

b) Die Vorinstanzen haben diese Grundsätze beachtet und die Eintragung des Wasserbeschaffungsvereins in das Vereinsregister zu Recht abgelehnt. Der Verein verfolgt nach § 2 seiner Satzung jedenfalls überwiegend wirtschaftliche Zwecke. Nach den Feststellungen des AG, welche sich das LG zu eigen gemacht hat, sind an das Leitungsnetz bisher 980 Haushalte mit etwa 3320 Bewohnern angeschlossen. Das Wasserleitungssystem des Vereins soll im Laufe der Zeit noch vergrößert und erweitert werden. Bei der gegebenen Sachlage ist die Annahme gerechtfertigt, daß die Mitglieder des Vereins diesem gegenüber in der Rolle als Kunde gegenüberreten und eine Leistung gegen Entgelt in Anspruch nehmen, die üblicherweise an einem äußeren Markt, z. B. von kommunalen oder privaten Wasserwerken, angeboten wird. Die Würdigung der Vorinstanzen, bei dem Wasserbeschaffungsverein handle es sich um einen unternehmerisch anbietenden Verein mit planmäßig-entgeltlicher Tätigkeit an einem inneren Markt, also um einen wirtschaftlichen Verein, ist nicht zu beanstanden.

**Anm. d. Schriftltg.:** Zur Abgrenzung des Idealvereins vom wirtschaftlichen Verein vgl. *OLG Düsseldorf*, NZG 1998, 273 und *OLG Schleswig*, NJWE-MietR 1997, 40. S. zu diesem Themenkreis auch *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 989 und *LG Frankfurt a. M.*, NJW 1996, 2039 m. Anm. *Jäger*, WiB 1995, 751.

## Unternehmenskauf

### BGH: Inhaltskontrolle von Investitions- und Arbeitsplatzgarantien in Unternehmenskaufverträgen der THA/BvS

#### § 9 I AGBG

**Leitsätze des Gerichts:** 1. Hat sich die Treuhandanstalt/Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben in einem Grundstückskaufvertrag von dem Erwerber versprechen lassen, bestimmte Investitionen zu tätigen und eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen zu schaffen, so verstößt eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Vertragsstrafenregelung, die beide Verpflichtungen nebeneinander durch Vertragsstrafen sichert, dann nicht gegen § 9 I AGBG, wenn die Strafen in ihrer Höhe in einem angemessenen Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes und zu den Folgen für den Vertragspartner stehen.

2. Unter Berücksichtigung des von der Treuhandanstalt/Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben zu ihrer Aufgabenerfüllung verfolgten Zwecks ist es nicht unverhältnismäßig, wenn die Höhe der Strafe an den Umfang der geschuldeten Leistung, deren Erfüllung sie sichern soll, anknüpft und durch ihn nach oben begrenzt wird.

3. Eine unangemessene Benachteiligung ergibt sich grundsätzlich auch nicht aus dem „Summierungsseffekt“, daß die Vertragsstrafen für die Nichteinhaltung von Investitionszusagen und für die Unterlassung, die zugesagten Arbeitsplätze zu schaffen, nebeneinander verwirkt sein können, soweit die Höhe auch dann an das Gewicht der jeweiligen Vertragsverstöße anknüpft und nicht über das hinausgeht, was der Investor bei gehöriger Erfüllung des Vertrages hätte aufwenden müssen.

Urteil vom 3. 4. 1998 – V ZR 6/97 (OLG Stuttgart)

**Sachverhalt:** Der Bekl. war Geschäftsführer der B. O.-GmbH (im folgenden: GmbH) über deren Vermögen Anfang 1994 das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet wurde. Sie betrieb ihr Unternehmen in Räumen, die sie von einer Gesellschaft der Treuhandanstalt, der Namensvorgängerin der Kl., gemietet hatte. Die Treuhandanstalt (THA) bot das Gebäudegrundstück Mitte 1992 der GmbH zum Kauf an. Im September 1992 wurde auf die Geschäftsräume ein Brandanschlag verübt, der erheblichen Schaden anrichtete.

