BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 67/02

Verkündet am:
2. Februar 2006
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

GmbHG §§ 30, 31, 32a, 32b; BGB § 571 a.F. (§ 566 n.F.)

Tritt ein außenstehender Dritter infolge des Erwerbs eines Grundstücks von einem Gesellschafter als Vermieter in dessen Mietverhältnis mit seiner Gesellschaft ein, ist er nicht verpflichtet, der Gesellschaft das Grundstück nach den Eigenkapitalersatzregeln unentgeltlich zur Nutzung zu überlassen, auch wenn der Verkäufer hierzu verpflichtet wäre.

InsO §§ 130, 131, 135, 140 Abs. 2

a) Treten die rechtlichen Wirkungen einer Rechtshandlung, mit der für eine Forderung auf Rückgewähr einer eigenkapitalersetzenden Leistung Befriedigung gewährt wird, mit der Eintragung im Grundbuch ein, läuft die Anfechtungsfrist bezüglich dieser Rechtshandlung jedenfalls ab dem Zeitpunkt, in dem der Empfänger durch Eintragung einer Vormerkung eine geschützte Rechtsposition erlangt hat.

b) Vereinbaren die Parteien nachträglich eine im Vertrag nicht vorgesehene, unübliche Zahlungsmodalität, sind die entsprechenden Erfüllungshandlungen kongruent, sofern die Vereinbarung wirksam und anfechtungsfest ist.

c) Die Bezahlung einer Schuld durch eigenen Scheck ist eine kongruente Deckung, auch wenn eine andere übliche Zahlungsart vereinbart war.

BGH, Urteil vom 2. Februar 2006 - IX ZR 67/02 - OLG Jena
LG Erfurt

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Raebel, Vill, Cierniak und die Richterin Lohmann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts vom 14. Februar 2002 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin wird das genannte Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt wurde.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der M. GmbH & Co. KG (fortan Mieterin oder Schuldnerin). Geschäftsführer und Mehrheits- (95 %) bzw. ab 1. Januar 1997 Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH und ab 1. Januar 1997 auch alleiniger Kommanditist war W. K. . Dieser vermietete der Schuldnerin im Mai 1995 einen Teil eines ihm gehörenden Grundstücks in E. . Der Mietver-

trag enthielt in § 15 eine Bestimmung, nach der der Vermieter nur unter besonderen im Einzelnen genannten Voraussetzungen berechtigt sein sollte, Ansprüche aus dem Mietvertrag abzutreten.

2 Die Schuldnerin nutzte den Grundstücksteil für den Betrieb eines Möbelhauses. Im Dezember 1996 verkaufte W. K. das Grundstück durch notariellen Vertrag an die Klägerin, die den Kaufpreis in Höhe von 48.363.000 DM noch im Dezember 1996 bezahlte. Am 13. Dezember 1996 wurde zugunsten der Klägerin eine Auflassungsvormerkung eingetragen; die Eigentumsumschreibung erfolgte am 28. Februar 2000. W. K. hatte die Mietzinsansprüche bereits im notariellen Kaufvertrag an die Klägerin abgetreten und sich verpflichtet, die Klägerin so zu stellen, als ob der Mietvertrag bereits mit Abschluss des Kaufvertrages auf die Klägerin übergegangen sei. Ab Januar 1997 bezahlte die Mieterin den Mietzins an die Klägerin. Nachdem die Mieterin den fälligen Mietzins für die Monate November 1998 bis Januar 1999 nicht bezahlt hatte, vereinbarte sie mit der Klägerin am 19. Januar 1999, den Mietzins für das Grundstück nunmehr durch Drei-Monats-Wechsel zu bezahlen. Am 20. Januar 1999 übergab die Mieterin auf sie gezogene und von ihr akzeptierte Wechsel für den rückständigen Mietzins an die Klägerin. Auch für die Monate Februar, März, April und Mai 1999 erhielt die Klägerin bei Fälligkeit des Mietzinses entsprechende Wechsel. Alle Wechsel wurden zum Fälligkeitszeitpunkt eingelöst, zuletzt der Mai-Wechsel am 5. August 1999. Am 4. August 1999 wurde ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin gestellt. Für Oktober 1999 zahlte die Schuldnerin eine verringerte Miete per Scheck. Weitere Mietzahlungen erfolgten nicht. Das Insolvenzverfahren wurde am 1. November 1999 eröffnet. Der Beklagte zeigte am 31. Juli 2000 die Masseunzulänglichkeit an, kündigte den Mietvertrag mit Schreiben vom 27. September 2000 und nutzte das vermietete Objekt weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

3 Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin den Mietzins für den Zeitraum vom 1. November 1999 bis zum 31. März 2001. Widerklagend verlangt der Beklagte die Rückzahlung der für die Monate März bis Mai und Oktober 1999 erbrachten Mietzahlungen. Er hat sich insbesondere darauf berufen, der zwischen der Schuldnerin und W. K. abgeschlossene Mietvertrag erfülle die Voraussetzungen einer eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung. Das Landgericht hat der noch auf den Mietzins bis 30. November 2000 beschränkten Klage im Wesentlichen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat der Klage für den Zeitraum ab 1. März 2000 stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Der Widerklage hat es insgesamt stattgegeben. Mit der Revision wenden sich die Parteien in vollem Umfang gegen ihre Beschwer.

