

Bernd Kuckenburg/  
Renate-G. Perleberg-Kölbel

## Ist das In-Prinzip noch zu halten?

(Weitere Anmerkungen zu BVerfG,  
Beschlüsse vom 7. 10. 2003, FamRZ 2003,  
1821 = FuR 2003, 507)

### I. Ausgangssituation

1. Unproblematisch ist bei der Frage der Leistungsfähigkeit in Hinblick auf die Einkommensteuer nur, daß sie einen Abzugsposten darstellt.<sup>1</sup>

Herrschende Meinung in der Rechtsprechung ist zweifelsohne das »In-Prinzip«.<sup>2</sup>

Mit dem Terminus »In-Prinzip« wird im Familienrecht allgemein das Zu- und Abflußprinzip umschrieben. Als Abzugsposten wird bei der Berechnung des Nettoeinkommens die tatsächliche Einkommensteuerzahlung, Vorauszahlung und Nachzahlung, als Einkommensminderung nur in dem Kalenderjahr berücksichtigt, in dem diese tatsächlich geleistet werden (strenges Abschlußprinzip).<sup>3</sup>

Die Rechtsprechung hat dieses Prinzip aber nicht immer konsequent zur Anwendung gebracht. So hat der BGH<sup>4</sup> eine fiktive Steuerberechnung in einem Fall zugelassen, in dem der steuerpflichtige Unterhaltsschuldner erhebliche Verluste aus einem Bauherrenmodell aufzuweisen hatte.

Auch hat die Rechtsprechung stets eine fiktive Steuerberechnung vorgenommen bei der Wahl ungünstiger Steuerklassen und bei der Nichtausschöpfung steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten.<sup>5</sup>

Auch in anderem familienrechtlichen Kontext wird eine fiktive Steuerberechnung angenommen. Durchlässig wird die latente Steuerlast bei der Unternehmensbewertung in Abzug gebracht, ohne daß der Steuertatbestand verwirklicht ist.<sup>6</sup>

Das In-Prinzip ist insbesondere wegen der Manipulationsmöglichkeiten kritisiert worden.

#### Ein Fallbeispiel:

Ein Unternehmer zahlt in der Gründungsphase seines Unternehmens von 2000 bis 2002 keine Einkommensteuer. Im vierten Jahr ergeht der Einkommensteuerbescheid für die Jahre 2000 und 2001 und nachträgliche Vorauszahlungen für 2002 und 2003 werden gefordert. Die Zahlungen werden ausschließlich 2004 erbracht.

Diese Fallkonstellation, die aus einer Gutachtenerstellung stammt, führte zu keinerlei Berücksichtigung von Steuerzahlungen im relevanten Prüfungszeitraum 2000 bis 2003.

2. Das Für- (auch Ist-)Prinzip genannt geht demgegenüber von der steuerlich ermittelten Steuerlast aus. Teilweise wird eine fiktive Steuerberechnung verlangt.<sup>7</sup>

Dem ist teilweise auch die Rechtsprechung gefolgt.<sup>8</sup>

3. Sicherlich ist Unterhaltsrecht nicht ohne intime Kenntnisse der Querschnittsmaterie Steuerrecht handbar.<sup>9</sup>

In einer weiteren Anmerkung zu dieser BVerfG-Entscheidung führen Heinke und Viefheus<sup>10</sup> aus, daß mit Hilfe von Steuertabellen etc. eine Unterhaltsberechnung leicht vorzunehmen ist.<sup>11</sup>

Die Autoren weisen aber gleichzeitig darauf hin:

Für einen Prozeß wird sich die Frage stellen, ob alle steuerlichen Auswirkungen von den Gerichten in eigener Sach- und Fachkunde ermittelt werden können, oder ob aufwendige Gutachten die Unterhaltsprozesse weiter verteuern werden.<sup>12</sup>

Man mag nun viel darüber spekulieren können, ob dem beratenden Rechtsanwalt oder dem Richter die Möglichkeit eingeräumt ist, derartige Berechnungen vorzunehmen. Die Erfahrung der Verfasser als Gerichtsgutachter kann dies aber nicht bestätigen.

