BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 183/05

Verkündet am:
5. Dezember 2007
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 535 Abs. 2 und 404; GmbHG §§ 32 a und 32 b

Dem Zessionar von künftigen Mietzinsforderungen kann gemäß § 404 BGB auch die erst nach der Zession eingetretene eigenkapitalersetzende Funktion der Gebrauchsüberlassung entgegengehalten werden, soweit die geltend gemachten Mietzinsforderungen nach Eintritt der eigenkapitalersetzenden Funktion entstanden sind.

BGH, Urteil vom 5. Dezember 2007 - XII ZR 183/05 - OLG Hamm
LG Münster

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 2007 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Fuchs, Dr. Ahlt, die Richterin Dr. Vézina und den Richter Dose

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 30. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. September 2005 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die klagende Bank verlangt aus abgetretenem Recht der G. GmbH (im Folgenden: G. GmbH) von dem Beklagten, der am 1. April 2003 zum vorläufigen und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. Mai 2003 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der C. AG (im Folgenden: Schuldnerin) bestellt wurde, die Zahlung von Mietzins für die Monate April bis August 2003.

2 Die G. GmbH vermietete ab 1. März 2001 bis zum 31. Dezember 2015 mit automatischer Verlängerungsklausel Gewerberäume zu einem monatlichen Mietzins von 77.614,07 € einschließlich Mehrwertsteuer an die Co. AG International. Aus dieser entstand im Jahr 2002 nach verschiedenen Beteili-

gungsveränderungen durch Umfirmierung, die am 2. August 2002 im Handelsregister eingetragen wurde, die Schuldnerin.

3 Die G. GmbH hatte alle gegenwärtigen und künftigen Mietzinsforderungen mit Vereinbarung vom 2. Mai 2001 an die Klägerin zur Sicherung von deren bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüchen gegen die G. GmbH abgetreten. Ziffer 4 der Abtretungsvereinbarung enthält folgende Regelung:

> "Die Bank ist berechtigt, eine nach Nr. 3 Abs. 2 dem Sicherungsgeber eingeräumte Einziehungsbefugnis zu widerrufen und die Forderungsabtretungen auch im Namen des Sicherungsgebers gegenüber den jeweiligen Drittschuldnern offen zu legen und die Forderungen einzuziehen, wenn der Kreditnehmer mit fälligen Zahlungen auf die durch diesen Vertrag gesicherten Forderungen in Verzug ist, seine Zahlungen eingestellt hat oder die Eröffnung eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt worden ist. Diese Maßnahmen wird die Bank nur in dem Umfang ergreifen, wie es zur Erfüllung der rückständigen Forderungen erforderlich ist."

Ziffer 5 des Abtretungsvertrages lautet:

> "Der Sicherungsgeber verpflichtet sich, nennenswerte Änderungen der Mietverträge, insbesondere hinsichtlich des Mietzinses und der Laufzeit, nur im Einvernehmen mit der Bank zu vereinbaren."

4 Die G. GmbH ist an der Schuldnerin beteiligt. Ursprünglich hielt sie von deren Grundkapital (2.000.000 €) einen Anteil von 82,5 % (1.650.000 €). Nach Übertragung eines Teils ihrer Inhaberaktien an Dritte am 15. Juli 2002 hielt die G. GmbH von dem Grundkapital der Schuldnerin noch einen Anteil von 12,44 % (248.800 €). 598.600 Aktien hatte sie am 15. Juli 2002 an die H. GmbH (im Folgenden: H. GmbH), die an dem 275.000 € betragenden Stammkapital der G. GmbH mit einem Kapitalanteil von 200.000 € beteiligt war, übertragen. Den restlichen Kapitalanteil der G. GmbH von 75.000 € hielt

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

die T. GmbH (im Folgenden: T. GmbH) treuhänderisch für die H. GmbH.

5 Mit Beschluss vom 15. November 2002 wurde das Grundkapital der Schuldnerin durch Ausgabe von 2 Mio. neuer Vorzugsaktien an die T. GmbH auf 4 Mio. € erhöht.