Entscheidungsgründe:

A. Revision des Beklagten

4 Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

I.

5 Das Berufungsgericht meint, der Klägerin stehe ab Eigentumsumschreibung ein Anspruch auf Mietzins zu. Es handele sich dabei um eine Masseforderung, weil der Beklagte zwar den Mietvertrag gekündigt, aber den Mietgebrauch fortgesetzt habe.

6 Es könne dahinstehen, ob die Vermietung tatsächlich eigenkapitalersetzenden Charakter gehabt habe. Der Einwand könne der Klägerin jedenfalls nicht entgegengehalten werden, weil er sich nur an Gesellschafter, nicht aber an Dritte richte. Ob der durch die Rechtsnachfolge eingetretene Wegfall des Eigenkapitalersatzeinwandes anfechtbar sei, könne offen bleiben. Eine Anfechtung gegenüber der Klägerin als Rechtsnachfolgerin des Gesellschafters scheitere daran, dass hinsichtlich des Gesellschafters eine Sicherung oder Befriedigung im Sinne des § 135 InsO nicht vorgelegen und die Klägerin außerdem die nach § 145 Abs. 2 Nr. 1 InsO erforderliche Kenntnis der die Anfechtung begründenden Umstände nicht gehabt habe. Hierfür komme es auf den Abschluss des Grundstückskaufvertrages am 2. Dezember 1996 an.

II.

7 Dies hält rechtlicher Überprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

8 1. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass die in der Zeit nach Insolvenzeröffnung entstandenen Mietzinsansprüche Masseschulden sind (§ 108 Abs. 1, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO), die nur im Wege der Feststellungsklage verfolgt werden können, soweit sie in den Zeitraum vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit fallen (BGHZ 154, 358, 360 ff). Gleichfalls zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass das Mietverhältnis durch die Kündigung nicht beendet worden ist, weil der Beklagte den Gebrauch der Mietsache fortgesetzt hat (§ 568 BGB a.F. = § 545 BGB n.F.).

9 2. Weiterhin ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass eine Gebrauchsüberlassung ebenso den Tatbestand einer eigenkapitalersetzenden Leistung erfüllen kann wie die Gewährung eines Darlehens (BGHZ 109, 55 ff; BGH, Urt. v. 31. Januar 2005 - II ZR 240/02, WM 2005, 561, 562; v. 7. März 2005 - II ZR 138/03, ZIP 2005, 807). Da das Berufungsgericht offen gelassen hat, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine Qualifizierung als eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung vorliegen, ist zugunsten der Revision des Beklagten anzunehmen, dass der streitgegenständliche Mietvertrag von Anfang an eine eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung darstellte.

10 3. Das Berufungsgericht geht davon aus, dass der Eigenkapitalersatzeinwand mit Eintritt in das Mietverhältnis als Erwerber nach § 571 BGB a.F. (= § 566 BGB n.F.) erlischt. Dies entspricht den hier maßgeblichen rechtlichen Wertungen.

11 a) Entgegen der Ansicht der Revision des Beklagten scheitert die Anwendbarkeit des § 571 BGB a.F. nicht schon deshalb, weil wegen der nach den Eigenkapitalersatzregeln eintretenden Undurchsetzbarkeit des Anspruchs auf Zahlung des Nutzungsentgelts die Gebrauchsüberlassung als ein unentgeltliches Rechtsverhältnis einzuordnen wäre. Die Umqualifizierung der Gebrauchsüberlassung in funktionales Eigenkapital ändert den Rechtscharakter des Nutzungsverhältnisses nicht. Es bleibt ein Miet- oder Pachtverhältnis, dem vermietenden oder verpachtenden Gesellschafter wird lediglich für die Dauer der Krise verwehrt, den vereinbarten Miet- oder Pachtzins zu fordern (BGHZ 140, 147, 153).