Mit notariellem Vertrag vom 20. 10. 1992 kaufte der Bekl. das Grundstück für 489 048,- DM. Sowohl die GmbH als auch der

persönlich verpflichteten sich in dem Vertrag gesamtschuldnerisch, in das Sachanlagevermögen der GmbH bis zum 31. 12. 1995 insgesamt mindestens 1 500 000 DM, davon wenigstens 600 000 DM innerhalb von zwei Jahren, zu investieren. In § 8 des Vertrages heißt es:

„(2) Werden die Investitionen in der bezeichneten Frist nicht oder nur teilweise durchgeführt, verirken der Käufer und der Betreiber – gesamtschuldnerisch – wegen nicht fristgerechter durchgeführter Investitionen eine Vertragsstrafe in Höhe der Differenz zwischen zugesagter und tatsächlicher Investition. ...“

(3) Die Vertragsstrafe wird nicht verwirkt, wenn das Nichterreichen der Investitionshöhe auf zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses nicht vorhersehbaren dringenden betrieblichen Erfordernissen beruht. ...“

Außerdem verpflichteten sich die GmbH und der Bekl. gesamtschuldnerisch, auf dem Kaufgrundstück ab dem 1. 1. 1993 mindestens 34 und ab dem 1. 1. 1994 mindestens 52 Vollarbeitsplätze zu besetzen und mindestens bis zum 31. 12. 1997 ständig besetzt zu halten. Weiterhin heißt es in dem dies regelnden § 9 des Vertrages:

„(3) Kommen der Käufer und der Betreiber ihren Verpflichtungen gemäß Abs. 1 nicht nach, verirken sie – gesamtschuldnerisch – pro Jahr pro nicht besetzten Arbeitsplatz eine Vertragsstrafe in Höhe von 20 000,- DM. ...“

(5) § 8 III gilt entsprechend.“

Die Geschäftsentwicklung der GmbH verlief negativ. Der Brandschaden wurde erst im Sommer 1993 – auf der Basis eines Vergleichs – reguliert. Die Investitions- und Arbeitsplatzzusagen wurden nicht eingehalten.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten im Wege der Teilklage 150 000 DM nebst Zinsen wegen Verletzung der Investitionszusage und 150 000 DM nebst Zinsen wegen Nichteinhaltung der Arbeitsplatzzusage im Jahre 1993. Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen.

#### Aus den Gründen: I. ...

II. ... 2. Ohne Erfolg wendet sich [die Revision] gegen die Annahme, die die Zusagen sichernden Vertragsstrafenversprechen seien vorformulierte Vertragsbestimmungen im Sinne des § 1 I AGBG.

a) AGB liegen vor, wenn für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen zur Anwendung kommen, die von einer Vertragspartei gestellt worden sind (§ 1 I 1 AGBG). Vorformuliert sind die Bedingungen schon dann, wenn sie für eine mehrfache Verwendung aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert sind (vgl. nur *BGH*, NJW 1988, 410; *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 8. Aufl., 1997, § 1 Rdn. 20 f.). Sie sind für eine Vielzahl von Verträgen aufgestellt, wenn sie entweder für eine bestimmte Zahl künftiger Verwendungen bestimmt sind (*Ulmer*, aaO, Rdn. 24, m. w. Nachw.) oder für eine nicht ganz unbedeutende Zahl bestimmter Fälle (vgl. *Ulmer*, aaO, Rdn. 25). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

Die Revision räumt selbst ein, daß die Treuhandanstalt wegen des immer wiederkehrenden gleichen Regelungsinteresses – schon im Hinblick auf die begrenzten sprachlichen Variationsmöglichkeiten – gehalten war, vorformulierte Vertragsbestimmungen zu verwenden. Das führt zwangsläufig zu gewissen Standardisierungen. Nicht von Bedeutung ist dabei, ob das hier verwendete Vertragsmuster als Ganzes den Anforderungen des § 1 I AGBG genügt. Entscheidend ist vielmehr, ob die einzelnen Vertragsklauseln, hier also die Vertragsstrafenversprechen, die Voraussetzungen dieser Norm erfüllen. Davon ist das *BerGer.* zu Recht ausgegangen.

