

aufnahme des Verfahrens nach § 118 FamFG beantragt oder eine Gehörsrüge nach § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG iVm § 321 a ZPO erhoben worden ist (§ 707 Abs. 1 ZPO) oder wenn gegen einen für sofort wirksam erklärten Versäumnisbeschluss Einspruch (§§ 113 Abs. 1 S. 2, 143 FamFG, 338 ZPO) oder gemäß §§ 113 Abs. 1 S. 2, 143 FamFG, 345 ZPO Beschwerde eingelegt worden ist oder Beschwerde nach § 58 FamFG (§ 719 Abs. 1 ZPO). Umstritten ist, ob eine Einstellung gegen Sicherheitsleistung oder nur ohne Sicherheitsleistung möglich ist. Teilweise<sup>44</sup> wird die Auffassung vertreten, gemäß § 707 Abs. 1 ZPO könne das Gericht auf Antrag anordnen, dass die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung statfinde und dass die Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Dagegen dürfte sprechen, dass § 707 Abs. 1 S. 1 ZPO durch die Verweisung in § 120 Abs. 2 S. 3 FamFG auf § 120 Abs. 2 S. 2 FamFG (»unter denselben Voraussetzungen«) eingeschränkt wird. § 120

Abs. 2 S. 2 FamFG lässt eine Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung nicht zu.<sup>45</sup> Dies entspricht § 62 Abs. 1 S. 4 ArbGG, der durch Gesetz vom 26. 3. 2008<sup>46</sup> geändert worden ist. Danach hat auch die einstweilige Einstellung nach den §§ 707 Abs. 1, 719 Abs. 1 ZPO ohne Sicherheitsleistung zu erfolgen.<sup>47</sup>

Dieter Büte, Vors. Richter am OLG,  
Bad Bodenteich/Celle

■ **Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe der FuR fortgesetzt.**

44 Keidel/Weber § 120 Rdn. 18

45 Prütting/Helms/Helms § 120 Rdn. 8

46 BGBl. I S. 444

47 Vgl. dazu Hoppenz/Walter § 120 Rdn. 6; Hoppenz/Runge § 707 ZPO Rdn. 3; Griesche FamRB 2009, 258, 260, 261

Thomas Herr

## Das Darlehensangebot als Abwehrstrategie gegen einen Anspruch auf Verfahrenskostenvorschuss

*Der Beitrag befasst sich mit einer weithin unbekanntem – jedenfalls in der Praxis ungenutzten – Möglichkeit, die Risiken des Unterhaltsverpflichteten in Bezug auf einen von ihm geforderten Verfahrenskostenvorschuss<sup>1</sup> zu minimieren. Diese Strategie besteht in einem Angebot an den Unterhaltsgläubiger, ihm in Höhe des Kostenbetrages ein zinsfreies Darlehen mit bestimmten Konditionen zu gewähren. Ausgangspunkt ist eine entsprechende Entscheidung des FamG Kassel<sup>2</sup>.*

### I. Sachverhalt

M und F leben getrennt; die gemeinschaftliche Tochter befindet sich in der Obhut der F, die gegen M ein Verfahren mit der Geltendmachung von Ehegatten- und Kindesunterhalt anstrengen will, dessen Tatbestandsvoraussetzungen sie hinreichend glaubhaft gemacht hat. Verfahrenskostenhilfe erhält sie im Hinblick auf § 1360 a Abs. 4 BGB nicht. M, der erheblichen Vortrag zur Abwehr der Unterhaltsforderung (in der noch streitigen Höhe<sup>3</sup>) gehalten hat, hat ihr ein zinsloses Darlehen in Höhe der Kostenforderung angeboten unter der Bedingung, dass dieses nicht zurück zu zahlen sei, soweit er im Verfahren unterliegen werde. F hat das abgelehnt, M daraufhin keine Zahlung geleistet, weder als Verfahrenskostenvorschuss noch als Darlehensvaluta.

Im Übrigen hat F gegen M eine Zugewinnausgleichsforderung. Der Scheidungsantrag ist zugestellt.