12 b) Hat der Gesellschafter Ansprüche abgetreten, die mit dem Einwand des Eigenkapitalersatzes belastet sind, kann dieser Einwand zwar auch dem Rechtsnachfolger gemäß § 404 BGB entgegengehalten werden (vgl. BGHZ 104, 33, 43; v. Gerkan/Hommelhoff, Handbuch des Kapitalersatzrechts 2. Aufl. Rn. 3.38; Roth/Altmeppen, GmbHG 4. Aufl. § 32a Rn. 187; Scholz/K. Schmidt, GmbHG 9. Aufl. §§ 32a, 32b Rn. 140 m.w.N.; Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 32a Rn. 78; Henze in Großkommentar AktG, 4. Aufl. § 57 Rn. 131). Der Gesellschafter, der seiner Finanzierungsverantwortung nur durch eigenkapitalersetzende Leistungen nachgekommen ist, kann die Folgen nicht durch eine Abtretung seiner Forderung ungeschehen machen.

13 c) Der Eigenkapitalersatzeinwand besteht aber nicht gegenüber dem Erwerber des Grundstücks fort, der kraft Gesetzes in das Mietverhältnis eintritt.

14 aa) § 571 BGB a.F. (= § 566 BGB n.F.) bewirkt, dass im Augenblick des Eigentumsübergangs durch Eintragung im Grundbuch (vgl. BGH, Urt. v. 19. Oktober 1988 - VIII ZR 22/88, NJW 1989, 451) kraft Gesetzes ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter entsteht, und zwar mit demselben Inhalt, den es zuvor mit dem Veräußerer besessen hat (BGH, Urt. v. 3. Mai 2000 - XII ZR 42/98, NJW 2000, 2346; Staudinger/Emmerich, BGB (2003) § 566 Rn. 4).

15 Der Grundstückserwerber tritt jedoch nach § 571 BGB a.F. (§ 566 BGB n.F.) nur in solche Rechte und Pflichten ein, die sich aus dem Mietverhältnis ergeben (BGHZ 141, 160, 165; BGH, Urt. v. 30. Mai 1962 - VIII ZR 173/61, NJW 1962, 1388, 1390; Staudinger/Emmerich, BGB (1997) § 571 Rn. 39 f, 51 f), also in dem Mietvertrag selbst festgelegt sind oder auf einer Zusatzvereinbarung beruhen, die in einem unlösbaren Zusammenhang mit dem Mietver-

trag steht. Vereinbarungen, die lediglich aus Anlass des Mietvertrages getroffen wurden oder in wirtschaftlichem Zusammenhang mit ihm stehen, reichen dagegen nicht (BGHZ 141, 160, 165 ff; BGH, Urt. v. 21. September 1965 - V ZR 65/63, WM 1965, 1064, 1066; v. 3. Mai 2000, aaO; Erman/Jendrek, BGB 11. Aufl. § 566 Rn. 9; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete 2. Aufl. § 566 Rn. 38; Staudinger/Emmerich, aaO Rn. 39 f). Einwendungen, die dem Mieter aus einer derartigen Vereinbarung oder aus anderen Gründen gegen den Vermieter zustehen, können gegen den Grundstückserwerber nicht nach § 404 BGB geltend gemacht werden. Die Vorschrift ist nicht anwendbar, weil sie nur eine Rechtsnachfolge erfasst. Nach § 571 BGB a.F. (§ 566 BGB n.F.) findet keine Rechtsnachfolge statt, sondern es wird ein neues, lediglich mit dem alten inhaltsgleiches Mietverhältnis begründet (BGH, Urt. v. 30. Mai 1962, aaO; v. 3. Mai 2000, aaO; Erman/Jendrek, aaO; MünchKomm-BGB/Voelskow, 3. Aufl. § 571 Rn. 17). Eine entsprechende Anwendung des § 404 BGB kommt auch nicht über § 412 BGB in Betracht, weil diese Vorschrift ebenfalls eine Rechtsnachfolge voraussetzt.

16 bb) Die Rechtsfolgen der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung gehen daher bei einer Veräußerung des Grundstücks auf den Erwerber nur dann über, wenn dieser Gesellschafter ist oder einem Gesellschafter nach § 32a Abs. 3 GmbHG oder den Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz gleichsteht (vgl. z.B. BGH, Urt. v. 28. Februar 2005 - II ZR 103/02, WM 2005, 747, 748; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 16. Aufl. §§ 32a/b Rn. 53 ff). Dies entspricht einer sachgerechten Berücksichtigung der beteiligten Interessen. Die Gesellschaft ist auch sonst nicht geschützt vor Rechtsveränderungen, die ihren Grund in der Sphäre des Gesellschafters haben. So gehen die Rechte des Zwangsverwalters aus einer Beschlagnahme des Grundstücks aufgrund eines Grundpfandrechts dem Recht der Gesellschaft bzw. des Insolvenzverwalters,

das Grundstück unentgeltlich zu nutzen, vor (BGHZ 140, 147, 150 f; BGH, Urt. v. 31. Januar 2005 - II ZR 240/02, WM 2005, 561; v. 28. Februar 2005, aaO).

