
↓ Jahr: 2001 Heft: 7 Seite: 293 ↓

Bernd Kuckenburg

Das Sachverständigengutachten im unterhaltsrechtlichen- und Zugewinnausgleichsverfahren

– Ergänzung zu Friedrich-Wilhelm Heumann, Das Sachverständigengutachten im familiengerichtlichen Verfahren (FuR 2001, S. 16ff) –

Heumann¹ weist darauf hin, daß insbesondere im familienrechtlichen Verfahren oftmals der Eindruck entsteht, der Sachverständige entscheide die Verfahren.

Dabei geht er detailliert auf die Sachverständigenproblematik im Sorgerechts- und Umgangsrechtsverfahren ein.

Zu ergänzen sind Überlegungen im Hinblick auf den Sachverständigen im unterhaltsrechtlichen Verfahren bzw. Zugewinnausgleichsverfahren.

Auch in diesem Verfahren hat das Gericht den Rat von Sachverständigen einzuholen, wenn es über die entsprechende Sachkunde nicht verfügt. Dies ist bei Fragen der Unternehmensbewertung bzw. bei Einkommensermittlungen von Selbständigen praktisch immer der Fall.

I. Einleitung

Heumann² führt zunächst aus, die Auswahl des Sachverständigen obliege dem Gericht. Er hebt sodann die zwischenmenschliche Komponente hervor: »Die Tätigkeit des Sachverständigen im familiengerichtlichen Verfahren hat regelmäßig die beteiligten Menschen und ihre Beziehungen untereinander zum Gegenstand. Insofern unterscheiden sich diese Sachverständigentätigkeiten ganz erheblich von der Tätigkeit eines Sachverständigen, z.B. in Bausachen, der in allererster Linie mit dem Bauwerk selbst, also einer Sache, respektive Sachgesamtheit, zu tun hat«.

Obwohl sich die Ausführungen von Heumann an den psychologischen Gutachten orientieren, gilt dies natürlich auch für das Sachverständigengutachten im Unterhalts- bzw. Zugewinnausgleichsverfahren. Der Sachverständige sieht dort »intimste Bücher« ein, die oftmals nicht nur die Unternehmung der betroffenen Prozeßpartei betreffen; vielmehr handelt es sich oft um Rechnungswesen, bei denen andere Mitgesellschafter über Beteiligungen an Unternehmen »auskunftspflichtig« werden.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß in diesen Verfahren, vor allem wegen der Grundsätze der Rechtskraft und gerade bei unterhaltsrechtlichen Urteilen die Zukunft der Verfahrensbeteiligten weitestgehend betroffen ist.

II. Auswahl des Sachverständigen

Das einzige Merkmal, worauf das Gericht bei der Auswahl des Sachverständigen zu achten hat, ist die Sachkunde.³

Diese Sachkunde für unterhaltsrechtliche Verfahren ist regelmäßig einem Sachverständigen, der Steuerberater oder Mitglied eines wirtschaftsprüfenden Berufes ist, abzusprechen. Diese Berufsgruppen können zwar Ausführungen zur steuerrechtlichen Gewinnermittlung machen, der Unterschied zwischen unterhaltsrechtlich relevantem Einkommen und steuerrechtlich relevantem Einkommen ist ihnen regelmäßig unbekannt.⁴

Wenn dann noch ein weiteres Postulat aufgestellt wird, grundsätzlich müßte zur Einkommensermittlung im Unterhaltsrecht eine Unterhaltsbilanz aufgestellt werden, wie Strohal fordert,⁵ so müssen diese Berufsgruppen gänzlich versagen.

Den genannten Berufsgruppen ist der wesentliche Unterschied bei der Ermittlung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens zum steuerrechtlich relevanten Einkommen nicht bekannt, weil im Steuerrecht das Prinzip der **realen** Leistungsfähigkeit gilt, während im Unterhaltsrecht das Prinzip der **potentiellen** Leistungsfähigkeit Anwendung findet.⁶

Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer sind als Sachverständige im unterhaltsrechtlichen Verfahren sicherlich dann geeignet, wenn ausschließlich die steuerliche Gewinnermittlung streitig ist. Dies dürfte aber die Ausnahme darstellen. Regelmäßig wird vom steuerrechtlich relevanten Einkommen »nur« auszugehen sein. Die brisanten Rechtsfragen, die unterhaltsrechtliche Abzugsfähigkeit der AfA beispielsweise, schließt

sich dann erst an.

