

Die Crux mit der Bewertung bei der Auskunftserteilung und dem Leistungsantrag in Unterhalts-, Güter- und Erbrecht

Familienrechtliche Würdigung und in die Auskunftsebene vorgezogene Anspruchsbeifferung oder Mehrarbeit des Anwalts zur Haftungsvermeidung

Bernd Kuckenburg, vereidigter Buchprüfer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familien- & Steuerrecht, Dr. Renate Perleberg-Kölbel, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familien-, Steuer- & Insolvenzrecht, Hannover

I. Erhöhte Darlegungslast bei der Unterhaltsauskunft

In seiner Entscheidung v. 15.11.2017 stellt der BGH¹ in Hinblick auf die familienrechtlichen unbestimmten Rechtsbegriffe „Bedarf“, „Bedürftigkeit“ und „Leistungsfähigkeit“ klar, dass für einen unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch schon die Möglichkeit genügt, dass die Auskunft Einfluss auf den Unterhaltsanspruch hat. Dabei wird erneut zwischen Vermögen und Einkommen differenziert, wie es der BGH² auch beim individuellen kalkulatorischen Unternehmerlohn handhabt.

In der erstgenannten Entscheidung differenziert der BGH nach den Kriterien „Vermögensbildung“ und „Konsumzwecke“.

Der BGH verlangt hierzu ausdrücklich einen konkreten Vortrag! Spätestens in diesem Zusammenhang wird deutlich, dass hierfür die bloße Vorlage von Gewinnermittlungen, Steuerbescheiden und Einkommensteuererklärungen etc. nicht ausreicht.

Der Anspruchsverpflichtete hat wegen dieser Rspr. des BGH ein Interesse daran, einen hohen Anteil an Vermögensbildung darzulegen. Dies bedarf gesonderten anwaltlichen Vortrags. Der Anspruchsberechtigte oder gar das Gericht werden den Anteil an seiner Vermögensbildung nicht ermitteln!

Wenn zudem das unterhaltsrelevante Einkommen aus dem steuerrechtlich relevanten Einkommen³ abgeleitet

wird, kann die Auskunftserteilung nicht allein auf der Vorlage von Unterlagen der steuerlichen Einkommensermittlung beruhen. Nach § 1605 Abs. 1, § 259, § 260 BGB muss Auskunft zum Unterhaltseinkommen und nicht nur zum steuerrechtlich relevanten Einkommen erteilt werden. Diese muss eine systematische Zusammenstellung aller erforderlichen Angaben umfassen, die erforderlich sind, um dem Unterhaltsberechtigten ohne übermäßigen Arbeitsaufwand eine Berechnung seiner Unterhaltsansprüche zu ermöglichen. Die systematische Zusammenstellung des Einkommens richtet sich inhaltlich nach dem Einzelfall und der Art der Einkünfte, wobei die Einnahmen und Ausgaben zueinander abgrenzbar aufzustellen sind. Weil die Ansprüche zur Auskunft und Belegvorlage zwei verschiedene Ansprüche sind, kann der Auskunftsanspruch auch nicht nur durch Vorlage von Belegen erfüllt werden. Beide Ansprüche stehen zwar miteinander in einem Zusammenhang, führen aber nicht zur Einschränkung des Einzelanspruchs.⁴

Das in § 260 Abs. 1 BGB aufgestellte Erfordernis, die Auskunft in der Form eines Verzeichnisses zu erteilen, muss jedoch nicht durch die Vorlage eines einzigen lückenlosen Gesamtverzeichnisses erfüllt werden. Es genügt eine Mehrheit von Teilauskünften, wenn diese nicht zusammenhanglos nebeneinander stehen, sondern nach dem erklärten Willen des Auskunftsschuldners in ihrer Summierung die Auskunft im geschuldeten Gesamtumfang darstellen.⁵ Wesentlich für die Erfüllung des Auskunftsanspruchs ist die Erklärung des Unterhaltspflichtigen, dass es keine weiteren als alle von den Einzelauskünften erfassten Einkünfte gibt. Erst mit dieser abschließenden Erklärung liegt ein nach § 260 Abs. 1 BGB geschuldetes Verzeichnis vor.⁶

Die Auskunft ist nur dann vollständig erteilt, wenn nicht nur die gesamten Einnahmen, sondern auch die damit zusammenhängenden Ausgaben (getrennt nach der jeweiligen Einkommensart) aufgeführt werden. Hierbei ist bei den Einkunftsarten nach § 2 EStG zu unterscheiden zwischen den sog. Gewinneinkünften des § 2 Abs. 2 Nr. 1 EStG (Selbstständige, Gewerbetreibende, Land- und Forstwirte),

1 BGH v. 15.11.2017 – XII ZB 503/16, FamRZ 2018, 260 = FuR 2018, 208 = FF 2018, 107.

2 BGH v. 2.2.2011 – XII ZR 185/08, FamRZ 2011, 1367.

3 St. Rspr. seit BGHZ 87, 36, 39; BGH FamRZ 2003, 741; Dose in Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Aufl. 2019, § 1 Rn 51 ff.