1 Wendl/Staudigl, § 1, Rdn. 458

2 Vgl. beispielsweise Leitlinien der süddt. Familiensenate, 1,7; OLG Köln, 1,7, NJW, unterhaltsrechtliche Leitlinien u. Tabellen der OLG, S. 8, 51; Fischer-Winkelmann, Ermittlung der unterhaltsrechtlich anrechenbaren Steuerlast bei Selbständigen: Faktische Steuerzahlung versus fiktive Steuerberechnung?, FamRZ 1993, S. 880 ff, 882 m. div. Rechtsprechungshinweisen

3 Kuckenburg, Der Selbständige im familienrechtlichen Verfahren, S. 169 ff

4 FamRZ 1987, S. 36, 37

5 OLG Hamm, FamRZ 2000, S. 311, OLG Schleswig, FamRZ 2000, S. 825 f

6 BGH, NJW 1999, S. 1559

7 Fischer-Winkelmann, aaO, S. 884 ff; Kuckenburg, aaO, S. 171 f

8 OLG Celle, FuR 2001, S. 509, 511; ablehnend BGH, FamRZ 2003, S. 741, 743 f

9 Weychert, FamRZ 1988, S. 929; Schürmann in Anm. BVerfG, aaO, FamRZ 2003, S. 1825

10 Heinke u. a. ZFE 2003, S. 356

11 Heinke u. a., aaO, S. 359

12 Heinke u. a., aaO

## II. Führt die Entscheidung des BVerfG nicht dazu, insgesamt das In-Prinzip nicht mehr anwenden zu können?

Mit seiner Entscheidung betont das BVerfG, daß der sog. »Splittingtarif« nur eine bestehende Ehe bzw. Erwerbsgemeinschaft fördern dürfe.

Dieses Ziel wird nach dem BVerfG im Ergebnis dadurch wieder zunichte gemacht, daß diese Förderung im Wege der Anrechnung der Vorteile aus diesem Tarif bei der Unterhaltsberechnung einbezogen wird.

Das BVerfG gibt damit vor, bei Unterhaltsberechnungen auf ein »fiktives« Einkommen des Unterhaltsverpflichteten zurückzugreifen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich Vorteile aus dem Splittingtarif ergeben.

Das gleiche gilt auch für Steuererstattungen im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung.

### Was bedeutet diese Vorgabe konkret bei der Unterhaltsberechnung, bei der die persönliche Einkommensteuer des Unterhaltsverpflichteten einen unterhaltsrechtlichen Abzugsposten darstellt?

Bei der Berechnung des Nettoeinkommens gelten als Abzugsposten nach dem In-Prinzip die tatsächliche Einkommensteuerzahlung, die Voraus- und die Nachzahlung.

Eine Berücksichtigung erfolgt in dem Kalenderjahr, in dem die tatsächliche Leistung erbracht wird (strenges Abflußprinzip).

Die Rechtsprechung geht bislang – dem In-Prinzip folgend – von der tatsächlichen Besteuerung und nicht von der fiktiven Steuerlast aus.

Zur Begründung verweist sie auf die für den Tatrichter »kaum praktisch lösbare Frage der Steuerermittlung«.

Eine fiktive Steuerberechnung kam nach der Rechtsprechung lediglich iVm Verlusten aus Abschreibungsgesellschaften, bei der Wahl ungünstiger Steuerklassen und bei der Nichtausschöpfung steuerrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zum Tragen.

Dieses bislang von den Tatrichtern praktizierte In-Prinzip widerspricht der periodengerechten Abgrenzung bei der Gewinnermittlung in Form der Bilanzierung und dürfte zugleich auch ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip darstellen, weil deutsche Steuergesetze nicht umgesetzt und angewandt werden.

Mit der eingangs erwähnten Entscheidung des BVerfG wird offenbar das Ende des In-Prinzips eingeläutet

und dem Prinzip der periodengerechten Abgrenzung endlich genüge getan.