6 Die Schuldnerin zahlte die Miete für das Jahr 2001. Im Jahr 2002 leistete sie keine Mietzahlung. Am 9. August 2002 schlossen die G. GmbH und die Schuldnerin eine Vereinbarung, in der die G. GmbH im Hinblick auf die schwierige wirtschaftliche Lage der Schuldnerin auf die Miete für das Jahr 2002 in Höhe von 1.055.993,64 € zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer verzichtete. Im Jahr 2003 verstärkten sich die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Schuldnerin. Sie stellte nach Zahlung der Miete für Januar bis März 2003 die Mietzahlungen ein.

7 Am 1. April 2003 wurde der Beklagte zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. In einem auch an die G. GmbH versandten Schreiben vom 2. April 2003 teilten der Vorstandsvorsitzende, ein weiteres Vorstandsmitglied und der Beklagte den Lieferanten der Schuldnerin mit, dass die Produktion weiterlaufe und eine dauerhafte Sanierung des Unternehmens angestrebt werde. Mit Beschluss vom 1. Mai 2003 eröffnete das Amtsgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und ernannte den Beklagten zum Insolvenzverwalter. Die Klägerin zeigte dem Beklagten mit Schreiben vom 22. Mai 2003 unter Vorlage des Abtretungsvertrages vom 2. Mai 2001 die Abtretung der Forderungen an und verlangte Zahlung der Miete an sich. Mit Schreiben vom 1. Juli 2003 teilte die G. GmbH dem Beklagten mit, dass die offenen Mietzinsforderungen im Hinblick auf die von der Klägerin bereits angezeigte Abtretung mit befreiender Wirkung nur noch an diese geleistet werden könnten. Der Be-

klagte lehnte Zahlungen für das von der Schuldnerin weiter genutzte Mietobjekt mit der Begründung ab, die Nutzungsüberlassung sei wie ein eigenkapitalersetzendes Darlehen zu behandeln. Die G. GmbH hat den Mietvertrag mit Schreiben vom 31.Oktober 2003 fristlos wegen Zahlungsverzuges gekündigt.

8 Das Landgericht hat der im Urkundenprozess geltend gemachten Klage, nachdem der Beklagte durch Teilvergleich die Klageforderung im Urkundenprozess unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren anerkannt hatte, durch Teilanerkenntnisurteil unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren stattgegeben. Im Nachverfahren hat das Landgericht das Anerkenntnisurteil bestätigt. Auf die gegen das Anerkenntnisvorbehaltsurteil und das Schlussurteil gerichtete Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Berufung gegen das Anerkenntnisvorbehaltsurteil als unbegründet zurückgewiesen. Der Berufung gegen das Schlussurteil hat es stattgegeben und die Klage unter Aufhebung des Anerkenntnisvorbehaltsurteils abgewiesen.

9 Gegen das der Berufung stattgebende Urteil richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

11 Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt: Zwar bestehe sowohl ein wirksamer Mietvertrag als auch eine wirksame Abtretungsvereinbarung hinsichtlich der geltend gemachten Mietzinsansprüche. Der Klageanspruch scheitere jedoch an den sich aus § 32 a GmbHG ergebenden Regeln über eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung, die auch auf die Aktiengesellschaft anwendbar seien. Sowohl die personellen als auch die sachlichen Voraussetzungen für eine Anwendung dieser Regeln lägen vor. Die Schuldnerin habe sich spätestens zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Mietverzichts für das gesamte Jahr 2002, am 9. August 2002, in einer Krise gemäß § 32 a GmbHG befunden. Denn zu diesem Zeitpunkt, zu dem der Mietrückstand bereits acht Monatsmieten betragen habe und die G. GmbH wegen der schlechten wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin auf die Mieten für das gesamte Jahr 2002 verzichtet habe, wäre kein außenstehender Dritter als Vermieter bereit gewesen, der Schuldnerin noch länger die Nutzung des Grundstücks zu überlassen. Er hätte vielmehr das Mietverhältnis fristlos gekündigt.

