sie können auch von gängigen Methoden abweichen, sollten aber die Motive für ihre individuelle Bewertung im Hinblick auf die spätere Qualifizie-

rung des Geschäfts als entgeltlich oder unentgeltlich im Vertrag darlegen. Ihre nicht willkürlichen Erwägungen sind wegen des konstitutiven subjektiven Tatbestands des § 516 BGB bei dieser Qualifizierung zu berücksichtigen.

Kapitel 3: Leistungen des Neugeschafters bei Beitritt und Neugründung

A. Einleitung

Auf der anderen Seite des Gesellschafterbeitritts- (oder Gesellschaftsgründungs-) Vertrags stehen die Verpflichtungen des neuen Gesellschafters. Hier ist eine Fülle von möglichen Gesellschafterbeiträgen denkbar: Neben Geld (dessen subjektive Bewertung zu betrachten sein wird) beispielsweise die Einbringung von Sachen oder (bereits erfüllte oder zukünftige) Arbeitsleistungen. Angesichts der unbeschränkten Außenhaftung der (persönlich haftenden) Personengeschafter kommt es bei der Auswahl von Beiträgen auf die funktionale Äquivalenz mit Geldeinlagen als Voraussetzung der Einlagefähigkeit – wie bei der Kapitalgesellschaft – nicht an.²⁹⁰

Dies spricht dafür, dass diese Seite des Aufnahmegeschäfts noch bedeutendere Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung bringen könnte als die Seite der Anteilsbewertung.

Der Beitritt zu und die Neugründung einer Gesellschaft unterscheiden sich rechtlich erheblich von der Übertragung einer Gesellschaftsbeteiligung von einem ausscheidenden an ein eintretendes Mitglied. Dies gilt für die vorliegende Arbeit besonders hinsichtlich der unterschiedlichen Empfänger der Leistungen des Neugeschafters und damit auch für die Art dieser Leistungen.

Im diesem Kapitel ist folglich zunächst zu untersuchen, welche Arten von Beiträgen der Neugeschafter bei Beitritt und Gründung in die Gesellschaft einbringen kann. Erst danach²⁹¹ werden die Verpflichtungen des Neumitglieds im Falle der Anteilsübertragung zu betrachten sein.

Es geht dabei (hier wie dort) um die Frage, welche rechtlichen und wirtschaftlichen Besonderheiten jeweils im Hinblick auf die Beeinflussung des Wertes des ihm zugewandten Gegenstandes bestehen, was also von dem soeben ermittelten Wert des neuen Gesellschaftsanteils abgezogen werden kann, um den Wert des „verschenkten Gegenstandes“ im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB zu ermitteln.

Die Beiträge, die der neue Geschafter im Falle eines Beitritts in die Gesellschaft oder im Falle einer Neugründung mit einem Partner einbringt, können nach Gegenleistungen und wertmindernden Faktoren unterschieden

²⁹⁰ Staub/ *Ulmer*, § 105 Rn. 227.

²⁹¹ Siehe S. 172.

werden. Wie oben²⁹² gezeigt, sind die Treupflicht, die Pflicht zur Geschäftsführung und zur Mitarbeit des Gesellschafters (vgl. § 706 Abs. 3 BGB) sowie seine Mithaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten keine Gegenleistung für die Zuwendung des Anteils, sondern untrennbare Bestandteile des Anteils selbst. Sie werden deshalb in dieser Arbeit als so genannte wertmindernde Faktoren bezeichnet.

Dagegen sind sein Kapitaleinsatz und seine Sachbeiträge durchaus als Gegenleistungen des neuen Gesellschafters zu betrachten, weil hier ein echtes Synallagma vorliegt.

Die folgende Betrachtung trennt diese dem Wesen nach unterschiedlichen Aspekte der Gesellschafterpflichten daher nach Gegenleistungen und wertmindernden Faktoren.

Erinnert sei in diesem Zusammenhang nochmals an die hier verwendete Terminologie *Karsten Schmidts*, der den Beitrag als Oberbegriff (jede als Primärpflicht vom Mitglied geschuldete Zweckförderungsleistung) sieht und die Einlage als spezielle Beitragsleistung.²⁹³ Dabei kann jede Verpflichtung, die dem neuen Gesellschafter gesetzlich auferlegt ist oder die er vertraglich eingeht, jeder Beitrag also, zumindest zwischen den Parteien auch einen wirtschaftlichen Wert haben und sich daher hinsichtlich der Nettozuwendung an den neuen Gesellschafter wertmindernd auswirken. Ein solcher wirtschaftlicher Wert wird immer dann gegeben sein, wenn der Gesellschaft durch den neuen Gesellschafter ein Vorteil verschafft wird, der sich in irgendeiner Weise auf die Geschäfte und das wirtschaftliche Ergebnis der Gesellschaft auswirkt oder auswirken kann.

B. Gegenleistungen

I. Einbringung von Geld

1. Bewertung einer Geldeinlage nach subjektiven Gesichtspunkten

Selbst wenn der designierte Unternehmens- bzw. Gesellschafternachfolger den Wert des ihm zugewandten Anteils nicht *vollständig* durch eigene Verpflichtungen ausgleichen soll, so wird er doch häufig²⁹⁴ – gleich ob beim Beitritt oder bei einer Neugründung – eine gewisse Bar- (besser: Geld-) Einlage in die Gesellschaft einbringen. Die Leistung einer Einlage hat hinsicht-

²⁹² Vgl. oben S. 42

²⁹³ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 567; vgl. bereits bei Fn. 65.

²⁹⁴ Neben der Möglichkeit anderer Einlagen, z.B. Sacheinlagen.

lich § 2325 BGB die Wirkung, dass allenfalls noch in Höhe der Differenz zwischen dem (um die Höhe der wertmindernden Faktoren verringerten) Wert des zugewandten Gesellschaftsanteils und der gezahlten Einlage von Unentgeltlichkeit die Rede sein kann.

Lediglich eine besondere Form der Erfüllung der Geldeinlage stellt dabei die Einbuchung²⁹⁵ dar, bei der die Geldeinlage durch Umbuchung vom Darlehenskonto²⁹⁶ eines Mitgesellschafters auf das Kapitalkonto des Neumitglieds erbracht wird. Gesellschaftsrechtlich erbringt der neue Gesellschafter durch die Einbuchung seine vereinbarte Einlage. Im Grundverhältnis kann die causa der Einbuchung eine Schenkung des zuwendenden Gesellschafters an den neuen sein, es kann aber auch die Zahlung einer Gegenleistung an den (oder die) zuwendenden Altgesellschafter und damit ein entgeltliches Geschäft vereinbart sein.

Systematisch – hinsichtlich der Frage der Entgeltlichkeit der Zuwendung – entspricht letzteres der Übertragung eines Anteils *durch* den übertragenden Gesellschafter gegen Zahlung von Gegenleistungen direkt *an* ihn. Für diese Vorgehensweise gelten daher die Ausführungen im Abschnitt zur Anteilsübertragung.²⁹⁷

Die vorliegende Untersuchung geht davon aus, dass der Unternehmens- bzw. Gesellschafternachfolger gerade keine vollständige und sofortige Einlage in Geld erbringen kann oder soll. Fraglich ist dann, ob die erbrachte Geldeinlage im Einzelfall durch Berücksichtigung anderweitig eingebrachter Beiträge höher bewertet werden kann als zum Nennbetrag, wodurch die Differenz zwischen Anteilswert und eingebrachter Gesamteinlage, mithin eben der „verschenkte Gegenstand“ des § 2325 BGB, verringert würde.

Es ist anerkannt und unstrittig, dass die Gesellschafter im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich völlig frei darin sind, neben Sacheinlagen auch Geldeinlagen zu niedrigeren oder höheren Werten zu berücksichtigen als zum Nennwert des eingebrachten Betrages²⁹⁸.

Von Interesse sind dabei folgende Fragen: Aufgrund welcher Gesichtspunkte ist eine Höherbewertung möglich? Was sind die Grenzen für eine

²⁹⁵ Schmidt, BB 1990, 1992, 1995.

²⁹⁶ Gleichbedeutend: „Kapitalkonto II“ (vgl. hierzu Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1385 und Baumbach/ Hopt/ Hopt, § 120 Rn. 18).

²⁹⁷ Vgl. unten S. 172.

²⁹⁸ Baumbach/ Hopt/ Hopt, § 120 Rn. 17; MüHdbGesR, Bd. 1, v. Falkenhausen/ Henning C. Schneider, S. 1084 (für die OHG), MüHdbGesR, Bd. 2, v. Falkenhausen/ Henning C. Schneider, S. 377 (für die KG); Huber, Vermögensanteil, S. 210; BGHZ 17, 130f., BGH BB 1959, 92; BGH WM 1972, 213, 214; BGH WM 1974, 1151; BGH WM 1975, 325.

höhere Bewertung? Und inwieweit können durch eine Höherbewertung Pflichtteilsergänzungsansprüche beeinflusst werden?

Was Sinn und Zweck der subjektiven Bewertung angeht, scheint diese auf den ersten Blick nur bei der Sacheinlage notwendig zu sein, wo die Parteien sich naturgemäß über den Wert von eingebrachten Sachen, Rechten etc. einig werden müssen. Bei Geld erscheint dies aufgrund des eindeutigen Nennwertes zunächst sinnlos.

Dennoch ist aus unterschiedlichen Gesichtspunkten manchmal eine Einigung über den Wert eines Geldbetrags notwendig. Eine niedrigere Bewertung kann z.B. in Fällen mit festen Kapitalanteilen²⁹⁹ nötig sein, wo die Summe der Nennbeträge auf den Kapitalkonten nicht dem wahren Gesellschaftswert entspricht, etwa weil stille Reserven vorhanden sind³⁰⁰. Hat die Gesellschaft beispielsweise einen Wert von einer Million Euro, die festen Kapitalkonten der drei Gesellschafter weisen aber jeweils nur einen Betrag von 200.000 Euro aus (weil z.B. seit Gründung die Gesellschaftsgrundstücke im Wert gestiegen sind), so wird ein beitretender Gesellschafter bei vollumfänglicher Geldeinlageleistung zwar 333.333 Euro zu zahlen haben, ihm werden aber nur 200.000 Euro auf dem festen Kapitalkonto gutgeschrieben werden. Nur so entspricht sein Viertelanteil an der Gesellschaft auch dem korrekten Verhältnis der Kapitalkonten zueinander (und damit der korrekten Stimmgewichtung und Gewinnverteilung).

Aber auch umgekehrte Fälle sind denkbar, und insbesondere diese sind im Hinblick auf Pflichtteilsergänzungsansprüche relevant. Im Gegensatz zum eben dargestellten Gesichtspunkt, wo eine *niedrigere* Bewertung lediglich die rechnerisch und buchhalterisch korrekte Darstellung gleichwertiger Positionen widerspiegelt, kann es auch um die Berücksichtigung von Aspekten gehen, durch die die Geldeinlage einen *höheren* Wert als den Nennwert des gezahlten Betrages hat. Eine solche Höherbewertung würde sich einerseits in einem über dem Nennwert liegenden Betrag auf dem neuen Kapitalkonto zeigen, andererseits müsste auch im Rahmen des § 2325 BGB bei der Berechnung des Schenkungswertes der entsprechend höhere Betrag als Leistung des Neugesellschafters berücksichtigt werden.

a. Gesichtspunkte zur Rechtfertigung einer höheren Bewertung

Die höhere Bewertung einer Geldeinlage kann dann angezeigt sein, wenn außer dem reinen Vermögenszuwachs durch die Geldmittel noch andere

²⁹⁹ Vgl. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1385.

³⁰⁰ Baumbach/ Hopt/ Hopt, § 120 Rn. 17; Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, S. 391f.

Aspekte bzw. Beiträge, die der Gesellschaft zugute kommen, berücksichtigt werden sollen.³⁰¹

So kann es Wunsch der bisherigen Gesellschafter sein, die erfolgreichen Leistungen des neuen Mitgliedes als seitheriger Angestellter der Gesellschaft zu würdigen.³⁰² Ein neuer Gesellschafter kann aber auch etwa durch seine besondere Ausbildung, seine Erfahrung, sein Know-how oder seine Geschäftskontakte besonders wertvoll für die Gesellschaft sein. Auch kann der Wunsch gegeben sein, eine Person als Gesellschafter zu gewinnen, die ansonsten eine aussichtsreiche andere Karriere vor sich hätte, die also mit einem finanziellen Entgegenkommen für einen Eintritt in die Gesellschaft gewonnen werden soll.³⁰³ Weiterhin ist es den Mitgliedern einer Personengesellschaft auch nicht verwehrt, einen Wettbewerber zum Partner zu machen und ihn dadurch als Konkurrenten auszuschalten.³⁰⁴

All diese Aspekte können für die Gesellschaft einen wirtschaftlichen Wert bedeuten. Gleichzeitig sind persönliche Eigenschaften des neuen Gesellschafters und die meisten anderen genannten Aspekte aber nicht einlagefähig. Als Lösung bietet sich an, dass eine Einlage von beispielsweise tatsächlich erbrachten 100.000 Euro mit 200.000 Euro berücksichtigt wird, um in dieser Summe den wirtschaftlichen Wert von außerhalb des Geldbetrages liegenden Gesichtspunkten zu berücksichtigen. Darin liegt auch keine (verschleierte) Schenkung. Denn die Gesellschaft hat diesen Wert wirtschaftlich gewonnen, und der neue Gesellschafter hätte durch anderweitigen Einsatz seines Wissens und seiner Fähigkeiten, z.B. in einem gut dotierten und risikoärmeren Angestelltenverhältnis oder als Wettbewerber, einen vergleichbaren Wert für sich generieren können. Dass das Neumitglied also einen Gesellschaftsanteil erhält, der der Summe seiner Einlage zuzüglich seines sonstigen wirtschaftlichen Wertes entspricht, schafft ein Gleichgewicht der beiderseitigen Leistungen und stellt sich letztlich – jedenfalls soweit diese Ausgeglichenheit im einzelnen Fall besteht – als entgeltliches Geschäft dar.

Welche Beiträge und sonstigen Gegenstände geeignet sind, bei der Bewertung der Geldeinlage eine Rolle zu spielen, wird in den folgenden Abschnitten zu untersuchen sein.

³⁰¹ BGH WM 1968, 223, 224.

³⁰² Vgl. dazu unten S. 155.

³⁰³ So auch (aus insoweit vergleichbarer schenkungssteuerlicher Sicht) *Esch/Schulze zur Wiesche/Baumann*, Hdb. der Vermögensnachfolge, S. 623.

³⁰⁴ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 188.

b. Grenzen einer höheren Bewertung

(1) Lage beim persönlich haftenden Gesellschafter

Für die subjektive Bewertung einer neu einzubringenden Geldeinlage ergeben sich Grenzen aus dem Bereich innerhalb des Gesellschafterkreises und solche von außerhalb.

(a) *Interne Grenzen*

(i) Gesellschaftsrechtliche Grundsätze

Zunächst ist zu untersuchen, ob sich aus den in Frage kommenden gesellschaftsrechtlichen Prinzipien Grenzen für eine Höherbewertung von Geldeinlagen ergeben können.

Das *Prinzip des Gläubigerschutzes* setzt beim persönlich haftenden Gesellschafter aufgrund der vollen Außenhaftung keine Grenzen hinsichtlich der Bewertung von Einlagen. Diese Gesellschafter, egal ob in der GbR, der OHG oder der KG, haften *nach außen* für Gesellschaftsschulden gem. § 128 HGB (GbR: § 128 HGB analog; KG: i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB) ohnehin persönlich, unbeschränkt, unmittelbar, primär und aufs Ganze, und zwar unabhängig vom Stand ihrer jeweiligen Einlageleistung. Die Einlage des persönlich haftenden Gesellschafters hat daher – anders als beim Kommanditisten die auf die Haftsumme geleistete Einlage – keine Gläubigerschutzfunktion.³⁰⁵

Auch aus dem *Prinzip der gesellschaftlichen Treupflicht* ergeben sich in der Regel keine Grenzen für die Bewertung von Gesellschafterbeiträgen. Regelmäßig werden bei der Aufnahme des neuen Gesellschafters ohnehin alle anderen Gesellschafter zustimmen müssen, egal ob es sich um einen neuen Gesellschaftsvertrag durch alle Mitglieder handelt oder der Beitritt lediglich als Vertrag mit der Gesellschaft geregelt ist. Falls im letzten Fall aufgrund des Gesellschaftsvertrags eine mehrheitliche Zustimmung zur Aufnahme eines neuen Mitgliedes ausreicht oder gar nur die Geschäftsführer über die Aufnahme entscheiden können, dürfen allerdings zur Wahrung des Prinzips der Treupflicht die Ausgestaltung der Aufnahme und insbesondere die Bewertung der gegenseitigen Leistungen die anderen Gesellschafter nicht unangemessen benachteiligen.

³⁰⁵ Glanegger/ Stuhlfelner, § 105 Rn. 4.

(ii) Eigeninteresse der Gesellschafter

Außerdem haben die Gesellschafter selbst ein ureigenes Interesse, die Bewertung nicht höher anzusetzen als das, was der neue Gesellschafter an wirtschaftlich wägbaren Werten oder mindestens Chancen einbringt: Stufen sie die Einlage des Neuen willkürlich höher ein als wirtschaftliche Werte dahinter stehen, so wird ihr eigener Kapitalanteil im Verhältnis der tatsächlich jeweils eingebrachten Werte zu klein, und damit auch ihr (im Liquidationsfall relevanter) Vermögensanteil, ihre Gewinnansprüche und ihr Stimmrecht.

Eine dennoch von einzelnen Gesellschaftern zum Nachteil von Mitgesellschaftern zu hoch bewertete Einlage (falls diese Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag überhaupt zum Abschluss einer solchen Vereinbarung befugt sind) verletzt die Rechte dieser Gesellschafter und kann daher sittenwidrig sein, §§ 138 bzw. 826 BGB.³⁰⁶

(b) Externe Grenzen

Für Grenzen einer subjektiven Bewertbarkeit der Geldeinlage, die aus dem *Verhältnis zu Dritten* resultieren, sei nach oben zur Darstellung der Abgrenzungskriterien zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Geschäft bei der Gesellschafternachfolge verwiesen³⁰⁷.

(2) Lage beim Kommanditisten

Weiterhin sind bei der Einschätzung der Wirksamkeit einer subjektiv bewerteten Geldeinlage Besonderheiten bei der Kommanditgesellschaft zu beachten, die eine von den persönlich haftenden Gesellschaftern getrennte Darstellung erfordern.

Im Bereich der KG kann eine auch einverständlich unter allen Mitgesellschaftern vereinbarte Einlagebewertung unwirksam sein, wenn dadurch die besonders geschützten Gläubigerinteressen verletzt werden. Fraglich ist, ob diese Grenzen des Gläubigerschutzes auch hinsichtlich der hier untersuchten Problematik von Belang sind.

(a) Einlagefähigkeit und Haftsumme

Der Kommanditist haftet den Gesellschaftsgläubigern gem. § 171 Abs. 1 HGB nur in Höhe der Differenz zwischen Haftsumme und bereits darauf erbrachter Einlage. Die Erbringung der Kommanditeinlage wirkt sich also

³⁰⁶ Vgl. nur *Michalski*, OHG-Recht, § 109 Rn. 11 m.w.N.; *Baumbach/ Hopt/ Hopt*, § 120 Rn. 17.

³⁰⁷ Vgl. oben S. 50.

unmittelbar auf den Gesellschaftsgläubiger aus, was wiederum bedeutet: Die summenmäßig begrenzte Kommanditistenhaftung kann, um den Gläubigerschutz zu gewährleisten, nur durch effektive Aufbringung der Einlagen beseitigt werden. Eine subjektive Bewertung der Einlage ist daher, so das OLG Köln³⁰⁸, insoweit begrenzt, als der Gesellschaft „objektiv tatsächlich Werte zugeführt worden sind“ (sog. objektive Wertdeckung³⁰⁹). In der Entscheidung ging es um die bloße Verteilung von *good will* auf die Gesellschafter, ohne dass der Gesellschaft dabei irgendwelche Werte zugeflossen waren. Das OLG ließ dies nicht ausreichen als Erhöhung der Einlage auf die Haftsumme.

Doch was bedeutet eine tatsächliche Zuführung von Werten? Bei § 171 Abs. 1 HGB geht es – wie gesehen – um den Schutz der Gesellschaftsgläubiger, denen auch der Kommanditist persönlich haftet, solange er nicht der Gesellschaft Werte zugeführt hat, auf die wiederum der Gläubiger zugreifen kann. Denn mit der Vereinbarung einer Haftsumme und ihrer Eintragung ins Handelsregister verspricht der Kommanditist, die Gesellschaft in dieser Höhe mit Kapital auszustatten, - das dem Gläubiger wiederum zur Befriedigung seiner Forderungen dienen kann -, anderenfalls aber bis zur Höhe der Haftsumme direkt mit seinem gesamten Privatvermögen zu haften.³¹⁰ Das bedeutet zwar nicht, dass es bei der KG, ähnlich wie bei der GmbH, ein Kapitalerhaltungsgebot gäbe, dass also die zugeführten Werte bis zum Insolvenzfall erhalten bleiben müssen. Allerdings muss der Gesellschaft wenigstens einmal der Wert zugeflossen sein, und die bereits geleistete Einlage kann dem Kommanditisten auch nicht wieder zurückgewährt werden, ohne dass die persönliche Haftung wieder auflebte (§ 174 Abs. 4 HGB).

Beides, sowohl der effektive Zufluss haftenden Vermögens wie das Verbot der Rückzahlung, dient dem Schutz des Gläubigers. Im vom OLG Köln entschiedenen Fall war dieser Wertzufluss nicht gegeben. Dort ging es nur um eine buchungstechnische Verschiebung des *good will* innerhalb der Gesellschaft.

Für die Geldeinlage bedeutet die Notwendigkeit eines tatsächlichen Wertzuflusses nach der h.M. „eindeutig“³¹¹: Die Haftungsbeschränkung ergibt sich unmittelbar aus der Höhe des eingelegten Geldbetrages.

³⁰⁸ OLG Köln, BB 1971, 1077.

³⁰⁹ Schmidt, Gesellschaftsrecht S. 1572; Michalski, OHG-Recht, § 109 Rn. 11; Baumbach/ Hopt/ Hopt, § 171 Rn. 6.

³¹⁰ Wiedemann, Anm. zu BGH JZ 1986, 853 in JZ 1986, 855; Vgl. bereits RGZ 63, 265, 267.

³¹¹ Felix, NJW 1973, 491; MünchKommHGB/ Schmidt, § 171 Rn. 53.

Darüber hinaus bei der betragsmäßigen Festlegung der Geldeinlage andere Aspekte zu berücksichtigen, wie z.B. ein vom neuen Mitglied mitgebrachtes Herstellungsgeheimnis, Know-how oder die aufgegebene Chance, anderweitig Karriere zu machen, ist angesichts des angestrebten Gläubigerschutzes kaum zu rechtfertigen: Dem Gesellschaftsgläubiger ist nur dadurch gedient, dass er auf den eingebrachten Gegenstand – soweit er in der Gesellschaft noch vorhanden ist – im Insolvenzfall zugreifen kann.³¹²

Im Ergebnis kann damit alles, was die strenge Prüfung der Anrechenbarkeit auf die Haftsumme besteht (wobei im Ergebnis eine „Höherbewertung der Geldeinlage“ oder das „Einbringen der entsprechenden Beiträge als Sacheinlage“ gleichbedeutend ist), auch wertmindernd hinsichtlich des zugewandten Kommanditanteils und damit hinsichtlich des „verschenkten Gegenstandes“ im Sinne des § 2325 BGB angenommen werden.

Nicht auf die Haftsumme anrechenbar sind dagegen – wie gesehen – persönliche Eigenschaften des Kommanditisten, z.B. eine besonders gute Ausbildung oder die Aufgabe einer anderweitigen Karriere.

(b) Anrechenbarkeit von Beiträgen auf die Pflichteinlage

Im zweiten Schritt ist dann aber zu fragen, ob der Kommanditist Beiträge, die nicht Einlage im Sinne des § 171 Abs. 1 HGB sein können, darüber hinaus zur Begleichung der gesellschaftsinternen Pflichteinlage einbringen kann. Bei der KG sind Einlage (im Innenverhältnis) und Haftsumme (im Außenverhältnis) zu unterscheiden und – auch wenn beide in funktionalem Zusammenhang stehen (§§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) – streng zu trennen³¹³. Die (Pflicht-) Einlage kann sich nämlich durchaus von der im Außenverhältnis relevanten Haftsumme unterscheiden, auch eine im Vergleich zur Haftsumme höhere Pflichteinlage ist anerkannt.³¹⁴ Denn der Gläubiger der KG muss zwar darauf vertrauen können, dass der Kommanditist seine

³¹² Will der Kommanditist also eine Geldeinlage zwecks Berücksichtigung anderweitiger Beiträge zur Verringerung seiner Haftung höher bewertet wissen, so handelt es sich letztlich um ein Problem der Einlagefähigkeit von Sachbeiträgen. Diese ist nach *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 573 nur gegeben, wenn der Gegenstand an einem bestimmten Stichtag „zur freien Verfügung“, d.h. endgültig, in das Vermögen der Gesellschaft überführt werden kann.

³¹³ MünchKommHGB/ *Schmidt*, § 171 Rn. 5, 8 und 11; Baumbach/ *Hopt/ Hopt*, § 171 Rn. 1.

³¹⁴ BGH NJW 1995, 197f.; MünchKommHGB/ *Schmidt*, § 171 Rn. 22 und 42, *ders.*, Gesellschaftsrecht, S. 1561; *ders.*, Einlage und Haftung des Kommanditisten, S. 8ff.; Baumbach/ *Hopt/ Hopt*, § 171 Rn. 1; Staub/ *Schilling*, § 161 Rn. 17; MüHdBGR Bd. 2/ v. *Falkenhausen/ Henning C. Schneider*, § 17 Rn. 7 (S. 366); Westermann/ *Sassenrath*, Rn. I 2818.

Haftsumme tatsächlich wertmäßig erbracht hat oder ersatzweise persönlich für diese Summe haftet. Wenn die Gesellschafter darüber hinaus weitere Beiträge des Kommanditisten im Innenverhältnis berücksichtigen, hat dies mit dem Schutz des Gläubigers nichts mehr zu tun. Ein über die Haftsumme hinaus gehender Schutz des Gläubigers ist gesetzlich nicht vorgesehen und damit nicht zu gewährleisten.

Die Terminologie der über die Haftsumme evtl. hinausgehenden „Pflichteinlage“ kann dabei verwirrend sein: Gerade bei Beiträgen, die als Einlage nicht geeignet und daher nicht auf die Haftsumme anrechenbar sind, kann es sich um Leistungen auf die geschuldete Pflichteinlage handeln. Beim Begriff der Pflichteinlage des Kommanditisten ist also nicht die strenge Unterscheidung *Karsten Schmidts* zwischen Einlage (nur Vermögensgegenstände, die an einem bestimmten Stichtag endgültig in das Vermögen der Gesellschaft überführt werden können³¹⁵) und darüber hinaus gehenden bloßen Beiträgen einschlägig. Vielmehr kann es sich bei Leistungen des Kommanditisten auf die Pflichteinlage durchaus um (bloße!) Beiträge handeln.

Relevant für das Innenverhältnis der Gesellschafter ist also die Pflichteinlage, sowohl was die Höhe als auch was die Art und Weise angeht, wie der Kommanditist diese erbringen darf. Denn was die Gesellschafter über die für die Haftsumme des Kommanditisten relevanten Einlagen hinaus, also eben im Innenverhältnis, als Beiträge zur Förderung des Gesellschaftszwecks vereinbaren und wie sie diese Beiträge jeweils bewerten, ist letztlich eine Frage der Verteilung der Anteilsgewichtung untereinander. Im gesellschaftlichen Innenverhältnis aber herrscht volle Vertragsfreiheit.³¹⁶

Im Ergebnis kann eine von den Parteien einverständlich über dem Nennwert des eingebrachten Geldbetrages bewertete Einlage – beispielsweise durch Berücksichtigung einer aufgegebenen anderweitigen Karriere des neuen Mitglieds – zwar lediglich in Höhe des tatsächlich eingebrachten Geldbetrages auf die Haftsumme anzurechnen sein. Sie kann aber durchaus mit dem durch die Berücksichtigung der aufgegebenen Karriere erhöhten Betrag als Pflichteinlage gelten.

c. Einfluss auf Pflichtteilsergänzungsansprüche

Zentrale Frage für die vorliegende Arbeit ist wiederum, inwieweit sich die Vereinbarungen der Gesellschafter über die Anrechenbarkeit von Bei-

³¹⁵ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 573.

³¹⁶ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 136.

trägen auf die Einlage hinsichtlich der Berechnungen der Pflichtteilsergänzungsansprüche durchsetzen.

Für die Berücksichtigung der Vereinbarungen der Gesellschafter bei § 2325 BGB spielt der Gläubigerschutz keine Rolle. Bei letzterem geht es darum, das Vertrauen des Verkehrs zu schützen, dass der Vertragspartner bis zu einer bestimmten Höhe effektiv in Haftung genommen werden kann. Bei § 2325 BGB dagegen geht es um die tatsächlich ausgetauschten wirtschaftlichen Werte, unabhängig von ihrer Vollstreckungsfähigkeit. Es soll nur verhindert werden, dass der Erblasser etwas am Pflichtteilsberechtigten vorbei verschenkt. Erhält der Erblasser einen Gegenwert (sei es direkt oder sei es über eine Wertsteigerung seines Anteils), ist diese Gefahr gebannt.

Damit sind also bei der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruches die Vereinbarungen der Gesellschafter hinsichtlich der Pflichteinlage, nicht diejenigen zur Haftsumme zu beachten.

Im Übrigen gilt für das Verhältnis zwischen den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen und dem Pflichtteilsrecht wiederum, dass bei der Auslegung des Pflichtteilsrechts die rechtlichen Bewertungen des verwiesenen Rechts Anwendung finden müssen. Zu diesen Bewertungen, d.h. hier zu den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, sagt *Wiedemann*³¹⁷, sie seien einerseits nicht umgehbar, weil sie den „Gestaltungshohlraum“ der Parteien vollständig ausfüllten. Auf der anderen Seite heißt das aber auch, dass, so *Wiedemann*, die Parteien Regelungen, die der Zielsetzung eines Grundsatzes entsprechen (und keinem zwingenden Recht widersprechen), *verbindlich* festlegen können. Für die Höherbewertung von gesellschafterlichen Beiträgen – ebenso wie für die Festlegung von Anteilsbewertungsklauseln bereits oben³¹⁸ besprochen – bedeutet dies folglich, dass eine entsprechende Vereinbarung, solange sie nicht dem Gesellschaftsrecht widerspricht, auch hinsichtlich § 2325 BGB zu gelten hat.

Das heißt: Solange die von den Gesellschaftern intern vorgenommene Bewertung von Einlagen und sonstigen Beiträgen auf gesellschaftsrechtlich und wirtschaftlich nachvollziehbaren und angemessenen Erwägungen beruhen, können sie auch im Rahmen des § 2325 BGB nicht angreifbar sein.

Letztlich kommt also erneut der Gedanke zum Tragen, dass das Erbrecht die Gewichtungen des Gesellschaftsrechts als des Gebietes, aus dem das in § 2325 BGB in Frage stehende Rechtsgeschäft kommt, hinnehmen muss.

³¹⁷ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 146.

³¹⁸ Vgl. oben S. 108.

Was der Kommanditist, unabhängig von der Frage der dadurch zu erlangenden Haftungsbefreiung, in die Gesellschaft einbringt, vermindert also jedenfalls den ihm zugewandten Netto-Geschenkwert und damit die Ansprüche aus § 2325 Abs. 1 BGB.

Im Ergebnis ist also auch hier zu betonen, dass Vereinbarungen der Gesellschafter bei Aufnahme eines Neumitgliedes oder Neugründung einer Gesellschaft, die aus gesellschaftsrechtlicher und unternehmerischer Sicht nicht willkürlich erscheinen, auch hinsichtlich der Pflichtteilsergänzungsansprüche Geltung haben.

d. Ergebnisse

Ein vom neuen Gesellschafter eingezahlter Geldbetrag muss nicht zwingend zu dessen Nennwert berücksichtigt werden. Die Gesellschafter sind vielmehr frei darin, weitere Aspekte einzubeziehen und dadurch eine Minder- oder Höherbewertung der Geldeinlage vorzunehmen.

Gründe für eine Höherbewertung können z.B. die Würdigung von bisher für die Gesellschaft erbrachten Leistungen oder eine besonders gute, für die Gesellschaft wertvolle Ausbildung oder Erfahrungen sein.

Gesellschaftsrechtliche Grundsätze widersprechen einer solchen Einbeziehung nicht.

