



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 40/09

Verkündet am:
9. Februar 2011
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 1375 Abs. 1, 1376 Abs. 2, 1378 Abs. 1

- a) Der Goodwill einer freiberuflichen Praxis ist als immaterieller Vermögenswert grundsätzlich in den Zugewinnausgleich einzubeziehen.
- b) Bei der Bemessung eines solchen Goodwill ist im Rahmen der modifizierten Ertragswertmethode ein Unternehmerlohn abzusetzen, der sich an den individuellen Verhältnissen des Inhabers orientiert.
- c) Die stichtagsbezogene Bewertung einer Inhaberpraxis im Zugewinnausgleich setzt eine Verwertbarkeit der Praxis voraus. Deswegen sind bereits bei der stichtagsbezogenen Bewertung dieses Endvermögens latente Ertragssteuern abzusetzen, und zwar unabhängig davon, ob eine Veräußerung tatsächlich beabsichtigt ist.
- d) Die Berücksichtigung eines Goodwills im Zugewinnausgleich verstößt nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, weil er den am Stichtag vorhandenen immateriellen Vermögenswert unter Ausschluss der konkreten Arbeitsleistung des Inhabers betrifft, während der Unterhaltsanspruch auf der Arbeitsleistung des Inhabers und weiteren Vermögenserträgen beruht.

BGH, Urteil vom 9. Februar 2011 - XII ZR 40/09 - OLG Hamm
AG Halle (Westf.)

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 2011 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Dose, Schilling und Dr. Günter

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm vom 15. Januar 2009 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten noch über den Zugewinnausgleich. Ihre am 18. Dezember 1987 geschlossene Ehe wurde auf den am 13. April 1999 zugestellten Scheidungsantrag durch Verbundurteil vom 15. Juli 2003 rechtskräftig geschieden. Zugleich wurde das Sorgerecht für die beiden gemeinsamen Kinder der Klägerin übertragen und über den Versorgungsausgleich entschieden. Die Folgesachen nachehelicher Ehegattenunterhalt und Zugewinnausgleich hatte das Amtsgericht zuvor abgetrennt. Mit rechtskräftigem Urteil vom 4. Mai 2006 hat es den Beklagten verurteilt, an die Klägerin nachehelichen Unterhalt zu zahlen.
- 2 Der Beklagte ist Zahnarzt und betreibt mit einem Kollegen eine Gemeinschaftspraxis. Ohne den Wert dieses Praxisanteils verfügte er bei Zustellung des Scheidungsantrags über ein positives Endvermögen in Höhe von

1.773.966,91 DM. Unter Berücksichtigung seines negativen Endvermögens in Höhe von 1.643.109,15 DM betrug das Endvermögen - vorbehaltlich eines zusätzlichen Wertes des Praxisanteils - 130.857,76 DM. Abzüglich eines indexierten Anfangsvermögens des Beklagten in Höhe von 94.925,64 DM ergab sich ein Zugewinn des Beklagten in Höhe von 35.932,12 DM. Den Wert des Praxisanteils hat das Oberlandesgericht mit 321.157 DM bemessen.

3 Die Klägerin erzielte in der Ehezeit einen Zugewinn in Höhe von 169.248,16 DM.

4 Das Amtsgericht hat den Antrag der Klägerin auf Zahlung von Zugewinnausgleich abgewiesen. Es hat kein Anfangsvermögen des Beklagten berücksichtigt, aber wegen des Verbots einer Doppelverwertung gleicher Vermögensmassen im Unterhalt und Zugewinnausgleich auch eine Berücksichtigung des Wertes des Praxisanteils im Endvermögen des Beklagten abgelehnt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht, das diese beiden Positionen abweichend beurteilt und eine aufrechenbare Gegenforderung des Beklagten abgelehnt hat, den Beklagten verurteilt, an die Klägerin einen Zugewinnausgleich in Höhe von (93.920,48 DM =) 48.020,78 € nebst Zinsen zu zahlen. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist unbegründet.

6 Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor die-

sem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3. November 2010 - XII ZB 197/10 - FamRZ 2011, 100).

I.

7

Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in OLGR Hamm 2009, 540 veröffentlicht ist, hat dem Antrag auf Zugewinnausgleich teilweise stattgegeben, weil der anteilige Praxiswert des Beklagten im Endvermögen mit 321.157 DM zu berücksichtigen sei. Der Bundesgerichtshof habe in seiner Rechtsprechung die Richtlinie der Bundesärztekammer für die Bewertung von Arztpraxen grundsätzlich als geeignete Bewertungsmethode anerkannt. Danach sei der Substanzwert einer freiberuflichen Praxis nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen. Hinzu komme der ideelle Wert, der am sichersten auf der Grundlage des Umsatzes zu ermitteln sei, weil sich daraus am ehesten die Entwicklungschancen beurteilen ließen. Dabei sei auf die Betriebseinnahmen der drei letzten Kalenderjahre vor dem Bewertungsstichtag abzustellen und ein signifikanter Anstieg oder ein signifikantes Abfallen des Jahresumsatzes zusätzlich zu berücksichtigen. Hier seien unter Berücksichtigung aller Umstände nachhaltig realisierbare Betriebseinnahmen in Höhe von 90 % der durchschnittlichen Jahreseinnahmen zu berücksichtigen. Davon seien Kosten, Ausgaben und die Abschreibung abzusetzen. Von dem sich daraus ergebenden Praxisrohgewinn seien Ertragssteuern und ein kalkulatorischer Unternehmerlohn der beiden Inhaber abzusetzen. Der sich so ergebende Ertragswert sei hier mit einem Rentenbarwertfaktor von 2,7620 zu multiplizieren, woraus sich der ideelle Wert der Gemeinschaftspraxis ergebe. Eine solche Methode erscheine grundsätzlich geeignet, über den Substanzwert hinaus den Goodwill einer freiberuflichen Praxis zu ermitteln, soweit dieser übertragbar sei. Die dem Beklagten zurechenba-

re Hälfte aus der Summe dieses Goodwills und des Substanzwertes der Praxis sei noch um latente Ertragssteuern zu bereinigen. Die Differenz sei in das Endvermögen des Beklagten einzustellen.

