

Auch diese hier nur angedeuteten Überlegungen zeigen, dass die Umsetzung der Vorschläge der Kommission noch erhebliche Feinarbeit erfordert.⁴⁹ Sie könnte besser und mit mehr Aussicht auf eine überzeugende Problembewältigung genutzt werden beim Bemühen um eine »kleine Lösung« iSd Modells Bergner.⁵⁰

Eckhard Rehme, Vors. RiOLG, Oldenburg

⁴⁹ Zu weiteren Problemkreisen Rehme aaO 216 ff

⁵⁰ Rehme aaO 218 mwN; zum »Modell Bergner« ausführlich Bergner, Der Reformbedarf des Versorgungsausgleichs, Sonderbeilage zu FuR 4/06

Bernd Kuckenburger

Einkommensschätzung bei Selbstständigen/Gewerbetreibenden, insb. bei Schwarz-einkünften im Unterhaltsrecht

I. Einstieg in die Problematik

Die Schätzung von Einkünften bei Selbstständigen/Gewerbetreibenden wird unterhaltsrechtlich in Hinblick auf zwei Aspekte wenig umfangreich diskutiert.

1. Die richterliche Schätzung wird bei der Einkommensermittlung von Selbstständigen/Gewerbetreibenden als für zulässig erachtet.

Der BGH hat diese Schätzung nach § 287 ZPO für grundsätzlich zulässig erachtet, wenn die Beweisaufnahme unverhältnismäßig schwierig und zur Unterhaltsforderung in keinem Verhältnis steht.¹

Eine derartige Schätzung muss jedoch eine einigermaßen klare Schätzungsgrundlage aufweisen, so dass eine Schätzung »ins Blaue hinein« unzulässig ist.²

Es bleibt also Aufgabe des Tatrichters, ggfs. mit Hilfe eines Sachverständigen, die relevanten Schätzungsgrundlagen zu ermitteln.

2. Die Schätzungsproblematik wird im Kontext zur Ermittlung von Schwarzgeldern diskutiert.

Auch in solchen Fällen ist das Einkommen unter Einbeziehung eines Sachverständigen zu schätzen.³

Die Schätzung ist auch in diesem Kontext nach § 287 Abs. 2 ZPO nur dann zulässig, wenn die Aufklärung unverhältnismäßig schwierig und zu dem Umfang der Unterhaltsforderung in keinem Verhältnis steht.⁴

II. Ermittlung von Schätzungsgrundlagen

1. Vorbemerkungen

Die wenigen Rechtsprechungs- und Literaturstellen, die sich mit dieser Frage befassen, diskutieren nicht die Frage, ob es originäre unterhaltsrechtliche Instrumente zur Ermittlung der Schätzungsgrundlagen gibt.

Die steuerliche Gewinnschätzungen nach § 13 a EStG, § 162 AO werden als ungeeignet betrachtet, weil sie mit einer »Rekonstruktion« des Einkommens und damit der Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Selbstständigen/Gewerbetreibenden nichts zu tun haben.⁵

Bei dieser Art von steuerlicher Schätzung besteht zudem die Gefahr, dass das tatsächliche Einkommen höher ist als das geschätzte Einkommen.

Es ist deshalb stets auf die rechtliche Verpflichtung zu verwiesen werden, dass der Steuerpflichtige auch bei vorgenommener, ggfs. sogar bestandskräftiger Schätzung der Pflicht der Steuerveranlagung nicht entoben wird (vgl. § 149 Abs. 1 S. 4 AO).

So können zudem per Schätzung ergangene bestandskräftige Steuerbescheide nach § 172 AO geändert werden.⁶

Wenn das Familienrecht eigene Methoden zur Gewinnschätzung nicht kennt, aber eine Grundlage für die Schätzung iSd § 287 Abs. 2 ZPO benötigt, kann m. E. nur auf die Methoden der Schwarzgeldermittlung des Steuerrechts zurückgegriffen werden.

