

Unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen bei Selbständigen

Strohal / Langeheine

6. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-84085-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

1. Die Gesellschafterentscheidung über die Vergütung des Geschäftsführers bedarf der steuerlichen Prüfung (Angemessenheitsprüfung im Verhältnis zum Gewinn und zur Eigenkapitalverzinsung → Rn. 32). Weil hierfür aber im laufenden Jahr keine Kenntnisse vorliegen, muss sich die Prüfung auf geeignete Ersatzbelege konzentrieren (Belegalternativen → Rn. 163 mit den dort genannten Vorbehalten). Neben der Prüfung der aktuellen Geschäftsentwicklung auf der Grundlage einer ebenso aktuellen Finanzbuchhaltung stellt sich in diesem Fall selbstverständlich die Frage nach der Erfüllung der Erwerbsobliegenheit (→ Rn. 273).
2. In der Rechtsprechung ist klargestellt, dass unterhaltsrechtlich eine Trennung zwischen dem Privatvermögen des Gesellschafters als Unternehmer und dem Sondervermögen seiner GmbH unbeachtlich ist und die Einkünfte zusammenzufassen sind (→ Rn. 157, 244). Von der Ergebnisdurchschnittsberechnung aus mehreren Jahren (→ Rn. 152) sollte man deshalb auch in diesem Fall idR nicht Abstand nehmen. Die Geschäftsführervergütung kann nicht von dem Ergebnis der GmbH losgelöst betrachtet werden.

Bleiben Personalkosten ganz oder teilweise unberücksichtigt, sind auch die Lohnnebenkosten entsprechend zu mindern.

Letztlich unterliegen **alle weiteren, aus ihrer Größe interessant erscheinenden 270 Aufwendungen** der kritischen Kontrolle, die entweder nicht hinreichend bezeichnet sind, deren Sinn bzw. deren Größe sich angesichts der Geschäftstätigkeit unter Plausibilitätsgründen nicht erschließt oder deren Umfang bei bescheidenem Ergebnis sich angesichts der Unterhaltsart, insbes. der erweiterten Unterhaltspflicht des § 1603 Abs. 2 BGB, schlichtweg verbietet.

Das bedeutet indes nicht, die Betriebsausgaben des Selbständigen, der hohe Gewinne ausweist und zB Kinderunterhalt in hoher Tabellenhöhe leistet, weitergehend zu kürzen (Kleinwagen statt Pkw-Oberklasse), um den Kinderunterhalt noch weiter zu erhöhen. Der Unterhaltsberechtigte hat Anspruch auf Unterhaltsgewährung zur Befriedigung des gesamten, auch gehobenen Lebensbedarfs, nicht aber Anspruch auf Teilhabe am Luxus,⁴¹¹ wie überhaupt auch § 1610 Abs. 1 BGB keine unterhaltsrechtliche Obliegenheit des Pflichtigen beinhaltet, seine Lebensstellung zu bessern, wenn er sich dauerhaft mit einer bescheidenen Lebensstellung begnügt und dadurch instande ist, Unterhaltsbeträge wenigstens im Mindestmaß zu erbringen.⁴¹² **Nur eine ausgewogene Beachtung der Interessen beider Unterhaltsparteien**, wie sie auch in der „unterhaltsrechtlichen Bereinigung“ notwendig ist, entspricht den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts.

2. Lösungsansatz

Der Selbständige – dem handels- und steuerrechtlich bilanzielle Gestaltungen zustehen 271 (Teil I) – kommt der ihm durch die Rechtsprechung des BGH auferlegten Pflicht zur Differenzierung seiner Betriebsausgaben zwischen steuerrechtlicher und unterhaltsrechtlicher Relevanz idR unzureichend nach, wenn er nicht den zwingend betrieblich veranlassten Aufwand darlegt, sondern sich auf die steuerliche Gewinnermittlung beschränkt, die dortigen Angaben nicht weiter (differenzierungsfähig) konkretisiert und damit behauptet, dass sämtliche steuerlich anerkannten Betriebsausgaben auch unterhaltsrechtlich beachtenswert seien.

