

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2018 durch die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Schilling, Dr. Günter, Dr. Botur und Guhling

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Antragsgegners wird das Urteil des 3. Familiensenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 28. November 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Antragsgegners entschieden worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien sind geschiedene Eheleute und streiten um Zugewinnausgleich. Sie schlossen am 27. März 1999 die Ehe; der Scheidungsantrag wurde am 1. Oktober 2004 zugestellt.
- 2 Die Antragstellerin (im Folgenden: Ehefrau) betreute während der Ehe die beiden 1998 und 2002 geborenen gemeinsamen Kinder. Der Antragsgegner (im Folgenden: Ehemann) war seit dem Jahr 2001 als Arzt für Mund-, Kiefer-

und Gesichtschirurgie sowie als Arzt für plastische Chirurgie in H. tätig. Die Tätigkeit als Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurg übte der Ehemann in eigener Praxis (MKG) aus, während er kosmetische Operationen als Konsiliararzt der B. Privatklinik GmbH (BPK GmbH) durchführte, die er treugeberisch gründen ließ. Geschäftsführerin und Alleingesellschafterin der BPK GmbH war die Ehefrau, die sich zuvor durch notariellen Treuhandvertrag dazu verpflichtet hatte, die Geschäftsanteile der BPK GmbH auf Gefahr und Rechnung des Ehemanns zu halten. Die BPK GmbH mietete die für den Praxis- und Klinikbetrieb vorgesehenen Räumlichkeiten an und tätigte hohe kreditfinanzierte Investitionen in deren Ausstattung, vornehmlich in die Anschaffung von Einrichtungsgegenständen und medizinisch-technischen Geräten sowie in umfangreiche Um- und Einbauten. Die ausgebauten Räumlichkeiten einschließlich des Inventars wurden dem Ehemann für seine ärztliche Tätigkeit gegen Zahlung einer Vergütung ("Ressourcenmiete") von der BPK GmbH zur Verfügung gestellt. Beide Ehegatten übernahmen selbstschuldnerische Bürgschaften für die von der BPK GmbH aufgenommenen Kredite.

3

Im Mai 2004 trennten sich die Parteien, nachdem sich der Ehemann einer anderen Partnerin zugewendet hatte. Noch im gleichen Monat wurde die Ehefrau als Geschäftsführerin der BPK GmbH abberufen. Sie trat die von ihr treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteile an der BPK GmbH an den Ehemann ab. Mit Urteil vom 11. August 2005 wurde die BPK GmbH vom Landgericht H. rechtskräftig dazu verpflichtet, die Ehefrau von übernommenen Kreditbürgschaften in Höhe von rund 650.000 € freizustellen, weil die Geschäftsgrundlage für die Bürgschaftsgewährung mit der Beendigung der ehelichen Lebensgemeinschaft entfallen sei. Kurz nach Verkündung des Urteils stellte der Ehemann als neuer Geschäftsführer der BPK GmbH einen Insolvenzantrag; das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen wurde mit Beschluss des Insolvenzgerichts vom 13. Oktober 2005 eröffnet. Die von der BPK GmbH in die Räum-

lichkeiten eingebrachten Einbauten und Inventargegenstände veräußerte der Insolvenzverwalter der BPK GmbH im Februar 2006 für einen Kaufpreis von 75.000 € zuzüglich Mehrwertsteuer an die O. Services Ltd., deren Gesellschafterin die neue Lebensgefährtin des Ehemanns war.

4 Über das Vermögen des Ehemanns wurde mit Beschluss vom 1. November 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die MKG-Praxis wurde durch den Insolvenzverwalter des Ehemanns noch im November 2005 geschlossen. Auch die Ehefrau durchlief in der Folgezeit ein Insolvenzverfahren.

5 Im vorliegenden Verfahren hat die Ehefrau von dem Ehemann im Wege einer Stufenklage Auskunft und Zahlung des sich aus der Auskunft ergebenden Zugewinns begehrt. Nachdem die Auskunftsstufe durch Teilanerkennnisurteil vom 7. Juni 2006 abgeschlossen worden war, hat die Ehefrau mit Schriftsatz vom 15. Januar 2008 im Wege der Teilklage auf Zahlung eines Zugewinnausgleichs in Höhe von 5.000 € angetragen. Der Ehemann hat beantragt, die Klage abzuweisen, und widerklagend die Feststellung begehrt, dass der Ehefrau kein Zugewinnausgleichsanspruch über 5.000 € hinaus zusteht. Das Amtsgericht hat die Ehe der Parteien mit Verbundurteil vom 15. April 2010 - insoweit rechtskräftig mit Ablauf des 9. August 2010 - geschieden, den Versorgungsausgleich geregelt und zum Zugewinnausgleich nach den Anträgen des Ehemanns erkannt. Gegen die Entscheidung zum Güterrecht hat die Ehefrau Berufung eingelegt. In der mündlichen Verhandlung am 28. November 2011 haben die Parteien vor dem Oberlandesgericht Vergleichsmöglichkeiten erörtert. Am 9. Februar 2012 hat der Prozessbevollmächtigte des Ehemanns dem Gericht ein vom gleichen Tage datiertes Schreiben an die Gegenseite vorgelegt, welches auszugsweise folgenden Inhalt hat:

"Mein Mandant hat zwischenzeitlich erfahren, dass ihm durch die von Ihrer Mandantin initiierten und bis zum heutigen Tage andau-

ernden Steuerstrafverfahren Anwaltskosten in fünfstelliger Höhe anfallen werden. Ein Ende dieser Verfahren ist derzeit nicht in Sicht. Mein Mandant ist grundsätzlich weiterhin daran interessiert, sich zu vergleichen. Allerdings will er dieses derzeit vor dem Hintergrund des unsicheren Ausgangs des Steuerstrafverfahrens doch nicht tun. Sollte das Steuerstrafverfahren gegen ihn insgesamt niedergeschlagen sein, so besteht Vergleichsbereitschaft."

6 Mit Schriftsatz vom 18. Juli 2016 hat die Ehefrau zunächst den klageerweiternden Antrag gestellt, den Ehemann zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs in Höhe von 50.000 € zu verurteilen. Nach Eingang eines vom Oberlandesgericht eingeholten Sachverständigengutachtens zum Wert der MKG-Praxis und der Anteile des Ehemanns an der BPK GmbH hat die Ehefrau im Verhandlungstermin vom 18. September 2017 ihren Antrag nochmals erweitert und Zahlung eines Zugewinnausgleichs in Höhe von 249.935,50 € begehrt. Der Ehemann hat die Zurückweisung der Berufung beantragt und sich auch auf die Einrede der Verjährung berufen. Das Oberlandesgericht hat den Ehemann unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs in Höhe von 70.275,72 € nebst Zinsen verurteilt.

7 Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision des Ehemanns, der eine Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung zum Güterrecht erstrebt.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 Auf das Verfahren ist noch das bis zum 31. August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil das Scheidungsverfahren vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurde (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG), am 1. September 2009 oder

danach ein Ruhen oder eine Aussetzung des Verfahrens nicht angeordnet wurde (Art. 111 Abs. 3 FGG-RG) und im ersten Rechtszug eine Endentscheidung zu der im Scheidungsverbund stehenden Folgesache Versorgungsausgleich vor dem 31. August 2010 ergangen ist (Art. 111 Abs. 5 FGG-RG).

A.

10

Die Revision ist uneingeschränkt zulässig. Zwar hat das Berufungsgericht die Zulassung der Revision damit begründet, dass die Anforderungen an die Fortdauer und den Abbruch von Verhandlungen, die während eines bereits laufenden Rechtsstreits stattfinden, einer grundlegenden Klärung bedürften. Ob hierin eine bloße Motivation für die Zulassung der Revision zu erblicken oder eine Beschränkung der Revisionszulassung auf die Frage der Verjährung beabsichtigt gewesen ist, bedarf keiner Erörterung. Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Streitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Unzulässig ist es, die Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen zu beschränken (Senatsbeschlüsse BGHZ 214, 45 = FamRZ 2017, 603 Rn. 17 und BGHZ 205, 241 = FamRZ 2015, 1268 Rn. 7; Senatsurteil vom 19. September 2012 - XII ZR 136/10 - FamRZ 2012, 1789 Rn. 8 mwN). Gemessen daran wäre eine Beschränkung der Revisionszulassung auf die Frage nach der Verjährung eines Anspruchs unwirksam, weil sie auf die Beantwortung einer einzelnen Rechtsfrage abzielt (vgl. BGH Urteile vom 21. September 2006 - I ZR 2/04 - NJW-RR 2007, 182 Rn. 19 und vom 27. September 1995 - VIII ZR 257/94 - NJW 1995, 3380, 3381). Bei einer unzulässigen Beschrän-

kung der Rechtsmittelzulassung ist die angefochtene Entscheidung in vollem Umfang zu überprüfen.

B.

11 Die Revision ist auch begründet.

I.