Bis Ende 1993 hat man etwa 11 700 Verträge mit Arbeitsplatzzusagen und 11 500 Verträge mit Investitionszusagen gezählt. Überwiegend wurden diese Zusagen durch Vertragsstrafenversprechen abgesichert (*Preu*, DStR 1994, 1265, 1266). Dabei mögen zwar Abweichungen in der Formulierung aufgetreten sein, inhaltlich besteht aber – und darauf kommt es an (*Schäfer*, in: *v. Westphalen*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, AGB der Treuhandanstalt, Stand Mai 1994, Rdn. 7; *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, 3. Aufl., 1995 § 1 Rdn. 15; *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 8. Aufl., 1997 § 1 Rdn. 24) – im wesentlichen eine Gleichartigkeit, wie die aus der Rechtsprechung bekannten und in der Literatur wiedergegebenen Beispielsfälle

zeigen (vgl. OLG Dresden, OLG-Report 1997, 97; OLG Hamm, DtZ 1996, 351f.; OLG Brandenburg, VIZ 1996, 735; OLG Hamburg, OLG-Report 1997, 187; Schäfer, aaO, Rdn. 7 und Rdn. 29; Weimar, Nachprivatisierungsprobleme, 1992, S. 32; Kiethe, Nachverhandlungen mit der Treuhandanstalt, 1994, Rdn. 277ff.; ders., VIZ 1993, 382, 383; Ebbing, Die Verkaufspraxis der Treuhandanstalt, 1995, S. 276; Drygalski, in: Immobilienhandbuch Ost, 2. Aufl., S. 31; Scheifele, BB 1991, 557, 561; Wächter/Kaiser/Krause, WM 1992, 293, 300; Zeuner, ZIP 1993, 1365, 1367; Wächter, ZAP-Ost, Fach 15, S. 181, 184). Typischer Regelungsgehalt ist, daß den Käufer für den Fall der Nichteinhaltung zugesicherter Investitionen ausgleichende Zahlungspflichten in Höhe von 10% bis 100% der nicht erbrachten Leistungen treffen (Ebbing, Die Verkaufspraxis der Treuhandanstalt, S. 368). Im Rahmen von Arbeitsplatzzusagen versprochene Vertragsstrafen betragen für jeden zu wenig beschäftigten Arbeitnehmer 2000,- DM bis 3000,- DM pro Monat (OLG Köln, VIZ 1995, 546; Ebbing, aaO) oder 10000 DM bis 35000 DM pro Jahr (OLG Dresden, OLG-Report 1997, 97; OLG Hamm, DtZ 1996, 251, 352; Weimar, DStR 1993, 63, 65; Messerschmidt, WiB 1994, 377, 378). Zuweilen wurde auch ein bestimmter Prozentsatz der durchschnittlichen Lohnkosten zugrunde gelegt (OLG Hamburg, OLG-Report 1997, 187). Inhaltlich sind diese Regelungen, auch was die Höhe der versprochenen Strafen anbelangt, dem im Streitfall vereinbarten Vertragsstrafensprechen gleichartig.

b) AGB liegen gleichwohl nicht vor, soweit Vertragsbestimmungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt worden sind (§ 1 II AGBG). Das setzt voraus, daß der Verwender, hier also die Kl., den Kerngehalt seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt. Dieser muß die reale Möglichkeit erhalten, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (BGHZ 85, 305, 308 = NJW 1983, 385; BGH, NJW-RR 1986, 54 f.; vgl. auch BGHZ 104, 232, 236 = NJW 1988, 2465). In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Zwingend ist das indes nicht. Bleibt es nach gründlicher Erörterung bei dem vorformulierten Text, weil der Betroffene nunmehr von der sachlichen Notwendigkeit überzeugt ist, so kann der Vertrag als das Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden. Voraussetzung dafür ist aber, daß der Verwender grundsätzlich zu einer Abänderung der Klausel bereit war und daß dies dem Geschäftspartner bei Abschluß des Vertrages bewußt war (BGH, NJW 1977, 624, 625; BGH, ZIP 1986, 1466 = NJW 1987, 144; BGH, NJW 1988, 410).

