
Datum: 07.03.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 192/00
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:0307.30U192.00.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 3 O 417/99

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das 14. September 2000 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn teilweise abgeändert.

Der Beklagte bleibt verurteilt, an die Kläger 28.304,00 DM nebst 4 % Zinsen aus jeweils 7.076,00 DM seit dem 05.08.1999, 04.09.1999, 05.10.1999 und 05.11.1999 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Widerklage bleibt abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger je 5,5 % und der Beklagte 89 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer der Parteien liegt unter 60.000,00 DM.

Von der Darstellung des <u>Tatbestandes</u> wird	1
gemäß § 543 Abs. 1 ZPO abgesehen.	2
<u>Entscheidungsgründe</u>	3
1.	4
Die Kläger nehmen den Beklagten in dessen Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Firma T GmbH & Co. auf Mietzinszahlung für die Zeit von Juli 1999 bis November 1999 in Höhe von insgesamt 35.380,00 DM nebst Zinsen in Anspruch. Der Beklagte begehrt widerklagend die Rückzahlung von Mietzins in Höhe von insgesamt 28.304,00 DM zuzüglich Zinsen, den die Insolvenzschuldnerin für die Zeit von März 1999 bis einschließlich Juni 1999 an die Klägerin entrichtet hat. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Hiergegen richtet die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung des Beklagten mit den Anträgen, die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben.	5
2.	6
Die zulässige Berufung führt lediglich zu einer Herabsetzung der Klageforderung um 7.076,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 05.07.1999. Der Beklagte bleibt verurteilt, an die Kläger 28.304,00 DM nebst 4 % Zinsen aus jeweils 7.067,00 DM seit dem 05.08.1999, 04.09.1999, 05.10.1999 und 05.11.1999 zu zahlen. Die Widerklage bleibt abgewiesen. Diese Entscheidung beruht auf folgenden Erwägungen:	7
a)	8
Zur Zahlung von Mietzins für Juni 1999 in Höhe von 7.076,00 DM aus der von ihm vertretenen Insolvenzmasse ist der Beklagte deshalb nicht verpflichtet, weil das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Firma T GmbH & Co. erst durch Beschluß des Amtsgerichts Paderborn vom 01.08.1999 (2 IN 101/99) eröffnet worden ist und Mietzinsrückstände aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung gemäß § 108 Abs. 2 Insolvenzordnung grundsätzlich keine Masseverbindlichkeiten sind. Die eine Ausnahme von diesem Grundsatz regelnde Vorschrift des § 55 Abs. 2 Satz 2 Insolvenzordnung greift nicht ein, da sie – ebenso wie § 55 Abs. 2 Satz 1 Insolvenzordnung – die (hier nicht erfolgte) Bestellung eines "starken" verwaltungs- und verfügungsbefugten vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 22 Abs. 1 Insolvenzordnung) voraussetzt. Für eine solche in der Literatur jedenfalls ganz überwiegend vertretene Auslegung des Gesetzes (vgl. Hess, Insolvenzordnung, § 55 Rz. 195; Breutigam in: Berliner Praxiskommentar zur Insolvenzordnung, § 55 Rz. 45; Andres in:	9
Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, § 55 Rz. 128/129; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rz. 1553) spricht der Wortlaut der Vorschrift. Eine Vermögensverwaltung durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter im Sinne des 55 Abs. 2 Satz 2 Insolvenzordnung findet nur statt, wenn er als "starker" Verwalter verfügungs- und verwaltungsbefugt ist.	10
b)	11
	12
	13

Für die Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01. August 1999 können die Kläger dagegen die von dem Beklagten vertretene Insolvenzmasse gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 Insolvenzordnung auf Mietzinszahlung in Anspruch nehmen. Für die von der Klage erfaßte Zeit bis einschließlich November 1999 ergibt sich gemäß § 535 Satz 2 BGB i.V.m. dem Mietvertrag vom 31.08.1998 eine Gesamtforderung von (7.076,00 DM x 4 =) 28.304,00 DM. Gemäß den §§ 284 Abs. 2, 288 Abs. 1 BGB stehen den Klägern ferner für die Zeit ab Fälligkeit der jeweiligen Monatsmiete am 3. Werktag des entsprechenden Monats Verzugszinsen in Höhe von 4 % p.a. zu.