12 Bei Eintritt der Krise habe die G. GmbH die gemäß § 32 a GmbHG erforderliche unternehmerische Beteiligung an der Schuldnerin innegehabt. Diese unternehmerische Beteiligung habe auch fortbestanden, nachdem die G. GmbH durch Übertragung von Inhaberaktien der Schuldnerin an Dritte, davon 598.600 Stück an die H. GmbH, nur noch 12,44 % der Anteile der Schuldnerin gehalten habe. Denn gemeinsam mit der H. GmbH, die faktisch ihre Alleingesellschafterin gewesen sei, sei der G. GmbH eine bestimmende Einflussnahme auf die Schuldnerin möglich gewesen und habe ein "koordiniertes Stehenlassen" der Finanzierungshilfe erfolgen können. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Verzichtsvereinbarung vom 9. August 2002 als gemeinsame Entscheidung der verflochtenen Gesellschaften dar.

13 Die Nutzungsüberlassung durch die G. GmbH sei somit spätestens ab dem 9. August 2002 als Eigenkapitalersatz zu qualifizieren mit der Folge, dass ab diesem Zeitpunkt keine Miete mehr verlangt werden könne. Denn auch ursprünglich nicht als Kapitalersatz dienende Gesellschaftermittel würden nachträglich von den Bindungen der §§ 30 ff. GmbHG analog erfasst, wenn der Gesellschafter sie bei Eintritt der Krise nicht abziehe, obwohl ihm dies zumindest objektiv möglich gewesen wäre, indem er beispielsweise ein Miet- oder Pachtverhältnis nicht kündige. Die Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts gelte auch für die Gesellschafterstellung. Ein späteres Ausscheiden des Gesellschafters hebe die Eigenschaft als kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen nicht auf; diese Eigenschaft präge den Inhalt des Anspruchs auf Dauer.

14 Obwohl die Abtretung der Mietzinsforderungen bereits am 2. Mai 2001 und damit vor der Krise der späteren Schuldnerin erfolgt sei, könne der Beklagte die eigenkapitalersetzende Funktion der Gebrauchsüberlassung der Klägerin nach § 404 BGB entgegenhalten.

15 Bei der Abtretung künftiger Forderungen sei der Zeitpunkt maßgeblich, in dem die Abtretung wirksam werde, also der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung. Der Zessionar könne die Forderung nur mit dem Inhalt erwerben, mit dem sie begründet worden sei. Im vorliegenden Fall seien die geltend gemachten Mietzinsforderungen für April bis August 2003 erst zu einem Zeitpunkt entstanden, in dem die auf einer Eigenkapitalfunktion beruhende Bindung bereits eingetreten sei.

16 Ein anderes Ergebnis könne sich nur dann ergeben, wenn man diese Bindung der Nutzungsüberlassung einem Rechtsgeschäft im Sinne des § 407 BGB gleichstelle. Die nach den Eigenkapitalersatzregeln in der Krise der Gesellschaft eintretende Undurchsetzbarkeit der Mietforderungen führe zwar, wie

eine rechtsgeschäftliche Stundungsabrede, nicht zu einem Erlöschen des Anspruchs, sondern nur dazu, dass die Gesellschaft für die Dauer der Krise das jeweils fällig werdende Nutzungsentgelt nicht zahlen müsse. Die Eigenkapitalfunktion der Nutzungsüberlassung sei jedoch nicht als rechtsgeschäftliche Stundungsabrede im Sinne von § 407 BGB anzusehen. Dagegen spreche bereits, dass es insoweit an einer vertraglichen Einigung fehle.

17 Auch erfordere der von §§ 32 a, 32 b GmbHG bezweckte Gläubigerschutz Vorrang vor den Interessen des Kreditgebers. Letztlich biete nur die Anwendung des § 404 BGB hinreichende Gewähr dafür, dass die zwingenden und streng zu handhabenden Regeln über die Kapitalerhaltung und den Kapitalersatz nicht leer liefen. Andernfalls bestehe die nahe liegende Möglichkeit, im Wege der - in der Praxis häufig anzutreffenden - Vorausabtretung von Mietforderungen gleichsam vorsorglich einer Anwendung der §§ 32 a, 32 b GmbHG entgegen zu wirken. Die Interessen des Kreditgebers träten daher grundsätzlich zurück, zumal dieser nicht schutzlos gestellt sei, sondern neben der Abtretung weitere Sicherungsmittel wählen könne, die ihm ausnahmsweise, wie z.B. als Grundpfandrechtsgläubiger, eine stärkere Stellung als dem Gesellschaftsgläubiger zuweisen würden. Diesen Weg der Absicherung durch Grundpfandrechte habe die Klägerin jedoch nicht gewählt.