Allein diese Methoden sind in der Lage, Grundlagen iSd der vorgenannten Vorschrift zu schaffen.⁷

¹ Kleffmann in Weinreich/Klein KK-FamR, 2. Aufl. »Grundlagen Einkommensermittlung«, Rdn. 36

² Zöller, ZPO, § 287, Rdn. 4; Baumbach/Hartmann, ZPO § 287 Rdn. 4; OLG Hamm, FamRZ 1996, S. 1216 f

³ Schwab, 5. Aufl., IV, Rdn. 763

⁴ Schwab, aaO, ebenfalls m.H.a. FamRZ 1993, S. 789, 792

⁵ Kleffmann, aaO, Rdn. 35

⁶ Kuckenburger, Der Selbstständige im familienrechtlichen Verfahren, S. 102

⁷ Kleffmann, aaO, Rdn. 36

Dies muss natürlich insbesondere dann gelten, wenn eine steuerliche Betriebsprüfung mit Zuschätzung nach § 162 AO nicht erfolgt ist.

2. Ausgangspunkt ist das Rechnungswesen

Die AO, wie in § 140 ff AO statuiert, verpflichtet zur Buchführung bzw. zur Aufzeichnung der Geschäftsvorfälle.

Eine Buchführung ist dann ordnungsgemäß, wenn sie einem sachverständigen Dritten innerhalb angemessener Zeit einen Überblick über die Geschäftsvorfälle und über die Lage des Unternehmens vermitteln kann (§ 145 Abs. 1 AO).

Die Buchungen und sonstige Aufzeichnungen müssen vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet sein (§ 146 Abs. 1 S. 1 AO, § 238 HGB).

Entsprechen Buchführung und Aufzeichnungen den Anforderungen nach § 140 ff AO, so sind sie gemäß § 158 AO der Besteuerung zu Grunde zu legen, soweit nach den Umständen des Einzelfalls kein Anlass besteht, ihre sachliche Richtigkeit zu beanstanden.

§ 158 AO enthält somit eine widerlegbare Vermutung der Ordnungsgemäßheit der Buchführung.

Diese Vermutung gilt für das Gesamtwerk der Buchführung, so dass einzelne Geschäftsvorfälle korrigiert werden können, ohne dass die Vermutung der Ordnungsgemäßheit der Buchführung entfällt.⁸

Liegt also eine formell ordnungsgemäße Buchführung iSd § 158 AO, so wird diese nur dann nicht der Besteuerung zu Grunde gelegt, wenn es der Finanzverwaltung gelingt, die Richtigkeitsvermutung nach § 158 AO zu widerlegen.

Eine formelle ordnungsgemäße Buchführung bringt mithin auch für das Familiengericht keinerlei Möglichkeiten, Zuschätzungen vorzunehmen, es sei denn, die formelle Richtigkeit wird mit Hilfe eines Sachverständigen widerlegt.

III. Schätzung trotz formell ordnungsgemäßer Buchführung⁹

1. Vorbemerkungen

Ist die Buchführung formell ordnungsgemäß, so kann sie jedoch sachlich falsch sein.

Folgende Methoden sind zu nennen:

- Innerer Betriebsvergleich
- Nachkalkulation

- Zeitreihenvergleich
- Chi-Quadrat-Test
- Geldverkehrs- und Vermögenszuwachsrechnung
- Äußerer Betriebsvergleich
- Anwendung der amtlichen Richtsatzsammlung

2. Innerer Betriebsvergleich durch Nachkalkulation

Bei einer Nachkalkulation werden betriebsinterne Daten wie Wareneinsatz und vorgegebene Verkaufspreise in Beziehung gesetzt und hochgerechnet.

Die Nachkalkulation führt aber zu großen Unschärfen, wenn ein Betrieb mit unterschiedlichen Aufschlagsätzen arbeitet, viele verschiedene Warengruppen im Sortiment hat oder sehr unterschiedliche Dienstleistungen erbringt, da die einzelnen Kalkulationen und der Lohneinsatz variieren und dies nicht ohne weiteres aus den Waren- und Materialeingangsrechnungen zu ersehen ist.¹⁰

Bei bis zu zehn Warengruppen wird es als unzumutbar angesehen, diese Besonderheiten bei einer Nachkalkulation zu berücksichtigen.¹¹

Darüber hinaus sind stets betriebliche Besonderheiten zu beachten. So können z. B. Sonderverkäufe, Mengenrabatte, Naturalrabatte, überdurchschnittlich proportionaler Schwund, größerer Warenverbrauch für Werbezwecke betriebliche Besonderheiten darstellen.¹²

Dem steuerpflichtigen Unterhaltsschuldner ist deshalb zu empfehlen, für derartige Aktionen gesonderte Aufzeichnungen, beispielsweise über Rabattaktionen, zu fertigen.

