

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

KO §§ 29, 36

Ist in einer Kapitalgesellschaft eine Personenhandels-
gesellschaft durch Übernahme aller Gesellschaftsanteile
aufgegangen, so kann im Falle eines späteren Konkurses
der Konkursverwalter auch Rechtshandlungen der erlo-
schenen Personenhandelsgesellschaft anfechten, wenn
noch nicht befriedigte Gläubiger der Personenhandels-
gesellschaft vorhanden sind. Vermögenswerte, die auf
solche Weise zur Masse kommen, sind in Form einer
"Sondermasse" auf diese Gläubiger zu verteilen. Zum
Kreis dieser Gläubiger kann auch die übernehmende Ge-
sellschaft gehören.

BGH, Urt. v. 10. Mai 1978 - VIII ZR 32/77 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 32/77

URTEIL

Verkündet am
10. Mai 1978
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dipl.-Kfm. Friedrich-Wilhelm M.,
W. in D., als Konkursverwalter über
das Vermögen der Firma K-Bau GmbH, T. weg in
N.

Klägers, Revisionsklägers
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Stadt M., vertreten durch den Stadtdirektor,
N. (Rathaus) in M.,

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

15

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Mai 1978 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Wolf, Merz und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers und auf die Anschlußrevision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Dezember 1976 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

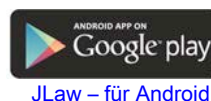
Tatbestand

Durch Vertrag vom 7. September 1971 verpflichtete sich die K~~...~~ Verwaltungsgesellschaft KG (im folgenden: KG) gegenüber der Beklagten, auf einem von dieser bereitgestellten Gelände einen Freizeitpark zu errichten. In dem Vertrag heißt es u.a.:

1. Die K~~...~~ Verwaltungsgesellschaft KG erklärt sich bereit, durch ein oder mehrere von ihr zu beauftragende Unternehmen der K~~...~~-Gruppe die Erdarbeiten,



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



Wegebefestigungen, Teichausbauarbeiten und Arbeiten für die Anlage eines Parkplatzes, wie sie in der Anlage I und II zu diesem Vertrag zeichnerisch dargestellt sind, innerhalb von ca. 48 Monaten, beginnend mit dem 1. 10. 1971, zu erstellen. Dabei geht die Vertragschließende von einem Leistungswert von DM 4 808 300,-- aus, berechnet mit dem Wert der tatsächlichen Leistung und bezogen auf die bei Erstellung jeweils gültigen Kosten und Preise. Art, Wert und Umfang der Arbeiten ergeben sich aus Anlage III und IV, die Inhalt der vorliegenden Vereinbarung sind.

2. Die Leistungen der K Verwaltungsgesellschaft KG werden unentgeltlich erbracht. Die Stadt M verpflichtet sich, jeweils nach ordnungsgemäßer Durchführung von Leistungen im Werte von DM 100 000,-- (gem. Anlage III und IV) der K Verwaltungsgesellschaft KG eine Bescheinigung über Art und Umfang (ohne Wertangabe der erbrachten Leistungen) zu erteilen, daß diese Leistungen der Verbesserung der Naherholung im südlichen Kreisgebiet M dienen....

3.

Die K Verwaltungsgesellschaft KG behält sich das Recht vor, bezüglich der in Anlage II und IV dargestellten Arbeiten bis 1. 10. 1972 von der o.a. Verpflichtung zurückzutreten, falls die Ausführungen dieser Arbeiten ihr wirtschaftlich nicht mehr zumutbar ist.

In der Folgezeit ließ die KG Arbeiten ausführen, deren Umfang und Zeitpunkt streitig sind.

Durch notariellen Vertrag vom 13. Dezember 1972 übertrugen die alleinigen Gesellschafter der KG, der Kaufmann Josef K als Komplementär und der Kaufmann

Franz K. als Kommanditist, ihre Beteiligungen an dieser und an einigen weiteren zur sogenannten K.-Gruppe gehörenden Gesellschaften auf die Fritz R. Baugesellschaft mbH, deren Gesellschafter sie ebenfalls waren. Nach durchgeführter Kapitalerhöhung und Aufnahme weiterer Gesellschafter wurde die Firma dieser Gesellschaft in "K.-Bau Gesellschaft mbH" (im folgenden: GmbH) geändert. Am 2. Juli 1973 wurde über das Vermögen der GmbH das Konkursverfahren eröffnet. Der Kläger ist der Konkursverwalter.

Der Kläger hat die im Rahmen der Erstellung des Freizeitparks erbrachten Leistungen gegenüber der Beklagten nach § 32 Nr. 1 KO angefochten und von der Beklagten Wertersatz in Höhe von 385 758,82 DM verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung hinsichtlich eines Teilbetrages von 309 208,65 DM zurückgewiesen, die Klage im übrigen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Rechtsstreit insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte begehrt, beantragt der Kläger, die Klage in vollem Umfang dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Die Beklagte hat Anschlußrevision eingelegt, mit der sie die vollständige Abweisung der Klage erreichen möchte.