18 Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Rechtsfrage zugelassen, ob die durch eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung begründete Undurchsetzbarkeit eines Mietzinsanspruchs wie eine Vorausverfügung über die künftigen Ansprüche in Form einer rechtsgeschäftlichen Stundungsabrede zu behandeln sei mit der Folge, dass die Undurchsetzbarkeit gegenüber einer früheren Vorausabtretung nachrangig sei und dem Abtretungsempfänger nach § 404 BGB nicht entgegengehalten werden könne.

II.

19 Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

20 1. Das Berufungsgericht ist zu Recht und von der Revision unbeanstandet davon ausgegangen, dass spätestens ab dem 9. August 2002 und damit in dem hier maßgeblichen Zeitraum vom 1. April bis 31. August 2003 die personellen und sachlichen Voraussetzungen für eine Umqualifizierung der Gebrauchsüberlassung in haftendes Eigenkapital (§ 32 a Abs. 1, 3 GmbHG) vorgelegen haben.

21 a) Den von der Rechtsprechung entwickelten und in §§ 32 a, 32 b GmbHG für das Insolvenzverfahren geregelten Grundsätzen des Eigenkapitalersatzes unterfallen alle vermögenswerten Leistungen, die der Gesellschafter oder ein rechtlich gleich zu behandelnder Dritter der Gesellschaft als Fremdleistung anstelle von notwendigem haftenden Eigenkapital in der Krise zur Verfügung stellt oder belässt. Durch die Umqualifizierung der Gesellschafterleistung in haftendes Eigenkapital soll zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft ausgeschlossen werden, dass sich der Gesellschafter im Falle eines wirtschaftlichen Zusammenbruchs der Gesellschaft vorrangig vor oder gleichrangig mit deren Gläubigern aus dem noch vorhandenen Gesellschaftsvermögen befriedigt. Zugleich soll verhindert werden, dass eine Krise der Gesellschaft durch Gesellschafterleistungen verschleppt und das verbliebene Vermögen zu Lasten der Gläubiger weiter verringert wird (BGHZ 109, 55, 57; BGH Urteil vom 21. Januar 2005 - II ZR 240/02 - ZIP 2005, 484, 485; Scholz/K. Schmidt GmbHG 10. Aufl. §§ 32 a, 32 b Rdn. 4 m.w.N.; Jungmann ZIP 1999, 601, 603).

22 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann auch eine Gebrauchsüberlassung eigenkapitalersetzende Funktion haben (BGHZ 109, 55,

57 ff.; 127, 17, 21; 140, 147, 150; 166, 125, 129; BGH Urteile vom 31. Januar 2005 - II ZR 240/02 - ZIP 2005, 484, 485; und vom 28. Februar 2005 - II ZR 103/02 - ZIP 2005, 660, 661). Auch eine ursprünglich nicht als Kapitalersatz dienende Gebrauchsüberlassung wird nachträglich u.a. dann zu Eigenkapitalersatz, wenn der Gesellschafter sie bei Eintritt der Krise nicht abzieht, obwohl ihm dies zumindest objektiv möglich wäre (BGHZ 121, 31, 35) oder die Gesellschaft nicht auflöst (vgl. Goette/Kleindiek Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. Rdn. 75). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass - ebenso wie bei der Mittelzuführung in der schon bestehenden Krise - der Gesellschafter wegen seiner Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung eine liquidationsreife Gesellschaft nur dann fortführen darf, wenn ihr haftendes Kapital zur Verfügung gestellt wird (sog. Finanzierungsfolgenverantwortung, vgl. Goette/Kleindiek aaO Rdn. 30).

23 Von einer Krise ist außer bei Insolvenzreife der Gesellschaft schon dann auszugehen, wenn die Gesellschaft kredit- bzw. überlassungsunwürdig ist (BGH Urteile vom 3. April 2006 - II ZR 332/05 - ZIP 2006, 996, 997; vom 7. März 2005 - II ZR 138/03 - ZIP 2005, 807). Letzteres ist anzunehmen, wenn ein als ordentlicher Kaufmann handelnder Gesellschafter der Gesellschaft den Gebrauch des Mietobjekts nicht oder nicht weiter überlassen hätte (§ 32 a Abs. 1, 3 GmbHG). Das ist dann der Fall, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt, zu dem ein außenstehender Dritter nicht bereit gewesen wäre, dieser die Geschäftsräume mietweise zu überlassen, ihr weiter die Nutzung eingeräumt hat, statt den Mietvertrag zu kündigen (BGHZ 109, 55, 59 f.; 121, 31, 35; BGH Urteil vom 14. Juni 1993 - II ZR 252/92 - ZIP 1993, 1072, 1073).

