

Bernd Kuckenburg

Privatentnahmen bleiben Vermögensentzug und sind kein Einkommen im engeren Sinne

I. Vorbemerkungen

Die Empfehlung des 16. Deutschen FamGtages – Empfehlungen des Vorstandes – an Rechtsberatung und Rechtsprechung ist Anlass für die folgenden Ausführungen:

»Eine langjährige Entnahmepaxis ist auch unterhaltsrechtlich zu akzeptieren, sofern diese nicht durch übertriebene Sparsamkeit oder Verschwendung gekennzeichnet ist. Es ist nicht gerechtfertigt, eine Vollausschüttung des Gewinns zu fingieren, soweit Überschüsse im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft für innerbetriebliche Zwecke verwendet werden.«

II. Systematische Einordnung der Privatentnahmen

Als Hilfs- und Korrekturgröße kommen die Privatentnahmen in Betracht.

Obwohl Adressaten dieser Ausführungen familienrechtlich gebildete Juristen sind, möchte ich die Struktur der Privatentnahmen doch noch einmal beleuchten, weil sie in der Technik der Gewinnermittlung als erfolgsneutraler Faktor mit Einkommen nichts, aber auch gar nichts, zu tun haben.

Als unterhaltsrechtlicher Anknüpfungspunkt für das Einkommen können nach unterhaltsrechtlicher Rechtsprechung und Literatur die Privatentnahmen herangezogen werden.¹

Darüber hinaus wird teilweise die Ansicht vertreten, die Privatentnahmen machten einen generellen Einblick in die Leistungsverhältnisse des Unterhaltsschuldners² möglich.

Letzterer will dann auch die Privatentnahmen insgesamt zur Grundlage des Ehegattenunterhalts machen, was die herrschende Meinung aber ablehnt.³

Was sind nun die Privatentnahmen?

Bilanzsteuerrechtlich bedeuten Privatentnahmen Substanz- (Vermögens-) Entzug.

Sie haben mit Gewinn-Ermittlung im steuerrechtlichen Sinne nichts zu tun.

Gleichwohl werden sie von der unterhaltsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur herangezogen und dienen als Hilfs- und Korrekturgröße.

Dabei dürfen aber nur die Privatentnahmen herangezogen werden, die der allgemeinen Lebensführung dienen. Dem gegenüber zu stellen sind die Privateinlagen.

So bleibt die Gefahr von Kollisionen mit Zugewinnausgleichsansprüchen, indem überzogene Privatentnahmen zu Verbindlichkeiten führen, die an dieser Stelle doppelt zum Nachteil des anderen Ehepartners wirken könnten.⁴

Würde man nämlich den Unterhalt aus den Entnahmen berechnen, so würde die Ehefrau zum zweiten Mal an dem zur Deckung der Überentnahmen veräußerten Vermögen partizipieren.

Außerdem muss er in Ermangelung sonstiger Mittel grundsätzlich auch den Stamm seines Vermögens zur Bestreitung des Unterhalts angreifen.

Die Einkommensbestimmung nach den Privatentnahmen kann auch dann in Betracht kommen, wenn konkrete Hinweise auf Manipulationen der steuerlichen Gewinnermittlung bestehen.

Wird der Unterhalt nach den Privatentnahmen bemessen, sind vorher für den gleichen Zeitraum geleistete **Privateinlagen** und von den Entnahmen gezahlte **persönliche Steuern** und **Vorsorgeaufwendungen** in angemessener Höhe abzuziehen.⁵

Die Privatentnahmen bleiben also der Vermögenssphäre als Vermögensentzug grundsätzlich zugeordnet.

III. Kritik an der Empfehlung des Deutschen FamGtags.

Der genannten Empfehlung ist nicht zu folgen:

1. Die Privatentnahmen sind und bleiben Vermögensentzug. Damit haben sie schon rein methodisch mit Einkommen nichts zu tun.

1 Schwab/Borth, aaO, V, Rdn. 765 ff; Wendl/Staudigl/Kemper, § 1 Rdn. 787 ff; OLG Dresden in FamRZ 1999, S. 850; Bayr. ObLG, 2002, S. 71; OLG Frankfurt, FuR 2001, S. 730 f; Kuckenburg, Der Selbstständige im familienrechtlichen Verfahren, S. 159

2 Schürmann, Die Entnahmen – Einblick in die Lebensverhältnisse, FamRZ 2002, S. 1149 f

3 Kemper, aaO

4 OLG Hamm, FamRZ 1993, S. 1088

5 OLG Düsseldorf, FamRZ 1983, S. 397, 399

2. Das Entnahmeverhalten ist im vollen Umfange manipulierbar. Der Unternehmer kann mithin die Höhe seiner Entnahmen steuern und damit die Höhe seines unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens.

