

(Zugewinn) vorbereiten kann. Für das Scheidungsverfahren soll nigerianisches Recht gelten, Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB, weil insoweit die engsten Beziehungen der Parteien zu Nigeria bestanden haben (sollen). Wie engl. Recht folgt nigerianisches Recht der *lex fori*, um den notwendigen Gleichlauf zur *internat. Zuständigkeit* des in der Sache zuständigen Gerichts herzustellen, allerdings zunächst nur bezogen auf die Gerichte in Nigeria; sind fremde Gerichte zuständig, müssen sie dann aber auch ihr Recht heranzuziehen, selbst für die güterrechtl. Rechtsverhältnisse der Parteien, versteckte Rückverweisung. Für die Parteien sind diese Ergebnisse ungewöhnlich; sie hätten, so wären wohl die Vorstellungen des KG zu Ende zu führen, mit einem entsprechenden Wechsel rechnen müssen, denn die eigenen Rechtsbestimmungen (aus Nigeria) sind von vornherein »beweglich« angelegt, und nicht darauf vertrauen dürfen, dass sich insoweit nach der Eheschließung nichts mehr ändert.

3. Rechtswahl

Gegen diese Entwicklungen mit für beide unerwarteten Auswirkungen – für die eine Seite erfreulich, für die andere Seite genauso ärgerlich – können sich die Parteien, vgl. dazu schon 3. c), nur durch rechtzeitige ehevertragliche Absprachen/ Vereinbarungen schützen. In Beispiel 4 hätten sie daher

- nigerianisches Recht³⁴ als für sich verbindlich festlegen können, kollisionsrechtliche Rechtswahl,
- verbunden, das wäre zumindest zweckmäßig gewesen, mit einer Entscheidung »für« die Gütertrennung, materiell-rechtliche Ebene,
- doch hätten sie sich auch für dt. Recht aussprechen können, dabei dann wiederum für die »deutsche« Gütertrennung (wenn sie das so gewollt hätten, ohne dass so wirklich Unterschiede zu sehen sind, denn Gütertrennung ist in ihren Folgen eindeutig festgelegt),
- oder in anderer Form, etwa für den dt. Zugewinnausgleich, um Verlässlichkeit für sich zu erreichen und so zu wissen, in welchen güterrechtlichen Verhältnissen mit welchen Folgen sie gemeinsam leben und wie sie bei der Scheidung abrechnen müssen. Hässliche Überraschungen wären dann ebenso vermieden wie eher »zufällige« Vorteile für den anderen Ehegatten.

Dr. Peter Finger, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht, Privatdozent, Frankfurt/M.

³⁴ Immerhin war im Beispiel 3 die Verbindung nach Deutschland nicht so »locker« wie bei AG Königstein 14 F 640/04 GÜ – der Ehemann, der sich Nigeria aufhielt war dt. Staatsangehöriger; schon in der Ehezeit bemühte sich die Frau mit seiner Unterstützung um ihre Einbürgerung, denn ihr Vater war Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit, und sie teilte diese Rechtsstellung nur deshalb nicht, weil sie nach der Scheidung ihrer Eltern bei ihrer Mutter – offensichtlich Rumänin – geblieben war

*Bernd Kuckenburg/
Renate Perleberg-Kölbel*

Praxis- und Firmenwertabschreibung im Unterhaltsrecht

I. Vorbemerkung

Einen möglichen Korrekturposten bei der Ermittlung des Unterhaltseinkommens stellen die Abschreibungen »Geschäfts-/Firmenwert« bei Gewerbetreibenden und »Praxiswert« bei Freiberuflern dar.

Obwohl diese erheblichen Einfluss auf das Unterhaltseinkommen haben können, werden sie in der Rechtsprechung und Literatur nur stiefmütterlich behandelt.

II. Definition des Geschäfts- oder Firmenwertes bei gewerblichen Einkünften

Der Geschäfts- oder Firmenwert ist ein »immaterielles« Wirtschaftsgut des Anlagevermögens eines gewerblichen Unternehmens.

Er stellt den Betrag dar, um den der Gesamtwert eines Unternehmens die Summe der Zeitwerte der im Unternehmen vorhandenen Wirtschaftsgüter abzüglich der Schulden übersteigt.¹

Den Geschäfts- oder Firmenwert bezeichnet man auch als »goodwill«.

Zu unterscheiden sind dabei der originäre und der derivative Geschäfts-/Firmenwert.

¹ Beck'sches Steuerberaterhandbuch 2008/2009, B, Rdn. 198

Während der originäre Geschäfts-/Firmenwert in einem bestehenden Unternehmen gebildet wird, leitet sich der derivative Geschäfts-/Firmenwert aus dem Kaufpreis ab.