17 Anders als bei einem Darlehen, bei dem die überlassenen Mittel Teil des haftenden Eigenvermögens der Gesellschaft werden, bleibt das Eigentum eines mietweise überlassenen Grundstücks beim Gesellschafter und gehört damit nicht zur Haftungsmasse der Gesellschaft. Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn die Nutzungsüberlassung in eine eigenkapitalersetzende Leistung umqualifiziert wird. Nur das Nutzungsrecht wird dem Eigenkapital gleichgestellt, nicht das Eigentum am Grundstück (BGHZ 127, 1, 8 ff).

18 Kann der Gesellschafter den Anspruch der Gesellschaft auf unentgeltliche Nutzungsüberlassung nicht mehr erfüllen, hat die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter einen Ersatzanspruch gegen ihn (BGHZ 127, 1, 14; BGH, Urt. v. 28. Februar 2005 aaO). In der Fallgestaltung des § 571 BGB a.F. (§ 566 BGB n.F.) anders zu entscheiden, besteht kein Anlass (Michalski/Heidinger, GmbHG §§ 32a, 32b Rn. 310; a.A. Henze in Großkommentar AktG, 4. Aufl. § 57 Rn. 131). Auch hier reicht es für den Schutz der Gesellschaftsgläubiger aus, der Gesellschaft bzw. dem Insolvenzverwalter einen Ersatzanspruch gegen den Gesellschafter zu geben. Die Vorschriften der §§ 30 bis 32b GmbHG betreffen ausschließlich Pflichten der Gesellschafter gegenüber der GmbH. Eine Einbeziehung außenstehender Dritter in den Pflichten- oder Rechtsfolgenbereich dieser Vorschriften ist dem Gesetz fremd.

19 Eine Ausdehnung der Eigenkapitalbindung auf den Grundstückserwerber würde eine Verstrickung des Grundstücks bewirken, zu der die Eigenkapitalregeln gerade nicht führen sollen (Michalski/Barth NZG 1999, 277, 281; Pohlmann DStR 1999, 595, 599). Der Eigenkapitalersatzeinwand haftet nicht am

Grundstück. Er belastet das zur Nutzung überlassene Grundstück nicht in der Art eines dinglichen Rechts, das bei einer Veräußerung bestehen bleibt. Dem steht der Numerus clausus des Sachenrechts und seine Typenbindung entgegen.

20 cc) Eine Verbindung der Klägerin mit dem Gesellschafter K. im Sinne des § 32a Abs. 3 GmbHG ist nicht vorgetragen. Damit unterliegt die Klägerin insoweit keinen Beschränkungen aus dem Gesichtspunkt des Eigenkapitalersatzes.

21 4. Der Beklagte kann das Erlöschen des Eigenkapitalersatzeinwandes gegenüber der Klägerin nicht gemäß § 135 Nr. 2, § 145 Abs. 2 Nr. 1 InsO unter dem Gesichtspunkt der Sonderrechtsnachfolge anfechten. Auch das hat das Berufungsgericht richtig gesehen.

22 a) Es kann dahinstehen, ob das Erlöschen des Eigenkapitalersatzeinwands infolge des Verkaufs des Grundstücks als Befriedigung der Forderung des Gesellschafters auf Rückgewähr der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung im Sinne des § 135 Nr. 2 InsO angesehen werden kann. Hierfür könnte sprechen, dass andernfalls das Eingreifen der Vorschrift umgangen werden könnte, wenn das Grundstück an den Gesellschafter zurückgegeben und anschließend an den Dritten verkauft wird (vgl. hierzu etwa Haas/Dittrich, Handbuch des Kapitalersatzrechts 2. Aufl. Rn. 8.115; Suchan, Auswirkungen eigenkapitalersetzender Sachwertüberlassungen auf Grundpfandrechtsgläubiger des Gesellschafters S. 139; Michalski/Heidinger, GmbHG §§ 32a, 32b Rn. 310).