Mangels anderweitiger eigener Vorschriften zur unterhaltsrechtlichen Einkommensermittlung ist mithin vom steuerrechtlich relevanten Einkommen auszuge-

↓ Jahr: 2001 Heft: 7 Seite: 294 ↓

hen, aus dem dann das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen abgeleitet wird.⁷

Strohal führt dann insoweit auch aus: »Da das Steuerrecht einzelne Einkommensarten in der Erfassung und Besteuerung privilegiert, hat eine unterhaltsrechtliche Differenzierung der steuerlichen Berechnungsgrundlagen sich der steuerrechtlichen Gewinnermittlung anzuschließen.«⁸

Führt man sich diese Grundlagen vor Augen, sind die Grenzen der Mitglieder wirtschaftsprüfender bzw. steuerberatender Berufe schnell aufgezeigt, wenn diesen Personen qualifizierte familienrechtliche Kenntnisse fehlen.

Es wird deshalb empfohlen, diesen Sachverständigen konkrete Fragen zu stellen.⁹ Dies gilt umso mehr, wenn man immer wieder Beweisbeschlüsse liest, in denen es heißt, der Sachverständige möge für bestimmte drei Kalenderjahre das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen ermitteln. Da die Anwendung des Rechts und die rechtsprechende Tätigkeit dem Richter übertragen ist (Art.92, 2.Hs. GG), ist ein derartiger Beweisbeschluß unzulässig. Es handelt sich, wie sich schon aus der Formulierung ergibt, um eine Ausforschung zu Rechtsfragen, die das Unterhaltsrecht betreffen.¹⁰

Regelmäßig¹¹ gibt das Gericht beispielsweise nicht einmal vor, welcher Ansicht es bei der Berücksichtigung der Einkommensteuer folgt.¹²

Der Hinweis des Gerichts, das von Fischer-Winkelmann¹³ kritisierte herrschende In-Prinzip, das Ist-Prinzip oder das Soll-Prinzip solle zur Anwendung kommen, fehlt regelmäßig.

Das unterhaltsrechtlich relevante **Einkommen** ist also Tatfrage, deren Feststellung nach § 287 ZPO dem Gericht obliegt.

III. Die Tätigkeit des Sachverständigen im Unterhaltsverfahren

Heumann weist darauf hin, daß die Tatsachen dem Sachverständigen vorzugeben sein, der Sachverständige dürfe nicht in die Rolle des Richters schlüpfen, er bleibe Gehilfe des Gerichts und zudem bestimme der Sachverständige oftmals seine Tätigkeit selbst.¹⁴

Er¹⁵ weist weiter darauf hin, das Dilemma des Sachverständigen liege darin, daß ihm die ausreichenden Anschlußtatsachen fehlten.

Dies sei beispielsweise bei Gewinnermittlungen in unterhaltsrechtlichen Verfahren auch gegeben, wenn Kontennachweise oder Belege fehlen.

Dabei besteht natürlich die Verpflichtung, bis hin zu den einzelnen Sachkonten und damit wohl auch bis zu den Belegen, Auskunft zu erteilen.¹⁶

Regelmäßig werden weitergehende Unterlagen als die Jahresabschlüsse nicht vorgelegt. Mithin hat der Gutachter im unterhaltsrechtlichen Verfahren, falls schon die steuerliche Gewinnermittlung streitig ist, aber auch bei unterhaltsrechtlichen Fragen, beispielsweise der Abzugsfähigkeit der AfA, Sachkonten einzusehen. Im genannten Beispiel wären das das Anlageverzeichnis mit Anschaffungsbelegen.

Der Sachverständige wird nicht von sich aus diese Belege anfordern können.

Er wird zunächst einmal seine Sicht der durchzuführenden Sachverständigentätigkeiten dartun müssen. Falls er per Stichprobe das gesamte Rechnungswesen auch auf ordnungsgemäße steuerrechtliche Gewinnermittlung, falls sich der Beweisbeschluß darauf bezieht, zu überprüfen hat, also diese Gewinnermittlung als ordnungsgemäß bestritten wird, muß er mitteilen, daß er neben den Gewinnermittlungen, die Buchungsjournale, die Primanoten, die Kontenblätter, die Umbuchungslisten und auch die Buchungsbelege vorgelegt bekommen muß.

