

## Editorial



Bernd Kuckenburg

## Ratschläge zu Irrwegen

In der Psychologie meint man treffend, auch »Ratschläge« seien »Schläge«. Denen sehen sich Familienrechtler auch von ihren Kollegen ausgesetzt, auch wenn diese Ratschläge auf Irrwege mit fatalen Haftungsrisiken führen können. Zwei Beispiele aus jüngster Vergangenheit beleuchten dies:

Beispiel 1:

Trotz der klaren Absage des BGH (BGH FamRZ 2011, 1367) an die Multiplikatorverfahren, weil diese keinen Verkehrswert ermitteln und nur eine subjektive Bewertung zur Ermittlung der Preisober- bzw. Preisuntergrenze vornehmen, lässt die BRAK (BRAK-Mitteilungen 2018, 6 ff.) das umsatzorientierte Multiplikatorverfahren wieder aufleben.

Danach wird zwar kein Marktwert ermittelt, gleichwohl wird als Bewertungsanlass das Zugewinnausgleichsverfahren genannt, das gerade als objektiver Bewertungsanlass den Marktwert verlangt. Dabei erfolgt noch eine Gewichtung der Vergangenheitsergebnisse, sodass keine zukunftsorientierte Bewertung erfolgen kann. Der so ermittelte Durchschnittswert wird ohne Berücksichtigung eines kalkulatorischen Unternehmerlohns (wenigstens keine Anknüpfung an Richtergehälter mehr!) mit einem Multiplikator von 0,3–1,0 versehen. Dieser zu ermittelnde Multiplikator ist durch nichts verifizierbar und deshalb als unwissenschaftlich abzulehnen!

Die modifizierte Ertragswertmethode soll entgegen der BGH-Rechtsprechung nur dann zur Anwendung kommen, wenn unter Berücksichtigung eines kalkulatorischen Unternehmerlohns kein positiver Ertrag erzielt wird. Offenbar soll nicht der Liquidationswert, sondern in diesem Fall ein niedrigerer Ertragswert als Wertuntergrenze dienen. Bei der Bewertung von Sozietätsanteilen sollen die Regeln des Gesellschaftsvertrages zur Anwendung gebracht werden, was wiederum der Rechtsprechung des BGH (BGH FamRZ 1999, 361 ff.) widerspricht.

Beispiel 2:

Die ARGE Familienrecht im Deutschen Anwaltverein gibt dankenswerter Weise in ihrer Schriftenreihe für ihre Mitglieder unter anderem eine sogenannte Jahresgabe heraus. Der Titel der letzten Jahresgabe lautet: »Gewinnermittlung lesen, aber richtig«!

Die Ausführungen beziehen sich ohne unterhaltsrechtliche Würdigungen (!) auf das betriebliche Rechnungswesen, wie zum Beispiel auf Bilanzen, betriebswirtschaftliche Auswertungen, EÜR, Summen- und Saldenlisten und allgemein auf die Buchführungssysteme. Als Anlage 9 wird dann ein Sachverständigengutachten präsentiert, das offenbar vom Verfasser des Werkes stammt und das den dortigen Antragsgegner in der Schürmanngasse wohnen lässt. Damit wird ein amüsanter Bezug zu dem Hauptvertreter der Verfechter

der Privatentnahmen als Einkommensanknüpfung im Unterhaltsrecht, unserem Beiratsmitglied Heinrich Schürmann, hergestellt.

Es findet dann eine Analyse der abgabenrechtlichen Gewinnermittlung statt. Dabei werden die nicht zahlungswirksamen Geschäftsvorfälle, die also nicht mit einer Ein- oder Auszahlung verbunden sind, wie zum Beispiel Aufwendungen für Abschreibungen, eliminiert. Im Grunde genommen handelt es sich um eine Cashflow Rechnung. Dieser Cashflow des Unternehmens wird mit den Privatentnahmen verglichen und somit die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners der Höhe nach begründet.

Diese Sichtweise verstößt gegen das auch aus der Unternehmensbewertung bekannte normzweckgerechte Vorgehen. Der Normzweck der Ermittlung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit ist die Ermittlung des Unterhaltseinkommens und nicht ein betriebswirtschaftlicher Cashflow! So geht das Steuerrecht von der realen Leistungsfähigkeit aus, während das Unterhaltsrecht eine potentielle Leistungsfähigkeit zugrunde legt.

Es reicht deshalb nicht aus, eine nach steuerlichen Gesichtspunkten aufgestellte Gewinnermittlung nur »richtig« zu lesen. Die grundsätzliche Sichtweise und Systematik des BGH (BGHZ 87, 36, 39; Wendl/Dose/Spieker, § 1 Rn. 51 ff.), das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen aus dem steuerrechtlich relevanten Einkommen abzuleiten, wird verletzt. So werden in dem Werk bspw. zunächst auch Abschreibungen abgabenrechtlich betrachtet und anschließend als nicht abzugsfähig mangels Geldabflusses entgegen der BGH-Rechtsprechung (BGH FamRZ 2003, 741, 743) rückgängig gemacht, d.h. gewinnerhöhend zugerechnet!

Zudem hat der BGH in seiner Rechtsprechung zur Doppelverwertung (BGH NJW 2008, 1221 ff.; FamRZ 2011, 1367 ff.) zweifelsfrei dargelegt, dass die Privatentnahmen nicht Anknüpfungspunkte für das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen sein können, weil sie einen Vermögensentzug darstellen! Vermögen ist kein Einkommen!

Zur Beachtung des Verbots der Doppelverwertung verlangt die vorgenannte Rechtsprechung eine stringente Differenzierung zwischen Einkommen und Vermögen, wobei auch dieser Grundsatz durch das Mustergutachten verletzt wird. Das auf die oben genannte Weise ermittelte Einkommen ist nicht unterhaltsrechtlich relevant und der Haftungsnachweis gelingt leicht aufgrund des Verstoßes gegen die vom BGH aufgestellten Grundsätze.

Der Rechtsanwalt, der diesen beiden »Ratschlägen« unkritisch folgt, setzt sich folglich extremen Haftungsrisiken aus, weil der Haftungsnachweis leicht fällt und sonst niemand anderes haftet!

Ihr

Bernd Kuckenburg