Entscheidungsgründe

Das angefochtene Urteil hat keinen Bestand.

A. Zur Revision des Klägers:

I. 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der vom Kläger geltend gemachte Rückgewähranspruch könne, soweit er sich auf die Zeit vor dem 13. Dezember 1972 beziehe, nicht darauf gestützt werden, daß die im Auftrag der KG an dem Freizeitpark durchgeführten Arbeiten tatsächlich von der GmbH, die damals noch als "Fritz R. [REDACTED] Baugesellschaft mbH" firmiert habe, vorgenommen worden seien. Die aufgrund des Vertrages vom 7. September 1971 erbrachten Leistungen seien nämlich der KG zuzurechnen, auch wenn sie von einem anderen zur K. [REDACTED]-Gruppe gehörenden Unternehmen bewirkt worden seien. Ob die vom Kläger ausgesprochene Konkursanfechtung durchgreife, beurteile sich daher aus dem Leistungsverhältnis der ehemaligen KG zur Beklagten.

2. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg, denn die Feststellung des Berufungsgerichts, daß vor dem 13. Dezember 1972 nur zwischen der KG und der Beklagten vertragliche Beziehungen bestanden, aufgrund derer die KG allein als Leistende anzusehen ist, trifft zu.

II. 1. Das Berufungsgericht hat die Frage verneint, ob der Kläger als Konkursverwalter über das Vermögen der GmbH gemäß § 32 Nr. 1 KO Verfügungen anfechten kann, die von der KG gegenüber der Beklagten vorgenommen worden sind.

Es hat ausgeführt, zur Annahme einer derartigen Anfechtbarkeit führe nicht die Übernahme des Vermögens der KG mit allen Aktiven und Passiven im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Ein solches Ergebnis sei mit dem Gedanken des Gläubigerschutzes nicht vereinbar. Die Konkursgläubiger der GmbH seien nämlich nicht identisch mit den Gläubigern der von der Gemeinschuldnerin übernommenen KG. Die Gemeinschuldnerin habe das Vermögen der KG erst erworben, als es bereits um die nach Ansicht des Klägers in anfechtbarer Weise aufgegebenen Vermögenswerte vermindert gewesen sei. Für die früheren Gläubiger der Gemeinschuldnerin bzw. der Fritz R. Baugesellschaft mbH und die neu hinzugekommenen Gläubiger, insbesondere auch die Gläubiger der übrigen übernommenen Gesellschaften, habe niemals eine Zugriffsmöglichkeit auf die von der KG weggegebenen Vermögenswerte bestanden. Würde die Beklagte mit Erfolg auf Rückgewähr an die Konkursmasse der GmbH in Anspruch genommen, so käme dies Konkursgläubigern zugute, die auf diese Werte keinen Anspruch hätten. Andererseits würde den Gläubigern der KG die Zugriffsmöglichkeit auf diese Vermögenswerte im Wege der Anfechtung im Sonderkonkurs der KG oder der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz entzogen.

2. Diese Ausführungen greift die Revision zu Recht an; sie sind rechtsirrig.

Der Kläger ist im Rahmen des Konkurses über das Vermögen der GmbH nach § 36 KO legitimiert, die von der in der GmbH aufgegangenen KG vorgenommenen Verfügungen gegenüber der Beklagten nach §§ 32 Nr. 1, 37 KO anzufechten. Voraussetzung ist, daß noch nicht befriedigte Gläubiger der KG vorhanden sind und daß der Kläger die

Anfechtung ausschließlich im Interesse und zugunsten dieser Gläubiger betreibt.

a) Dem vom Berufungsgericht gewonnenen Ergebnis könnte allenfalls beigetreten werden, wenn Gläubigern der KG außerhalb des Konkurses der GmbH eine Zugriffsmöglichkeit auf die der Beklagten zugewendeten Vermögenswerte offenstehen würde. Dies ist jedoch zu verneinen.

aa) Mit dem Abschluß des notariellen Vertrages vom 13. Dezember 1972 hat die KG aufgehört, rechtlich zu bestehen. Sie hat ihre eigene Konkursfähigkeit verloren; ein Sonderkonkurs über das Vermögen der KG ist nicht mehr möglich.

Allerdings folgt dies entgegen der Ansicht der Revision nicht aus § 49 Abs. 2 UmwG, weil sich diese Bestimmung nur auf die Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine neu zu gründende GmbH bezieht. Die Übertragung des Vermögens einer Personenhandelsgesellschaft auf eine bestehende Kapitalgesellschaft ist vielmehr nur in den Formen des allgemeinen Rechts möglich. Danach kann sich bei einer Personenhandelsgesellschaft ein Mitgliederwechsel in der Weise vollziehen, daß ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil - mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter - an einen Dritten abtritt mit der Folge, daß dieser (sog. derivativer) Rechtsnachfolger des Veräußerers wird (BGHZ 44, 229, 231). Auch die Übertragung aller Gesellschaftsanteile auf mehrere Erwerber ist zulässig (Westermann Handbuch der Personengesellschaften I 395; Fischer in Großkommentar HGB, 3. Aufl. § 130 Anm. 20; Hueck, Das Recht der