23 b) Eine Anfechtung scheidet jedenfalls deshalb aus, weil die maßgebliche Rechtshandlung nicht innerhalb der Anfechtungsfrist von einem Jahr nach § 135 Nr. 2 InsO vorgenommen worden ist. Entsprechend § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO kommt im vorliegenden Fall als frühester Zeitpunkt der Handlung der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung in Betracht, weil der Eintritt der Klägerin in das Mietverhältnis nach § 571 BGB a.F. (= § 566 BGB n.F.) erst mit der Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch erfolgt (BGH, Urt. v. 19. Oktober 1988 - VIII ZR 22/88, NJW 1989, 451; Staudinger/Emmerich, aaO § 566 Rn. 26; MünchKomm-BGB/Voelskow, aaO § 571 Rn. 16; Palandt/Weidenkaff, BGB 65. Aufl. § 566 Rn. 8). Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass der Gläubiger, hier die Klägerin, den Antrag selbst oder durch den Notar gestellt hat (BGH, Urt. v. 26. April 2001 - IX ZR 53/00, ZIP 2001, 833, 835; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 140 Rn. 41, 49). Dies ist hier nicht festgestellt. Spätestens mit der Eintragung der Vormerkung am 13. Dezember 1996 hatte die Klägerin jedoch die von § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO geforderte gesicherte Rechtsposition erlangt. Der Anfechtungsgegner soll nach Sinn und Zweck des § 140 Abs. 2 InsO geschützt werden, weil er auf die Dauer des grundbuchlichen Verfahrens keinen Einfluss hat (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 166 f). Dies gilt auch für den Erwerber eines Grundstücks, der den Zeitpunkt des Eintritts in das Mietverhältnis nach § 571 BGB a.F. aus den gleichen Gründen nicht steuern kann. Andernfalls müsste der Erwerber sich entgegen dem Schutzzweck des § 140 Abs. 2 InsO auch Einwendungen entgegenhalten lassen, die zu dem dort festgelegten Zeitpunkt noch nicht bestanden.

24 c) Darüber hinaus fehlt es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch an der gemäß § 145 Abs. 2 Nr. 1 InsO erforderlichen Kenntnis der Klägerin von den die Anfechtbarkeit begründenden Umständen.

25 Der maßgebliche Zeitpunkt des Erwerbs ist auch insoweit nach § 140 InsO zu bestimmen (HK-InsO/Kreft, 4. Aufl. § 145 Rn. 10; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 145 Rn. 27). Im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung am 13. Dezember 1996 hatte die Klägerin keine Kenntnis von dem (hier unterstellten) eigenkapitalersetzenden Charakter der Gebrauchsüberlassung.

26 d) Eine Anfechtung nach anderen Vorschriften kommt im vorliegenden Fall ebenfalls nicht in Betracht. Eine Anfechtung nach §§ 130 bis 132 InsO scheidet aus, weil der nach § 140 Abs. 2 InsO zu bestimmende Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung außerhalb der Fristen der §§ 130 bis 132 InsO liegt. Für eine Anfechtung nach § 133 InsO fehlt es an der erforderlichen Rechtshandlung der Schuldnerin, da diese am Eigentumsübergang nicht mitgewirkt hat (vgl. BGH, Urt. v. 10. Februar 2005 - IX ZR 211/02, ZIP 2005, 494).

27 Zieht man für § 133 InsO den Abschluss des Mietvertrages als Rechtshandlung der Schuldnerin in Betracht, hätte dieser zwar mittelbar den Verlust des Eigenkapitalersatzeinwandes verursacht. Ohne Mietvertrag bestünde aber auch kein Anspruch auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung. Jedenfalls käme auch in dieser Hinsicht eine Anfechtung gegenüber der Klägerin nur als Rechtsnachfolgerin nach § 145 Abs. 2 Nr. 1 InsO in Betracht; für die hierzu erforderliche Kenntnis ist ebenfalls nach § 140 Abs. 2 InsO auf den Dezember 1996 abzustellen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin zum damaligen Zeitpunkt einen Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin kannte.

B. Revision der Klägerin

28 Die Revision der Klägerin führt sowohl hinsichtlich ihrer Klage (unten I.) als auch hinsichtlich ihrer Verurteilung aufgrund der Widerklage des Beklagten (unten II. und III.) zur Aufhebung und Zurückverweisung. Hierbei ist zugunsten der Revision der Klägerin davon auszugehen, dass gegenüber den Mietforderungen kein Eigenkapitalersatzeinwand erhoben werden kann, weil das Berufungsgericht diese Frage offen gelassen hat.

I.

29 Das Berufungsgericht hat die Feststellungsklage hinsichtlich des Mietzinses für die Zeit von November 1999 bis Februar 2000 abgewiesen, weil der Beklagte der Klägerin das mietvertragliche Abtretungsverbot entgegenhalten könne. Die Mietvertragsparteien hätten dieses Abtretungsverbot nicht aufgehoben; es fehle an einem entsprechenden Willen des Gesellschafters K. und der Schuldnerin. Die Schuldnerin habe weder auf das Abtretungsverbot verzichtet noch sei seine Geltendmachung treuwidrig.