4 Dose in Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Aufl. 2019, § 1 Rdn 1164 bis 1198.

5 BGH v. 6.6.1962 – V ZR 45/61, DB 1962, 965 und BGH v. 18.10.1961 – V ZR 192/60, FamRZ 1962, 21, 23 f.

6 BGH v. 22.10.2014 – XII ZB 385/13, FamRZ 2015, 127.

bei denen sich das Einkommen aus der Differenz der Einnahmen und Ausgaben errechnet, und den sog. Überschusseinkünften nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG (Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit, Einkünfte aus Kapitalvermögen und Vermietung und Verpachtung, Sonstige Einkünfte), bei denen sich das Einkommen aus den Bruttoeinnahmen abzüglich der Werbungskosten ergibt.⁷

Neben der Darstellung der Werbungskosten bzw. bei den Gewinneinkünften der Ausgaben, erfordert die geschuldete Auskunft ferner die Darstellung aller weiteren für die Unterhaltsberechnung erforderlichen Verbindlichkeiten wie Steuern, Krankenversicherung und Vorsorgeaufwendungen.⁸ Soweit Einnahmen aus bestimmten Einkunftsarten nicht erzielt werden, ist dies anzugeben.

Selbstständige und Gewerbetreibende haben ebenso ihre Einnahmen und Ausgaben geordnet zusammenzustellen und auszuweisen. Bei der Darstellung von Ausgaben können Sachgesamtheiten zusammengefasst werden, wenn der Verzicht auf eine detaillierte Aufschlüsselung verkehrsblich ist und dies keiner ausreichenden Orientierung des Auskunftsberechtigten entgegensteht. Generell reicht es aus, die (nach Gruppen geordneten) Umsatzerlöse und Ausgaben anzuführen und hinsichtlich der Einzelposten auf eine beigefügte Anlage Bezug zu nehmen.⁹

Wenn der BGH¹⁰ darüber hinaus im Zuge der unterhaltsrechtlichen Auskunftsverpflichtung die Darlegung der wirtschaftlichen Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs, insbesondere der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten, verlangt, reicht es zur Auskunftserteilung **nicht** aus, lediglich die Steuerbescheide und/oder die Gewinnermittlungen zu überreichen.

Hinweis:

Erforderlich ist vielmehr eine Dokumentation in Form einer Aufstellung, die in einem Euro-Betrag unter Berücksichtigung der Vorsorgeaufwendungen und unter Anrechnung der Einkommensteuer enden muss. Die **familienrechtliche Einkommensbewertung** darf deshalb nicht einem Steuerberater überlassen werden, der die unterhaltsrechtlichen Differenzierungen nicht nachvollziehen kann. Ohnehin macht das Vorliegen der unbestimmten Rechtsbegriffe „Bedarf, Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit“ schon hinreichend deutlich, dass bereits im Rahmen der Auskunftserteilung und bei der Geltendmachung des Leistungsanspruchs zwingend eine „familienrechtliche Würdigung“ erforderlich ist. Diese Würdigung kann von Steuerfachleuten nicht geleistet werden. So ist diesen beispielhaft schon das „In-Prinzip“ nicht geläufig oder verständlich. Im Steuerrecht gilt bekanntlich bei der Anrechnung von Steuerzahlungen allein das „Für-Prinzip“.

Haftungsrechtlich kann sich also der anwaltliche Berater nur dann frei zeichnen, wenn er die Auskunftserteilung bzw. die Ermittlung der Höhe des Leistungsanspruches auf eine gutachterliche Stellungnahme eines Sachverständigen fußen lässt, dem die unterhaltsrechtlichen Differenzierungen bekannt sind.