OHG, 4. Aufl. § 27 II, 5 S. 399; Baumbach/Duden, HGB 22. Aufl. § 124 Anm. 2 B vgl. auch BGHZ 13, 179, 186 f). Das gilt auch für die Übertragung der Geschäftsanteile einer Personenhandelsgesellschaft auf einen einzigen Erwerber, der damit Inhaber der bisher zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte wird. Daß eine solche Vereinigung aller Anteile an einer Personenhandelsgesellschaft in einer natürlichen oder juristischen Person keinen grundsätzlichen Bedenken begegnet, folgt aus § 142 HGB. Wollte man den Gesellschaftern die Übertragung aller Anteile auf einen einzigen Erwerber im Wege der Abtretung versagen, so hätte dies zur Folge, daß der Erwerber zunächst durch Abtretung eines Gesellschaftsanteils Gesellschafter werden müßte, um sodann durch Anwachsung nach § 142 HGB die übrigen Anteile zu erwerben. Für einen derartigen Umweg aber besteht keine Notwendigkeit (vgl. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 406/407). Ebenso wie gemäß § 142 HGB das Geschäft einer Personenhandelsgesellschaft von einem Gesellschafter ohne Liquidation im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übernommen werden kann, mit der Folge, daß die Gesellschaft erloschen ist und daß der Übernehmer Vertragspartner und eigentlicher Schuldner der Gesellschaftsgläubiger geworden ist (BGH Urteil vom 13. Juli 1967 - II ZR 268/64 = BGHZ 48, 203, 206; Ulmer in Großkommentar HGB 3. Aufl. § 142 Anm. 33 m.w.Nachw.; abweichend Huber aaO S. 70), wird auch bei der Abtretung aller Gesellschaftsanteile an einen einzigen Erwerber dieser ohne Liquidation im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Übernehmer des Gesellschaftsvermögens, wobei die Gesellschaft erlischt (Baumbach/Duden

aaO § 124 Anm. 2 B, § 142 Anm. 2 E). Mit dem Erlöschen einer Personenhandels-gesellschaft aber scheidet die Möglichkeit eines Sonderkonkurses über ihr Vermögen aus (RG JW 1897, 307; AG Oldenburg NJW 1949, 757 mit Anmerkung Kisch; Mentzel/Kuhn, KO, 8. Aufl. § 209 Anm. 5; Böhle-Stamschräder, KO, 12. Aufl. § 209 Anm. 2; Jaeger, KO, 8. Aufl. § 40 Anm. 6; Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl. §§ 208, 209 Anm. 11; Ulmer aaO § 142 Anm. 36; Jaeger LZ 1915, 267; vgl. Bley-Mohrbutler, VerglO, 3. Aufl. § 109 Anm. 2 d; Westermann aaO I 578; Sandrock JR 1969, 323, 327).

Daß im vorliegenden Fall keine Auflösung der KG und keine Übertragung des Handelsgeschäfts (d.h. der einzelnen zum Unternehmen gehörenden Gegenstände) im Wege einer Auseinandersetzung auf die GmbH, sondern eine Abtretung der Gesellschaftsanteile stattgefunden hat, ergibt sich eindeutig aus dem notariellen Vertrag vom 13. Dezember 1972. Davon gehen offenbar auch das Berufungsgericht und die Parteien aus. Jeder Gesellschafter hat ausdrücklich seinen als solchen bezeichneten Anteil an der KG mit allen Rechten und Pflichten an die GmbH übertragen. Eine gesellschaftsrechtliche Bindung bestand nach Abschluß des Vertrages unter den bisherigen Gesellschaftern nicht mehr. Gesellschaftsvermögen, das sie hätten verteilen können oder durch Einzelakte auf die GmbH hätten übertragen müssen, blieb nicht übrig. Das Entgelt für die Übertragung der Gesellschaftsanteile, das in der Einräumung des Rechts bestand, Einlagen auf das erhöhte Stammkapital zu übernehmen, stand jedem Gesellschafter persönlich zu.

bb) Der Revision ist darin zuzustimmen, daß die Gläubiger der KG auch nicht darauf verwiesen werden können, nach dem Anfechtungsgesetz vorzugehen und auf diese Weise einen - nicht möglichen - Sonderkonkurs anzustreben.

Im Schrifttum wird zwar verschiedentlich angenommen, die Gläubiger könnten sich der Verschmelzung widersetzen, wenn sie dadurch benachteiligt würden. Dies sei im Falle eines die Rechtsgemeinschaft unmittelbar beendenden Verschmelzungsvorganges dadurch möglich, daß die benachteiligten Gesellschaftsgläubiger auf dem Wege der einzelnen Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses zur Eröffnung eines Sonderkonkurses gelangten, weil der Erwerber sich als Rückgewährschuldner so behandeln lassen müsse, als ob die den Gesellschaftsgläubigern nachteilige Vermögensverschmelzung nicht eingetreten wäre. Im hierauf zu eröffnenden Sonderkonkurs über die wiederhergestellte Masse der übernommenen Gesellschaft sei dann gemäß §§ 30 ff KO die Anfechtung der Handlungen dieser Gesellschaft möglich (Jaeger, LZ 1915, 272, 273; Jaeger, KO aaO § 40 Anm. 6; Jaeger/Weber, KO aaO §§ 208, 209 Anm. 11; Schmitz-Beuting, KTS 1957, 35, 41, 42; Düringer/Hachenburg, HGB, 3. Aufl. § 144 Anm. 6; Weipert in RGRK zum HGB, 2. Aufl. § 142 Anm. 19, § 145 Anm. 26; vgl. auch Ulmer aaO § 142 Anm. 36).