### II. Aus den Entscheidungsgründen

Der Antrag wird zurückgewiesen, da der Anspruch auf Zahlung eines Verfahrenskostenvorschusses durch

1 Früher Prozesskostenvorschuss; zur Terminologie: § 1360 a Abs. 4 BGB spricht lediglich von den Kosten eines »Rechtsstreits«. Wird der Vorschuss für eine Familiensache verlangt, handelt es sich nach der neuen Begrifflichkeit des FamFG um einen *Verfahrenskostenvorschuss* (vgl. auch § 246 FamFG), und zwar auch in Familienstreitsachen mit Anwendung der ZPO-Vorschriften (§ 113 Abs. 5 Nr. 1 FamFG), vgl. auch Schael FamRZ 2009, 7; wird der Vorschuss hingegen für die Führung eines allgemeinen Zivilprozesses verlangt (z. B. eine Miet- oder Unfallsache), muss er weiterhin *Prozesskostenvorschuss* heißen

2 AmtsG Kassel, Beschl. vom 22. 2. 2010 – 542 F 3168/09, abgedruckt in dieser Ausgabe auf S. 710

3 Der Unterhalt war in Höhe eines Teilbetrages bereits tituliert; im Streit war nur ein Spitzenbetrag

die Nichtannahme/Ablehnung des Darlehensangebotes des M durch F untergegangen war. F sei gehalten gewesen, dieses Angebot unter dem Gesichtspunkt der größtmöglichen Schonung anzunehmen, und das sei ihr auch zumutbar gewesen. Insbesondere habe sie durch dieses Angebot nicht schlechter gestanden als im Falle der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe, wo sie ebenfalls auf ein angebotenes Darlehen hätte verwiesen werden können. F könne sich auch nicht darauf berufen, dass die Darlehensvaluta nicht geflossen sei. Hätte sie die Darlehensofferte akzeptiert und M daraufhin gleichwohl nicht gezahlt, hätte sie lediglich ihren Antrag umstellen müssen.

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

### III. Die Interessenlage

F, die einen Unterhaltsanspruch schlüssig dargelegt und unter Beweis gestellt hat, sieht sich mangels Zahlung des M in der Notwendigkeit, die Forderung gerichtlich durchzusetzen. VKH erhält sie wegen der Höhe des Einkommens von M nicht, sie verfügt auch nicht über eigene Mittel. Kann sie das Verfahren somit weder selbst noch mithilfe der Staatskasse finanzieren, ist sie auf Drittmittel angewiesen, wobei solche – außer von M – auf Grund ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht zu erlangen sind. F hat ein Interesse daran, das Gerichtsverfahren ohne Kostenrisiko zu führen, und insbesondere im Falle des Unterliegens nichts zurückzahlen zu müssen.

M, der den noch streitigen Teil des Unterhaltsanspruchs für unbegründet hält, möchte der F schon deshalb keinen Vorschuss zahlen, weil er ihn im Falle des Obsiegens möglicherweise nicht zurück erhält.

Ändern sich die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Unterhaltsgläubigers nach dem Verfahren nicht, besteht nämlich auch im Obsiegensfall bei der Hauptsache grundsätzlich kein Anspruch auf Rückzahlung<sup>4</sup>. Der EA VKH-Beschluss bleibt als Rechtsgrund bestehen. Ist der EA VKH-Beschluss noch nicht durch Zahlung erledigt, kann F auch ihn sogar noch nachträglich vollstrecken, selbst wenn sie in der Unterhaltssache schon verloren hat und die Kosten gegen sie festgesetzt worden sind, sie den festgesetzten Betrag aber ihrerseits nicht gezahlt hat<sup>5</sup>.

### IV. Die Rechtslage<sup>6</sup>

#### 1. Bedarf

Der Vorschuss bezweckt die Vorfinanzierung im Einzelfall erforderlicher Verfahrenskosten<sup>7</sup> und ist Ausfluss der gesetzlichen Ehegattenunterhaltungspflicht<sup>8</sup>. Es

handelt sich bei den Verfahrenskosten daher um unterhaltsrechtlichen Sonderbedarf<sup>9</sup>.