Unabhängig hiervon werden manifolde Manipulationsmöglichkeiten Riegel vorgeschoben.

Zukünftig muß für die Unterhaltsberechnung auf ein fiktives Einkommen des Unterhaltsverpflichteten zurückgegriffen werden.

Dies hat zur Folge, daß für den Unterhaltspflichtigen nur das Nettogehalt ermittelt wird, das er ohne den Vorteil des Splittingtarifs hätte.

So darf z. B. der Vorteil aus der Steuerklasse III, der Ausfluß des Splittingtarifs ist, nicht mehr zugrunde gelegt werden, sondern nur das Nettogehalt, das bei Einstufung in Steuerklasse IV sich ergeben würde.

Weiterhin ist zu überprüfen, ob und in welcher Höhe sich Steuererstattungen im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung auswirken.

Zu berechnen ist hier, ob und in welcher Höhe in der Erstattung finanzieller Vorteile in Folge der gemeinsamen Veranlagung erzielt werden. Folglich ist zu ermitteln, welche Einkommensteuererstattung der Unterhaltspflichtige bei getrennter Veranlagung erhalten hätte.

Dieser fiktiv berechnete Erstattungsbetrag ist dann dem Einkommen hinzuzurechnen, nicht der tatsächlich vom Finanzamt erstattete Betrag.

### Resümee

In Zukunft kommen auf die familienrechtlichen Berater neue Aufgaben zu, die zum Teil mit erheblichen Haftungsrisiken belastet sind.

Ohne die Hilfe Fachkundiger in Steuersachen werden diese Aufgaben schwerlich zu lösen sein und auch der Tatrichter wird künftig um die Unterstützung eines Sachverständigen nicht mehr umhin kommen.

Dies gilt insbesondere deshalb, weil das BVerfG<sup>13</sup> deutlich gemacht hat, daß Praktikabilitätserwägungen es nicht rechtfertigen, auf die Unterhaltsberechnung und hier in concreto die fiktive Steuerberechnung zu unterlassen.

Das BVerfG führt aus:

»Auch im übrigen ist aber eine etwas schwierigere, jedoch mögliche und durch Technik und Programme unterstützte Berechnung kein hinreichender Grund, Steuervorteile in Abweichung von der gesetzgeberischen Absicht zuzuordnen«.

<sup>13</sup> BVerfG aaO, S. 1824

Das BVerfG fordert eindeutig eine fiktive Steuerberechnung, die systematisch ausschließlich auf das Für-Prinzip »aufgesattelt« werden kann.

Im übrigen wird in diesem Kontext eine Nichtanwendung des Steuerrechts zu einem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip führen.

Das In-Prinzip wird deshalb nicht zu halten sein.

*RA/vBP Bernd Kuckenburger und  
RAin Renate-G. Perleberg-Kölbel,  
FAe für Steuerrecht,  
Lister Damm 2, 30163 Hannover*

*Sabine Jungbauer*

## Aktuelle BGH-Rechtsprechung, 4. Teil – Vergleich über nicht rechtshängige Ansprüche in der Berufungsinstanz

Eine weitere Entscheidung des BGH ist für die anwaltliche Praxis von nicht unerheblicher Bedeutung. Es herrscht Einigkeit darüber, daß bei Erledigung nicht rechtshängiger Ansprüche in 1. Instanz durch Vergleich aus dem Wert dieser Ansprüche eine  $\frac{15}{10}$  Vergleichsgebühr (Achtung: Anwendung des § 13 III BRAGO prüfen!) entsteht.<sup>1</sup> Strittig war die Rechtsprechung jedoch darüber, ob in der Berufungsinstanz in derartigen Fällen von einer  $\frac{19,5}{10}$  Vergleichsgebühr ( $\frac{3}{10}$  Erhöhung aus  $\frac{15}{10}$  für die Berufungsinstanz nach § 11 I 4 BRAGO =  $\frac{4,5}{10}$ ;  $\frac{4,5}{10} + \frac{15}{10} = \frac{19,5}{10}$ ) aus dem Wert der nicht rechtshängigen Ansprüche, die mit dem Vergleich erledigt werden, ausgegangen werden kann. Mit Beschluß vom 17. 9. 2002,<sup>2</sup> hat der BGH entschieden, daß die Vergleichsgebühr, die bei Abschluß eines Vergleichs über nicht rechtshängige Ansprüche entsteht, **nicht auf  $\frac{19,5}{10}$  zu erhöhen** ist. Es bleibt auch hier bei einer  $\frac{15}{10}$  Gebühr. Damit hat sich der BGH einer Minderauffassung angeschlossen.