Beim Kommanditisten erfordert der Gläubigerschutz eine effektive, d.h. vollstreckungsfähige Aufbringung der Haftsumme, wenn der Kommanditist nicht (mehr) persönlich haften will. Hinsichtlich § 2325 BGB, d.h. für die Berechnung der Höhe der Schenkung jedoch sind die Höhe der Pflichteinlage und die gesellschafterlichen Vereinbarungen über ihre Erbringbarkeit entscheidend. Die Grenzen des Gläubigerschutzes gelten für diese Berechnung nicht.

Zusammenfassend ermöglicht die Höherbewertung einer eingebrachten Geldeinlage eine auch für § 2325 BGB wirksame Berücksichtigung von über die Geldleistung hinaus vom Gesellschafter eingebrachten Beiträgen.

2. Erfüllung der Einlageverpflichtung durch Aufrechnung

a. Einleitung

Eine zwischen den Gesellschaftern vereinbarte Geldeinlage muss nicht zwingend in bar erbracht werden. Der verpflichtete Gesellschafter kann – was unstreitig ist³¹⁹ – auch mit einer ihm zustehenden Forderung aufrech-

³¹⁹ BGH NJW 1981, 1956; Baumbach/ Hopt/ Hopt, § 105 Rn. 9; Michalski, OHG-Recht, § 120 Rn. 12 a.E.; Westermann/ Hdb. PersGes, Rn. I 390.

nen. Die Rechtslage bei den Personengesellschaften unterscheidet sich insoweit von der bei AG und GmbH (vgl. §§ 66 Abs. 1 S. 2 AktG, 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG).

Eine Aufrechnung ist, vorbehaltlich anders lautender gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen, bei der Personengesellschaft mit jeder Forderung möglich, die dem Gesellschafter gegen die Gesellschaft zusteht. Wichtig sind hier Ansprüche des Gesellschafter aus § 110 HGB, die sich z.B. aus einer Begleichung von Gesellschaftsschulden durch den Gesellschafter ergeben können, aber auch Ansprüche auf Gewinnentnahme³²⁰ und Dienstleistungsvergütungen³²¹ (oft wird dies „Stehenlassen“³²² von oder „Verrechnung“³²³ mit Gewinnen, einem Gehalt o.ä. genannt). Auch Ansprüche aus Vermietung oder Verpachtung eines Gegenstandes an die Gesellschaft, mit denen eine Aufrechnung möglich ist, können dem Gesellschafter zustehen, ebenso wie Rückzahlungsforderungen aus Darlehen, oder bei ehemaligen Gesellschaftsangestellten alte Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis.

Auch die Aufnahme eines bisherigen Gesellschaftsgläubigers als Mitglied unter Aufrechnung seiner Forderungen gegen die Einlageverpflichtung ist vorstellbar.

Mit wiederkehrenden Ansprüchen auf Gewinnentnahme oder Geschäftsführervergütung kann der pflichtige Gesellschafter naturgemäß erst im Laufe der Zeit aufrechnen. Voraussetzung für eine solche zeitlich gestreckte Erfüllung der Einlageverpflichtungen ist allerdings die Zustimmung der Mitgesellschafter bzw. gleich eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelung.

Die Aufrechnung als solche bringt keine Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des zugewandten Anteilswertes. Eine Gestaltung zum Zweck der Verringerung der späteren Ansprüche aus § 2325 BGB könnte aber erstens durch die zeitliche Streckung der Einlageleistung und zweitens hinsichtlich der Höhe der Forderungen, mit denen aufgerechnet werden soll, bestehen. Denn grundsätzlich unterliegen auch die Leistungen, die den Forderungen des Gesellschafter zu Grunde liegen, der freien Bewertung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.

³²⁰ Michalski, OHG-Recht, § 109 Rn. 9.

³²¹ Baumbach/ Hopt/ Hopt, § 120 Rn. 17.

³²² So Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 574.

³²³ So Westermann/ Hdb. PersGes, Rn. I 390; MüHdBGesR Bd. 1/ v. Falkenhausen/ Henning C. Schneider, S. 1085; MünchKommHGB/ Schmidt, § 105 Rn. 179.

b. Insbesondere: Aufrechnung mit einer Geschäftsführervergütung

Die Vergütung des geschäftsführenden Gesellschafters eignet sich aufgrund einer gewissen Elastizität in der Höhe und v.a. aufgrund ihrer langfristigen Regelmäßigkeit in besonderem Maße für Gestaltungen hinsichtlich des Wertes des „verschenkten Gegenstandes“ im Sinne des § 2325 BGB. Zu den rechtlichen Möglichkeiten der Ausgestaltung einer Entlohnung für den Gesellschaftergeschäftsführer sei zunächst auf das entsprechende Kapitel verwiesen.³²⁴

Durch eine zeitliche Streckung der Einlageerfüllung ist der neue Gesellschafter zunächst einmal in der Lage, sich zu einer höheren Einlage zu verpflichten als wenn diese sofort fällig wäre, weil er sie im erstgenannten Fall auch aus künftigen Einnahmen erfüllen kann.

Ansatzpunkte für eine Gestaltung ergeben sich neben der zeitlichen Streckung der Einlageleistung insbesondere aus der Frage, bis zu welcher Höhe die Vergütung vereinbart werden kann, ohne ungewollt die objektiven Voraussetzungen einer nicht beabsichtigten verschleierte Schenkung zu schaffen. Durch eine entsprechend hohe Geschäftsführervergütung könnte dem Gesellschaftergeschäftsführer ermöglicht werden, neben dem Bestreiten seines laufenden Lebensbedarfs einen Teil der Bezüge für eine Verrechnung mit der Einlageforderung einzusetzen.

Hinsichtlich der Verringerung von Ansprüchen aus § 2325 BGB ergäbe sich daraus folgender Gewinn: Je höher die Einlage des Gesellschafters vereinbart (und geleistet!) wird, desto kleiner wird nach Abzug eben dieser Einlage (und der sonstigen wertmindernden Faktoren) der Nettowert des zugewandten Anteils, d.h. die Berechnungsgrundlage für die Pflichtteilsergänzungsansprüche.

Es ist anerkannt, dass die Tätigkeit des Gesellschafters im Unternehmen, also die Geschäftsführung, (teilweise) dadurch vergütet werden kann, dass die Einlage dieses Mitglieds beim Beitritt in ihrer Bewertung steigt. Der BGH³²⁵ stellt dazu fest, dass nach dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags erbrachte Dienstleistungen eines Gesellschafters gemäß Gesellschaftsvertrag oder sonstiger Abmachungen der Parteien als Einlage besonders bewertet werden könnten. Zwar geht der BGH in dieser Entscheidung offenbar von einer direkten Einlagefähigkeit von Dienstleistungen aus, was heute durchaus umstritten³²⁶ ist. Jedenfalls kann aber die *Aufrechnung* mit einer Dienst-

³²⁴ Vgl. unten S. 160.

³²⁵ BGH NJW 1952, 1412 = BGHZ 7, 174, 181.

³²⁶ Gegen die Einlagefähigkeit von Dienstleistungen MünchKommHGB/ Schmidt, § 171, 172 Rn. 9 m.w.N.

leistungsvergütung, die das identische Ergebnis bringt, keiner anderen Beurteilung unterliegen.

Gestaltungsbedarf, aber auch besonderer Gestaltungsspielraum ist z.B. in der Situation gegeben, in der der geschäftsführende Gesellschafter ein seiner Tätigkeit und seiner Qualifikation angemessenes Gehalt deshalb nicht erhält, weil die Finanzlage der Gesellschaft dies nicht zulässt: In dieser Situation belässt die Vereinbarung einerseits eines angemessenen Gehalts und andererseits der teilweisen Verrechnung mit der Einlageforderung die erforderliche Liquidität in der Gesellschaft. Gleichzeitig wendet aber keine der Seiten der anderen etwas unentgeltlich zu. Da es sich lediglich um die Vereinbarung und Zahlung eines adäquaten Gehalts handelt, kann eine (verschleierte) Schenkung zugunsten des Gesellschafters nicht in Rede stehen.

Allerdings haben die Gesellschafter, wählen sie ein solches Modell, die Grenzen der Angemessenheit zu beachten.

Wie oben³²⁷ dargestellt, gilt zunächst einmal im Innenverhältnis auch für die Gesellschafter die Privatautonomie, d.h. sie sind völlig frei, auch Geschäftsführervergütungen in jeder beliebigen Höhe, auch dreizehnte oder gar vierzehnte Monatsgehälter zu vereinbaren. Wie oben³²⁸ jedoch ebenfalls bereits gesehen, bedeutet dies aber nicht, dass diese Vereinbarungen auch im Verhältnis zu Dritten in jedem Fall wirksam sind. So ist grundsätzlich auch bei der Berechnung der Pflichtteilsergänzungsansprüche, wenn ein auffällig hohes Geschäftsführergehalt vorliegt, ex post zu prüfen, ob ein Schenkungstatbestand zu Gunsten des Geschäftsführers gegeben war. Denn in der angeblich „entgeltlichen“ Zuwendung eines Anteils, indem die Einlageverpflichtung durch Nichtauszahlung und „Verrechnung“ eines ohne erkennbare Rechtfertigung *völlig überzogenen* Geschäftsführergehalts erfüllt wird, ist durchaus eine verschleierte Schenkung zu Gunsten dieses geschäftsführenden Gesellschafters zu sehen.

Was in diesem Sinne „angemessen“ ist, kann im Rahmen einer allgemeinen Untersuchung nicht mit einer absoluten Zahl dargestellt werden. Eine solche Zahl ist immer vom einzelnen Fall abhängig. Jedoch wird die Suche nach einem angemessenen Geschäftsführergehalt immer anhand bestimmter Kriterien erfolgen. Einige dieser Kriterien sollen kurz angedeutet werden.

Beispielsweise ist zu hinterfragen, ob ein Gehalt angemessen sein kann, wenn es über das hinausgeht, was die Gesellschaft zu einem gegebenen Zeitpunkt in bar auszahlen kann, oder ob diese Leistungsfähigkeit nicht von

³²⁷ Vgl. bei Fn. 130.

³²⁸ Vgl. oben S. 54.

vorneherein die angemessene Höhe einer Vergütung begrenzt. Andererseits geht es im soeben erörterten Modell wirtschaftlich um nichts anderes als die teilweise Vergütung eines Gesellschaftergeschäftsführers mit Anteilen statt mit Geld. Es ist einer Gesellschaft, die sich z.B. den „guten Namen“, die Vorbildung, das besondere Know-how oder die Kundenkontakte eines potentiell beitrtrittswilligen Mitglieds erkaufen will, nicht verwehrt, diesen statt mit einem hohen Gehalt mit Anteilen zu „bezahlen“, wenn die Finanzlage der Gesellschaft dies als sinnvoller erscheinen lässt. Ob die Gesellschafter dies rechtstechnisch durch die subjektive Höherbewertung einer Geld- (oder auch Sach-) Einlage, durch eine hohe Geschäftsführervergütung mit gleichzeitiger teilweiser Anrechnung auf eine offene Einlageverpflichtung oder auf sonstige Weise umsetzen, kann z.B. durch steuerliche Überlegungen beeinflusst werden. Im Hinblick auf den Wert des „verschenkten Gegenstandes“ im Sinne des § 2325 BGB sind diese rechtstechnischen Methoden aber gleichbedeutend. Bei der Berechnung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen zählt nur, ob bzw. wieviel der Erblasser dem neuen Gesellschafter unentgeltlich zugewandt hat.

Das wohl zentrale Kriterium für die angemessene Höhe der Geschäftsführervergütung ist der Umsatz des Unternehmens.³²⁹ In Frage kommen aber auch die Ertragsaussichten der Gesellschaft, die spezifische Verantwortung des Geschäftsführers und die Höhe der Vergütung in gleichartigen Unternehmen.

Allerdings muss dabei die Bewertung von Stellung und Tätigkeit nicht unbedingt nur objektiv nach dem Marktwert erfolgen (falls überhaupt ein Markt für die oft sehr spezifischen Tätigkeiten in jeder einzelnen Gesellschaft existieren sollte). So kann die Mitarbeit im Unternehmen für den Neugesellschafter nach dem bereits bekannten Beispiel deshalb als vergleichsweise hochwertig einzustufen sein, weil er dafür eine Erfolg versprechende Karriere außerhalb des Unternehmens aufgibt. Auch die individuelle Bedeutung des einzelnen Gesellschafters für die Verfolgung des Gesellschaftszwecks und für die Erzielung des Ergebnisses, also z.B. seine besonderen Kenntnisse, seine Erfahrung, sein Ruf und ein ihn treffendes Wettbewerbsverbot spielen insoweit eine Rolle.³³⁰

Wie unten³³¹ noch zu sehen sein wird, spielt auch die Art der Vergütung, z.B. bloßer erhöhter Gewinnanteil oder Dienstvertrag, eine Rolle für deren Höhe.

³²⁹ Löffler/ Glaser, DB 1958, 759, 760.

³³⁰ Ganssmüller, DB 1965, 1893, 1894.

³³¹ Vgl. S. 169.

Letztlich muss ein Gesamtbild des Einzelfalles erweisen, ob eine angemessene Vergütung des geschäftsführenden Gesellschafters oder eine Schenkung zu seinen Gunsten gewollt ist.

Zur angemessenen Höhe einer Tätigkeitsvergütung des Personengesellschafters ist nach *Löffler/ Glaser*³³² zu beachten, dass sich ein Vergleich mit dem angestellten Geschäftsführer der Kapitalgesellschaft, der nicht gleichzeitig Gesellschafter ist, verbietet. Der Personengesellschafter sei ja am Gewinn der Gesellschaft beteiligt und damit bereits grundsätzlich nach der gesetzlichen Idee für seine Geschäftsführung entschädigt.

Andererseits ist fraglich, worin der Unterschied bestehen soll beispielsweise zwischen einem allein geschäftsführenden OHG-Gesellschafter, dessen Mitgesellschafter ausschließlich für ihren Kapitaleinsatz und ihre persönliche Haftung, aber ohne tätig zu werden, die Gewinnbeteiligung beziehen, und einem GmbH-Geschäftsführer, der ebenfalls allein für seine Tätigkeit bezahlt wird. Der Personengesellschafter bezieht nämlich nicht nur (in der Regel) seine Gewinnbeteiligung, sondern hat andererseits *immer* auch die persönliche, unbeschränkte Haftung zu tragen (mit Ausnahme der Kommanditisten). Das legitimiert sogar in den regelmäßigen Fällen der gemeinsamen Geschäftsführung eine im Vergleich zu Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern von Kapitalgesellschaften eher höhere Vergütung.

Jedenfalls ist aber in der angesprochenen Konstellation, in der nur einer von mehreren Gesellschaftern die Geschäfte führt und dieser bei ansonsten gleich verteilter Ergebnisbeteiligung für seine Tätigkeit lediglich ein Gehalt bekommt, kein relevanter Unterschied zur Situation des GmbH-Geschäftsführers erkennbar. Dieser wie jener erhält in diesen Fällen seine Vergütung lediglich für seine Tätigkeit und seine Verantwortung für das Unternehmen. Beide haften außerdem in gleicher Weise für schuldhaftes Handeln bei der Ausübung ihrer Tätigkeit.

So will zu Recht etwa *Ganssmüller*³³³ sogar demjenigen geschäftsführenden Gesellschafter, dessen Rechtsstellung im Innenverhältnis der Personengesellschaft auf die eines Angestellten beschränkt ist, eine Vergütung zugehen, die mit der eines Vorstandsmitglied oder Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft vergleichbar ist. Umso mehr müsste dies für denjenigen

³³² *Löffler/ Glaser*, DB 1958, 759, 760 (dort allerdings zu der Frage, in welcher Höhe eine Geschäftsführervergütung angemessen ist, wenn gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen fehlen).

³³³ *Ganssmüller*, DB 1965, 1893, 1895.

Gesellschafter gelten, der auch im Innenverhältnis die „normale“ Verantwortlichkeit eines Personengesellschafters trägt.³³⁴

Bei alledem ist zu bedenken, dass die genannten Autoren sich mit der angemessenen Höhe einer Vergütung vor dem Hintergrund beschäftigen, dass die Gesellschafter selbst nicht ausdrücklich eine solche vereinbart haben und letztlich der vom geschäftsführenden Gesellschafter angerufene Richter ein Gehalt bestimmen muss. Die Grenzlinien der Angemessenheit sind in diesen Fällen also in der gesellschaftsrechtlichen gegenseitigen Treupflicht zu suchen. Wenn es dagegen, wie in dieser Untersuchung, darum geht, eine von allen Gesellschaftern ausdrücklich vereinbarte Vergütung auf ihren Bestand gegenüber § 2325 BGB zu prüfen, so sind die Grenzen zu Gunsten der Gesellschafter weiter gesteckt. Denn hier stehen der Schutz des Erb- und Pflichtteilsrechts auf der einen Seite gegen die im System des Privatrechts sehr hoch bewertete Privatautonomie³³⁵ (der Gesellschafter) und den ebenfalls schützenswerten wirtschaftlichen Fortbestand eines funktionierenden Erwerbsunternehmens³³⁶ mit Arbeitsplätzen auf der anderen Seite.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der bei der erst im Laufe der Zeit durch regelmäßige Aufrechnung zu erbringenden Einlage durch die Gesellschafter zu berücksichtigen ist, ist die Frage, wie es sich während dieser Erbringungsphase mit den Vermögens- und Verwaltungsrechten dieses Gesellschafters verhält. Eine Gestaltungsmöglichkeit besteht darin, dass das Kapitalkonto in dieser Zeit noch nicht seinen endgültigen, der vereinbarten Summe entsprechenden Stand hat. Nach dem gesetzlichen Modell würde dies zur Folge haben, dass auch die Ergebnisbeteiligung und die Stimmrechte erst mit der Zeit zunehmen, was von den Gesellschaftern nicht immer gewünscht ist. Alternativ kann auch ein noch offener Einlageposten unabhängig von der Höhe des Kapitalkontos behandelt werden, indem Ergebnisbeteiligung und Stimmrecht von Anfang an nach der vereinbarten statt nach der tatsächlich geleisteten Einlage zu bestimmen sind.

c. Besonderheiten beim Kommanditisten

Wie schon bei der subjektiven Bewertung einer Einlage muss auch bei der Aufrechnung einer Forderung gegen die Kommanditeinlage das besondere Gewicht des Gläubigerschutzes beachtet werden. Die Einlage des Kommanditisten muss, damit die Haftungsbefreiung des § 171 Abs. 1 2.Hs. HGB

³³⁴ Insofern also gewinnbringend: *Spitaler/ Niemann*, Die Angemessenheit der Bezüge geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH, S. 28ff.

³³⁵ Vgl. schon oben bei Fn. 129f.

³³⁶ Grundlegend Maunz-Dürig/ *Papier*, Art. 14 Rn. 95ff.

eintritt, vollwertig sein. Für die Aufrechnung bedeutet dies, dass der Kommanditist nur mit Forderungen aufrechnen kann, die tatsächlich werthaltig, also wirtschaftlich durchsetzbar sind. Dürfte der Kommanditist eine mit Risiken belastete Forderung zum Nennwert aufrechnen, wäre das vergleichbar mit einer Höherbewertung einer Geld- oder Sacheinlage ohne sachliche Rechtfertigung und würde Gläubigerinteressen schädigen.³³⁷

Allerdings ist auch bei der Aufrechnung zu beachten, dass dies nur die Haftungsbefreiung, also Zahlungen auf die Haftsumme betrifft. Im Innenverhältnis, also die Pflichteinlage betreffend, können die Mitgesellschafter aufgrund der Parteidisposition auch die Aufrechnung mit einer weniger werthaltigen Forderung akzeptieren.³³⁸ Hinsichtlich der Haftsumme würde diese Forderung nur bis zu ihrem wirklichen objektiven Wert Wirkung entfalten, wohingegen die Pflichteinlage in Höhe des Nennwertes erfüllt würde.

Für die Frage, ob durch die Nennwert-Aufrechnung gegen die Pflichteinlage eine Schenkung zu Gunsten des aufrechnenden Gesellschafters gegeben ist, ob also Pflichtteilsergänzungsansprüche entstehen, spielt – wie gesehen – der Gläubigerschutz keine Rolle. Hier wird vielmehr wiederum im Einzelfall zu untersuchen sein, ob die Aufrechnung von den Gesellschaftern wirklich als entgeltlich oder als (teilweise) unentgeltlich gewollt ist.

Dagegen spielt die Frage nach der Aufrechnung mit einer Geschäftsführervergütung beim Kommanditisten nur in Ausnahmefällen eine Rolle. Der Kommanditist ist gesetzlich von der Führung der Geschäfte ausgeschlossen und wird – in seiner typischen Funktion als bloßer Kapitalgeber – auch vertraglich nur in den seltensten Fällen mit Geschäftsführungsbefugnis ausgestattet werden.

d. Ergebnis

Eine Einlage kann bei der Personengesellschaft auch durch Aufrechnung mit einer gegen die Gesellschaft bestehenden Forderung erbracht werden.

Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich einer Reduzierung des Pflichtteilsergänzungsanspruches ergeben sich beim persönlich haftenden und geschäftsführenden Gesellschafter bei der Aufrechnung mit Ansprüchen aus Geschäftsführertätigkeit.

Eine Reduzierung des Pflichtteilsergänzungsanspruches kann schon dadurch erreicht werden, dass durch die zeitliche Streckung der Erfüllung die Höhe der Einlageverpflichtung höher ausfallen kann.

³³⁷ Vgl. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1573 m.w.N.

³³⁸ MünchKommHGB/ *Schmidt*, § 171, 172 Rn. 11 m.w.N.

Weiterhin ergeben sich durch die Elastizität in der Höhe der Geschäftsführervergütung Möglichkeiten, eine hohe Einlageverpflichtung durch jeweilige Aufrechnung mit einem Teil des Gehalts zu begleichen.

Aspekte für eine entsprechende Vergütung können neben dem Unternehmensumsatz die Ausbildung des neuen Gesellschafters, seine Erfahrungen und die Möglichkeiten eines anderweitigen Einsatzes seiner Fähigkeiten sein.

Beim Kommanditisten ist eine Aufrechnung zur Erfüllung seiner Pflichteinlage ebenfalls möglich. Seine Haftsumme wird dadurch allerdings nicht unbedingt in voller Höhe gedeckt. Eine Aufrechnung mit einer Geschäftsführervergütung spielt beim Kommanditisten keine Rolle.

3. Ergebnis: Einbringung von Geld

Bringt der neue Gesellschafter einen gewissen, nur teilweise dem Anteilswert entsprechenden Geldbetrag in die Gesellschaft ein, so kann dieser unter Berücksichtigung anderweitiger Beiträge und Aspekte höher als zum Nennwert berücksichtigt werden. Dies gilt auch für die – über die Haftsumme hinausgehende – Pflichteinlage des Kommanditisten, weil diese nicht dem Gläubigerschutz, sondern nur der Gewichtung der Anteile im Innenverhältnis dient.

Eine Höherbewertung des eingebrachten Geldbetrages ist, soweit sie nicht die Grenze zur Willkür überschreitet, auch für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruches zu berücksichtigen.

Aspekte für eine höhere Bewertung der Geldeinlage können beispielsweise erfolgreiche Leistungen des Neumitglieds für die Gesellschaft in der Vergangenheit, besondere Kenntnisse oder auch der Verzicht auf eine anderweitige erfolversprechende Karriere sein.

Bei der Beitragsleistung durch Aufrechnung ergeben sich u.a. dadurch Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Verringerung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen, dass ein Teil der Geschäftsführerbezüge auf die Einlagepflicht angerechnet wird und durch diese zeitliche Streckung die Einlage höher ausfallen kann als wenn das Neumitglied sie sofort leisten müsste.

II. Einbringung von Sachen

Auch die Einbringung von Sachen im Rahmen eines Gesellschaftsbeitritts (oder einer -gründung) ist als Gegenleistung des neuen Gesellschafters anzusehen. In diesem Abschnitt ist daher zu untersuchen, welche Auswirkungen Sachbeiträge (als Oberbegriff für Einlagen und alles weitere, was der

Gesellschafter durch vertragliche Verpflichtung einbringen kann³³⁹) auf den Pflichtteilsergänzungsanspruch haben können.

Terminologisch wird im Allgemeinen etwas unscharf alles als Sachbeitrag /-einlage bezeichnet, was nicht Geldeinlage ist, der Begriff ist also weiter als der sachenrechtliche Sachbegriff.³⁴⁰

Hinsichtlich der Bewertung der einzubringenden Sachen sind die Gesellschafter – wie gesehen – grundsätzlich frei. Dies gilt auch bezüglich der Sachbeiträge und -einlagen eines neuen Gesellschafters. Die Gesellschafter sind also nicht daran gebunden, nur die objektiven Werte der eingebrachten Sachen auf die jeweilige Beitragsverpflichtung anzurechnen. Wie auch Geldleistungen können Sachbeiträge höher oder niedriger bewertet werden.

1. Gesichtspunkte zur Rechtfertigung einer höheren Bewertung eines Sachbeitrages

Bringt der neue Gesellschafter nur Sachbeiträge ein, so können die im Abschnitt Geldeinlage angeführten Aspekte³⁴¹ für eine über dem objektiven (bzw. Nenn-) Wert liegende Bewertung auch bei den Sachbeiträgen berücksichtigt werden. Dies gilt auch dann, wenn sowohl Geld- wie Sachbeiträge erbracht werden. An welcher Stelle, nämlich, ob bei der Geldeinlage oder bei einer eingebrachten Sache die anderweitigen, nicht immer unabhängig bewertbaren Beiträge in der Bewertung berücksichtigt werden, spielt im Ergebnis, also für die Gesamtdifferenz zwischen allen ausgetauschten Leistungen, keine Rolle.

2. Grenzen einer höheren Bewertung

a. Lage beim persönlich haftenden Gesellschafter

Die Überlegungen aus dem Abschnitt „Geldeinlage“ hinsichtlich der Bewertungsfreiheit beim persönlich haftenden Gesellschafter³⁴² gelten auch für Sachbeiträge: Gesellschaftsrechtliche Grundsätze widersprechen der Höherbewertung einer Sacheinlage nicht. Mangels Haftungsbegrenzung gegenüber den Gläubigern muss insbesondere keine Grenze zwischen Einlage auf die Haftsumme und Pflichteinlage beachtet werden. Die Gesellschafter sind frei darin, Beiträge jeder Art subjektiv zu bewerten, und zwar bis zur Grenze

³³⁹ Vgl. bei Fn. 65.

³⁴⁰ Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 572.

³⁴¹ Vgl. oben S. 127.

³⁴² Vgl. S. 129.

sittenwidriger Übervorteilung³⁴³. Unter Berücksichtigung der im Ersten Teil ermittelten Grenzen zwischen entgeltlichem Geschäft und (verschleierter) Schenkung gelten diese Vereinbarungen auch für die Berechnung der Pflichtteilsergänzungsansprüche des § 2325 BGB.

b. Lage beim Kommanditisten

Was die Freiheit der Gesellschafter angeht, die Sachbeiträge des Kommanditisten zu bewerten, kann ebenfalls an den Abschnitt „Einbringung von Geld“ angeknüpft werden: Mit Blick auf § 2325 BGB gelten die Schranken des Gläubigerschutzes nicht. Zwar gilt im Außenverhältnis nur das als eingebracht, was dem objektiven, realisierbaren Wert der Sache entspricht.³⁴⁴ Während dies bei der Geldeinlage der Nennwert ist, ist es bei der Sacheinlage der Verkehrs-, also Markt- oder Zeitwert.

Jedoch ist auch bei der Bewertung der Sachbeiträge zu betonen, dass zwischen Außen- und Innenverhältnis scharf zu trennen ist: Auch wenn eine Höherbewertung der Sacheinlage den Gläubigern gegenüber unwirksam ist (vgl. § 172 Abs. 3 HGB), so gilt dies nicht im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern. Wenn es aus ihrer Sicht Gründe gibt, die vom neuen Kommanditisten eingebrachte Sache mit einem höheren als dem objektiven Wert auf die Pflichteinlage anzurechnen, so können sie das tun.

Diese Bewertung im Innenverhältnis ist, wie oben³⁴⁵ erkannt, diejenige, die auch für die Berechnung der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB, also der Pflichtteilsergänzungsansprüche, relevant ist.

Damit ist auch die beim Kommanditisten viel diskutierte Frage, welche Sachbeiträge einlagefähig sind und welche nicht³⁴⁶, für die Auswirkung auf Pflichtteilsergänzungsansprüche grundsätzlich obsolet: Jeder vereinbarte und erbrachte Beitrag, egal ob einlagefähig oder nicht, stellt eine Leistung auf die gesellschafterlichen Verpflichtungen dar, solange er nur einen wirtschaftlichen Wert hat. Ein Beitrag wiederum, der einen wirtschaftlichen Wert hat, ist – was die Entgeltlichkeit des Beitritts- (Gründungs-) Geschäfts angeht – auch geeignet, den Nettowert der Zuwendung an den neuen Gesellschafter zu vermindern und damit die Pflichtteilsergänzungslast zu senken.

³⁴³ Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, S. 187.

³⁴⁴ Baumbach/ Hopt/ Hopt, § 171 Rn. 6; Felix, NJW 1973, 491f.; Ebenso bereits: RGZ 150, 163, 166f.

³⁴⁵ Vgl. oben S. 133.

³⁴⁶ Vgl. Baumbach/ Hopt/ Hopt, § 171 Rn. 6; MünchKommHGB/ Schmidt, § 171, 172 Rn. 9.

Freilich bleibt neben dieser rechtlichen Sichtweise – wie bei der Geldeinlage – ein praktischer Unterschied: Beiträge, für die eine Einlagefähigkeit anerkannt ist, werden durch die Beteiligten bzw. den Richter im späteren Pflichtteilsergänzungsprozess eher als vermögenswerte Leistung des neuen Gesellschafters akzeptiert werden. Ist bei einem Beitrag mangels Verwertbarkeit im Liquidationsfall keine Einlagefähigkeit gegeben, so wird auch im Prozess um Ansprüche aus § 2325 BGB (bzw. § 2329 BGB) die Behauptung des Beklagten, der Beitrag sei eine vermögenswerte Leistung des neuen Gesellschafters gewesen, eher angreifbar sein.

Aus kautelarjuristischer Sicht ist es daher geboten, dass die Gesellschaftsvertragsparteien die Argumente für die Einstufung eines Beitrages als vermögenswert im Vertrag ausführlich darlegen, um eine spätere entsprechende Prozessbehauptung zu stützen bzw. Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien von vorneherein zu verhindern. Die Parteien des Gesellschaftsvertrags werden im Vertrag also bestimmen, welches der Verkehrswert der eingebrachten Sache ist, was also dem Kommanditisten auf seine Hafteinlage anzurechnen und ins Handelsregister einzutragen ist. Idealerweise werden sie aber auch darlegen, mit welchem (höheren) Betrag sie die Sache auf die Pflichteinlage des Kommanditisten anrechnen und aus welchen Beweggründen und Erwägungen heraus sie dies tun.

c. Ergebnis

Bei der Berücksichtigung von Beiträgen der Gesellschafter muss also – was die Leistungen auf die Haftsumme angeht – zwischen Kommanditisten und persönlich haftendem Gesellschafter unterschieden werden. Dennoch ergeben sich – wie gesehen – aufgrund der Unterscheidung zwischen Haftsumme und Pflichteinlage auch beim Kommanditisten Möglichkeiten für eine angestrebte Pflichtteilsreduzierung.

3. Insbesondere: Persönliche Eigenschaften als Gesellschafterbeitrag

a. Einleitung

In der wirtschaftlichen Praxis kommt eine große Bandbreite verschiedenartiger Sachbeiträge vor. Aus dieser Vielfalt könnten sich interessante Gestaltungsmöglichkeiten für den Gesellschaftsvertrag und damit für die Reduzierung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen gewinnen lassen.

Beispielsweise können im Gegensatz zur Situation im Kapitalgesellschaftsrecht auch Beiträge in die Personengesellschaft eingebracht werden,

die nicht die dort restriktiven Voraussetzungen der Kapitalaufbringung erfüllen.

Zu erwägen ist daher, ob in der Personengesellschaft auch Aspekte wie persönliche Eigenschaften oder das Wissen eines Gesellschafters beitragsfähig sind. Auch Elemente wie Macht, Prestige, Verantwortungsfreude, Unabhängigkeit des eintretenden Gesellschafters würden als Sacheinlagen bei der Kapitalgesellschaft von vorneherein ausscheiden³⁴⁷. Dies gilt auch für eine positive Einstellung des neuen Gesellschafters oder seine Unternehmungslust, seine Ausbildung, seine geschäftlichen oder fachlichen Erfahrungen, in der Regel aber auch für seinen guten Namen, seine Kontakte und sein Know-how³⁴⁸.

Es ist also zu prüfen, ob diese Eigenschaften in der Personengesellschaft beitragsfähig sein können.

b. Wirtschaftliche Bedeutung imponderabler Faktoren

Genau diese so genannten *irreduziblen* oder *imponderablen*³⁴⁹ Faktoren, Aspekte also, deren Wert eigentlich monetär nicht ausgedrückt werden kann³⁵⁰, sind nämlich bei der Entscheidung, einen neuen Gesellschafter aufzunehmen bzw. mit einem Partner eine Gesellschaft zu gründen, wirtschaftlich überaus bedeutsam. Sie sind für eine Investitionsentscheidung – und in einem weiten Sinn des Begriffs handelt es sich bei der Aufnahme eines neuen Gesellschafters um eine wirtschaftliche Investition – sogar ebenso bedeutsam wie „harte“ Faktoren, die einen eindeutigen monetären Wert besitzen.³⁵¹ Gerade bei kleinen und mittleren Personengesellschaften, oft im Familienbesitz, sind diese imponderablen Faktoren sogar diejenigen, die letztlich die Entscheidung tragen. Dagegen spielt oft nur an zweiter Stelle eine Rolle, wieviel ein neuer Gesellschafter und designierter Unternehmensleiter als „harte“ Geld- oder Sacheinlage mitbringen kann. In Unternehmen, deren wirtschaftliche Prosperität und Zukunft stark von der Persönlichkeit des Unternehmensleiters abhängen, spielen die genannten Aspekte naturgemäß eine besonders bedeutsame Rolle, die sich wiederum in Entscheidungen im Rahmen der Unternehmensnachfolge niederschlägt.

³⁴⁷ So ausdrücklich *Schaube*, Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen, S. 128f.

³⁴⁸ Für Know-how wird allerdings auch eine (direkte) Sacheinlagefähigkeit vertreten. Vgl. zum Streitstand nur MünchKommHGB/ *Schmidt*, § 171, 172 Rn. 9 m.z.N.

³⁴⁹ Diese Begriffe verwendet z.B. *Schneider*, Wirtschaftlichkeitsrechnung, S. 139.

³⁵⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang zum Problem der fehlenden Vergleichbarkeit zwischen Leistung und Gegenleistung *Rheinbay*, Erbverzicht – Abfindung – Pflichtteils-ergänzung, S. 92.

³⁵¹ *Schneider*, Wirtschaftlichkeitsrechnung, S. 139.

Daher ist es nahe liegend, diese Aspekte – trotz Schwierigkeiten bei der Bewertung – auch zahlenmäßig bei dem zu berücksichtigen, was der Neugesellschafter bzw. Gründungspartner in die Gesellschaft einbringt.

Hier zeigt der Vergleich mit dem Kapitalgesellschaftsrecht die überaus bedeutsame Freiheit der Personengesellschafter bei der Wahl der Gesellschafterbeiträge und ihrer Bewertung. Bei der Personengesellschaft gibt es keine Beschränkung der Beiträge auf Vermögensgegenstände, und erst recht nicht nur auf solche, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar wäre (vgl. § 27 Abs. 2, 1. Hs. AktG). Vielmehr sind die Personengesellschafter frei darin, auch die genannten imponderablen Aspekte bei der Wahl und Bewertung ihrer Gesellschafterbeiträge zu berücksichtigen.³⁵²

c. Subjektive Bewertung von objektiv nicht messbaren Aspekten

Die Erkenntnis, dass diese imponderablen Faktoren eben an sich nicht wägbare, also nicht *objektiv* messbar sind, weil sie in den meisten Fällen keinen Marktwert besitzen, bedeutet nämlich nicht, dass die beteiligten Gesellschaftsvertragsparteien ihnen keinen *subjektiven* Wert beimessen könnten oder dürften. Aus der Tatsache, dass sie wirtschaftlich von hoher Bedeutung sind, folgt, dass die Parteien diese Bedeutung in Rechengrößen ummünzen können, wobei notwendigerweise ihre subjektiven Einschätzungen maßgeblich sind.

Wie dies rechtstechnisch geschehen kann, ist letztlich sekundär. Die Frage beispielsweise, ob man gewisse Eigenschaften überhaupt als Beitrag bezeichnen kann (den *Karsten Schmidt*³⁵³ als jegliche *Leistung* zur Zweckförderung definiert), ist nur terminologischer Natur. *Schmidt*³⁵⁴ löst dieses Problem jedenfalls dadurch, dass der Gesellschafter z.B. seinen „guten Namen“ der Gesellschaft „zur Verfügung stellt“, worin eine Leistung gesehen werden kann. Dies kann grundsätzlich aber für die meisten der genannten imponderablen Faktoren gelten. Auch wenn dagegen beispielsweise „Innovationsfreude“ oder „Verantwortungsbewusstsein“ nicht unabhängig von der Arbeitskraft „zur Verfügung gestellt“ werden kann, sind dies doch Eigenschaften, die den Gesellschaftsbeitrag „Zur-Verfügung-Stellung der eigenen Arbeitskraft“ qualitativ aufwerten und somit berücksichtigungsfähig sind. Diese wertmäßige Qualifizierung des Beitrags „Arbeitskraft“ ist vergleichbar einer Sache (im sachenrechtlichen Sinn des Begriffs), deren wirt-

³⁵² *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 185, 187.

³⁵³ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 567.

³⁵⁴ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 568.

schaftlicher Wert ebenfalls erst durch die Gesamtheit ihrer Eigenschaften ausgemacht wird.

Dass die Zur-Verfügung-Stellung des guten Namens eines Gesellschafters, der nur der Gesellschaft beitritt, um deren „Kredit zu stärken“ (und notwendigerweise dann auch persönlich haftet), als Gesellschaftsbeitrag bei einer OHG rechtlich möglich ist und ausreicht, hat im Übrigen schon das *Reichsgericht*³⁵⁵ festgestellt.

d. Gesellschaftsrechtliche Grundsätze

Es bleibt auch hier zu prüfen, ob gesellschaftsrechtliche Prinzipien möglicherweise gegen eine Berücksichtigung dieser an sich imponderablen bzw. jedenfalls schwierig zu wägenden Aspekte bei der Wertfestsetzung der Gesellschafterbeiträge sprechen.

Für die Grundsätze des *Gläubigerschutzes* und der *gesellschaftlichen Treupflicht* gelten die bereits oben³⁵⁶ erläuterten Argumente und die gewonnenen Erkenntnisse: So wenig diese Prinzipien gegen eine Höherbewertung von Gesellschaftsbeiträgen sprechen, so wenig sprechen sie auch gegen die grundsätzliche Einbeziehung von imponderablen Faktoren in die gesellschaftlichen Vereinbarungen bei einem Beitritt oder einer Gründung. Was die Gesellschafter als Beiträge vereinbaren, ist eine Frage des Innenverhältnisses und damit in der Hauptsache eine Frage der Verteilung der Anteilsgewichtung untereinander. Im gesellschaftlichen Innenverhältnis aber herrscht volle Vertragsfreiheit.³⁵⁷

Ein Aspekt, der die Berücksichtigung der persönlichen und daher imponderablen Faktoren nicht nur zulässt, sondern geradezu fordert, ist die *personalistische Organisationsstruktur* der Personengesellschaft, eines ihrer grundlegenden Merkmale. *Wiedemann*³⁵⁸ sagt dazu: „In der Personengesellschaft gelten weit mehr Regeln und Verhaltensbindungen als im Gesetz oder auch im Vertrag vorgesehen, weil die Homogenität der Gruppe – nach Beruf, Herkunft und Stil – eine effiziente Zusammenarbeit ohne Kontrollkosten gewährleistet.“ Es ist also der Kooperationsgedanke, der die Personengesellschaft im Kern ausmacht. Das bedeutet aber auch, dass gerade persönliche Merkmale der Mitglieder eine sehr große Bedeutung haben für das rechtliche wie wirtschaftliche Wesen dieser Gesellschaftsform. Auch dies belegt das Bedürfnis und die Legitimität der wirtschaftlichen Berücksichti-

³⁵⁵ RGZ 37, 58, 61.

³⁵⁶ Vgl. oben S. 129.

³⁵⁷ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 136.

³⁵⁸ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 5.

gung solcher besonderen persönlichen Merkmale auch bei der Aufnahme neuer Mitglieder und der Bewertung ihrer Beiträge.

Zuletzt könnten evtl. noch bilanzrechtliche Vorschriften gegen eine Berücksichtigung objektiv nicht messbarer Größen bei der Beitragsbewertung sprechen.

Nach § 246 Abs. 1 HGB sind u.a. sämtliche Vermögensgegenstände, die sich u.a. durch Einzelverwertbarkeit auszeichnen³⁵⁹, in die Bilanz aufzunehmen (allgemeines Vollständigkeitsgebot). Das bedeutet zunächst nur, dass keine Pflicht zur Aktivierung von imponderablen Faktoren in der Bilanz der Gesellschaft besteht. Ausdrücklich bestimmt darüber hinaus § 248 Abs. 2 HGB, dass „immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens, die nicht entgeltlich erworben wurden“ nicht in der Bilanz aktiviert werden dürfen (Aktivierungsverbot). Zwar reicht das Gewähren von Gesellschaftsanteilen im Gegenzug zum Einbringen dieser immateriellen Vermögensgegenstände für die Annahme von „entgeltlichem Erwerb“ aus.³⁶⁰ Aber bei den hier besprochenen imponderablen Aspekten fehlt es trotz Entgeltlichkeit eben am zentralen Element, das den Zweck des § 248 Abs. 2 HGB ausmacht: eine unproblematische Wertkonkretisierung (d.h.: Einzelverwertbarkeit³⁶¹) aus Gründen des Vorsichts- und Objektivierungsprinzips bei der Bilanzierung. Daher dürfen diese, soweit sie nicht verkehrsfähig sind wie z.B. die Firma, vorhandenes Know-how etc., nicht aktiviert werden.

Allerdings, und dies spricht wiederum für die Möglichkeit der Berücksichtigung nur subjektiv wägbarer Faktoren, müssen sich die Erwägungen bei der Aufnahme eines neuen Gesellschafters nicht zwingend nach Bilanzierungsrecht richten. Die strengen Regeln bei der Aufstellung der Bilanz dienen u.a. der Gleichheit der Besteuerung (vgl. §§ 5 Abs. 1 S. 1 EStG, 140 AO) und wiederum dem Schutz der Gläubiger durch Selbstkontrolle des Kaufmanns³⁶², was u.a. durch die Grundsätze der kaufmännischen Vorsicht, der Bilanzklarheit und der Bilanzwahrheit sichergestellt werden soll. Im Innenverhältnis dagegen spielen diese Aspekte keine Rolle, weil bei Regelungen, die lediglich die Gesellschafter betreffen (z.B. hinsichtlich der Gewinn- und Verlustverteilung oder der Vermögensverteilung im Liquidationsfall) und von ihnen selbst vereinbart werden, keine schutzwerten Interessen Dritter tangiert werden. Vielmehr ermöglicht die im Innenverhältnis herrschende Vertragsfreiheit den Gesellschaftern auch die Berücksichtigung von

³⁵⁹ MünchKommHGB/ *Ballwieser*, § 246 Rn. 16.

³⁶⁰ MünchKommHGB/ *Ballwieser*, § 248 Rn. 29.

³⁶¹ MünchKommHGB/ *Ballwieser*, § 248 Rn. 21.

³⁶² Staub/ *Uwe Hüffer*, § 242 Rn. 2.

lediglich subjektiven Aspekten im Gesellschaftsvertrag³⁶³, solange im Außenverhältnis bilanzrechtliche Regeln u.a. eingehalten werden.

Zusammenfassend wird erkennbar, dass auch die wertmäßige Einbeziehung sog. imponderabler Faktoren nicht gegen gesellschafts- und bilanzrechtliche Grundsätze verstößt.

e. Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass sich unter den Beiträgen, die der Gesellschafternachfolger einbringen kann, um den Schenkungsanteil am Nachfolgegeschäft zu verringern, die imponderablen Faktoren in besonderer Weise eignen.

Gesellschaftsrechtlich dürfen diese in die Vereinbarungen über gesellschaftlicher Beiträge und ihre Bewertung einbezogen werden. Da § 2325 BGB für eine Ausfüllung des Schenkungsbegriffs aber auf das Gesellschaftsrecht zurückgreifen muss, haben diese gesellschaftlicher Vereinbarungen – soweit sie nachvollziehbar und angemessen sind – auch für das Erbrecht, also die Berechnung der Pflichtteilsergänzungsansprüche zu gelten.

Zunächst ist den Parteien des Gesellschaftsvertrags daher zu raten, diese Aspekte, die in der wirtschaftlichen Realität fast immer mitentscheidend sind, auch bei der Bewertung der Gesellschafterbeiträge zu berücksichtigen (und dies ausdrücklich im Vertrag zu erläutern). Denn auch wenn solche Faktoren praktisch immer eine wichtige Rolle bei der Nachfolgersuche spielen, werden sie bei der Ermittlung des Wertes der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB regelmäßig nur dann berücksichtigt werden, wenn erkennbar ist, dass die Parteien sie in die Berechnungen ihrer ausgetauschten Leistungen einbezogen haben.

Vor allem was die quantitative Bewertung einzelner Beiträge durch die Parteien angeht, sind die genannten Aspekte wie Macht, Unternehmungslust und Image von großer Bedeutung. Da es sich um „weiche“ Faktoren handelt, die objektiv – wie gesehen – praktisch nicht bewertbar sind, können die Parteien sie nur nach subjektiven Maßstäben bewerten. Selbstverständlich gelten auch hier die oben ermittelten Grenzen zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit³⁶⁴, weshalb die Parteien nur diejenigen Werte einsetzen können, die wirtschaftlich der – subjektiven – Realität entsprechen, d.h. ge-

³⁶³ Anderer Ansicht ist offenbar *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 392, der die Bilanzierungsvorschriften wohl auch als Grenze für die Bewertung der Gegenstände des Gesellschaftsvertrags ansieht.

³⁶⁴ Vgl. oben S. 92.

rade noch angemessen sind. Innerhalb dieses Rahmens ist den Parteien letztlich ein Ermessensspielraum zuzubilligen, gerade weil einerseits eine objektive Bewertung schwierig (bzw. bei großem zeitlichem Abstand zwischen Nachfolgevertrag und ggf. Pflichtteilsergänzungsprozess sogar unmöglich) ist, andererseits aber – wie gesehen – die wirtschaftliche Bedeutung dieser Aspekte unbestreitbar ist.

Ebenso wie für die Bewertung der jeweiligen Gesellschafterbeiträge im Innenverhältnis gelten im Übrigen auch für die Beurteilung der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB nicht die bilanzrechtlichen Zwänge und Vorschriften. Für § 2325 BGB sind die wirklichen Vereinbarungen der Gesellschafter über Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit maßgeblich. Die Zwecke der Bilanzvorschriften sind auf die Berechnung der Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht anwendbar.

f. Ergebnis

Auch und gerade imponderable oder jedenfalls schwer abwägbare Aspekte spielen wirtschaftlich eine bedeutende Rolle und sind aus beraterlicher Sicht daher bei der Nachfolgeregelung in der Personengesellschaft unbedingt zu beachten.

Gesellschaftsrechtliche Grundsätze sprechen nicht gegen eine Einbeziehung in den Gesellschafteraufnahme- bzw. Gesellschaftsgründungsvertrag.

Die wertmäßige Berücksichtigung dieser Faktoren bei der Aufnahme eines Gesellschafters ist auch bei der Berechnung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen zu beachten und kann damit diese Ansprüche in ihrer Höhe vermindern.

Eine Einbeziehung kann entweder separat von den einlagefähigen Beiträgen geschehen, also durch das Ansetzen eines Geldbetrages für den jeweiligen Faktor, aber durchaus auch in der monetären Bewertung der sonstigen Beiträge, die der Neugesellschafter oder Mitgründer erbringt. Das letztgenannte Vorgehen hat den Vorteil, dass die Parteien objektiv Bewertbares zusammen mit ggf. mehreren monetär schwer fassbaren Aspekten in der Gesamtheit einfacher zu einer Gesamtsumme fassen können.

4. Einfluss der Differenzierung nach der Art der Einbringung

Was die Art der Einbringung von Sachbeiträgen angeht, sind drei Alternativen zu differenzieren: Die Einbringung zu Eigentum (*quoad dominium*), die Einbringung dem Werte nach (*quoad sortem*) und die bloße Gebrauchsüberlassung (*quoad usum*).

Im folgenden Abschnitt soll untersucht werden, ob sich aus den unterschiedlichen Einbringungsformen auch Ansätze für eine Steuerung der späteren Pflichtteilsergänzungsansprüche ergeben.

a. Differenzierung

Die Einbringung *quoad dominium*, also die echte Übertragung des Eigentums an der eingebrachten Sache an die Gesamthand, stellt eine echte Einlage dar. Sie ist damit (in der Terminologie *Hubers*³⁶⁵) auf den Kapitalanteil anrechenbar. Im Zweifel bedeutet ein Einbringen eines Gegenstandes in die Gesellschaft ein Einbringen „zu Eigentum“, § 706 II BGB.

Dagegen behält der Gesellschafter bei der Einbringung *quoad sortem* das Eigentum, er stellt die Gesellschaft aber auf schuldrechtlicher Ebene wertmäßig so, als wäre sie Eigentümerin. Nutzungen und Wertsteigerungen der Sache fließen dem Gesellschaftsvermögen zu. Die Gesellschaft trägt auch die Lasten und die Gefahr zufälligen Untergangs.³⁶⁶ Folge der rein wertmäßigen (Quasi-) Eigentümerstellung der Gesellschaft ist, dass der Gesellschafter für den Fall der Liquidation verpflichtet ist, dem Gesellschaftsvermögen den Wert der Sache in die Masse zu zahlen (oder den Gegenstand zu diesem Zeitpunkt zu übereignen).³⁶⁷ Zweck einer Einbringung *quoad sortem* kann beispielsweise die Ersparnis von Notar- und Eintragungskosten bei der Einbringung eines Grundstücks sein. Die Einbringung *quoad sortem* ist eine echte Einlageleistung.

Zuletzt kann der Gesellschafter der Gesellschaft einen Gegenstand auch lediglich zur Nutzung überlassen. Verpflichtet er sich hierzu im Gesellschaftsvertrag, handelt es sich um eine Einbringung *quoad usum*, was zwar einen Beitrag, allerdings keine Einlage darstellt. Daneben ist auch eine Überlassung auf reiner einzelvertraglicher Ebene, z.B. aufgrund eines Miet- oder Pachtvertrags möglich.

b. Einfluss der unterschiedlichen Einbringung auf § 2325 BGB

Fraglich ist, ob sich diese drei Arten der Beitragserbringung unterschiedlich auf die Höhe späterer Pflichtteilsergänzungsansprüche auswirken. Entscheidend für die Berechnung im Sinne des § 2325 BGB ist allein der Wert des Beitrags bei der jeweiligen Einbringungsart. Offensichtlich ist, dass der Wert bei der Einbringung *quoad dominium* jedenfalls auf kurzfristige Sicht höher ist als bei einer bloßen Nutzungsüberlassung. Die Einbringung *quoad*

³⁶⁵ *Huber*, Vermögensanteil, S. 196.

³⁶⁶ *Staub/ Ulmer*, § 105 Rn. 230.

³⁶⁷ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 570.

sortem dagegen ist wertmäßig mit der Übertragung des vollen Eigentums gleichzustellen. Die Verpflichtung des Gesellschafters, die Gesellschaft so zu stellen, als wäre sie Eigentümerin, schließt ihn faktisch von weiteren Verfügungsrechten aus. Letztlich muss er bei Liquidation auch den vollen Wert in bar oder die Sache in natura einbringen.

Bei der Einbringung *quoad usum* besteht allerdings die Möglichkeit, über die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung zur Nutzungsüberlassung hinaus einen Miet- oder Pachtvertrag abzuschließen³⁶⁸, wodurch der Gesellschafter laufend eine Geldrente beziehen kann. Diese wiederum kann er sich auf seine Einlageschuld anrechnen lassen. Je nach sonstigen Entscheidungsaspekten, z.B. aus steuerlichen Gründen, kann diese Vorgehensweise für die Beteiligten günstiger sein als eine Einbringung zu Eigentum. Die Höhe dieser Miet- oder Pachtzahlung bietet sich den Parteien langfristig gesehen als Regulativ für die wertmäßige Gesamthöhe des Beitrags des neuen Gesellschafters an.

Aber auch die Nutzungsüberlassung ohne gesonderten Mietvertrag bzw. überhaupt ohne laufendes Entgelt ist keineswegs als unentgeltlich im Sinne des § 2325 BGB aufzufassen: Vielmehr handelt es sich, sofern nicht ausdrücklich und auch im Hinblick auf § 2325 BGB Unentgeltlichkeit vereinbart ist, um eine Leistung im Rahmen des Gesellschafterverhältnisses, die als Gegenleistung für die Anteilsverschaffung anzusehen ist.

Letztlich ist es eine Einzelfallfrage, ob der Gesamtwert der Einbringung *quoad dominium* oder *quoad usum* höher anzusetzen ist: Relevant hierfür ist beispielsweise der Zeitwert der Sache bei Einbringung einerseits und die Höhe der Mietzahlung im Falle der bloßen Nutzungsüberlassung andererseits. Letztere steht wie die Bewertung der Sache im Belieben der Gesellschafter, ist hinsichtlich § 2325 BGB aber wiederum nach den Maßstäben der Willkür bzw. Verhältnismäßigkeit zu messen.³⁶⁹

Ein Vorteil bei der Einbringung *quoad usum* ist für den Gesellschafter allerdings, dass er weiterhin frei über das Eigentum der Sache verfügen kann, solange die Nutzung bei der Gesellschaft verbleibt³⁷⁰. Was er andererseits nicht kann, ist den eventuell zusätzlich zur gesellschaftsvertraglichen Nutzungsüberlassung vereinbarten Mietvertrag kündigen, da er ja gesellschaftsvertraglich weiterhin zur Nutzungsüberlassung verpflichtet bleibt.

³⁶⁸ Huber, Vermögensanteil, S. 197.

³⁶⁹ Vgl. oben S. 88.

³⁷⁰ Westermann/ Wertenbruch, Rn. I 383.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass hinsichtlich der verschiedenen Einbringungsarten keine allgemeingültige Aussage über den Einfluss auf Pflichtteilergänzungsansprüche möglich ist.

5. Ergebnisse

Bei der Einbringung von Sachbeiträgen sind die Gesellschafter – was die Berücksichtigung hinsichtlich § 2325 BGB angeht – bis zur Grenze der Willkür frei, Gegenstände subjektiv höher zu bewerten als mit dem Verkehrswert. Dies gilt hinsichtlich der Pflichteinlage auch für den Kommanditisten.

Dabei eröffnen sich namentlich für den Bereich persönlicher, der Gesellschaft besonders nützlicher Eigenschaften des neuen Gesellschafters zahlreiche Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung.

Die Art der Einbringung von Sachbeiträgen schließlich eröffnet im allgemeinen keine besonderen Möglichkeiten, Pflichtteilergänzungsansprüche zu reduzieren.

C. Faktoren, die den Anteilswert mindern können

I. Bisherige und zukünftige Arbeitsleistungen des Nachfolgers

1. Einbeziehung von in der Vergangenheit erbrachten Arbeitsleistungen

Eine weiteres Themenfeld, auf dem Möglichkeiten zur Beeinflussung des Anteilswertes zu diskutieren sind, sind die hier so genannten wertmindernden Faktoren, Faktoren also, die nicht Gegenleistung hinsichtlich des zugewandten Anteils sind, sondern dessen inneren Wert selbst beeinflussen.³⁷¹

Zentral für die Reduzierung von Pflichtteilergänzungsansprüchen sind dabei, wie oben³⁷² bereits erörtert, die Arbeitsleistungen des neuen Gesellschafters. Im Folgenden sollen zunächst diejenigen Arbeitsleistungen betrachtet werden, die ein Anteilsnachfolger in der Zeit vor seinem Eintritt für die Gesellschaft erbracht hat.

Hierbei handelt es sich um Situationen, in denen der spätere Neugesellschafter bereits im Unternehmen tätig war, sei es als Angestellter, als freier Mitarbeiter oder auch als Familienangehöriger³⁷³. Bei der Aufnahme eines

³⁷¹ Vgl. dazu oben S. 40.

³⁷² Vgl. S. 137.

³⁷³ Bei der (teil)unentgeltlichen Mitarbeit von Abkömmlingen im Unternehmen ist hinsichtlich der Ausgleichung, falls eine Berücksichtigung nicht wie hier empfohlen im Nachfolgevertrag stattfindet, auch an § 2057a BGB zu denken. Über § 2316 BGB

solchen Mitarbeiters in den Gesellschafterkreis kann es sich anbieten, sein bisheriges – im Hinblick auf eine erhoffte spätere Aufnahme in den Gesellschafterkreis vielleicht besonders tatkräftiges – Engagement für das Unternehmen in einer geeigneten Weise in die rechtliche und wirtschaftliche Bewertung seines Gesellschaftseintritts einzubringen. Dafür kommen im Wesentlichen zwei Möglichkeiten in Betracht, nämlich die Einbeziehung von nicht entlohnten *Tätigkeiten* – sei es die kostenlose Mitarbeit eines Familienangehörigen³⁷⁴ oder seien es Überstunden eines Angestellten – oder die Berücksichtigung des *Erfolgs* der Arbeit des nunmehr neuen Gesellschafters.

a. Berücksichtigung bei der Einlagebewertung: dogmatische Herleitung

Der BGH³⁷⁵ entschied bereits 1952, dass auch in der Vergangenheit erbrachte, erfolgreiche Arbeitsleistungen des neuen Gesellschafters im Unternehmen für die Wertbeurteilung der Einlage eine Rolle spielen können. Die Sachlage sei ähnlich zu beurteilen, wie wenn ein Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne eine zunächst bestehende rechtliche Verpflichtung, aber im Hinblick auf den Erfolg seiner Tätigkeit noch eine besondere Zuwendung macht. So wie eine solche Zuwendung mit Rücksicht auf die Vorstellung der Beteiligten nicht als eine unentgeltliche Zuwendung angesehen werden könne, so könne dies auch bei der wegen der geleisteten Arbeit höheren Bewertung einer anderweitig erbrachten Einlage der Fall sein.

Allerdings könne die bloße nachträgliche Honorierung erbrachter Dienste nicht alleine als Einlage genügen.³⁷⁶ Denn eine Einlage – bzw. nach der in dieser Untersuchung verwendeten Terminologie *Schmidts*³⁷⁷: ein Beitrag – ist seinem Wesen nach eine Zweckförderungsleistung. Bei einer nachträglichen Bewertung bereits erbrachter Arbeit kann aber von einer (Verpflich-

kommt der von § 2057a BGB beabsichtigte Ausgleich im Falle der Enterbung allerdings nur zur Hälfte beim Abkömmling an! Vgl. dazu auch *Schiemann*, FS Schwab, 2005, S. 549ff., 555, 560.

³⁷⁴ Vgl. OLG Oldenburg, FamRZ 2000, 638f., wo es um die nachträgliche Entlohnung einer 30jährigen unentgeltlichen Mitarbeit der Ehefrau des Erblassers als Sprechstundenhilfe ging. Außerdem zum Ganzen: *Fenn*, Die Mitarbeit in den Diensten Familienangehöriger, S. 63ff.

³⁷⁵ BGH NJW 1952, 1412 = BGHZ 7, 174, 181; Dem BGH lag der Fall einer stillen Gesellschaft zur Entscheidung vor; es gibt aber keine für die rechtliche Beurteilung der nachträglichen Berücksichtigung erbrachter Arbeitsleistungen relevanten Unterschiede zu Außengesellschaften.

³⁷⁶ A.A. wohl *Michalski*, OHG, § 109 Rn. 9 a.E. m.w.N.

³⁷⁷ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 567.

tung zur) Leistung jedenfalls nicht die Rede sein. Dies spricht allerdings nicht gegen eine Berücksichtigung der bisherigen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen neuem und alten Gesellschaftern bei der Bewertung von *einbringungsfähigen* Beiträgen (also: Zweckförderungsleistungen).

Der Vergleich des BGH, der die Berücksichtigung bisheriger Arbeitsleistungen in die Nähe einer Gratifikation im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses stellt, bedeutet letztlich, dass ein noch bestehender Gegenleistungsanspruch, z.B. für unbezahlte, noch zu vergütende Überstunden, keine zwingende Voraussetzung für eine entsprechende Berücksichtigung bei der Beitragsbewertung ist. Denn eine arbeitsrechtliche Gratifikation (oder: Sondervergütung) ist nichts anderes als eine einmalig bezahlte Entlohnung, sie hat also prinzipiell Entgeltcharakter. Auch bei freiwilliger Gewährung, also ohne einen entsprechenden Anspruch des Arbeitnehmers, stellt eine Sondervergütung keine Schenkung des Arbeitgebers dar.³⁷⁸

Will der Zuwendende (hier des Gesellschaftsanteils) also nicht schenken, sondern ist er der Ansicht, dass die Leistung des bisherigen Angestellten eine zusätzliche Gegenleistung verdient hat, dann ist von Entgeltlichkeit des Vertrages³⁷⁹ auszugehen. Hinsichtlich dieser Beurteilung besteht wiederum kein Unterschied zwischen der Auszahlung einer Gratifikation und einer Berücksichtigung bei der Bewertung der Einlage eines Gesellschafters. Ohne weiter darauf einzugehen ging offenbar auch der BGH in der dargestellten Entscheidung³⁸⁰ von dieser Einschätzung aus, als er die Honorierung erbrachter Leistungen in die Bewertung der gezahlten Einlage einbezog.

Der BGH weist also mit seinem Vergleich mit der Gratifikation einen Weg, der bei Gesellschaftsverträgen eine Gestaltung erleichtert, die auch die Vermeidung von Liquiditätsabflüssen im Erbfall im Auge hat: Für eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, die pflichtteilsergänzungsfest sein soll, also keine Schenkung darstellt, müssen keine etwa erbrachten und noch auszugleichenden Arbeitsstunden herangezogen werden, die dann gegen eine Einlageforderung aufgerechnet würden. Vielmehr geht es um die Honorierung des *Erfolges* erbrachter Leistungen, auch wenn diese selbst bereits vergütet worden sind. Die bloße Einschätzung der Parteien, dass der Erfolg der durch den Neugesellschafter bisher geleisteten Arbeit einen Bonus verdient, genügt also, um eine entsprechende Höher-Bewertung des anderweitig erbrachten Beitrages zu rechtfertigen.

³⁷⁸ MüHdbArbR/ *Hanau*, § 69 Rn. 1; ErfK/ *Preis*, § 611 BGB, Rn. 663 m.w.N.; Münch-KommBGB/ *Kollhosser*, § 516 Rn. 23 m.w.N.

³⁷⁹ Vgl. nochmals: OLG Oldenburg, FamRZ 2000, 638f. (Fn. 374).

³⁸⁰ Vgl. Fn. 375.

Dieser Ansicht ist auch *Huber*³⁸¹, der darlegt, dass eine Anteilszuwendung durch Einbuchung zugunsten des langjährigen Prokuristen nicht unentgeltlich ist, wenn er zwar nichts anderes einbringt als seine Arbeitskraft, aber seine bisherigen Leistungen und Verdienste, seine persönlichen Fähigkeiten und die Absicht, ihn und seine verantwortliche Mitarbeit besonders fest ans Unternehmen zu binden, bei der Bewertung der Netto-Zuwendung Berücksichtigung finden. Allerdings ist mit dem BGH und *Karsten Schmidt*³⁸² nochmals zu betonen, dass die isolierte Berücksichtigung von erbrachten Leistungen und ihrer Erfolge nicht für die Erfüllung der Beitragspflicht ausreichen kann. Irgendeine Zweckförderungsleistung an die Gesellschaft muss gegeben sein, in deren Bewertung die Arbeitsleistungen der Vergangenheit einbezogen werden können.

Dieselben rechtlichen Bewertungen wie bei der Berücksichtigung von Arbeitsleistungen des bisherigen Angestellten müssen auch für das Familienmitglied eines Gesellschafters (oder bei Neugründung: eines Alleinunternehmers) gelten, das bisher kostenlos im Betrieb mitgeholfen hat und nun Gesellschafter werden soll. Auch wenn kein Arbeitsverhältnis bestand, ist der Zweck der Sonderzuwendung, bzw. der Berücksichtigung bei der Beitragsbewertung, derselbe: Bisher geleistete Dienste und ihre Erfolge sollen vergütet werden. Die Tatsache, dass das Familienmitglied bisher nichts dafür bekommen hat, kann es nicht schlechter stellen als einen Angestellten, der sogar bereits eine Entlohnung bezogen hat und nun zusätzlich eine Gratifikation erhält.