Kommt es bei einer Kapitalgesellschaft zu Zuschätzungen von Einnahmen auf Grund einer Nachkalkulation, so sind diese Zuschätzungen als verdeckte Gewinnausschüttungen an Gesellschafter zu beurteilen, wenn die Nachkalkulation den Schluss zulässt, dass die Kapitalgesellschaft Betriebseinnahmen nicht vollständig gebucht hat und diese nicht gebuchten Betriebseinnahmen den Gesellschaftern außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung zugeflossen sind.¹³

8 Meyer, Strategien gegen die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen mittels Prüfungsverfahren, DStR 2005, S. 2114 ff, 2115

9 Vgl. grundsätzlich Meyer, aaO; Kuckenburg, aaO, S. 119 ff

10 Tippke/Kruse, AO, § 162 Tz 59

11 BFH, BStBl. II, 1982, S. 340

12 Meyer, aaO, S. 2116

13 BFH, DStR 2005, S. 10 ff

3. Innerer Betriebsvergleich durch Zeitreihenvergleich

Beim Inneren Betriebsvergleich werden die Zahlenverhältnisse vergleichbarer Merkmale in aufeinander folgenden Zeiträumen des gleichen Betriebes miteinander verglichen. Dies setzt eine Stetigkeit der Kontierung und eine annähernde Konstanz der Betriebsverhältnisse über längere Zeit hinweg zur einwandfreien Vergleichbarkeit voraus.

Schwankungen beim Umsatz oder beim Rohgewinn können auf erfolgreiche unternehmerische Tätigkeit hinweisen oder aber auch auf Reduzierung von Aufwandspositionen.¹⁴

Diese Form der Nachkalkulation wird neuerdings von der Finanzverwaltung durch Einsatz von Datenverarbeitungsprogrammen durchgeführt.

Dabei entstehen grafische Reihenvergleich und Zeitreihenvergleiche.¹⁵

Unter Zeitreihenvergleich versteht man also die grafische Auswertung und Analyse der betrieblichen Daten.

Auch die ab dem Veranlagungszeitraum 2005 zu fertigende Anlage EÜR zur Einkommenssteuererklärung nach § 4 Abs. 3 EStG dient diesen Zwecken.

Aber auch der Zeitreihenvergleich ist nur bedingt geeignet, die formal ordnungsgemäße Buchführung zu erschüttern, da es schwierig ist, bei unterjährigen Wareneinkäufen Preisschwankungen und Lagerhaltung zutreffend in einer solchen Berechnung auszudrücken.¹⁶

4. Innerer Betriebsvergleich per Chi-Quadrat-Test

Der Chi-Quadrat-Test dient dem Vergleich der beobachteten absoluten Häufigkeiten mit den zu erwartenden absoluten Häufigkeiten.

Es wird dabei getestet, ob eine Ziff. in der Buchführung überproportional häufig auftritt. Die einzelnen Ziffern und die Tagessalden in der Kassenbuchführung beispielsweise haben statistischen Zufallscharakter. Die Tageseinnahmen ergeben sich aus der Kombination verschiedener Geschäftsvorfälle, der Anzahl von Kunden sowie verschiedener Verkaufspreise. Das Ergebnis dieser Tageseinnahmen abzüglich der Barausgaben setzt sich aus Ziffern zusammen, die statische Merkmale einer Grundgesamtheit sind, über deren Verteilung man aus empirischer oder theoretischer Herleitung einer sog. Null-Hypothese aufstellen kann.