#### 2. Bedürftigkeit

Der Vorschusskostenanspruch ist – im Gegensatz zum Elementarunterhalt – als Billigkeitsanspruch ausgestaltet (§ 1360 a Abs. 4 BGB: »soweit dies der Billigkeit entspricht«) und ist insoweit eine Frage der Bedürftigkeit<sup>10</sup>: auch wenn der Bedarf besteht, muss ihn der andere Ehegatte nur decken, wenn dies der Billigkeit entspricht. Hier kommt ein Rückgriff auf das Verfahrenskostenhilferecht zwar insoweit nicht in Betracht, als es sich nicht um einen Fall »privater besonderer Sozialhilfe« (analog zur VKH als besonderer öffentlicher Sozialhilfe) handelt, denn der Anspruch scheidet nicht daran, dass nur der notwendige, nicht aber der angemessene Unterhalt gefährdet sein müsste<sup>11</sup>. Damit ist jedoch nichts dazu gesagt, ob und inwieweit nicht im Übrigen die VKH-Grundsätze zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen heranzuziehen sind, insbesondere also im Rahmen des Tatbestandsmerkmals »Vermögen« (§ 115 Abs. 3 ZPO). Verfahrenskostenhilferechtlich wird die Kreditaufnahme allerdings nur einer vermögenden Partei zugemutet<sup>12</sup>, was hier deshalb zum richtigen Ergebnis führte, weil F einen Anspruch auf Zugewinnausgleich hatte.

Die genannte verfahrenskostenhilferechtliche Einschränkung ist allerdings beim Verfahrenskostenvorschuss ohnehin anzuerkennen, eben weil die Verpflichtung der Billigkeit entsprechen muss. Es ist daher überhaupt nicht erforderlich, auf die VKH-Grundsätze zurück zu greifen. Der wesentliche Unterschied zwischen § 1360 a Abs. 4 BGB und § 114 ff ZPO ist, dass sich beim Verfahrenskostenvorschuss Ehegatten gegenüberstehen, die in einem besonderen gegenseitigen Verantwortungsverhältnis stehen (§ 1353 BGB). Diese gesteigerte Verantwortung unter Ehegatten ist der tragende gesetzgeberische Grund dafür, dass ein Anspruch auf Verfahrenskostenvorschuss nach der Scheidung nicht mehr gegeben ist<sup>13</sup>. Sie ist letztlich auch der Grund dafür, dass die »Zumutung« einer VKH-Verpflichtung für ein Verfahren gegen sich selbst<sup>14</sup> dem Bil-

4 BGH FamRZ 1990, 491

5 BGH FamRZ 1985, 802

6 Allgemein und ausführlich, aber sehr übersichtlich vgl. Bäumel/Büte/Poppen § 1360 a BGB unter V.

7 Palandt/Brudermüller § 1360 a BGB Rdn. 7

8 BGH NJW 1990, 1476

9 BGH FamRZ 1990, 280, 282

10 BGH FamRZ 1983, 574, 575

11 Palandt/Brudermüller § 1360 a BGB Rdn. 11

12 Zöller/Geimer 28. Aufl. § 115 ZPO Rdn. 63

13 BGH FamRZ 1984, 148, 149

14 BGH FamRdn. 1984, 148, 149

ligkeitserfordernis des § 1360 a Abs. 4 BGB unterliegt. Somit kommt es darauf an, welchem Ehegatten hier was im Einzelnen zuzumuten ist. Insoweit kommt es, was die Interessen von F betrifft, darauf an, ihr ein Darlehen anzubieten, welches zinslos gewährt wird und nur insoweit zurückzuzahlen ist, als F später im Verfahren unterliegt. Unter diesen Voraussetzungen ist die Möglichkeit einer Darlehensgewährung zur Abwehr von Unterhaltsansprüchen vom BGH ausdrücklich anerkannt<sup>15</sup>, sie wird auch in der Literatur befürwortet<sup>16</sup>.

Es handelt sich letztlich um die Frage einer billigen, zumutbaren Risikoverteilung. Wer einen Unterhaltsanspruch behauptet muss in die Lage versetzt werden, ihn gerichtlich durchzusetzen. Wer sich einem solchen Verfahren ausgesetzt sieht, läuft Gefahr, den Kostenvorschuss geleistet zu haben, die Kosten jedoch im Obsiegensfalle trotz positiver Kostengrundentscheidung nicht erstattet zu bekommen. Letzteres bezeichnet der BGH ausdrücklich als »ungerecht«. Diese Ungerechtigkeit wird durch die Darlehensvariante ausgeglichen, ohne F in ihrer Möglichkeit der Prozessführung einzuschränken.

