

daß der arbeitsscheue Unterhaltsverpflichtete allein durch Zeitablauf, weil wegen seines wachsenden Alters die Chancen auf dem Arbeitsmarkt schwinden und irgendwann einmal zu verneinen sind, sich anders als der brav arbeitende Unterhaltsverpflichtete der Unterhaltslast entledigen kann²⁰.

Nichts anders gilt für den Berechtigten, dem fiktive Einkünfte zugerechnet worden sind.

Der Rechtsgedanke aus § 1573 Abs. 4 BGB könnte auch auf den Unterhaltsverpflichteten übertragen werden, dem ein fiktives Erwerbseinkommen zugerechnet wurde: Wenn die angenommene Erwerbstätigkeit eine nachhaltige Sicherung des Lebensunterhaltes bedeutete, gibt es keine Veranlassung zu zukünftigen Veränderungen. Warum sollte der Verpflichtete insoweit anders oder besser gestellt werden als der Berechtigte? Eine solche Analogie würde allerdings bedeuten, daß der Verpflichtete anders als der tatsächlich Erwerbstätige behandelt wird, der sich darauf berufen kann, wenn er ohne Verschulden seinen Arbeitsplatz verliert. Eine dem § 1573 Abs. 4 BGB entsprechende Vorschrift

für den Verpflichteten kennt das Gesetz nicht. Gleichwohl kann der Rechtsgedanke herangezogen werden: Auch bei dem Verpflichteten ist jedenfalls davon auszugehen, daß er einen nachhaltig gesicherten (fiktiven) Arbeitsplatz hat. Will er etwas anderes behaupten, muß er dies im einzelnen darlegen und beweisen, beispielsweise daß der (fiktive) Arbeitsplatz aus nicht von ihm zu vertretenden Gründen verloren gegangen wäre, daß ein anderer Arbeitsplatz nicht oder nur zu schlechteren Konditionen gefunden werden könnte. Der Rechtsgedanke aus § 1573 Abs. 4 BGB führt also jedenfalls zu einer eindeutigen Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast. Wem danach unterhaltsrechtliche Leichtfertigkeit nachweislich nicht mehr vorgehalten werden kann, muß nach der Formel **Die Einkommensfiktion kompensiert die Obliegenheitsverletzung** von der Fiktion befreit werden.

Rembergt Müller, Fachanwalt für Familienrecht, Hamburg

20 Graba, aaO, S. 10

Bernd Kuckenburger

Angemessenheit von Geschäftsführervergütungen

(insbesondere eigenmächtige Herabsetzungen)

1. Problemstellungen

In Unterhaltsrechtsstreitigkeiten findet sich immer wieder die Fragestellung, ob eine, insbesondere von einem beherrschenden Gesellschafter vorgenommene, Herabsetzung der Geschäftsführervergütung hinzunehmen ist.

2. Rechtliche Voraussetzungen

Zunächst einmal ist vom Grundsatz auszugehen, daß beim beherrschenden Gesellschafter alle Einkünfte als gewerbliche Einkünfte nach § 16 EStG zu werten sind.

Da er darüber hinaus Einfluß auf die Ausschüttungspolitik hat, sind ihm die Gewinne und die Geschäftsführervergütung als Einkommen unterhaltsrechtlich zuzurechnen.¹

Weiter ist dann davon auszugehen, daß das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen aus dem steuerrechtlich relevanten Einkommen abgeleitet wird, so daß die Angemessenheitsprüfung zunächst steuerrechtlich stattzufinden hat.²

Andererseits berufen sich die Gesellschafter, die beherrschende Gesellschafter sind, häufig darauf, daß die bisherigen Vergütungen nicht mehr angemessen seien in Hinblick auf die wirtschaftliche Situation des Unternehmens und begründen damit eine Herabsetzung der Geschäftsführervergütung.

Alle diese unterhaltsrechtlichen Würdigungen, die sich insoweit anschließen könnten, haben eine Grenze. Diese liegt darin, daß betriebswirtschaftliche Prinzipien als solche rechtlich nicht verbindlich sind, bis der Gesetzgeber bzw. die Rechtsprechung sie sich zu eigen gemacht haben und sie dadurch in der objektiven Rechtsordnung zum Ausdruck gelangt sind.³

- 1 Fischer-Winkelmann, Gewinnbeteiligung an Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften, FamRZ 1996, S. 1391 ff
- 2 BGH, FamRZ 2003, S. 741 ff; Kuckenburger, Der Selbstständige im familienrechtlichen Verfahren, S. 3 ff
- 3 Eibelshäuser, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht – Herkunft und Bedeutung, DStR 2002, S. 1426 ff, 1427

Dies gilt schon einmal für die Kapitalerhaltung bei Körperschaften, die eine Überschuldung von Gesellschaften verhindern soll.