Die Formel lautet:

Kaufpreis – Eigenkapital (Teilwert, d. h. inkl. stiller Reserven) = Firmenwert

III. Abschreibungen der Geschäfts-/Firmenwerte im Handels- und Steuerrecht

Im **Handelsrecht** besteht für den Geschäfts- oder Firmenwert ein Aktivierungswahlrecht.

Nach § 255 Abs. 4 HGB kann danach in jedem Folgejahr des Firmenkaufs der derivative Geschäfts- oder Firmenwert zu einem Viertel oder planmäßig nach § 255 Abs. 4 S. 3 HGB über seine voraussichtliche Nutzungsdauer abgeschrieben werden.

Im ersten Fall ist der Geschäfts-/Firmenwert bereits nach vier Jahren abgeschrieben.

Im Zuge des BilMoG (für Jahresabschlüsse nach 2009) wird es nach § 246 Abs. 1 HGB zur Pflicht, den Geschäfts- oder Firmenwert als Vermögensgegenstand zu aktivieren. Ein Wahlrecht entfällt.

Steuerrechtlich besteht nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 EStG die Pflicht, den derivativen Geschäfts- oder Firmenwert eines Gewerbebetriebes nach § 15 EStG als abnutzbares Wirtschaftsgut zu aktivieren. § 7 Abs. 1 S. 3 EStG sieht gesetzlich unwiderlegbar eine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von 15 Jahren vor.

Beispiel:

Ein Apotheker erwirbt eine Apotheke in sehr guter Lage mit einem Firmenwert von 1 500 000 €.

Lösung:

Die Abschreibung beträgt 100 000 €

(100 % : 15 Jahre = 6,66 % von 1 500 000 € pro Wirtschaftsjahr).

Der Apotheker erzielt Einkünfte aus Gewerbebetrieb.²

Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb verringern sich wegen der Abschreibung um 100 000 € pro Jahr.

Im Gegensatz zu der gesetzlich geregelten Abschreibungsdauer des derivativen Geschäfts-/Firmenwerts erfolgen die Abschreibungen von allgemein verwendbaren Wirtschaftsgütern nach amtlichen AfA-Tabellen.

Die AfA-Tabellen unterscheiden neben allgemein verwendbaren Anlagegütern nach solchen, deren Nutzungsdauer von der Verwendung in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen abhängen.

Sie werden vom BMF in Zusammenarbeit mit den Finanzverwaltungen der Länder unter Mitwirkung der Fachverbände der Wirtschaft erstellt.

Für alle nach dem 31.12.2000 angeschafften oder hergestellten Anlagegüter gilt die Tabelle lt. BMF-Schreiben vom 15.12.2000.³

IV. Praxiswerte der Freiberufler und ihre Abschreibung

Nicht zum Geschäfts- oder Firmenwert iS der §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 7 EStG gehört der erworbene Praxiswert bei den Freiberuflern, die Einkünfte nach § 18 EStG und damit nicht gewerbliche Einkünfte nach § 15 EStG erzielen.

Der Praxiswert beruht z. B. bei einem Rechtsanwalt oder Arzt im Gegensatz zum Geschäfts- oder Firmenwert auf dem persönlichen Vertrauensverhältnis des bisherigen Inhabers gegenüber dem Mandanten bzw. dem Patienten.

Auf Grund der Tatsache, dass sich der Praxiswert nach dem Erwerb einer Einzelpraxis durch Ausscheiden des bisherigen Inhabers im Vergleich zu einer Sozietätsgründung schneller verflüchtigt, beträgt die Nutzungsdauer nach Ansicht der Finanzverwaltung in diesen Fällen drei bis fünf Jahre, während die Nutzungsdauer bei Sozietätsgründung sechs bis zehn Jahre beträgt.⁴

Zu beachten ist stets, dass ein Praxiswert durch Erwerb oder Sozietätsgründung aufgedeckt werden und dann zu einem Veräußerungsgewinn führen kann!

² BFH/NV 98, 706

³ BStBl I, 2000, 1532

⁴ BMF-Schreiben vom 15.1.1995, BStBl I 1995, 15

V. Behandlung im Unterhaltsrecht

1. Geschäfts-/Firmenwert bei gewerblichen Einkünften nach § 15 EStG

Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Berücksichtigung des Geschäfts-/Firmenwerts bei der Ermittlung des Unterhaltseinkommens gibt es bislang nicht.

Der BGH hat es in seiner Entscheidung vom 19.2.2003⁵ lediglich in Bezug zur AfA von allgemein verwendbaren Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens als unbedenklich angesehen, die Erfahrungswerte der Finanzverwaltung auch im Rahmen der Berechnung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens zu übernehmen.

Nach seiner Ansicht haben die AfA-Tabellen im Hinblick auf den Werteverzehr die Vermutung der Richtigkeit für sich.