Weiter hat der BGH in diesem Beschluß entschieden, daß eine Prozeßdifferenzgebühr nur in den Fällen berechnet werden kann, in denen die Streitigkeit »nach dem dem Rechtsanwalt erteilten Auftrag vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden soll.« Es muß dem RA somit Prozeßauftrag erteilt worden sein, um die Prozeßdifferenzgebühr nach § 32 II BRAGO entstehen zu lassen.

### Beispielfall:

In 2. Instanz wird über einen geltend gemachten Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 32 000 € streitig verhandelt. Im Termin zur mündlichen Verhandlung werden auch nicht rechtshängige Ansprüche (die der Berufungsklägerin erst zu späterem Zeitpunkt bekannt geworden sind) erörtert. Die Parteien schließen nach erfolgter Beweisaufnahme einen unwiderruflichen Vergleich, nach dem der Berufungsbeklagte zur Abgeltung der rechtshängigen (32 000 €) und nicht rechtshängigen Zugewinnausgleichsansprüche (40 000 €) einen Betrag in Höhe von 50 000 € an die Berufungsklägerin zu zahlen hat.

gegenstandswert:  
32 000/40 000/72 000 €, § 7 I BRAGO  
 $\frac{13}{10}$  Prozeßgebühr aus 32 000 €

§§ 11, 31 I Nr. 1 BRAGO	1 079,00 €
$\frac{6,5}{10}$ Differenzprozeßgebühr aus 40 000 €	
§§ 11, 31 I Nr. 1, 32 II BRAGO	586,30 €
gemäß § 13 III BRAGO nicht mehr als	
$\frac{13}{10}$ aus 72 000 €, somit	1 560,00 €
$\frac{13}{10}$ Verhandlungsgebühr aus 32 000 €	
§§ 11, 31 I Nr. 2 BRAGO	1 079,00 €
$\frac{13}{10}$ Beweisgebühr aus 32 000 €	
§§ 11, 31 I Nr. 3 BRAGO	1 079,00 €
$\frac{13}{10}$ Vergleichsgebühr aus 32 000 €	
§§ 11, 23 I 3 BRAGO	1 079,00 €
$\frac{15}{10}$ Vergleichsgebühr aus 40 000 €	
§§ 11, 23 I 1 BRAGO	1 353,00 €
gemäß § 13 III BRAGO nicht mehr als	
$\frac{15}{10}$ aus 72 000 € =	1 800,00 €
Auslagenpauschale, § 26 BRAGO	20,00 €
Zwischensumme	5 538,00 €
16 % Umsatzsteuer, § 25 II BRAGO	886,08 €
Summe	<u>6 424,08 €</u>

Nach dem Beschluß des BGH ist es in obigem Fall nicht möglich, eine  $\frac{19,5}{10}$  Vergleichsgebühr anzusetzen. Die Rechtsprechung des BGH ist analog auf die ab 1. 7. 2004 geltende Einigungsgebühr in Höhe von 1,5 nach Nr. 1000 VV RVG anzuwenden.

*Sabine Jungbauer, gepr. Rechtsfachwirtin, München*

1 Zuletzt Bestätigung der herrschenden Rechtsprechung u. Meinung in Literatur: BAG, Beschl. v. 4. 2. 2003 – 2 AZB 18/02, BRAGOREport 2003, S. 133 f

2 BGH, Beschl. vom 17. 9. 2002, Az.: XI ZB 9/02 = JurBüro 2003, S. 78 f