Insoweit hat der Geschäftsführer nach den Regeln der Insolvenzordnung rechtzeitig Konkursantrag zu stellen.

Ein Unternehmen ist nämlich dann nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO überschuldet, wenn das Vermögen des Schuldners, die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.

Darüber hinaus besteht die Insolvenzantragspflicht nach § 64 GmbHG, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig ist.

In diesem Kontext macht sich der Geschäftsführer schadenersatzpflichtig, wenn er die relevanten Regeln nicht einhält (§§ 64, 43 GmbHG).

3. Wie überprüft das Steuerrecht die Angemessenheit der Geschäftsführervergütung?

Wenn das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen aus dem steuerrechtlich relevanten Einkommen abgeleitet wird, ist es stets erforderlich und Voraussetzung zu prüfen, ob die anzutreffenden Maßnahmen steuerrechtlichen Regelungen entsprechen. Ist dies nicht der Fall, kann dies natürlich auch unterhaltsrechtlich nicht wirksam sein.

Damit korrespondiert auch die Frage, ob die Maßnahmen damit betriebswirtschaftlichen Regeln entsprechen.

Bei der GmbH sind die Aufwendungen für den Geschäftsführer Betriebsausgaben. Ihre steuerrechtliche Anerkennung wird jedoch versagt, soweit es sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung handelt (§ 8 Abs. 3 S. 1 KStG).

Verdeckte Gewinnausschüttungen liegen vor, wenn eine Gesellschaft ihren Gesellschafter außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einem Vermögensvorteil zuwendet und diese Zuwendung ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat.

In diesen Fällen muß die Summe aller Vorteile und Entgelte des Dienstverhältnisses (gesamte Ausstattung) angemessen sein. Dabei werden Zulagen und die Sachzüge einberechnet. Gleiches gilt für die Tantieme.⁴

Insoweit haben die Finanzverwaltung aber insbesondere auch die Rechtsprechung des BFH Kriterien entwickelt (BMF Schreiben vom 14.10.2002, DStR 2002 S.1861; BFH in DStR 2003, S.1747 ff und 1769). Das vorgenannte Schreiben des Bundesministers der Finanzen nennt folgende Kriterien:

- Art und Umfang der Tätigkeit
- Ertragsaussichten der Gesellschaft/Verhältnisse der Eigenkapitalverzinsung
- Fremdvergleichsmaßstab

Das Steuerrecht befaßt sich also weitestgehend mit der Frage, ob zu hohe Ausschüttungen erfolgen; in der unterhaltsrechtlichen Fallgestaltung haben wir es dem gegenüber eher mit dem umgekehrten Fall, einer verdeckten Einlage, zu tun.

4. Prüfungsschema nach dem Steuerrecht

a) 1. Schritt

Überprüfung aller vereinbarten Vergütungsbestandteile, ob sie dem **Grunde** nach durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt wurden. Folge: falls zutreffend = verdeckte Gewinnausschüttung im vollen Umfange.

b) 2. Schritt

Prüfung der Summe aller vereinbarten Vergütungsbestandteile, ob sie der **Höhe** nach durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt wurden. Folge: falls zutreffend = verdeckte Gewinnausschüttung, soweit gesellschaftsrechtliche Veranlassung reicht.

Beispiel⁵:

Vereinbartes Festgehalt GmbH – Geschäftsführer 350 000,00 €.

Tantiemevereinbarung 250 000 €.

Angemessene Geschäftsführervergütung in **Fallvariante 1)** 600 000 €, in **Fallvariante 2)** 400 000 €.

Lösung zur Fallvariante 1):

Angemessene Gesamtausstattung = 600 000 €.

Folge: Keine verdeckte Gewinnausschüttung.

Lösung zu Fallvariante 2):

Angemessene Gesamtausstattung = 300 000 €.