8 Der Goodwill einer freiberuflichen Praxis gründe sich auf immaterielle Faktoren wie Mitarbeiterstamm, günstiger Standort, Art und Zusammensetzung der Patienten, Konkurrenzsituation und ähnliche Faktoren, die regelmäßig auf einen Nachfolger übertragbar seien, aber auch auf Faktoren wie Ruf und Ansehen des Praxisinhabers, die mit dessen Person verknüpft und deshalb grundsätzlich nicht übertragbar seien. Weil der Käufer einer freiberuflichen Praxis oder eines Anteils hieran mit dem Goodwill die Chance erwerbe, die Patienten des bisherigen Praxisinhabers zu übernehmen und auf dem vorhandenen Bestand aufzubauen, komme dem Goodwill in der Regel ein eigener Marktwert zu. Der Sachverständige habe den immateriellen Wert der Zahnarztpraxis zu Recht nach einer bewertenden und deshalb als "modifiziert" bezeichneten Ertragswertmethode bestimmt. Dabei sei dieser bewusst von der pauschalen Methode der Bundesärztekammer abgewichen, zumal diese zu unrealistischen geringen Ergebnissen gelange und die Bundesärztekammer selbst seit Oktober 2008 von ihren Empfehlungen abgerückt sei. Den vom Umsatz abgesetzten kalkulatorischen Arztlohn habe der Sachverständige zutreffend unter Berücksichtigung der wöchentlichen Arbeitszeit der beiden Ärzte ermittelt. Auf der Grundlage eines Tariflohns nach BAT und der festgestellten 34-Stunden-Woche ergebe sich ein Gehalt von 92.355 DM, das wegen des vorhandenen Labors um 50 % zu erhöhen und sodann um pauschale Steuern in Höhe von 35 % herabzusetzen sei. So ergebe sich für jeden der beiden Ärzte ein abzusetzender Unternehmerlohn von rund 90.000 DM.

9 Die Berücksichtigung des um die subjektive Komponente bereinigten, zutreffend ermittelten Goodwills im Endvermögen des Beklagten sei nicht wegen

Doppelverwertung ein und derselben Vermögensmasse ausgeschlossen. Sie laufe nicht darauf hinaus, dass künftig zu erzielende Gewinne kapitalisiert und güterrechtlich ausgeglichen würden. Vielmehr werde nur der am Stichtag vorhandene Wert des Praxisanteils erfasst, der sich in der Nutzungsmöglichkeit niederschläge. Künftige Erträge und Nutzungen seien allenfalls Grundlage der Bewertung des Goodwills.

10 Mit der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei auch die latente Steuerlast aus einer Verwertung des Praxisanteils zu berücksichtigen. Diese sei auf der Grundlage der Fünftelregelung nach § 34 Abs. 1 EStG zu bemessen.

11 Dem Beklagten stehe kein aufrechenbarer Gegenanspruch aus § 426 Abs. 2 BGB wegen seiner Zahlungen in Höhe von 71.635,80 € auf gemeinsame Verbindlichkeiten während der Trennungszeit zu. Die Zahlungen in der Zeit von April 1998 bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags im April 1999 seien hier wegen des durchzuführenden Zugewinnausgleichs im Ergebnis neutral, weil ein Ausgleichsanspruch des Beklagten über eine Berücksichtigung im Endvermögen der Parteien zu einem entsprechend höheren Zugewinnausgleich führe. Zahlungen des Beklagten auf gemeinsame Verbindlichkeiten nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages würden durch den Zugewinnausgleich zwar nicht mehr neutralisiert. Insoweit scheide ein aufrechenbarer Anspruch des Beklagten aber aus, weil seine Tilgungsleistungen bei der Bemessung des Trennungsunterhalts berücksichtigt worden seien, woraus sich eine anderweitige Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB ergebe.

12 Das Oberlandesgericht hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen. Zwar entspreche es der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wenn bei der Bemessung des Goodwills einer freiberuf-

lichen Praxis ein kalkulatorischer individueller Unternehmerlohn berücksichtigt werde, der keinerlei Bezug zu den tatsächlichen Einkünften des Praxisinhabers habe. Für die Bewertung seien lediglich die Umsatzerwartung und der dafür zu leistende Aufwand entscheidend. Eine Praxis, die einen gewissen Umsatz schon bei einem Arbeitsaufwand von dreißig Wochenstunden erbringe, sei viel attraktiver als eine, die denselben Umsatz erst mit sechzig Wochenarbeitsstunden ermögliche. Als individueller Unternehmerlohn sei bei der Bewertung des Goodwills auch nicht das konkrete Einkommen des Beklagten abzusetzen, das der Unterhaltsberechnung zugrunde liege. Sonst wäre der Goodwill in jedem Fall mit Null anzusetzen. Die Gefahr, dass eine derartige Bemessung des Goodwills zu einer doppelten Teilhabe der Klägerin an Vermögensbestandteilen des Beklagten führe, bestehe nicht. Dies bedürfe allerdings der grundsätzlichen Klärung.

II.

13 Diese Ausführungen des sachverständig beratenen Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision stand.

14 Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zu Recht zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 48.020,78 € nebst Zinsen verurteilt.

15 1. Nach § 1373 BGB ergibt sich der Zugewinn eines Ehegatten aus dem Betrag, um den sein Endvermögen sein Anfangsvermögen übersteigt. Endvermögen ist nach § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der Beendigung des Güterstandes gehört. Wird die Ehe - wie hier - geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung an die Stelle der Beendi-

gung des Güterstandes der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (§ 1384 BGB).