Gleichzeitig macht der BGH aber deutlich, dass die AfA-Tabellen ebenso wenig wie im Steuerrecht die Gerichte binden und dann unbeachtlich sind, wenn sie erkennbar nicht auf Erfahrungswissen beruhen und damit offensichtlich unzutreffend sind.

In diesen Fällen muss das Gericht die Nutzungsdauer schätzen oder mit Hilfe eines Sachverständigen ermitteln.

Hieraus folgt u. E.:

Da die Nutzungsdauer des Geschäfts- oder Firmenwerts von Seiten des Gesetzgebers in § 7 Abs. 1 S. 3 EStG unwiderlegbar auf 15 Jahre festgelegt worden ist, muss sie ebenso wie die lineare AfA für allgemein verwendbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, die »nur« eine Verwaltungsanweisung darstellt, auch im Unterhaltsrecht anerkannt werden. Dies folgt bereits aus dem *argumentum a minore ad maius*, weil die gesetzliche Regelung höher zu werten ist als die Ansicht der Verwaltung, die in den AfA-Tabellen zum Ausdruck kommen.

Eine Schätzung der Nutzungsdauer und anderweitige zeitanteilige Verteilung scheidet aus, weil an der vom Gesetzgeber unwiderlegbar festgelegten Nutzungsdauer auch im Unterhaltsrecht kein Zweifel bestehen kann. Die Nutzungsdauer von 15 Jahren entspricht bei dem Geschäfts- oder Firmenwert folglich dem tatsächlichen Werteverzehr.

In der Praxis führt dies in dem obigen Beispiel zu dem Ergebnis, dass auf Grund der Abschreibung 100000 € pro Jahr unterhaltsrechtlich als Einkommen weniger zur Verfügung stehen.

Ausnahmsweise muss aber im Unterhaltsrecht eine Einzelfallbetrachtung erfolgen, wenn steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Reduzierung von Unterhaltseinkommen missbraucht werden.

Über einen derartigen Gestaltungsmissbrauch hatte kürzlich das OGH in Österreich zu entscheiden. Der Entscheidung lag der Fall zu Grunde, dass ein Steuerberater sein Einzelunternehmen in eine GmbH, deren Geschäftsführer er gleichzeitig war, einbrachte und sich danach u. a. darauf berief, die Gesellschaft weise in den jeweiligen Jahren des Betrachtungszeitraumes auf Grund der hohen Abschreibungen für den entgeltlichen Firmenwert nur geringe Gewinne bzw. Verlust aus und »werfe deshalb für ihn außer seinem Gehalt als Geschäftsführer nichts weiter ab«.

Nach seinem Urteil vom 26.2.2008, I Ob 119/07 p, hat der OGH die Ausübung von steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Verringerung von Unterhaltungspflichten zum Anlass genommen, den Unterhaltsschuldner »anzuspannen« und die »Unterhaltsbemessungsgrundlage« im Hinblick auf die Abschreibungen des Geschäfts- oder Firmenwertes zu korrigieren.

2. Praxiswerte bei Einkünften aus selbstständiger Arbeit nach § 18 EStG

Anders könnte der Werteverzehr des Praxiswertes eines Freiberuflers zu beurteilen sein.

Die oben dargestellten Erfahrungswerte des Werteverzehrs beruhen hier, ähnlich wie die Erfahrungswerte, die sich in den AfA-Tabellen ausdrücken, auf der Ansicht der Finanzverwaltung und nicht, wie beim Geschäfts- oder Firmenwert, auf einer gesetzlichen Regelung. Da sich der BGH die Erfahrungswerte der Finanzverwaltung bei der Abschreibung allgemein verwendbarer Wirtschaftsgüter zu Eigen macht, muss auch hier im Unterhaltsrecht gelten, dass die Ansicht der Finanzverwaltung zum Werteverzehr die Vermutung der Richtigkeit für sich hat. Dies gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz.

Eine Bindungswirkung entfällt jedoch auch hier, wenn die Einzelfallbetrachtung zu dem Ergebnis führen würde, dass die Erfahrungswerte der Finanzverwaltung offensichtlich unzutreffend sind bzw., wenn Unterhaltsschuldner Einfluss auf steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten haben und diese im Hinblick auf ihre Leistungsfähigkeit zulasten des Unterhaltsberechtigten missbrauchen.

VI. Zusammenfassung

Grundsätzlich ist die Berücksichtigung der gesetzlich vorgesehenen linearen Abschreibung des derivativen Geschäfts- oder Firmenwerts bei der Ermittlung des Unterhaltseinkommens nicht zu beanstanden. Sie

⁵ FamRZ 2003, 741 ff

führt nicht zu einer gewinnerhöhenden Korrektur innerhalb der Einkünfte aus Gewerbebetrieb gemäß § 15 EStG.

