

20

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB § 1373

Im Rahmen des Zugewinnausgleichs kann für einen kleineren Handwerksbetrieb nur dann ein good will angesetzt werden, wenn der Tatrichter die Überzeugung gewonnen hat, daß Betriebe der in Frage stehenden Art als Ganzes veräußert werden und daß dabei Preise erzielt werden, die über den reinen Substanzwert hinausgehen.

BGH, Urt. v. 23. November 1977 - IV ZR 131/76 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 131/76

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

23. November 1977

H e l l m a n n ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Bäckermeisters Leonhard S [REDACTED] ,
Z [REDACTED] weg [REDACTED] , N [REDACTED] ,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

gegen

die Hausfrau Elfriede S [REDACTED] geb. Ne [REDACTED] ,
B [REDACTED] Straße [REDACTED] , N [REDACTED] ,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1977 durch die Richter Prof. Johannsen, Dr. Buchholz, Knüfer, Dr. Hoegen und Dehner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 23. Juni 1976 aufgehoben.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 2. Dezember 1975 insoweit aufgehoben, als es den Beklagten zur Zahlung eines 124.176,75 DM nebst Zinsen übersteigenden Betrages verurteilt hat. Insoweit bleibt die Klage abgewiesen.

Zur Verhandlung und Entscheidung über die weitergehende Berufung des Beklagten und über die Kosten der Revision wird der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die am 24. April 1963 geschlossene Ehe der Parteien ist auf die am 10. April 1971 zugestellte Klage durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



22. Juni 1971 geschieden worden. Die Klägerin verlangt nunmehr Ausgleich des Zugewinns. Die Parteien streiten sich vor allem um die Bewertung der früheren Bäckerei des Beklagten.

Die Bäckerei befindet sich in dem Hause N [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED], das bis zu seinem Tode ([REDACTED] 1968) dem Vater des Beklagten gehörte. Dieser hatte bis zur Verheiratung des Beklagten das Geschäft selbst betrieben. Seitdem wurde es vom Beklagten geführt. Er zahlte hierfür zunächst seinem Vater und später der aus seiner Mutter und ihm selbst bestehenden Erbengemeinschaft nach seinem Vater eine monatliche "Pacht". Nach der Sachdarstellung, die die Klägerin in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gegeben hat, soll der Beklagte das Geschäft von seinem Vater als Hochzeitgeschenk erhalten haben; die "Pacht" sei in Wirklichkeit nur eine Raummiete gewesen. Demgegenüber hat der Beklagte behauptet, daß er von seinem Vater das Geschäft als Ganzes gepachtet und nicht etwa bloß das Geschäftslokal gemietet habe. Die Klägerin meint, daß der Bäckereibetrieb einen good will gehabt habe, der sich während des Bestehens der Ehe erheblich vermehrt habe. Demgegenüber hat der Beklagte behauptet, daß bei den Branchenverhältnissen von einem good will nicht gesprochen werden könne.

Die Klägerin beziffert den ihr zustehenden Zugewinnausgleich mit 200.000,-- DM. Davon hat der Beklagte einen Teilbetrag von 50.000,-- DM anerkannt; er ist durch Teilurteil vom 26. Oktober 1971 seinem Anerkenntnis gemäß verurteilt worden. Durch ein streitiges Urteil hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung eines weiteren Betrages von 124.176,75 DM nebst 4 % Zinsen aus 174.176,75 DM seit 29. September 1971 verurteilt; im übrigen hat es die Klage abgewie-

sen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Dieses hat nach Beweisaufnahme den Beklagten verurteilt, an die Klägerin über den bereits zuerkannten Betrag von 50.000,-- DM hinaus weitere 130.000,-- DM nebst 4 % Zinsen aus 180.000,-- DM seit dem 29. November 1971 zu zahlen; im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die gegen dieses Urteil vom Beklagten eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der gesamten noch streitigen Klageforderung.

Entscheidungsgründe:

I. Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet.