24 Diese Regeln über den Eigenkapitalersatz finden nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch auf die Aktiengesellschaft sinngemäß Anwendung.

Die erforderliche unternehmerische Beteiligung eines Aktionärs liegt allerdings erst dann vor, wenn er mehr als 25 % der Aktien der Gesellschaft hält oder - bei geringerer, aber nicht unbeträchtlicher Beteiligung - verbunden mit weiteren Umständen über gesellschaftsrechtlich fundierte Einflussmöglichkeiten in der Gesellschaft verfügt, die einer Sperrminorität vergleichbar sind (BGHZ 90, 381, 386, 388 f.; Urteil vom 9. Mai 2005 - II ZR 66/03 - ZIP 2005, 1316). Da die Eigenkapitalersatzregeln an diese unternehmerische Beteiligung anknüpfen, verliert eine eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung diese Qualität durch eine spätere Veränderung der gesellschaftlichen Beteiligung nicht (Goette Die GmbH 2. Aufl. Rdn. 104, 105 m.w.N.).

25 b) Die Voraussetzungen für eine eigenkapitalersetzende Funktion der Gebrauchsüberlassung liegen hier vor.

26 Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass sich die Schuldnerin spätestens seit der Mietverzichtsvereinbarung vom 9. August 2002 in der von § 32 a GmbHG geforderten Krise befunden hat. Denn zu diesem Zeitpunkt hätte im Hinblick auf den Rückstand mit acht Monatsmieten kein außenstehender Dritter dieser das Betriebsgrundstück zur Verfügung gestellt oder noch weiter mietweise überlassen. Die G. GmbH hätte das Mietverhältnis auch beenden können. Bereits seit März 2002 war ihr eine fristlose Kündigung des Mietvertrages wegen Zahlungsverzugs der Schuldnerin mit der Miete seit Januar 2002 (§ 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB) möglich.

27 Zu dem Zeitpunkt des Eintritts der Krise hatte die G. GmbH, wie das Berufungsgericht zutreffend und von der Revision nicht angegriffen angenommen hat, weiter die erforderliche unternehmerische Beteiligung an der Schuldnerin inne. Sie hielt auch nach der Übertragung eines Großteils ihrer Aktien am 15. Juli 2002 zum Zeitpunkt des Eintritts der Krise gemeinsam mit ihrer fakti-

schen Alleingesellschafterin, der H. GmbH, einen Anteil von 42,37 % des Gesamtkapitals der Schuldnerin. Das verschaffte ihr eine fundierte Einflussnahme auf deren Entscheidungen. Die spätere Änderung der Beteiligungsverhältnisse ändert nichts daran, dass die Gebrauchsüberlassung Eigenkapital ersetzt.

28 c) Rechtsfolge der Umqualifizierung der Gebrauchsüberlassung in haftendes Eigenkapital ist, dass der Gesellschafter von der Gesellschaft bzw. von deren Insolvenzverwalter den vereinbarten Mietzins so lange nicht fordern kann, wie dieser nicht aus ungebundenem Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann (BGHZ 127, 1 ff.; 127, 17 ff.; 140, 147; 149 f. m.w.N.; Urteil vom 31. Januar 2005 - II ZR 240/02 - ZIP 2005, 484, 485). Der Rechtscharakter des Nutzungsverhältnisses ändert sich dadurch nicht. Es bleibt ein Mietverhältnis. Dem vermietenden Gesellschafter wird lediglich für die Dauer der Krise verwehrt, den vereinbarten Mietzins zu fordern. Nach Überwindung der Krise ist er nicht gehindert, sich den rückständigen Mietzins auszahlen zu lassen, soweit dies geschehen kann, ohne dass das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft angegriffen wird (BGHZ 140, 147, 153).