Eine den unterhaltsrechtlichen Erfordernissen angepasste Handels- und/oder Steuerbilanz 272 bzw. Einheitsbilanz wird als „**Unterhaltsbilanz**“ (→ Rn. 170) bezeichnet. Sie ist Ausfluss der im Unterhaltsrecht prinzipiell gebotenen Gleichbehandlung von Arbeitnehmern und Beamten auf der einen Seite und Selbständigen (iwS) auf der anderen Seite, um durchgängig hinreichend sichere Grundlagen für eine einheitliche unterhaltsrechtliche Einkommensbestimmung zu erhalten. Sie ist aus der vom Selbständigen gepflogenen Rechnungslegung

⁴¹¹ BGH FamRZ 1987, 58.

⁴¹² BGH FamRZ 1992, 1045.

abzuleiten, dh entweder aus handelsrechtlichen und/oder steuerrechtlichen Jahresabschlüssen zu entwickeln. Wertungsdivergenzen zwischen Steuer- bzw. Handels- und Unterhaltsrecht – Ermessens- oder Zwangsreserven in handels- und/oder steuerrechtlichen Jahresabschlüssen – und damit zwischen der vom Selbständigen betriebenen Bilanzpolitik im Sinne einer Einkommenspolitik und unterhaltsrechtlich relevantem Einkommen sind mittels der Unterhaltsbilanz offenzulegen, zu erläutern und im Einzelnen zu belegen mit dem Ziel, durch Aufdeckung unterhaltsrechtlich nicht relevanter, steuerlicher Möglichkeiten die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen zu bemessen.

In der Praxis lässt sich die Vorlage einer derartigen Bilanzart **nicht** durchsetzen. Weder sehen sich die Steuerberater, denen das Unterhaltsrecht und der in dieser Differenzierung liegende Sinn weitgehend fremd ist, zu deren Erstellung imstande, noch besteht seitens des Selbständigen hierzu irgendeine Bereitschaft, weil das Ziel der Differenzierung doch auf eine Gewinnerhöhung ausgerichtet ist. Es wird also weiterhin Sache des Unterhaltsberechtigten sein, die vom Selbständigen vorzulegenden Unterlagen iSd Auskunftsrechts (→ Rn. 146 ff.) einzufordern und daraus diejenigen Positionen zu kennzeichnen, die man aus unterhaltsrechtlicher Sicht nicht akzeptieren will (weitergehend → Rn. 277 ff.).

IV. Weitere Ergebnisveränderungen aus unterhaltsrechtlichen Gründen

1. Erwerbsobliegenheit

- 273 Der Obliegenheit des Unterhaltsberechtigten, seinen Bedarf nach Kräften selbst zu decken, steht – soweit eine Unterhaltspflicht besteht – die Obliegenheit des Unterhaltspflichtigen gegenüber, für seine finanzielle Leistungskraft Sorge zu tragen. Während die von Nichtselbständigen geleistete Arbeitszeit (anhand des Arbeits- oder Tarifvertrags und der Lohnabrechnungen) genau geprüft und dabei in der Rechtsprechung insbes. im Rahmen der Angemessenheit zwischen Teilzeit- und Vollerwerbsobliegenheit (§ 1574 BGB) differenziert wird, geht man dem Arbeitseinsatz des Selbständigen (vgl. → Rn. 192; auch die Beispiele zur Liebhaberei in → Rn. 19) häufig nicht nach, sondern konzentriert sich auf den rechnerischen Ertrag. Dies lässt sich mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung nicht immer vereinbaren. Zwar deuten Verluste nicht ohne Weiteres darauf hin, dass der Unternehmer nicht seine volle Arbeitskraft für das Unternehmen einsetzt. Jedenfalls bei entsprechenden Anhaltspunkten muss nachgefragt und geklärt werden, wie viele Wochenstunden ein Taxifahrer seine Fahrdienste anbietet, welche Sprechzeiten ein Freiberufler hat, zu welchen Zeiten ein Ladengeschäft geöffnet ist. Im Einzelfall kann zu überprüfen sein, ob der Selbständige an ihn gerichtete Aufträge unterlaufen, Angebote nicht erstellt, an Ausschreibungen nicht teilgenommen, Kunden abgelehnt oder verschreckt hat. Zum altersbedingten Renteneintritt → Rn. 192.