Etwas anderes gilt bei missbräuchlichen Gestaltungen im Hinblick auf eine Reduzierung des Unterhaltseinkommens. Bei Abschreibungen auf den Praxiswert bei Freiberuflern im Rahmen der Einkünfte aus selbstständiger Arbeit gemäß § 18 EStG ist in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur Abschreibung allgemein verwendbarer Wirtschaftsgüter die oben zitierte Ansicht der Finanzverwaltung zu übernehmen.

Eine Einzelfallbetrachtung kann auch hier notwendig sein, wenn sich Anhaltspunkte ergeben, dass die Erfahrungswerte der Finanzverwaltung offensichtlich unzutreffend sind. Auch hier ist dann die Nutzungsdauer des Praxiswertes von Seiten des Gerichts zu

schätzen oder durch Einholung eines Sachverständigen-gutachtens zu ermitteln.

Wenn Unterhaltsschuldner Einfluss auf eine steuerliche Gestaltungsmöglichkeit haben und diese zu einer Reduzierung des Unterhaltseinkommens führt, ist ebenso wie bei dem Geschäfts-/Firmenwert im Einzelfall zu untersuchen, welche Motivation der Gestaltung zu Grunde lag. Bei missbräuchlicher Gestaltung ist das Ergebnis zu korrigieren.

*Bernd Kuckenburger, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Familien- und Steuerrecht,
vereidigter Buchprüfer,
Gutachter, Mediator und
Renate Perleberg-Kölbel, Rechtsanwältin,
Fachanwältin für Familien- und Steuerrecht,
Gutachterin, Mediatorin Hannover*

*Dr. jur. Michael J. Zimmermann, LL.M.**

Der Ausschluss des Unterhaltsanspruchs

– Anmerkung zum BGH-Urteil vom 16. 4. 2008, XII ZR 7/05 –

Einleitung und Überblick

Bricht ein Ehegatte aus einer heterosexuellen Ehe aus, so kann es auch bei Aufnahme einer nachhaltig angelegten homosexuellen Beziehung zum Verlust des Unterhaltsanspruchs kommen. Die Wahl in der sexuellen Ausrichtung – ob homosexuell oder heterosexuell – ist für die Erfüllung des Tatbestandes des § 159 Nr. 7 (§ 1579 Nr. 6 a. F.) BGB nicht von entscheidender Bedeutung. Allein die sexuelle Umorientierung ist kein Anlass zur unterhaltsrechtlichen Sanktion.

Die Parteien – langjährige Eheleute mit 5 teilweise noch minderjährigen Kindern – stritten um Trennungsunterhalt, nachdem die Ehefrau die eheliche Wohnung verlassen hatte und unter Aufnahme einer gleichgeschlechtlichen Beziehung zu ihrer Freundin gezogen war. Die drei jüngeren Kinder, von denen zwei im Zeitpunkt der Trennung noch minderjährig waren (14 und 16 Jahre) blieben im elterlichen Haushalt zurück und lebten fortan beim Vater, dem

Beklagten. Dieser hatte im Trennungsjahr erst sein Fortbildungsstudium zum Diplombetriebswirt abgeschlossen und war in leitender Position tätig. Die Klägerin – ausgebildete Finanzökonomin – hatte zeitweise Krankengeld und Sozialhilfe erhalten und klagte sowohl aus eigenem als auch aus rückabgetretenem Recht den Unterhalt ein, in dessen Berechnung die Gerichte das vom Vater bezogene Kindergeld eingestellt hatten. Beide Parteien legten nun gegen das Urteil des OLG Revision ein. Der Beklagte des Ausgangsrechtsstreits, der bis zur Rechtskraft der Scheidung (11 März 2003) zur Zahlung des Trennungsunterhalts verurteilt worden war, klagte mit seiner Revision gegen die Verletzung des § 1579 Nr. 7 (§ 1579 Nr. 6 a. F.) BGB, die Klägerin, die sich auf krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit stützte, mit ihrer Anschlussrevision gegen die volle Anrechnung des Kindergeldes, wodurch nach ihrer Argumentation in Verkennung des Gesetzes die Verteilungsmasse für die Bemessung des Ehegattenunterhalts verkürzt worden sei.

Die Ausgangsurteile¹ sind nicht veröffentlicht. Wenn gleich in diesen Verfahren auch andere Punkte lebhaft umstritten gewesen sein mögen – so z. B. die Frage, welches Einkommen des Beklagten die ehelichen Le-

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt/Fachanwalt in Grevenbroich und Gründer der Partnergesellschaft der RAe Zimmermann, Kammel, Holz, Förster und Partner in Grevenbroich

¹ AG Schwedt, Entscheidung vom 20. 6. 2003, 4 F 267/01 und OLG Brandenburg, Entscheidung vom 30. 11. 2004, 10 UF 166/03