12 Das Berufungsgericht hat der Ehefrau einen Zugewinnausgleich in Höhe von 70.275,72 € zugesprochen und zur Begründung das Folgende ausgeführt:

13 Es sei davon auszugehen, dass die Ehefrau keinen Zugewinn erwirtschaftet habe. Was den Zugewinn des Ehemanns anbelange, sei hinsichtlich seines Endvermögens dem im Berufungsverfahren eingeholten Gutachten des Sachverständigen F. zu folgen, der für den Stichtag 1. Oktober 2004 einen Praxiswert von 391.362 € und für die BPK GmbH einen Wert von 826.251 € (zuzüglich Guthaben von 139.545 €, ausstehenden Honorarforderungen von 118.141 € und einem nicht betriebsnotwendigen Motorrad im Wert von 4.200 €) mit gegenüberstehenden Darlehensverbindlichkeiten von 1.215.050 € ermittelt habe.

14 Die BPK GmbH habe nach den Feststellungen der mit dem Jahresabschluss zum 31. Dezember 2002 beauftragten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu diesem Zeitpunkt über Aktiva im Wert von 1.269.787,65 € verfügt, denen Verbindlichkeiten in gleicher Höhe gegenüberstünden. Unter Berücksichtigung des Stichtagsprinzips bestehe keine Veranlassung, bei der Bewertung auf den späteren Liquidationswert abzustellen. Wenn der Sachverständige für den Stichtag am 1. Oktober 2014 das Sachvermögen der BPK GmbH anhand der beigefügten Inventarliste und der steuerlichen Abschreibungsliste per 31. Dezember 2014 mit insgesamt 826.251 € bewertet und aus den vorliegen-

den Unterlagen den Schluss gezogen habe, dass der Schuldenstand bis zum Stichtag nicht maßgeblich gesunken sei und weiterhin mit 1.215.050 € angesetzt werden könne, sei dies plausibel und überzeugend. Darüber hinausgehende Verpflichtungen seien hingegen nicht belegt worden. Die Höhe der ermittelten Guthaben, Forderungen und der angesetzte Wert eines Motorrads seien nicht zu beanstanden, weshalb von einer Unterdeckung der BPK GmbH in Höhe von 126.913 € auszugehen sei.

15 Der für die MKG-Praxis ermittelte Veräußerungswert sei um die bei der BPK GmbH verzeichnete Unterdeckung zu reduzieren, weil darauf abzustellen sei, dass ein gedachter Übernehmer BPK GmbH und Praxis nur als einheitliches Gesamtunternehmen erworben hätte. Der so ermittelte Veräußerungswert für das Gesamtunternehmen von 264.449 € sei noch um eine latente Steuerlast in Höhe von insgesamt 95.171,55 € zu vermindern. Über sonstiges aktives Endvermögen verfüge der Ehemann nicht. Als passives Endvermögen seien die unbestrittenen Verbindlichkeiten auf den beiden Girokonten (14.030 € und 56,35 €) und eine ebenfalls unstreitige Umsatzsteuerschuld in Höhe von 14.639,66 € zu berücksichtigen. Es verbleibe daher ein Endvermögen in Höhe von 140.551,44 €, das zugleich seinen Zugewinn darstelle. Anfangsvermögen sei nicht zu berücksichtigen. Die Hälfte des erzielten Zugewinns stehe der Ehefrau als Ausgleichsforderung zu. Auf die Vermögensentwicklung beim Ehemann nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags bis zur Beendigung des Güterstands komme es nicht an, weil die Ehe der Parteien nach dem 1. September 2009 geschieden worden und deshalb die Neufassung des § 1384 BGB anzuwenden sei.

16 Der Anspruch der Ehefrau sei auch nicht verjährt. Da die Ehescheidung am 9. August 2010 rechtskräftig geworden sei, habe die dreijährige Verjährungsfrist mit Ablauf des 31. Dezember 2010 begonnen. Demgemäß wäre we-

gen des über 5.000 € hinausgehenden Anspruchs am 31. Dezember 2013 Verjährung eingetreten, weil weder die Erhebung der Teilklage noch die negative Feststellungsklage und die Verteidigung dagegen die Verjährung gehemmt hätten. Allerdings sei eine Verjährungshemmung durch Verhandlungen eingetreten. Die Parteien hätten im Verhandlungstermin am 27. November 2011 über einen Vergleichsschluss in der Größenordnung von 60.000 € verhandelt. Danach habe der Ehemann schriftsätzlich erklärt, ein Ende des Steuerstrafverfahrens sei zwar derzeit nicht in Sicht, er sei aber grundsätzlich weiter daran interessiert, sich zu vergleichen. Auch wenn der Ehemann um Fortgang des Verfahrens gebeten habe, sei hiermit kein Abbruch der Verhandlungen verbunden. An den Abbruch von Vergleichsverhandlungen sei ein strenger Maßstab anzulegen. Von der Position, sich bei Erledigung des Steuerstrafverfahrens vergleichen zu wollen, sei der Ehemann erst im Termin am 4. November 2015 mit der erforderlichen Deutlichkeit abgerückt. Zuvor habe der Ehemann den Eindruck vermittelt und aufrechterhalten, ein Vergleichsabschluss hänge für ihn nur von der Restschuldbefreiung bzw. von der Beendigung des Steuerstrafverfahrens ab. Die Ehefrau habe sich ersichtlich darauf eingelassen, die genannten Vorgänge abzuwarten. Daher liege auch kein Fall des "Einschlafenlassens" der Verhandlungen vor. Wegen der bis zum 4. November 2015 andauernden Verjährungshemmung sei die Unterbrechung der Verjährung im Wege der zuletzt am 18. September 2017 erfolgten klageerweiternden Antragstellung rechtzeitig erfolgt.

II.

17 Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

18

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 Güterstands gehört. Wird die Ehe - wie hier - geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung an die Stelle der Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (§ 1384 BGB).

19 2. Für die Berechnung des Endvermögens ist gemäß § 1376 Abs. 2 BGB der Wert zugrunde zu legen, den das vorhandene Vermögen zum Stichtag hat. Ziel der Wertermittlung ist es, die Vermögensgegenstände mit ihrem "vollen, wirklichen" Wert am Bewertungsstichtag anzusetzen. Grundsätze darüber, nach welcher Methode das zu geschehen hat, enthält das Gesetz nicht. Die sachverhaltsspezifische Auswahl aus der Vielzahl der zur Verfügung stehenden Methoden und deren sachgerechte Anwendung ist Aufgabe des - sachverständig beratenen - Tatrichters. Seine Entscheidung kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht (Senatsurteil vom 8. November 2017 - XII ZR 108/16 - FamRZ 2018, 93 Rn. 15 mwN und Senatsbeschluss vom 6. November 2013 - XII ZB 434/12 - FamRZ 2014, 98 Rn. 34 mwN).

20 a) Gemessen daran ist es im Ausgangspunkt revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das sachverständig beratene Berufungsgericht den Wert der Unternehmensbeteiligung wegen der Besonderheiten des vorliegenden Falls nicht nach der Ertragswertmethode ermittelt hat, die immanent auch den ideellen Wert (Goodwill) des Unternehmens abbildet und nach ständiger Rechtsprechung des Senats im Regelfall geeignet ist, um zur Bemessungsgrundlage

für den Wert einer Unternehmensbeteiligung zu gelangen (vgl. Senatsurteil vom 8. November 2017 - XII ZR 108/16 - FamRZ 2018, 93 Rn. 17 und Senatsbeschluss vom 6. November 2013 - XII ZB 434/12 - FamRZ 2014, 98 Rn. 35 mwN).

21 Im Rahmen der Ertragswertmethode wird die Summe aller zukünftigen Erträge des fortgeführten Unternehmens ermittelt (Zukunftserfolgswert), und zwar durch eine Rückschau auf die Erträge des Unternehmens in den letzten Jahren. Auf dieser Grundlage wird eine Prognose zur Ertragslage der nächsten Jahre erstellt. Damit wird das Unternehmen in seiner Gesamtheit bewertet. Der Ertragswert eines Unternehmens ist nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen allein aus seiner Eigenschaft abzuleiten, nachhaltig ausschüttbare Überschüsse zu produzieren; diese werden kapitalisiert und auf den Bewertungsstichtag bezogen (vgl. Senatsurteil vom 8. November 2017 - XII ZR 108/16 - FamRZ 2018, 93 Rn. 17 und Senatsbeschluss vom 13. April 2016 - XII ZB 578/14 - FamRZ 2016, 1044 Rn. 34).

22 Die Geschäftstätigkeit der BPK GmbH war in erster Linie darauf ausgerichtet, dem Ehemann die erforderliche Infrastruktur für seine ärztliche Tätigkeit zur Verfügung zu stellen. Wie sich dem Sachverständigengutachten entnehmen lässt, konnten die von der BPK GmbH beschafften Einrichtungen und Anlagen mit den ganz überwiegend über die "Ressourcenmiete" generierten Einnahmen zwar finanziert und unterhalten werden. Demgegenüber war das Erwirtschaften nachhaltiger Überschüsse nicht zu erwarten, so dass sich für die BPK GmbH kein ideeller Geschäftswert darstellen ließ. Der Sachverständige hat mit dieser Begründung den Wert des Unternehmens nach dem Wert des Anlagevermögens und des Materiallagers abzüglich der Verbindlichkeiten bemessen. Gegen diese vom Berufungsgericht gebilligte Vorgehensweise wenden sich weder die Revision noch die Revisionserwiderung.

23 b) Mit Recht beanstandet die Revision demgegenüber, dass das Berufungsgericht das Anlagevermögen der BPK GmbH auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen mit 826.251 € bewertet hat.

24 aa) Der Substanzwert eines Unternehmens ist grundsätzlich mit dem Betrag zu bemessen, mit dem die Gesamtheit aller materiellen Wirtschaftsgüter im Falle eines Unternehmensverkaufs auf den gedachten Erwerber übergeht (vgl. Senatsurteile BGHZ 188, 282 = FamRZ 2011, 622 Rn. 21 und vom 7. Mai 1986 - IVb ZR 42/85 - FamRZ 1986, 776, 779). Der Substanzbewertung liegt die Vorstellung zugrunde, dass das Unternehmen durch Erwerb aller selbständig veräußerbaren und betriebsnotwendigen Vermögensgegenstände "nachgebaut" wird; daher sind für den Substanzwert bzw. Reproduktionswert grundsätzlich Wiederbeschaffungspreise maßgeblich (vgl. Schulz/Hauß Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 6. Aufl. Rn. 163; Fleischer/Schneider DStR 2013, 1736; Piltz/Wissmann NJW 1985, 2673, 2674). Kann der zu bewertende Vermögensgegenstand nicht ohne weiteres wiederbeschafft werden, weil es für ihn keinen relevanten Gebrauchtgütermarkt gibt, kann der Wert hilfsweise durch Abschreibung aus dem Neupreis entwickelt werden (vgl. Schulz/Hauß Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 6. Aufl. Rn. 163; Boos/Siewert DS 2018, 265, 267). Diesem Ansatz entspricht die Vorgehensweise des Sachverständigen zur Bewertung des betriebsnotwendigen Sachvermögens der BPK GmbH mit einem stichtagsbezogenen Wert von 826.251 €.

25 Die Heranziehung des Substanzwerts bzw. Reproduktionswerts für die Bemessung des Unternehmenswerts beruht allerdings auf der Grundannahme, dass das Unternehmen über den Bewertungsstichtag hinaus fortgeführt wird (vgl. Senatsurteil vom 7. Mai 1986 - IVb ZR 42/85 - FamRZ 1986, 776, 779; Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 6. Aufl. § 1376 BGB Rn. 18;

BeckOGK/Siede [Stand: 1. November 2018] BGB § 1376 Rn. 640; Kuckenburg NZFam 2015, 390, 392; Piltz/Wissmann NJW 1985, 2473, 2674; sog. "going concern"-Annahme). Auch der Sachverständige hat sowohl im Hauptgutachten als auch im Ergänzungsgutachten ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die von ihm vorgenommene Bewertung des Sachvermögens unter Fortführungsgesichtspunkten erfolge.

26 bb) Der Liquidationswert (Zerschlagungswert) gilt in der Regel als unterste Grenze des Unternehmenswerts (vgl. Senatsurteil vom 7. Mai 1986 - IVb ZR 42/85 - FamRZ 1986, 776, 779). Sein Ansatz kommt grundsätzlich dann in Betracht, wenn das Unternehmen zur Mobilisierung des Vermögens "versilbert" werden muss, um den Zugewinnausgleich zahlen zu können, oder wenn dem Unternehmen wegen schlechter Ertragslage oder aus sonstigen Gründen keine günstige Fortführungsprognose gestellt werden kann (vgl. auch Senatsurteil vom 7. Mai 1986 - IVb ZR 42/85 - FamRZ 1986, 776, 779; Schulz/Hauß Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 6. Aufl. Rn. 156; Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 5. Aufl. Rn. 212; BeckOGK/Siede [Stand: 1. November 2018] BGB § 1376 Rn. 641).

27 cc) Insoweit beanstandet die Revision zu Recht, dass es an tragfähigen Erwägungen des Berufungsgerichts zu einer günstigen Fortführungsprognose für die BPK GmbH fehlt.

28 (1) Dabei folgt aus dem Stichtagsprinzip des § 1384 BGB, dass für die Bewertung eines in die Zugewinnberechnung fallenden Vermögensgegenstandes grundsätzlich auf die Erkenntnismöglichkeiten an diesem Stichtag abzustellen ist. Nach dem Stichtag eintretende Entwicklungen sind nur zu berücksichtigen, wenn sie am Stichtag schon angelegt waren (vgl. Senatsurteil vom 8. November 2017 - XII ZR 108/16 - FamRZ 2018, 93 Rn. 37 und BGHZ 207, 114 = NJW-RR 2016, 231 Rn. 40). Wird ein Unternehmen freilich in keinem zu

großen zeitlichen Abstand nach dem Bewertungsstichtag tatsächlich liquidiert, kann hierin ein Indiz dafür zu sehen sein, dass die Fortführungsprognose schon am Bewertungsstichtag ungünstig gewesen ist (vgl. auch Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 6. Aufl. § 1375 BGB Rn. 19). In diesen Fällen kann sich der Liquidationswert an dem kurz nach dem Stichtag erzielten realen Verkaufserlös orientieren, sofern wesentliche Veränderungen auf dem Markt zwischen dem Stichtag und dem Veräußerungszeitpunkt nicht ersichtlich sind (vgl. BGH Urteil vom 17. März 1982 - IVa ZR 27/81 - FamRZ 1982, 571, 573 zu § 2325 BGB).

29 (2) Die Fortführungsprognose für die BPK GmbH war am Bewertungsstichtag unter den hier obwaltenden Umständen freilich nicht schon deshalb ungünstig, weil das Unternehmen für sich genommen keinen positiven Ertragswert hatte. Wegen der besonderen Funktion der BPK GmbH als "Infrastrukturbetrieb" für die freiberufliche ärztliche Tätigkeit des Ehemanns war insoweit eine Betrachtung des aus MKG-Praxis und BPK GmbH bestehenden "Gesamtunternehmens" vorzunehmen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen war das für den Praxis- und Klinikbetrieb verfolgte Gesamtkonzept am Bewertungsstichtag wirtschaftlich durchaus tragfähig. Für die mit dem Geschäftsbetrieb der BPK GmbH untrennbar verbundene MKG-Praxis hat der Sachverständige am Bewertungsstichtag eine positive Ertragsprognose gestellt und bei Ansatz einer kostendeckenden "Ressourcenmiete" an die BPK GmbH unter Anwendung des modifizierten Ertragswertverfahrens einen positiven Ertragswert ermittelt.

30 (3) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und dem eigenen Vorbringen des Ehemanns lag der maßgebliche Grund für die Insolvenz der BPK GmbH vielmehr darin, dass diese durch Urteil des Landgerichts H. vom 11. August 2005 rechtskräftig zur Freistellung der Ehefrau von übernommenen Kreditsicherheiten in Höhe von rund 650.000 € verurteilt worden ist. Soweit die-

ser Anspruch zum Bewertungsstichtag am 1. Oktober 2004 bereits entstanden war und gegebenenfalls auch schon gerichtlich geltend gemacht wurde, ist dieser Umstand nachvollziehbar dazu geeignet, bereits nach den stichtagsbezogenen Erkenntnismöglichkeiten die Fortführungsprognose für die BPK GmbH zu beeinflussen.

31 Andererseits ist in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass der Befreiungsanspruch der Ehefrau als Bürgin unmittelbar keine Zahlungspflichten für die BPK GmbH als Schuldnerin der gesicherten Darlehensforderungen auslösen konnte. Denn grundsätzlich hat der Schuldner die Wahl, auf welche Art und Weise er den Freistellungsanspruch des Bürgen erfüllen will; dies kann insbesondere auch dadurch geschehen, dass er den Gläubiger zum Verzicht auf die Bürgschaft veranlasst (vgl. BGH Urteile vom 16. März 2000 - IX ZR 10/99 - NJW 2000, 1643 f. und BGHZ 140, 270, 274 f. = NJW 1999, 1183, 1184). Das Berufungsgericht hat bislang keine Feststellungen dazu getroffen, ob Versuche unternommen worden sind, durch Verhandlungen mit der Gläubigerbank zur Abwendung einer Insolvenz der BPK GmbH die offensichtlich vermögenslose Ehefrau - die im Übrigen noch als Darlehensnehmerin für weitere der BPK GmbH zur Verfügung gestellte Darlehen haftete - nach der Trennung der Eheleute aus der Haftung als Bürgin zu entlassen oder ob diesbezügliche Verhandlungen erfolgversprechend gewesen wären.

32 3. Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht - auch nicht teilweise - entscheidungsreif, so dass sie an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muss (§ 563 Abs. 3 ZPO). Entgegen der Ansicht der Revision ist ein Anspruch der Ehefrau auf Zahlung von Zugewinnausgleich in Höhe eines 5.000 € übersteigenden Betrags nicht verjährt.

33 a) Richtig und von keiner der Parteien in Zweifel gezogen sind zunächst die rechtlichen Ausgangspunkte des Berufungsgerichts. Der Zugewinnaus-

gleichanspruch der Ehefrau als Zahlungsanspruch ist gemäß § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB mit der Beendigung des Güterstands durch die am 9. August 2010 rechtskräftig gewordene Ehescheidung entstanden. Entsprechende Kenntnis der Ehefrau vom Eintritt der Rechtskraft vorausgesetzt, hat die Verjährungsfrist mit Ablauf des 31. Dezember 2010 begonnen und hätte mit Ablauf des 31. Dezember 2013 geendet (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB), wenn sie nicht vorher gehemmt worden wäre oder neu begonnen hätte.

34 Gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird die Verjährung durch die Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlass des Vollstreckungsurteils gehemmt. Dem entspricht im Zugewinnausgleichsverfahren die Stellung des auf Zahlung gerichteten Leistungsantrags (vgl. Senatsbeschluss vom 31. Januar 2018 - XII ZB 175/17 - FamRZ 2018, 581 Rn. 26). Zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, dass sich die verjährungshemmende Wirkung des von der Ehefrau in Höhe von 5.000 € rechtshängig gemachten Teilantrags nicht auf den im Verfahren noch nicht geltend gemachten Teil ihres Zugewinnausgleichsanspruchs erstreckt (vgl. Senatsurteil vom 9. Januar 2008 - XII ZR 33/06 - FamRZ 2008, 675 Rn. 14 ff.). Ebenfalls richtig ist die Annahme des Berufungsgerichts, dass im gerichtlichen Verfahren auch die Verteidigung gegen den Feststellungswiderantrag des Ehemanns die Verjährung wegen des vom Ehemann geleugneten, über 5.000 € hinausgehenden Zugewinnausgleichsanspruchs nicht hemmen kann (vgl. Senatsurteil vom 15. August 2012 - XII ZR 86/11 - NJW 2012, 3633 Rn. 24 ff.). Für die Frage, ob die am 18. Juli 2016 und am 18. September 2017 erfolgten Klageerweiterungen in unverjährter Zeit erfolgten, kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob und gegebenenfalls wie lange die Verjährung wegen des 5.000 € übersteigenden Zugewinnausgleichsanspruchs im Zeitraum seit dem 28. November 2011 durch schwebende Verhandlungen im Sinne von § 203 BGB gehemmt worden ist.

35 b) Der Begriff von Verhandlungen im Sinne des § 203 Satz 1 BGB ist verwirklicht, wenn zum einen der Gläubiger klarstellt, dass er einen Anspruch geltend machen und worauf er ihn stützen will, und sich zum anderen hieran ein ernsthafter Meinungs austausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen anschließt, sofern der Schuldner nicht sofort und erkennbar die Leistung ablehnt. Verhandlungen schweben schon dann, wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der jeweils anderen Seite die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein (BGH Urteile vom 21. Juni 2018 - IX ZR 129/17 - NJW-RR 2018, 1150 Rn. 10 und BGHZ 213, 213 = VersR 2017, 901 Rn. 13).

36 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und ausweislich des gerichtlichen Protokolls haben die Parteien im Einzelrichtertermin vor dem Berufungsgericht am 28. November 2011 einen Vergleichsschluss in einer Größenordnung von rund 60.000 € erörtert und erklärt, dass sie nach Abklärung der Frage, ob dem Ehemann in seinem Insolvenzverfahren Restschuldbefreiung erteilt werden würde, möglichst den Abschluss einer Vereinbarung anstreben wollten. Auch die Revision zieht nicht in Zweifel, dass zwischen den Parteien seit dem 28. November 2011 Verhandlungen im Sinne des § 203 BGB schwebten.

37 c) Entgegen der Auffassung der Revision sind diese Verhandlungen durch die Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Ehemanns vom 9. Februar 2012 an das Gericht und an den Prozessbevollmächtigten der Ehefrau nicht beendet worden.

38 aa) Die Verhandlungen sind dann beendet, wenn eine Partei die Fortsetzung der Verhandlung verweigert. Wegen der Bedeutung für die Durchsetzbarkeit der geltend gemachten Ansprüche muss diese Verweigerung nach ständi-

ger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch ein klares und eindeutiges Verhalten zum Ausdruck gebracht werden (vgl. BGH Urteile vom 8. November 2016 - VI ZR 594/15 - NJW 2017, 949 Rn. 18 mwN und vom 17. Februar 2004 - VI ZR 429/02 - NJW 2004, 1654, 1655 mwN). Eine einvernehmliche Unterbrechung der Verhandlungen - die insbesondere durch das Abwarten weiterer Entwicklungen oder den Ausgang anderer gerichtlicher Verfahren motiviert sein kann - führt demgegenüber nicht zu einem Ende der Verhandlungen. Ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt die Verhandlungen bei einer Verhandlungspause beendet sind, hängt davon ab, von welcher Partei nach dem Inhalt der Vereinbarungen oder nach Treu und Glauben ein Aufgreifen der Verhandlungen erwartet werden muss. Ist dies der Schuldner, muss er selbst tätig werden und die Verhandlungen für beendet erklären, um die Wirkungen der Hemmung zu beenden (vgl. Fischinger VersR 2005, 1641, 1644).