Die für die Auskunftserteilung von Selbstständigen entwickelten Grundsätze sind nach dem OLG Dresden¹¹ unter bestimmten Voraussetzungen auch auf Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft anzuwenden: Grundsätzlich können von GmbH-Gesellschaftern nur Angaben zur Höhe der Ausschüttung verlangt werden, weil diese eine unterhaltsrechtliche Einnahme darstellt.¹²

Anders ist die Sachlage jedoch zu beurteilen, wenn es sich bei dem Gesellschafter um einen sog. „beherrschenden Gesellschafter“ handelt. Bei Gesellschaftern, die zwar nicht alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer sind, aber aufgrund der Quote ihrer Beteiligung oder ihrer Position die Geschäfte der Gesellschaft oder die Gewinnausschüttung steuern oder in ihrem Interesse maßgeblich beeinflussen können, sind die Grundsätze der Einkommensermittlung für Selbstständige auch auf Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft anzuwenden. Entsprechendes gilt auch für Gesellschafter einer Personengesellschaft.¹³

Diese Grundsätze gelten ebenso für die Auskunftserteilung, weil der Unterhaltsberechtigte in die Lage versetzt werden soll zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die fiktive Zurechnung von nicht ausgeschütteten Gewinnen gegeben sind.¹⁴ Denn nur mit dieser erweiterten Auskunft ist der Auskunftsberechtigte in der Lage, seinen Unterhaltsanspruch zu berechnen.

Der erweiterte Auskunftsanspruch ist damit der Ausgleich für die erweiterten Einflussmöglichkeiten des beherrschenden Gesellschafters. Soweit der Gesellschafter bzw. Mitgesellschafter danach auch die Gewinnermittlung (Einnahmen und Ausgaben der Gesellschaft) in der Auskunft darzustellen hat, muss er grundsätzlich (neben der Bilanz einschließlich Gewinn- und Verlustrechnung) auch die Gesellschaftsverträge und die Ergebnisverwen-

7 OLG München v. 15.11.1995 – 12 UF 1301/95, FamRZ 1996, 738 ff.

8 OLG München v. 15.11.1995 – 12 UF 1301/95, FamRZ 1996, 738 ff.

9 OLG München v. 15.11.1995 – 12 UF 1301/95, FamRZ 1996, 738 ff.; OLG Bamberg v. 21.7.2005 – 2 UF 70/05, FamRZ 2006, 344.

10 BGH v. 15.11.2017 – XII ZB 503/16, FuR 2018, 208; Kuckenburg, FuR 2019, 305.

11 OLG Dresden v. 29.8.2019 – 20 WF 728/19, WKRS 2019, 35170.

12 Dose in Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 1 Rdn 605.

13 Kuckenburg/Perleberg-Köbel, Unternehmen und Unternehmer im Familienrecht, 2018, A. Rn 12 f.

14 OLG Hamm v. 30.10.2008 – 2 UF 43/08, FamRZ 2009, 981 ff.

dungsbeschlüsse vorlegen. Das OLG Dresden begründet dies richtigerweise damit, dass nur so auch die sog. thesaurierten Gewinne ausgewiesen werden können.¹⁵

II. Wertgrößen der Vermögenspositionen in der Auskunftphase

Ähnlich stellt sich die Problematik bei den Vermögenspositionen dar.

Bei Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen erfolgt die Erfüllung des Wertermittlungsanspruchs entgegen § 1379 Abs. 1, S. 3, 2. Alt. BGB per se durch eine (Unternehmens-)Bewertung, die der Erbe auf Kosten des Nachlasses gemäß § 2314 Abs. 2 BGB beauftragen „darf“.¹⁶

Dieses sieht der Wertermittlungsanspruch des Zugewinnausgleichs in § 1379 Abs. 1 S. 3 2. Alt. BGB¹⁷ so nicht vor. Ein Gutachten zur Bewertung des Vermögensgegenstandes hilft ferner auch für die **Bezifferung des Leistungsantrages** zur Vermeidung weit reichender Kostenrisiken. Die Stellung des Leistungsantrages verlangt nämlich eine hinreichend dezidierte Vorstellung von dem Vermögenswert wie insbesondere dem Unternehmenswert.

Wegen des psychologischen „Ankereffektes“ ist es auch für den Verpflichteten opportun, eine eigene Bewertung vorzunehmen und sich nicht den oft völlig übersetzten Wertvorstellungen des Anspruchsberechtigten auszusetzen.

Das Prinzip der Normzweckadäquaten Bewertung¹⁸ verlangt zudem hinreichende Kenntnisse des Normzwecks des Zugewinnausgleichsanspruchs bzw. des Pflichtteilsergänzungsanspruchs.