Diese Unterlagen kann er nicht von sich aus anfordern. Vielmehr muß er das Gericht darauf hinweisen, das dann per Auflagenbeschluß reagiert.

Dieses Vorgehen kann sogar noch erheblich weiter gehen, wenn man sich die streitige Tatsache von substantiiert behaupteten Schwarzeinkünften vor Augen führt.

Gerade wenn man sich die Anwendung von Methoden der Geldverkehrs- und Vermögenszuwachsrechnung vor Augen führt, ist die Vorlage von Gewinnermittlungen

↓ Jahr: 2001 Heft: 7 Seite: 295 ↓

gen und auch des Rechnungswesens allgemein völlig unzureichend.¹⁷

Um beispielsweise die Vermögenszuwachsrechnung erstellen zu können, braucht der Sachverständige detaillierte Angaben aus der Privatsphäre, um den Zuwachs des Vermögens mit dem deklarierten steuerrechtlichen Einkommen abgleichen zu können.¹⁸

Auch in diesem Fall wird der Gutachter dartin müssen, welche Unterlagen er im einzelnen benötigt, um diese Methoden, auch beispielsweise die Methode der Nachkalkulation, vornehmen zu können. Insoweit wird das Gericht dem betroffenen Unternehmer entsprechende Auflagen erteilen müssen. So führt Strohal¹⁹ auch richtigerweise aus:

»Der Umfang des Anspruchs auf Auskunft und Belegvorlage knüpft an den unterhaltsrechtlichen Einkommensbegriff an und spiegelt das unterhaltsrechtliche Rechenwerk wieder. Erst die vollständige Ausnutzung des durch Gesetz und Richterrecht an die Hand gegebenen Auskunftsrechts ermöglicht die Ausfüllung der Dispositions- und Verhandlungsmaxime des Zivilprozesses und damit **die volle Wahrnehmung der Unterhaltsansprüche**.«

IV. Der Sachverständige im Zugewinnausgleichsverfahren

Auch hier handelt es sich um ein familienrechtliches Verfahren, in dem die Sachverständigen regelmäßig Betriebs- und Volkswirte sind, mit den Qualifikationen als Steuerberater, vereidigter Buchprüfer und Wirtschaftsprüfer.²⁰

So dürfte auch hier das Problem bestehen, daß diese Berufsgruppe die Spezifika der Unternehmensbewertung im Familien- und Erbrecht nur eingeschränkt nachvollziehen kann. Insoweit finden sich aber Ansätze im Fachgutachten HFA 2/95 zur Unternehmensbewertung im Familien- und Erbrecht.²¹

Für das Gutachten im Zugewinnausgleichsverfahren gilt auch der Grundsatz, daß die Bewertung des Unternehmens im Zugewinnausgleichsverfahrens streitentscheidend und damit rechtsprechende Tätigkeit ist. Diese ist nach Art.92, 1.Hs. GG dem Richter übertragen, der nach Art.20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden ist.

Das Gesetz gibt keinen konkreten Hinweis, wie die Unternehmen zu bewerten sind. Nach § 287 Abs. 1 S. 2 ZPO kann sich der Richter der Hilfe von Sachverständigen bedienen, wenn seine eigene Sachkenntnis zur Beurteilung des Sachverhalts nicht ausreicht. Auch hier wird immer wieder in der Literatur ausgeführt, der Richter begeben sich in Abhängigkeit zum Gutachter, der aus nicht juristischen Wissensgebieten stamme.²²

Schwab führt hier aus:²³ »An diesem Punkt (bei der Unternehmensbewertung) stößt der Jurist wiederum an seine Grenzen.«

Art.20 Abs. 3 GG regelt aber, daß Rechtsfragen nicht per Sachverständigenbeweis entschieden werden können. Aus diesem Grunde ist der allgemeine Auftrag an den Sachverständigen, den man immer wieder findet, das Unternehmen zu einem bestimmten Stichtag zu bewerten, wegen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip unzulässig.

Das Gericht muß die **Bewertungsmethode** vorgeben, weil dies Rechtsfrage ist und nicht Tatsachenfrage.²⁴

Der BGH²⁵ hat ausgeführt, die Auswahl der Bewertungsmethode obliege dem Tatrichter in eigener Verantwortung.

Diese Entscheidung ist auch deshalb richtungsweisend, weil sie die Methodenvielfalt, es soll über 120 verschiedene Bewertungsmethoden geben, akzeptiert. Bei der Bewertung einer Steuerberatungspraxis erkennt der BGH²⁶ ein umsatzorientiertes/vergleichsorientiertes Verfahren als ordnungsgemäße Bewertungsmethode an.