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß im konkreten Fall ein Aushandeln der an sich vorformulierten Bedingungen stattgefunden hat, obliegt dem Verwender (BGHZ 83, 56, 58 = NJW 1982, 1035; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 62, m. w. Nachw.). Entgegen der Auffassung der Revision läßt der Sachvortrag der Kl. nicht darauf schließen, daß die Klauseln über die Vertragsstrafe, gemessen an den dargestellten Voraussetzungen, ausgehandelt worden sind. Sie hat zwar Verhandlungsbereitschaft behauptet und unter Beweis gestellt, nicht jedoch, daß dies dem Bekl. bewußt war. Auch die Umstände lassen darauf nicht schließen. Im Gegenteil, die Kl. selbst hat vorgebracht, daß in Fällen, in denen er Käufer nicht anwaltlich vertreten war, „die Wahrscheinlichkeit von Änderungen“ sich „logischerweise reduzierte“. Ein Aushandeln der Vertragsstrafebestimmungen wird entgegen der Meinung der Revision auch nicht dadurch belegt, daß über den Kaufpreis und über die Modalitäten der Investitionen verhandelt worden ist. Zwar besteht zwischen den zugesagten Investitionen und der Vertragsstrafe insoweit ein Zusammenhang, als sich die Strafe an dem vorgesehenen Investitionsvolumen ausrichtet. Ein Verhandeln über die Modalitäten der Investitionen hat jedoch nicht automatisch zur Folge, daß auch die Vertragsstraferegelung zur Disposition steht. Allenfalls hinsichtlich der Höhe kommt eine Wechselwirkung in Betracht. Der Kerngehalt der Klausel bleibt davon aber unberührt. Das genügt nicht für ein Aushandeln im Sinne des § 1 II AGBG (vgl. BGH, NJW 1991, 1678, 1679).

3. Nicht gefolgt werden kann dem *BerGer.* hingegen insoweit, als es die Vertragsstrafeklauseln unter dem Gesichtspunkt des § 9 I AGBG für unwirksam erachtet.

Nach dieser Vorschrift sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH vor, wenn der Verwender der Klausel mißbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die des Vertragspartners von vornherein hinreichend zu berücksichtigen (BGHZ 90, 280, 284 = NJW 1984, 1531; BGH, NJW 1993, 1133, 1134; BGH, NJW 1997, 3022, 3023). Dabei ist ein genereller Prüfungsmaßstab, eine von den Besonderheiten des Einzelfalls losgelöste, typisierende Betrachtungsweise zugrunde zu legen (BGHZ 105, 24, 31 = NJW 1988, 2536; BGH, NJW 1996, 2155, 2156). Die hier getroffenen Vertragsstraferegelungen halten einer an den vorgenannten Kriterien ausgerichteten Überprüfung stand.

a) Nach § 9 II Nr. 1 AGBG ist ein unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Das kommt in Betracht, weil nach der gesetzlichen Regelung (§ 339 BGB) die Verwirkung einer Vertragsstrafe an ein Verschulden des Verpflichteten geknüpft ist (vgl. BGH, WM 1973, 388; BGHZ 72, 174, 178 = NJW 1979, 105). Die hier vereinbarten Klauseln erwähnen dieses Erfordernis nicht – jedenfalls nicht ausdrücklich. Eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe weicht von dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab. Sie kann daher durch AGB – auch im kaufmännischen Verkehr – nur dann wirksam vereinbart werden, wenn gewichtige Umstände vorliegen, welche die Regelung trotz der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht mit recht und Billigkeit noch vereinbar erscheinen lassen (BGH, NJW 1985, 57, m. w. Nachw.). Ob solche Umstände hier gegeben wären, kann dahinstehen, da eine Auslegung der Klauseln ergibt, daß das Verschuldenserfordernis nicht abbedungen werden sollte.