Es handelt sich mithin um ein mathematisch-statistisches Verfahren, das allein aber nicht ausreicht, die sachliche Richtigkeit einer Buchführung zu erschüttern.¹⁷

Erstaunlicherweise wird sich dabei auf eine Entscheidung der Strafsenate des BGHs bezogen, der mathematisch-statistische Verfahren als zulässig angesehen hat, obwohl nur eine Eintrittswahrscheinlichkeit von 99,5 % vorgelegen hatte.¹⁸

Wenn man berücksichtigt, dass wenig Einzelaufzeichnungen bei Kassenbuchführung vorliegen und regelmäßig Tagesaufzeichnungen erscheinen, ist diese Methode auch nur eingeschränkt anwendbar.

5. Vermögenszuwachsrechnung

Bei der Vermögenszuwachsrechnung wird das gesamte Vermögen des Steuerpflichtigen innerhalb zweier Stichtage erfasst.

Dabei wird davon ausgegangen, dass sich die Steuermehrungen nur aus versteuerten Einkünften, steuerfreien Einnahmen und einmaligen Vermögensanfällen, wie z. B. Erbschaft, Schenkung, Spielgewinne, ergeben.

Ergeben sich hier Differenzen, so ist dies nach der Rechtsprechung ein Indiz für nicht vollständig erfasste Einnahmen.¹⁹

Um eine derartige Vermögenszuwachsrechnung zu erstellen, sind detaillierte Informationen, auch aus der Privatsphäre, erforderlich.²⁰

Derartige Informationen, aus der Privatsphäre zu erbringen, gehört zur Darlegungs- und Beweisverpflichtung des Unterhaltsschuldners.

Auch seine Einkünfte aus der privaten Vermögenssphäre, die sich aus steuerrechtlichen Einkünften nach den §§ 20 und 21 EStG ergeben, zeigen seine Leistungsfähigkeit und sind deshalb zwanglos heranzuziehen.

Dem Unterhaltsschuldner sind mithin im Zuge einer Anwendung einer Vermögenszuwachsrechnung erhebliche Mitwirkungspflichten aufgebürdet.

Als weiteres Argument ist noch heranzuführen, dass gerade bei der Abgrenzung zwischen betrieblich veranlassten Aufwendungen und privaten Kosten auch die Privatsphäre Berücksichtigung findet.

14 BP-Kartei des OFD Düsseldorf, Köln u. Münster, Teil I, Betriebsvergleich, Schätzung, D, II, 5; Kuckenburger, aaO, S. 123

15 Meyer, aaO, S. 2116; Huber, Steuerliche Betriebsprüfung, 2002, S. 1199 ff; 2002, S. 233 ff, 2002, S. 258, 2002, S. 293 ff

16 Meyer, aaO; Kuckenburger, S. 124

17 Meyer, aaO

18 BGH, St 36, S. 320

19 BFH, BStBl. III, 1977, S. 201, BP-Kartei, aaO, Stichwort. Vermögenszuwachsrechnung; Kuckenburger, a.a.O., S. 129 ff

20 Kuckenburger, aaO

Erst eine vollständige Ausnutzung des durch Gesetz und Richterrecht an die Hand gegebenen Auskunftsrechts ermöglicht die Erfüllung der Dispositions- und Verhandlungsmaxime des Zivilprozesses und damit die volle Wahrnehmung der Unterhaltsansprüche.²¹

6. Geldverkehrsrechnung

Die Geldverkehrsrechnung ist eine auf den Geldbereich beschränkte Vermögenszuwachsrechnung. Sie beruht auf der Überlegung, dass ein Steuerpflichtiger in einem bestimmten Zeitraum nicht mehr Geld ausgeben kann, als ihm aus seinen Einkünften und sonstigen Quellen zufließt.²²

Ergibt sich bei der Geldverkehrsrechnung in ihren verschiedenen Formen ein ungeklärter Vermögenszuwachs, so lässt sich daraus schließen, dass Betriebseinnahmen nicht erklärt worden sind.²³

Allerdings kommt die Geldverkehrsrechnung nur bei überschaubaren Vermögensverhältnissen in Betracht und liefert weniger zuverlässige Ergebnisse als die Vermögenszuwachsrechnung, da bei ihr nur ein Teil der Einflussfaktoren einbezogen ist.²⁴