- 16 Für die Berechnung des Endvermögens ist nach § 1376 Abs. 2 BGB der Wert zugrunde zu legen, den das vorhandene Vermögen zum Stichtag hat. Dabei ist auf den objektiven (Verkehrs-) Wert des jeweiligen Vermögensgegenstandes abzustellen (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 18; vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24. Oktober 1990 - XII ZR 101/89 - FamRZ 1991, 43, 44; BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38). Nach welcher Methode die Bewertung im Einzelnen zu erfolgen hat, regelt das Gesetz nicht (vgl. insoweit Schröder in Schröder/Bergschneider Familienvermögensrecht 2. Aufl. Rn. 4.242 ff.; Schröder Bewertung im Zugewinnausgleich 4. Aufl. Rn. 67 ff.; Haußleiter/Schulz Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 5. Aufl. Kap. 1 Rn. 116 ff.; Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 3. Aufl. Rn. 51 ff.). Sie sachverhaltsspezifisch auszuwählen und anzuwenden ist Sache des - sachverständig beratenen - Tatrichters. Seine Entscheidung kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht (Senatsurteile vom 24. Oktober 1990 - XII ZR 101/89 - FamRZ 1991, 43, 44 und vom 7. Mai 1986 - IVb ZR 42/85 - FamRZ 1986, 776, 779).
- 17 2. Neben sonstigem vorhandenem Vermögen ist auch ein Unternehmen oder eine freiberufliche Praxis stets mit dem vollen Wert in den Zugewinnausgleich einzubeziehen.
- 18 a) Eine Bemessung dieses Wertes allein nach dem Umsatz verbietet sich schon deswegen, weil der Umsatz keine sicheren Rückschlüsse auf die Gewinnerwartung und somit auch nicht auf den am Stichtag realisierbaren Wert zu-

lässt. Ein besonders hoher Umsatz kann den Wert einer freiberuflichen Praxis sogar verringern, wenn den Einnahmen sehr hohe Kosten gegenüberstehen und der Ertrag deswegen mit einem hohen Unternehmerrisiko verbunden ist. Ein reines Umsatzwertverfahren eignet sich deswegen auch nicht als Vergleichsmaßstab für eine andere Bewertungsmethode.

19 Die Bewertung einer freiberuflichen Praxis erfolgt grundsätzlich auch nicht nach dem reinen Ertragswertverfahren, weil sich eine Ertragsprognose kaum von der Person des derzeitigen Inhabers trennen lässt und der Ertrag von ihm durch unternehmerische Entscheidungen beeinflusst werden kann. Zudem kann die Erwartung künftigen Einkommens, die der individuellen Arbeitskraft des Inhabers zuzurechnen ist, nicht maßgebend sein, weil es beim Zugewinnausgleich nur auf das am Stichtag vorhandene Vermögen ankommt (Senatsurteil vom 24. Oktober 1990 - XII ZR 101/89 - FamRZ 1991, 43, 44; Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 3. Aufl. Rn. 75; Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 5. Aufl. § 1376 BGB Rn. 23).

20 Stattdessen hat der Senat schon in seiner bisherigen Rechtsprechung eine modifizierte Ertragswertmethode gebilligt, die sich an den durchschnittlichen Erträgen orientiert und davon einen individuellen Unternehmerlohn des Inhabers absetzt (vgl. Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 19; vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24. Oktober 1990 - XII ZR 101/89 - FamRZ 1991, 43, 44).

21 b) Der zum Stichtag zu ermittelnde Wert eines Unternehmens schließt jedenfalls den in diesem Zeitpunkt vorhandenen Substanzwert ein. Er ist mit dem Wert zu bemessen, der im Falle eines Praxisverkaufs auf den Rechtsnachfolger übergeht (vgl. Schröder in Schröder/Bergschneider Familienvermögensrecht 2. Aufl. Rn. 4.249; Schröder Bewertung im Zugewinnausgleich 4. Aufl.

Rn. 67 f.; Haußleiter/Schulz Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 5. Aufl. Kap. 1 Rn. 150 f.; Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 3. Aufl. Rn. 54).

22 Der objektive Wert eines Unternehmens ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats aber nicht auf den Substanz- oder Liquidationswert beschränkt. Daneben ist auch der Geschäftswert zu berücksichtigen, der sich darin äußert, dass das Unternehmen im Verkehr höher eingeschätzt wird, als es dem reinen Substanzwert der zum Unternehmen gehörenden Vermögensgegenstände entspricht (BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38; BGHZ 70, 224 = FamRZ 1978, 332, 333 und BGH Urteil vom 13. Oktober 1976 - IV ZR 104/74 - FamRZ 1977, 38, 39). Dabei kommt es trotz der stichtagsbezogenen Bewertung beim Zugewinnausgleich nicht darauf an, ob das Unternehmen oder die Beteiligung daran tatsächlich veräußert wird. Denn der vermögenswerte Gehalt der Beteiligung liegt in der Mitberechtigung am Unternehmen und der anteiligen Nutzungsmöglichkeit des Unternehmenswertes (BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38). Lediglich in Fällen, in denen der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausscheidens aus einer Gemeinschaftspraxis eine Begrenzung des Abfindungsanspruchs (etwa auf den Substanzwert) vorsieht, kann dies Auswirkungen auf den objektiven Wert haben (BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38; Senatsurteil vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 362; Schröder in Schröder/Bergschneider Familienvermögensrecht 2. Aufl. Rn. 4.279 f.).

23 c) Diese Bewertungsgrundsätze hat der Senat im Ansatz auch auf die Inhaberschaft oder Beteiligung an freiberuflichen Praxen angewandt, die ebenfalls über einen über den Substanzwert hinausgehenden immateriellen Wert in Form eines Goodwills verfügen können (Senatsurteile BGHZ 175, 207 =

FamRZ 2008, 761 Rn. 15 ff. und vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 362).