Sind solche Situationen festzustellen und befriedigt auch das festgestellte Ergebnis nicht, stellt sich die Frage der Sanktion. Konsequenz des Verstoßes gegen die unterhaltsrechtliche Erwerbsobliegenheit ist, den Selbständigen **fiktiv** (→ Rn. 2, 4) einzuschätzen, also zu bemessen, wie viel er bei Vollzeitarbeit erwirtschaften würde. Voraussetzung hierfür ist wiederum, dass angenommen werden kann, der Selbständige werde bei gebotenem Arbeitseinsatz entsprechende Aufträge erhalten.⁴¹³

⁴¹³ Ausführlich zur Einkommensfiktion im Unterhaltsrecht Dose UnterhaltsR/Dose § 1 Rn. 734 ff.; vgl. → Rn. 2, 4; BGH FamRZ 2005, 1979 = NJW 2005, 3639; das öffentliche Sozialleistungsrecht kennt die Fiktion nicht: BGH FamRZ 2000, 1358 = NJW-RR 2000, 1385.

2. Neuaufnahme einer selbständigen Tätigkeit

Neuaufnahmen einer selbständigen Tätigkeit sind aus verschiedenen Gründen differenziert zu betrachten (→ Rn. 191): 274

Hat der Selbständige in jüngster Zeit seine selbständige Tätigkeit neu aufgenommen, befindet sie sich regelmäßig noch nicht in der Gewinnzone. Der Selbständige deckt seinen Lebensunterhalt wahlweise aus zuvor zu diesem Zweck gebildeten Rücklagen oder aus dem ihm mit Neueröffnung von der Bank zugesagten Kontokorrentkredit. Eine sichere Aussage über das erreichbare Wirtschaftsziel lässt sich noch nicht machen.

Die Rechtsprechung hält eine mit der Neuaufnahme einhergehende Einkommenseinbuße grundsätzlich für beachtlich, wenn nicht im Einzelfall schwerwiegende Gründe vorliegen, die dem Verpflichteten nach Treu und Glauben die Berufung auf seine Leistungsfähigkeit oder eingeschränkte Leistungsfähigkeit verwehren.⁴¹⁴ Ein Verstoß gegen Treu und Glauben, in dessen Folge der Unterhaltspflichtige sich ggf. als leistungsfähig behandeln lassen muss, wird angenommen, wenn dem Pflichtigen ein verantwortungsloses, zumindest leichtfertiges Verhalten zur Last zu legen ist.

Gewichtige Umstände für die Entscheidung zur selbständigen Tätigkeit liegen meist dann vor, wenn die berufliche Stellung üblicherweise eine selbständige Tätigkeit ist,⁴¹⁵ zB die Entwicklung vom Assistenz- bzw. Oberarzt zum freiberuflich praktizierenden Arzt, die Anfangsanstellung eines Rechtsanwalts zur eigenen freiberuflichen Anwaltstätigkeit.

In diesen Fällen ist dem mit Unterhaltspflichten belasteten Selbständigen idR zuzumuten, diesen Plan angesichts einer anfangs zu erwartenden rückläufigen Einkommensentwicklung erst dann zu verwirklichen, wenn die Erfüllung der Unterhaltspflichten in geeigneter Weise (durch Rücklagenbildung, Kreditaufnahme) sichergestellt ist.

Im Einzelfall beinhaltet die Neuaufnahme einer selbständigen Tätigkeit kein Entwicklungspotential, sie ist **wahlweise Flucht in die Selbständigkeit oder Beschäftigungsversuch eines Langzeitarbeitslosen** (→ Rn. 223). Diese Fälle haben gemeinsam, dass eine unterhaltsrechtliche Ergebnisverbesserung in dem oben angesprochenen Sinn meist erfolglos bleiben muss. Entweder ist diese Tätigkeit dauerhaft nicht zur Erzielung eines Überschusses geeignet, oder sie lässt sich hierzu entwickeln, ist aber durch die notwendigen Anfangsinvestitionen und die Anlaufphase im Übermaß belastet.