Abgesehen davon, daß dieser Lösungsweg u.a. wegen der subjektiven Voraussetzungen der Anfechtungstatbestände wenig praktikabel wäre (vgl. Jaeger/Weber aaO), ist er auch aus Rechtsgründen nicht gangbar. Ginge man im vorliegenden Fall davon aus, daß die zur Verschmelzung

führende Übertragung der Gesellschaftsanteile nach § 3 AnfG anfechtbar wäre - wobei nach § 2 AnfG ein Titel gegen den übertragenden Gesellschafter erforderlich ist -, so wäre mit der Anfechtung keineswegs die Verschmelzung beseitigt. Die Geltendmachung der Gläubigeranfechtung führt nämlich nur zur Begründung eines Rückgewährschuldverhältnisses im Sinne des § 7 AnfG mit der Folge, daß der Gläubiger auf das von seinem Schuldner weggegebene beim Anfechtungsbe- klagten Zugriff nehmen kann. Eine dingliche Wirkung tritt nicht ein (Böhle-Stamschräder, AnfG 4. Aufl. § 7 Anm. I, 3). Das anfechtbare Rechtsgeschäft - hier die Übertragung der Gesellschaftsanteile - wird in seiner Rechtswirksamkeit nicht beeinträchtigt. Die anfechtbar veräußerten Gesellschaftsanteile gehören also trotz der Anfechtbarkeit des Erwerbs zum Ver- mögen des Erwerbers. Eine Vermögensmasse der erloschen- en Kommanditgesellschaft, die einem Sonderkonkurs un- terliegen könnte, wird auf diese Weise nicht gebildet.

Hinzu kommt, daß der Rückgewähranspruch aus § 7 AnfG wegen der rein schuldrechtlichen Wirkung des Rückgewährschuldverhältnisses im Konkurs des Rückge- währschuldners - hier also der GmbH - kein Aussonde- rungsrecht gibt, sondern nur eine nach § 69 KO ver- folgbare Konkursforderung darstellt (Mentzel/Kuhn aaO § 37 Anm. 9; Böhle-Stamschräder, KO aaO § 37 Anm. 11; Böhle-Stamschräder AnfG aaO § 7 Anm. I 3). Schon weil die übernehmende GmbH im vorliegenden Falle in Konkurs gefallen ist, kann daher die übernommene KG unter kei- nem rechtlichen Gesichtspunkt wieder erstehen.

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht zwar ausgeführt, daß der Kläger unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes nicht legitimiert sein kann, die Anfechtung für die Gesamtheit der Konkursgläubiger der GmbH zu betreiben und das aus der Anfechtung Erlangte undifferenziert zur Masse zu ziehen. Sofern das Berufungsgericht jedoch unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. Juni 1955 - IV ZR 306/54 (WM 1955, 1195, 1197 = MDR 1956, 86 = LM KO § 29 Nr. 3) annimmt, dem Kläger fehle jegliche Legitimation zur Anfechtung, kann ihm nicht gefolgt werden.

Der vom IV. Zivilsenat (aaO) entschiedene Fall wies die Besonderheit auf, daß das Geschäft eines Einzelkaufmanns, in dessen Betrieb die anfechtbaren Handlungen vorgenommen wurden, an eine Kommanditgesellschaft übergegangen war und sodann über deren Vermögen nach § 209 KO das Konkursverfahren eröffnet wurde. Damals bestand keine Veranlassung, im Konkurs des Übernehmers eine Anfechtung von Handlungen zuzulassen, die vom Rechtsvorgänger vorgenommen worden waren. Den Gläubigern des Einzelkaufmannes hätten die anfechtbar abgegebenen Vermögenswerte ohne besondere Schwierigkeiten nach dem Gläubigeranfechtungsgesetz oder - im Konkurs des Einzelkaufmannes - nach §§ 30 ff KO gesichert werden können. Eine Anfechtung im Konkurs des Übernehmers verbot sich auch deshalb, weil die Gläubigerkreise regelmäßig nicht identisch sind und es im möglichen Konkurs des Rechtsvorgängers dem dortigen Konkursverwalter nicht verwehrt sein darf, seinerseits die Anfechtung vorzunehmen. Dort war deshalb davon auszugehen, daß in dem Konkurs des Rechtsnachfolgers Handlungen seines Rechtsvorgängers nicht angefochten werden können.

aa) Wird das Vermögen einer Personenhandels-gesellschaft im Wege der Verschmelzung auf eine juristische Person übertragen und erlischt damit die Personenhandels-gesellschaft, so kann eine Konkurrenz verschiedener Anfechtungsrechte nicht mehr auftreten. Vom Konkurs des Übernehmers wird zugleich die Gesamtheit aller vermögenswerten Rechte erfaßt, die früher der verschmolzenen, deshalb erloschenen und damit einem Sonderkonkurs nicht mehr unterworfenen Personenhandels-gesellschaft zustanden. Dies bedeutet letztlich, daß der Konkurs des Übernehmers auch den in ihm aufgegangenen Rechtsvorgänger erfaßt hat, so daß es dem Konkursverwalter grundsätzlich möglich sein muß, Handlungen anzufechten, die in einem Sonderkonkurs des Rechtsvorgängers - wenn ein solcher möglich wäre - einen Rückgewähranspruch nach § 37 KO auslösen würden. Wollte man dem Konkursverwalter dieses Recht absprechen, so käme man zu einem untragbaren Ergebnis. Die Gesellschafter könnten in einem solchen Fall zum Schaden der Gesellschaftsgläubiger den Gesellschaftskonkurs der Personenhandels-gesellschaft (§ 209 KO) hintertreiben, mit der Folge, daß deren Lage wesentlich verschlechtert wäre gegenüber derjenigen vor der Verschmelzung (vgl. Jaeger, LZ 1915, 272, 273; Schmitz-Beuting aaO S. 41).

bb) Demgegenüber greift das Bedenken nicht durch, daß für die Gläubiger des Übernehmers - jedenfalls wenn der Übernehmer nicht seinerseits Gläubiger der übernommenen Gesellschaft war (dazu weiter unten) - kein Anspruch auf die anfechtbar hinweggegebenen Vermögenswerte besteht, weil das übernommene Vermögen im Zeitpunkt der Übernahme bereits um diese Werte verkürzt war. Auch die

Revision erkennt an, daß die Gläubiger der GmbH grundsätzlich keinen Anspruch auf die aus dem Vermögen der KG weggegebenen Werte haben, weil diese niemals Teil des übernommenen Gesellschaftsvermögens waren.

Der Konkursverwalter muß nämlich das infolge der Anfechtung von Rechtshandlungen der übernommenen Gesellschaft Erlangte ausschließlich denjenigen Gläubigern zur Verfügung stellen, denen bereits vor der Verschmelzung nicht befriedigte Forderungen gegen die KG zustanden. Die Bildung einer derartigen "Sondermasse" innerhalb des Konkurses ist dem Konkursrecht nicht fremd, worauf die Revision zu Recht hinweist. So haftet im Konkurs über das Vermögen einer Kommanditgesellschaft der vor Eröffnung des Konkurses ausgeschiedene Kommanditist, dem vor Konkurseröffnung die Einlage zurückgezahlt oder in entsprechender Höhe ein Abfindungsguthaben ausbezahlt worden ist, nur noch für vor seinem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Gesellschaftsgläubiger, deren Forderungen gegen die Gesellschaft erst nach dem Ausscheiden des Kommanditisten und der entsprechenden Eintragung in das Handelsregister entstanden sind, haben einen solchen Anspruch gegen ihn nicht, weil sie mit der beschränkten persönlichen Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten in keinem Zeitpunkt rechnen konnten. Daraus folgt, daß der Konkursverwalter, der nach § 171 Abs. 2 HGB im Gesellschaftskonkurs die Rechte der Gläubiger gegenüber dem Kommanditisten geltend zu machen hat, in einem solchen Falle die von diesem einzufordernde Hafteinlage nicht unterschiedslos zur Konkursmasse ziehen darf;

er darf das Eingezogene vielmehr nur für die sogenannten Altgläubiger verwenden, d.h. für die Gläubiger, deren Forderungen bis zum Ausscheiden des Kommanditisten bereits entstanden waren (BGHZ 27, 51, 56; Schilling in Großkommentar HGB § 171 Anm. 42 m.w.Nachw.; vgl. auch Unger, KTS 1960, 33 ff m.w.Nachw.).

Ähnlich wie der Konkursverwalter die Hafteinlage des Kommanditisten für Rechnung der "Altgläubiger" einzieht, macht er im Konkurs des Übernehmers, der zugleich Konkurs über das Vermögen der übernommenen und damit erloschenen Personenhandelsgesellschaft ist, Ansprüche, die aufgrund anfechtbarer Rechtshandlungen der übernommenen Gesellschaft entstanden sind, im Interesse und zugunsten der Gläubiger der übernommenen Gesellschaft geltend.

Als ein solcher Gläubiger der übernommenen Gesellschaft kommt im übrigen auch die GmbH selbst in Betracht, wenn sie von der KG noch keinen vollen Ausgleich für von ihr im Auftrag der KG erbrachte Leistungen erhalten hatte. Durch die Verschmelzung wäre zwar eine Vereinigung von Schuld und Forderung eingetreten, die zum Erlöschen einer etwaigen Forderung der GmbH geführt hätte. Geht man aber richtigerweise im vorliegenden Fall von einer "Sondermasse" aus, die aus dem infolge der Anfechtung der Rechtshandlungen der übernommenen Gesellschaft Erlangten besteht, dann muß es im Verhältnis zu dieser Sondermasse so angesehen werden, als ob die Forderung oder ein eventueller Rückgewähranspruch nach § 37 KO der übernehmenden Gesellschaft noch bestünde. Bestand eine Forderung der GmbH gegen die KG, so kann der Konkursverwalter über das Vermögen der GmbH (auch) aus diesem Grunde gegenüber der Beklagten die Anfechtung durchführen. Die Gesamtheit der Gläubiger der GmbH kann sich dann in Höhe der gegen die damalige KG gerichteten Forderung an der Verteilung des durch die Anfechtung gegenüber der Beklagten Erlangten beteiligen.

B. Zur Anschlußrevision der Beklagten:

I. 1. Entgegen der Ansicht der Beklagten sind die von der KG vorgenommenen Arbeiten und Lieferungen unentgeltlich gewesen, so daß die Voraussetzungen des § 32 Nr. 1 KO erfüllt sind. Dies hat das Berufungsgericht zu Recht hinsichtlich eventueller nach dem 13. Dezember 1972 erbrachter Leistungen der GmbH angenommen. Entsprechendes gilt auch für die früheren Verfügungen der KG.

2. a) Eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 32 KO liegt vor, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne daß dem Verfügenden ein entsprechender Gegenwert zufließen soll (OLG Zweibrücken, OLGZ 1965, 308). Entgeltlich ist eine Verfügung, wenn der Gemeinschuldner für seine Leistungen etwas erhalten hat, was objektiv ein Ausgleich für seine Leistungen war oder jedenfalls subjektiv nach dem Willen der Beteiligten sein sollte (Senatsurteil BGHZ 41, 298, 300 = LM KO § 32 Nr. 2 mit Anm. Mormann).

b) Im vorliegenden Fall ist von der Unentgeltlichkeit der Verfügungen der GmbH bzw. der von ihr übernommenen KG auszugehen, weil die von der Beklagten geltend gemachten Vorteile weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit als ausgleichender Gegenwert angesehen werden können. Dafür, ob ein Gegenwert in das Vermögen des Gemeinschuldners geflossen ist, ist in erster Linie der objektive Sachverhalt maßgebend. Erst wenn feststeht, daß der Gemeinschuldner einen Gegenwert für seine Zuwendungen erhalten hat, ist zu prüfen, ob die Beteiligten den Gegenwert als Entgelt angesehen haben oder

ob gleichwohl der Hauptzweck des Geschäfts die Freigebigkeit war (RGZ 165, 223, 224; Mentzel/Kuhn aaO § 32 Rdn. 2; Jaeger, KO 8. Aufl. § 32 Rdn. 1).

c) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß die vertragliche Verpflichtung der Beklagten, der KG nach Baufortschritt Bescheinigungen darüber auszustellen, daß die ausgeführten Arbeiten der Naherholung dienten, schon objektiv nicht als ausgleichende Gegenleistung angesehen werden kann; denn derartige Bescheinigungen sind für sich genommen wertlos. Ob das Finanzamt die von der Beklagten ausgestellten Spendenbescheinigungen anerkannt hat und ob sich daraus eine Steuerersparnis ergeben hat, steht nicht fest. Dies kann jedoch dahinstehen; denn das Berufungsgericht hat zu Recht ausgeführt, daß eine solche Steuerersparnis der Zuwendung die Unentgeltlichkeit nicht nimmt, sondern sie vielmehr voraussetzt.

Entgeltlich ist ein Erwerb nur, wenn er kraft Gesetzes oder kraft rechtsgeschäftlicher Bestimmung rechtlich abhängig ist von einer als Ausgleichung aufgefaßten eigenen Zuwendung in dem Sinne, daß er nur zusammen mit dieser endgültig sein soll. Eine derartige Abhängigkeit ist zwischen der Zuwendung der KG bzw. der GmbH und einer etwaigen Steuerersparnis nicht festzustellen. Eine wechselseitige Verpflichtung scheidet aus, weil die Beklagte keinen Einfluß darauf hatte, ob eine Steuerersparnis eintritt. Die Zuwendung ist auch nicht unter der Bedingung einer Steuerersparnis erbracht worden; sie ist schließlich nicht unter der Zweckbestimmung vorgenommen worden, daß sich eine von der KG bzw. der

GmbH erstrebte Steuerersparnis auswirkte. Daß es sich insoweit allenfalls um eine einseitige Motivation, eine Erwartung des Zuwendenden handelte, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Vertrages, wonach die Leistungen der KG unentgeltlich erbracht werden sollten. Die vorgenommene Zuwendung sollte nach dem Inhalt des Vertrages auch dann endgültig sein, wenn die Erwartungen der KG im Hinblick auf eine Steuerersparnis nicht erfüllt wurden.

3. Dem Berufungsgericht ist zumindest im Ergebnis darin zu folgen, daß die von der KG bzw. der GmbH vorgenommenen Zuwendungen auch nicht dadurch entgeltlich geworden sind, daß beabsichtigt wurde, dem Unternehmen dadurch bessere Absatzchancen zu eröffnen.

a) Auch insoweit sollte die Zuwendung der KG bzw. der GmbH nach dem Vertragsinhalt endgültig sein, und zwar gleichgültig, ob sich die Erwartungen, es werde eine Verbesserung der Markt- und Absatzchancen eintreten, erfüllten oder nicht. Die für die Bejahung einer Entgeltlichkeit erforderliche Abhängigkeit zwischen Zuwendung und Gegenwert (Steigerung der Absatzchancen) ist auch nicht durch die vertragliche Bestimmung geschaffen worden, wonach sich die KG das Recht vorbehalten hat, von der Verpflichtung zurückzutreten, sofern die Ausführungen dieser Arbeiten "ihr wirtschaftlich nicht mehr zumutbar ist". Abschnitt 3 Abs. 4 des Vertrages vom 7. September 1971 deutet im Zusammenhang mit der ausdrücklichen Betonung der Unentgeltlichkeit in Abschnitt 2 des Vertrages entgegen der Meinung der Anschlußrevision gerade darauf hin, daß eine solche

Abhängigkeit nicht gegeben sein sollte. Hätte für die KG tatsächlich die Steigerung der Absatzchancen im Vordergrund gestanden, so wäre die Rücktrittsmöglichkeit nicht auf die in Anlage II und IV dargestellten Arbeiten beschränkt und bis zum 1. Oktober 1972 befristet worden, zumal zu diesem Zeitpunkt kaum abzusehen war, ob mit den Baumaßnahmen im Freizeitpark eine Wertsteigerung bereits errichteter oder geplanter Wohneinheiten erzielt werden konnte. Abschnitt 3 Abs. 4 konnte daher allenfalls in dem Sinne verstanden werden, daß die KG bei allgemeinen wirtschaftlichen Schwierigkeiten der K Unternehmensgruppe vom Vertrag zurücktreten konnte. Dem Berufungsgericht kann daher nicht der Vorwurf gemacht werden, es habe wesentlichen Auslegungsstoff außer acht gelassen, weil es auf Abschnitt 3 Abs. 4 des Vertrages in diesem Zusammenhang nicht eingegangen ist.

b) Auch wenn für die Revisionsinstanz die Behauptung der Beklagten als richtig unterstellt wird, der Komplementär der KG, Josef K, habe bei Vertragsschluß erklärt, er sei an dem Freizeitpark aus Gründen der Erhöhung der Marktchancen für die von seinen Unternehmen errichteten Wohnungen sehr interessiert, liegen keine Anzeichen dafür vor, daß diese Erklärung Vertragsinhalt in dem Sinne geworden ist, daß damit eine Bedingung oder eine Zweckbestimmung gesetzt worden ist.

Die Beklagte weist zwar zutreffend darauf hin, daß ein wirtschaftlicher Vorteil und ein eigenes wirtschaftliches Interesse ausreichen kann, um einer Verfügung den Charakter der Unentgeltlichkeit zu nehmen (vgl. RG JW 1905, 442 Nr. 28; RG JW 1913, 608 Nr. 23). Immer setzt aber auch ein die Entgeltlichkeit begründender

Vorteil und ein eigenes wirtschaftliches Interesse die rechtliche Abhängigkeit von der Zuwendung voraus; der mit der Zuwendung erstrebte wirtschaftliche Vorteil bzw. die Verbesserung der eigenen wirtschaftlichen Situation müssen zusammen mit der Zuwendung endgültig sein. Daran fehlt es aber hier, wie bereits ausgeführt worden ist. Schon der Wortlaut des Vertrages spricht dagegen, daß sich die Beklagte auf die Vorstellungen der KG in dem Sinne eingelassen hat, daß der Bestand der Zuwendung von der Erfüllung der ihr gegenüber erklärten Erwartungen abhängig sein sollte. Dies sollte nach dem Vertrag sogar hinsichtlich der künftig noch zu erbringenden Leistungen nicht der Fall sein.

Nach dem ausdrücklichen Inhalt des Vertrages war der alleinige Zweck der Zuwendung die Freigebigkeit. Vorstellungen und Erwartungen des persönlich haftenden Gesellschafters der KG über die sofortige oder spätere Verbesserung irgendwelcher Marktchancen blieben einseitige Motivation. Daß die Beteiligten nach Vertragsunterzeichnung den Zweck der Zuwendung in anderer Weise bestimmt hätten, wird von der Beklagten nicht dargetan. Ob im maßgeblichen Zeitpunkt, nämlich zur Zeit der Vornahme der Verfügung bereits eine irgendwie geartete Wertsteigerung der Bauobjekte der K-Gruppe eingetreten war, kann daher dahinstehen.

4. Soweit die Anschlußrevision auf die Behauptung der Beklagten verweist, die KG habe den Vertrag schlecht erfüllt und der Beklagten erheblichen Schaden zugefügt, mit dem aufgerechnet werde, fehlt es an einem substantiierten Vortrag.