Hierbei sind die diversen Differenzierungen zwischen der Rspr. des XII. Zivilsenats des BGH und den hiervon in vielerlei Hinsicht abweichenden Verlautbarungen des IDW zu beachten.¹⁹ Dies gilt, wenngleich das IDW sich im Standard „IDW S 13“ zur Bewertung im Familien- und Erbrecht positioniert hat. Dieser Standard weicht aber in nicht unerheblichem Maße von der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes ab! Auch Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die sich regelmäßig mit der Unternehmensbewertung befassen und nicht nur das keinen Verkehrswert ermittelnde vereinfachte Ertragswertverfahren des Steuerrechts anwenden, werden gleichwohl den Normzweck der Bewertung in Zugewinnausgleichsverfahren, wie ihn die Rechtsprechung des XII. Zivilsenats versteht und deutlich macht, nicht hinreichend würdigen. Auch hier sind Sachverständige gefragt, die den familienrechtlichen Kontext herstellen.

III. Stringente Haftung des Anwalts

Letztlich ist auf die strenge Anwaltshaftung hinzuweisen.²⁰

Ein Rechtsanwalt haftet danach für vermeidbare steuerlich nachteilige Auswirkungen einer von ihm empfohlenen Vertragsgestaltung grundsätzlich auch dann, wenn eine Beratung in steuerrechtlicher Hinsicht nicht ausdrücklich Inhalt des ihm erteilten Mandats gewesen ist. Auch wenn sich also ein erteilter Beratungsauftrag nicht ausdrücklich auf eine Beratung des Mandanten in steuerrechtlicher Hinsicht erstreckt, entlastet dieser Umstand den Rechtsanwalt nicht von entsprechenden Hinweispflichten. Auch ein nicht auf dem Gebiet des Steuerrechts spezialisierter Rechtsanwalt muss auf nach umfassender Prüfung der Rechtslage erkennbare steuerliche Risiken hinweisen oder aber dem Mandanten zumindest insoweit die Inanspruchnahme gesonderter steuerrechtlicher Beratung empfehlen. Berät folglich ein Rechtsanwalt eine Mandantin im Zusammenhang mit einer Scheidungsfolgenvereinbarung, hat er sie auf die Notwendigkeit der Einschaltung eines Steuerberaters hinzuweisen, sofern sich beispielsweise bei sachgerechter Bearbeitung wegen der Übertragung von Grundeigentum eine steuerliche Belastung nach § 22 Nr. 2, § 23 EStG aufdrängen kann und er zu einer steuerrechtlichen Beratung nicht bereit oder imstande ist.

Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens gilt nur dann nicht, wenn der vernünftigerweise einzuschlagende Weg die Mitwirkung eines Dritten voraussetzt. Eine steuerrechtliche Beratung, die einen zugleich als Fachanwalt für Steuerrecht tätigen Rechtsanwalt treffen kann, obliegt zwar nicht dem Allgemeinanwalt.

15 Zu sog. thesaurierten Gewinnen im Unterhaltsrecht, *Perleberg-Kölbel*, FuR 2020, 198.

16 § 2314 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB; Prütting/*Deppenkemper*, BGB Kommentar, § 2314 Rn 16; bei der Beauftragung durch den Auskunftsverpflichteten gilt: „Dessen Brot ich ess, dessen Lied ich sing!“

17 *Kuckenburg/Perleberg-Kölbel*, Die unbekanntenen Allzweckwaffen – Ansprüche nach § 1379 BGB, FuR 2018, 123.

18 Ausführlich m.w.N.: *Kuckenburg/Perleberg-Kölbel*, Unternehmen und Unternehmer im Familienrecht, 2018, D. Rn 38 ff., 42 ff.

19 *Borth*, Die Bewertung von Unternehmen im Familien- und Erbrecht nach IDW S 13 – eine gezielte Umdeutung der Bewertungsgrundsätze des BGH? FamRZ 2017, 1739; *Kuckenburg*, Unternehmensbewertung – IDW versus BGH FuR 2018, 78.

20 OLG Rostock v. 26.2.2019 – 24 U 1/17, WKRS 2019, 49456; im Wesentlichen bestätigt von BGH v. 9.1.2020 – IX ZR 61/19, WKRS 2020, 10552 mHa BGH v. 22.10.1987 – IX ZR 175/86, NJW 1988, 563, 565; BGH v. 23.11.1995 – IX ZR 225/94, NJW 1996, 842; zur verschärften Anwaltshaftung bei unterlassener Hinweispflicht zur Einholung steuerrechtlichen Rats auch: *Perleberg-Kölbel*, FuR 2020, 142.