Ein Sonderfall ist die Erzielung von Verlusten in einem und die Erzielung von Gewinnen in einem anderen Geschäftszweig desselben Unternehmens. Hier ist zu prüfen, in welcher Abhängigkeit die Geschäftszweige zueinander stehen, zB die Gewinne nur dadurch erzielt werden, dass der Unternehmer daneben Aufwand betreibt, der nicht zu Gewinnen führt.

Beispiel:

Aufwändige eigene, verlustbringende Veranstaltungen verschaffen einem Künstler Lehraufträge, aus denen die Veranstaltungen finanziert werden können.

3. Rentabilität

Die Rentabilität, eine insbesondere im Rahmen der Erwerbsobliegenheit erörterungswürdige Frage (→ Rn. 191 ff.) bestimmt sich betriebswirtschaftlich gesehen nach dem prozentualen Verhältnis zwischen Gewinn und dem eingesetzten Kapital (Gesamtkapitalrentabilität als das Verhältnis von Kapitalgewinn – Jahresüberschuss und Fremdkapitalzinsen – zum gesamten gebundenen Kapital – Eigen- und Fremdkapital –, Eigenkapitalrentabilität als das Verhältnis von Gewinn und Eigenkapital) bzw. zwischen Gewinn und Umsatz (Umsatzrentabilität).⁴¹⁶ 275

⁴¹⁴ BGH FamRZ 1987, 372 = NJW-RR 1987, 770.

⁴¹⁵ BGH FamRZ 1988, 256 = NJW 1988, 709.

⁴¹⁶ BeckOGK/Fleischer AktG § 90 Rn. 26 (Stand: 1.10.2025).

Bei Einzelfirmen und Personengesellschaften wird für die Mitarbeit der Unternehmer im Betrieb kein als Aufwand abzugsfähiges Gehalt gezahlt. Der Jahresgewinn wird unter Berücksichtigung von Einlagen und Entnahmen als Einkommen angesehen, und zwar als Entgelt sowohl für die Tätigkeit des Unternehmers als auch für den Einsatz des Eigenkapitals. In die Selbstkostenberechnung des Unternehmens sind damit nicht nur der kalkulatorische Zins (Eigenkapitalzinsen), sondern auch das Entgelt für die Arbeitsleistung der Betriebsführung, der **kalkulatorische Unternehmerlohn** einzurechnen. Weil Aufwand und Ausgaben hieraus aber nicht entstehen, erscheint der Unternehmerlohn in der Erfolgsrechnung als Gewinn. Demgegenüber wird für mitarbeitende Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft das Arbeitsentgelt vereinbart, das Aufwand darstellt und deshalb den zur Verteilung verbleibenden Gewinn kürzt. Maßstab für den Lohn ist idR das für diese Tätigkeit gezahlte Gehalt eines vergleichbaren leitenden Angestellten.⁴¹⁷ Ist das Unternehmen außerstande, einen angemessenen Unternehmerlohn zu erwirtschaften, spricht man von Unrentabilität des Unternehmens.

4. Verweis auf nichtselbständige Tätigkeit

- 276** Der selbständigen Tätigkeit haftet noch weitgehend der Ruf an, sich durch ihre Aufnahme wenn nicht schon des Arbeitsjochs, so doch der einfachen Feststellung und Vollstreckung in die erwirtschafteten Einkünfte entziehen zu wollen. Dies entspricht dem täglichen Erleben des Familienrichters, wonach sich die Einkommensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen noch nie so nachteilig verändert haben wie gerade zum Zeitpunkt des Versuchs ihrer Feststellung durch das Familiengericht.

Die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit, in der Anfangsphase ohne Überschuss, bedarf der Abgrenzung von der in erster Linie zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten herbeigeführten Einkommensminderung. Abgrenzungskriterien sind neben dem typischen Geschehensablauf die finanzielle Vorbereitung durch Rücklagenbildung oder Finanzierung (→ Rn. 274, 191).