Die Mietzinsforderung der Kläger scheitert nicht an den sich aus § 32 a GmbH-Gesetz ergebenden Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen. Zwar handelt es sich bei der Insolvenzschuldnerin um eine Gesellschaft im Sinne des auf § 32 a GmbH-Gesetz verweisenden § 172 a HGB. Es entspricht ferner ständiger und gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 109, 55 ff. = NJW 1990, 516; BGHZ 121, 31 = NJW 1993, 392; NJW 1993, 2179; NJW 1979, 3026), daß auch eine Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassung als eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistung gewertet werden kann. Nach Auffassung des Senats spricht schließlich auch viel dafür, die Kläger, deren (mittelbare) Beteiligungen an der Insolvenzschuldnerin jeweils die 10 %-ige Grenze des § 32 a Abs. 3 Satz 2 GmbH-Gesetz übersteigen, wie "direkte" Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin zu behandeln.

14

Letztlich kann diese Frage indessen offen bleiben. Eine Bewertung des Mietverhältnisses der Kläger mit der Insolvenzschuldnerin als eigenkapitalersetzende Leistung scheitert jedenfalls aus folgenden Gründen: Der Sachvortrag des Beklagten reicht auch unter Berücksichtigung der in der Berufungsinstanz erfolgten Ergänzungen nicht für die Annahme aus, die Insolvenzschuldnerin habe sich bereits bei Abschluß des Mietvertrages am 31.08.1998 in einer Krisensituation befunden. Die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt zwischen Abschluß des Mietvertrages und Einleitung des Insolvenzverfahrens eine Krisensituation eingetreten ist, kann dahinstehen, da den Klägern während dieser Zeit eine Beendigung des Mietverhältnisses mit der Insolvenzschuldnerin nicht mehr möglich war.

15

Bei Abschluß des Mietvertrages am 31.08.1998 hätte eine Krise im Sinne des § 32 a GmbH-Gesetz und der zu dieser Vorschrift ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. die vorstehend zitierten Entscheidungen des BGH) nur dann vorgelegen, wenn die Insolvenzschuldnerin seinerzeit bereits überschuldet oder kredit- bzw. überlassungsunwürdig gewesen wäre. Für beides läßt sich dem Vorbringen des Beklagten nichts hinreichendes entnehmen. Eine Überschuldung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 119, 201 = NJW 1992, 2891) nur dann vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten die bestehenden Verbindlichkeiten nicht decken würde (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft mittelfristig nicht zur Fortführung ausreicht (Überlebens- oder Fortbestehensprognose). Jedenfalls für die zweite Voraussetzung fehlt es bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages an hinreichenden Darlegungen des Beklagten, berücksichtigt man, daß die seinerzeit vorliegenden Jahresabschlüsse für die Jahre 1996 und 1997 nicht unerhebliche Gewinne ausgewiesen hatten. Im übrigen fehlt es auch an der Vorlage einer Bilanz, die es ermöglichen würde, die Frage einer Überschuldung der Insolvenzschuldnerin am 31.08.1998 hinreichend verläßlich zu beurteilen. Der Beklagte hat lediglich eine auf den 31.12.1998 bezogene Handelsbilanz vorgelegt. Kommt es für die Feststellung der Umqualifizierung einer Gesellschafterleistung in funktionales Eigenkapital auf die Überschuldung der Gesellschaft an, wird der Insolvenzverwalter seiner Darlegungs- und Beweislast jedoch durch die Vorlage einer ein negatives Ergebnis ausweisenden Handelsbilanz nicht gerecht. Es bedarf vielmehr

16

grundsätzlich der Erstellung einer Überschuldungsbilanz, welche die aktuellen Verkehrs- oder Liquidationswerte ausweist (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2000 – II ZR 191/99).

Der Sachvortrag des Beklagten reicht auch nicht für die Annahme aus, bei Abschluß des Mietvertrages der Kläger mit der Insolvenzschuldnerin sei weder sie selbst in der Lage gewesen, die Investitionskosten für einen Erwerb des Mietobjektes aus eigener Kraft aufzubringen oder zu beschaffen, noch sei ein außenstehender Dritter zur Überlassung des Gebrauchs bereit gewesen (sogenannte Kredit- bzw. Überlassungsunwürdigkeit). Soweit die Berufungsbegründung Ausführungen zur Überlassungsunwürdigkeit enthält (Blatt 10 der Berufungsbegründung = Blatt 185 der Akten), bezieht sich das Vorbringen nicht auf Ende August 1998 sondern auf März 1999. 17

Darauf, ob die Insolvenzschuldnerin zu einem Zeitpunkt nach dem 31.08.1998 überschuldet oder überlassungsunwürdig geworden ist, kommt es nicht an. Zwar greifen die Grundsätze über Kapitalersatz auch dann ein, wenn ein Gesellschafter eine Finanzierungsleistung oder eine Gebrauchsüberlassung, die er zu einem Zeitpunkt erbracht hat, als die Gesellschaft noch gesund war, dieser bei einem späteren Eintritt der Krise beläßt, obwohl er rechtlich in der Lage ist, sie zurückzufordern. Ein Recht der Kläger, den Mietvertrag mit der Insolvenzschuldnerin in der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beenden, bestand jedoch nicht. Das Mietverhältnis ist gemäß § 2 Nr. 1 des Mietvertrages vom 31.08.1998 frühestens zum 30.09.2001 ordentlich beendbar. Ein Recht der Kläger zur außerordentlichen Kündigung bestand nicht. Der nach dem Vertrag zu entrichtende Mietzins ist unstreitig für die Zeit bis zur Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ordnungsgemäß gezahlt worden, so daß eine Kündigung wegen Zahlungsverzuges 18

(§ 554 Abs. 1 BGB) nicht möglich war. Nach der Stellung des Eröffnungsantrags griff die Kündigungssperre des § 112 Insolvenzordnung ein. Das in § 2 Nr. 3 des Mietvertrages für den Fall eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens vorgesehene außerordentliche Kündigungsrecht muß nach dem Sinn und Zweck der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen, Gesellschafter dazu anzuhalten, der Gesellschaft entweder "echtes" Eigenkapital zuzuführen oder sie, etwa durch Stellung eines Insolvenzantrages, zu liquidieren, unberücksichtigt bleiben (vgl. auch BGH NJW 94, 2349, 2351). Dementsprechend hat auch der Bundesgerichtshof in seiner grundlegenden Entscheidung BGHZ 109, 55 ff. = NJW 1990, 516 ein in dem dort zugrunde liegenden Fall für den Fall des Konkurses der Gesellschaft vereinbartes Kündigungsrecht bei der Prüfung der Frage unbeachtet gelassen, ob ein längerfristiges Mietverhältnis auf Grund der Möglichkeit, es vorzeitig zu kündigen, als 19

kapitalersetzende Leistung anzusehen war. Im übrigen ist der Senat der Auffassung, daß mietvertragliche Regelungen, die für den Fall eines Insolvenzverfahrens ein Kündigungsrecht des Vermieters aus wichtigem Grund vorsehen, gemäß § 119 Insolvenzordnung unwirksam sind, da sie mit den gesetzlichen Regelungen (§§ 108 Abs. 1, 109 Abs. 1 Insolvenzordnung) unvereinbar sind, wonach Mietverhältnisse mit dem Insolvenzschuldner als Mieter auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortbestehen und nur vom Insolvenzverwalter gekündigt werden können (vgl. die überzeugenden Ausführungen von Tintelnot in: Kübler/Prütting, Insolvenzordnung, Rn. 15 ff. zu § 119; vgl. auch Wolf/Eckert/Ball a.a.O. Rn. 1601). 20

Die Kläger hatten, da sie – anders als die Gesellschafter in dem der Entscheidung BGHZ 121, 31 = NJW 1993, 392 zugrunde liegenden Fall – nicht mehrheitlich an der Insolvenzschuldnerin beteiligt sind, auch nicht die Möglichkeit, die Insolvenzschuldnerin schon während der Zeit vor Stellung des Insolvenzantrags unter Entzug der ihr zur Verfügung gestellten Mittel zu liquidieren. 21

Da – wie dargelegt – die Annahme einer Gebrauchsüberlassung in einer Krisensituation vorliegend nicht gerechtfertigt ist, bedarf die Frage, ob die Kläger die Überschuldung bzw. die Überlassungsunwürdigkeit der Insolvenzschuldnerin kannten oder jedenfalls kennen mußten, keiner verbindlichen Beantwortung. Dagegen, diese Frage schon für den Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses zu bejahen, spricht allerdings, daß beide Kläger zu jenem Zeitpunkt keine Funktionen in der Leitung der Insolvenzschuldnerin mehr hatten. Die Bestellung des Klägers zu 1) zum Vertriebsleiter ist erst später erfolgt. Auch der Umstand, daß in 1997 und 1998 das Darlehenskommanditkapital der Insolvenzschuldnerin weitgehend abgezogen wurde, läßt konkrete Schlüsse darauf, daß beiden Klägern oder einem von ihnen bereits bei Mietvertragsabschluß eine etwaige Krisensituation bereits bekannt sein mußte, nicht zu.

c) 23

Die vom Beklagten erhobene Widerklage war deshalb abzuweisen, weil ein einen 24
Rückgewähranspruch auslösendes Anfechtungsrecht des Beklagten (§§ 143 Abs. 1, 135 Nr.
2 Insolvenzordnung) mangels einer eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung nicht
besteht.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 25

Abs. 1, 546 Abs. 2, 708 Nr. 10, 713 ZPO. 26