24 Allerdings sind solche freiberuflich betriebenen Praxen - wie hier die Gemeinschaftspraxis des Beklagten und seines Sozius - regelmäßig inhaberbezogen. Insbesondere bei kleineren freiberuflichen Kanzleien oder Praxen, bei denen die unternehmerischen Fähigkeiten des Eigentümers Wohl und Wehe des Unternehmens bestimmen (vgl. Schröder Bewertung im Zugewinnausgleich 4. Aufl. Rn. 84 e), hängt der Erfolg in erheblichem Maße auch von der Person des Inhabers ab. Denn Angehörige eines freien Berufes erbringen regelmäßig eine höchstpersönliche Leistung, bei der Hilfskräfte lediglich für untergeordnete, nicht zum eigentlichen Berufsbild gehörende Tätigkeiten eingesetzt werden (BGH Urteil vom 13. Oktober 1976 - IV ZR 104/74 - FamRZ 1977, 38, 40). Gleichwohl schließt auch der objektive Wert einer freiberuflichen Kanzlei oder Praxis regelmäßig einen über den Substanzwert hinausgehenden immateriellen Wert ein. Die besondere Bedeutung des Inhabers ist in solchen Fällen jedoch bei der Wertermittlung zu berücksichtigen (Michalski/Zeidler FamRZ 1997, 397, 400 f.).

25 Der neben dem Substanzwert vorhandene Goodwill gründet sich auf immaterielle Faktoren wie Standort, Art und Zusammensetzung der Mandanten/Patienten, Konkurrenzsituation und ähnlichen Faktoren, soweit sie auf einen Nachfolger übertragbar sind; er hat somit in der Regel einen eigenen Marktwert. Mit dem Goodwill bezahlt der Käufer einer freiberuflichen Praxis die Chance, die Mandanten des bisherigen Praxisinhabers oder Teilhabers zu übernehmen und auf dem vorhandenen Bestand und der gegebenen Konkurrenzsituation aufbauen zu können (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 20 und vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 362). Daneben bemisst sich der Erfolg einer freiberuflichen Praxis allerdings auch

durch andere immaterielle Faktoren, wie Ruf und Ansehen des Praxisinhabers, die mit dessen Person verknüpft und deswegen grundsätzlich nicht übertragbar sind. Diese Faktoren können den Goodwill der Kanzlei oder Praxis jedenfalls im Zugewinnausgleich nicht bestimmen. Es kann sogar Fälle geben, in denen dem Ruf und Ansehen des Praxisinhabers eine solche überwiegende Bedeutung zukommt, dass dies einen Goodwill vollständig ausschließt oder jedenfalls deutlich herabsetzt (Senatsurteile vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24. Oktober 1990 - XII ZR 101/89 - FamRZ 1991, 43, 47). Im Regelfall erzielt der Inhaber oder Mitinhaber einer freiberuflichen Praxis seine Einkünfte aber nicht ausschließlich aus der Nutzung seiner Arbeitskraft, sondern auch unter Einsatz des vorhandenen Goodwills seiner Kanzlei oder Praxis. Dem so zu bemessenden Goodwill kommt auch bei freiberuflichen Praxen ein eigener Marktwert zu. Seine bestehende Nutzungsmöglichkeit bestimmt über den Stichtag für den Zugewinnausgleich hinaus den objektiven Wert der Kanzlei oder Praxis.

26 d) Auch ein zusätzlich zu bewertender Goodwill der freiberuflichen Kanzlei oder Praxis darf aber nicht darauf hinauslaufen, künftig zu erzielende Gewinne zu kapitalisieren und güterrechtlich auszugleichen. Vielmehr ist auch insoweit nur der am Stichtag nachhaltig vorhandene Wert der Praxis oder des Praxisanteils zu erfassen, der sich in der bis dahin aufgebauten und zum maßgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Nutzungsmöglichkeit niederschlägt (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 21; vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 363; Hoppenz FamRZ 2006, 1242, 1244; Borth FamRB 2002, 371, 374).

27 aa) Im Hinblick darauf bestehen keine rechtlichen Bedenken, wenn sich der sachverständig beratene Tatrichter bei der Bemessung des Goodwills einer inhabergeführten Praxis im Wege einer modifizierten Ertragswertmethode an

den durchschnittlichen Erträgen orientiert und davon einen Unternehmerlohn absetzt (vgl. Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 19; vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24. Oktober 1990 - XII ZR 101/89 - FamRZ 1991, 43, 44; Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 3. Aufl. Rn. 75; Haußleiter/Schulz Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 5. Aufl. Kap. 1 Rn. 189, 222 ff.; vgl. auch die Richtlinien zur Bewertung von Arztpraxen unter Ziff. D und die Hinweise für die Ermittlung des Wertes einer Steuerberaterpraxis unter Ziff. III 1 jeweils abgedruckt in Schröder Bewertung im Zugewinnausgleich 4. Aufl. Rn. 175 f. und Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 3. Aufl. Anhang 2 und 4).

28 Weil der Ertrag einer freiberuflichen Praxis nicht nur von dem vorhandenen Goodwill, sondern auch von dem persönlichen Einsatz des Inhabers bestimmt wird, muss die am Ertrag anknüpfende Bewertung des auf einen Übernehmer übertragbaren Goodwills einen Unternehmerlohn absetzen, der sich an den individuellen Verhältnissen des Inhabers orientiert. Nur auf diese Weise kann der auf den derzeitigen Praxis(mit)inhaber bezogene Wert ausgeschieden werden, der auf dessen persönlichem Einsatz beruht und nicht auf einen Übernehmer übertragbar ist (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 23 und vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 364; Johannsen/Henrich/Jaeger aaO § 1376 BGB Rn. 23). Auch für einen Erwerber kommt es bei der Wertermittlung wesentlich darauf an, mit welchem Einsatz der zugrunde gelegte Ertrag zu erzielen ist. Einer freiberuflichen Praxis, deren Ertrag mit einem geringeren zeitlichen Aufwand des Inhabers aufrechterhalten werden kann, kommt stets ein höherer Goodwill zu als einer Praxis mit gleichem Ertrag, die einen erheblich höheren Einsatz des Inhabers erfordert. Der Abzug eines pauschal angesetzten kalkulatorischen Unternehmerlohns würde das Maß des individuellen Einsatzes des Inhabers bei der Erzielung der Erträge

hingegen nicht im gebotenen Umfang berücksichtigen. Entsprechend gehen auch die überarbeiteten "Hinweise" der Bundesärztekammer zur Bewertung von Arztpraxen seit 2008 mehr als die früheren Richtlinien zur Bewertung von Arztpraxen von dem individuellen Einsatz des Praxisinhabers aus (DÄBI 2008, A-2778).