30 Diese Ausführungen lassen einen wesentlichen Gesichtspunkt außer Betracht. Die Klägerin hat die Mietzinsforderungen für die Zeit bis einschließlich Februar 2000 im Wege der Abtretung erworben, weil die Schuldnerin zugestimmt hat.

31 Das Berufungsgericht hat zwar dem Mietvertrag zwischen der Schuldnerin und dem Gesellschafter K. ein Abtretungsverbot entnommen. Diese Aus-

legung des Berufungsgerichts ist möglich und wird von der Revision hingenommen. Die Revision rügt jedoch mit Erfolg, dass die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte könne sich gegenüber dem Mietzinsverlangen der Klägerin auf das vertragliche Abtretungsverbot berufen, rechtlich nicht haltbar sei. Eine entgegen einem Abtretungsverbot vorgenommene Abtretung wird ab dem Zeitpunkt wirksam, in dem der Schuldner der Abtretung - auch konkludent - zustimmt (BGHZ 70, 299, 303; 108, 172, 176; BGH, Urt. v. 30. Oktober 1990 - IX ZR 239/89, WM 1991, 554, 556; v. 11. März 1997 - X ZR 146/94, WM 1997, 1258, 1259; MünchKomm-BGB/Roth, 4. Aufl. § 399 Rn. 37).

32 So liegt der Fall hier. Klägerin und Schuldnerin kannten sowohl das Abtretungsverbot als auch die Abtretung der Mietansprüche. Die Klägerin übersandte der Schuldnerin am 2. Januar 1997 und am 30. März 1998 jeweils eine Mietdauerrechnung. Die Schuldnerin zahlte die Mietzinsen seit Januar 1997 vorbehaltlos an die Klägerin. Dementsprechend sind die Vertragspartner verfahren. Unter diesen Umständen ist die Abtretung der Mietzinsansprüche an die Klägerin im Laufe des Jahres 1997 wirksam geworden; jede andere Auslegung wäre mit dem nach außen erkennbar gewordenen Parteiverhalten nicht vereinbar.

II.

33 Das Berufungsgericht meint, die Widerklage des Beklagten habe Erfolg, weil die Klägerin die Mieten für die Monate März bis Mai 1999 in anfechtbarer Weise erhalten habe. Die Bezahlung mit Wechseln führe zu einer inkongruenten Deckung (§ 131 Abs. 1 InsO). Die Abrede vom 19. Januar 1999 stelle keine Kongruenz her, weil sie in der Krise getroffen worden sei. Hierfür genüge es,

wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung drohe, also bevorstehe. Dies sei ab Januar 1999 der Fall gewesen.

34 Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

35 1. Die Berufung des Beklagten war allerdings - anders als die Revision der Klägerin rügt - zulässig. Streitgegenstand waren von Anfang an nur die Zahlungen, die aus den für die Mietzinsen der Monate März, April und Mai 1999 hingegebenen Wechseln folgten. Dass das Landgericht missverständlich von den für die Monate Juni, Juli und August 1999 geleisteten Zahlungen sprach, ändert daran nichts, wie die Revisionserwiderung des Beklagten zu Recht darlegt.

36 2. Die Auszahlung der Wechselsummen bei Fälligkeit der Wechsel stellte eine kongruente Deckung dar, weil hiermit lediglich die bestehende Wechselverpflichtung erfüllt wurde (vgl. Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 30 Rn. 157; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 145; vgl. auch BGH, Urt. v. 29. April 1974 - VIII ZR 200/72, NJW 1974, 1336). Eine Anfechtung käme daher nur unter den Voraussetzungen des § 130 InsO in Betracht. Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, die dem Senat eine eigene Sachentscheidung ermöglichen würden.

37 3. Von den für die Monate März bis Mai 1999 ausgestellten Wechseln hat die Schuldnerin lediglich den am 5. Mai 1999 ausgestellten und auf die Schuldnerin gezogenen Wechsel innerhalb der 3-Monatsfrist des § 131 Abs. 1 Nr. 2 und 3 InsO angenommen.

38 Die Eingehung dieser Wechselschuld beruhte jedoch auf der außerhalb der Drei-Monats-Frist am 19. Januar 1999 geschlossenen Kongruenzvereinbarung zwischen der Klägerin und der Schuldnerin. Bezogen auf diese Vereinbarung war auch die Annahme des am 5. Mai 1999 ausgestellten Wechsels nicht nach § 131 InsO anfechtbar. Es lag vielmehr auch insoweit eine kongruente Deckung vor (BGH, Urt. v. 12. November 1992 - IX ZR 237/91, ZIP 1993, 271, 272; v. 5. April 2001 - IX ZR 216/98, ZIP 2001, 885, 888).