### 3. Besonderheiten

Oben stehendes wird nicht oder nur eingeschränkt anwendbar sein, wenn bzw. soweit eine positive Kostengrundentscheidung nicht denkbar ist. Diese betrifft insbesondere das Scheidungsverfahren, wo das Darlehensangebot auf die Rückforderbarkeit der Valuta für folgende Fälle angepasst werden muss:

- Abweisung oder Rücknahme des Scheidungsantrags der Gegenseite (§ 150 Abs. 2 Nr. 1 FamFG)
- Versöhnung oder anderweitige Kostenverteilung auf Grund Unterliegens der Gegenseite in einer Folgesache Unterhalt oder Güterrecht (§ 150 FamFG Abs. 4)
- Fortführung von Folgesachen als selbstständige Familiensachen (§ 150 Abs. 5 FamFG)
- Bei eigenem Scheidungsantrag hinsichtlich etwa von der Gegenseite im Rahmen der Kostenausgleichung zu tragender Gerichtskosten (das Darlehen,

welches der Antragsgegenseite notwendigerweise nicht auf die Gerichtskosten gewährt worden sein kann, also deren Anwaltskosten betrifft, ist soweit zurückzuzahlen, als festgesetzte Gerichtskosten nach Mahnung nicht ausgeglichen worden sind).

Die Gebühren, auf welche der Vorschuss geleistet wird, sollten im Darlehensangebot genau bezeichnet werden, damit die Gegenseite im Falle, dass im Verfahren weitere Gebühren fällig, aber nicht bevorschusst werden (das wird nämlich häufig vergessen) nicht verrechnen kann.

Die Darlehensstrategie wird das Problem in vielen Fällen sicher zunächst nur auf die Vollstreckungsebene verlagern. Gleichwohl ist der Vorschusspflichtige besser abgesichert. Mangels Rückzahlung des Darlehens muss der Anspruch gerichtlich geltend gemacht werden (sonstige Familiensache nach § 266 Abs. 1 Ziff. 3 FamFG: Zuständigkeit des Familiengerichts!).

Ein Darlehensangebot unterliegt den allgemeinen Vorschriften des BGB über das Zustandekommen von Verträgen und ist daher rechtzeitig anzunehmen (§ 147 BGB). Das zusätzliche Setzen einer Frist bringt keine Vorteile, weil ein nicht rechtzeitig angenommenes Darlehensangebot – mit oder ohne gesetzter Frist – ja die Bedürftigkeit nicht entfallen lässt, und das spätere Berufen auf die Mutwilligkeit der Herbeiführung der Bedürftigkeit durch nicht rechtzeitige Annahme (§§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 4 BGB) beinhaltet das Risiko, dass das Gericht diesen Standpunkt nicht teilt und die EA VKH erlässt. Notfalls sollte ein gesetzlich befristetes Angebot erneuert werden.

Ist ein Darlehensangebot angenommen worden und wird die Valuta daraufhin nicht gezahlt, kann der Unterhaltsgläubiger eine hierauf gerichtete einstweilige Anordnung beantragen. Erfolgte das Darlehensangebot nach Beantragung der EA, ist der Antrag in diesem Fall umzustellen.

<sup>15</sup> BGH FamRZ 2000, 751, 753

<sup>16</sup> Hoppenz/Herr 9. Aufl. § 246 FamFG Rdn. 12 mit Hinweis auf BGH FamRZ 1983, 574; vgl. auch Glasmacher, Der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss, S. 31

### 4. Formulierungsvorschlag

Sehr geehrte Frau Kollegin / Sehr geehrter Herr Kollege,

Sie haben mit Schreiben vom \_\_\_\_\_ einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von \_\_\_\_\_ € für die in diesem Schreiben genannten Gebühren zur Führung des ebenfalls in Ihrem Schreiben bezeichneten beabsichtigten Gerichtsverfahrens verlangt.