39 bb) Die Entscheidung des Berufungsgerichts entspricht diesen Maßstäben. In dem Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten des Ehemanns vom 9. Februar 2012 kommt nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck, eine Fortsetzung der Verhandlungen zu verweigern. Die darin enthaltene Erklärung des Ehemanns, an einem Vergleichsschluss "grundsätzlich weiterhin ... interessiert" zu sein, hiervon aber "derzeit" wegen des laufenden Steuerstrafverfahrens Abstand nehmen zu wollen, während nach dem Abschluss dieses Verfahrens Vergleichsbereitschaft bestehe, konnte nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung dieses Schriftsatzes durch das Berufungsgericht von der Ehefrau so verstanden werden, als habe der Ehemann den in den bisherigen Verhandlungen der Parteien ins Auge gefassten Vergleichsschluss - zumindest dem Grunde nach - nur von einem günstigen Ausgang des gegen ihn gerichteten Steuerstrafverfahrens abhängig gemacht. Angesichts dieser Verknüpfung mit dem Ausgang des Steuerstrafverfahrens hätten sich weitere Verhandlungen, die nach Abschluss des Steuerstrafverfahrens geführt worden

wären, aus Sicht der Ehefrau nicht als Wiederaufnahme abgebrochener Verhandlungen, sondern vielmehr als Fortsetzung unterbrochener Verhandlungen dargestellt. Um bei dieser Sachlage die verjährungsrechtliche Hemmungswirkung zu beenden, hat das Berufungsgericht den Ehemann folgerichtig für verpflichtet gehalten, die Kommunikation zwischen den Parteien wieder aufzugreifen, wenn er von seiner Position aus dem Schriftsatz vom 9. Februar 2012 hätte abrücken und sich nunmehr unabhängig vom Ausgang des Steuerstrafverfahrens nicht mehr hätte vergleichen wollen. Eine solcherart eindeutige Erklärung ist, wie das Berufungsgericht ebenfalls revisionsrechtlich beanstandungsfrei festgestellt hat, erstmals in der mündlichen Verhandlung am 4. November 2015 erfolgt.

40 4. Für das weitere Verfahren weist der Senat noch auf das Folgende hin:

41 a) Sollte für die BPK GmbH am Bewertungsstichtag mit Blick auf den schwebenden Anspruch der Ehefrau auf Freistellung von den übernommenen Kreditbürgschaften keine günstige Fortführungsprognose gestellt werden können, weil die Gläubigerbank die Ehefrau nicht aus der Haftung entlassen hätte, muss dies noch nicht zwangsläufig bedeuten, dass deshalb (nur) der vom Insolvenzverwalter vereinnahmte Verkaufserlös von 75.000 € als Liquidationswert (für das Anlagevermögen der BPK GmbH) angesetzt werden könnte. Denn es kann im vorliegenden Fall auch ein abweichendes Zerschlagungskonzept erwogen werden, in dem das wirtschaftlich an sich tragfähige "Gesamtunternehmen" MKG-Praxis und BPK GmbH an einen geeigneten Erwerber veräußert wird, der unter Stellung eigener Sicherheiten auch die Verbindlichkeiten der BPK GmbH übernimmt. Eine Veräußerung des "Gesamtunternehmens" unter Liquidationsgesichtspunkten im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Bewertungsstichtag zur Vermeidung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der BPK GmbH hätte - sofern sie realisierbar gewesen wäre - freilich

nicht unter Ausnutzung der vollen Marktmöglichkeiten bei einem regulären Verkaufsprozess erfolgen können, so dass ein möglicher Verkaufserlös für das Gesamtunternehmen voraussichtlich hinter den Wertansätzen des Sachverständigen zurückgeblieben wäre.

- 42 b) Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht zugleich Gelegenheit, sich zum einen mit dem Vorbringen des Ehemanns zu weiteren, in seinem passiven Endvermögen zu berücksichtigenden Verbindlichkeiten wegen eines durch seinen Vater im Jahr 2000 gewährten Darlehens und zum anderen mit seinen Beanstandungen zur Bewertung der Verbindlichkeiten der BPK GmbH zu befassen. Letztere betreffen insbesondere die Frage, welche der vom Finanzamt H. im Insolvenzverfahren der BPK GmbH angemeldeten Nachforderungen betreffend Umsatz- und Gewerbesteuer für die Jahre 2003 und 2004 bis zum Bewertungsstichtag begründet worden waren. Demgegenüber wird anhand der vorliegenden Darlehensverträge aber insbesondere auch ermittelt werden können, inwieweit zwischen dem Bilanzstichtag am 31. Dezember 2002 und dem Bewertungsstichtag am 1. Oktober 2004 noch Tilgungsleistungen auf die langfristigen Verbindlichkeiten der BPK GmbH erbracht worden sind.

Klinkhammer

Schilling

Günter

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

AG Hamburg, Entscheidung vom 15.04.2010 - 351 F 312/04 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 28.11.2017 - 12 UF 95/10 -