Dem Schweigen der Klausel kommt dabei – entgegen einer im Schrifttum geäußerten Meinung (Schäfer, in: v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, AGB der Treuhandanstalt, Stand Mai 1994, Rdn. 47; Kiethe, Nachverhandlungen mit der Treuhandanstalt, 1994, Rdn. 385; Kiethe/Imbeck, ZIP 1994, 1250, 1252) – keine entscheidende Bedeutung zu. Ebensogut kommt in Betracht, daß die Klausel stillschweigend das gesetzliche Leitbild – als selbstverständlich – voraussetzt (vgl. Ebbing, Die Verkaufspraxis der Treuhandanstalt, 1995, S. 366). Von letzterem ist hier schon deswegen auszugehen, weil die Vertragsstrafeklauseln eine Modifizierung des allgemeinen Verschuldensmaßstabs enthalten. Die Strafe soll nämlich nicht verwirkt sein, wenn die Nichterfüllung der Investitions- und Arbeitsplatzzusagen auf nicht vorhersehbaren dringenden betrieblichen Erfordernissen beruht (§§ 8 III, 9 V des Vertrages). Eine solche Regelung setzt eine grundsätzlich verschuldensabhängige Haftung voraus. Sie begegnet auch inhaltlich keinen Bedenken, da sie der gesetzlichen Wertung in § 14 II 2 InVorG entspricht. Die Beweislastverteilung weicht ebenfalls nicht von der gesetzlichen Konzeption ab (§§ 339 S. 1, 285 BGB; vgl. BGHZ 33, 163, 165 = NJW 1960, 2332; BGH, NJW 1972, 1893, 1896; MünchKomm-BGB/Gottwald, 3. Aufl., 1994, § 339 Rdn. 16, 17).

b) Ein Verstoß gegen § 9 I AGBG ergibt sich nicht aus der Höhe der vereinbarten Vertragsstrafen. Von einer unangemessen hoch angesetzten Strafe, die die Unwirksamkeit zur Folge hat, ist auszugehen, wenn die Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes und zu dessen Folgen für den Vertragspartner steht (vgl. BGH, WM 1994, 1121, 1127; BGH, JZ 1997, 1122). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

Der Gesetzgeber hat die Vertragsstrafe mit einer doppelten Zielrichtung geschaffen (BGHZ 85, 305, 312 = NJW 1983, 385). Zum einen soll sie als Druckmittel den Schuldner zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung anhalten (BGHZ 33, 236, 237 = NJW 1961, 115, 49, 84, 89 = NJW 1968, 149, 63, 256, 259 = NJW 1975, 163; 85, 305, 313 = NJW 1983, 385). Zum anderen eröffnet sie dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis (BGHZ 63, 256, 259 f.; 72, 222, 228 = NJW 1979, 212; 85, 305, 313). Bei den von der Treuhandanstalt vorgenommenen Verkäufen geht es allein um das Ziel, die Erfüllung sicherzustellen (Kiethe, Nachverhandlungen mit der Treuhandanstalt, 1994,

Rdn. 389). Zur Verfolgung dieses Zwecks ist es sachgerecht und nicht unverhältnismäßig, wenn die Höhe der Strafe an den Umfang der geschuldeten Leistung anknüpft und durch ihn nach oben begrenzt wird. Das ist hier der Fall. Der Bekl. schuldet bei Verwirkung der Vertragsstrafen wirtschaftlich nicht mehr, als er bei gehöriger Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen an Leistungen zu erbringen gehabt hätte. Hinsichtlich der Investitionszusage bedarf das keiner näheren Begründung. Hinsichtlich der Arbeitsplatzzusage ist davon nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die auch die Revisionserwiderung nicht in Zweifel zieht, ebenfalls auszugehen.

c) Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 9 I AGBG tritt entgegen der Auffassung des *BerGer.* auch nicht durch den „Summierungeffekt“ ein.