Die in der Rechtsprechung des BGH aufgeworfene Fragestellung, inwieweit die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit einem typischen Geschehensablauf entspricht, genügt angesichts einer wirtschaftlichen Entwicklung dann nicht, wenn Arbeitsplätze abgebaut werden und in der den Erwerbstätigen verstärkt auch seitens der Politik geraten wird, eine eigene wirtschaftliche Existenz aufzubauen (→ Rn. 40). Das hiesige Wirtschaftssystem lebt wesentlich von dem wirtschaftlichen Mut der im Wesentlichen Arbeitsplätze schaffenden Selbständigen. Nicht jede wirtschaftliche Rezession mit entsprechenden, nachteiligen Auswirkungen auf Erlös und Gewinnlage rechtfertigt den Verweis auf die Nichtselbständigkeit.

Es stehen also diejenigen Unterhaltspflichtigen zur Disposition, die willkürlich aus einer unbefristeten nichtselbständigen Tätigkeit finanziell und fachlich unvorbereitet in eine nicht hinreichend gesicherte, erfolglose selbständige Tätigkeit überwechseln, oder deren Betrieb unrentabel (→ Rn. 275) geworden ist.⁴¹⁸ Bescheidene Gewinne oder Verluste sind in diesen Fällen unterhaltsrechtlich unbeachtlich. Die Rechtsfolge ist, dass der Unterhaltspflichtige sogleich wieder in eine nichtselbständige Arbeit verwiesen und weiterhin so behandelt wird, wie wenn er nichtselbständig arbeiten würde. Grundlage einer solchen fiktiven Einkommensberechnung ist dann, was der vormals Nichtselbständige vor dem Wechsel in die Selbständigkeit verdient hat, hilfsweise das, was aus den Tarifverträgen, gemessen an der Ausbildung und Berufserfahrung, als Mindestvergütung entnommen werden kann.

⁴¹⁷ Vgl. Sixt DStR 2025, 616 (618) zum Bewertungsgesetz.

⁴¹⁸ BGH FamRZ 1987, 372 = NJW-RR 1987, 770; OLG Koblenz FamRZ 1985, 812: Verweis des Inhabers eines unrentabel gewordenen Frachtmotorschiffsbetriebs auf eine unselbständige Tätigkeit; OLG Hamm FamRZ 1990, 50; OLG München FamRZ 1992, 441; OLG Saarbrücken 28.4.2010 – 9 WF 41/10, BeckRS 2010, 14118 und Anm. Viefhues jurisPR-FamR 19/2019 Ziffer 2; OLG Dresden NZFam 2016, 119.

Der steuerlich ermittelte Gewinn kann nicht ohne Weiteres mit dem Einkommen des Selbständigen gleichgesetzt werden. Das Steuerrecht privilegiert einzelne Einkommensarten. Es erkennt jede betrieblich veranlasste Aufwendung als einkommensmindernd an. Es gewährt Abschreibungen, denen eine tatsächliche Vermögenseinbuße nicht oder nicht in diesem Umfang zwingend entspricht. Das Unterhaltsrecht behält sich daher eine eigene Prüfung der betrieblichen Veranlassung und der Angemessenheit von Betriebsausgaben vor. Unterhaltspflichtige, die ohne nachvollziehbaren Grund, insbes. ohne fachliche Ausbildung und finanzielle Rücklagen in die Selbständigkeit starten, oder deren Betrieb nicht rentabel arbeitet, sind wie Nichtselbständige zu behandeln. Fälle verdeckter Langzeitarbeitslosigkeit sind unter der Frage der Erwerbsobliegenheit und der dort geforderten Bemühung um Erlangung eines Arbeitsplatzes zu untersuchen.



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Kapitel 5. Die verfahrensbezogene Methodik zur Bewertung steuerlicher Ergebnisse

I. Die Darlegungs- und Beweislast

- 277 Grundregel für zivilrechtliche, also auch unterhaltsrechtliche Ansprüche ist: „Jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu behaupten und zu beweisen – der Kläger die Tatsachen, die den Tatbestand eines rechtsbegründenden Rechtssatzes erfüllen, der Beklagte die Voraussetzungen einer rechtshemmenden oder rechtsvernichtenden Norm.“⁴¹⁹ Auf das Unterhaltsrecht angewandt bedeutet dies:

Der Unterhaltsberechtigte ist darlegungs- und beweispflichtig zu den persönlichen Voraussetzungen – das familienrechtliche Verhältnis – und zu den sachlichen Voraussetzungen (Bedarf und Bedürftigkeit). Er muss danach insbes. darlegen und beweisen, wie sich die Lebensverhältnisse (§§ 1361, 1578 BGB) bzw. die Lebensstellung (§§ 1610 Abs. 1, 1615l BGB), von denen sich der Unterhaltsbedarf ableitet, gestalten. Lebensverhältnisse und Lebensstellung beinhalten dabei naturgemäß Faktoren, die von den Einkünften des selbständigen Unterhaltspflichtigen beeinflusst werden.⁴²⁰

Der Unterhaltspflichtige ist darlegungs- und beweispflichtig zum Vorliegen geltend gemachter Leistungsunfähigkeit und von Einwendungen gegen den Unterhaltsanspruch, zB Befristung nach § 1578b BGB oder Verwirkung nach § 1579 BGB oder § 1611 BGB oder Einreden, insbes. der Verjährung.⁴²¹

1. Das Problem in der Praxis

- 278 Einerseits muss der Unterhaltsberechtigte darlegen und beweisen, wie sich die Lebensverhältnisse bzw. die Lebensstellung gestalten, welches Einkommen der selbständige Unterhaltspflichtige im Mehrjahresdurchschnitt aus unterhaltsrechtlicher Sicht also erzielt.

Andererseits ist dem selbständigen Unterhaltsschuldner auferlegt, seine Einnahmen und Aufwendungen im Einzelnen so darzustellen, dass die allein steuerlich beachtlichen Aufwendungen von solchen, die unterhaltsrechtlich von Bedeutung sind, abgegrenzt werden können (→ Rn. 182).

Soweit diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über die Darlegungspflicht des Selbständigen dessen umfassende Auskunftspflicht beinhaltet, ermöglicht dies dem Unterhaltsberechtigten, eine solche Abgrenzung der allein steuerlich relevanten von den unterhaltsrechtlich berücksichtigungsfähigen Aufwendungen vorzunehmen. Wenigstens teilweise ist dem Unterhaltsberechtigten also mit einer der Rechtsprechung folgenden Durchsetzung der Auskunftspflicht gedient, um den konkreten Inhalt und Betriebsbezug einzelner Betriebsausgaben zu erfahren.

2. Die Aussagen der Literatur und Rechtsprechung

- 279 Ein Beispiel aus der Rechtsprechung, dem die Literatur inzwischen folgt: Dem plausibel behaupteten Einkommen⁴²² wird das notwendige substantiierte Bestreiten des Selbständigen

⁴¹⁹ Vgl. Dose UnterhaltsR/Dose § 6 Rn. 700 ff.

⁴²⁰ Ausführlich bei Dose UnterhaltsR/Dose § 6 Rn. 701, 703 ff.

⁴²¹ Ausführlich bei Dose UnterhaltsR/Dose § 6 Rn. 701, 721 ff.

⁴²² BGH FamRZ 2005, 967 = NJW 2005, 980: Die Beweisaufnahme über eine beweis erhebliche Tatsache darf nur dann abgelehnt werden, wenn die unter Beweis gestellte Behauptung so ungenau ist, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann, oder wenn sie aufs Geratewohl gleichsam „ins Blaue hinein“ aufgestellt und deshalb rechtsmissbräuchlich ist; s. auch BGH NJW 1996, 394 mwN.

gegenübergestellt.⁴²³ Das bedeutet: Der Unterhaltsberechtigte behauptet auf der Grundlage gewonnener Erkenntnisse über Erwerbsart und ermitteltem Gewinn sowie der Lebensführung durch den Vortrag „hinreichender Anhaltspunkte“ ein konkretes Einkommensniveau. Der Unterhaltspflichtige muss sich über die darin liegenden tatsächlichen Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß erklären (§ 138 Abs. 1 ZPO). Mit Nichtwissen darf der Unterhaltspflichtige den gegnerischen Vortrag nicht bestreiten, weil er seine Einkommenslage kennt (§ 138 Abs. 4 ZPO). Er muss sich also konkret zu seiner Einkommenslage äußern, wenn er die Behauptung des Unterhaltsberechtigten zu Fall bringen will. Er wird zu substantiiertem Bestreiten und Nachweis seines Einkommens durch Vorlage der Gewinnermittlungen gezwungen.⁴²⁴