29 2. Das Berufungsgericht ist - entgegen der Ansicht der Revision - zu Recht davon ausgegangen, dass der Beklagte der Klägerin als Zessionarin die aus der eigenkapitalersetzenden Funktion der Gebrauchüberlassung folgende Undurchsetzbarkeit der Mietzinsforderungen gemäß § 404 BGB entgegenhalten kann.

30 a) Nach § 404 BGB kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Eine solche Einwendung ist auch die Durchsetzungssperre, die einer Forderung aufgrund der eigenkapitalersetzenden Funktion der Leistung des Gesellschafters an die Gesellschaft entge-

gensteht. Diese Durchsetzungssperre ist nicht an die Person des Zedenten gebunden und kann deshalb nach § 404 BGB auch einem Zessionar entgegengehalten werden (BGHZ 104, 33, 43; 166, 125, 130; MünchKomm/Roth 5. Aufl. § 404 BGB Rdn. 5; Ulmer/Habersack GmbHG [2006] §§ 32 a, b Rdn. 57; Scholz/K. Schmidt GmbHG 10. Aufl. §§ 32 a, b Rdn. 153).

31 b) Nach herrschender Meinung kann der Schuldner dem Zessionar, an den der Gesellschafter Mietzinsansprüche, die bereits zum Zeitpunkt der Abtretung mit dem Einwand des Eigenkapitalersatzes behaftet waren, abgetreten hat, diesen Einwand gemäß § 404 BGB entgegenhalten (BGHZ 166, 125, 130; für den Darlehensrückzahlungsanspruch: BGHZ 104, 33, 43; MünchKomm/Roth aaO Rdn. 5; Scholz/K. Schmidt GmbHG aaO).

32 Das gilt - wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat - auch für den Fall, das die Gebrauchsüberlassung - wie hier - erst nach der Abtretung künftiger Mietzinsansprüche, aber vor deren Entstehung eigenkapitalersetzend geworden ist.

33 Die in § 404 BGB vorgesehene zeitliche Einschränkung muss im Hinblick auf dessen Schutzzweck, eine Verschlechterung der Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners infolge der Zession zu verhindern (vgl. Senatsurteil vom 19. Oktober 2005 - XII ZR 224/03 - NJW 2006, 219, 220; MünchKomm/Roth 5. Aufl. § 404 Rdn. 10), dahin interpretiert werden, dass bei der Abtretung künftiger Forderungen als maßgeblicher Zeitpunkt der Zeitpunkt anzusehen ist, in dem die Abtretung wirksam wird (MünchKomm/Roth aaO § 404 Rdn. 12), also der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung (BGHZ 88, 205, 206; BGH Urteil vom 16. März 1995 - IX ZR 72/94 - NJW 1995, 1668, 1671). Denn der Zessionar erwirbt sie nur mit dem Inhalt, mit dem sie zur Entstehung gelangt. Deshalb ist bei einer Vorausabtretung künftiger oder aufschiebend bedingter Forderun-

gen zwischen der Verbindlichkeit des Verfügungsgeschäfts und dem Wirksamwerden des mit ihm bezweckten späteren Rechtsübergangs zu unterscheiden. Die im Abtretungsvertrag enthaltene rechtsgeschäftliche Verfügung ist zwar mit Vertragsabschluss beendet und für den Veräußerer insofern bindend, als er den späteren Erwerb der Forderung durch den Abtretungsempfänger nicht mehr durch eine neue Abtretung vereiteln kann. Vollendet wird die Abtretung aber erst dann, wenn und soweit alle Voraussetzungen für die Entstehung der Forderung in der Person des Veräußerers erfüllt sind (BGHZ 88, 205, 206).

34 Bei Dauerschuldverhältnissen kommt es deshalb maßgeblich darauf an, ob das Recht auf die Leistung bereits mit Abschluss des Vertrages "betagt" ist oder gemäß §§ 163, 158 Abs. 1 BGB erst mit der Inanspruchnahme der jeweiligen Gegenleistung entsteht. Während die betagte Forderung zwar bereits existent, aber noch nicht fällig ist, entsteht die befristete Forderung erst in der Zukunft.

35 Bei Mietverträgen wird überwiegend angenommen, dass diese befristete Rechtsgeschäfte im letztgenannten Sinne sind (BGH Urteile vom 2. