

Nachschlagewerk: nein
Amtliche Sammlung: nein

2231 072

KO § 31

Zur Frage, ob die Absicht einer Gläubigerbenachteiligung vorliegt, wenn der Schuldner aus dem Vermögen eines ohne Kapital gegründeten Handelsunternehmens an Dritte Zuwendungen macht, denen Gewinne, die diese Zuwendungen betragsmäßig erreichen, nicht gegenüberstehen.

BGH, Urt. v. 29. März 1960 - VIII ZR 142/59 - OLG Düsseldorf

Verkündet am 29. März 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Gerda A [REDACTED] geb. H [REDACTED] in
W [REDACTED] - E [REDACTED], K [REDACTED]allee [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Dr. Rolf S c h [REDACTED] in W [REDACTED] - E [REDACTED], N [REDACTED]straße [REDACTED],
als Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Kaufmanns Fried-
rich A [REDACTED] in W [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. März 1960 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Spieler,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 19. Juni 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Ko-
sten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Ehemann der Beklagten gründete am 1. Mai 1953 als Einzelkaufmann ohne Eigenkapital eine Holzhandlung in W-
- . Über sein Vermögen wurde am 28. Februar 1957 der Anschlußkonkurs eröffnet. Der Kläger ist Konkursverwalter. Die Beklagte betreibt seit 1953 ein Einzelhandelsgeschäft für Tabak- und Süßwaren und für Zeitschriften. In dem Geschäft ihres Ehemannes hat sie außerdem die Bücher geführt.

Das Unternehmen des Ehemannes der Beklagten hatte bis zum 31. Dezember 1953 einen Reingewinn von 9800 DM abgeworfen, von dem er rund 3800 DM entnahm. Um eine ausreichende Mietwohnung zu erlangen, zahlten der Gemeinschuldner und die Beklagte Anfang 1954 an den Eigentümer des Grundstücks W-E, K-allee einen verlorenen Baukostenzuschuß von 7000 DM, der nach Darstellung der Beklagten von ihnen gemeinsam aufgebracht worden ist, nach Behauptung des Klägers aus dem Geschäft des Ehemannes stammt. Als das Haus jedoch nicht bezugsfertig hergestellt wurde und der Eigentümer in Vermögensverfall geriet, erwarb die Beklagte das Grundstück im Jahre 1954 zum Preise von 16 000 DM und wurde im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. Ob und wie weit die Beklagte zur Entrichtung des Kaufpreises Mittel des Ehemannes verwendet hat, ist streitig. Zur Fertigstellung des im Rohbau befindlichen Hauses erhielt die Beklagte erhebliche Zuwendungen von ihrem Ehemann, die sie für die Zeit vom 17. August 1954 bis 20. September 1955 mit insgesamt 43 438,32 DM angibt. Die Mittel für die Zahlungen entnahm der Ehemann der Beklagten aus seinem Geschäft. Den Entnahmen standen unstreitig keine entsprechenden Gewinne gegenüber. Der Kläger trägt vor, der Ehemann der Beklagten habe im Jahre 1954 bei einem Gewinn von rund 18 000 DM einen Betrag von 37 000 DM und im Jahre 1955 bei einem Gewinn von rund 18 300 DM einen Betrag von 37 700 DM entnommen. Durch Urteil des Schöffengerichts Wuppertal vom 10. November 1958



(23 Ms 17/58 der Staatsanwaltschaft Wuppertal) ist der Ehemann der Beklagten wegen Betruges zum Nachteil seiner Gläubiger in vier Fällen zu neun Monaten Gefängnis verurteilt worden.

Der Kläger ficht mit der Klage die der Beklagten gemachten Zuwendungen an. Er begehrt zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen sowie als Schadensersatz wegen sittenwidriger Schädigung der Gläubiger von der Beklagten in erster Linie Zahlung von 52 000 DM nebst Zinsen und mit einem im zweiten Rechtszuge gestellten Hilfsantrage nach § 45 KO Verurteilung der Beklagten, das Grundstück W[REDACTED]-E[REDACTED], K[REDACTED]allee [REDACTED] an den Gemeinschuldner herauszugeben und ihm aufzulassen.

Das Landgericht hat der Zahlungsklage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil die Berufung der Beklagten insoweit zurückgewiesen, als die Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger zur Konkursmasse 43 438,32 DM zu zahlen. Die im Urteil des Landgerichts enthaltene weitere Verurteilung, eine Verfügung über das Grundstück zu unterlassen, hat das Berufungsgericht als durch Klagerücknahme gegenstandslos geworden erklärt.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Soweit der Kläger Schadensersatz nach § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung der Gläubiger begehrt, hält das Berufungsgericht den Anspruch nicht für begründet. Es läßt ferner dahingestellt, wieweit der Kläger Rückgewähr

der Leistungen, die der Beklagten zugeflossen sind, unter dem Gesichtspunkt anfechtbarer Schenkungen nach § 32 KO verlangen kann. Das Berufungsgericht sieht die Zuwendungen als nach § 31 Nr.1 KO anfechtbar an. Es führt aus, die Zahlungen, die der Gemeinschuldner nach dem Zugeständnis der Beklagten in der Zeit vom 17. August 1954 bis 20. September 1955 zu ihren Gunsten geleistet habe, seien Rechtshandlungen, die zu einer Benachteiligung der Gläubiger geführt hätten. Denn nach dem zu den Straftaten des Schöffengerichts Wuppertal erstatteten Gutachten eines Sachverständigen B. stammten die an die Beklagte gemachten Zuwendungen aus dem Geschäftsvermögen des Gemeinschuldners, das damals schon zu einer Befriedigung der Gläubiger, insbesondere der Lieferanten, nicht mehr ausgereicht habe und durch die übermäßigen Entnahmen noch weiter gemindert worden sei. Bei Würdigung aller Umstände bestehe kein Zweifel, daß der Ehemann der Beklagten die durch seine Zuwendungen an die Beklagte notwendig eintretende Benachteiligung seiner Gläubiger nicht nur in ihrem ganzen Umfange gekannt, sondern auch beabsichtigt habe, um für die Beklagte und sich Vermögenswerte zu sichern und den Gläubigern zu entziehen. Er habe die Zuwendungen aus seinem Geschäft entnommen, obwohl dieses zwar guten Umsatz gezeigt, im Ergebnis aber angesichts der Entnahmen von Anfang 1954 an mit Verlust gearbeitet habe und den Entnahmen zugunsten der Beklagten keine entsprechenden Gewinne gegenüber gestanden hätten. Der Gemeinschuldner, der sein Geschäft ohne Eigenkapital begonnen habe, habe genau gewußt, daß er diese übermäßigen Geschäftsentnahmen zu Lasten seiner Gläubiger mache. Wie unbedenklich er gegenüber seinen Lieferanten verfahren habe, zeige seine strafrechtliche Verurteilung wegen Betruges. Der Beklagten sei die Benachteiligungsabsicht ihres Ehemannes bekannt gewesen. Als Ehefrau habe sie gewußt, daß er sein Geschäft ohne Eigenkapital begonnen habe. Sie sei selbst Geschäftsinhaberin und daher mit kaufmännischen Dingen vertraut. Sie habe, zumal sie bei der Buchführung des Ehemann-

nes regelmäßig mitgewirkt habe, klar erkannt, daß sein Geschäft Entnahmen und Zuwendungen in dem geschehenen Ausmaße nicht getragen habe und daß sie Geldbeträge erhalten habe, die zur Befriedigung der Lieferanten und sonstigen Gläubiger unentbehrlich gewesen seien, da die Überschuldung des Geschäfts ständig angewachsen sei und die herausgegebenen Schecks keine Deckung mehr gefunden hätten.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, die Jahresfrist des § 41 KO sei auch für die auf § 31 Nr.1 KO gestützte Anfechtung gewahrt, ist beizupflichten. Zwar hat der Kläger sich in der Klageschrift nur auf die Vorschrift des § 32 KO berufen und hat sich erst in dem am 18. April 1959 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 17. April 1959 ausdrücklich auf die Bestimmung des § 31 Nr.1 KO bezogen. Zur Wahrung der Frist genügt aber, daß der Anfechtungskläger den Sachverhalt angibt, aus dem die Anfechtung hergeleitet werden soll. Der ausdrücklichen Angabe der Gesetzesbestimmung, auf die die Anfechtung sich stützt, bedarf es nicht. Allerdings darf der Sachvortrag nicht willkürlich gewechselt werden. Eine Klageänderung würde eine neue Anfechtung bedeuten (RGZ 132,284,286; Mentzel/Kuhn, Konkursordnung 6.Aufl. § 41 Anm.4). Wieweit in dem Übergang von der Anfechtung aus § 32 KO zur Anfechtung aus § 31 Nr.1 KO bei Erweiterung des vorgetragenen Sachverhalts eine Klageänderung vorläge, kann dahingestellt bleiben. Der Kläger hat in der Klageschrift schon einen auch die Anfechtung nach § 31 Nr.1 KO begründenden Tatbestand vorgebracht. Er hat sich zur Klagebegründung nicht nur darauf bezogen, daß der Ehemann der Beklagten seiner Ehefrau unentgeltliche Zuwendungen gemacht habe, sondern hat, um eine sittenwidrige Schädigung der Gläubiger darzulegen, behauptet, die Beklagte habe damit, daß sie Zuwendungen entgegengenommen habe, die, wie ihr bekannt gewesen sei, aus dem Vermögen der Gläubiger stammten, bewußt bei der sittenwidrigen Schädigung der Gläubiger mitgewirkt. Ergeben aber die vom Kläger vorge-

brachten Tatsachen, daß die Anfechtung nach mehreren Bestimmungen begründet sein kann, so ist anzunehmen, daß er die Anfechtung auf alle möglichen Tatbestände hat stützen wollen (vgl. BGH Urt. v. 4. Februar 1954 - IV ZR 164/53 -, insoweit in BGHZ 12,232 nicht veröffentlicht; Böhle-Stamschräder, JZ 1954,389). Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht angenommen, daß der Kläger, indem er sich in der Klageschrift auf § 32 KO bezogen habe, nur eine nicht erforderliche, dem Gericht obliegende rechtliche Beurteilung angestellt, in Wahrheit aber die Anfechtung auch nach § 31 Nr.1 KO erklärt habe.

II.

Die Revision wendet sich einmal gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Ehemann der Beklagten habe beabsichtigt, durch seine Zuwendungen an die Beklagte seine Gläubiger zu benachteiligen.

1. Soweit die Revision beanstandet, das Berufungsgericht sei bei der Beurteilung der Lage von den Verhältnissen des Jahres 1956 ausgegangen, in dem die geschäftliche Lage des Ehemannes der Beklagten eine ungünstige Wendung genommen habe, hat die Rüge keinen Erfolg. Die Verurteilung des Ehemannes der Beklagten wegen Betruges, auf die das Berufungsurteil Bezug nimmt, hat allerdings Straftaten zum Gegenstand, die er nach dem 1. November 1956 begangen hatte. Wenn das Berufungsgericht wegen des bedenkenlosen Verhaltens des Gemeinschuldners gegenüber den Lieferanten auf diese Verurteilung hinweist, will es indessen ersichtlich nur sagen, das spätere Verhalten, das zu seiner Verurteilung geführt habe, bestätige die bereits in den Jahren 1954 und 1955 zutage getretene Bedenkenlosigkeit.

2. Die Revision macht weiter geltend, zwischen der Feststellung des Berufungsurteils und den Ausführungen des gegen den Ehemann der Beklagten ergangenen Urteils des Schöffenrichters in Wuppertal vom 10. November 1958 bestehe ein unvereinbarer Widerspruch. Dieses Urteil gelange zu dem Ergebnis, der Ehemann der Beklagten habe nicht erkannt, daß seine Ausgaben für den Bau des Hauses unangemessen seien, und habe das bei Anwendung der pflichtgemäßen und nötigen Sorgfalt auch nicht erkennen können.

Dieser Angriff der Revision ist nicht begründet. Das Berufungsgericht leitet seine Auffassung nicht aus dem genannten Urteil her. Ihm kann daher nicht der Vorwurf gemacht werden, die Beweiswürdigung widerspreche dem Wortlaut einer zum Beweismittel gemachten Urkunde. Das Berufungsgericht war auch nicht verpflichtet, sich die Gründe des Strafurteils zu eigen zu machen. Die Beklagte hat vielmehr im Schriftsatz vom 20. Mai 1959 der Verwertung der Strafakten zu Beweiszwecken widersprochen. Der Revision könnte auch nicht gefolgt werden, wenn sie etwa hat rügen wollen, das Berufungsgericht sei dem auf das Urteil gestützten Vortrag der Beklagten (Bl. 104 GA) nicht nachgegangen, ihr Ehemann habe davon ausgehen können, daß die hohen Aufwendungen infolge des Hausbaues trotz hierfür nicht ausreichenden Gewinns angemessen gewesen seien, weil er auf Grund der damaligen Geschäftslage angenommen habe, die hohen Entnahmen innerhalb weniger Jahre wieder ausgleichen zu können. Ähnlich hatte übrigens die Beklagte schon in der Berufungsbegründungsschrift behauptet, der im Betriebe ihres Ehemannes erzielte Umsatz sei in den Jahren 1954 und 1955, als er zu ihren Gunsten Zahlungen aus seinem Geschäft geleistet habe, erheblich gestiegen, während der betriebliche Aufwand nicht entsprechend gewachsen sei, so daß mit einer starken Gewinnsteigerung hätte gerechnet werden können.

Das Schöffengericht in Wuppertal hat den Ehemann der Beklagten allerdings von der Anklage, durch Aufwand übermäßige Summen verbraucht zu haben (§ 240 Abs.1 Nr.1 KO) freigesprochen. In dieser Hinsicht führt es aus, es müsse davon ausgegangen werden, daß der Angeklagte die Unangemessenheit seiner Ausgaben nicht erkannt habe und nicht hätte erkennen können. Es sei ihm nämlich nicht zu widerlegen, daß er jedenfalls bis zum Jahre 1955 seine kritische wirtschaftliche Lage nicht erkannt habe. Wenn die Beklagte sich zur Begründung dafür, daß ihrem Ehemann die Absicht der Gläubigerbenachteiligung gefehlt habe, auf diese Erwägungen des Schöffengerichts beruft, so übersieht sie aber, daß sich die vom Strafrichter zu prüfende Frage, ob der Ehemann der Beklagten durch Aufwand übermäßige Summen verbraucht habe, nach ganz anderen Voraussetzungen beantwortet als die Frage, ob er den Willen gehabt habe, seine Gläubiger zu benachteiligen. Der Tatbestand der Absicht einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 31 Nr.1 KO ist nach ständiger Rechtsprechung schon erfüllt, wenn der Schuldner den Willen zur Benachteiligung hat. Daß die Benachteiligung der Zweck der Handlung sei, ist nicht erforderlich. Dabei läßt sich aus dem Bewußtsein und der Vorstellung des Schuldners, daß die Gläubigerbenachteiligung die notwendige Folge seines Handelns ist, regelmäßig auf seinen Willen schließen, insbesondere bei freigebigen Zuwendungen (BGHZ 12,232,237; RG HRR 1937,834; WarnRspr 1927 Nr.37 und 102; Jaeger/Lent, Konkursordnung 8.Aufl. § 31 Anm.5; Mentzel/Kuhn, aaO § 31 Anm.6). Hat der Schuldner sich aber die Benachteiligung nur als möglich vorgestellt, so ist zu unterscheiden, ob er den Fall, daß sie nicht eintrete, erwartet und wünscht oder ob er die Benachteiligung in Kauf nimmt, ohne sich durch diese Möglichkeit von seinem Handeln abhalten zu lassen. Im ersten Fall hat er die Benachteiligung nicht gewollt, im zweiten dagegen ist der Tatbestand der Benachteiligungsabsicht gegeben (Jaeger/Lent, aaO; Mentzel/Kuhn, aaO).

Das Berufungsgericht ist auf die Frage, welche Vorstellungen der Ehemann der Beklagten sich über die Entwicklung seines Unternehmens gemacht hat, zwar nicht ausdrücklich eingegangen. Wenn es feststellt, der Ehemann der Beklagten habe bei dem Fehlen von Betriebskapital und hinlänglichem Gewinn den Bau wesentlich dadurch finanziert, daß er der Beklagten Geldbeträge zugewendet habe, die zur Befriedigung seiner Gläubiger hätten dienen müssen, so will es nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe ersichtlich sagen, der Ehemann der Beklagten habe angesichts dieser von ihm erkannten wirtschaftlichen Lage mit der Möglichkeit, seine Gläubiger nicht rechtzeitig und voll befriedigen zu können, gerechnet und habe diese Entwicklung und damit eine Gläubigerbenachteiligung in Kauf genommen. Dabei hat das Berufungsgericht ausdrücklich den Umstand berücksichtigt, daß das Geschäft einen guten Umsatz gezeigt hat. Diese Erwägungen des Berufungsgerichts sind in ihrem Ausgangspunkt nicht zu beanstanden. Der bloße spekulative Versuch eines späteren Gemeinschuldners, Lieferantenschulden mit Einnahmen aus neuen Kreditgeschäften zu decken, kann nicht zu der Annahme nötigen, der Schuldner habe mit einer Benachteiligung seiner Gläubiger nicht gerechnet. Hatte der Ehemann der Beklagten bei seinen Zuwendungen auf die von ihm in Kauf genommene Gefahr, seinen Verpflichtungen künftig nicht uneingeschränkt nachkommen zu können, gehandelt, so würde auch die Hoffnung, durch Steigerung des Umsatzes in den kommenden Jahren höhere Gewinne zu erzielen, eine Benachteiligungsabsicht nicht ausschließen. Die Beklagte hat auch in keiner Weise schlüssig dargelegt, daß ihr Ehemann in den Jahren 1954 oder 1955 Geschäftsabschlüsse eingeleitet habe, die selbst in Anbetracht des Kapitalmangels und des Schuldenstandes mit Sicherheit erhebliche Gewinne hätten erwarten lassen. Ebensowenig hat die Beklagte vor dem Landgericht und dem Berufungsgericht Tatsachen vorgebracht, aus denen hätte geschlossen werden müssen, daß unvorhersehbare Ereignisse, wie die Revision, geltend macht, zum Rückgang des Umsatzes und zu den Verlusten in den Jahren 1956 und 1957 geführt haben.

3. Das Berufungsurteil kann aber keinen Bestand haben, weil die Auffassung, der Ehemann der Beklagten habe die Absicht gehabt, seine Gläubiger zu benachteiligen, in anderer Hinsicht nicht frei von Rechtsirrtum auf sachlich-rechtlichem Gebiet ist. Das Berufungsgericht führt aus, der Ehemann der Beklagten habe die gesamten Zuwendungen im Betrage von mindestens 43 438,32 DM in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung gemacht, da sie aus seinem Geschäftsvermögen gestammt hätten, das damals schon zu einer Befriedigung der Gläubiger nicht mehr ausgereicht habe. An anderer Stelle meint es, der Ehemann der Beklagten habe genau gewußt, daß er diese übermäßigen Entnahmen zu Lasten seiner Gläubiger mache. Das Berufungsgericht sieht also eine Benachteiligungsabsicht bei allen Entnahmen aus dem Geschäftsvermögen schon als vorliegend an, weil die Entnahmen über den Gewinn hinausgehen. Dieser Ansicht ist nicht uneingeschränkt zu folgen. Das Berufungsgericht läßt außer Betracht, daß im allgemeinen eine Benachteiligungsabsicht insoweit fehlen wird, als ein Schuldner den bilanzmäßig ausgewiesenen Gewinn aus seinem Betriebe entnimmt. Rücklagen und Kapitalbildung werden zwar oft kaufmännisch erwünscht sein, aber selbst dann, wenn einem Unternehmen Eigenkapital fehlt, läßt die Verwendung geschäftlichen Gewinns zu persönlichen Zwecken nicht notwendig darauf schließen, der Inhaber des Betriebes habe das Bewußtsein gehabt, damit seine Gläubiger zu schädigen. Einen Erfahrungssatz solcher Art gibt es nicht. Das Geschäft des Ehemannes der Beklagten hatte im Jahre 1953 einen Reingewinn von 9800 DM abgeworfen, von dem rund 3800 DM entnommen worden waren. Da der Gewinn des Jahres 1954 nach Behauptung des Klägers rund 18 000 DM betragen hat, muß für den Schluß des Jahres 1954 von einem Gewinn von 6000 + 18 000 = 24 000 DM ausgegangen werden. Nach der zur Grundlage des Berufungsurteils gemachten Rechnungsaufstellung der Beklagten sind im Jahre 1954 für den Hausbau insgesamt 25 829,26 DM aus Mitteln des Geschäfts aufgewendet worden. Die Ausgaben haben den Gewinn also nur unerheblich überstie-

gen. Wird weiter berücksichtigt, daß die Beklagte auch eigenes Einkommen hatte, von dem möglicherweise der Lebensunterhalt bestritten worden ist, und, wie die Beklagte behauptet, sie und ihr Ehemann auf Grund der Angaben ihres Architekten bei Baubeginn angenommen hatten, die Gesamtkosten würden etwa 25 000 DM betragen, so bedarf die Auffassung, der Ehemann der Klägerin habe in Höhe seiner gesamten Zuwendungen eine Benachteiligung seiner Gläubiger in Kauf genommen, der Überprüfung. Eine bloße rechnerische Gegenüberstellung der Aufwendungen für den Bau und des Gewinns würde allerdings der Sachlage nicht gerecht werden. Der Ehemann der Beklagten hat, wie im wesentlichen unstreitig ist, im Jahre 1954 insgesamt etwa 37 000 DM aus seinem Geschäft entnommen. Er hat also auch unter Berücksichtigung der Gewinne der Jahre 1953 und 1954 eine Verschuldung von rund 13 000 DM herbeigeführt. War ihm, als er der Beklagten die Beträge von zusammen 25 829,26 DM zuwandte, bewußt, daß er darüber hinaus weitere 13 000 DM zu Lasten seiner Gläubiger entnommen habe oder noch entnehmen werde, so würde mindestens in dieser Höhe die Feststellung des Berufungsgerichts, er habe den Willen gehabt, seine Gläubiger zu benachteiligen, keinen Bedenken unterliegen. Der Senat ist aber nicht in der Lage, insoweit eine abschließende Entscheidung zu treffen. Es fehlt an jeder Feststellung, wann, in welcher Weise und zu welchen Zwecken die nicht für den Bau bestimmten Entnahmen erfolgt sind. Welche Vorstellungen über seine wirtschaftliche Lage der Ehemann der Beklagten gehabt hat, als er sich entschloß, den Bau auf dem seiner Ehefrau gehörenden Grundstück zu finanzieren, läßt sich nur an Hand der damaligen Verhältnisse, nicht aber auf Grund einer später aufgestellten Bilanz beurteilen. Was das Jahr 1955 betrifft, so hat der Ehemann der Beklagten allerdings, wie ebenfalls im wesentlichen unstreitig ist, bei etwa 18 300 DM Gewinn 37 700 DM seinem Geschäft entnommen. Von diesen Entnahmen entfallen nach der Aufstellung der Beklagten 17 609,06 DM auf Aufwendungen für den Bau. Von diesen sind aber 17 342,06 DM schon in der Zeit vom 1. Januar bis 2. Juni 1955 gemacht. Für

die Frage, ob der Ehemann der Beklagten bei diesen Zuwendungen in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung gehandelt hat, kann es daher wesentlich nur auf die Monate Januar bis Mai 1955 ankommen. Lediglich unter dem Gesichtspunkt, wie weit der Ehemann der Beklagten schon in dieser Zeit übermäßige Entnahmen beabsichtigt hat, spielt eine Rolle, daß die Entnahmen die Gewinne weit überstiegen haben. Eine Feststellung, wie sich die Lage des Unternehmens bis Mai 1955 gestaltet hatte, fehlt. Dem Senat ist daher eine Prüfung, ob der Ehemann der Beklagten damals damit hat rechnen können, aus gezogenen oder mit Sicherheit zu erwartenden Gewinnen die Entnahmen decken zu können, nicht möglich.

Unter diesen Umständen bedarf die Sache weiterer Aufklärung, die dem Tatrichter obliegt. Dabei wird zu beachten sein, daß die der Beklagten gemachten Zuwendungen auf Entnahmen beruhen, die in ganz verschiedenen Beträgen laufend vornehmlich in den Monaten August 1954 bis Mai 1955 erfolgt sind. Die Beurteilung, ob und wie weit der Ehemann der Beklagten damit gerechnet hat, daß seine Gläubiger durch die Zuwendungen benachteiligt würden, wird sich deshalb weniger nach den Bilanzen der Jahre 1954 und 1955 (die des Jahres 1955 ist nach der Photokopie Bl.57 der Strafakten erst am 14. Juni 1956 aufgestellt), sondern nach der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zu der Zeit richten, als die Beklagte und ihr Ehemann übereinkamen, das Haus mit Mitteln des Betriebes aufzubauen. Sachgemäße Feststellungen werden sich möglicherweise erst mit Hilfe eines Sachverständigen treffen lassen. Von Bedeutung könnte auch sein, ob die Eheleute von vornherein mit Baukosten in einer Höhe um 50 000 DM gerechnet haben oder ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, die Aufbaukosten seien anfänglich mit etwa 25 000 DM veranschlagt worden. Für den zweiten Fall könnte es weiter darauf ankommen, zu welchem Zeitpunkt sich herausgestellt hat, daß die vorgesehenen Mittel nicht ausreichten, und ob der Ehemann der Beklagten nicht mindestens dann, als er es erkannte, in Kauf genommen hat, den Gläubigern die zu ihrer Befriedigung erforderlichen Mit-

tel zu entziehen und sie so zu benachteiligen. Das könnte zu dem Ergebnis führen, daß die Hingabe der Mittel nur zu einem Teil anfechtbar wäre.

III.

Die Revision greift ferner die Feststellung des Berufungsgerichts an, die Beklagte habe die Benachteiligungsabsicht ihres Ehemannes erkannt. Sie rügt als Verfahrensverstöß, das Berufungsgericht habe das Vorbringen in der Berufungsbegründungsschrift übergangen, daß die Beklagte nur den rein buchungstechnischen Teil ausgeführt, durch ihre Buchungsarbeiten aber keinen Überblick über die Ertrags- und Finanzlage des Unternehmens ihres Ehemannes erhalten habe.

Auch insoweit ist die Revision begründet. Das Berufungsgericht hat zwar nicht allein daraus, daß die Beklagte bei der Buchführung ihres Ehemannes mitgewirkt hat, geschlossen, sie habe die sich verschlechternde Lage des Unternehmens erkannt. Es hat diese Mitwirkung aber als Beweisanzeichen mitverwertet. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß es zu einer anderen Beurteilung gekommen wäre, falls sich auf Grund der beantragten Beweisaufnahme ergeben hätte, daß die bloße Buchführung über den geschäftlichen Stand des Unternehmens nichts hat ersehen lassen. Eine Prüfung, wie weit die Beklagte nach ihrer Erfahrung in kaufmännischen Dingen und auf Grund ihrer Buchführungstätigkeit erkannt hat, daß sie Geldbeträge erhalte, die zur Befriedigung der Gläubiger unentbehrlich seien, bedarf es besonders deshalb, weil, wie ausgeführt, die Vorstellungen des Ehemannes der Beklagten über seine Verschuldung sich nicht so sehr nach dem rechnerischen Ergebnis der Bilanzen als nach dem wirklichen Vermögensstand zur Zeit der Zuwendungen beurteilen.

IV.

Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben werden. Die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird. Für die von der Revision angeregte Verweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts lag kein Anlaß vor.

Dr. Großmann Artl Dr. Spieler Dr. Mezger Dr. Messner