Neben der vertraglichen Berücksichtigung bereits erbrachter Leistungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht hat der BGH in einer späteren Entscheidung³⁸³ auch aus pflichtteilsrechtlicher Sicht ähnlich argumentiert. Er entschied (in einem die Schenkung eines Grundstücks betreffenden Fall), dass Leistungen durch den Beschenkten, die zwar vor Abschluss des Schenkungsvertrags erfolgt waren, aber den Wert des Schenkungsgegenstandes erhöhten, im Rahmen der Berechnung des Ergänzungspflichtteils zu berücksichtigen seien. Der BGH erklärte in seinem Urteil nur knapp, die Aufwendungen des Beschenkten „müssen [diesem] zugute kommen, da sich der Grundstückswert hier entsprechend erhöht hat“ und zog den Betrag der Aufwendungen vom Grundstückswert ab. Rechtstechnisch ging es in dem vom BGH entschiedenen Fall also um den Wert des verschenkten Gegen-

³⁸¹ *Huber*, Vermögensanteil, S. 204.

³⁸² Vgl. soeben Fn. 377.

³⁸³ BGH NJW 1992, 2887f. = FamRZ 1992, 802f. m.Anm. *Reiff*.

tandes im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB, der um den Betrag der durch den Beschenkten erbrachten Aufwendungen zu verringern war.

Zunächst kann dieser Gedanke auch im rechtstechnisch gleichartigen Fall einer (teilweise) unentgeltlichen Anteilszuwendung auf die Berechnung des dadurch entstehenden Ergänzungspflichtteils angewandt werden. Zwar erbringt der Angestellte einer Gesellschaft in Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten keine Aufwendungen auf die Sache, also freiwillige Vermögensopfer im Interesse des Unternehmens. Ein Angestellter handelt vielmehr primär zur Erfüllung seiner Pflichten aus dem Arbeitsvertrag. Aber letztlich trägt er – ebenso wie ein ohne Lohn mitarbeitender Familienangehöriger – durch seine, im Einzelfall eben besonders herausragenden Leistungen zum Erfolg des Unternehmens und damit zu dessen Wertsteigerung bei. Und diese Wertsteigerung soll ihm – insoweit ebenso wie im vom BGH entschiedenen Grundstücksfall – bei der pflichtteilsergänzungsrechtlichen Bewertung des ihm zugewandten Anteils zugute kommen. Offenbar lässt sich der BGH nämlich bei der Einbeziehung der von der Beschenkten erbrachten Aufwendungen auf das Grundstück von Wertungs- und Billigkeits-erwägungen leiten. Ein direkter Bezug auf § 2325 BGB jedenfalls ist nicht ersichtlich, aus dem Normzusammenhang kann ein Aufwendungsersatz bzw. eine Wertberichtigung des Geschenks nicht unmittelbar gefolgert werden. Umso mehr können die Erwägungen des BGH aber auch in den hier untersuchten Konstellationen gelten, in denen der Arbeitnehmer die später ihm „geschenkte“ Sache im Vorfeld aufwertet. Auch dieses Engagement des Angestellten (oder Familienmitglieds), der später Gesellschafter wird, kann also bei der Berechnung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen im Erbfall Berücksichtigung finden.

b. Ergebnis

Im Ergebnis kann also festgestellt werden, dass die Vertragsparteien zur Berücksichtigung von in der Vergangenheit vom neuen Gesellschafter erbrachter Arbeit eine geleistete Einlage höher bewerten können als mit dem reinen Geldwert. Diese Höherbewertung bedeutet in der rechtlichen Beurteilung keine Schenkung zugunsten des Neugesellschafters.³⁸⁴

Dabei können die Parteien entweder den Weg gehen, analog zur Berücksichtigung der erbrachten Aufwendungen in der BGH-Entscheidung den Gegenwert seiner überobligationsmäßigen Arbeitsstunden zu berücksichti-

³⁸⁴ Vgl. auch oben S. 135.

gen, oder aber – was praxistauglicher sein dürfte – im Sinne eines Bonus den (auch) durch ihn erzielten *Erfolg* der Gesellschaft einzubeziehen.

Der Höhe nach darf die Einbeziehung dabei nicht willkürlich erfolgen.

Eine auch für Dritte nachvollziehbare Berücksichtigung geleisteter Dienste oder eines besonderen wirtschaftlichen Erfolges kann sich beispielsweise an der branchenüblichen Höhe von Gratifikationen, an der Dauer der Betriebszugehörigkeit, an der Qualifikation, am bisherigen Gehalt und/oder am zahlenmäßig sichtbaren Erfolg, so an Umsatz- oder Gewinnsteigerungen der Gesellschaft oder Abteilung und auch an der Größe bzw. den absoluten Umsatzzahlen des Betriebes orientieren. Allerdings ist bei der Orientierung z.B. an branchenüblichen Gratifikationen zu beachten, dass diese vielfach jährlich geleistet werden, wohingegen im hier untersuchten Fall durchaus ein Bonus für mehrere Jahre berücksichtigt werden kann.

2. Einbringen der Arbeitskraft für die Zukunft: Pflicht zur Geschäftsführung

a. Einleitung

Neben der Berücksichtigung von in der Vergangenheit erbrachten Leistungen für die Gesellschaft spielt auch die zukünftige Vergütung des eintretenden geschäftsführenden Personengesellschafters eine Rolle für die spätere pflichtteilsergänzungsrechtliche Beurteilung der Anteilszuwendung. Da der Kommanditist gesetzlich von der Führung der Geschäfte ausgeschlossen ist (§ 164 HGB), betrifft diese Möglichkeit der Beeinflussung des Anteilswertes nicht die Fälle der Verschaffung eines Kommanditanteiles, es sei denn, dem Kommanditisten werden gesellschaftsvertraglich – soweit möglich – Geschäftsführungsaufgaben zugewiesen.³⁸⁵

Wie bereits oben³⁸⁶ dargestellt, bedeutet die im Zusammenhang mit den Gesellschafterpflichten meist verwendete Formulierung „Einbringen der eigenen Arbeitskraft“ rechtlich nichts anderes als die Erfüllung der gesellschaftlichen Pflicht zur Geschäftsführung. Zunächst ist die Geschäftsführertätigkeit damit keine entgeltliche Dienstleistung im Sinne der §§ 611ff. BGB. Vielmehr handelt es sich um einen Ausfluss aus der Gesellschafterstellung.³⁸⁷ Die Geschäftsführung wird nach der gesetzlichen Vorstellung

³⁸⁵ Heymann/ Horn, § 164 Rn. 11f.; Glanegger/ Stuhlfelner, § 164 Rn. 2f.

³⁸⁶ Vgl. oben S. 26.

³⁸⁷ Diese rechtliche Pflicht des Gesellschafters eröffnet in Familiengesellschaften die Möglichkeit, einen familienfremden Geschäftsführer einzubinden, indem ihm, evtl. ohne Kapitalbeteiligung und nur für die Dauer seines Anstellungsvertrags, die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einer sein Geschäftsrisiko hono-

durch den regulären bzw. nach Vereinbarung durch einen besonderen Gewinnanteil abgegolten. Allerdings können die Gesellschafter ihr(e) geschäftsführendes(n) Mitglied(er) auch gesellschaftsvertraglich, oder aber dienstvertraglich durch einen eigenständigen Geschäftsführervertrag, mit einem Gehalt entlohnen.

Abgesehen von der Möglichkeit, dass auch ein eigenständiges Geschäftsführergehalt ebenso wie Gewinnanteile (teilweise) nicht ausbezahlt, sondern gegen die noch nicht erfüllte Einlagepflicht aufgerechnet werden kann³⁸⁸, ist auch die rechtliche Gestaltung der Entlohnung bedeutsam für die Frage des Wertes des zugewandten Gegenstandes im Sinne des § 2325 BGB.

Der BGH vertritt – wie oben³⁸⁹ bereits dargestellt – die Ansicht, dass die gesellschaftlicherliche Pflicht zur Geschäftsführung jede Unentgeltlichkeit bei der Anteilszuwendung ausschließt. Auch wenn diese weitgehende Folgerung hier nicht vertreten wird³⁹⁰, so könnte doch Art und Umfang der Geschäftsführung und v.a. die rechtliche Gestaltung der Vergütung die betragsmäßige Bewertung der Anteilszuwendung beeinflussen.

Wenn nämlich – und darin ist dem BGH durchaus zuzustimmen – die Pflicht des Gesellschafters zur Geschäftsführung *prinzipiell bedeutsam* ist für die Bewertung des zugewandten Gesellschaftsanteils, so muss dies auch und gerade für die Art und den Umfang der Vergütung der Geschäftsführung gelten. Die Geschäftsführung ist nämlich ein Beitrag, bzw. aus schenkungsrechtlicher Sicht eine Leistung, die der Gesellschafter erbringt, die Vergütung andererseits – gleichgültig, welcher Art – eine Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter. Deshalb kann die Geschäftsführungspflicht den Wert der Zuwendung (nämlich des Gesellschaftsanteils) in die eine, die Vergütung wiederum in die andere Richtung beeinflussen. Verschiedene rechtliche Formen der Vergütung bergen für den Gesellschafter auch unterschiedliche Risiken, was sich ebenfalls in der Bewertung des zugewandten Gesellschaftsanteiles niederschlagen kann.

Überblicksweise soll zunächst dargestellt werden, welche Arten der Geschäftsführungsvergütung bei der Personengesellschaft möglich sind.³⁹¹ Die

rierenden Haftungstantieme verschafft wird, vgl. *Weirich*, Erben und Vererben, S. 492f.

³⁸⁸ Vgl. oben S. 137.

³⁸⁹ Vgl. oben S. Seite 29.

³⁹⁰ Vgl. oben S. 42.

³⁹¹ Vgl. zur Einordnung verschiedener gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen MüHdBGesR Bd. 1/ *v.Falkenhausen/Henning C. Schneider*, § 63 Rn. 25ff. (S. 1146); Zum Ganzen auch *Ganssmüller*, Tätigkeitsvergütung geschäftsführender Gesellschafter der OHG und KG, insb. S. 4ff. und *Löffler/ Glaser*, DB 1958, 759.

Gesellschafter sind frei darin, wie sie die Führung der Geschäfte der Gesellschaft vergüten.

b. Geschäftsführung ohne besondere Regelung einer Entlohnung

Das Gesetz sieht weder für die BGB-Gesellschaft noch für die Personengesellschaften des HGB eine besondere Vergütung für den oder die geschäftsführenden Gesellschafter vor. Der gesetzliche Normalfall ist vielmehr, dass alle persönlich haftenden Gesellschafter die Geschäfte führen, was Teil ihres Beitrages ist und wofür sie wiederum am Ergebnis der Gesellschaft beteiligt sind (BGB-Gesellschaft: §§ 709 Abs. 1/ 722 Abs. 1 BGB; OHG: §§ 114 Abs. 1/ 121 HGB; KG: § 161 Abs. 2 HGB).

Daran ändert auch der übliche gesellschaftsvertragliche Gewinnverteilungsschlüssel nichts, der sich statt an der Mitgliederzahl (vgl. § 171 Abs. 3 HGB) am Verhältnis der Kapitalanteile ausrichtet.

c. Vereinbarung einer ergebnisabhängigen Vergütung

Vor allem in den Fällen, in denen durch eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Vereinbarung nur ein Teil der Mitglieder die Geschäfte der Gesellschaft führt oder in denen die Geschäftsführungsaufgaben hinsichtlich ihres Umfangs ungleich verteilt sind, ist eine besondere Vereinbarung über die Vergütung durch Gesellschaftsvertrag oder Beschluss üblich. Durch eine gesonderte Vergütung lassen sich unterschiedliche Geschäftsführungstätigkeiten bzw. sonstige Beiträge angemessener ausgleichen als durch die gesetzliche Gewinnverteilungsquote oder eine, die sich nur an den Kapitalanteilen orientiert.

Im Einzelfall kann eine Vereinbarung über eine besondere Vergütung auch stillschweigend bestehen³⁹², meist wird sie aber ausdrücklich vereinbart.

Wenn in diesem Zusammenhang keine Festvergütung vereinbart wird³⁹³, dann handelt es sich um Regelungen innerhalb der Gewinnverteilungsabrede. Zu unterscheiden ist dabei zwischen einem erhöhten Gewinnanteil (z.B. einer Tantieme nach festen Gewinnstufen) oder einem erfolgsabhängigen Gewinnvoraus. Bei beiden Alternativen erhält der Gesellschafter-Geschäftsführer nur dann eine Entlohnung für seine Tätigkeit, wenn ein Gewinn zu verteilen ist, wobei beim erhöhten Gewinnanteil die Vergütung

³⁹² BGH NJW 1955, 1227; Vgl. zu Einzelheiten MünchKommHGB/ Rawert, § 114 Rn. 78; MüHdBGesR Bd. 1/ v. Ditfurth, § 7 Rn. 21 (Seite 126); Löffler/ Glaser, DB 1958, 759.

³⁹³ Vgl. sogleich S. 164.

mit dem Gewinn steigt, dagegen ist beim Gewinnvoraus ein fixer, nur im Gewinnfall auszahlender Betrag vereinbart.

Gesellschaftsvertragliche Formulierungen für einen geänderten Gewinnanteil bzw. für einen Gewinnvoraus des Geschäftsführers könnten in etwa folgendermaßen lauten:

„Die geschäftsführenden Gesellschafter erhalten zunächst 50 Prozent des Gewinns. Der verbleibende Gewinn ist unter allen Gesellschaftern entsprechend dem Verhältnis der festen Kapitalkonten zu verteilen.

Verluste werden entsprechend dem Verhältnis der festen Kapitalkonten verteilt.“

bzw.

„Die Tätigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters wird in Gewinnjahren, soweit der Gewinn hierfür ausreicht, mit einem Vorabgewinn in Höhe von 50.000 Euro vergütet.

Die Gesellschafter verhandeln alle drei Jahre über eine Anpassung der Vergütung an die Entwicklung der allgemeinen Lebenshaltungskosten.

Der verbleibende Gewinn ist unter allen Gesellschaftern entsprechend dem Verhältnis der festen Kapitalkonten zu verteilen.“

Die Vereinbarung erhöhter Gewinnbeteiligungen ist auch in Form von gestaffelten Tantiemen möglich. Solche Tantiemen sind beispielsweise folgendermaßen denkbar:

„Erwirtschaftet die Gesellschaft einen Bilanzgewinn abzüglich des Vorabgewinns für die Tätigkeitsvergütung in Höhe von mehr als 100.000 Euro, erhält der geschäftsführende Gesellschafter eine Tantieme in Höhe von 15 Prozent des diese Summe übersteigenden Gewinns. Ab dem 500.000sten Euro Gewinn beträgt die Tantieme 10 Prozent, ab dem 1.000.000sten Euro 5 Prozent des Gewinns.

Der verbleibende Gewinn wird nach dem Verhältnis der festen Kapitalkonten verteilt.“

Rein gewinnabhängige Vergütungen für den geschäftsführenden Gesellschafter wie die Gewinnanteilserhöhung oder der gewinnabhängige Vorabgewinn stellen für diesen Gesellschafter aber meist ein untragbares Risiko dar. Da für diese(n) Gesellschafter, egal ob es einzelne oder alle Mitglieder sind, die Tätigkeit in der Gesellschaft oft die einzige Einkommensquelle darstellt, mit der die laufenden Lebensbedürfnisse auch der Familie bestritten werden müssen, ist ein Ausbleiben jeglicher Zahlung in Verlustjahren selten zumutbar.

Andererseits rechtfertigt eine ungeachtet dieses Nachteils vereinbarte rein gewinnabhängige Geschäftsführerentlohnung im Vergleich zum Festentgelt (siehe sogleich) wesentlich höhere Vergütungsbeträge, ohne eine verschleierte Schenkung zu Ungunsten der Pflichtteilsberechtigten darzustellen. Durch die hohe Entlohnung wird das Risiko einer Nullvergütung in Verlustjahren ausgeglichen. Gleichzeitig wird dem geschäftsführenden Gesellschafter aber – jedenfalls bei einer über längere Zeit guten Gewinnlage – die Möglichkeit eröffnet, die eventuelle Vereinbarung einer nachträglich abzulösenden Einlageverpflichtung³⁹⁴ mit dem hohen Gehalt zu erfüllen.

d. Vereinbarung einer festen Vergütung („Geschäftsführergehalt“)

(1) Gewinnunabhängige Vergütung auf gesellschaftsvertraglicher Basis

Als Festvergütung für die Leistungen des geschäftsführenden Gesellschafters ist zunächst ein gesellschaftsvertraglich vereinbartes Gehalt möglich. Andere Begriffe für diese Art der Vergütung sind z.B. „Gewinnvoraus auch in Verlustjahren“, „Gewinngarantie“ oder „zugesicherter Mindestgewinn“³⁹⁵. Unabhängig von den unterschiedlichen Formulierungen handelt es sich letztlich immer um eine gewinn- (und umsatz-) unabhängige, gesellschaftsvertraglich vereinbarte Form der Geschäftsführerentlohnung.

Diese Bezüge gehören buchungstechnisch zu den Kosten der Gesellschaft. Wenn der Gewinn der Gesellschaft für die Zahlung dieser Vergütung nicht ausreicht, wird, um die Vergütung aufbringen zu können, den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern rechnerisch entsprechend ein Verlust zugewiesen, der größer ist als ihr ursprünglicher Anteil am negativen Ergebnis der Gesellschaft.³⁹⁶

³⁹⁴ Vgl. oben S. 135.

³⁹⁵ MüHdBGesR Bd. 1/ *Gummert*, § 15 Rn. 26 (Seite 308).

³⁹⁶ MünchKommHGB/ *Rawert*, § 114 Rn. 80.

Auf eine gesellschaftsvertragliche Festvergütung ist Dienstvertragsrecht weder direkt noch analog anwendbar.³⁹⁷

Eine solche Form der Entlohnung kann beispielsweise folgendermaßen vereinbart sein:

„Die Tätigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters wird auch in Verlustjahren mit einem Festgehalt in Höhe von 50.000 Euro vergütet.

Die Gesellschafter verhandeln alle drei Jahre über eine Anpassung der Vergütung an die Entwicklung der allgemeinen Lebenshaltungskosten.“

Diese gewinnunabhängige Festgehaltsklausel kann z.B. auch mit der oben³⁹⁸ dargestellten (gewinnabhängigen) Tantiemenklausel verbunden werden.

(2) Dienstvertrag neben Gesellschaftsvertrag

Eine feste Geschäftsführervergütung wird in der Praxis – neben der Möglichkeit der gesellschaftsvertraglichen Festvergütung - häufig auf der Basis eines Dienstvertrages vereinbart. Die Möglichkeit eines Dienstvertrages zwischen Gesellschaft und einem geschäftsführenden Gesellschafter ist von Rspr.³⁹⁹ und Lit.⁴⁰⁰ anerkannt. Dieser Vertrag tritt dann neben den Gesellschaftsvertrag, rechtlich wird der Dienstverpflichtete im Verhältnis zur Gesellschaft – natürlich nur in seiner Eigenschaft als Dienstverpflichteter – wie ein Dritter behandelt.

Nur in seltenen Ausnahmefällen⁴⁰¹ handelt es sich dabei um einen Arbeitsvertrag. Meist fehlt es nämlich im Verhältnis des geschäftsführenden Gesellschafters zur Gesellschaft an der Weisungsgebundenheit, der persönlichen Abhängigkeit und einer fremdbestimmten Tätigkeit.⁴⁰² Ein Arbeitsverhältnis wäre z.B. nur dann anzunehmen, wenn der geschäftsführende Gesellschafter faktisch keinen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft hat, z.B. wenn er nur einen geringfügigen Kapitalanteil besitzt und

³⁹⁷ MünchKommHGB/ Rawert, § 114 Rn. 79.

³⁹⁸ Siehe oben S. 162.

³⁹⁹ Vgl. bereits BGH NJW 1963, 1051, 1052 m. zahlr. w. N.

⁴⁰⁰ MünchKommHGB/ Rawert, § 114 Rn. 79 m.w.N.; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1387.

⁴⁰¹ Vgl. für ein Beispiel eines Gesellschafters mit Arbeitnehmereigenschaft von *Hoyningen-Huene*, NJW 2000, 3233.

⁴⁰² Palandt/ Weidenkaff, Einf v § 611, Rn. 7 und 13.

sein Stimmrecht aufgrund des Gesellschaftsvertrags deshalb wenig Gewicht hat.⁴⁰³ In den hier untersuchten Konstellationen, in denen ein umfangreicher Liquiditätsabfluss durch Pflichtteilsansprüche begrenzt werden soll, spielt allerdings ein sehr kleiner Kapitalanteil keine Rolle. Dementsprechend hat der für diese Untersuchung typische Gesellschafter einen erheblichen Kapitalanteil, damit ein erhebliches Stimmrecht und kann deshalb kein Arbeitnehmer sein.⁴⁰⁴

Die besonderen Schutzrechte des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber wie Kündigungsschutz, gesetzlicher Urlaubsanspruch, etc. stehen dem Geschäftsführer somit in aller Regel nicht zu.

Eine gesellschaftsvertragliche Klausel für die dienstvertragliche Verpflichtung eines geschäftsführenden Gesellschafters kann folgendermaßen aussehen:

„Geschäftsführung

Die Geschäfte der Gesellschaft führt *der Gesellschafter Müller*. Zu diesem Zweck wird die Gesellschaft mit ihm einen Dienstvertrag abschließen, in dem Vergütung, Urlaubsanspruch (...) geregelt werden.

Der Abschluss dieses Dienstvertrags gehört nicht zu den Befugnissen des geschäftsführenden Gesellschafters.“

e. Vergleich der Vergütungsarten hinsichtlich ihres Einflusses auf den Wert des zugewandten Anteils

Nach diesem Überblick über die Möglichkeiten, einen geschäftsführenden Gesellschafter zu vergüten, ist zu betrachten, wie die verschiedenen Formen sich auf die Bewertung des übertragenen Gesellschaftsanteils und damit auf § 2325 BGB auswirken. Oben⁴⁰⁵ wurde bereits bewiesen, dass die Geschäftsführungspflicht nicht per se jede Unentgeltlichkeit bei der Anteilszuwendung ausschließt. Es geht hier also (im Vergleich zum völligen Ausschluss der Unentgeltlichkeit: nur) darum, in welcher Weise die Geschäftsführung und ihre Entlohnung ein wertbestimmender Faktor bei der Anteilsbewertung sein kann. Dabei könnten die unterschiedlichen Arten der Vergütung unterschiedliche Auswirkungen auf den Wert des Gesellschaftsanteils haben. Dasselbe gilt für die Höhe der Geschäftsführerentlohnung.

⁴⁰³ Röhrich/ Graf v. Westphalen/ *von Gerkan*, § 119 Rn. 32; MünchKommHGB/ *Enzinger*, § 119 Rn. 5; Baumbach/ *Hopt/ Hopt*, § 119 Rn. 14, 20.

⁴⁰⁴ *Von Hoyningen-Huene*, NJW 2000, 3236.

⁴⁰⁵ Vgl. oben S. 42.

Für die Bewertung eines zu übertragenden Gesellschaftsanteils ist die Überlegung zentral, dass die Beiträge des Gesellschafters auf der einen Seite mit der Beteiligung am Ergebnis und am Vermögen der Gesellschaft auf der anderen Seite korrespondieren. Für den eintretenden Gesellschafter hat der Anteil einen wirtschaftlichen Wert, wenn seine (zu erwartenden) Vorteile größer sind als das, was er an Beiträgen in die Gesellschaft investieren muss. Was die Geschäftsführung angeht, ist in diese Gesamtbetrachtung dabei der tatsächliche Umfang der Geschäftsführerplichten einerseits und die dafür anfallende Vergütung bzw. der Gewinnanteil andererseits einzustellen, aber auch individuelle Aspekte wie beispielsweise seine Vorbildung, Erfahrung, Beziehungen und sonstige Karriereaussichten.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers stehen sich hinsichtlich der Rechte und Pflichten des Gesellschafters (unter anderem) die Pflicht zur Führung der Geschäfte (z.B. § 114 HGB) und die Gewinnbeteiligung (z.B. §§ 120f. HGB) gegenüber. Im gesetzlichen Modell steckt der Personengesellschafter also seine ganze Arbeitskraft in die Gesellschaft, hat aber auf der anderen Seite neben der Chance auf Gewinne auch das Risiko, in schlechten Jahren gar nicht für seine Arbeit entlohnt zu werden, in Verlustjahren sogar ein negatives Ergebnis mittragen zu müssen. Dieses Risiko stellt bei der Anteilsbewertung im Rahmen der Gegenüberstellung des Wertes der Arbeitskraft einerseits und der reinen Ergebnisbeteiligung andererseits einen Faktor dar, der gegenüber risikoärmeren Vergütungen den Anteilswert verringert.

Damit wird offensichtlich, dass Unterschiede bei der Art der Entlohnung des Gesellschafters sich auch auf die Anteilsbewertung niederschlagen müssen: Mit abnehmendem Risiko des geschäftsführenden Gesellschafters hinsichtlich der Entlohnung steigt relativ zum gesetzlichen Grundmodell der Wert des zugewandten Gesellschaftsanteils.

Gegenüber der gesetzlichen Gewinnverteilung (§ 121 Abs. 3 HGB: grundsätzlich nach Köpfen) und der üblichen gesellschaftsvertraglichen (nach dem Verhältnis der Kapitalkonten) hat der geschäftsführende Gesellschafter im Falle eines prozentual erhöhten Gewinnanteils bereits ein kleineres Risiko, eine zu geringe Vergütung für seine Geschäftsführung zu erhalten. Freilich bedeutet dies für ihn aber nur in denjenigen Jahren einen Vorteil, in denen ausreichende Gewinne zu verteilen sind.

Um ein weiteres Stück minimiert sich das Risiko des geschäftsführenden Gesellschafters, wenn ihm ein (gewinnabhängiger) Gewinnvoraus zusteht: Soweit überhaupt Gewinne gemacht werden, steht ihm eine bestimmte, feste Summe davon zu. Das bedeutet gegenüber der „normalen“ oder der prozentual erhöhten Gewinnquote den Vorteil einer angemessenen Vergütung sei-

ner Arbeitskraft auch in den Jahren, in denen die Quote nicht für einen angemessenen Ausgleich ausreichen würde. Die Gewinne der übrigen, nicht geschäftsführenden Gesellschafter fallen entsprechend kleiner aus als ohne Gewinnvoraus des Geschäftsführers. Andererseits bleibt ihm das Risiko, dass bei fehlendem Gewinn keine Geschäftsführerentlohnung erfolgen kann.

Ein noch kleineres Risiko hat entsprechend der Gesellschafter, der mit der Gesellschaft eine feste, gewinnunabhängige Vergütung vereinbart hat. Egal ob diese lediglich auf Gesellschaftsvertrag beruht oder darüber hinaus auf einem separaten Dienstvertrag, sein Gehalt ist garantiert, und zwar auch in Verlustjahren. Zwar wird in Verlustjahren sein eigener Verlustanteil durch die Bezahlung seines Gehalts ebenfalls größer als wenn kein Gehalt zu zahlen wäre, aber dieser Effekt belastet sein Gehalt nur teilweise, die übrige Last tragen die übrigen Gesellschafter.

Diese Risikoverringerung hat Auswirkungen auf die Beurteilung des Anteilswertes und damit des Geschenkwertes im Sinne des § 2325 BGB: Wer beim Abschluss eines Vertrags ein hohes Risiko trägt, für den ist die Vereinbarung (hier der Beitritt zur Gesellschaft) insgesamt weniger wert als für den, der bei gleicher Gegenleistung ein geringeres oder kein Risiko hat. Umgekehrt: Je geringer das Risiko des Geschäftsführers ist, desto höher ist der zugewandte Anteilswert. Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass hinsichtlich der Geschäftsführungslast eine den Geschenkwert reduzierende Berücksichtigung, die letztlich den Erben bzw. den nach § 2329 BGB Verpflichteten zugute kommt, umso weniger möglich ist, je mehr die Geschäftsführung über die Gewinnquote hinaus vergütet wird und je weniger Risiko der Geschäftsführer hat, am Ende des Jahres ohne Entlohnung dazustehen.

Verzichtet der neu eintretende Gesellschafter also auf ein festes Geschäftsführergehalt, oder erhält er nur eine Summe, die seine Geschäftsführung zum Teil vergütet und wird er im Übrigen auf seinen (evtl. erhöhten) Gewinnanteil verwiesen, so ist der Wert des ihm zugewandten Anteils im Sinne des § 2325 BGB geringer als wenn ihm gesellschafts- oder dienstvertraglich zugesichertes (Voll-)Festgehalt zusteht. Damit ist bei fehlender Festvergütung der Geschenkwert geringer und entsprechend fallen im Erbfall die Pflichtteilsergänzungsansprüche kleiner aus.⁴⁰⁶

Letztlich müssen also der neu eintretende Gesellschafter und seine Mitgesellschafter abwägen, ob sie entweder ihrem neuen Mitglied ein möglichst sicheres Geschäftsführergehalt zusichern oder andererseits den zugewandten

⁴⁰⁶ Soergel/ Dieckmann, § 2325 Fn. 127 ist offenbar der Ansicht, dass ein Geschäftsführer- oder Prokuristengehalt dazu führt, dass trotz Geschäftsführungspflicht die kostenlose Anteilszuwendung unentgeltlich sein kann.

Anteilswert und damit spätere Pflichtteilsergänzungsansprüche möglichst niedrig halten wollen.

Allgemein ausgedrückt heißt das, dass die Vereinbarung einer Sondervergütung, die über den gesetzlichen oder allgemeinen vertraglichen Gewinnverteilungsanspruch des Gesellschafters hinausgeht, dazu führen kann, dass der Wert des zugewandten Anteils im Vergleich zum Verzicht auf eine solche Vereinbarung steigt. Umgekehrt ist also einer Gesellschaft, die spätere Mittelabflüsse durch Pflichtteilsergänzungsansprüche vermeiden will, anzuraten, auf Sondervergütungen zu verzichten, soweit dies betriebswirtschaftlich sinnvoll ist.

Wird dennoch eine Sondervergütung vereinbart, so bedeutet jede Verminderung des Risikos für den begünstigten Gesellschafter auch eine Wertsteigerung seines Gesellschaftsanteils, was letztlich wiederum den Wert des verschenkten Gegenstandes im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB und die Pflichtteilsergänzungsansprüche erhöht.

Neben den strukturellen Aspekten der Geschäftsführervergütung – bloße Gewinnbeteiligung, gesonderte Vergütung etc. – spielt selbstverständlich die Höhe einer vereinbarten Geschäftsführervergütung eine Rolle.⁴⁰⁷ Ist mit der Verschaffung eines Gesellschaftsanteils eine besonders gut dotierte Geschäftsführerstelle verbunden, ist der durch Gegenleistung auszugleichende Anteilswert oder mangels Gegenleistung letztlich der Wert des „verschenkten Gegenstandes“ im Sinne des § 2325 BGB höher als wenn der neue Gesellschafter eine geringe oder gar keine gesonderte Vergütung erhält.

f. Ergebnis

Führt der neu in die Gesellschaft eintretende Gesellschafter alleine (oder jedenfalls nur mit einem Teil der Mitgesellschafter) die Geschäfte, kann die rechtliche Gestaltung der Entlohnung Ansatzpunkte zur Reduzierung des Anteilswertes bringen. Denn in diesem Fall werden die Gesellschafter in der Regel von der bloßen gesetzlichen Gewinnverteilung (bzw. einer reinen Verteilung nach Kapitalanteilen) abweichen, um den oder die geschäftsführenden Mitglieder besonders zu vergüten.

Die Tatsache, dass unterschiedliche Arten dieser Vergütung unterschiedliche Risikograde für den Gesellschafter mit sich bringen, spiegelt sich auch in der Bewertung des Anteils und damit indirekt in der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruches wider. Ein neuer Anteil, der hinsichtlich einer Geschäftsführer-Entlohnung (z.B. in Form von lediglich erhöhter Ge-

⁴⁰⁷ Vgl. S. 137.

winnquote) Risiken beinhaltet (im Vergleich z.B. zu einem Geschäftsführer-Fixgehalt), ist für den neuen Gesellschafter auch weniger attraktiv und hat damit einen geringeren wirtschaftlichen Wert. Der so erzielte Vorteil des verringerten Anteils- und damit Schenkungswertes im Sinne des § 2325 BGB muss bei der Vereinbarung des Gesellschafts- (-beitritts-) Vertrags allerdings mit dem Nachteil abgewogen werden, den die riskantere Geschäftsführervergütung darstellt.