II. 1. Die Anschlußrevision rügt jedoch zu Recht, das Berufungsgericht sei ohne zureichende Tatsachenfeststellung davon ausgegangen, daß die Kun Bau GmbH nach dem 13. Dezember 1972 selbst Leistungen für die Beklagte erbracht habe.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, eine Firma J [REDACTED] habe nach dem 13. Dezember 1972 Material zum Freizeitpark angefahren, beruht auf einer Verletzung des § 286 ZPO. Das Berufungsurteil läßt insoweit nicht erkennen, welche Gründe für die richterliche Überzeugung leitend waren und ob bei der Beweiswürdigung der gesamte Inhalt des tatsächlichen Vorbringens der Parteien berücksichtigt worden ist. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte bestritten, daß die Gemeinschuldnerin nach dem 11. Dezember 1972 weitere Leistungen für den Freizeitpark erbracht hat. In Bezug auf die Rechnungen der Firma Wilhelm J [REDACTED] vom 31. Dezember 1972 hat die Beklagte zudem mit Schriftsatz vom 20. Mai 1975, S. 6 ausgeführt, die Rechnungen ließen nicht erkennen, wofür die berechneten Fahrten ausgeführt worden seien. Nachdem der Kläger mit Schriftsatz vom 10. Juni 1975 neben einer Vielzahl von Lieferscheinen die zu diesen Rechnungen gehörigen Lieferscheine vorgelegt hatte, von denen einige die Aufschrift "Boden von S [REDACTED] zum Freizeitpark gefahren" tragen, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 27. Juni 1975, S. 7 ihr Bestreiten aufrechterhalten. Sie hat dort allgemein in Bezug auf die Lieferscheine ausgeführt, selbst wenn sich daraus eine Anlieferung zur Baustelle ergebe, stehe nicht fest, daß die Materialien dort verwendet worden seien. Der Kläger habe nicht dargelegt, welche

Arbeiten überhaupt nach dem 13. Dezember 1972 noch ausgeführt worden seien. Dem angeführten Urteil ist nicht zu entnehmen, daß sich das Berufungsgericht mit diesem Vortrag auseinandergesetzt hat. Die Lieferscheine und die Rechnungen begründen als Privaturkunden (§ 416 ZPO) nicht einmal den Beweis dafür, daß tatsächlich Material angefahren worden ist, geschweige denn, daß der Beklagten entsprechende Leistungen zugute gekommen sind.

III. Das Urteil des Berufungsgerichts mußte in vollem Umfang aufgehoben werden. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat nicht möglich, weil der Sachverhalt unter den vorstehend erörterten Gesichtspunkten noch nicht geklärt ist. Die Sache war deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

1. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, ob nicht befriedigte Gläubiger der KG, die auch nicht im Wege der Absonderung in vollem Umfang bevorzugt zu befriedigen sind und befriedigt werden können, ihre Forderungen im Konkurs der GmbH zur Konkurstabelle angemeldet haben. Auch dem Vortrag des Klägers ist zu dieser Frage nichts zu entnehmen. Es kann nicht als selbstverständlich davon ausgegangen werden, daß derartige Gläubiger vorhanden sind. Möglicherweise war die KG nämlich als eine Art Dachgesellschaft tätig, die selbst nicht oder nur vereinzelt im geschäftlichen Verkehr mit Dritten auftrat und nur oder vornehmlich Verwaltungstätigkeiten für die Gesellschaften der KG-Gruppe erledigte. Darauf könnten auch die vom Kläger in der ersten Instanz überreichten

Rechnungen dritter Firmen über Leistungen im Rahmen der Errichtung des Freizeitparks hindeuten, die bis auf die Rechnung Bl. 234 GA alle auf die Firma Fritz R. [REDACTED] Bau GmbH ausgestellt worden sind. Auch dem notariellen Vertrag vom 13. Dezember 1972 ist nicht zu entnehmen, daß in der maßgeblichen Zeit irgendwelche Verbindlichkeiten bestanden, deren Gläubiger nicht befriedigt werden konnten. Ob auch die frühere Fritz R. [REDACTED] Bau GmbH zu den nicht befriedigten Gläubigern der KG gehört, die als solche an der "Sondermasse" beteiligt werden kann, hängt davon ab, ob ein Ausgleich der Leistungen zwischen den beiden Gesellschaften bis zum Zeitpunkt der Verschmelzung vollständig abgewickelt worden ist. Da diese Gesichtspunkte weder vor dem Landgericht noch in der Berufungsinstanz angesprochen worden sind, wird das Berufungsgericht eine weitere Sachaufklärung vornehmen müssen.

2. Weiterhin wird das Berufungsgericht darüber Beweis erheben müssen, ob tatsächlich nach dem 13. Dezember 1972 von der GmbH Leistungen zugunsten der Beklagten erbracht worden sind.

1

3. Da der endgültige Erfolg oder Mißerfolg der Rechtsmittel vom Ergebnis der anderweitigen Verhandlung abhängt, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorzubehalten.

Braxmaier

Claßen

Wolf

Merz

Treier