29 bb) Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht von dem durchschnittlichen Praxisrohgewinn latente Ertragsteuern abgesetzt. In der Rechtsprechung des Senats ist anerkannt, dass bei der stichtagsbezogenen Wertermittlung im Zugewinnausgleich eine solche latente Steuerlast wertmindernd ins Gewicht fällt. Dies gilt nicht nur in Fällen, in denen eine Veräußerung tatsächlich beabsichtigt ist.

30 Zwar beruht die Berücksichtigung des Wertes einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleich wegen des Stichtagsbezugs nicht auf einem späteren Veräußerungsfall, sondern hebt darauf ab, dass der am Stichtag vorhandene Wert die damit verbundene Nutzungsmöglichkeit auch für den Inhaber selbst weiterhin in sich birgt (Senatsurteil vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 363; BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38 und BGH Urteil vom 13. Oktober 1976 - IV ZR 104/74 - FamRZ 1977, 38, 39). Die Bewertung, die mit dem Zugewinnausgleich stichtagsbezogen endgültig vorzunehmen ist, setzt aber voraus, dass die Praxis zu dem ermittelten Wert auch frei verwertbar ist (BGHZ 75, 195, 201 = FamRZ 1980, 37, 38 f.; BGHZ 70, 224, 226 = FamRZ 1978, 332, 333 und BGH Urteil vom 13. Oktober 1976 - IV ZR 104/74 - FamRZ 1977, 38, 40). Deswegen ist die Bewertungsmethode auch darauf gerichtet, einen Wert der freiberuflichen Praxis zu ermitteln, der zum Bewertungsstichtag am Markt erzielbar ist. Die Berücksichtigung latenter Ertragssteuern folgt aus der Prämisse der Verwertbarkeit und ist somit auch eine Konsequenz der Bewertungsmethode (vgl. Schröder aaO Rn. 74; Schröder in Schröder/

Bergschneider aaO Rn. 4.257). Soweit der Wert danach ermittelt wird, was im Falle einer Veräußerung aus dem Substanzwert und dem Goodwill der freiberuflichen Praxis oder Kanzlei zu erzielen wäre, darf auch nicht außer Betracht bleiben, dass wegen der damit verbundenen Auflösung der stillen Reserven dem Verkäufer wirtschaftlich nur der um die fraglichen Steuern verminderte Erlös verbleibt. Insoweit handelt es sich um unvermeidbare Veräußerungskosten (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 32; vom 24. Oktober 1990 - XII ZR 101/89 - FamRZ 1991, 43, 48 und vom 27. September 1989 - IVb ZR 75/88 - FamRZ 1989, 1276, 1279; Johannsen/Henrich/Jaeger aaO § 1376 BGB Rn. 23; Büte aaO Rn. 194; Kogel FamRZ 2004, 1337; aA Hoppenz FamRZ 2006, 449, 450; vgl. auch Tiedtke FamRZ 1990, 1188 ff. und Gernhuber NJW 1991, 2238, 2242 f.).

31 e) Die Berücksichtigung eines auf die vorgenannte Weise ermittelten Wertes einer freiberuflichen Praxis unter Einschluss des immateriellen Wertes in Form eines Goodwills widerspricht auch nicht dem Verbot der zweifachen Teilhabe ein und desselben Vermögenswerts im Zugewinnausgleich und im Unterhalt.

32 Zwar hat nach ständiger Rechtsprechung des Senats ein güterrechtlicher Ausgleich eines vorhandenen Vermögenswerts nicht stattzufinden, soweit diese Vermögensposition bereits auf andere Weise, sei es unterhaltsrechtlich oder im Wege des Versorgungsausgleichs, ausgeglichen wurde. Für das Verhältnis zwischen Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich ergibt sich dies bereits aus § 2 Abs. 4 VersAusglG (früher: § 1587 Abs. 3 BGB aF). Für das Verhältnis zwischen Unterhalt und Zugewinnausgleich gilt nichts anderes, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist (Senatsurteil vom 11. Dezember 2002 - XII ZR 27/00 - FamRZ 2003, 432, 433).

- 33 aa) Eine solche doppelte Teilhabe kann aber nur eintreten, wenn jeweils dieselbe Vermögensposition ausgeglichen wird. Das ist im Verhältnis zwischen Unterhalt und Zugewinnausgleich regelmäßig nicht der Fall, weil der Zugewinnausgleich auf ein stichtagsbezogenes Vermögen gerichtet ist, während der Unterhalt, der den laufenden Lebensbedarf decken soll, auf Einkünften und Vermögenserträgen aufbaut. Das Unterhaltsrecht verlangt den Einsatz des Vermögensstamms für Unterhaltungszwecke nur unter besonderen Voraussetzungen (§§ 1577 Abs. 3, 1581 Satz 2 BGB). Zu einer Konkurrenz zwischen Zugewinnausgleich und Unterhalt kann es somit lediglich dann kommen, wenn zum Unterhalt auch der Vermögensstamm herangezogen wird (Senatsurteil BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 17; Hoppenz FamRZ 2006, 1242, 1243 und FamRZ 2008, 765, 766; Münch NJW 2008, 1201 f.).
- 34 Eine zweifache Teilhabe ist deswegen ausgeschlossen, wenn der Unterhalt lediglich aus Vermögenseinkünften bemessen wird, während sich der Zugewinnausgleich auf den Vermögensstamm beschränkt. Das ist etwa der Fall, wenn Zinseinkünfte bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs berücksichtigt werden und dem Zugewinnausgleich lediglich das Bankguthaben als Vermögensstamm zugrunde gelegt wird. Gleiches gilt bei vorhandenem Wohneigentum, dessen Stamm im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen ist, während sich ein vorhandener Wohnwert auf die Höhe des Unterhalts auswirkt. In solchen Fällen ist lediglich zu beachten, dass durch den Zugewinnausgleich auch die Vermögenseinkünfte verlagert werden, was für die Zukunft unterhaltsrechtliche Auswirkungen hat.
- 35 Eine unzulässige doppelte Teilhabe an ein und demselben Vermögenswert liegt hingegen vor, wenn der Vermögensstamm ausnahmsweise unterhaltsrechtlich berücksichtigt wird. Das ist regelmäßig bei Abfindungen nach Aufgabe einer Erwerbstätigkeit der Fall, soweit diese Lohnersatzfunktion haben