3. Ergebnisse (Bisherige und zukünftige Arbeitsleistungen des Nachfolgers)

Zusammenfassend hat sich gezeigt, dass sowohl die Berücksichtigung von in der Vergangenheit erbrachter Arbeit wie die Ausgestaltung der zukünftigen Geschäftsführer-Entlohnung Möglichkeiten zur Reduzierung der Pflichtteilergänzungsansprüche bringen.

Während letzteres, nämlich eine auf die Reduzierung von Ansprüchen aus § 2325 BGB zugeschnittene Geschäftsführervergütung, wegen ihrer wirtschaftlichen Nachteile eher in Ausnahmefällen anzuraten ist, dürfte die Berücksichtigung geleisteter Dienste größere Praxisrelevanz besitzen. In Fällen, in denen ein bisheriger Mitarbeiter oder Familienangehöriger in die Gesellschaft aufgenommen und dabei die Verringerung eines späteren Liquiditätsabflusses angestrebt wird, sollte ein Bonus für geleistete Dienste erwogen werden. Eine entsprechend höhere Bewertung z.B. einer Geld- oder Sacheinlage bzw. eines sonstigen Beitrages stellt, wenn der Bonus nicht willkürlich erscheint, keine Schenkung dar und führt daher zu einer Reduzierung des Netto-Geschenkwertes und zu niedrigeren Pflichtteilergänzungsansprüchen.

II. Haftungsrisiko des Gesellschafters

Die Bewertung des Haftungsrisikos des neuen Gesellschafters im Rahmen der Bewertung des Anspruchs aus § 2325 BGB ähnelt der rechtlichen Einschätzung hinsichtlich der gesellschafterlichen Pflicht zur Führung der Geschäfte.

Der BGH vertritt die Ansicht, dass die Tatsache als solche, dass der neue Gesellschafter hafte, für die Annahme von Entgeltlichkeit der Anteilsverschaffung ausreiche. Wie oben⁴⁰⁸ bewiesen wurde, ist diese Bewertung zu pauschal. Vielmehr muss es auf den Einzelfall ankommen, bei dem Fragen eine Rolle spielen wie z.B. nach dem Schuldenstand, nach der Art der von

⁴⁰⁸ Vgl. oben S. 42.

der Gesellschaft betriebenen Geschäfte und nach dem unternehmerischen Risiko, das die Gesellschafter dabei eingehen. Die Übernahme persönlicher Haftung bei einer kleinen Zwei-Mann-GbR ist in der wirtschaftlichen Praxis anders zu beurteilen als beispielsweise beim neuen persönlich haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft mit Millionenumsätzen.

Jedenfalls aber kann schon allein der Beitritt zur Gesellschaft und die damit verbundene Erweiterung ihrer Kreditgrundlagen aufgrund des neuen haftenden Mitglieds den Wert der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB mindern⁴⁰⁹.

Ein Aspekt der persönlichen Haftung des einzelnen Gesellschafters *im Innenverhältnis* ist die anfängliche Vereinbarung einer bedingten Nachschusspflicht, z.B. für den Fall drohender Insolvenz oder sonstiger zukünftiger Entwicklungen.⁴¹⁰ Geht der neue Gesellschafter von vorneherein eine solche Nachschussverpflichtung ein (die das Gesetz erst für die Liquidation vorsieht), erhöht dies sein finanzielles Risiko: Er haftet nicht nur persönlich gegenüber Gesellschaftsgläubigern gem. § 128 HGB, sondern bei Verlusten der Gesellschaft auch im Innenverhältnis auf Erhöhung seiner Einlagen. Dieses erhöhte Risiko vermindert wiederum den Wert des ihm verschafften Anteils, im Ergebnis also den Wert der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB.

Allgemeingültige Aussagen zum Verhältnis zwischen Gesellschafterhaftung und Pflichtteilsergänzungsansprüchen in Folge einer Anteilszuwendung sind im Übrigen kaum zu treffen.

⁴⁰⁹ Staub/ Ulmer, § 105 Rn. 18.

⁴¹⁰ Vgl. Staub/ Ulmer, § 105 Rn. 18.

Kapitel 4: Leistungen des Neugesellschafters bei Anteilsübertragung

A. Einleitung

Bei der Übertragung eines bestehenden Gesellschaftsanteils vom ausscheidenden auf den neuen Gesellschafter⁴¹¹ ergeben sich aus Sicht der angestrebten Pflichtteilsreduzierung andere Aspekte als bei Beitritt und Neugründung. Aus rechtlicher Sicht ist dafür der Grund, dass der Empfänger von Gegenleistungen im erstgenannten Fall der ausscheidende Gesellschafter selbst ist. Es kommen also zu den Beiträgen, die der neue Gesellschafter der Gesellschaft leistet (das sind in jedem Falle: Haftung, Treupflicht, Geschäftsführungspflicht, aber auch sonstige Beiträge), auch direkte Leistungen an die Person des Altgesellschafters hinzu, die dem Wesen nach andere sind als die Beiträge an die Gesellschaft.

In der Praxis der Unternehmensnachfolge spielt v.a. bei Familienunternehmen die Altersversorgung des Übergebers eine wesentliche Rolle. Daher geht es in der in diesem Abschnitt zu besprechenden Situation des ausscheidenden Anteilsübergebers neben Geldleistungen an den Übergeber schwerpunktmäßig um Möglichkeiten, diese Altersvorsorge sicherzustellen, ohne dabei Aspekte der Pflichtteilsreduzierung aus den Augen zu verlieren.

Derselben systematischen Einordnung wie direkte Gegenleistungen an den ausscheidenden Gesellschafter, und damit derselben rechtlichen Bewertung, unterliegt die Situation, dass ein Gesellschafter neu in die Gesellschaft eintritt, ohne dass ein Altgesellschafter ausscheidet, wobei aber die Einlage des neuen durch Umbuchung vom Darlehenskonto eines oder mehrerer Altgesellschafters erbracht wird. Dies entspricht rechtlich zwar nicht der Anteilsübertragung von einem alten auf einen neuen Gesellschafter (es scheidet ja kein Gesellschafter aus). Im Grundverhältnis zwischen dem neuen und dem oder den von ihrem Darlehenskonto hingebenden Gesellschaftern wird aber entweder eine Schenkung, eine gemischte Schenkung oder ein entgeltliches Geschäft vorliegen. Im Falle der letzten beiden Alternativen wird der neue den bisherigen Gesellschaftern direkt ein Entgelt leisten, beispielsweise Sachleistungen wie Pflege und Versorgung im Alter. Diese direkten Leistungen, mithin Gegenleistungen hinsichtlich der Umbuchung, unterliegen ebenfalls den im Folgenden darzustellenden rechtlichen Wertungen.

⁴¹¹ Die Mitgliedschaft in der Personengesellschaft ist als Recht verfüg- und übertragbar, vgl. BGHZ 98, 48, 50 sowie für viele nur *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1322 und *ders.*, BB 1990, 1992, 1995.

Für die wertmäßige Beurteilung des Gesamtgeschäfts einer Anteilsübertragung sind neben den Leistungen direkt an den Altgesellschafter auch der Anteilswert und damit die oben besprochenen wertmindernden Faktoren zu berücksichtigen.

B. Gegenleistungen an den Zuwendenden und den Anteilswert mindern- de Faktoren

I. Einleitung

Bei der Anteilsübertragung leistet der Empfänger des Anteils, falls die Übertragung nicht vollständig unentgeltlich gemeint ist, ein Entgelt an den Zuwendenden.

In Betracht kommt dabei zunächst Geld. Oft werden bei dem Geschäft aber – gerade in Familiengesellschaften – auch andere Gegenstände, wie z.B. die Zusicherung von Pflege und Versorgung im Alter, die Übertragung eines Grundstücks oder der Vorbehalt von Rechten wie einem Nießbrauch am Anteilsertrag eine Rolle spielen.

Im Folgenden ist zu untersuchen, inwieweit durch diese Leistungen an den ausscheidenden Gesellschafter – seien es Gegenleistungen oder wertmindernde Faktoren – Möglichkeiten zur Reduzierung der späteren Pflichtteilsergänzungsansprüche gegeben sind. Letztlich geht es also auch hier darum, was der Übernehmer des Anteils leisten kann, um den Nettowert der Zuwendung und so den Schenkungswert zu verringern.

Auch bei der Übertragung eines Gesellschaftsanteils müssen jedoch verschiedene Aspekte berücksichtigt werden, die schon oben beim gesellschaftsrechtlichen Eintritt eines Gesellschafters besprochen wurden:

Zunächst kommen nämlich auch beim Erwerb eines bestehenden Anteils durch einen Übernehmer die gesetzlichen Pflichten wie Haftung und Geschäftsführung auf den neuen Gesellschafter zu. Wie beim Eintritt oder der Neugründung mindern diese Faktoren den Wert des zugewandten Anteils, sodass im Verhältnis zum zuwendenden Altgesellschafter zunächst nur noch die entstandene Differenz auszugleichen ist oder – mangels weiterer Leistungen des Übernehmers – als unentgeltliche Netto-Zuwendung übrig bleibt.

Bezüglich der direkt vom Übernehmer an den Übergeber zu leistenden Gegenstände ist eine Einordnung in Gegenleistungen und wertmindernde Faktoren teilweise offensichtlich – so sind etwa ein Kaufpreis oder die Zusicherung von Pflege eindeutig Gegenleistungen –, teilweise aber auch problematisch – beispielsweise was die Qualifizierung eines Nießbrauchsvorbe-

halts angeht – und soll, soweit keine unterschiedlichen Rechtsfolgen aus dieser Differenzierung erwachsen, im Folgenden unterbleiben.

II. Einmalzahlungen: Freundschaftspreis

Gestaltungsspielraum bei der Gegenleistung in Form einer einmaligen Geldsumme kann sich durch die Vereinbarung eines sog. Freundschaftspreises ergeben.

Bei der Einbindung von Personen in die Gesellschaft, die dem Anteilsübergeber persönlich nahe stehen – seien es Verwandte oder „Freunde“ im weiteren Sinne –, ist nach h.M.⁴¹² auch zu beachten, dass eine auf diese Nähe zurückzuführende Preisermäßigung in der Regel keine Unentgeltlichkeit bedeutet, also keine (gemischte) Schenkung darstellt. Vielmehr wird ein Geschäft zum „Freundschaftspreis“ als entgeltlich betrachtet. Auch der BGH⁴¹³ berücksichtigt bei Betrachtungen zur Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, dass eine persönliche Nähe der Vertragspartner auch bei objektiven Leistungsdifferenzen ein Indiz für gewollte Entgeltlichkeit ist.

Das heißt also: Die persönliche Nähe zwischen den Vertragsparteien ist bei objektivem Wertunterschied der ausgetauschten Leistungen nicht etwa ein Zeichen dafür, dass etwas geschenkt werden soll, sondern im Gegenteil: Man räumt sich in dieser Situation besonders gute Konditionen bei einem im Ergebnis voll entgeltlichen Geschäft ein.

Wenn also v.a. bei kleinen und mittleren Unternehmen ein Abkömmling, der Ehegatte oder auch ein guter Bekannter des Altunternehmers, beispielsweise der Prokurist, zu einem besonders guten, aber für das Näheverhältnis noch angemessenen „Preis“ in die das Unternehmen tragende Gesellschaft aufgenommen wird, stellt dies (sofern keine anderweitigen Aspekte hinzukommen) ein voll entgeltliches Geschäft dar.

Zu Beweis Zwecken sollte der Beweggrund für die Abweichung zwischen Leistung und Gegenleistung unbedingt in den Vertrag aufgenommen werden.

⁴¹² Palandt/ Weidenkaff, § 516 Rn. 13; Jauernig/ Chr. Berger, § 516 Rn. 17.

⁴¹³ BGHZ 59, 132, 138: „großzügige Beurteilung mit Blick auf das Eltern-Kind-Verhältnis“; BGH NJW-RR 1996, 754f.: Berücksichtigung eines Mutter-Sohn-Verhältnisses; Vgl. auch BGH FamRZ 1964, 429, 431.

III. Dienstleistungen: Verpflichtung zu Pflegeleistungen im Alter

1. Einleitung

Eine in der Praxis immer wichtigere mögliche Gegenleistung des Anteilsübernehmers ist die Verpflichtung zu Pflegeleistungen. Dies kommt regelmäßig dann in Frage, wenn der Anteilsübergeber und der Anteilsübernehmer verwandt sind oder sonst ein enges persönliches Verhältnis haben. Auf Seiten des Berechtigten, also des Anteilsübergebers, kann es sich dabei um Pflege zu eigenen Gunsten, aber auch zu Gunsten des Ehepartners o.ä. handeln.

Die steigende Bedeutung von Pflege im Alter aus demographischen Gründen ist nicht nur gesellschaftspolitisch relevant. Indirekt beeinflusst diese wachsende Bedeutung auch die rechtliche Bewertung von Pflegeverpflichtungen in Nachfolgeverträgen und ihrer Abwägung gegenüber den Interessen der Pflichtteilsberechtigten. *Schiemann*⁴¹⁴ weist hier treffend auf rechtliche Probleme hin, wenn Pflegeleistungen, die aus familiärer Solidarität ohne Einigung oder auch nur Nachdenken über eine Entlohnung geleistet werden, später erbrechtlich ausgeglichen werden müssen. Wegen der immer größeren Verbreitung der Pflegebedürftigkeit im Alter, zumal bei Demenzkranken, nähmen diese Pflegeleistungen ständig zu. Der Bedarf sei auch keineswegs durch soziale Sicherungssysteme (SGB XI) gedeckt.

Umso wichtiger erscheint es, solche privaten (oder zumindest privat finanzierten) Pflegeleistungen im Voraus zu regeln, d.h. v.a. einen Ausgleich schon zu Lebzeiten zu vereinbaren.

Hinsichtlich der Vereinbarung von Pflegeverpflichtungen als Gegenleistung einer Anteilsübertragung ist daher zu untersuchen, wie solche Verpflichtungen überhaupt bewertet werden können, wie die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekanntes Lebensdauer des Berechtigten in die Bewertung einfließt und wie sich die Ungewissheit über den tatsächlichen zukünftigen Bedarf an Pflege auf § 2325 BGB auswirkt.

Aus Sicht der Vertragsparteien ist es zweckmäßig, eine Pflegeverpflichtung zu Gunsten des Übergebers so zu gestalten, dass die Effekte für eventuelle spätere Pflichtteilsergänzungsansprüche von vorneherein absehbar sind.

Nicht der Fall ist dies bei Vereinbarungen, in denen die Parteien lediglich ohne weitere Detailregelungen erklären, der Übernehmer habe die Pflege

⁴¹⁴ *Schiemann*, FS Schwab, 2005, S. 556; Vgl. zur Relevanz dieser Problematik auch den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts (Referentenentwurf des BMJ vom 10. April 2007).

des Übergebers zu übernehmen. In diesen Fällen stellt sich nach dem Tod des Übergebers – ob er noch Pflege gebraucht hat oder nicht – für die Beteiligten eines Pflichtteilsergänzungsprozesses u.a. die Frage, mit welchem Betrag diese vereinbarten Leistungen beim Abzug vom Zuwendungswert anzusetzen sind.⁴¹⁵

2. Ungewisser künftiger Pflegebedarf

Im Unterschied zur unten⁴¹⁶ zu behandelnden Verpflichtung zu Rentenzahlungen und eines Nießbrauchsvorbehaltes ist bei der Verpflichtung, ab dem Zeitpunkt eines künftigen Bedarfs die Pflege des Berechtigten zu übernehmen, unklar, ob überhaupt jemals und wenn ja in welchem Umfang diese Pflege zu leisten sein wird. In den meisten Fällen wird bei Übergabe des Anteils der Übergeber noch keine Pflege benötigen, und niemand kann vorhersagen, wie sich sein Bedarf entwickeln wird.⁴¹⁷

Aus dieser Unklarheit resultieren für die Bewertung der Pflegeverpflichtung verschiedene Positionen in Literatur und Rechtsprechung.

Teilweise wird die Verpflichtung aufschiebend bedingt auf den Bedarfsfall angesehen.⁴¹⁸

Das OLG Hamburg⁴¹⁹ dagegen will – allerdings nur in Fällen, in denen die Pflegeverpflichtung eine Schenkungsaufgabe darstelle – „die im Erbfall feststehende Dauer und Intensität der vom Bekl. geleisteten Pflege (...) berücksichtigen (nachträgliche Prognose)“.

Diese Ansicht ist abzulehnen. Zunächst widerspricht sich das OLG in der Entscheidung dadurch, dass es abweichend von dieser rechtlichen Bewertung im Urteil dann doch eine aus der Sicht des Vertragszeitpunktes geschätzte Pflegedauer als Berechnungsansatz akzeptiert⁴²⁰ (nämlich in Höhe der Hälfte der achtjährigen Lebenserwartung der damals ca. 77-jährigen Berechtigten, die aber bereits nach drei Jahren verstarb). Vor allem ist aber

⁴¹⁵ Vertreten wird entweder eine Orientierung am konkreten Gesundheitszustand des Berechtigten bei Vertragsschluss (OLG Köln FamRZ 1997, 1113) oder an Pflegewert-Tabellen (zwischen 300 und 1250 Euro/Monat), Bamberger/ Roth/ J. Mayer, § 2325 Rn. 27.

⁴¹⁶ Vgl. dazu unten 196.

⁴¹⁷ Es gibt nämlich keine statistische Pflegebedürftigkeitsdauer. So auch Reiff, ZEV 1998, 247, dort Fn. 71.

⁴¹⁸ So im Grunderwerbssteuerrecht, vgl. OFD Koblenz, Vfg. v. 28.2.1996, ZEV 1996, 141.

⁴¹⁹ OLG Hamburg, FamRZ 1992, 228, 230.

⁴²⁰ Dass das Gericht mutmaßt und in die rechtliche Bewertung mit einbezieht, dass die Verpflichtete wohl ohnehin von ihrer Verpflichtung freigestellt worden wäre, wenn die Intensität der Pflege sehr hoch geworden wäre, erscheint unabhängig vom Tatbestand sehr spekulativ.

nicht ersichtlich, warum eine unterschiedliche Berechnung vorgenommen werden soll, je nachdem ob es sich bei der Pflegeverpflichtung um eine Gegenleistung (dann hätte das OLG wohl nur eine Prognose vorgenommen) oder um eine Schenkungsaufgabe (dann nachträglich konkrete Berechnung) handelt. Abgesehen davon, dass sich die Parteien kaum über den Unterschied im Klaren sein dürften und sich die vom OLG unterschiedenen Bewertungen für sie daher zufällig ergäben, ist eine unterschiedliche Bewertung auch sachlich gar nicht gerechtfertigt. Warum im Falle einer Aufgabenschenkung die Bewertung der Pflegeleistungen nachträglich vorgenommen werden soll, begründet das OLG im Übrigen auch nicht weiter.

Zu Recht argumentiert daher auch die h.M.⁴²¹ mit der Rechtsnatur der Zuwendung im Sinne des § 2325 BGB: Voraussetzung für einen Pflichtteilsergänzungsanspruch ist eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB, die wiederum ein Einigsein der Parteien über die Unentgeltlichkeit verlangt. Das bedeutet notwendiger Weise, dass sich die Parteien schon zur Zeit des Vertrags des Wertes der ausgetauschten Leistungen bewusst sind. Diese Voraussetzung aber ist nur mit einer Prognosebewertung vereinbar. Der BGH⁴²² hat zu der Problematik entschieden, dass es für die Bewertung der Pflegepflicht nicht in erster Linie darauf ankomme, welche Pflegeleistungen der Verpflichtete tatsächlich erbracht hat, sondern darauf, welchen Umfang der Pflege die Beteiligten für möglicherweise erforderlich gehalten haben.

Eine spätere Korrektur von etwa unerwünschten Ergebnissen dieser Bewertungsmethode hat schon aus Gründen der Rechtssicherheit zu unterbleiben.

Auch das OLG Koblenz⁴²³ hat entscheidend auf die subjektive Wertung der Parteien bei Vertragsschluss abgestellt. Die Verpflichtung zu zukünftiger Pflege sei im entschiedenen Fall als Gegenleistung vereinbart gewesen und daher mit dem vereinbarten Betrag vom Wert der Zuwendung abzuziehen. Ob die Berechtigten (im Fall war auch die Ehefrau des Übergebers mit einem Pflegeanspruch bedacht worden) zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses pflegebedürftig waren, dies später wurden oder jemals sein würden, sei für die wertmäßige Einbeziehung der Pflegeverpflichtung unbedeutend. Das OLG beanstandete bei der Bewertung der Pflege weder den von den Parteien vereinbarten Jahresbetrag (3600 DM) noch die volle Anrechnung dieses

⁴²¹ Soergel/ Dieckmann, § 2325 Rn. 39; MünchKommBGB/ Lange, § 2325 Rn. 34; BGH NJW-RR 1986, 1135; OLG Oldenburg NJW-RR 1992, 778, 779.

⁴²² BGH NJW-RR 1986, 1135.

⁴²³ OLG Koblenz, ZEV 2002, 460, 461.

Betrags auf die gesamte statistische Lebenserwartung des noch nicht pflegebedürftigen Berechtigten.

Dass eine später von den Parteien über die ursprüngliche Austauschvereinbarung hinausgehend gezahlte Vergütung für die Pflegeleistungen den Entgeltcharakter der ursprünglichen Einigung nicht beeinflussen soll, wie das OLG Koblenz⁴²⁴ ebenfalls entschied, ist allerdings fraglich. Vielmehr ist in einer späteren separaten Pflegevergütung eine einverständliche Abänderung des ursprünglichen entgeltlichen Vertrages zu sehen, wodurch sich das Äquivalenzverhältnis nachträglich ändert. Es ist nicht ersichtlich, warum die von der Rechtsprechung geforderte Grenze zum auffallenden, groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht auch durch die zeitliche Streckung verschiedener Vereinbarungen überschritten werden könnte. Eine doppelt entlohnte Pflegeleistung könnte dabei durchaus dazu führen, dass Leistung und Gegenleistung in ein grobes Missverhältnis geraten und dadurch Pflichtteilsberechtigte ungerechtfertigt benachteiligt werden.

Die Richtigkeit dieser rechtlichen Bewertung lässt sich auch durch folgende Überlegung bestätigen: Das vom Pflegenden Geleistete ist bereits durch das ursprüngliche Austauschgeschäft entlohnt. Beahlt der Pflegebedürftige nun zusätzlich einen Pflege Lohn, steht dieser Bezahlung keine noch zu entgeltende Leistung gegenüber und ist daher unentgeltlich geleistet, also geschenkt. Dieses Geschenk ist aber ausgleichspflichtig gem. § 2325 BGB. Ausschlaggebend ist dabei allerdings die Gesamt-Äquivalenz: Beinhaltete die ursprüngliche Vereinbarung ein Ungleichgewicht zu Lasten des Pflegeverpflichteten, in dieser Untersuchung also des Anteilsübernehmers, kann die nachträglich Entgeltvereinbarung insgesamt für Äquivalenz sorgen, wodurch § 2325 BGB nicht eingriffe.

3. Bewertung einer Pflegeverpflichtung der Höhe nach

Für eine vertragliche Vereinbarung einer angemessenen Pflegevergütung kommen verschiedene Methoden in Frage, die hier abgesehen von rechtlichen Gesichtspunkten nicht im Einzelnen diskutiert werden sollen.

Bedeutsam für die subjektive Bewertung der Leistung ist, dass der Übergeber und Pflegeberechtigte sich die Sicherstellung seiner Versorgung in gewohnter Umgebung durchaus etwas kosten lassen darf, ohne sich zu schnell dem Vorwurf ausgesetzt zu sehen, er habe willkürlich zu viel ausgegeben, also zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten etwas verschenkt.⁴²⁵

⁴²⁴ OLG Koblenz, ZEV 2002, 460, 461.

⁴²⁵ OLG Oldenburg NJW-RR 1992, 778, 779; bestätigt in OLG Oldenburg, NJWE-FER 1998, 12.

Diese Argumentation rechtfertigt höhere Sätze für die häusliche Pflege durch die Familie als die Marktpreise für Pflegeleistungen.

Was die Intensität der benötigten Pflege angeht, besteht ein Konflikt zwischen der Ungewissheit, wie hoch diese sein wird, und dem rechtlichen Bedürfnis, den Wert der Pflegeverpflichtung anfänglich festzulegen. Regelmäßig wird sich der Übernehmer verpflichten, die „erforderliche Pflege“ zu übernehmen. Es macht aber einen beachtlichen Unterschied, ob der Berechtigte lediglich Hilfe bei Einkäufen benötigen wird oder ob er rund um die Uhr intensiv betreut werden muss.

Im Kern ist dies dieselbe Problematik wie bei der Frage, ob überhaupt jemals Pflege gebraucht werden wird. Lösbar ist dieses rechtliche Problem nur über die Kapitalisierung eines angemessenen Mittelwertes, denn wie gesehen verbietet sich die nachträgliche Berücksichtigung der wirklich geleisteten Pflege. Für die Bestimmung des Mittelwertes ist dabei zu beachten, dass im Falle einer Verpflichtung, „die benötigte Pflege“ zu übernehmen, das Risiko lediglich beim Verpflichteten liegt, da dem Pflegebedürftigen notfalls auch eine Intensivpflege zusteht. Dieses Risiko ist über einen entsprechend hohen durchschnittlichen (und dann zu kapitalisierenden) Pflegesatz zu vergüten.

Praktisch bietet sich außerdem, um dieses erhebliche Risiko für den Verpflichteten abzuwälzen, als Alternative auch der Abschluss einer privaten Pflegeversicherung an, deren Beiträge vom Pflegeverpflichteten zu bezahlen wären. Ihm stehen dann – soll die Pflege auch in diesem Fall persönlich geleistet werden – auch die Leistungen aus der Versicherung in Form einer Entlohnung für die geleistete Pflege zu.

Pflichtteilsergänzungsrechtlich ist diese Versicherung durch Kapitalisierung der zu leistenden Beiträge für die prognostizierte Lebenszeit des Berechtigten, also des Anteilsübergabers, zu bewerten. Der ermittelte Betrag ist als eine (eine der) Gegenleistung(en) für den übertragenen Anteil zu berücksichtigen.

4. Ergebnis

Auch die Vereinbarung, dass der Anteilsübernehmer für die Pflege des Anteilsübergabers im Alter zu sorgen habe, verringert den Nettowert der Schenkung bei nicht vollständig in anderer Weise „bezahltem“ Anteil.

Problematisch ist bei diesen Vereinbarungen, dass unklar ist, ob erstens überhaupt jemals Pflege nötig sein wird, und zweitens in welcher Intensität. Aufgrund der Anforderung des Einigseins über die Unentgeltlichkeit im Schenkungszeitpunkt (vgl. § 516 Abs. 1 BGB) kann diese Problematik aber

nicht erst nach dem Tod des Berechtigten, sondern nur über eine Prognoseentscheidung zum Zeitpunkt der Vereinbarung gelöst werden.

Für diese Prognose ist dasjenige relevant, was die Beteiligten für möglicherweise erforderlich gehalten haben. Die Pflege in gewohnter häuslicher und familiärer Umgebung darf sich der Anteilsübergeber dabei auch etwas kosten lassen.

C. Insbesondere: wiederkehrende Leistungen an den Übergeber

I. Einleitung

Vereinbaren die Vertragsparteien (evtl. neben anderen soeben beschriebenen Leistungen) regelmäßige Zahlungen vom Übernehmer an den Übergeber, so bietet sich ihnen dafür eine Fülle rechtlicher Möglichkeiten. Von praktischer Relevanz ist diese Form des Ausgleichs für den zugewandten Gesellschaftsanteil, weil oft mit dem Ausstieg des Altgesellschafters dessen Altersvorsorge geregelt werden soll.

Im einzelnen können die Parteien vereinbaren:

- Einen Nießbrauchsvorbehalt zugunsten des bisherigen Anteilseigners,
- Versorgungsleistungen, und zwar als eine Leibrente zugunsten des Anteilsübergebers oder als eine sog. dauernde Last, oder
- die Zahlung eines Anteilskaufpreises in Raten.

Bedeutsam für die Entscheidung zu Gunsten einer dieser rechtlichen Kategorien sind Aspekte wie ein evtl. gewünschter bleibender Einfluss des Altgesellschafters auf die Geschäfte, der Grad seiner finanziellen Absicherung (nach Höhe und Sicherungsmittel), andererseits der Schutz des Übernehmers vor wirtschaftlicher Überforderung, die Frage nach familieninterner oder –externer Nachfolge und zuletzt der Zeitpunkt der Übergabe für die Wertberechnung und den Beginn der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB.

Eine Beleuchtung der für die Rechtspraxis immens wichtigen steuerlichen Auswirkungen der folgenden Untersuchungen kann im Rahmen einer zivilrechtlichen Arbeit nicht zufrieden stellend übernommen werden. Sie muss der steuerrechtlichen Forschung überlassen werden.

Eine Differenzierung, ob übernommene Versorgungsleistungen des Übernehmers zu Gunsten des Übergebers – egal ob als Leibrente, dauernde Last oder Nießbrauch – eine gemischte Schenkung oder eine Schenkung unter Auflage darstellen, braucht in der vorliegenden Untersuchung ebenfalls

nicht vorgenommen zu werden, weil die Rechtsfolgen hinsichtlich § 2325 BGB dieselben sind.⁴²⁶ Entgegen der Ansicht, wonach bei einer Auflagenschenkung der Wert der Auflage nicht vom Geschenk abgezogen werden dürfe⁴²⁷, kann bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Schenkung kein Unterschied bestehen zwischen verschiedenen Arten der Schenkung. Alles, was der beschenkte Übernehmer an Verpflichtungen übernimmt (und zwar gleichgültig ob zu Gunsten des Schenkers oder eines Dritten), schmälert den Nettowert der Zuwendung und darf insoweit nicht zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen führen.⁴²⁸ Die Gegenansicht begünstigt den Pflichtteilsberechtigten übermäßig: Erhält der Übergeber aufgrund einer angenommenen Schenkungsaufgabe eine Versorgungszahlung, kommt diese als ersparte Aufwendung dem Nachlass und damit indirekt dem Pflichtteilsberechtigten zugute. Sie darf ihm daher nicht zusätzlich dadurch zugeschlagen werden, dass die im Brutto-Geschenkwert enthaltenen Versorgungsleistungen auch noch zur Berechnung der § 2325 BGB-Ansprüche herangezogen werden.

Der erzielbare Erlös für die Sache, würde sie verkauft statt verschenkt, würde nicht über den Nettowert ohne den Wert der Auflage hinauskommen. Zweck des § 2325 BGB ist es aber, den Pflichtteilsberechtigten so zu stellen, als wäre der Gegenstand verkauft statt verschenkt worden.⁴²⁹ Folgerichtig braucht der Erbe (bzw. der Beschenkte, § 2329 BGB) als Schuldner des Pflichtteilsergänzungsanspruchs keine höhere Bewertung gegen sich gelten zu lassen.

II. Nießbrauchsvorbehalt des Übergebers

1. Einleitung

Bedeutsam für die Nachfolgeplanung des Personengesellschafters sind Fälle, in denen der Anteilsübergeber sich bei der Übertragung einen Nießbrauch vorbehält.⁴³⁰ Das Interesse des Übergebers kann es in solchen Fällen

⁴²⁶ Unterschiede können dagegen hinsichtlich Mängelgewährleistung, Rückabwicklung bei Unmöglichkeit oder Verzug, Rückforderung wegen Verarmung/ groben Undanks bestehen, vgl. *Weirich* Erben und Vererben, Rn. 578.

⁴²⁷ So z.B. OLG Köln Rheinisches Archiv für Zivil- und Strafrecht 104, I, 62 und *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. A., § 13 IV Fn. 24 für Auflagen zu Gunsten Dritter.

⁴²⁸ So z.B. *Staudinger/Olshausen*, § 2325 BGB, Rn. 105; *Soergel/Dieckmann*, § 2325 Rn. 15; BGH NJW-RR 1996, 705, 706; Im Ergebnis auch OLG Hamburg, FamRZ 1992, 228, 230 (wenn auch in der Berechnungsmethode unzutreffend).

⁴²⁹ BGH NJW 1992, 2887.

⁴³⁰ Vgl. zum Ganzen *Wiedemann*, Übertragung, S. 397ff.; *Esch/Schulze zur Wiesche/Baumann*, Hdb. der Vermögensnachfolge, S. 402ff.; Für Einzelheiten vgl. *Hepp-Schwab*, Nießbrauch, *passim*.

sein, sich trotz Einleitung des Generationenwechsels einen möglichst weit reichenden Einfluss auf die Geschäfte des Unternehmens zu sichern (beispielsweise indem der Übergeber sich hinsichtlich des Kernbereichs der Gesellschafterstellung ein Weisungsrecht vorbehält⁴³¹), andererseits kann es aber auch darum gehen, dass der ausscheidende Gesellschafter sich lediglich finanziell möglichst effektiv für seinen Lebensabend absichern möchte.