Kann der Sachverhalt nicht uneingeschränkt aufgeklärt werden, kann die Höhe der Ausgaben für private Lebensführung im Zuge der Geldverkehrsrechnung geschätzt werden.²⁵

7. Äußerer Betriebsvergleich, insbesondere nach amtlichen Richtsätzen

Anders als beim Inneren Betriebsvergleich werden beim Äußeren Betriebsvergleich nicht Kennzahlen bestimmter Art desselben Betriebes gegenübergestellt, sondern die maßgeblichen Zahlen des zu prüfenden Betriebes werden mit denjenigen in der Branche, Größe und Struktur gleichartiger Betriebe verglichen.²⁶

Der entsprechende Abgleich mit anderen Betrieben ist insoweit aber schwierig, da eine Vergleichbarkeit gegeben sein muss.

Zudem sieht die Finanzverwaltung den Äußeren Betriebsvergleich unter Anwendung der Richtsatzsammlung vor. Die Richtsatzsammlung weist die üblichen Spannen für Rohgewinnaufschlag auf den Wareneinsatz, Rohgewinn, Reingewinn und Halbreingewinn aus. In der Regel wird eine Verprobung des Rohgewinnaufschlags auf den Wareneinsatz vorgenommen.

Die Abweichung des Rohgewinnaufschlags des geprüften Betriebes von der Bandbreite der amtlichen Richtsatzsammlung rechtfertigt für sich allein keinen Zweifel an der formellen Buchführung.²⁷

Kommen allerdings weitere Aspekte hinzu, kann dies Zweifel an der Richtigkeit der Buchführung begründen, so wenn erhebliche Abweichungen gegeben sind und diese außerhalb aller Unschärfen der Verprobung liegen oder weil bei der Höhe der getätigten Privatentnahmen aus steuerfreien Einnahmen dem Steuerpflichtigen keine ausreichenden Mittel für die private Lebensführung zur Verfügung ständen.²⁸

8. Voraussetzungen für die Verwerfung der Buchführung

Als Voraussetzung ordnungsgemäßer Buchführung ist nicht ausreichend, dass bloß Zweifel an der sachlichen Richtigkeit der Buchführung bestehen. Erforderlich ist vielmehr eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, damit die gesetzliche Vermutung des § 158 AO widerlegt werden kann.

Steht allerdings fest, dass die Buchführung sachlich unrichtig ist, kann auch eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO erfolgen.

9. Durchführung der Schätzung

Bei der Schätzung sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind. Das Gericht muss substantiierten Einwendungen des Unterhaltspflichtigen nachgehen.

a) Ziel der Schätzung

Ziel der Schätzung ist es, durch Schlussfolgerungen aus Anhaltspunkten diejenigen Tatsachen zu ermitteln, welche die größtmögliche erreichbare Wahrscheinlichkeit für sich haben. Deshalb sind alle Umstände sowohl zu Gunsten als auch zu Ungunsten des Unterhaltsverpflichteten zu berücksichtigen.

Die Schätzung muss materiell schlüssig sein, ihre Ergebnisse müssen wirtschaftlich vernünftig und möglich sein, um den Ansprüchen des § 287 ZPO zu genügen.²⁹

21 Strohal, Einkommensermittlung bei Selbstständigen, 3. Aufl., Rdn. 149

22 BFH, BStBl. II, 1984, S. 501; BP-Kartei, aaO, Stichwort: Geldverkehrsrechnung, Kuckenburg, aaO, S. 136

23 BFH/NV, 1991, S. 796

24 Mayer, aaO, m.H a. BFH, BStBl. II, 1990, S. 268 ff

25 Mayer, aaO

26 Strohal, aaO, Rdn. 219; Kuckenburg, aaO, S. 125; bestätigt durch BGH FamRZ 2006, S. 387 ff!

27 BFH BStBl. 1975 III, S. 217, Mayer, aaO, S. 2118

28 BFH/NV, 1994, S. 766; Mayer, aaO

29 BFH/NV 1989, S. 636

b) Vollschätzung und Teilschätzung

Die Vollschätzung ist die Schätzung aller Teile der Bemessungsgrundlage einer bestimmten Steuer für einen bestimmten Zeitraum oder Zeitpunkt.