aa) Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, daß die Vertragsstrafen zur Sicherung der Investitionszusage und der Verpflichtung zur Schaffung von Arbeitsplätzen nebeneinander vereinbart sind. Daran ist der *Senat* gebunden. Führt die Unterlassung von Investitionen dazu, daß zugleich die Arbeitsplatzzusage nicht erfüllt wird, so werden folglich zwei Strafen verwirkt. Eine solche Vereinbarung steht nicht im Widerspruch zu Grundgedanken gesetzlicher Regelungen. Daß dadurch die Zahlungsverpflichtung des Bekl. in der Summe einen sehr hohen Betrag erreichen kann, führt nicht dazu, daß die Sanktion unverhältnismäßig ist. Denn die Strafen knüpfen, auch wenn sie nebeneinander verwirkt werden, an das Gewicht der jeweiligen Vertragsverstöße an. Sie gehen auch dann nicht über das hinaus, was der Bekl. bei gehöriger Erfüllung des Vertrages hätte aufwenden müssen. Wenn ein Nebeneinander der Primärleistungsversprechen unbedenklich ist, stellen die über das Erfüllungsinteresse nicht hinausgehenden Vertragsstrafen keine unangemessene Benachteiligung dar (vgl. *Ebbing*, Die Verkaufspraxis der Treuhandanstalt, 1995, S. 368 f; *Messerschmidt*, WiB 1994, 377, 380; a. A. *Kiethe*, Nachverhandlungen mit der Treuhandanstalt, 1994, Rdn. 393; *ders.* BB 1994, 7, 13; *Kiethe/Imbeck*, ZIP 1994, 1250, 1252).

bb) Eine unangemessene Benachteiligung ergibt sich auch nicht dadurch, daß der Treuhandanstalt zusätzlich ein Rücktrittsrecht eingeräumt ist. Diese Koppelung war für die der Treuhandanstalt übertragene Aufgabe zweckdienlich und sachgerecht (vgl. *Ebbing*, aaO, S. 369). Wäre nur ein Rücktrittsrecht vereinbart worden, hätte sich das wirtschaftliche Unternehmerrisiko auf die Treuhandanstalt verlagert: Im Falle des Scheiterns müßte sie nicht nur das Grundstück zurücknehmen, sondern auch den Kaufpreis zurückzahlen; das Unternehmen wäre wirtschaftlich nicht betroffen. Eine Vertragsstrafenregelung ohne hinzutretende Rücktrittsmöglichkeit beeinträchtigte die Interessen möglicher Restitutionsberechtigter (vgl. § 12 des Kaufvertrages), an die das Grundstück bei einem Scheitern des Investitionsvorhabens rückübertragen werden müßte (vgl. auch § 11 II 2 InVorG).

d) Für die Haftung des Bekl. spielt es keine Rolle, daß nicht er, sondern die GmbH Betreiber des Unternehmens war. Denn er hat das Geschäftsgrundstück erworben und sich als Vertragspartner der Treuhandanstalt – gesamtschuldnerisch mit der GmbH – zur Vornahme der Investitionen und zur Schaffung der Arbeitsplätze verpflichtet, wozu ihm aufgrund seiner Stellung in der GmbH auch die Möglichkeiten gegeben waren. Die Vereinbarung der Vertragsstrafen begegnet unter diesen Umständen keinen Bedenken.

III. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

1. Nach §§ 8 III, 9 V des Vertrages ist die Strafe nicht verwirkt, wenn die Nichterfüllung der Verpflichtungen auf zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses nicht vorhersehbaren dringenden betrieblichen Erfordernissen beruht. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Von dem Ausschlußbestand sind bei verständiger Würdigung nicht die typischen Risiken des Investors erfaßt. Wenn sich somit die wirtschaftliche Entwicklung in der Region nicht wie erwartet gestaltet hat, so verwirklicht sich das unternehmerische Risiko, von dem der Bekl. und die GmbH nicht befreit werden sollten. Auch die zögerliche und nicht vollständige Regulierung des Brandschadens stellt keinen unvorhersehbaren, auf betrieblichen Erfordernissen beruhenden Umstand dar. Der Brandschaden war bei Abschluß des Vertrages bekannt. Seine versicherungsrechtliche Abwicklung lag im Risikobereich der GmbH und des Bekl.

Die Zuordnung zum Risikobereich des Beklagten und der GmbH hindert auch die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (vgl. auch *Horn*, DB 1995, 359, 363).

2. Da die Kl. nur einen – in jedem Fall begründeten – Teilspruch geltend macht, bedarf es keiner Prüfung, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine Herabsetzung der Strafe in Betracht kommt (§ 343 BGB).