Die Einführungen zu diesem Abschnitt haben deutlich gemacht, daß regelmäßig Betriebswirte die Unternehmensbewertungen vornehmen, weil die Bewertungslehre stark betriebswirtschaftlich geprägt ist. Bei der Bewertung im Zugewinnausgleichsverfahren muß aber der Jurist betriebswirtschaftliche Kenntnisse und der Betriebswirt juristische Kenntnisse haben. Tipke²⁷ führt deshalb auch aus: »Bei der Unternehmensbewer-

↓ **Jahr: 2001 Heft: 7 Seite: 296** ↓

tung bilden Recht und Betriebswirtschaftslehre ein wechselbezügliches System.«. Felden²⁸ vermißt deshalb auch bei den Betriebswirten, gerade bei der Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleichsverfahren, die Durchdringung des rechtlichen Bewertungsanlasses aus Mangel juristischer Kenntnisse.

Als Beispiel der Problematik, obwohl der BGH bei der Bewertung einer Steuerberatungspraxis eine umsatzorientierte Methode akzeptiert hat²⁹ bezieht sich der herrschende Bewertungsstandard der wirtschaftsprüfenden Berufe praktisch ausschließlich auf die herrschende Ertragswertmethode und einer

dieser verwandten discounted cash-flow Methode.³⁰ Gerade kleinere Unternehmen, insbesondere Handwerksbetriebe, die vom persönlichen Einsatz des Unternehmers und dessen Kundenrelation leben, sind nur bedingt geeignet, nach dieser Methode, die übrigens keinen internationalen Standard darstellt, bewertet zu werden.

Insbesondere hat der Sachverständige stets zu überprüfen, ob überhaupt ein Markt für das Vorliegen zu bewertender Unternehmen vorliegt. So hat der BGH³¹ in einem Verfahren die Anwendung der Ertragswertmethode beanstandet, da vor der Anwendung der betriebswirtschaftlichen Bewertungsmethode nicht geprüft worden war, ob eine Nachfrage nach dem relevanten Betrieb, es handelte sich dabei damals um einen Bäckereibetrieb, bestehe.

Als Beispiele für die besonderen rechtlichen Problematiken bei der Unternehmensbewertung beim Zugewinnausgleich ist auf folgendes hinzuweisen:

- Der Stichtag zur Bewertung des Unternehmens, mit der Zustellung des Scheidungsantrages, liegt in dem Zeitpunkt, in dem der Gutachter mit dem Gutachten beauftragt wird, oftmals schon Jahre zurück.³²
- Hiermit korrespondiert die rechtliche Frage, ob Ereignisse nach dem unterhaltsrechtlichen Stichtag zu berücksichtigen sind. Derartige Fragestellungen werden bei betriebswirtschaftlichen Sachverständigen sicherlich nicht aufkommen. Die Frage ist im übrigen zu bejahen³³ die dieses mit dem Realitätsgrundsatz und mit § 287 ZPO begründet.
- Bei der Unternehmensbewertung hat eine Inaugenscheinnahme des Unternehmens und natürlich eine strukturierte Befragung des Unternehmers stattzufinden. Dieses führt zu einer »Nähe« zum betroffenen Unternehmer. Im Zuge der Parteiöffentlichkeit sind derartige »Inaugenscheinnahmen« durch den Sachverständigen vorher anzukündigen, damit auch die andere Prozeßpartei Gelegenheit zur Anwesenheit, nebst ihrem Prozeßbevollmächtigten, hat.

V. Zusammenfassung

Im Hinblick auf die interdisziplinären Kenntnisse ist die Auswahl des Sachverständigen im Unterhaltsverfahren wie im Zugewinnausgleichsverfahren außerordentlich schwierig. Mitglieder wirtschaftsprüfender bzw. steuerberatender Berufe sind regelmäßig überfordert, da ihnen die juristische Durchdringung der unterhaltsrechtlichen Fragen und des Bewertungsanlasses bei der Unternehmensbewertung fremd sind. Es werden dann oft Gutachten vorgelegt, die der Entscheidungsfindung des Gerichts nicht dienlich sein können, was auch im Hinblick auf die Kosten für derartige Begutachtung unerfreulich ist.