Vollschätzungen sind z. B. Gewinnschätzungen bei einem Gewerbetreibenden, Landwirt oder Freiberufler, die Schätzungen aller baren Betriebseinnahmen wegen festgestellter Kassendifferenzen und Umsatzschätzungen.

Bei der Teilschätzung wird lediglich ein Teil der Besteuerungsgrundlagen geschätzt. Die Teilschätzung kann einen bestimmten Bereich der Einkünfte, z. B. die Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder einen Teil des Betriebes betreffen.³⁰

c) Schätzungsrahmen

Die Schätzung muss sich im Rahmen der Wahrscheinlichkeit innerhalb einer Bandbreite möglicher Wertansätze halten, wobei eine fehlende Mitwirkung des Unterhaltsverpflichteten den Schätzungsrahmen zu seinem Nachteil ausweiten kann.³¹

IV. Fazit

Das Unterhaltsrecht hat keine originären Instrumente zu Schätzungsmethoden entwickelt. Es ist deshalb angezeigt, die Instrumente des Steuerrechts, insbesondere der steuerlichen Betriebsprüfung, zu übernehmen, weil dieses auch bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit eines Selbstständigen/Gewerbetreibenden auf Basis des steuerrechtlich ermittelten Einkommens geschieht.

Da das Gericht zur Erfüllung des Normzwecks des § 287 Abs. 2 ZPO hinreichende Grundlagen benötigt, um Schätzungen zu begründen, wird es regelmäßig auf die Hilfe von Sachverständigen ankommen.

Eine Schätzung »ins Blaue hinein« ist und bleibt damit unzulässig.

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

³⁰ Mayer, aaO, S. 2819; Kuckenburg, aaO, S. 103

³¹ Mayer, aaO

Renate Perleberg-Kölbel

Sonderausgabenabzug und Steuerfreiheit der Erträge aus Lebensversicherungen

I. Leistungen aus einer Kapitallebensversicherung im Versicherungsfall (Tod des Versicherten oder Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit)

Im Versicherungsfall fließt dem Bezugsberechtigten zunächst der im Versicherungsvertrag vereinbarte Kapitalbetrag, die sog. **Versicherungssumme**, zu. Diese setzt sich aus der angesammelten Prämienreserve zusammen, d. h. aus den Teilen der Versicherungsprämien, die nicht als Risikoprämie, als Abschlusskosten oder als Verwaltungskosten des Versicherungsunternehmens verbraucht sind, und die das Versicherungsunternehmen geschäftsmäßig auf die Prämienreserve kalkuliert und ihr jährlich gutschreibt (sog. rechnermäßigen Zinsen). Im Versicherungsfall zahlen die Versicherungsunternehmen aber nicht nur die Versicherungssumme (einschl. der zuvor genannten Zinsen) aus, son-

dern es werden darüber hinaus **Überschussanteile** ausgeschüttet (sog. außerrechnungsmäßige Zinsen, Dividenden, Gewinnanteile). Diese Überschussanteile teilen sich in solche auf, die jährlich »gutgeschrieben« werden und in einen Schlussgewinnanteil, der bei Ablauf der vereinbarten Vertragszeit gezahlt wird.

Wird der Lebensversicherungsvertrag vor Eintritt des Versicherungsfalles aufgelöst, zahlt das Unternehmen den **Rückkaufwert** unter bestimmten Voraussetzungen aus. Auch dieser kann die »rechnungsmäßigen« Zinsen und Überschussanteile enthalten.

II. Nicht sonderausgabenfähige Lebenskapitalversicherungen

Im Rahmen der Besteuerung der Leistungen aus einer Kapitallebensversicherung sind solche Versicherungen zu unterscheiden, bei denen die Prämien ihrer Art nach als Sonderausgaben abzugsfähig sind und solche, bei denen dies nicht der Fall ist.

1. Einkünfte aus Kapitalvermögen

Zu den **Einkünften aus Kapitalvermögen** gehören nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG außerrechnungsmäßige und