Im ersten Fall wird ein Nießbrauch am Gesellschaftsanteil als solchem in Frage kommen, wohingegen im zweiten Fall ein (evtl. teilweiser) Nießbrauchsvorbehalt am Gewinnanspruch ausreichen wird. Der Nießbrauchsvorbehalt am gesamten Gesellschaftsanteil setzt eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Zulässigkeit voraus, wobei eine vertragliche Übertragbarkeit die Belastung mit einem Nießbrauch einschließt (§§ 1069 Abs. 2, 719 Abs. 1 BGB).⁴³² Dagegen ist ein Vorbehalt eines bloßen Ertragsnießbrauchs auch ohne Zustimmung der Mitgesellschafter möglich, weil in diesem Fall die gesellschaftlichen Mitgliedsrechte beim Gesellschafter verbleiben.⁴³³

Rechtliche Probleme ergeben sich beim Nießbrauchsvorbehalt hinsichtlich § 2325 BGB erstens bei der Frage, ob der Vorbehalt wertmäßig vom Geschenkwert abzugsfähig ist, zweitens – einen Abzug vorausgesetzt – in welcher Höhe dieser zu erfolgen hat und drittens ob bei der Vereinbarung eines Vorbehalts die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB in Gang gesetzt wird.

2. Abzug des Nießbrauchs vom Wert des geschenkten Gegenstands

Die Frage, ob der Vorbehalt eines Nießbrauchs am Anteil oder am Anspruch auf die Erträge vom Wert des Schenkungsgegenstandes abgezogen werden kann, braucht an dieser Stelle nicht ausführlich diskutiert zu werden. Dieser Themenkomplex wurde in Rechtsprechung und Literatur bereits ausführlich behandelt⁴³⁴, weshalb hier lediglich der Streitstand dargestellt werden soll, um daraus Folgerungen speziell für den Übergang von Personengesellschaftsanteilen mit begleitendem Nießbrauch ziehen zu können.

⁴³¹ FG Cottbus, EFG 2000, 16.

⁴³² Esch/ Schulze zur Wiesche/ Baumann, Hdb. der Vermögensnachfolge, S. 403.

⁴³³ Esch/ Schulze zur Wiesche/ Baumann, Hdb. der Vermögensnachfolge, S. 404 m.w.N.

⁴³⁴ Reiff, ZEV 1998, 241, 243 meinte damals gar, dieses Problem sei „die in den letzten 15 Jahren wohl am heftigsten diskutierte Frage des Pflichtteilsergänzungsrechts“ gewesen.

a. Streitstand

Ausgangspunkt der Problematik ist die folgende rechtliche Situation: Der spätere Erblasser überträgt Vermögen auf einen Empfänger, behält sich aber einen lebenslangen (ggf. quotenmäßigen) Nießbrauch an der Sache vor. Einerseits ist dadurch der Gebrauchswert des Gegenstandes für den Empfänger eingeschränkt, weil die Nutzungen dem Nießbraucher gebühren, § 1030 Abs. 1 BGB. Andererseits aber fällt mit dem Tod des Nießbrauchers das Recht fort (§ 1061 BGB), wodurch dem Empfänger ab diesem Zeitpunkt auch die Nutzungen uneingeschränkt zustehen.

Fraglich ist also, ob für die Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruches der um den Nießbrauch verminderte Wert der zugewandten Sache oder aber der Vollwert der unbelasteten Sache herangezogen werden soll.

(1) Grundsätzliche Abzugsfähigkeit des Nießbrauchsvorbehalts

Für den BGH ist nach ständiger, „seit langem gefestigter“⁴³⁵ Rechtsprechung in Fällen von mit Nießbrauchsvorbehalt übertragenen Grundstücken⁴³⁶ nur der Teil des Geschenkes zur Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruches anzusetzen, der über den Wert des Vorbehalts hinausgeht. Da der BGH hier außerdem das Niederstwertprinzip des § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB heranzieht, entspricht dieser Wert, falls auf den Wert zum Erbfall abzustellen ist, dem Vollwert der Sache, weil in diesem Zeitpunkt kein Vorbehalt mehr besteht. Dagegen ist der Wert des Vorbehalts dann abzugsfähig, wenn es nach Maßgabe des Niederstwertprinzips auf den Wert der Sache zum Schenkungszeitpunkt ankommt.

Der BGH begründet diese Rechtsprechung mit der „gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung“ des § 2325 Abs. 2 BGB⁴³⁷. Es liege auf der Hand, dass das vorbehaltene Recht des Nießbrauchers einen Wert habe und daher den Wert der Schenkung mindere. Nur der hypothetisch erzielbare Erlös des belasteten Grundstücks sei dem Nachlass hinzuzurechnen. Der wirtschaftlicher Erlös aber ist der Betrag, den ein Käufer angesichts der bestehenden Belastungen zu bezahlen bereit gewesen wäre. Dabei wäre der Wert des Nießbrauchs in Abzug gekommen.

Außerdem schlage sich der vom späteren Erblasser durch den Nießbrauch erzielte Ertrag auch in dessen Vermögen nieder und komme daher indirekt auch den Pflichtteilsberechtigten zugute.

⁴³⁵ So der BGH selbst in NJW-RR 2006, 877, 878.

⁴³⁶ BGHZ 118, 49 = NJW 1992, 2887; BGHZ 125, 395, 397, 399 = NJW 1994, 1791; NJW-RR 1990, 1158; NJW-RR 1996, 705; zuletzt BGH NJW-RR 2006, 877.

⁴³⁷ Zuletzt BGH NJW-RR 2006, 877f.

Kommt es allerdings nach dem Niederstwertprinzip auf den Wert zum Zeitpunkt des Todes an, ist nach dem BGH mangels Belastung eine Wertminderung des geschenkten Gegenstandes nicht mehr gegeben und daher auch nicht mehr abziehbar.⁴³⁸ Der BGH begründet dies damit, dass der Wertzuwachs, der durch den Wegfall des Vorbehalts im Todeszeitpunkt des Nießbrauchsberechtigten entsteht, ein substantieller Zuwachs sei, der nach der Intention des Gesetzgebers auch den Pflichtteilsberechtigten zugute kommen solle (und damit nicht dem Niederstwertprinzip unterliege).⁴³⁹

Gegen diese Rechtsprechung wenden Teile der Literatur ein, sie führe zu Zufallsergebnissen und Wertungswidersprüchen, sei inkonsequent und ungerecht.⁴⁴⁰

Einige Vertreter der Literatur⁴⁴¹ wollen den Wert des vorbehaltenen Nießbrauchs immer, also auch für den Berechnungstichtag Erbfall abziehen. Als Grund wird angeführt, dass der Nutzungswert der geschenkten Sache dem Beschenkten nie zugute gekommen ist. Auch wenn er zum Zeitpunkt des Todes des Schenkers die Sache unbelastet erhält, so fehlt ihm aber doch dauerhaft der Nutzungswert für die Zeit zwischen Schenkung und Erbfall. In dieser Zeit hätte er ohne Nießbrauchsvorbehalt selbst Nutzungen ziehen können, die ihm – und zwar zuzüglich Zinsen – verblieben wären. Dieser aufgelaufene Verlust – der sich korrespondierend im Vermögen des Erblassers wiederfindet, und sei es bei einem Grundstück nur in Form ersparter Aufwendungen z.B. für Miete – sei daher in jedem Falle abzuziehen. Außerdem sei eine unterschiedliche Behandlung zwischen gleich hoher Leibrente⁴⁴² als voll abzugsfähiger Gegenleistung und Nießbrauchsvorbehalt nicht gerechtfertigt.

Die Gegenseite in der Literatur will den Wert des Nießbrauchsvorbehaltes in keinem Fall abziehen. Letztlich, also mit dem Tod des Schenkers, sei der unbelastete Gegenstand geschenkt. Es habe auch zu keinem Zeitpunkt eine Kompensation für die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers gegeben.⁴⁴³ Die Schenkung erfolge in einem zeitlich gestreckten

⁴³⁸ Vgl. für ein Berechnungsbeispiel *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, S. 156.

⁴³⁹ BGH NJW 1992, 2887 = FamRZ 1992, 802; BGHZ 125, 395; BGH WM 1996, 684.

⁴⁴⁰ Vgl. *Link*, ZEV 2005, 283; *N. Mayer*, FamRZ 1994, 739, 743; *Reiff*, NJW 1992, 2857, 2861; *ders.*, FamRZ 1992, 803, 804; *Staudinger/Olshausen*, § 2325 Rn. 101; *Dingerdissen*, JZ 1992, 402, 403; *MünchKommBGB-Lange*, § 2325 Rn. 24.

⁴⁴¹ *Link*, ZEV 2005, 286; *N. Mayer*, FamRZ 1994, 739, 740, 741; *Pentz*, FamRZ 1997, 727.

⁴⁴² Vgl. zur Leibrente S. 196.

⁴⁴³ *Reiff*, Dogmatik der Schenkung, S. 231; *ders.*, FamRZ 1991, 553 und FamRZ 1992, 803, 804; *ders.*, NJW 1992, 2857, 2860; *ders.*, ZEV 1998, 241, 245; *Leipold*, JZ 1994, 1121, 1123.

Erwerb in drei Stufen, von der Zuwendung des um den Nießbrauch verminderten Substanzwertes über eine laufend sich verringernde Belastung bis zum endgültigen Wegfall des Nießbrauchs beim Tod des Schenkers.⁴⁴⁴

In der Gesamtschau der vertretenen Lösungen lässt diejenige des BGH zwar Fragen offen. So ist beispielsweise schwer hinzunehmen⁴⁴⁵, dass der Nießbrauch gerade dann nicht abgezogen wird, wenn der Wert der Sache bis zum Erbfall gesunken ist: Dann erhält der Pflichtteilsberechtigte nämlich mehr als wenn der Wert gestiegen wäre und deshalb vom Anfangswert noch der Wert des Nießbrauchs abgezogen würde. Gerade das scheint aber § 2325 Abs. 2 BGB verhindern zu wollen.

Dennoch ist dem BGH bei seiner Lösung zu folgen, weil sie trotz mancher Unzulänglichkeit doch zwei erhebliche Schwächen der gegnerischen Argumentation vermeidet: Wird der Nutzungswert des Nießbrauchs gar nicht abgezogen, so bleibt der Vermögensvorteil des Schenkers, der letztlich auch dem Pflichtteilsberechtigten zugute kommt, unbeachtet. Wer andererseits aber den Nießbrauchswert immer in Abzug bringt, übersieht, dass dem Beschenkten am Ende eine unbelastete Sache zugewandt wurde, für die er selbst nicht mehr aufwenden musste, als wäre sie ihm von Anfang an unbelastet geschenkt worden. Der Beschenkte hatte also jedenfalls keine Einbuße, die z.B. mit einer Gegenleistung vergleichbar wäre.

Insbesondere die wirtschaftliche Herangehensweise des BGH überzeugt: Letztlich bekommt der Beschenkte zum Zeitpunkt des Schenkungsvollzuges dasjenige zugewandt, was dem Verkehrswert der Sache, also dem hypothetischen Erlös entspricht. Würde er die belastete Sache aber verkaufen, könnte er lediglich den Substanzwert abzüglich der zu erwartenden Zahlungen an den Nießbrauchsberechtigten Erlösen.

Für die Praxis der nachfolgerechtlichen Beratung ist ohnehin eine vom BGH abweichende Lösung nicht zu empfehlen.

(2) Ermittlung des Nießbrauchswertes

Nachdem festgestellt wurde, dass der Wert des Nießbrauchsvorbehalts des Anteilsübergabers in den Fällen abzuziehen ist, in denen es nach dem Niederstwertprinzip auf den Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs ankommt, ist zu klären, in welcher Höhe dieser Abzug zu erfolgen hat.

Grundsätzlich gibt es dazu – wiederum zunächst für die in der Rechtsprechungspraxis meist entschiedenen Grundstücksfälle – zwei Positionen: Ent-

⁴⁴⁴ Reiff, Dogmatik der Schenkung, S. 127.

⁴⁴⁵ So auch Reiff, Anm. zu BGH NJW 1992, 2887f. und Dingerdissen, JZ 1993, 402, 403.

weder soll mittels einer ex-post-Betrachtung der tatsächlich bis zum Erbfall aufgelaufene Nutzungswert abgezogen werden, oder es wird zum Zeitpunkt der Schenkung eine Kapitalisierung der künftigen Beträge über einen Zeitraum angesetzt, der der statistischen Lebenserwartung des Nießbrauchsberechtigten entspricht.

Die Stimmen, die sich für eine konkrete Berechnung aus der Perspektive nach dem Erbfall aussprechen⁴⁴⁶, argumentieren u.a. mit der angeblichen Schutzbedürftigkeit der Pflichtteilsberechtigten: Bei – statistisch gesehen – „zu frühem“ Tod des Erblassers würden bei Berücksichtigung einer Prognose Nutzungen vom Geschenkwert abgezogen werden, die vom Erblasser nicht mehr gezogen wurden und deshalb nie dem Erblasservermögen zugute kamen. Im Übrigen bestehe zum Zeitpunkt der Berechnung der Pflichtteils-ergänzungsansprüche gar kein Anlass mehr, einen kapitalisierten und damit nur hochgerechneten Nutzungswert heranzuziehen, wo der genaue Wert der Nutzungen doch bekannt sei.⁴⁴⁷

Die überwiegende Meinung der Literatur⁴⁴⁸ und der BGH⁴⁴⁹ vertreten allerdings die Position, nach der eine Kapitalisierung der zur Zeit des Vertragsschlusses voraussichtlichen Zahlungen stattzufinden habe. Das bedeutet, dass vorausschauend abstrakt der jährliche Reinwert der Nutzungen multipliziert wird mit der statistischen Lebenserwartung⁴⁵⁰ des Nießbrauchsberechtigten bei Schenkungsvollzug.⁴⁵¹

Dieses Vorgehen bringe v.a. dem Verpflichteten Rechtssicherheit, weil er – sofern er Erbe wird oder im Falle des § 2329 BGB – keine der Höhe nach unvorhersehbaren Ausgleichszahlungen fürchten muss.

Ausschlaggebend für die Richtigkeit einer Kapitalisierung ist jedoch auch hier⁴⁵² das Argument *Reiffs* und *Behmers*⁴⁵³: Die Parteien des Schenkungs- bzw. Übertragungsvertrages müssen sich zum Zeitpunkt des Vertrages einig

⁴⁴⁶ Pentz, FamRZ 1997, 724, 728, N. Mayer, FamRZ 1994, 744; ders., FamRZ 1994, 1376.

⁴⁴⁷ Heinrich, MittRhNotK 1995, 168.

⁴⁴⁸ Dingerdissen, JZ 1993, 404; Staudinger/ Olshausen, § 2325 Rn. 103; RGRK/ Johannsen, 12. A., § 2325 Rn. 22; Soergel/ Dieckmann, § 2325 Rn. 39.

⁴⁴⁹ BGH FamRZ 1991, 552, 553 m. Anm. Reiff.

⁴⁵⁰ Für die Kapitalisierung gibt es dabei verschiedene Möglichkeiten. Am häufigsten vorgeschlagen für die Ermittlung der statistischen Lebenserwartung des Nießbrauchsberechtigten werden die Anwendung von § 24 Abs. 2 KostO oder Anlage 9 zu § 14 BewG.

⁴⁵¹ Palandt/ Edenhofer, § 2325 Rn. 20.

⁴⁵² Vgl. bereits oben bei der Berechnung von Pflegeleistungen, S. 178.

⁴⁵³ Reiff, Dogmatik der Schenkung, S. 215f., Behmer, FamRZ 1994, 1375, 1376; ebenso Link, ZEV 2005, 286.

sein, ob Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit vorliegt. Da sie aber den Endzeitpunkt des Nießbrauchs und damit seinen tatsächlichen Gesamtwert nicht absehen können, müssen sie bei der Berechnung des Wertes von der zu erwartenden Lebensdauer des Nießbrauchsberechtigten ausgehen.

Die Einigung über die Unentgeltlichkeit gehört aber zu den zwingenden Tatbestandsmerkmalen der Schenkung und ist damit Voraussetzung dafür, dass überhaupt Pflichtteilergänzungsansprüche entstehen. Wegen dieser besonderen, auch in dieser Untersuchung schon herausgearbeiteten Bedeutung des Parteiwillens können auch für die spätere Beurteilung der Entgeltlichkeit des Geschäfts nur Umstände herangezogen werden, die den Parteien bei der Übergabe bekannt waren. Die Gegenansicht gibt der Sache nach die Tatbestandsvoraussetzung „Schenkungs“ des § 2325 Abs. 1 BGB auf (und ersetzt sie durch eine objektive Zuwendung) und ist daher abzulehnen.⁴⁵⁴

Im Ergebnis ist für § 2325 BGB die Höhe des vom Geschenkwert abzuziehenden Nießbrauchsvorbehalts durch Kapitalisierung der voraussichtlichen Nutzungen zu berechnen, d.h.: Voraussichtliche durchschnittliche jährliche Höhe der Nutzung⁴⁵⁵ multipliziert mit der statistisch zu erwartenden Lebensdauer des Nießbrauchsberechtigten.

Wenn sich die Parteien allerdings schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Gedanken über die voraussichtliche Lebenserwartung des Nießbrauchsberechtigten gemacht haben, so sind diese Überlegungen als Teil der subjektiven Einigung über die (Un-) Entgeltlichkeit grundsätzlich zu beachten. Denn entgegen den zwingenden Regelungen im Steuer-, Kosten- und Verfahrensrecht (z.B. § 14 BewG, § 24 KostO, § 9 ZPO, § 17 GKG) überlässt es das BGB den Beteiligten bzw. subsidiär den entscheidenden Gerichten, die Kapitalisierung der wiederkehrenden Leistungen den jeweils wahrscheinlichen konkreten Verhältnissen anzupassen.⁴⁵⁶

Im Einzelfall wird eine solche individuelle, von der Statistik abweichende Prognose dann in Frage kommen, wenn die Besorgnis besteht, dass der Berechtigte aufgrund schwerer Krankheit die statistische Lebenserwartung nicht erreichen wird.

Aber auch der umgekehrte Fall ist gedanklich nicht auszuschließen: Gehen die Parteien aufgrund eines über Generationen überdurchschnittlichen Lebensalters in der Familie und getragen von einem überdurchschnittlichen Gesundheitszustand des Berechtigten davon aus, dass dieser überdurch-

⁴⁵⁴ So zu Recht *Reiff*, ZEV 1998, 247.

⁴⁵⁵ Vgl. dazu *Esch/ Schulze zur Wiesche/ Baumann*, Hdb. der Vermögensnachfolge, S. 402ff.

⁴⁵⁶ *Staudinger/ Amann*, Vorbem. zu §§ 759ff., Rn. 43; Vgl. auch BGH NJW 1980, 2525.

schnittlich lange leben wird, so sind dies Überlegungen, die von Vernunft getragen und nachvollziehbar sind. Solange also keine Willkür ersichtlich ist, sind diese Überlegungen (so sie denn dokumentiert oder sonst überliefert sind) für die Kapitalisierung des Nießbrauchs zu beachten.

Wenn danach die kapitalisierte Nutzungshöhe feststeht, sind auch bei wesentlich kürzerer oder längerer Lebensdauer des Berechtigten (verglichen mit der vorgenommenen Prognose) keine Korrekturen vorzunehmen.⁴⁵⁷ Dies verbietet sich nicht nur aus dem oben genannten dogmatischen Grund der Einigung der Parteien im Schenkungszeitpunkt. Das Risiko, dass der Berechtigte früher, aber auch später als erwartet sterben könnte, ist vielmehr beiden Parteien bewusst und Teil des Geschäfts. Gerade wenn die Parteien von statistischen oder bei individueller Prognose jedenfalls willkürfreien Zahlen ausgehen, ist das Risiko für beide Parteien gleich groß. Es ist also bereits in der vertraglichen Abgrenzung zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit enthalten. Wer aber aufgrund angeblicher Ergebnisprobleme Korrekturen an dieser Abgrenzung vornimmt (z.B. wer wegen frühen Todes des Berechtigten den Nießbrauchswert mit null ansetzt), greift ungerechtfertigt in das von den Parteien austarierte Risikogefüge ein.

Diese von den Parteien vereinbarte Äquivalenz ist aber gleichzeitig die Berechnungsgrundlage des Pflichtteilergänzungsanspruchs. Die Berücksichtigung einer von der Prognose etwa abweichenden Realität verbietet sich daher.

(3) Beginn der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB

Die Zehnjahresfrist, nach deren Ablauf keine Pflichtteilergänzung mehr gefordert werden kann, beginnt mit der Leistung des verschenkten Gegenstandes (vgl. § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB).

Ob trotz Nießbrauchsvorbehalts das übergebene Vermögensgut „geleistet“ wurde, ist umstritten.

Der BGH⁴⁵⁸ hat hierzu entschieden, dass die Vereinbarung eines Nießbrauchsvorbehalts die Frist nicht in Gang setze, weil der Schenker in diesen Fällen die wirtschaftlichen Folgen seines Weggebens zu Lebzeiten nicht trage. Nötig für den Fristbeginn sei, dass der Erblasser einen Zustand geschaffen hat, dessen Folgen er selbst noch zu tragen habe und der schon im

⁴⁵⁷ So BGH NJW 1980, 2525; Reiff, Dogmatik der Schenkung, S. 216; a.A. Oldenburg NJW-RR 1999, 734; Soergel/ Dieckmann, § 2325 Rn. 39.

⁴⁵⁸ BGHZ 98, 226, 233; Das Schrifttum hat diese Entscheidung überwiegend begrüßt: Vgl. nur Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 160 mit zahlreichen Nachweisen (dort Fn. 43 und 44).

Hinblick auf diese Folgen von einer „böslchen“ Schenkung abhalten kann. Dazu bedürfe es einer wirtschaftlichen Ausgliederung des Geschenks aus dem Vermögen des Erblassers.

Solange für den Übergeber aber noch der „Genuss“ seines Vermögens möglich sei – und dieser „Genuss“ kann nach dem BGH⁴⁵⁹ nicht nur im Verfügungsrecht, sondern auch in den bloßen Nutzungen liegen – könne auch keine Leistung im Sinne der Norm vorliegen. Der Erblasser müsse, um die Frist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB in Gang zu setzen, darauf verzichten, den verschenkten Gegenstand „im wesentlichen“ weiterhin zu nutzen. In einem uneingeschränkten Nießbrauch an einem Grundstück jedenfalls sieht der BGH eine solche wesentliche Weiternutzung.

Mit *Heinrich*⁴⁶⁰ ist aus dieser Argumentation des BGH im Umkehrschluss zu folgern, dass eine lediglich *unwesentliche* Weiternutzung durch den Schenker die Frist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB nicht hindert: Die dazu nötige *wesentliche Ausgliederung* aus seinem Vermögen und damit das Ende des entsprechenden „Genusses“ wird ihn daran hindern, „böslchen“ Schenkungen nur zum Zweck der Übervorteilung des Pflichtteilsberechtigten zu tätigen.

In Frage kommt hier ein Quotennießbrauch, bei dem die belastete Sache nur zu einem prozentualen Anteil belastet wird⁴⁶¹. Eine abstrakte, vom Einzelfall gelöste Abgrenzung, ab welcher Quote eine wesentliche Weiternutzung vorliegt, ist dabei nicht trennscharf möglich. Eine Quote von unter 50% des vollen Nießbrauchs dürfte aber der Tendenz nach noch keine wesentliche Nutzung im Sinne des BGH darstellen.⁴⁶² Mitentscheidend ist aber auch die Art der Sache bzw. des Rechts, an dem der Nießbrauch besteht und die sonstigen Vereinbarungen der Parteien im Einzelfall.

Im Ergebnis beginnt bei einem Vorbehalt eines vollen Nießbrauchs noch nicht die Frist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB. Dagegen ist bei Nießbrauchsquoten, die unter 50% der Nutzungen beanspruchen, von einer Leistung im Sinne der Norm auszugehen.

Sogleich wird daher auch zu prüfen sein, was konkret im Falle von Anteilsübertragungen „unwesentliche“ Nutzungsvorbehalte sein können.

⁴⁵⁹ BGHZ 125, 395, 398.

⁴⁶⁰ *Heinrich*, MittRhNotK 1995, 157, 161; So auch *Wegmann*, MittBayNot 1994, 307.

⁴⁶¹ Palandt/ *Bassenge*, § 1030 Rn. 5.

⁴⁶² So auch *Wegmann*, MittBayNot 1994, 308; *Norbert Mayer*, ZEV 1994, 327.

b. Anwendbarkeit der Ergebnisse auf Fälle der Anteilsübertragung

Vergleicht man nun die vom BGH entschiedenen und von der Literatur diskutierten Fälle des Nießbrauchsvorbehalts bei Grundstücksschenkungen mit der vorliegend untersuchten Materie der Nachfolge in Personengesellschaften, lassen sich zunächst Parallelen, aber auch Unterschiede feststellen.

(1) Grundsätzliche Abzugsfähigkeit des Nießbrauchsvorbehalts

Hinsichtlich der Abzugsfähigkeit des Nießbrauchsvorbehalts ist die oben als richtig erkannte Rechtsprechung des BGH zu Grundstücksfällen auch auf die Anteilsübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt anwendbar.

Ob in diesen Fällen ein Vollnießbrauch oder lediglich ein Nießbrauch an den Erträgen vereinbart wird – die rechtliche Beuteilung unterscheidet sich nicht vom Nießbrauch an einem (Haus-) Grundstück. Auch bei der Anteilsübertragung lassen sich Ungerechtigkeiten und Wertungswidersprüche am vernünftigsten dadurch vermeiden, dass der Nießbrauch unter Beachtung des Niederstwertprinzips je nach entscheidendem Stichtag abgezogen wird oder nicht:

Es ist also im Erbfall zunächst der jeweilige Anteilswert (ohne Abzug des Nießbrauchswertes) zum Zeitpunkt der Übertragung und zum Todeszeitpunkt des Übergebers, für den ersten Zeitpunkt inflationsbereinigt⁴⁶³, zu vergleichen. Nur für den Fall, dass der Wert im ersten Zeitpunkt niedriger war, ist sodann der Wert des Nießbrauchs abzuziehen.

(2) Höhe des abzuziehenden Nießbrauchs

Für die Frage nach der Höhe der abzuziehenden Nutzungen aus dem Nießbrauch wurde oben gezeigt, dass die ex-ante-Kapitalisierung die einzig akzeptable Berechnungsmethode ist. Für den Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen bzw. am Gewinnanspruch aus dem Anteil ergibt sich daraus aber ein Problem. Im Gegensatz zu Erträgen aus übertragenen Grundstücken, die für die oben dargestellten Literaturansichten und Gerichtsentscheidungen Grundlage waren, sind die zukünftigen, je nach Alter des Anteilsübergebers evtl. einen langen Zeitraum umfassenden jährlichen Erträge eines Unternehmens nur schwer zu prognostizieren. Abhängig von unternehmerischen Entscheidungen, aber auch von exogenen Aspekten wie z.B. von der wirtschaftlichen Gesamtsituation können die Erträge sehr starken Schwankungen ausgesetzt sein, die sich auch durch ein Heranziehen von Erträgen aus

⁴⁶³ BGHZ 85, 274, 282 = NJW 1983, 1485, 1486; BGHZ 65, 75, 78 = NJW 1975, 1831, 1833; Gegen eine Indexierung *Pentz*, FamRZ 1997, 725.

der Vergangenheit nicht immer zuverlässig abbilden lassen. Regelmäßig werden die Parteien, die sich für den obigen Beispielsfall idealerweise Gedanken über den Wert der ausgetauschten Leistungen machen, verschiedene Aspekte zur Bewertung des Nießbrauchsvorbehalts heranziehen. Neben den Erträgen der vergangenen Jahre werden dies Tendenzen der Geschäftsentwicklung sein, ebenso wie bald anstehende oder strategisch geplante unternehmerische Entscheidungen, die Auswirkungen auf den Ertrag nach sich ziehen könnten. Zu bedenken ist auch, dass der Nießbrauch am ganzen Anteil aufgrund der wirtschaftlichen und rechtlichen Einflussmöglichkeiten erheblich wertvoller ist als der Nießbrauch lediglich am Ertrag des Anteils.

Trotz all dieser Versuche der Eingrenzung von Einflussgrößen beinhaltet jede Ertragsprognose, die die Parteien zur Bewertung der Entgeltlichkeit ihres Geschäfts anstellen, einen großen Unsicherheitsfaktor für beide Seiten.

*Henssler*⁴⁶⁴ weist zu Recht darauf hin, dass bei der Äquivalenzprüfung eines Austauschvertrags auch eine vertragliche Risikoübernahme mit einzu-beziehen ist. Verträge, die einen partiellen oder gar zentralen Risikobezug aufwiesen, zeichneten sich, so *Henssler*, dadurch aus, dass erst bei Durchführung des Vertrags oder zu einem noch späteren Zeitpunkt festgestellt werden könne, welche Vorteile die Parteien erzielt bzw. welche Verluste sie erwirtschaftet haben. Wie gesehen können die Parteien bei der Prognostizierung des Nießbrauchswertes trotz Einbeziehung aller absehbarer Einflussgrößen nicht mit Sicherheit die zukünftige Entwicklung voraussehen.

Für die Frage, inwieweit bei einem Auseinanderdriften ihrer Einschätzung und der tatsächlichen Entwicklung der Pflichtteilsergänzungsanspruch zu berechnen ist, spielt aber die oben dargestellte, als richtig erkannte Auffassung *Reiffs*⁴⁶⁵ zum Wesen der Schenkung im Sinne des § 2325 BGB die entscheidende Rolle: Ob eine solche vorliegt oder nicht, richtet sich grundsätzlich nach der Einschätzung der Parteien zum Zeitpunkt der Vereinbarung. *Reiff* legt dar, dass bereits bei Vertragsschluss feststeht, inwieweit bei einer gemischten Schenkung ein entgeltliches Geschäft vorliegt und inwieweit ein unentgeltliches. Die Folgerung für die Bewertung des Nießbrauchsvorbehalts durch die Parteien ist also: Soweit die Parteien nach vernünftiger, nicht willkürlicher Einschätzung durch den Vergleich des Anteilswertes mit den voraussichtlichen Nutzungen von Entgeltlichkeit ausgehen bzw. wenn sie ihrer Einschätzung nach zu einem Null-Restwert des übergebenen Anteils kommen, ist auch dann von einem entgeltlichen Geschäft auszugehen, wenn

⁴⁶⁴ *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 230.

⁴⁶⁵ *Reiff*, Dogmatik der Schenkung, S. 215f.

die tatsächliche Entwicklung völlig anders verläuft (also auch dann, wenn die Nutzungen viel kleiner ausfallen als erwartet).

Denn es wäre mit der Maßgeblichkeit des Zeitpunktes „Vertragsschluss“ unvereinbar, wenn die (Un-)Entgeltlichkeit des Anteilsübertragungsvertrags erst aus der Sicht zum Zeitpunkt des Todes des Übergebers beurteilt würde.

Im Ergebnis sind die Pflichtteilsergänzungsansprüche also danach zu berechnen, was die Parteien nach vernünftigen Erwägungen als unentgeltlichen Teil ihres Geschäfts ansahen, unabhängig von der Schwierigkeit, diese Prognose bei Unternehmensanteilen anzustellen und unabhängig von der wirklichen weiteren Entwicklung nach Vertragsschluss.

(3) Beginn der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB

Für die Frage, ob beim Vorbehalt eines Nießbrauchs eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Hs.1 BGB gegeben ist, kommt es – wie oben gesehen – entscheidend darauf an, ob und inwieweit der Übergeber des Anteils diesen „im Wesentlichen“ weaternutzt. Bei einer nur unwesentlichen Weaternutzung beginnt mit der Übertragung des Anteils die Zehnjahresfrist, nach deren Ablauf keine Ansprüche mehr wegen der eventuellen Schenkung geltend gemacht werden können.

Dabei wird deutlich, dass bezüglich des Ausmaßes des Nießbrauchsrechts unterschieden werden muss: In Fällen, in denen sich der Übergeber einen Nießbrauch am gesamten Anteil vorbehält – und in der Praxis kann dies so weit gehen, dass der Übergeber sich ein Weisungsrecht für die gesellschaftliche Stimmabgabe vorbehält oder eine Stimmrechtsvollmacht geben lässt⁴⁶⁶ – ist zweifellos kein Aufgeben des wesentlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Einflusses gegeben.