und deswegen auf die Zeit der geminderten Erwerbstätigkeit als ergänzendes Einkommen aufzuteilen sind. Im Umfang der unterhaltsrechtlichen Berücksichtigung ist dann ein zusätzlicher güterrechtlicher Ausgleich ausgeschlossen (Senatsurteil vom 21. April 2004 - XII ZR 185/01 - FamRZ 2004, 1352 f. mit Anm. Bergschneider; Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis 7. Aufl. § 1 Rn. 16, 71; vgl. aber Senatsurteil vom 2. Juni 2010 - XII ZR 138/08 - FamRZ 2010, 1311 Rn. 28 f.).

36 bb) Eine Doppelverwertung ist auch bei der Berücksichtigung des Goodwills einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleich ausgeschlossen, wenn - wie dargestellt - der nach den individuellen Verhältnissen konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn in Abzug gebracht wurde.

37 Der dem Zugewinnausgleich zugrunde zu legende objektive Wert der freiberuflichen Praxis oder Kanzlei beschränkt sich auf den am Stichtag vorhandenen Substanzwert und den im selben Zeitpunkt vorhandenen Goodwill des Unternehmens unter Abzug des Unternehmerlohns nach den individuellen Verhältnissen des Inhabers. Selbst wenn der Inhaber seiner freiberuflichen Praxis Beträge entnimmt, die über den nach den individuellen Verhältnissen bemessenen Unternehmerlohn hinausgehen und als unterhaltsrelevantes Einkommen zugrunde gelegt werden, liegt darin keine zusätzliche Teilhabe an dem im Zugewinnausgleich zugrunde gelegten Vermögensstamm. Denn die Entnahmen des Inhabers müssen sich nicht nur aus seinem individuellen Arbeitseinsatz ergeben, der bei der Bemessung des Praxiswertes abgesetzt wird und somit im Endvermögen unberücksichtigt bleibt. Höhere Entnahmen können auch auf der Inanspruchnahme des vorhandenen Goodwills beruhen und bilden insoweit bloße Vermögenserträge. Sollten die Entnahmen über die Summe dieser beiden Positionen hinausgehen und damit den Vermögensstamm betreffen, wären sie unterhaltsrechtlich ohnehin nicht zu berücksichtigen, weil insoweit auf

einen objektiven Maßstab abzustellen ist (Senatsurteil vom 4. Juli 2007 - XII ZR 141/05 - FamRZ 2007, 1532 Rn. 27).

38 f) Nach dieser Rechtsprechung des Senats ist die Bewertung des Anteils des Beklagten an der zahnärztlichen Gemeinschaftspraxis durch das Oberlandesgericht nicht zu beanstanden.

39 aa) Auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens ist es von den durchschnittlichen Praxiseinnahmen der Jahre 1996 bis 1998, also der drei dem Endstichtag vorangegangenen Jahre, ausgegangen. Wenn es davon unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles lediglich 90 % als nachhaltig realisierbar angesetzt hat, ist dagegen revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

40 Der revisionsrechtlichen Prüfung hält auch stand, dass das Oberlandesgericht sodann durch Abzug der Kosten, Ausgaben und einer Abschreibung einen durchschnittlichen Rohgewinn dieser Jahre ermittelt und im Rahmen der von ihm angewandten Methode davon einen individuellen Unternehmerlohn der beiden Inhaber sowie latente Ertragsteuern abgesetzt hat.

41 Den abzusetzenden Unternehmerlohn hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ermittelt. Dabei ist es auf der Grundlage des Tariflohns für Zahnärzte, erhöht um den Arbeitgeberzuschlag für Lohnnebenkosten, von der wöchentlichen Arbeitszeit der beiden Inhaber mit je 34 Stunden ausgegangen. Dies berücksichtigt in hinreichender Weise den individuellen Einsatz der Praxisinhaber, zumal weitere Umstände, die eine über den üblichen Umfang hinausgehende Bedeutung der Inhaberleistung rechtfertigen könnten, nicht substantiiert vorgetragen sind. Revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Erhöhung des nach den individuellen Verhältnissen gerechtfertigten Unternehmerlohns um 50 % wegen des zusätzlich vorhandenen Labors und die Berücksichtigung der Steuerlast von 35 %, was zu einem

abzusetzenden Nettounternehmerlohn für beide Inhaber in Höhe von insgesamt 180.000 DM führt.

42 Den so errechneten Ertragswert hat das sachverständig beratene Oberlandesgericht mit einem Rentenbarwertfaktor multipliziert, den es für das Ende der Ehezeit mit 2,7620 bemessen hat. Dabei hat es den im Rahmen seiner Bewertungsmethode um die Ertragssteuer reduzierten Basiszinssatz, einen Zuschlag für das allgemeine Unternehmensrisiko, eine Abzinsung der Zukunftsgewinne und eine dreijährige Nachhaltigkeitsdauer berücksichtigt. Wenn es auf diese Weise zu einem Goodwill der gesamten Zahnarztpraxis in Höhe von 1.200.322,54 DM und zzgl. des vorhandenen Substanzwertes von 189.985 DM zu einem gesamten Praxiswert in Höhe von 1.390.307,54 DM gelangt ist, ist auch dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Auch die Revision erinnert gegen diese Berechnung nichts.