**Anm. d. Schriftlgt.:** S. dazu den Aufsatz von *Kiethe*, NZG 1998, 569 (in diesem Heft).

## Steuer- und Bilanzrecht

### BFH: Vergütung und Gewinnbeteiligung als vGA

§ 8 III 2 KStG

**Leitsätze des Gerichts:** 1. Im allgemeinen ist von einer vGA auszugehen, wenn die Kapitalgesellschaft und ihr beherrschender Gesellschafter die Bemessungsgrundlage für eine zu zahlende Vergütung nicht dergestalt festlegen, daß diese allein durch Rechengänge ermittelt werden kann.

2. Vereinbarten Kapitalgesellschaft und beherrschender Gesellschafter lediglich, daß der Gesellschafter eine „angemessene“ Vergütung erhalten soll, so ist die gezahlte Vergütung eine vGA.

3. Das gilt auch, wenn die Vertragsparteien die Ermittlung der „angemessenen“ Vergütung dem gemeinsamen Steuerberater überlassen.

4. Vereinbart eine Kapitalgesellschaft mit ihrem Gesellschafter erst im Laufe eines Veranlagungszeitraumes die Zahlung einer Gewinnbeteiligung, so ist diese grundsätzlich zur Vermeidung einer vGA zeitanteilig zu kürzen.

5. Wird eine Beteiligung vor Fälligkeit ausbezahlt, so ist der Verzicht auf eine angemessene Verzinsung eine vGA.

Urteil vom 17. 12. 1997 – I R 70/97 (FG Berlin)

**Sachverhalt:** Die Kl. ist eine GmbH. Alleingesellschafter und alleiniger Geschäftsführer war in den Streitjahren 1990 bis 1992 D, der zugleich Inhaber eines Einzelunternehmens (EU) war. Zwischen dem EU und der Kl. bestand eine sog. Betriebsaufspaltung.

1. Die Kl. und D schlossen am 17. 12. 1986 einen Geschäftsbesorgungsvertrag. Danach übernahm das EU die gesamte kaufmännische und technische Verwaltung der Kl. Zu diesem Zweck stellte die Kl. dem Geschäftsbesorger fünf Arbeitnehmer zur Verfügung. Nach § 4 des Geschäftsbesorgungsvertrages wurde die Jahresvergütung für die Geschäftsbesorgung zunächst auf 360 000,- DM festgesetzt. Nach Ablauf des Geschäftsjahres 1987 sollte der gemeinschaftliche Steuerberater von D und der Kl. eine mit Begründung versehene Erklärung darüber abgeben, ob sich dieser vorläufig angenommene Betrag oder ein anderer, vom Berater festzulegender Betrag als angemessene Gegenleistung der Kl. für die Tätigkeit des EU darstellt. Dabei hatte der Steuerberater zu berücksichtigen, daß der gesamte Sachaufwand der kaufmännischen und technischen Verwaltung von der Kl. zu tragen war, Raumkosten nicht anfallen, die von der Klägerin zu erstattenden Personalkosten mit einem angemessenen Gemeinkostenzuschlag zu versehen waren und für den Geschäftsbesorger ein angemessener Gewinn zu erwirtschaften war, der 60 000,- DM p. a. nicht überschreiten sollte.

Auf dieser vertraglichen Grundlage berechnete der Steuerberater jährliche Geschäftsbesorgungsvergütungen in Höhe von 563 966,- DM (1990), 668 000,- DM (1991) und 777 032,- DM (1992). Dabei setzte er sämtliche Löhne und Gehälter des EU nach Abzug von Sachbezügen, Gemeinkostenzuschläge von 42%, 41% bzw. 59,2% sowie Gewinnzuschläge in Höhe von 60 000,- DM (1990), 71 541,- DM (1991) und 83 253,- DM (1992) an. Der Gemeinkostenzuschlag deckte jeweils – abgesehen von geringfügigen und zahlenmäßig nicht nachvollziehbaren prozentualen Ab- und Zuschlägen – die dem EU entstandenen Gemeinkosten.