39 Zu Unrecht hält das Berufungsgericht die Vereinbarung vom 19. Januar 1999 bereits deshalb für unbeachtlich, weil zu diesem Zeitpunkt die Schuldnerin in der Krise gewesen sei, also Zahlungsunfähigkeit drohte (vgl. BGHZ 70, 177, 184). Die Vereinbarung entfällt als kongruenzbegründender Schuldgrund nur dann, wenn sie selbst unwirksam oder anfechtbar ist (MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 131 Rn. 10).

40 Für eine materiell-rechtliche Unwirksamkeit der Vereinbarung ist nichts vorgetragen. Die Kongruenzvereinbarung könnte aber nach § 133 InsO anfechtbar sein. Ein Anspruch auf sie bestand nicht. Die Vereinbarung ihrerseits war also inkongruent. Hierin liegt möglicherweise ein Beweisanzeichen für einen Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin und die Kenntnis der Klägerin hiervon (vgl. BGHZ 157, 242). Entsprechende Feststellungen hat das Berufungsgericht jedoch nicht getroffen.

41 4. Ob die Vereinbarung vom 19. Januar 1999 hiernach anfechtbar ist, kann jedoch dahinstehen. Die Eingehung der Wechselschulden kann schon deshalb nicht angefochten werden, weil es bei dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt (kein Eigenkapitalersatzeinwand) an einer tatsächlich

eingetretenen, wenigstens mittelbaren objektiven Gläubigerbenachteiligung fehlt.

42 Geht der Schuldner eine Wechselschuld ein, kommt eine Gläubigerbenachteiligung in mehrfacher Hinsicht in Betracht. Die Benachteiligung kann sich etwa aus der Verpflichtung als Aussteller (Art. 9 WG) oder Annehmender (Art. 28 WG), einer mit der abstrakten Verbindlichkeit verbundenen Beweislastumkehr, einer gegenüber Dritterwerbern eintretenden Haftung (Art. 16, 17 WG) oder aus den bei Rückgriff zu zahlenden Zinsen und Kosten (Art. 48, 49, 28 Abs. 2 WG) ergeben (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 145).

43 Nimmt der Schuldner - wie hier - einen auf ihn selbst gezogenen Wechsel an, kommt eine Gläubigerbenachteiligung jedoch allenfalls aufgrund der wechselmäßig verschärften Haftung (Art. 16, 17 WG) und der zu zahlenden Zinsen und Kosten bei Rückgriff in Betracht (MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 146; Jaeger/Henckel, aaO § 30 Rn. 170). Soweit das Wechselakzept eine Verbindlichkeit des Schuldners begründet (Art. 28 WG), war dies nicht gläubigerbenachteiligend, weil der Schuldner dem Aussteller des Wechsels bereits aus einem anderen Rechtsgrund verpflichtet war und die Annahme des Wechsels zur Begleichung dieser Verbindlichkeit diente. Insoweit führte die Wechselbegebung nur zu einer Stundung der ursprünglichen Schuld, die als solche nicht gläubigerbenachteiligend ist. Während der Laufzeit des Wechsels kann der Schuldner dem Gläubiger und jedem Zessionar der ursprünglichen Schuld (§ 404 BGB) die Einrede der Wechselhingabe entgegenhalten (Baumbach/Hefermehl, WG und ScheckG 22. Aufl. Einl. WG Rn. 41; vgl. BGH, Urt. v. 29. April 1974 - VIII ZR 200/72, WM 1974, 570, 571).

44 Die in einem Wechsel angelegte Verstärkung der Schuld hat sich nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt nicht ausgewirkt. Ebenso wenig musste Rückgriff genommen werden. Eine zur Anfechtung des Wechselsakzepts erforderliche Gläubigerbenachteiligung muss jedoch tatsächlich eingetreten sein (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 114, 145; § 131 Rn. 35; Jaeger/Henckel, aaO § 30 Rn. 143, 170). Die jeweiligen Mietzinsforderungen waren nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt (kein Eigenkapitalersatzeinwand) einredefrei. Demgemäß folgte aus der Umkehr der Beweislast, der Begründung der abstrakten Schuld und der Möglichkeit des Rückgriffs kein Nachteil für die Gläubiger der Schuldnerin.

III.

45 Schließlich ist das Berufungsgericht der Ansicht, die Bezahlung der Oktobermiete 1999 durch Scheck sei gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar. Dies ist rechtlich nicht haltbar.