3. Die richterliche Schätzung

Die Praxis zieht, ggf. stattdessen, häufig zur Klärung streitiger, gelegentlich auch unstreitiger Fragen das Werkzeug der richterlichen Schätzung (§ 287 Abs. 2 ZPO) heran und ändert die steuerlichen Gewinnermittlungen „bereinigend“, insbes. Betriebsausgaben kürzend, ab. Fast regelmäßig wird ein Gutachten eingeholt, sei es im Beweisweg auf Antrag einer Partei, sei es zur Unterstützung des Gerichts (§ 144 Abs. 1 ZPO), wobei die Fragestellung offen, also dem Gutachter überlassen bleibt. Dies gibt dem Sachverständigen dann Gelegenheit zur Eigenermittlung.⁴²⁵

Zur Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO befindet der BGH:⁴²⁶

281

Voraussetzung für eine Einkommensschätzung im Rahmen des beim Unterhaltspflichtigen zur Verfügung stehenden Einkommens ist, dass die weitere Aufklärung konkret aufgetretener Zweifel unverhältnismäßig schwierig ist und zu dem Umfang der Unterhaltsforderung in keinem Verhältnis steht.

Die Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO setzt voraus:

Im Rahmen der richterlichen Prozessförderungspflicht hat das Gericht darauf hinzuwirken, dass sich die Parteien über alle erheblichen Tatsachen vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen (§ 139 Abs. 1 ZPO). Ein weitergehendes Recht oder eine Pflicht zur Amtsermittlung besteht im Unterhaltsprozess nicht. Ist der Sachverhalt außer Streit, sei es aufgrund eines Geständnisses (§ 288 ZPO) oder aufgrund einer Geständnisfiktion (§ 138 Abs. 3 ZPO, eine nicht ausdrücklich und substantiiert bestrittene Behauptung gilt als zugestanden), ist der Rechtsstreit insoweit entscheidungsreif.

Beispiel:

Der Kläger macht geltend, der Beklagte erziele einen jahresdurchschnittlichen Monatsgewinn von 5.000 EUR. Hierauf sei ausweislich seines eigenen Verbrauchs (Miete, Lebenshaltung, Pkw, Reisen) seine Lebensstellung zugeschnitten. Damit sind hinreichende Anhaltspunkte, die nicht „vom blauen Himmel herab“ vorgetragen sind, für ein konkretes Einkommensniveau eingebracht. Der beklagte Selbständige kann diesen Tatsachenvortrag nur dadurch umzustößen versuchen, dass er konkret über seine Einkünfte unter Einbeziehung unterhaltsrechtlicher Differenzierung Auskunft erteilt. Gelingt ihm dieser substantiierte Sachvortrag nicht, gilt der Vortrag des Klägers als zugestanden. Die Prozessparteien können aber auch Teile der Einkommensermittlung unstreitig stellen. Sie können in der mündlichen Verhandlung erklären, die in der Einkommensermittlung eingesetzten Abschreibungsbeträge spiegelten den tatsächlichen Wertverlust der Wirtschaftsgüter wider. Dann ist dem Richter die Möglichkeit genommen, hierüber weitergehend zu befinden.

⁴²³ OLG Hamm, FamRZ 1996, 1216; NJW-RR 1990, 1286.

⁴²⁴ Vgl. Dose UnterhaltsR/Dose § 6 Rn. 743.

⁴²⁵ Arens FuR 1996, 145.

⁴²⁶ BGH FamRZ 1993, 789 = NJW-RR 1993, 898.

4. Der Beweisantritt

- 282 Soweit ein Sachverhalt im Streit ist, muss durch die beweispflichtige Prozesspartei **Beweis angetreten** sein. Der Selbständige bezieht sich dabei mit Vorliebe auf die Vernehmung des von ihm mit der Einkommensermittlung, ggf. schon mit der Buchhaltung beauftragten Steuerberaters. Dabei handelt es sich aber um kein geeignetes Beweismittel, weil der Steuerberater als Gehilfe des Selbständigen die Geltendmachung der Betriebsausgaben nur unter steuerlichen Aspekten vornimmt und sich dabei an dessen Weisungen und Vorgaben orientiert.⁴²⁷ Er kann allenfalls – gelegentlich – hilfreiche Erläuterungen zum Inhalt der Gewinnermittlung und zu der unterhaltsrechtlichen Differenzierung der Betriebsausgaben machen, sobald er mit dieser Fragestellung vertraut gemacht worden ist.