43 Entsprechend dem 50 %igen Anteil des Beklagten an der Gemeinschaftspraxis hat das Oberlandesgericht dessen Anteil mit 695.153 DM und abzüglich latenter Ertragsteuern mit 321.157 DM in das Endvermögen eingestellt. Hinsichtlich der Ertragsteuern ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass diese im Wege der "Fünftelregelung" gemäß § 34 Abs. 1 EStG ermittelt wurden (vgl. Tiedtke FamRZ 1990, 1188, 1189).

44 bb) Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat, führt die Einbeziehung des Goodwills bei der Ermittlung des objektiven Wertes einer freiberuflichen Praxis oder Kanzlei nicht ohne weiteres zur Notwendigkeit einer Liquidierung des betreffenden Vermögensgegenstandes. Die Ausgleichspflicht beläuft sich gemäß § 1378 Abs. 1 BGB nur auf die Hälfte des Zugewinnüberschusses des ausgleichspflichtigen Ehegatten. Die zu ihrer Erfüllung notwendigen Mittel können häufig bereits aus einem anderen liquiden Teil des vorhandenen Vermö-

gens aufgebracht werden. Ist dies im Einzelfall nicht möglich, so ist zu beachten, dass das Gesetz in § 1382 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen die Möglichkeit der Stundung und Ratenzahlung vorsieht. Auf diese Weise kann der Schuldner in die Lage versetzt werden, den Zugewinnausgleich ratenweise aus seinem künftigen laufenden Einkommen zu leisten (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 31 und vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 363).

45 Die Einbeziehung des objektiven Wertes freiberuflicher Praxen in den Zugewinnausgleich verstößt deswegen auch weder gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG noch gegen die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG (Senatsurteil vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97 - FamRZ 1999, 361, 363).

46 cc) Entgegen der Auffassung der Revision führt auch der Zinsauspruch in dem angefochtenen Urteil nicht zu einer Doppelberücksichtigung vorhandener Vermögenswerte.

47 Die Zinsforderung der Klägerin beruht nicht auf einer Bewertung vorhandenen Vermögens, sondern folgt aus dem Gesetz. Sie beruht darauf, dass der bereits bei rechtskräftiger Ehescheidung geschuldete Zugewinnausgleich deutlich später geleistet wird, so dass dem Beklagten als Schuldner der Ausgleichsforderung für die Übergangszeit die Verwertungsmöglichkeit des vorhandenen Vermögens verblieben war. Dass der Beklagte für diese Zeit auf der Grundlage seines Arbeitseinsatzes und des anteiligen Goodwills der Gemeinschaftspraxis Unterhalt geleistet hat, steht dem nicht entgegen. Der Zugewinnausgleich kann unterhaltsrechtlich erst dann zu einer Änderung des geschuldeten Unterhalts führen, wenn er tatsächlich geleistet wird und Auswirkungen auf die Zuordnung der Vermögenserträge hat (vgl. Senatsurteil vom 4. Juli 2007 - XII ZR 141/05 - FamRZ 2007, 1532 Rn. 33).

48 g) Unter Berücksichtigung des dem Beklagten zurechenbaren hälftigen Werts der Gemeinschaftspraxis von 321.157 DM und der weiteren unstrittigen Vermögenswerte hat das Oberlandesgericht zutreffend und von der Revision insoweit nicht angegriffen ein Endvermögen des Beklagten in Höhe von 452.014,76 DM und nach Abzug des ebenfalls zutreffend ermittelten und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffenen indexierten Anfangsvermögens von 94.925,64 DM einen Zugewinn in Höhe von 357.089,12 DM errechnet. Die Differenz zum Zugewinn der Klägerin (169.248,16 DM) beläuft sich mithin auf 187.840,96 DM, der hälftige Ausgleichsanspruch der Klägerin auf (93.920,48 DM =) 48.020,78 €.

49 3. Im Ergebnis zu Recht hat das Oberlandesgericht auch eine aufrechenbare Gegenforderung des Beklagten verneint.

50 a) Zwar hat der Beklagte nach seinem Vortrag noch nach der Trennung der Parteien einen Gesamtbetrag in Höhe von 71.635,80 € auf Verbindlichkeiten geleistet, für die er gemeinsam mit der Klägerin als Gesamtschuldner haftet. Nach § 426 Abs. 1 BGB haften Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Anteilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Entsprechend geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Gesamtschuldner nach § 426 Abs. 2 BGB auf den Gesamtschuldner über, der den Gläubiger befriedigt. Der Beklagte könnte danach also hälftige Erstattung der von ihm geleisteten Beträge verlangen, wenn nicht im Innenverhältnis der Parteien etwas anderes bestimmt wäre.

51 b) Die güterrechtlichen Vorschriften über den Zugewinnausgleich verdrängen den Gesamtschuldnerausgleich nicht, und zwar unabhängig davon, ob die Leistung eines gesamtschuldnerisch haftenden Ehegatten vor oder nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens erbracht worden ist. Bei richtiger

Handhabung der güterrechtlichen Vorschriften vermag der Gesamtschuldnerausgleich das Ergebnis des Zugewinnausgleichs allerdings nicht zu verfälschen (Senatsurteil vom 6. Oktober 2010 - XII ZR 10/09 - FamRZ 2011, 25 Rn. 16).