3. Darüber hinaus soll eine Vollausschüttung des Gewinns nicht fingiert werden, soweit Überschüsse im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft für innerbetriebliche Zwecke verwendet werden.

Der FamGtag führt mithin grundsätzlich zu befürwortende Ansatzpunkte in Richtung von Rücklagenbildung für Investitionen und nicht zuletzt auch für kalkulatorische AfA heran.

Die Berücksichtigung dieser betriebswirtschaftlichen Prinzipien sind aber für die Rechtsprechung nicht verbindlich; dies gilt nur dann, als der Gesetzgeber sie sich zu Eigen gemacht hat und sie in der objektiven Rechtsordnung erkennbar zum Ausdruck gelangt sind, was hier nicht erkennbar ist.⁶

Die Empfehlungen des Deutschen FamGtags lassen die Frage offen, weshalb unterhaltsrechtlich die Entnahmep Praxis Anknüpfungspunkt für das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen sein soll.

So wird in ständiger Rechtsprechung als Anknüpfungspunkt das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen der Gewinn herangezogen, ohne dass kalkulatorische Positionen wie unternehmerisches Risiko bzw. Verzinsung des Eigenkapitals oder sinnvolle Rücklagenbildung diesen Betrag reduzieren.

4. Völlig unberücksichtigt lässt die Empfehlung des FamGtages den Umstand, dass unterhaltsrechtlich Verpflichtete ihre Einkünfte auch aus Körperschaften ziehen können.

GmbHs und Aktiengesellschaften als juristische Personen verfügen nicht über ein durch Entnahmen sich änderndes variables Kapitalkonto des Inhabers. Hat dieser Personenkreis kein Einkommen, weil es hier Privatentnahmen denknottwendig nicht geben kann?

5. Insbesondere würde eine Anwendung der Empfehlung des deutschen FamGtages einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darstellen.

Dies gilt zum einen in Hinblick auf die obigen Ausführungen zu den Körperschaften.

Insbesondere liegt ein Verstoß aber in der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Hinblick auf nichtselbstständige Einkünfte.

Wenn Privatentnahmen Vermögenszug bedeuten, müsste es einen vergleichbaren Ansatzpunkt auch bei Nichtselbstständigen geben.

Dies würde bedeuten, dass man die tatsächlich erzielten nichtselbstständigen Einkünfte ausweislich der Verdienstbescheinigungen nicht heranzieht, sondern vielmehr Vermögenszug gleich Darlehensaufnahme bei einem Nichtselbstständigen heran zöge.

Dieses könnte geschehen durch Finanzierungen über Bankdarlehen oder insbesondere durch Arbeitgeberdarlehen.

Niemand würde ernsthaft auf die Idee kommen, über die aus dem Lohnnachweis ausgewiesenen Einnahmen hinaus die höheren Zahlungen aus Arbeitgeberdarlehen als Anknüpfungspunkt für das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen von Nichtselbstständigen heranzuziehen.

An einer derartigen Bewertungsparallele fehlt es völlig.

IV. Ergebnis

Die Privatentnahmen stellen Vermögenszug dar und betreffen deshalb die Vermögens- und nicht die Einkommenssphäre. Sie können deshalb allenfalls, so wie es die Rechtsprechung bisher auch richtig annimmt, als Korrekturgröße herangezogen werden.

Wenn man die tatsächliche Leistungsfähigkeit aus unternehmerischer Tätigkeit objektiv beurteilen will, kann man wohl eher an die cash-flow-Rechnung denken.⁷

Aber auch bei diesem Anknüpfungspunkt ist nicht ohne weiteres erkennbar, wie dieser in der objektiven Rechtsordnung erkennbar zum Ausdruck gebracht wurde.

Entgegen der Empfehlung des 16. Deutschen FamGtags muss es mithin bei der bisherigen Systematik bleiben.⁸

Bernd Kuckenburg, Gutachter, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht und Steuerrecht, vereidigter Buchprüfer, Lister Damm 2, 30163 Hannover

⁶ Eibelshäuser, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht-Herkunft und Bedeutung, DStR 2002, S. 1426 ff).

⁷ Durchlaub, FamRZ 1997, S. 1123, 1226; Kleffmann, in Weinreich/Klein KK »Grundlagen Einkommensermittlung, Rdn. 33; Kuckenburg, aaO, S. 160;

⁸ FuR 2005, S. 550