Der Sachverständige hat von eigenen Tatsachenerhebungen abzusehen und etwaige zu ermittelnden Tatsachen dem Gericht vorzugeben.

Die Gerichte haben es zu unterlassen, allgemein gefaßte Beweisbeschlüsse dahingehend zu formulieren, daß das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen bzw. der Unternehmenswert zu einem Stichtag zu ermitteln ist.

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

Fußnoten:

- 1 Heumann, Das Sachverständigengutachten im familiengerichtlichen Verfahren (FuR 2001, S. 16ff)
- 2 Heumann aaO
- 3 Vgl. Heumann aaO, S. 17
- 4 Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 5. Aufl. § 1, Rdn. 149, Schwab/Borth, Handbuch des Scheidungsrechtes, 4. Aufl. IV, Rdn. 780
- 5 Strohal, die Bestimmung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens bei Selbständigen, Rdn. 145 und 244
- 6 Schwab/Borth aaO, IV, Rdn. 749, Fischer-Winkelmann, FamRZ 1993, S. 880, 888
- 7 BGHZ 87, S. 36, 39, BGH in FamRZ 94, S. 21ff
- 8 Strohal aaO, Rdn. 39
- 9 Wendl/Staudiegl aaO, § 1, Rdn. 149, Schwab/Borth, IV, Rdn. 780
- 10 In seinen Sachverständigengutachten weist der Verfasser immer wieder auf diese Umstände hin und differenziert nach Alternativen, beispielsweise die alternativen Anknüpfungspunkte für das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen: Gewinnermittlung, Privatentnahmen oder Cash-flow-Rechnung.

- 11 Dem Verfasser ist bei seinen gutachterlichen Tätigkeiten selten ein entsprechender Hinweis des Gerichts ohne Anfrage gegeben worden.
- 12 Vgl. hierzu die lichtvollen Ausführungen von Fischer-Winkelmann in Ermittlung der unterhaltsrechtlich anrechenbaren Steuerlast bei Selbständigen, faktische Steuerzahlung versus fiktive Steuerberechnung in FamRZ 1993, S. 880ff
- 13 Fischer-Winkelmann aaO
- 14 Heumann aaO, S. 18 und 19 mwN
- 15 Heumann aaO
- 16 Kleffmann, Unterhaltsrechtlicher Auskunft- und Beleganspruch in FuR 1999, S. 403ff
- 17 Vgl. Strohal aaO, Rdn. 221 und 222
- 18 Die Methoden der Vermögenszuwachsrechnung und Geldverkehrsrechnungen, die hier beispielsweise für die Ermittlung von Schwarzeinkünften genannt werden, stammen aus der steuerlichen Betriebsprüfung.
- 19 Stohal aaO, Rdn. 147
- 20 Die bisherigen und die jetzigen Ausführungen machen deutlich, daß es natürlich auch Sachverständige mit interdisziplinären Kenntnissen der Betriebswirtschaftslehre, des wirtschaftlichen Prüfungswesens, des Steuer- und des Familienrechts gibt.
- 21 Fachgutachten des Instituts der Wirtschaftsprüfer, HFA 2/95 zur Unternehmensbewertung im Familien- und Erbrecht
- 22 Vgl. Felden, Die Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich, Konsumwertmethode, S. 40 m. Hinweisen auf Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 7. Vgl. Schwab VII, Rdn. 75
- 23 Schwab aaO VII, Rdn. 75
- 24 BGH in NJW 1999, S. 784, 787, und Felden aaO, S. 41ff
- 25 BGH aaO
- 26 BGH aaO
- 27 Tipke, Allgemeine Steuerlehre, S. 2199ff
- 28 Felden aaO, S. 41ff
- 29 BGH in NJW 1999, S. 784ff
- 30 IDW-Standard: Grundsätze zur Durchführung der Unternehmensbewertung (IDW Lernziele S 1 vom 28.6.2000), veröffentlicht in FN-IDW 2000, S. 415ff
- 31 BGH in FamRZ 1978, S. 332ff, Schröder, Bewertung im Zugewinnausgleich, Rdn. 100 und Piltz, Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 3. Aufl., S. 273
- 32 Der Verfasser hat regelmäßig bei derartigen Unternehmenswertgutachten noch 3 bis 4, manchmal sogar mehr Gewinnermittlungen vorliegen, die nach dem Stichtag liegen.
- 33 Felden aaO, S. 97

(© Wolters Kluwer Deutschland GmbH)