46 Eine Anfechtung der Scheckzahlung nach § 131 InsO kommt nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt (kein Eigenkapitalersatzeinwand) nicht in Betracht. Anders als das Berufungsgericht meint, ist die Bezahlung einer Schuld durch eigenen Scheck eine kongruente Leistung, weil sie verkehrsüblich ist (BGHZ 123, 320, 324; BGH, Urt. v. 9. Januar 2003 - IX ZR 85/02, ZIP 2003, 356, 358; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 131 Rn. 35; Kübler/Prütting/Paulus, InsO § 131 Rn. 13; HK-InsO/Kreft, aaO § 131 Rn. 9).

47 Der Umstand, dass in § 3 Ziff. 2 des Mietvertrages eine Bezahlung des Mietzinses durch Überweisung vorgesehen war, ist hierbei unerheblich, weil

lediglich eine verkehrsübliche Zahlungsmethode durch eine andere verkehrsübliche Methode ersetzt wurde (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof aaO).

48 Die Voraussetzungen einer Anfechtung als kongruente Deckung nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO sind nicht festgestellt. Sie scheitert im Übrigen schon deshalb, weil es sich um ein Bargeschäft handelte (§ 142 InsO). Im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Mietzinszahlung gewährte die Klägerin der Schuldnerin weiterhin den Mietgebrauch. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die für den Monat Oktober 1999 auf etwa ein Drittel des vertraglichen Mietzinses geminderte Mietzahlung nicht dem Wert der Gebrauchsüberlassung entsprach. Da die Scheckzahlung zu Beginn des Nutzungszeitraums erfolgte (Scheckausstellung: 21. September 1999), lag der erforderliche enge zeitliche Zusammenhang vor (vgl. BGH, Urt. v. 19. Dezember 2002 - IX ZR 377/99, ZIP 2003, 488, 493). Der zwischen Klägerin und Schuldnerin vorgenommene Leistungsaustausch - Mietzahlung gegen Gebrauchsüberlassung - vollzog sich in zeitlicher und tatsächlicher Hinsicht im Rahmen des Mietvertrages.

C.

49 Der Rechtsstreit ist hinsichtlich der Revision der Klägerin noch nicht zur Endentscheidung reif. Insoweit ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 565 Abs. 1 ZPO a.F.

50 Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen einer eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung vorlagen. Ein sich hieraus ergebender Einwand gegen die

Mietzinsforderung konnte der Klägerin gemäß § 404 BGB bis zum Eigentumsübergang entgegengehalten werden (vgl. oben A II 3 b). Entgegen der Auffassung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat stand dem die Vormerkung nicht entgegen. Die Mietzinsforderung ist kein Recht an einem Grundstück im Sinne des § 883 BGB, das durch Vormerkung gesichert werden könnte.

I.

51 Lag eine eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung vor, kann der vermietende Gesellschafter, der die Gesellschaft weder liquidiert noch ihr neues haftendes Kapital zugeführt, sondern durch die fortdauernde Gebrauchsüberlassung das Überleben der GmbH & Co. KG ermöglicht hat, nach der gefestigten Rechtsprechung von der Mieterin den vereinbarten Mietzins so lange nicht fordern, wie dieser nicht aus ungebundenem Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann (BGHZ 140, 147, 149 f m.w.N.). Für die analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG kommt es hier darauf an, ob durch die Auszahlung das zur Erhaltung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH erforderliche Vermögen beeinträchtigt wird (BGHZ 127, 1, 7 m.w.N.). Dabei ist nach den einzelnen Zeiträumen zu unterscheiden:

52 1. Die Klage hinsichtlich des Mietzinses für November 1999 bis Februar 2000 hätte keinen Erfolg, weil dieser im Rang selbst hinter gewöhnliche Insolvenzforderungen zurücktritt.

53 2. Hinsichtlich der Wechselzahlungen für die Monate März, April und Mai 1999 sowie der Scheckzahlung ist eine Rückforderung unter dem Gesichtspunkt des Eigenkapitalersatzes zu prüfen.

II.

54 Kann das Berufungsgericht nicht feststellen, dass Eigenkapitalersatz vorlag, ist der Klage auch hinsichtlich des Mietzinses ab 1. November 1999 stattzugeben und die Widerklage hinsichtlich der Scheckzahlung wegen des insoweit vorliegenden Bargeschäfts abzuweisen.

55 Bezüglich der Zahlung der gestundeten Mieten für die Monate März bis Mai 1999 hätte das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 130 InsO zu prüfen.

Fischer Raebel Vill

Cierniak Lohmann

Vorinstanzen:
LG Erfurt, Entscheidung vom 21.12.2000 - 3 O 97/00 -
OLG Jena, Entscheidung vom 14.02.2002 - 8 U 137/01 -