Anders könnte es aber in den Fällen sein, in denen der Übergeber lediglich einen Nießbrauch an den Erträgen, bzw. sogar nur an einem Teil der Erträge behält, z.B. an einem 30-prozentigen Teil. Dies dürfte nach den obigen Überlegungen bereits für die Annahme einer nur unwesentlichen Weaternutzung genügen. Bei der Übergabe eines Personengesellschafteranteils kommt aber noch hinzu, dass nicht nur die (bei den beispielhaften 30% Ertragsnießbrauch: wesentlichen) Nutzungen auf den Übernehmer übergehen,

⁴⁶⁶ Bei der Personengesellschaft ist all dies möglich, es wird hier sogar die Möglichkeit einer Abspaltung des Stimmrechts vom Anteil diskutiert, vgl. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 606 m.w.N.; Vgl. zu einem Weisungsrecht an einem geschenkten Kommanditanteil (aus steuerrechtlicher Perspektive) Finanzgericht des Landes Brandenburg, EFG 2000, 16.

sondern – neben dem Verfügungsrecht über den Anteil selbst – auch die weiteren gesellschaftlicheren Rechte wie das Stimmrecht (d.h. in wirtschaftlicher Hinsicht die Befugnis zur Leitung des Unternehmens), das Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht, Informationsrechte, gesellschaftliche Abwehrrechte usw.

Diese im Wesen der Gesellschaft als Verband begründeten Rechte gehen in ihrer Gesamtheit, was die inhaltliche Fülle der Eigentümerstellung angeht, über die von der BGH-Rechtsprechung betroffenen Nutzungsrechte des Grundstückseigentümers hinaus. Wenn aber schon die Übertragung des Substanzrechts des Grundstückseigentümers zuzüglich wesentlicher Nutzungsrechte genügen, um das Merkmal der Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB zu erfüllen, dann muss dies erst recht dann gelten, wenn außer einer der Höhe nach unwesentlichen Nutzungsbefugnis am Ertrag die ganze Fülle der Rechte an einem Gesellschaftsanteil an einen Nachfolger übergehen.

Es widerspräche der Teleologie des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB, würde man die angesichts der Beschränkungen des § 2325 BGB verbliebene effektive Verfügungsfreiheit des Erblassers weiter einschränken, indem man auch echte Vermögensopfer außerhalb des Zehnjahreszeitraumes dem Pflichtteilsergänzungsrecht unterwürfe.⁴⁶⁷

Als Zwischenstufe zwischen diesen beiden Extremen – Vollnießbrauch am gesamten Gesellschaftsanteil einerseits und Nießbrauch an einer untergeordneten Quote des Ertrags andererseits – steht allerdings der Nießbrauch am vollen Ertrag. In der Praxis ist eine solche Konstellation, in der der Übernehmer auf sämtliche Erträge des übernommenen Anteils verzichtet, z.B. dann vorstellbar, wenn der Übernehmer als geschäftsführender Gesellschafter ein Gehalt bezieht und deshalb für die Lebenszeit des Übergebers die Erträge entbehren kann.

Ist bei den dargestellten Extremen eine wesentliche Weiternutzung der übergebenen Sache noch eindeutig zu bejahen bzw. zu verneinen, ist dies beim Nießbrauch am vollen Ertrag weniger offensichtlich.

In einer wertenden Betrachtungsweise liegt aber auch in diesem Fall keine wesentliche Weiternutzung mehr vor: Zwar ist der Ertrag eines Unternehmens (-anteils) eine durchaus beachtliche Nutzung. Die Mitspracherechte in der Unternehmenspolitik, rechtlich also die Stimmrechte, die Teilnahme am Informationsfluss und das Vertretungsrecht nach außen sind allerdings derart wesentliche Bestandteile des Gesellschaftsanteils, dass der Ver-

⁴⁶⁷ So auch Soergel/ Dieckmann, vor § 2325, Rn. 5.

lust dieser Möglichkeiten – neben der nicht mehr vorhandenen Verfügungsmöglichkeit über den Anteil! – der Abgabe der wesentlichen Nutzung gleichkommt. Denn schon das RG⁴⁶⁸ hat entschieden, dass die Nutzungen eines Gesellschaftsanteils nicht nur aus den Früchten, d.h. den Erträgen bestehen, sondern auch aus den Gebrauchsvorteilen. Das RG fasste hierunter ausdrücklich auch die Stimmrechte des Gesellschafters.

Die Frist beginnt also auch bei vollem Ertragsnießbrauch mit der Übertragung des Anteils zu laufen.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Beim Nießbrauch am Anteil als solchem beginnt mangels Aufgabe der wesentlichen Befugnisse die Frist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB nicht zu laufen.

Etwas anders gilt dagegen, wenn lediglich ein Bruchteil der Erträge des Anteils als Nießbrauch vorbehalten werden. In diesen Fällen beginnt die Zehnjahresfrist mit der Übertragung des Anteils zu laufen.

Dasselbe gilt aber sogar bereits bei einer Übertragung unter Vorbehalt des vollen Anteilertrags.

3. Ergebnis

Beim Vorbehalt eines Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil bzw. an seinen Erträgen wird nach zutreffender Rechtsprechung des BGH der Nießbrauchswert dann vom Geschenkwert abgezogen, wenn es nach dem Niederstwertprinzip auf den Zeitpunkt der Schenkung ankommt. Kommt es dagegen auf den Zeitpunkt des Erbfalls an, ist der volle Geschenkwert für die Berechnung der Pflichtteilergänzungsansprüche anzusetzen.

Die wertmäßige Höhe des Nießbrauchs ist in einer Prognoseentscheidung zum Zeitpunkt der Nießbrauchsbestellung zu kapitalisieren. Erhebliche praktische Schwierigkeiten, den jährlichen Wert des Nießbrauchs für die Zukunft zu prognostizieren, müssen dabei hingenommen werden. Letztlich müssen die Vertragsparteien zur Bestimmung des Nießbrauchs-Gesamtwertes die erwarteten Anteilerträge mal der Nießbrauchsquote mal dem erwarteten Restalter festlegen. Diese Kriterien, für die die Beteiligten bis zur Grenze der Willkür einen Einschätzungsspielraum haben, sollten sie mit Rücksicht auf einen späteren Pflichtteilergänzungs-Prozess im Vertrag niederlegen.

Die Zehnjahresfrist gem. § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB beginnt beim Nießbrauch am Ertrag (nicht aber beim vollen Anteilsnießbrauch) sofort mit der Schenkung zu laufen. Dadurch, dass beim Ertragsnießbrauch ein wesentli-

⁴⁶⁸ RGZ 118, 266, 269 für den Nießbrauch an einem GmbH-Anteil.

cher Teil der Anteilsrechte beim Nießbrauchsgeber verbleibt, ist mit dem BGH von einer Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB auszugehen.

III. Versorgungsleistungen

1. Einleitung

Versorgungsleistungen unterscheiden sich vom Nießbrauchsvorbehalt dadurch, dass sie dem Berechtigten grundsätzlich nur einen schuldrechtlichen Anspruch gewähren und nicht (direkt) vom Ertrag des Gesellschaftsanteils abhängen. Die gängige Differenzierung innerhalb dieser schuldrechtlichen Versorgungsleistungen erfolgt nach dem Merkmal der Veränderlichkeit der Zahlungen der Höhe nach. Vorgenommen wird die Differenzierung hauptsächlich aus steuerlichen Gründen, weil an Leibrente (Höhe grundsätzlich unveränderlich) und dauernde Last (veränderlich z.B. über eine Einbeziehung von § 323 ZPO in den Vertrag) unterschiedliche steuerliche Rechtsfolgen angeknüpft werden.⁴⁶⁹

Da diese unterschiedlichen Steuerfolgen in der Praxis der Unternehmensnachfolge eine bedeutende Rolle spielen, soll auch in der folgenden pflichtteilsergänzungsrechtlichen Untersuchung diese Differenzierung vorgenommen und damit ermittelt werden, ob hinsichtlich § 2325 BGB unterschiedliche Rechtsfolgen bestehen.

Gemeinsam haben Verträge, die Leibrente oder dauernde Last (oder den soeben behandelten Nießbrauch) als Gegenleistung beinhalten, dass es sich um aleatorische Geschäfte handelt: Bei Abschluss ist ungewiss, wie lange der Berechtigte noch leben wird, wodurch die letztendliche Gesamtsumme der Zahlungen offen bleibt. Nach der hier vertretenen Auffassung⁴⁷⁰ sind aleatorische Verträge dann entgeltlich, wenn das jeweilige Risiko jeder Partei zumindest nicht völlig von dem der anderen Partei(en) abweicht. Das bedeutet, dass unter der Voraussetzung, dass in einer anfänglichen Prognose der Wert der Versorgungsleistung und der Wert des zugewandten Anteils nicht weit voneinander abweichen, keine Unentgeltlichkeit zu Gunsten einer Partei gegeben ist, und zwar auch für den Fall, dass die zukünftige Entwicklung von dieser Prognose erheblich abweicht.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Vgl. für eine überblicksartige Darstellung der steuerrechtlichen Folgen: Staudinger/*Amann*, Vorbem. vor §§ 759ff., Rn. 40ff. und Kirchhof/*Peter Fischer*, § 22 Rn. 9ff.

⁴⁷⁰ Vgl. oben S. 110.

⁴⁷¹ So z.B. *Norbert Mayer*, FamRZ 1994, 744, der eine Übertragung gegen Leibrente (Leibrentenkauf) als entgeltlich betrachtet, auch wenn der Rentenberechtigte kurz darauf stirbt; ebenso MünchKommBGB/*Lange*, § 2325 Rn. 25.

2. Leibrente

Im Rahmen von Übertragungen von Gesellschaftsanteilen gegen Gewährung lebenslanger Versorgung hat insbesondere die Leibrente gem. § 759 BGB eine hohe wirtschaftliche Bedeutung.⁴⁷²

Das Abgrenzungsmerkmal zur dauernden Last ist die Unabänderlichkeit in der Höhe. Diese, die dauernde Last kennzeichnende Abänderungsmöglichkeit beschränkt sich dabei auf Änderungen für den Einzelfall, wie z.B. für den Fall einer veränderten Leistungsfähigkeit des Übernehmers. Unschädlich für die Charakterisierung als Leibrente sind Wertanpassungsklauseln, die unabhängig von Gegebenheiten des Einzelfalles eingreifen, beispielsweise eine Bindung an einen Lebenshaltungskostenindex oder an die Höhe genau bestimmter Sozialversicherungsrenten.⁴⁷³ Die Bindung an den Ertrag des übergebenen Unternehmensanteils stellt dagegen eine beachtliche Abänderlichkeit dar, wodurch keine Leibrente mehr gegeben ist.⁴⁷⁴

Entscheidend für die pflichtteilsergänzungsrechtliche Bewertung der Leibrente ist die Bestimmung ihres Geldwertes, der als Gegenleistung vom Wert des zugewandten Anteils abzuziehen ist. Es stellt sich also auch hier wie beim Nießbrauchsvorbehalt die Frage, ob dieser Wert aus einer ex-ante-Betrachtung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder erst aus der Sicht des Erbfalls konkret zu berechnen ist.

Dabei sind in der rechtlichen Bewertung keine Unterschiede zum Nießbrauch erkennbar. Es sind also insoweit die dortigen Ergebnisse zu verwenden:

Wegen der hohen Bedeutung des subjektiven Elements in den §§ 2325, 516 BGB hat die Bewertung aus der Sichtweise der Parteien zu erfolgen. Die jährlichen Rentenzahlungen, evtl. unter Berücksichtigung einer vereinbarten regelmäßigen Erhöhung, sind mit der statistischen Lebenserwartung des Schenkers zum Zeitpunkt der Vereinbarung bzw. mit einer individuellen Prognose der Lebenserwartung zu multiplizieren.

⁴⁷² MünchKommBGB/ Habersack, § 759 Rn. 16 mit Verweis auf ein Beispiel in BGH WM 1960, 1301f.

⁴⁷³ Staudinger/ Amann, Vorbem. zu §§ 759ff., Rn. 7 m.w.N.; Derartige Wertsicherungsklauseln müsse allerdings den Voraussetzungen des Gesetzes über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden (PrKG) genügen.

⁴⁷⁴ Staudinger/ Amann, Vorbem. zu §§ 759ff., Rn. 8 m.w.N.; Vgl. auch Staudinger/ Amann, a.a.O., Rn. 10 zu Indizien des (Nicht-)Vorliegens einer Leibrente bei der Übergabe eines Unternehmens.

Der so ermittelte kapitalisierte Wert der Rente ist aufgrund des Wesens des eingegangenen aleatorischen Geschäfts selbst dann nicht zu korrigieren, wenn die tatsächliche Lebenszeit erheblich von der Prognose abweicht.

Die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB beginnt auch bei einer als Gegenleistung gewährten Leibrente mit der Übertragung des Anteils. Eine Verschiebung des Fristbeginns aufgrund der Rechtsprechung des BGH⁴⁷⁵, wonach die Frist nicht vor Ende einer wesentlichen Weiternutzung des geschenkten Gegenstandes zu laufen beginnt, kommt selbst bei einer Leibrente nicht in Frage, die die prognostizierten Erträge des Anteils erreicht: Das Beziehen einer Leibrente stellt keine Nutzung des Anteils dar. Die Rente ist vielmehr unabhängig von den Erträgen zu leisten. Dies gilt selbst dann, wenn man die ständige Rechtsprechung des BGH⁴⁷⁶ zur Unabhängigkeit der Leibrente von sonstigen Beziehungen der Beteiligten (sog. Isolierungstheorie) ablehnt⁴⁷⁷: Dadurch, dass gerade keine unternehmensabhängige Abänderungsmöglichkeit der Rente gegeben ist, muss sie geleistet werden, auch wenn der Anteil keine Erträge mehr abwirft. Auch im Gegenteil, wenn die Erträge in der Zukunft weit über den Rentenzahlungen liegen, ist keine Erhöhung vorgesehen. Es fehlt also in jedem Fall an einer notwendigen rechtlichen oder wirtschaftlichen Verbindung zwischen Rente und übertragenem Gegenstand.

Im Ergebnis ist für die Leibrente die hinsichtlich § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB vom BGH geforderte wirtschaftliche Ausgliederung des Geschenks aus dem Vermögen des Erblassers und damit der entsprechend frühe Fristbeginn zu bejahen.

3. Dauernde Last

Der steuerrechtliche Begriff der dauernden Last bezeichnet eine wiederkehrende Leistung, die im Gegensatz zur Leibrente keine gleichmäßige Höhe aufweist.⁴⁷⁸ Sie kann so vereinbart sein, dass die Leistung je nach Bedürftigkeit des Empfängers oder aber abhängig von der Leistungsfähigkeit des Anteilsübernehmers in ihrer Höhe schwankt. Meist wird diese Flexibilität in der Höhe der dauernden Last durch sinnngemäße Einbeziehung von § 323 ZPO in die Zahlungsvereinbarung erreicht.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ Vgl. dazu bereits oben Fn. 458.

⁴⁷⁶ BGH DNotZ 1992, 297 im Anschluss an RGZ 106, 93; Weitere Nachweise vgl. Staudinger/ Amann, Vorbem. zu §§ 759ff., Rn. 26.

⁴⁷⁷ So z.B. Staudinger/ Amann, Vorbem. zu §§ 759ff., Rn. 35 m.w.N. in Rn. 26.

⁴⁷⁸ Staudinger/ Amann, Vorbem. zu §§ 759ff., Rn. 42.

⁴⁷⁹ Vgl. zu den von § 323 ZPO erfassten, eine Abänderung der Leistungspflicht auslösenden Tatsachenveränderungen: Thomas/ Putzo/ Reichold, § 323 Rn. 25.

Die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten wird in der Regel von der Ertragslage des übergebenen Unternehmens bzw. des Gesellschaftsanteils abhängen.

Es ist also zu untersuchen, wie sich dieses von der Leibrente abweichende Merkmal auf die pflichtteilsergänzungsrechtliche Bewertung auswirkt.

Zunächst kommt für die Berechnung des Kapitalwertes der dauernden Last als Teil eines aleatorischen Geschäfts quasi als zweite Ebene des Wagnisses (neben der Ungewissheit über den Todeszeitpunkt des Berechtigten wie bei der Leibrente) eine weitere Ungewissheit hinzu: Der Verpflichtete muss möglicherweise trotz gleich bleibender Leistungsfähigkeit mehr bezahlen, wenn der Berechtigte eine höhere Bedürftigkeit nachweist. Auf der anderen Seite könnte der Berechtigte bei gleicher Bedürftigkeit weniger erhalten, wenn der Verpflichtete eine verminderte Leistungsfähigkeit nachweist.

Aus diesem zusätzlichen Risiko für beide Seiten resultiert aber keine von der Leibrente abweichende Kapitalbewertung der Zahlungen: Beide Risiken heben sich in der Summe auf, wodurch ebenso wie bei der Ungewissheit über das Lebensalter keine Wertabweichung vom Mittel geboten oder erlaubt ist. Für die Kapitalisierung der dauernden Last ist also die ursprünglich vereinbarte Höhe der Leistung heranzuziehen und allenfalls ein in der Prognose übermäßiges Risiko zu Lasten einer der Parteien zu beachten.

Allerdings könnte sich ein von Nießbrauch und Leibrente abweichender Aspekt hinsichtlich des Beginns der Zehnjahresfrist (§ 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB) ergeben.

Soeben wurde bei der Leibrente festgestellt, dass eine Verschiebung des Fristbeginns hinter den Zeitpunkt der Übertragung des Gesellschaftsanteils nicht in Betracht kommt, weil die Leibrente unabhängig vom Anteil und dessen Ertrag zu leisten ist. Dies stellt sich bei der dauernden Last anders dar.

Durch die Abänderbarkeit gem. § 323 ZPO analog sind die wiederkehrenden Leistungen hier in gewissem Umfang an das Schicksal des übertragenen Anteils gebunden. Wenn der BGH also den Fristbeginn davon abhängig macht, dass keine wesentliche Nutzung des übertragenen Vermögens mehr vorliegt, könnte bei einer der Höhe nach wesentlichen dauernden Last der Fristbeginn gehemmt sein.

Wie oben gesehen ist aber selbst der Vollnießbrauch an den Erträgen des Anteils noch keine wesentliche Weiternutzung des Anteils. Erst recht muss dies dann aber für eine dauernde Last gelten, auch wenn sie am gesamten Ertrag des Anteil ausgerichtet ist. Gegenüber dem Nießbrauch ist die dau-

ernde Last nur ein Minus, denn sie ist lediglich ein obligatorisches Recht. Außerdem steht bei einer Steigerung der Erträge in den Folgejahren dem Berechtigten nicht automatisch eine höhere Zahlung zu. Er muss bei der üblichen Vereinbarung von § 323 ZPO analog vielmehr zunächst auf Erhöhung klagen.

Im Ergebnis beginnt auch bei der dauernden Last, gleichgültig ob diese der Höhe nach am gesamten prognostizierten Ertrag ausgerichtet ist oder (erst recht) an einer kleineren Summe, die Zehnjahresfrist gem. § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB mit der Übertragung des Gesellschaftsanteils.

IV. Kaufpreis in Raten

Vor allem bei der familienexternen Anteilsnachfolge wird in der Praxis eher als bei familieninternen Lösungen ein reiner Anteilskaufpreis im Sinne einer Geldsumme im Mittelpunkt der Nachfolge stehen. Dieser Kaufpreis für den zugewandten Gesellschaftsanteil (bzw. bei teilentgeltlichem Geschäft für einen Teil des Anteilswertes) kann zur leichteren Finanzierbarkeit durch den Nachfolger in Raten zu begleichen sein.

Hinsichtlich einer Reduzierung der Pflichtteilergänzungsansprüche sind hier – neben der oben angesprochenen Kaufpreisreduzierung als Freundschaftspreis – keine Gestaltungsmöglichkeiten erkennbar. Der Wert der Gegenleistung ist im Falle der Ratenzahlung unproblematisch bestimmbar, weil die Gesamtzahlung im Gegensatz zur Rente oder zum Nießbrauchsvorbehalt der Höhe nach von vorneherein feststeht.

Eine zinslose Stundung der ausstehenden Raten ist dabei als unentgeltliche Zuwendung des Zinsanteils zu bewerten und damit pflichtteilsergänzungsrechtlich relevant. Es ist also im Einzelfall zu prüfen, ob eine zinslose Stundung der ausstehenden Kaufpreisanteile noch im Rahmen der subjektiven Äquivalenz akzeptabel oder bereits ein auffallendes, grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung darstellt. Wenn allerdings der unentgeltliche Anteil des Geschäfts nur aus dem Erlass der Zinszahlung besteht, ist ein auffallendes, grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kaum vorstellbar.

Andererseits ergibt sich im Falle einer gemischten Schenkung zu Gunsten des Nachfolgers aus der ratenweisen Begleichung des Kaufpreises die Möglichkeit, insgesamt einen höheren Kaufpreis zu vereinbaren als der Nachfolger und Käufer bei einmaliger Zahlung wirtschaftlich tragen könnte. Im Ergebnis wird dadurch der Anspruch aus § 2325 BGB verringert.

V. Vergleich der wiederkehrenden Leistungen aus pflichtteilsergänzungsrechtlicher Sicht

Zusammenfassend sind abschließend die Auswirkungen der verschiedenen möglichen Leistungsvereinbarungen im Hinblick auf die Berechnung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen zu vergleichen.

1. Wert der Gegenleistung und der wertmindernden Faktoren

Die Bewertung von *Nießbrauch*, *Leibrente* und *dauernder Last* für den Zeitraum zwischen Beginn der Zahlung und Tod des Berechtigten hat im Hinblick auf § 2325 BGB zwingend durch eine Kapitalisierung⁴⁸⁰ zu erfolgen. Diese Kapitalisierung hat aufgrund des subjektiven Elements der Schenkung im Sinne des § 516 BGB aus einer ex-ante-Sichtweise aus dem Blickwinkel der Parteien zu geschehen.

Als erster Faktor dient dabei bei allen drei genannten Gegenleistungsformen die prognostizierte Lebenserwartung des Berechtigten. In der Regel wird dazu die statistische Lebenserwartung anhand einer amtlichen Sterbetafel heranzuziehen sein. Gehen die Parteien aufgrund von Besonderheiten im Einzelfall (besonders schlechte oder besonders gute Gesundheit etc.) und mittels nicht willkürlichen Erwägungen von einer abweichenden Lebenserwartung aus, so ist diese für die Berechnung des Kapitalwertes der Leistung heranzuziehen und auch für § 2325 BGB bindend.

Der zweite Faktor ist die Höhe der (durchschnittlichen) zu erwartenden Jahreszahlungen. Während dazu bei Leibrente und dauernder Last lediglich die Einbeziehung einer evtl. Geldwertanpassungsklausel zu berücksichtigen ist (die bei der dauernden Last neben einer Anpassungsklausel im Sinne des § 323 ZPO analog vereinbart werden kann), muss beim Nießbrauch eine Schätzung der voraussichtlichen Erträge geleistet werden. Auch wenn dies gerade für lange Zeiträume schwierig ist, ist aufgrund des subjektiven Merkmals des § 2325 i.V.m. 516 BGB rechtlich keine Alternative möglich. Insbesondere ergibt sich die Entgeltlichkeit einer solchen Vereinbarung selbst bei erheblichen Abweichungen in der Realität aus dem Wesen des aleatorischen Geschäfts: Beide Teile haben dasselbe Risiko, dass die ursprünglich prognostizierte Summe entweder zu hoch oder zu niedrig angesetzt war.

⁴⁸⁰ Zur genauen Berechnung des kapitalisierten Wertes bzw. umgekehrt zur Verrentung des Anteilswertes können Verrentungstabellen herangezogen werden, die zusätzlich Zins und Zinseszinsseffekte des übergebenen Vermögens berücksichtigen, vgl. dazu MünchKommBGB/ Habersack, § 759 Rn. 24.

Geben die Parteien dabei, beispielsweise im Gesellschaftsvertrag, eine willkürfreie Prognose anhand von nachvollziehbaren Erwägungen ab, so ist diese prognostizierte Zahl auch hier bindend.

Haben die Parteien alle diese Berechnungen auf nachvollziehbarer, willkürfreier Grundlage angestellt, bleibt für die Annahme eines auffallenden, groben Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung und damit für einen Pflichtteilsergänzungsanspruch insoweit kein Raum.

Im Ergebnis bestehen keine rechtlichen Unterschiede bei der Kapitalisierung von Nießbrauchsvorbehalt, Rente und dauernder Last. Aus wirtschaftlicher Sicht ist die Prognose für die von den Erträgen abhängige Nießbrauchsquote schwer zu bestimmen. Das unternehmerische Risiko dürfte bei der Leibrente am höchsten sein, weil diese im Gegensatz zu dauernder Last und Nießbrauch bei verminderter Leistungsfähigkeit nicht kleiner wird. Auf der anderen Seite liegt darin auch die Chance, dass bei steigenden Erträgen relativ gesehen wenig zu bezahlen ist.

Die Höhe der Gegenleistung bei *ratenweiser Begleichung eines Anteilskaufpreises* bestimmt sich zwanglos aus Höhe und Anzahl der Raten.

2. Niederstwertprinzip

Bei der Untersuchung des Niederstwertprinzips hat sich ein bedeutender Unterschied zwischen dem Nießbrauchsvorbehalt einerseits und Leibrente, dauernder Last und ratenweiser Kaufpreisleistung andererseits ergeben.

Beim Nießbrauch handelt es sich um eine dingliche Belastung des Gesellschaftsanteils, die mit dem Tod des Berechtigten automatisch entfällt. Deshalb zieht der BGH in seiner Rechtsprechung zum Nießbrauchsvorbehalt den (wie oben kapitalisierten) Wert des Nießbrauchs zwar vom Wert der Sache ab, wenn es nach dem Niederstwertprinzip auf den Zeitpunkt der Schenkung ankommt. Kein Abzug findet jedoch statt, wenn die Sache, d.h. der Gesellschaftsanteil bis zum Tod des Übergebers im Wert gesunken ist.

Leibrente, dauernde Last und erst recht Ratenzahlung sind dagegen echte Gegenleistungen im Sinne eines *do ut des*. Sie hängen rechtlich nicht (bzw. im Falle der dauernden Last lediglich indirekt und schuldrechtlich) von der Wertentwicklung, ja nicht einmal vom Bestand des Gesellschaftsanteils ab. Als Gegenleistung ist der Kapitalwert von Leibrente, dauernder Last und Ratenzahlung daher in jedem Fall zwingend vom Wert des Anteils abzuziehen, um die Höhe der Schenkung zu bestimmen.⁴⁸¹

⁴⁸¹ Reiff, ZEV 1998, 245.

Da der Wert des Anteils an einem Wirtschaftsunternehmen aber in viel stärkerem Maße volatil ist als z.B. der Wert eines Grundstücks, ergibt sich aus dieser rechtlichen Unterscheidung ein gewichtiges ökonomisches Argument. Der Wert eines Unternehmens hängt nicht hauptsächlich von einem allgemeinen Marktpreis ab, sondern von Entwicklungen im Absatz eines Produkts, der wirtschaftlichen Prosperität von wichtigen Kunden, der rechtzeitigen Weiterentwicklung von Produkten, „richtigen“ unternehmerischen Entscheidungen usw. Das Risiko, dass das Unternehmen zum zufälligen Zeitpunkt des Todes des Anteilsübergebers momentan weniger wert ist als bei Anteilsübergabe, ist nicht unwahrscheinlich.

Für die Vermeidung von Pflichtteilergänzungsansprüchen ergibt sich daraus der Schluss, dass die Vereinbarung einer Leibrente, einer dauernden Last oder der ratenweisen Stundung des Kaufpreises die höhere Erfolgsgewähr bietet.

3. Beginn der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB

Die Zehnjahresfrist beginnt dann zu laufen, wenn die geschenkte Sache geleistet ist. Zu Recht stellt der BGH hierbei auf einen wirtschaftlichen Leistungsbegriff ab. Bleiben dem Schenker wesentliche Nutzungen an der Sache, liegt keine Leistung in diesem Sinne vor.

Da der Anteil an einer Personengesellschaft neben dem Ertrag wesentlich durch gesellschafterliche Rechte (Stimmrecht, Recht zur Geschäftsführung, Informations- und Abwehrrechte) geprägt ist, ist der Anteil auch dann geleistet, wenn der Übergeber sich einen vollen Nießbrauch am Ertrag vorbehält bzw. Rente oder dauernde Last eine vergleichbare Höhe erreichen. Dem Übernehmer gebühren nämlich ab der Übertragung dennoch so weit reichende Befugnisse, dass von einer wesentlichen Weiternutzung durch den Übergeber nicht gesprochen werden kann.

Eine wesentliche Weiternutzung liegt dagegen vor, wenn sich der Übergeber einen Nießbrauch nicht nur am Ertrag, sondern am gesamten Anteil (inkl. Gesellschafterrechte) vorbehält. Diese Konstellation ist für die Vermeidung von Pflichtteilergänzungsansprüchen daher weniger geeignet.

Wie bereits dargestellt sind Leibrente und dauernde Last keine Nutzungen, sondern Gegenleistung des Anteilsübernehmers. Das heißt, dass aus rechtlichen Gründen die Frist des § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB sofort beginnt.

Zusammenfassung der Ergebnisse des Zweiten Teils

- I. Grundsätzlich kommt es für die Anwendung des § 2325 BGB nicht darauf an, worin genau der Gegenstand der Zuwendung liegt. Voraussetzung für den Pflichtteilsergänzungsanspruch ist lediglich, dass überhaupt eine Schenkung gegeben ist. (vgl. S. 99)
- II. Etwas anderes gilt für die Qualifizierung des Schenkungsgegenstandes bei gemischt entgeltlich-unentgeltlichen Geschäften im Bereich der Anteilsnachfolge. Hier bringt die Anwendung des Niederstwertprinzips unterschiedliche Ergebnisse, je nachdem, ob der *Geldbetrag der Wertdifferenz*, der *Gesellschaftsanteil selbst abzüglich der Leistungen des Anteilsnachfolgers* oder der *ideelle Bruchteil des zugewandten Anteils* als Geschenk anzusehen ist.