Zur Deckung dieses Bedarfs bieten wir namens und im Auftrag unseres Mandanten Ihrer Auftraggeberin den Abschluss eines Darlehensvertrags zu folgenden Bedingungen an:

Das Darlehen ist zur Zahlung 14 Tage nach Zugang der schriftlichen Annahmeerklärung und Bekanntgabe des Zahlungskontos oder Vorlage Ihrer Geldempfangsvollmacht fällig.

Es ist nur dann und nur insoweit zurückzuzahlen, als hinsichtlich der bevorschussten Gebühren eine rechtskräftige Kostenfestsetzung zu Gunsten unseres Mandanten erfolgt ist.

Unabhängig davon ist es auch dann zur sofortigen Rückzahlung mit gesetzlicher Verzinsung fällig, wenn der verfahrenseinleitende Schriftsatz mit dem Ihrer Vorschussanforderung zu Grunde liegenden Gegenstandswert nicht innerhalb von 3 Wochen beim Familiengericht eingegangen ist, der Vorschuss also bis dahin nicht zweckgerecht verwendet worden ist. Wird der verfahrenseinleitende Schriftsatz zwar fristgemäß eingereicht, erreicht der Gegenstandswert aber nicht den Wert der Vorschussforderung, ist die sich ergebende Differenz sofort zu erstatten.

Das Darlehen wird zinslos gewährt, solange sich Ihre Mandantin nicht mit der Rückzahlung in Rückstand befindet. Danach gilt der Zinsauspruch im Kostenfestsetzungsbeschluss, sofern eine Kostengrundentscheidung erlassen wurde, ansonsten<sup>17</sup> der gesetzliche Zinssatz.

Die Aufrechnung gegen den Rückzahlungsanspruch mit Gegenforderungen aller Art ist ausgeschlossen, außer sie sind schriftlich anerkannt oder rechtskräftig festgestellt.

Mit diesem Darlehensangebot ist die Bedürftigkeit ihrer Mandantin entfallen, sodass es ihr obliegt, dieses anzunehmen (BGH FamRZ 2000, 751, 753; AmtsG Kassel FuR 2010, 710; Herr FuR 2010, 658).

Mit kollegialen Grüßen

*Dr. Thomas Herr, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht, Kassel*

<sup>17</sup> Etwa im Falle der Nichtverwendung

## *Renate Perleberg-Kölbel / Gösta Vollmer* **Steuerstrafrecht in der Familie**

### **I. Einleitung**

Steuerstrafrechtliche Aspekte können auch in Familiensachen häufig zu Bedeutung erwachsen. Das gilt bei bestehender Ehe und auch in der Trennungsphase. Man kann hier denken an das Vorspiegeln des nicht dauernd Getrenntlebens, an fälschlicherweise behauptete Unterhaltsleistungen bei der Geltendmachung des Realsplittings, an Nichtangabe von Kapitaleinkünften, an ein Scheinarbeitsverhältnis der Ehefrau in dem Unternehmen des Ehemannes oder an den Fall der Schwarzarbeit durch Verschweigen von Einkünften in der Unterhaltsberechnung.

So sind auch nicht selten generationenübergreifende Interessenkollisionen denkbar. So haben z. B. steuerpflichtige Kinder oder Enkel von ihren Eltern oder Großeltern vor Jahren Geldgeschenke erhalten, aber

aus familiären Gründen – sie wollten oder konnten die Schenkenden nicht fragen – weder die Schenkung erklärt noch die daraus resultierenden Kapitalerträge angegeben. Mit einiger Wahrscheinlichkeit würden dann die Eltern oder Großeltern der Strafverfolgung ausgesetzt sein. Man kann auch an Fälle des täglichen Lebens denken, wenn der spannende Roman als Fachbuch erworben und deklariert wird.

### **II. Ehepartner als Beteiligte im Steuerstrafverfahren**

Nachfolgender Fall zeigt, wie es relativ einfach ist, in den Verdacht einer Steuerhinterziehung zu geraten.

#### **Beispiel:**

Ehemann M ist Unternehmer und Alleineigentümer einer Segelyacht. Für die Vertäfelung der Kajüte wird wertvolles Mahagoniholz verwendet. Die er-