Dieser Beweisantritt ist in seiner Art und Durchführung an § 287 Abs. 2 ZPO zu messen: unverhältnismäßige Schwierigkeit/Verhältnismäßigkeit der Beweiserhebung zur Bedeutung des streitigen Forderungsteils.

Hält der Richter die Beweiserhebung, gemessen an dem Streitgegenstand, für zu aufwändig, kann er bei eigener hinreichender Sachkunde ein nachvollziehbares Schätzergebnis an die Stelle des sonst einzuholenden Gutachters setzen. Holt er in dieser Situation ein Sachverständigengutachten ein, arbeitet er nicht mehr auf der Ebene der §§ 287 Abs. 2, 144 ZPO, sondern befindet sich im Beweisstadium, §§ 355, 402 ff. ZPO, weil sich die Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO – Verhältnismäßigkeit der Beweiserhebung – und die Bestellung eines Sachverständigen zwangsläufig widersprechen.

- 283 Soweit der BGH über die Regel betreffend die **freie Beweiswürdigung** (§ 286 ZPO) zur richterlichen Schätzung in den Fällen kommt, in denen der „den Umfang der Leistungsfähigkeit und das zur Verteilung verfügbare Einkommen ermittelnde Tatrichter“ anhand der vorgelegten Einkommensermittlungsunterlagen eine unterhaltsrechtliche Abgrenzung nicht zu treffen vermag oder sich für ihn aufgrund unvollständiger Aufzeichnungen und widersprüchlicher Angaben konkrete Zweifel am behaupteten unterhaltsrechtlich relevanten Einkommen ergeben, wird in unzutreffender Weise der Eindruck der Zulässigkeit der Amtsermittlung erweckt. Nicht übersehen werden darf vielmehr, dass der BGH⁴²⁸ andernorts auf das Erfordernis der konkreten Darlegung entsprechender tatsächlicher Voraussetzungen nicht verzichtet.

5. Zusammenfassung

- 284 In Rechtsprechung und Literatur scheint vor allem an den Unterhaltsschuldner, dagegen zu wenig an den Unterhaltsgläubiger gedacht worden zu sein, der vorprozessual im Stadium der Aufforderung und Klageerhebung gefordert ist, unter eigenem Kostenrisiko die Unterhaltshöhe zutreffend einzuschätzen. Ihm hilft der Verweis auf die Darlegungs- und Beweislast des gerne „mauernden“ Unterhaltspflichtigen, dessen Einkommensermittlungsunterlagen er sich erstritten hat, nicht weiter, wenn der Pflichtige ganz selbstverständlich geltend macht, sämtliche steuerlich geltend gemachten Betriebsausgaben seien auch unterhaltsrechtlich beachtenswert.
- 285 Dem Unterhaltsgläubiger ist auch nicht damit gedient, wenn die Gerichte in unterschiedlicher Weise aus eigener Einschätzung Einkommensermittlungen abändern, ohne dabei zu beachten, inwieweit sich die Parteien zu den einzelnen Positionen geäußert haben. So kommt es in der Praxis zu richterlichen Änderungen im Schätzweg bei Fragen, die zwischen den Unterhaltsparteien zB aus Gründen eigenen Wissens des Unterhaltsberechtigten außer Streit sind. Für eine außergerichtliche Beratungssicherheit bleibt dabei kein Raum.
- 286 Während Neigungen zur reinen Amtsermittlung⁴²⁹ zurückgedrängt sind, unterstützen §§ 235, 236 FamFG heute das Auskunftsinteresse des Berechtigten durch ein Auskunftsrecht

⁴²⁷ BGH FamRZ 1985, 357 = NJW 1985, 909.

⁴²⁸ BGH FamRZ 1995, 346 = NJW 1995, 963.

⁴²⁹ Fischer-Winkelmann FuR 1995, 259.