1. Das Landgericht hatte auf Vorschlag der Industrie- und Handelskammer N[REDACTED] den Wirtschaftsprüfer Dr. Hans Sc[REDACTED] zum Sachverständigen bestellt. Dieser hatte jedoch die Ausarbeitung des schriftlichen Gutachtens zumindest weitgehend, wenn nicht sogar völlig, seinem Mitarbeiter Dipl.-Kaufmann Bernhard R[REDACTED] überlassen. Als Dr. Sc[REDACTED] zur Erläuterung seines Gutachtens geladen wurde, ließ er sich im Termin von R[REDACTED] vertreten. R[REDACTED] wurde vernommen. Im Anschluß daran wurde mündlich verhandelt. Dabei hat der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten weder die - im Termin zutage getretene - Mitwirkung von R[REDACTED] bei der Gutachtenserstattung noch dessen Vernehmung anstelle des gerichtlich bestellten Sachverständigen Dr. Sc[REDACTED] gerügt. Nach Schluß der mündlichen Verhandlung, aber vor Verkündung des

Urteils reichte der Beklagte ein Ablehnungsgesuch gegen Dr. Sc[REDACTED] ein. Dieses wurde durch einen Beschluß zurückgewiesen, der gleichzeitig mit dem Endurteil verkündet wurde. Die Revision meint, daß dies zu Unrecht geschehen sei.

Diese Verfahrensrüge ist unbegründet. Gegen den Beschluß, durch den die Ablehnung eines Sachverständigen zurückgewiesen wird, findet nach § 406 Abs. 5 ZPO die sofortige Beschwerde statt. Entscheidungen der ersten Instanz, die mit der Beschwerde anfechtbar sind, sind jedoch gemäß § 512 ZPO der Nachprüfung durch das Berufungsgericht (und damit auch durch das Revisionsgericht) entzogen.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte sich auf die mündlichen Ausführungen des Dipl.-Kfm. R[REDACTED] nicht verlassen dürfen, weil dieser nicht vom Gericht zum Sachverständigen bestellt worden sei. Das ist unzutreffend. Ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 14. Oktober 1975 hat das Landgericht R[REDACTED] in Gegenwart beider Prozeßbevollmächtigter als Sachverständigen vernommen. Darin lag eine stillschweigende Bestellung zum Sachverständigen. Der Erlaß eines formellen Beweisbeschlusses war hierzu nicht erforderlich (vgl. § 357 a ZPO a.F. i.V.m. § 358 ZPO a.F.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 34. Aufl., Anm. 1 zu § 358).

3. Die Revision vertritt ferner die Ansicht, R[REDACTED] hätte deshalb nicht zum Sachverständigen bestellt werden dürfen, weil er nicht die nötige Sachkunde besessen habe. Die Beurteilung der Sachkunde eines Sachverständigen ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Ein Verfahrensfehler könnte demnach nur dann angenommen werden, wenn der zum

Sachverständigen bestellten Person ersichtlich jegliche Sachkunde zur Lösung der ihr übertragenen Aufgabe fehlt. So war es hier nicht. Das Berufungsgericht hielt, wie die Entscheidungsgründe erkennen lassen, eine abstrakte Berechnung des good will für ausreichend. Um eine solche Berechnung vornehmen zu können, bedurfte es lediglich der Fähigkeit zur Auswertung von Handelsbüchern und der Vertrautheit mit den in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie entwickelten Bewertungsformeln. Wenn das Berufungsgericht bei dem Dipl.-Kfm. R. ■■■ aufgrund seines akademischen Grades und des Inhalts des zumindest weitgehend, wenn nicht ausschließlich von ihm gefertigten schriftlichen Gutachtens diese Voraussetzungen als gegeben ansah, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Eine andere Frage ist es, ob die dieser Auffassung zugrunde liegende materiell-rechtliche Beurteilung zutreffend war. Darauf wird später unter II 2 einzugehen sein.

II. Das Berufungsurteil leidet jedoch an anderen Fehlern, die seine Aufhebung erforderlich machen:

1. In seinem Urteil vom 13. März 1973 hatte das Landgericht einen Ausgleichsanspruch der Klägerin in Höhe von 124.176,75 DM errechnet; mit der Mehrforderung hatte es die Klägerin abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat allein der Beklagte Berufung eingelegt. Dadurch wurde zwar die Rechtskraft des Urteils auch insoweit gehemmt, als das Landgericht zugunsten des Beklagten entschieden hatte (BGHZ 7, 143). Diese Hemmung dauerte jedoch nur bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz (RG JW 1930, 2954); nachdem sich die Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt der Berufung nicht angeschlossen hatte, wurde der für sie ungünstige Teil des Urteils rechtskräftig.

An der Rechtskraftwirkung hat auch die Aufhebung des (ersten) landgerichtlichen Urteils vom 13. März 1973 durch das Urteil des Oberlandesgerichts vom 19. März 1974 nichts geändert. Das Berufungsgericht war nach § 539 ZPO nur insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils befugt, als dieses angefochten worden war. Der Gesamtinhalt des Urteils vom 19. März 1974 zeigt auch, daß das Oberlandesgericht diese Grenzen nicht überschreiten wollte. Es hat zwar im Tenor nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß das landgerichtliche Urteil nur insoweit aufgehoben werde, als in ihm zum Nachteil des Beklagten erkannt worden sei. Im Tenor heißt es jedoch, daß das Urteil "auf die Berufung des Beklagten" aufgehoben werde; daraus ist zu entnehmen, daß nach dem Willen des Berufungsgerichts die Aufhebung des Urteils nicht weitergehen sollte als die Anfechtung durch den Beklagten.

Landgericht und Oberlandesgericht waren daher gehindert, der Klägerin aufgrund der erneuten Verhandlung des Rechtsstreits einen höheren Betrag als 124.176,75 DM zuzusprechen. Die vom Berufungsgericht gebilligte Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 130.000,-- DM war mithin fehlerhaft. Der hierin liegende Mangel ist von Amts wegen zu beachten (BGH LM VAG § 21 Nr. 2; BGH FamRZ 1958, 58; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO. § 322 Anm. IX 4).

In dieser Hinsicht ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO). Soweit das Landgericht mehr als 124.176,75 DM zugesprochen hat, ist sein Urteil ersatzlos aufzuheben, da über diesen Teil des Streitgegenstands eine gerichtliche Entscheidung nicht mehr zulässig ist. Lediglich zur Klarstellung ist auszusprechen, daß der 124.176,75 DM übersteigende Teil der Klageforderung abgewiesen bleibt.

2. Das Berufungsgericht hat sowohl bei der Berechnung des Anfangs- als auch bei der Berechnung des Endvermögens des Beklagten einen Geschäftswert (good will) seiner Bäckerei angesetzt. Grundsätzlich bestehen gegen die Berücksichtigung dieses Postens im Rahmen des Zugewinnausgleichs keine Bedenken. Es ist eine Erfahrungstatsache, daß gewerbliche Unternehmen vielfach einen inneren Wert haben, der sich darin äußert, daß der Erwerber eines solchen Unternehmens bereit ist, einen höheren Kaufpreis zu zahlen, als es dem reinen Sachwert der zum Unternehmen gehörenden Vermögensgegenstände entspricht. Dieser innere Unternehmenswert ist auch beim Zugewinnausgleich zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteil vom 13. Oktober 1976, FamRZ 1977, 38 = NJW 1977, 378). Durchgreifende Bedenken bestehen jedoch gegen die Art, in der das Landgericht und, ihm folgend, das Berufungsgericht den inneren Wert des Bäckereibetriebs des Beklagten ermittelt haben.

Beide Gerichte haben sich so gut wie ausschließlich auf das vom Sachverständigen R. erarbeitete und vom Sachverständigen Dr. Sc. unterzeichnete schriftliche Gutachten sowie auf die mündlichen Erläuterungen dieses Gutachtens durch den Sachverständigen R. gestützt. Bei der Begutachtung ist R. von rein theoretischen Überlegungen ausgegangen. Sein Gutachten enthält keine Ausführungen darüber, ob es allgemein und insbesondere im Raum N. üblich ist, daß Bäckermeister ihre Betriebe als ganzes veräußern und dabei einen Preis fordern und erhalten, der über den reinen Sachwert der zum Betrieb gehörenden Gegenstände hinausgeht. Ob R. die zur Beantwortung dieser Frage erforderliche Sachkunde besaß, ist zweifelhaft. Die Industrie- und Handelskammer N. hat zwar in ihrem Schreiben vom 8. Oktober 1974 (Bl. 270 GA) mitgeteilt, daß der Sachverständige Dr. Sc. bereits mehrere "Bäckereien bzw.

Konditoreien" begutachtet habe. Dies ist jedoch ohne Bedeutung, da nach der Mitteilung des Sachverständigen Dr. Sc[REDACTED] vom 14. Oktober 1975 (Bl. 332 GA) das Gutachten "im wesentlichen" nicht von ihm, sondern von dem Sachverständigen R[REDACTED] angefertigt worden ist. Daß R[REDACTED] mit den besonderen wirtschaftlichen Gegebenheiten im Bäckerhandwerk vertraut gewesen sei, ist weder aus dem Gutachten noch sonst ersichtlich. Er hat sich darauf beschränkt, aus den Büchern des Beklagten bestimmte Werte zu ermitteln, diese in betriebswirtschaftliche Formeln einzusetzen und mit deren Hilfe einen theoretischen Geschäftswert zu ermitteln. Mit der Zulässigkeit derartiger abstrakter Bewertungsarten hat sich der Senat bereits mehrfach beschäftigt. Im Urteil vom 13. Oktober 1976 (FamRZ 1977, 38 = NJW 1977, 378) hat er die Anwendung solcher Methoden bei der Bestimmung des inneren Werts einer freiberuflichen Praxis mißbilligt; er hat ausgeführt, daß zwar freiberufliche Praxen einen good will haben können, daß aber stets geprüft werden müsse, ob Praxen der betreffenden Art verkäuflich sind und ob bei dem Verkauf ein Preis erzielt werden kann, der über den reinen Sachwert der Praxiseinrichtung hinausgeht. Im Urteil vom 9. März 1977 (FamRZ 1977, 386) war darüber zu befinden, ob das Unternehmen eines Handelsvertreters einen good will haben könne. Das Berufungsgericht hatte diese Frage aufgrund einer abstrakten Berechnung eines Sachverständigen bejaht. Der Senat hat dies als fehlerhaft bezeichnet und eine Prüfung verlangt, ob eine Veräußerung dieses Geschäfts überhaupt möglich sei.

Ähnliche Grundsätze müssen für die Bewertung eines Handwerksunternehmens gelten. Auch handwerkliche Betriebe können einen good will haben. Dies darf jedoch nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Vielmehr muß jeweils ge-

prüft werden, ob eine Nachfrage für Betriebe der in Frage stehenden Art besteht und ob bei einer Veräußerung Preise zu erzielen sind, die über den reinen Sachwert der Betriebs-einrichtung hinausgehen. Zu einer solchen Prüfung bestand hier umsomehr Anlaß, als der - nicht darlegungspflichtige - Beklagte bestimmte Tatsachen vorgetragen hatte, aus denen sich nach seiner Meinung ergab, daß bei einer Veräußerung des Betriebs ein good will nicht zu realisieren sei. Er hatte insbesondere ausgeführt, daß die Kundschaft sich bei einem Inhaberwechsel innerhalb kurzer Frist verlaufen würde, sofern der neue Inhaber nicht Backwaren in der gleichen Qualität wie sein Vorgänger anbietet. In diesem Zusammenhang ist es von Bedeutung, daß der Beklagte in seinem Betrieb nur einen Gesellen und einen Lehrling beschäftigte. Es leuchtet ein, daß in einem solchen Fall die Qualität der Erzeugnisse in weit höherem Maße von der Person des Betriebsinhabers abhängt als etwa bei einem Mittel- oder Großbetrieb mit einer Vielzahl von Arbeitnehmern. Weiterhin hatte der Beklagte unwidersprochen vorgetragen, daß sich in einem Umkreis von 500 Metern mehrere (3 oder 5) Bäckereibetriebe in vergleichbarer Größenordnung befinden; außerdem würden mehrere Supermärkte, die von dem Geschäftslokal des Beklagten nur 300 bis 400 Meter entfernt seien, Backwaren zu verbilligten Preisen abgeben. Mit diesem Vorbringen hätte sich das Berufsgericht auseinandersetzen müssen; soweit ihm zu seiner Beurteilung die Sachkunde fehlte, hätte es einen branchenkundigen Sachverständigen zuziehen müssen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß nach einer Mitteilung der Handwerkskammer N[REDACTED] die beiden in der Sachverständigenliste aufgeführten Bäckermeister L[REDACTED] und Sch[REDACTED] nicht zur Betriebsbewertung in der Lage sein sollen (vgl. Urteil des LG vom 13. März 1973, S. 22). Es mag sein, daß einem Bäcker-

meister die erforderlichen Kenntnisse fehlen, um anhand des aus den Geschäftsbüchern ersichtlichen Zahlenmaterials ein Wertgutachten zu erstellen. Das schließt jedoch nicht aus, daß er sich zu der Vorfrage äußert, ob es im Bäckerhandwerk allgemein und insbesondere im Raum N [REDACTED] üblich ist, Bäckereibetriebe als Ganzes zu veräußern, ob dabei Preise erzielt werden, die über den reinen Sachwert hinausgehen und ob dies auch bei den aus dem Vortrag des Beklagten ersichtlichen Besonderheiten seines Betriebes möglich ist.

3. Schließlich hat das Berufungsgericht verkannt, daß nach der Beendigung des gesetzlichen Güterstands nur der echte Zugewinn, nicht aber eine allein auf der Geldentwertung beruhende Steigerung des Nominalwertes des Vermögens auszugleichen ist (BGHZ 61, 385; BGH FamRZ 1975, 87). Das Anfangsvermögen muß daher in der Weise berechnet werden, daß die Summe des Geldwerts der einzelnen Vermögensgegenstände mit dem Lebenshaltungsindex im Zeitpunkt der Beendigung des Güterstands multipliziert und durch den Lebenshaltungsindex im Zeitpunkt der Eheschließung geteilt wird. Soweit fiktives Anfangsvermögen zu berücksichtigen ist, tritt an die Stelle des Tages der Eheschließung der Tag, an dem der in Frage stehende Vermögensbestandteil dem Ehegatten zugeflossen ist (§ 1376 Abs. 1 BGB).

III. Bei der erneuten Entscheidung wird das Berufungsgerichts zu berücksichtigen haben, daß es die Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe den Bäckerbetrieb von seinem Vater als Hochzeitgeschenk erhalten, nicht mit der Begründung der Entscheidung zugrunde legen darf, der Beklagte habe ihre Richtigkeit zugestanden.

Gegenstand eines Geständnisses können nur Behauptungen der Gegenseite sein. Eine für die eigene Partei ungünstige Prozeßbehauptung kann dadurch zum Geständnis werden, daß sie von der Gegenseite aufgegriffen und zum Bestandteil ihres Vortrags gemacht wird. Die Geständniswirkungen treten in diesem Falle erst dann ein, wenn der Gegner die Behauptung zu seiner eigenen macht; bis dahin kann sie frei widerrufen werden (Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. § 113 I 1 b; ebenso Rosenberg/Schwab in der 12. Aufl., § 117 I 1 b; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288 Anm. II 1 b; Thomas/Putzo, ZPO. 9. Aufl., § 288 Anm. 2 b; RG JW 1898, 413; 1902, 92; 1909, 729).

Im vorliegenden Falle hatte der Beklagte zwar in seiner Klagebeantwortung vom 30. September 1971 auf S. 3 ausgeführt, er habe am 1. Mai 1965 die väterliche Bäckerei als Hochzeitsgeschenk übernommen. Die Klägerin hatte jedoch in ihrem Schriftsatz vom 8. Oktober 1971 auf S. 3 die Richtigkeit dieser Behauptung bestritten. Sie blieb auch in den folgenden mündlichen Verhandlungen vor dem Land- und Oberlandesgericht bis zum Termin vom 25. Juni 1974 streitig. Erst auf die Anfrage des Sachverständigen Dr. Sc. [REDACTED] vom 24. März 1975 änderten beide Parteien ihre Sachdarstellung. In der nächsten mündlichen Verhandlung (10. Juni 1975) war die Frage wiederum streitig; allerdings hatte sich nunmehr die Klägerin die bisherige Sachdarstellung des Beklagten und dieser sich die bisherige Sachdarstellung der Klägerin zu eigen gemacht. Geständniswirkungen sind demnach niemals eingetreten; denn ein Geständnis kann nur dann angenommen werden, wenn sich die Parteien mindestens in einer mündlichen Verhandlung über eine Frage tatsächlicher Art einig sind.

In einer Hilfsbegründung (S. 11 Abs. 2 des Berufungsurteils) hat das Berufungsgericht ausgeführt, es halte die Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe die Bäckerei als Hochzeitsgeschenk erhalten, auch deshalb für zutreffend, weil der Beklagte "Vollinhhaber" der Bäckerei gewesen sei. Sollte das Berufungsgericht bei der erneuten Entscheidung auf diese Begründung zurückkommen, so wird es zunächst klarzustellen haben, was es unter einem "Vollinhhaber" versteht. Es wird ferner darzulegen haben, worauf seine Annahme beruht, der Beklagte sei "Vollinhhaber" gewesen.

Johannsen

Dr. Buchholz

Knüfer

Dr. Hoegen

Dehner