Folge: Verdeckte Gewinnausschüttung 200 000 €.

⁴ Vgl. zu allem Vorstehenden Hollerbaum/Wüst in Beck'sches Steuerberaterhandbuch 2004 – 2005, 0, Rdn 127 ff; zum Verhältnis Tantieme/Festgehalt, vgl. Rdn. 128

⁵ Nach Knief, Steuerberater- und Wirtschaftsprüferjahrbuch 2005, S. 528

5. Wie ermittelt sich die angemessene Geschäftsführervergütung?

Insoweit ist auf statistisches Material zurückzugreifen, das beispielsweise von der BBE Unternehmensberatungs-GmbH, im Auftrag des Steuerberaterverbandes herausgegeben wird oder auf die sog. Karlsruher Tabellen, herausgegeben von der Oberfinanzdirektion Karlsruhe.

Abstrakt hat die Angemessenheitsprüfung nach folgenden Kriterien zu erfolgen:

- Tätigkeit des Geschäftsführers
- Größe des Unternehmens
- Ausbildung und Berufserfahrung
- Tätigkeit in mehreren Unternehmen
- Anzahl der Geschäftsführer
- Ertragsaussichten der GmbH
- Verhältnis des Gehalts zur Kapitalverzinsung
- Verhältnis des Gehalts zum Gewinn
- Angemessenheit bei ertragsschwachen Gesellschaften
- innerer Betriebsvergleich zu Fremdgeschäftsführer
- externer Betriebsvergleich

■ Durchführung der Angemessenheitsprüfung

Anhand dieser Kriterien ist die Überprüfung im konkreten Fall vorzunehmen, wobei die Regeln der Kapitalerhaltung zu beachten sind.

6. Zusammenfassung und Ergebnis

Auch die Rechtsprechung neigt dazu, insoweit betriebswirtschaftliche Regeln, basierend auf steuerliche Angemessenheitsüberprüfung, bei der Angemessenheitsprüfung heranzuziehen.⁶

Aus alledem ergibt sich, daß auch der beherrschende Gesellschafter sich auf angemessene Herabsetzung der Geschäftsführervergütung berufen kann, wenn er nach steuerlichen Kriterien die Angemessenheit seiner Vergütung nachweisen kann.

Bernd Kuckenburger, Rechtsanwalt, Fachanwalt für FamR und SteuerR, Hannover

⁶ Vgl. AG Gemünden am Main, 1 F 602/02, auch Vergleichsgrundlage des vor dem OLG Bamberg geschlossenen Vergleichs zu Az. 7 UF 125/04; vgl. auch OLG Frankfurt, FamRZ 05, 803

Dr. Peter Finger

§ 1615 I BGB – Unterhalt der nichtehelichen Mutter/des nichtehelichen Vaters

I. Einleitung

Für die Dauer von sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt eines Kindes hat der (nichteheliche) Vater der Mutter Unterhalt zu leisten, § 1615 I Abs. 1 S. 1 BGB.¹ Soweit sie einer Erwerbstätigkeit nicht nachgeht, weil sie durch Schwangerschaft oder Entbindung oder einer Krankheit nicht erwerbstätig sein kann, Abs. 1 S. 1, oder von ihr eine solche Beschäftigung wegen der Pflege und Erziehung des Kindes nicht erwartet werden kann, S. 2, hat der Vater

über diesen Zeitraum hinaus für ihren Lebensbedarf einzustehen, wobei

- die Unterhaltspflicht frühestens vier Monate vor der Geburt² beginnt
- und drei Jahre danach endet,

sofern nicht grob unbillig wäre, insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes, etwa wegen

¹ Dabei hat er nach S. 2 auch für die Kosten aufzukommen, die »infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung außerhalb dieses Zeitraums entstehen«. Dabei kann Unterhaltsbedarf auch erstmals nach Ablauf der sonst vorgesehenen Frist (36 Monate) entstehen, vgl. Schwab, FamRZ 2005, 1417, 1421; im übrigen kann (nur) zumutbar sein, eine Teilzeitbeschäftigung auszuüben, so daß Unterhaltsforderungen in gekürzter Form fortbestehen
² Entscheidend ist insoweit zunächst der voraussichtliche Termin der Geburt; verzögert sie sich, kann sich die Unterhaltspflicht verlängern (oder umgekehrt)