52 Die Tilgung der Gesamtschuld durch einen der haftenden Ehegatten bewirkt im Regelfall keine Veränderung der für die Ermittlung des Zugewinnmaßgeblichen Endvermögen, wenn die Gesamtschulden wirtschaftlich zutreffend, d.h. unter Beachtung des gesamtschuldnerischen Ausgleichs, in die Vermögensbilanz eingestellt werden. Soweit bei Zustellung des Scheidungsantrags als Stichtag für die Berechnung des Endvermögens gemeinsame Verbindlichkeiten der Ehegatten noch nicht getilgt sind, ist im Endvermögen beider Ehegatten jeweils die noch bestehende Gesamtschuld in voller Höhe als Passivposten zu berücksichtigen. Demgegenüber ist - die Durchsetzbarkeit vorausgesetzt - der jeweilige Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten, der die Befriedigung des Gläubigers nicht voraussetzt, als Aktivposten anzusetzen. Im Ergebnis hat das regelmäßig zur Folge, dass Ehegatten, die als Gesamtschuldner haften, die gemeinsamen Verbindlichkeiten bei ihrem Endvermögen jeweils nur mit der Quote ansetzen können, die im Innenverhältnis auf sie entfällt (Senatsurteil vom 6. Oktober 2010 - XII ZR 10/09 - FamRZ 2011, 25 Rn. 16).

53 aa) Im Außenverhältnis haften die Parteien für die als Gesamtschuldner aufgenommenen Darlehen jeweils voll. Die sich daraus ergebende hälftige Ausgleichspflicht war während der intakten Ehe allerdings durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert, so dass von einer stillschweigend geschlossenen Vereinbarung im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB auszugehen ist, die es einem Ehegatten verwehrt, Ausgleich für Zahlungen zu verlangen, die er während des Zusammenlebens erbracht hat. Eine solche anderweitige Vereinbarung endet allerdings mit dem Scheitern der Ehe und der Trennung der Ehegatten. Ausgleichs- und Freistellungsansprüche entstehen dann für weitere Zahlungen und

künftig fällig werdende Leistungen, soweit nicht an die Stelle der Lebensgemeinschaft andere besondere Umstände treten, aus denen sich erneut ein vom Regelfall abweichender Maßstab ergibt (Senatsurteile vom 11. Mai 2005 - XII ZR 289/02 - FamRZ 2005, 1236 f. und vom 30. November 1994 - XII ZR 59/93 - FamRZ 1995, 216, 217).

54 bb) Soweit der Beklagte die Gesamtschulden der Parteien zwischen Trennung und Zustellung des Scheidungsantrags getilgt hat, wäre eine hälftige Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 BGB als Vermögenswert in sein Endvermögen aufzunehmen, während sie als Verbindlichkeit im Endvermögen der Klägerin zu berücksichtigen wäre. Der hälftige Ausgleich der Differenz durch den Zugewinn neutralisiert mithin regelmäßig die Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 BGB.

55 Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts verfügt die zugewinnausgleichsberechtigte Ehefrau im vorliegenden Fall über einen eigenen Zugewinn, der die Ausgleichsforderung übersteigt. Weil sich die Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 BGB deswegen im Ergebnis nicht auswirkt und sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in die Endvermögen der Parteien eingestellt wurde, kann von einer anderweitigen Vereinbarung ausgegangen werden, die den Ausgleich im Innenverhältnis der Parteien dem Zugewinnausgleich belässt.

56 cc) Soweit das Oberlandesgericht auch eine aufrechenbare Ausgleichsforderung des Beklagten aus § 426 Abs. 2 BGB für Tilgungsleistungen nach Zustellung des Scheidungsantrags abgelehnt hat, hält dies ebenfalls der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

57 Eine anderweitige Bestimmung, die die grundsätzlich anteilige Haftung von Gesamtschuldern im Innenverhältnis verdrängt, liegt nach der Rechtspre-

chung des Senats dann nahe, wenn die alleinige Schuldentilgung durch einen der getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten bereits bei der Berechnung des dem anderen zustehenden Unterhalts berücksichtigt wurde. Denn dies führt zu einer dem hälftigen Schuldenabtrag nahezu entsprechenden Reduzierung des Unterhalts und damit wirtschaftlich zu einer mittelbaren Beteiligung des Unterhaltsberechtigten am Schuldenabtrag (Senatsurteil vom 9. Januar 2008 - XII ZR 184/05 - FamRZ 2008, 602 Rn. 9).

58 Diese Voraussetzungen liegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier vor, weil der Unterhaltsanspruch der Klägerin unter Berücksichtigung der gesamten Tilgungsleistungen des Beklagten bemessen wurde. Diese Feststellungen sind rechtlich nicht zu beanstanden und werden auch von der Revision nicht substantiiert angegriffen. Zwar ist die Höhe des Bedarfs der Klägerin auf Trennungsunterhalt durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 30. November 2004 konkret mit 4.935 DM Elementarunterhalt, 1.600 DM Altersvorsorgeunterhalt und 650 DM Krankenvorsorgeunterhalt bemessen worden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die fortlaufende Tilgung des gemeinsamen Kredits aber auch die Bemessung des konkreten Unterhaltsbedarfs beeinflusst, was zu einer wirtschaftlichen Beteiligung der Klägerin an der Kredittilgung führt.

59 Es kommt deswegen nicht darauf an, welchen Teil der Tilgungsleistungen der Beklagte noch vor Zustellung des Scheidungsantrags vorgenommen hat und auf welchen Betrag sich die Tilgungsleistungen nach Zustellung des Scheidungsantrags belaufen.

60 4. Weil das Berufungsgericht den Beklagten deswegen zu Recht zur

Zahlung eines Zugewinnausgleichs in Höhe von 48.020,78 € nebst Zinsen verurteilt hat, ist seine Revision zurückzuweisen.

Hahne

Frau RiBGH Weber-Monecke
ist urlaubsbedingt verhindert, zu
unterschreiben.

Dose

Hahne

Schilling

Günter

Vorinstanzen:

AG Halle (Westf.), Entscheidung vom 03.05.2007 - 5a F 175/99 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 15.01.2009 - 1 UF 119/07 -