Dessen Auftrag beschränkt sich auf Fragen des Zugewinnausgleichs. Dem Allgemeinanwalt ist nach Ansicht des BGH²¹ jedoch als Pflichtverletzung vorzuwerfen, wenn er nicht über die Notwendigkeit der Beteiligung eines Steuerberaters bei Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung unterrichtet. Der durch eine fehlerhafte steuerliche Beratung verursachte Schaden umfasst beispielhaft die Kosten eines von dem Mandanten eingeholten Wertgutachtens, mit dessen Hilfe ein geringerer Verkehrswert eines für die Steuerfestsetzung maßgeblichen Grundstücks nachgewiesen und die Steuerlast verringert werden kann.

Ein Rechtsanwalt verletzt seine vertraglichen Pflichten ferner, wenn er bei einem Auftrag zur Geltendmachung eines familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs die Verjährungsfrist nicht prüft und keine Maßnahmen ergreift, die den Mandanten vor dem Eintritt des Anspruchsverlustes durch Ablauf der Verjährungsfrist bewahren.²²

Auch die Durchführung des Versorgungsausgleichs mit einer internen und externen Teilung der Versorgungsanschaften ist haftungsträchtig. Zu beachten ist nämlich, dass bei einer externen Teilung ein Ausgleichswert als Kapitalbetrag von dem bisherigen Versorgungsträger an den neuen Versorgungsträger gezahlt wird. Gem. § 3 Nr. 55b S. 2 EStG gilt die Steuerfreistellung

aber nicht, soweit die späteren Versorgungsleistungen bei dem Ausgleichsberechtigten zu steuerpflichtigen Einkünften nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG oder nach § 22 Nr. 1 S. 3a bb EStG führen würden. Denn da die Leistungen aus einer Kapitallebensversicherung nicht vollumfänglich besteuert werden, könnte es sonst bei der Übertragung aus einer betrieblichen Altersversorgung heraus zu Besteuerungslücken kommen. Ausgleichszahlungen zur Vermeidung des Versorgungsausgleichs sind als Sonderausgabe abzugsfähig. § 22 Nr. 1a EStG regelt korrespondierend zum steuerlichen Abzug als Sonderausgaben beim Ausgleichsverpflichteten die Versteuerung beim Ausgleichsberechtigten. Aus haftungsrechtlichen Gründen sind daher im Rahmen von Verhandlungen zur Vereinbarung von Abfindungen zwingend die steuerlichen Folgen zu überprüfen und die Mandantschaft schriftlich auf die steuerlichen Auswirkungen hinzuweisen.²³

- 21 BGH v. 9.1.2020 – IX ZR 61/19, FF 2020, 163 ff. = WKRS 2020, 10552 m. Hinw. auf BGH v. 22.10.1987 – IX ZR 175/86, NJW 1988, 563, 565; BGH v. 23.11.1995 – IX ZR 225/94, NJW 1996, 842.
 22 OLG Brandenburg v. 11.2.2014 – 10 U 1/12, juris; zum familienrechtlichen Ausgleichsanspruch: Herr, FuR 2020, 402.
 23 Zur „Haftungsfälle: Der Versorgungsausgleich im Steuerrecht“ Perleberg-Kölbl, FuR 2019, 535

Zur alleinigen Fortführung des Geburtsnamens nach Volljährigenadoption – zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 13.5.2020 – XII ZB 427/19

Stellv. DirAG a.D. *Wolfgang Keuter*, Bad Iburg

A. Vorbemerkung

Etwas überraschend hat der BGH¹ mit dem o.g. Vorlagebeschluss dem BVerfG die Frage vorgelegt, ob die Verfassung es gebiete, unter bestimmten Voraussetzun-

gen dem als Erwachsenen Adoptierten die Möglichkeit zu geben, allein den bisherigen Geburtsnamen fortzuführen. Der nachfolgende Beitrag zeigt die Probleme bei der Anfechtung einer im Adoptionsbeschluss enthaltenen oder unterbliebenen namensrechtlichen Regelung auf und setzt sich kritisch mit dem Vorlagebeschluss auseinander.

B. Anfechtbarkeit der Entscheidung zur Namensführung

Nach § 197 Abs. 3 S. 1 FamFG ist der Beschluss über die Annahme als Kind nicht anfechtbar. Die Vorschrift gilt auch für die Adoption eines Erwachsenen. Was den Anspruch zur Namensführung angeht, ist nach Verfahrensstadium und Entscheidung zu differenzieren.

1 Die Leitsätze der Entscheidung sind in dieser Ausgabe abgedruckt.