Es hat sich gezeigt, dass der Ansatz, nach dem der *Anteil abzüglich der Leistungen des Nachfolgers* das Geschenk darstellt, am ehesten der Teleologie des Niederstwertprinzips entspricht und die sachgerechteste Problemlösung bringt. Folge ist, dass bei gemischt entgeltlich-unentgeltlicher Anteilsnachfolge und einer Wertminderung des Gesellschaftsanteils zwischen Zuwendung und Erbfall der Wert zur Zeit des Erbfalls maßgeblich ist. Von diesem wird der volle Wert der Leistungen des Anteilsnachfolgers abgezogen, um den ergänzungspflichtigen Betrag zu berechnen. (vgl. S. 101)
- III. Die Vereinbarung von gesellschaftsvertraglichen Klauseln, wonach für jeden Gesellschafter im Todesfall die Abfindung zu Gunsten des Nachlasses ausgeschlossen ist, stellt ein aleatorisches Geschäft dar und ist deshalb entgeltlich. Pflichtteilsergänzungsansprüche bestehen daher nicht. Voraussetzung ist allerdings, dass die Chancen und Risiken, dass der eigene Nachlass von der Klausel profitiert bzw. benachteiligt wird, für alle Gesellschafter etwa ausgewogen sind. Ein unausgewogenes Chancen-/Risikenverhältnis führt im Einzelfall zur Annahme von Unentgeltlichkeit. Dies kann durch die Vereinbarung von weiteren individuellen Leistungen und Belastungen, die die individuellen Vorteile ausgleichen, verhindert werden. (vgl. S.108)
- IV. Dasselbe gilt für die Vereinbarung von Buchwertklauseln für Fälle des lebzeitigen Ausscheidens: Wegen der Ungewissheit im Vereinbarungszeitpunkt, wer zuerst ausscheiden wird, ist ein aleatorisches Geschäft gegeben, weshalb keine unentgeltliche Zuwendung desjenigen vorliegt, der letztlich als erster ausscheidet. Für Pflichtteilsergän-

zungsansprüche aus dem Betrag zwischen Buchwert und Verkehrswert ist damit kein Raum. Für ein im Einzelfall unausgewogenes Chancen-/Risikenverhältnis, z.B. wenn einer der Gesellschafter wesentlich älter ist und deshalb wahrscheinlich früher ausscheiden wird, gilt das für die Abfindungsausschlussklausel für den Todesfall festgestellte. (vgl. S. 113)

- V. Beim Beitritt eines neuen Gesellschafter sind die Vertragsparteien frei darin, den Anteil nach eigenem Ermessen zu bewerten. Ihre Bewertung ist, solange sie nicht willkürlich erfolgt ist, auch hinsichtlich § 2325 BGB beachtlich. (vgl. S. 119)
- VI. Beim Einbringen eines Geldbetrages durch den neuen Gesellschafter muss dieser von den Vertragsparteien nicht zwingend zum Nennwert bewertet werden. Bringt das neue Mitglied außer der Geldeinlage noch sonstige Beiträge ein, so können diese den Wert der Geldeinlage erhöhen. Dies gilt auch für Kommanditisten, allerdings nur hinsichtlich ihrer Pflichteinlage und nicht hinsichtlich der Haftsumme. Da bei dieser Vorgehensweise die Höherbewertung der Geldeinlage auf der Einbeziehung werthaltiger Aspekte beruht und damit kein Missverhältnis zwischen den ausgetauschten Leistung vorliegt, ist insoweit kein Raum für Pflichtteilergänzungsansprüche. (vgl. S. 125)
- VII. Eine Einlage kann auch durch die Aufrechnung mit einer gegen die Gesellschaft bestehenden Forderung erbracht werden. So können in der Zeit nach dem Beitritt auch Forderungen aus dem Geschäftsführerverhältnis des neuen Gesellschafter für eine Aufrechnung mit der Einlageforderung der Gesellschaft verwendet werden. Dadurch kann die Einlageverpflichtung höher angesetzt werden als wenn der Gesellschafter sofort leisten müsste, wodurch das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und damit spätere Pflichtteilergänzungsansprüche niedriger ausfallen. Beim Kommanditisten kann eine Aufrechnung auf die Haftsumme (nicht dagegen auf seine darüber hinaus gehende Pflichteinlage) nur mit objektiv werthaltigen Forderungen erfolgen. Persönlich haftende Gesellschafter sind dagegen frei in der Bewertung der sich gegenüberstehenden Forderungen, was bis zur Grenze der Willkür auch hinsichtlich Pflichtteilergänzungsansprüchen gilt. (vgl. S. 135)
- VIII. Das für die Bewertung von Geldeinlagen festgestellte gilt grundsätzlich auch für die Bewertung von Sacheinlagen. Besondere Möglichkeiten der Reduzierung von Pflichtteilergänzungsansprüchen ergeben sich bei der Einbeziehung sog. imponde-

rabler Faktoren in die Gegenleistungen des neuen Gesellschafters. Solche Faktoren, z.B. persönliche Eigenschaften des neuen Gesellschafters wie Innovationsfreude, Führungsstärke oder Ansehen bei wichtigen Geschäftspartnern, spielen wirtschaftlich eine bedeutsame Rolle und können daher bei der Bewertung der Beiträge des neuen Gesellschafters einbezogen werden. Eine entsprechende willkürfreie Bewertung hat auch der Pflichtteilsergänzungsberechtigte gegen sich gelten zu lassen. (vgl. S. 143)

- IX. Aus der Möglichkeit, einen Gegenstand auf unterschiedliche Art und Weise in die Gesellschaft einzubringen – *quoad dominium, quoad sortem* oder *quoad usum* – lässt sich kein allgemeingültiger Einfluss auf die Beitrags-Bewertung und damit auf Pflichtteilsergänzungsansprüche ableiten. (vgl. S. 152)
- X. Die Parteien des Gesellschafterbeitritts können in die Leistungen des neuen Gesellschafters auch in der Vergangenheit erbrachte Arbeits- und Dienstleistungen für die Gesellschaft, z.B. als Prokurist oder Familienmitglied, einbeziehen. V.a. die Berücksichtigung von unbezahlten Überstunden oder dem besonderen Erfolg der geleisteten Arbeit kann für die Bewertung des Beitrags des beitretenden Mitglieds eine Rolle spielen. (vgl. S. 155)
- XI. Bei der Vergütung eines (z.B. alleine) geschäftsführenden Mitglieds einer Personengesellschaft ergeben sich verschiedene Möglichkeiten von einem erhöhten Gewinnbezugsrecht über Tantiemen bis zu einem eigenständigen Geschäftsführerdienstvertrag. Je höher hierbei für den neuen geschäftsführenden Gesellschafter das wirtschaftliche Risiko ausfällt, desto geringer wird der individuelle Wert seines Anteils anzusetzen sein. Entsprechend sinken die Differenz zum geleisteten Beitrag des Beitretenden und damit auch spätere Ansprüche aus § 2325 BGB. (vgl. S. 160)
- XII. Allgemeingültige Aussagen zum Verhältnis zwischen Gesellschafterhaftung und Pflichtteilsergänzungsansprüchen in Folge einer Anteilszuwendung sind kaum zu treffen. (vgl. S. 170)
- XIII. Bei der Übertragung eines Gesellschaftsanteils vom ausscheidenden auf das eintretende Mitglied führt die Vereinbarung eines Freundschaftspreises nicht zur teilweisen Unentgeltlichkeit. Die persönliche Nähe zum Vertragspartner ist vielmehr ein Indiz für eine gewollte Entgeltlichkeit. (vgl. S. 174)
- XIV. Bei der Verpflichtung des Anteilskäufers, den Verkäufer im Alter zu pflegen und zu versorgen, ist anhand einer Prognoseentscheidung be-

reits im Zeitpunkt der Anteilsübertragung zu entscheiden, ob und inwieweit beim Vergleich mit dem Wert des Anteils noch eine Schenkung vorliegt. Dabei spielen Faktoren wie die Wahrscheinlichkeit der Pflegebedürftigkeit, die (individuelle) Lebenserwartung des Übergebers und der Wert der vereinbarten Pflege eine Rolle. Entsprechend willkürfrei angestellte Prognosen hat der Pflichtteilsergänzungsrechte auch dann gegen sich gelten zu lassen, wenn in Wirklichkeit die Pflegeverpflichtung weniger wert war. Dasselbe gilt im umgekehrten Fall aber auch für den Erben bzw. den Beschenkten als Anspruchsgegner der §§ 2325 bzw. 2329 BGB. (vgl. S. 175)

- XV. Beim Abzug eines Nießbrauchsvorbehalts des Übergebers vom Wert des zugewandten Anteils ist für Pflichtteilsergänzungsansprüche das Niederstwertprinzip zu beachten: Der Wert des Nießbrauchsvorbehalts ist nur dann abzuziehen, wenn es auf den Wert zum Zeitpunkt der Schenkung ankommt.

Der Wert des Nießbrauchsvorbehalts ist dabei in einer ex-ante-Sichtweise zu kapitalisieren aus dem voraussichtlichen Jahreswert des Nießbrauchs und der (evtl. individuell prognostizierten) Lebenserwartung des Berechtigten.

Die Zehnjahresfrist gemäß § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB beginnt beim bloßen Nießbrauch am Ertrag schon mit der Übertragung des Anteils. Dagegen beginnt sie beim vollen Nießbrauch am Anteil erst mit dem Wegfall des Nießbrauchs. (vgl. S. 181)

- XVI. Auch bei den wiederkehrenden Leistungen Leibrente und dauernde Last sind zur Bestimmung des wirtschaftlichen Wertes die prognostizierten Leistungen für die Zukunft im Zeitpunkt der Vereinbarung zu kapitalisieren. Bei beiden beginnt hinsichtlich des zugewandten Anteils die Zehnjahresfrist für den Pflichtteilsergänzungsanspruch mit der Vereinbarung zu laufen. Der kapitalisierte Wert von Leibrente und dauernder Last ist – unabhängig vom Niederstwertprinzip – immer vom Wert des zugewandten Anteils abzuziehen. Insofern ist zum Zweck der Verringerung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen die Verpflichtung zu Leibrente oder dauernder Last der Vereinbarung eines Nießbrauchs vorzuziehen.

Diese Grundsätze gelten auch für die Vereinbarung einer ratenweisen Zahlung des Kaufpreises. (vgl. S. 200)

Schluss

Die Entscheidung für die Person und die wirtschaftlichen Einzelheiten der Anteilsnachfolge ist meist einmalig und mit erheblichen Risiken verbunden. Sie will deshalb intensiv vorbereitet und optimal geplant sein. Wichtig ist dabei auch, langfristige finanzielle Folgen wie die Belastung des Nachfolgers (als Erben oder Beschenkten) durch pflichtteilsrechtliche Ansprüche zu bedenken. Zu den dafür notwendigen Informationen und Gestaltungsmöglichkeiten wollte diese Untersuchung ein Detail beitragen.

Es hat sich gezeigt, dass der BGH die Nachfolge in den Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters niemals als unentgeltlich ansieht. Natürlich ist es – auch wenn diese Position des BGH in dieser Arbeit als unzutreffend charakterisiert wurde – unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen empfehlenswert, die Rechtsprechung gestalterisch zu nutzen. Dennoch – auch weil diese Rechtsprechung in der Literatur verbreitet Kritik erfährt – sollten auch die Erkenntnisse dieser Untersuchung bei der Gestaltung beachtet werden.

Selbstverständlich gilt dies auch hinsichtlich der nicht empfehlenswerten Option, mit Rücksicht auf die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB die Gesellschafternachfolge ohne Gestaltungen zur Pflichtteilsreduzierung anzugehen. Die Schenkung eines Unternehmens oder eines Gesellschaftsanteils an den designierten Nachfolger ohne weitere Sicherungsmaßnahmen und lediglich mit Hoffnung auf das erhoffte Ablaufen der Zehnjahresfrist ist ein Vabanquespiel, das vernünftigerweise nicht erwogen werden sollte.

Die Untersuchung hat außerdem gezeigt, dass bei der Vereinbarung entgeltlicher Austauschgeschäfte die subjektive Sicht der Parteien für die Beurteilung der Entgeltlichkeit und damit für die Höhe späterer Pflichtteilsergänzungsansprüche von immenser Bedeutung ist. Mit Rücksicht auf einen evtl. späteren Pflichtteilsprozess ist den Beteiligten der Gesellschafternachfolge deshalb anzuraten, neben der sorgfältigen schriftlichen Fixierung aller objektiven für den Vertrag wesentlichen Aspekte v.a. auch für eine Niederlegung der subjektiven Umstände zu sorgen. Dies ist eine der wichtigsten Erkenntnisse dieser Untersuchung, denn: Nur wenn der spätere Beklagte – in den hier gezeigten Konstellationen wird dies in der Regel der Anteilsnachfolger sein – beweisen kann, dass die Beteiligten des Anteilsnachfolgevertrages von Entgeltlichkeit ausgingen, können die hier aufgezeigten Instrumente der Pflichtteilsreduzierung zum Ziel führen.

Wichtig ist außerdem, dass zur Beurteilung, ob ein Geschenk gegeben ist oder nicht, immer eine Gesamtbetrachtung stattzufinden hat. Es findet also keine isolierte Einzelbetrachtung einzelner Übertragungs- bzw. Beitrittssituationen oder Gegenleistungen statt, die in Wirklichkeit zusammengenom-

men werden müssen, um ein wirtschaftliches Gesamtbild zu erhalten. Zu diesem Gesamtbild gehört – v.a. im Hinblick auf den aleatorischen Charakter von Abfindungsbeschränkungsklauseln – auch das Lebensalter der Beteiligten.

Für die Übertragung der Ergebnisse dieser Untersuchung auf die Praxis ist zuletzt darauf hinzuweisen, dass es aus all den einzelnen Möglichkeiten, wie ein Anteil übergehen kann, Mischformen gibt. So könnte z.B. der designierte Nachfolger eines Gesellschafters zunächst in die Gesellschaft aufgenommen werden, ohne eine adäquate Einlage zu leisten (und zunächst ohne dass der spätere Übergeber ausscheidet). Dafür soll zunächst der Anteil des später Ausscheidenden zu Gunsten des Neuen kleiner werden. Im Laufe der Jahre ist dann eine stückweise Übertragung direkt vom alten auf den neuen Gesellschafter möglich, bis der Übergeber ganz ausgeschieden ist und sein Nachfolger dessen Anteil voll übernommen hat. Die letzte Stufe kann noch zu Lebzeiten oder beim Tod geschehen, im letzteren Fall durch gesellschaftsrechtliche Klausel.

Mischformen wird es daneben immer auch bei den Gegenleistungen bzw. den hier so genannten wertmindernden Faktoren geben.

Literaturverzeichnis

- Ballwieser, Wolfgang*, Unternehmensbewertung, 2. A., Stuttgart, 2007
- Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert (Hrsg.)*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, München, 2003 (zit.: *Bamberger/ Roth/ Bearbeiter*)
- Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus J.*, Handelsgesetzbuch: mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 32.A., München 2006
- Beck, Walter Eduard*, Der Begriff der Unentgeltlichkeit im bürgerlichen Recht, Univ., Diss., München, 1973
- Behmer, Rüdiger*, Zur Berücksichtigung von Nutzungsvorbehalten bei der Pflichtteilsergänzung – Stellungnahme zu Mayer, FamRZ 1994, 739ff –, FamRZ 1994, 1375
- Bermel, Joachim Franz Adolf*, Die Schenkung von Gesellschaftsanteilen: ein Beitrag zur Klärung des Verhältnisses von Schenkungsrecht und Gesellschaftsrecht mit Schwerpunkt auf dem Recht der Personengesellschaften, Köln, Univ., Diss., 1993
- Borrmann, Helga*, Pflichtteilsrecht und gesellschaftsvertragliche Fortsetzungsvereinbarungen, Bern u.a., 1972
- Crome, Carl*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Einleitung und Allgemeiner Theil, Tübingen u.a., 1900
- Dannecker, Marcus*, Die richterliche Inhaltskontrolle der Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften, Tübingen, Univ. Diss., 1992
- Dauner-Lieb, Barbara*, §130 HGB: Weitere Rechtsfortbildung im Recht der BGB-Gesellschaft, in: FS Ulmer 2003, 73
- Dingerdissen, Hans Albrecht*, Pflichtteilsergänzung bei Grundstücksschenkung unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des BGH, JZ 1993, 402
- Drukarczyk, Jochen*, Finanzierung, 9.A., Stuttgart, 2003
- Ebenroth, Carsten Thomas/ Boujong, Karlheinz/ Joost, Detlev*, Handelsgesetzbuch, Bd. 1. §§ 1 - 342a, München, 2001 (zit.: *Ebenroth/ Boujong/ Joost/ Bearbeiter*)

- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. von Dieterich, Thomas/ Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich Schub, Günter, 5.A., München, 2005 (zit.: *ErfK-Bearbeiter*)
- Erman, Walter*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz zur Regelung der Miethöhe, Produkthaftungsgesetz, Haustürwiderrufsgesetz, AGB-Gesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Schiffsrechtgesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung, Beurkundungsgesetz (teilkommentiert), hrsg. von Harm Peter Westermann; Bd. 1, 11.A., Münster, 2004, Bd. 2, 11.A., Münster, 2004 (zit.: *Erman/ Bearbeiter*)
- Esch, Günter/ Schulze zur Wiesche, Dieter/ Baumann, Wolfgang*, Handbuch der Vermögensnachfolge: bürgerlich-rechtliche und steuerliche Gestaltung der Vermögensnachfolge von Todes wegen und unter Lebenden, 6.A., Berlin, 2001 (zit.: *Esch/ Schulze zur Wiesche/ Baumann*, Hdb. der Vermögensnachfolge)
- Felix, Günther*, Haftsumme der Kommanditisten und Sacheinlage, NJW 1973, 491
- Fenn, Herbert*, Die Mitarbeit in den Diensten Familienangehöriger, Bad Homburg v.d.H. u.a., 1970
- Firsching, Karl/ Graf, Hans Lothar*, Nachlassrecht, 8.A., München, 2000
- Fischer, Michael*, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Köln u.a., 2002; zugl.: Erlangen, Nürnberg, Univ., Habil.-Schr., 2001
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2: Das Rechtsgeschäft, 3. A., Berlin u.a., 1979
- Flume, Werner*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, Karlsruhe, 1960, S. 135
- Ganssmüller, Helmut*, Die Tätigkeitsvergütung geschäftsführender Gesellschafter der OHG und KG, Köln, 1961
- Ganssmüller, Helmut*, Die Tätigkeitsvergütungen und andere besondere Vergütungen an Gesellschafter von Personengesellschaften und ihre Abänderung, DB 1965, 1893
- Glanegger, Peter/ Kirnberger, Christian/ Kusterer, Stefan*, Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Handelsrecht, Bilanzrecht, Steuerrecht, 7.A., Heidelberg u.a., 2007 (zit.: *Glanegger/ Bearbeiter*)
- Gruhler, Wolfram*, Unternehmensnachfolge im Mittelstand, Köln, 1998
- Habersack, Mathias*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen: eine Untersuchung zu den Schranken der Privatautonomie unter besonderer Berücksichtigung der Fälle typischerweise gestörter Vertragsparität, Berlin, 1992, zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1991

- Hanau, Hans*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht: zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungen wegen, Tübingen, 2004
- Heinrich, Christian*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, Tübingen, 2000
- Heinrich, Udo*, Die Gestaltung von Übertragungsverträgen im Schatten des Pflichtteilsergänzungsrechts, MittRhNotK 1995, 157
- Hengeler, Hans Peter*, Erwiderung auf Herrmann, Elke (ZHR 147 (1983), 313), ZHR 147 (1983), 329
- Hennerkes, Brun-Hagen/ May, Peter*, Der Gesellschaftsvertrag des Familienunternehmens, NJW 1988, 2761
- Henssler, Martin*, Risiko als Vertragsgegenstand, Tübingen, 1994
- Hepp-Schwab, Hermann*, Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters und der Nießbrauch an seinem Gesellschaftsanteil, Berlin 1998; zugl. Tübingen, Univ. Diss., 1997 (zit.: *Hepp-Schwab*, Nießbrauch)
- Herrmann, Elke*, ZHR 147 (1983), 313
- Heymann, Ernst/ Emmerich, Volker/ Horn, Norbert/ Berger, Klaus Peter/ Balzer, Peter*, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht): Kommentar, hrsg. von Norbert Horn, Bd. 2 = Buch 2 (§§ 105 – 237), 2.A., Berlin u.a., 1996 (zit.: *Heymann/ Bearbeiter*)
- Hölters, Wolfgang (Hrsg.)*, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs: Grundfragen - Bewertung - Finanzierung - Steuerrecht - Arbeitsrecht - Vertragsrecht - Kartellrecht - Börsenrecht - Insolvenzrecht - internationales Recht - Vertragsbeispiele, 6.A., Köln, 2005 (zit.: *Hölters/ Bearbeiter*)
- Huber, Ulrich*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg, 1970
- Hübschmann, Walter/ Hepp, Ernst/ Spitaler, Armin*, Abgabenordnung - Finanzgerichtsordnung, Loseblattsammlung, 195. Nachlieferung, Köln, November 2007 (zit.: *Hübschmann/ Hepp/ Spitaler/ Bearbeiter*, AO)
- Hueck, Götz/ Windbichler, Christine*, Gesellschaftsrecht: ein Studienbuch, 20.A., München, 2003
- Jarass, Hans/ Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9.A., München, 2007
- Jauernig, Othmar (Hrsg.)*, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug); Kommentar, 12.A., München, 2007 (zit.: *Jauernig/ Bearbeiter*)

- Juvenalis, Decimus Iunius*, Satiren: lateinisch-deutsch, hrsg. von Joachim Adamietz, München, Zürich, 1993
- Kipp, Theodor/ Coing, Helmut*, Erbrecht: Band 5 des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus/ Kipp/ Wolff, 14. A., Tübingen, 1990
- Kirchhof, Paul (Hrsg.)*, EStG-KompaktKommentar: Einkommensteuergesetz, 6.A., Heidelberg u.a., 2006 (zit.: Kirchhof/ *Bearbeiter*)
- Klingelhöffer, Hans*, Pflichtteilsrecht, 2.A., München, 2003
- Kohl, Reinhard*, Ausschluss und Beschränkung von Abfindungsansprüchen nach dem Tod eines Personengesellschafters gegen Pflichtteilsrecht und Zugewinnausgleich, MDR 1995, 865
- Kollhosser, Helmut*, Aktuelle Fragen der vorweggenommenen Erbfolge, AcP 194, 231
- Kuttler, Christian*, Vermögensrechtliche Auswirkungen nachfolgesteuernder Klauseln bei oHG und GmbH für die ausgeschlossenen Erben, Frankfurt a. M. u.a., 1997; zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1996
- Lange, Heinrich/ Kuchinke, Kurt*, Erbrecht: ein Lehrbuch, 5.A., München, 2001
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.A., Berlin u.a., 1991
- Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Besonderer Teil, 12. A., München, 1981
- Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Besonderer Teil, Halbbd. 1, 13. A., München 1986
- Leipold, Dieter*, Anmerkung zu BGH JZ 1994, 1120, JZ 1994, 1121
- Leipold, Dieter*, Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts, AcP 180 (1980), 160
- Link, Philip*, Nießbrauchsvorbehalt und Pflichtteilsergänzung, ZEV 2005, 283
- Loderer, Claudio*, Handbuch der Bewertung: praktische Methoden und Modelle zur Bewertung von Projekten, Unternehmen und Strategien, Zürich, 2005
- Löffler, M./ Glaser, H.*, Die Tätigkeitsvergütung des OHG-Gesellschafters, DB 1958, 754
- Mallinckrodt, Gustav Emil*, Über Unentgeltlichkeit, Leipzig, 1905
- Martens, Klaus-Peter*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), 113
- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter*, Grundgesetz: Kommentar, Loseblattausg., 50. Ergänzungslieferung, Stand Juni 2007 (zit.: Maunz/ Dürig/ *Bearbeiter*)
- Mayer, Norbert*, Fragen der Pflichtteilsergänzung bei vorweggenommener Erbfolge – Gestaltungsmöglichkeiten nach der neuesten Rechtsprechung, ZEV 1994, 325

- Mayer, Norbert*, Pflichtteilsergänzung bei vorweggenommener Erbfolge – Replik auf die Stellungnahme von *Behmer* (FamRZ 1994, 1375), FamRZ 1994, 1376
- Mayer, Norbert*, Probleme der Pflichtteilsergänzung bei Überlassungen im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge, FamRZ 1994, 739
- Mayer, Ulrich*, Der Abfindungsausschluss im Gesellschaftsrecht: pflichtteilsfester Vermögenstransfer am Nachlass vorbei?, ZEV 2003, 355
- Michalski, Lutz*, OHG-Recht: Kommentar zum Recht der offenen Handelsgesellschaften §§ 105 - 160 HGB, Köln u.a., 2000
- Motive, zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich - Amtliche Ausg., Bd. 5, Erbrecht, Berlin, 1888
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, hrsg. von Michael Hoffmann-Becking, 2. A., München, 2004; Bd. 1, BGB-Gesellschaft, offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, hrsg. von Hans Gummert, Bodo Riegger und Lutz Weipert; Bd. 2, Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, stille Gesellschaft, hrsg. von Bodo Riegger und Lutz Weipert (zit.: *MüHdBGesR Band/ Bearbeiter*)
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. von Richardi, Reinhard/ Wlotzke, Otfried, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 2.A., München, 2000 (zit.: *MüHdBArbR-Bearbeiter*)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker, 4. A.; Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AGB-Gesetz, München, 2001; Bd. 2a: Schuldrecht Allg. Teil §§ 241-432, München, 2002, ; Bd. 3: Schuldrecht Besonderer Teil I §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, München 2004; Bd. 4: Schuldrecht Besonderer Teil II §§ 611-704, EFZG, TzBfG, KschG, München, 2005; Bd. 5: Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705-853 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, München, 2004; Bd. 9: Erbrecht §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, München, 2004 (zit.: *MünchKommBGB – Bearbeiter*)
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von Karsten Schmidt, München, 2004, Bd. 2., Zweites Buch - Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, erster Abschnitt - offene Handelsgesellschaft: §§ 105 - 160 (zit.: *MünchKommHGB/ Bearbeiter*)
- Nieder, Heinrich*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. A., München, 2000
- Odersky, Walter*, Gestaltungsfreiheit und gerichtliche Kontrolle, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, hrsg. v. Marcus Lutter und Herbert Wiedemann, Berlin u.a., 1998, S. 103ff.

- Oechsler, Jürgen*, Pflichtteil und Unternehmensnachfolge von Todes wegen, AcP 200 (2000), 603
- Oertmann, Paul*, Entgeltliche Geschäfte, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, hrsg. von Otto Fischer, 23. Band, 3. Heft, München, 1912
- Otte, Gerhard*, Um die Zukunft des Pflichtteilsrechts, ZEV 1994, 193
- Otte, Gerhard*, Das Pflichtteilsrecht – Verfassungsrechtssprechung und Rechtspolitik, AcP 202 (2002), 317
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz (Auszug), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug), 66. A., München, 2007 (zit.: Palandt/ *Bearbeiter*)
- Pentz, Adolf*, Pflichtteilsergänzung bei „gemischten“ Schenkungen, FamRZ 1997, 724
- Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bearb. von Achilles, Spahn, Gebhard u.a., Bd. 5 Erbrecht, Berlin, 1899
- Prütting, Hanns*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München, 1983
- Raiser, Ludwig*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, Karlsruhe, 1960, Bd. 1, S. 101
- Reichgerichtsrätekommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Band V, 2. Teil, 12. A., Berlin 1975 (zit.: RGRK/ *Bearbeiter*)
- Reiff, Peter*, Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und ihre Auswirkungen auf die Ergänzung des Pflichtteils und die Schenkungsteuer, Berlin 1989, zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 1989
- Reiff, Peter*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 30.5.1990 - Pflichtteilsergänzung und Nießbrauchsvorbehalt, FamRZ 1991, 553
- Reiff, Peter*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 8.4.1992 - Pflichtteilsergänzung und Nießbrauchsvorbehalt, FamRZ 1992, 803
- Reiff, Peter*, Anmerkung zu BGH NJW 1992, 2887f., NJW 1992, 2888
- Reiff, Peter*, Nießbrauch und Pflichtteilsergänzung, ZEV 1998, 241
- Reiff, Peter*, Vorweggenommene Erbfolge und Pflichtteilsergänzung, NJW 1992, 2857

- Reuter, Dieter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen: ein Beitrag zum Problem der Gestaltungsfreiheit im Recht der Unternehmensformen, Frankfurt am Main, 1973, zugl.: Bielefeld, Univ., Rechtswiss. Fak., Habil.-Schr., 1972
- Rheinbay, Peter*, Erbverzicht - Abfindung - Pflichtteilsergänzung, Frankfurt am Main, 1983, zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1983
- Röhrich, Volker/ Graf von Westphalen, Friedrich (Hrsg.)*, Handelsgesetzbuch: Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 2. A., Köln, 2001 (zit.: Röhrich/ Graf von Westphalen/ *Bearbeiter*)
- Schaube, Thorsten*, Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen bei der Gründung einer Aktiengesellschaft, Frankfurt, 1997, zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1996
- Schiemann, Gottfried*, Erbrechtliche Folgen familiärer Leistungen, in: Festschrift für Dieter Schwab, 2005, 549
- Schiemann, Gottfried*, Die Renaissance des Erbrechts, ZEV 1995, 197
- Schlüter, Wilfried*, Die Änderung der Rolle des Pflichtteilsrechts im sozialen Kontext; in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band 1, München 2000, Seite 1047
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4.A., Köln u.a., 2002
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln im Schnittpunkt von Gesellschafts-, Vollstreckungs-, Familien- und Erbrecht, FamRZ 1974, 518
- Schmidt, Karsten*, Schenkung von Personengesellschaftsanteilen durch Einbuchung, BB 1990, 1992
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München und Berlin, 1955, 1
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Zum Vertragsproblem, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen, 1974, 3
- Schmitt, Michael*, Gesellschaftsvertrag und Pflichtteilsrecht, Frankfurt am Main u.a., 1994, zugl.: Bonn, Univ., Diss., 1993
- Schneider, Erich*, Wirtschaftlichkeitsrechnung: Theorie der Investition, 7. A., Tübingen, Zürich, 1968
- Schopp, Heinz*, Die Pflichtteilsergänzung, Rechtspfleger 1956, 119

- Sieker, Susanne*, Umgehungsgeschäfte: typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung, Tübingen, 2001
- Soergel, Hans Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begr. von Hs. Th. Soergel, neu hrsg. von W. Siebert; Bd. 2., Allgemeiner Teil. - 2. (§§ 104 - 240), 13.A., Stuttgart, 1999; Bd. 4, 1., Schuldrecht. - 3. - 1. (§§ 516 - 651): Gesetz zur Regelung der Miethöhe ; Verbraucherkreditgesetz, 12.A., Stuttgart, 1998; Bd. 21., Erbrecht. - 1. §§ 1922 - 2063, 13. A., Stuttgart, 2002; Bd. 23., Erbrecht. - 3. §§ 2274 - 2385, 13.A., Stuttgart, 2002 (zit.: *Soergel/Bearbeiter*)
- Spellenberg, Ulrich*, Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen zum Nachteil des Erben oder Pflichtteilsberechtigten, FamRZ 1974, 350
- Spiegelberger, Sebastian*, Risiken bei der Unternehmensnachfolge, Stbg 2002, 245
- Spitaler, Armin/ Niemann, Ursula*, Die Angemessenheit der Bezüge geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH, 7.A., Köln, 1999
- Staub, Hermann [Begr.]/ Brüggemann, Dieter [Bearb.]/ Canaris, Claus-Wilhelm [Hrsg.]*, Handelsgesetzbuch: Großkommentar, Bd. 2., §§ 105 - 237, 4. A., Berlin, 2004 (zit.: *Staub/Bearbeiter*)
- Strätz, Hans Wolfgang*, Rechtspolitische Gesichtspunkte des gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts nach 100 Jahren BGB, FamRZ 1998, 1553
- Sudhoff, Heinrich*, Unternehmensnachfolge, 5. A., München, 2005 (zit.: *Sudhoff/Bearbeiter*, Unternehmensnachfolge)
- Sudhoff, Heinrich*, Gesellschaftsrechtliche Abfindungsklauseln bei Errechnung des Pflichtteils- und Zugewinnanspruchs, NJW 1961, 801
- Teichmann, Arndt*, Die Gesetzesumgehung, Göttingen, 1962
- Thomas, Heinz/ Putzo, Hans*, Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften; Kommentar, 28. A., München 2007 (zit.: *Thomas/ Putzo/Bearbeiter*)
- Tiedau, Erwin*, Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln, MDR 1959, 253
- Tilch, Horst/ Arloth, Frank (Hrsg.)*, Deutsches Rechts-Lexikon in drei Bänden, Bd. 3: Q - Z, 3.A., München, 2001 (zit.: *Deutsches Rechtslexikon/Bearbeiter*)
- von Hoyningen-Huene, Gerrick*, Gesellschafter, „Scheingesellschafter“ oder Arbeitnehmer?, NJW 2000, 3233
- von Jhering, Rudolf*, Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, in JherJb 10 (1871), 245

- von Löwis, Wilhelm, Die aleatorischen Verträge im römischen Recht, Giessen, 1866
- von Staudinger, Julius, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begr. von J. v. Staudinger, hrsg. von Günther Beitzke, Berlin; Erstes Buch, Allgemeiner Teil §§ 134 - 163, Neubearbeitung 2003; Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 516 - 534, Neubearbeitung 2005; Fünftes Buch, Erbrecht §§ 1922 - 1966, Neubearbeitung 2000; Fünftes Buch Erbrecht §§ 2265-2338, Neubearbeitung 2006 (zit.: Staudinger/ *Bearbeiter*)
- von Thur, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Band II 1. Hälfte (Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft), München u.a., 1914
- Wegmann, Bernd, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Pflichtteilsreduzierung, ZEV 1998, 135
- Wegmann, Bernd, Kein Genuß ohne Reue?, MittBayNot 1994, 307
- Weirich, Hans-Armin, Erben und Vererben, Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen Vermögensnachfolge, 5. A., Herne/ Berlin, 2004
- Westermann, Harm Peter, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin u.a., 1970, zugl.: Köln, Univ., Habil-Schrift, 1970
- Westermann, Harm Peter/ Westermann, Harry, Handbuch der Personengesellschaften: Gesellschaftsrecht, Betriebswirtschaft, Unternehmensrechnung, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht, Loseblattsammlung, Stand Juli 2007, Köln 2007 (zit.: Westermann/ *Bearbeiter*)
- Wiedemann, Herbert, Gesellschaftsrecht, Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Bd. 2., Recht der Personengesellschaften, München, 2004 (zit.: Wiedemann, Gesellschaftsrecht II)
- Wiedemann, Herbert, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin, 1965
- Wiedemann, Herbert, Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, hrsg. v. Marcus Lutter und Herbert Wiedemann, Berlin u.a., 1998, 5ff.
- Wiedemann, Herbert, Anmerkung zu BGH JZ 1986, 853 in JZ 1986, 855
- Winkler, Christian, Reduzierung der Ansprüche der bei der Gesellschafternachfolge übergangenen Pflichtteilsberechtigten durch gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln?, BB 1997, 1697
- Wollny, Paul, Unternehmens- und Praxisübertragungen: Kauf, Verkauf, Anteilsübertragung in Zivil- und Steuerrecht, 6.A., Herne u.a., 2005

Zoller, Beat, Schenkungen und Vorempfänge als herabsetzungspflichtige Zuwendungen, unter besonderer Berücksichtigung des Umgehungstatbestandes, Zürich, 1998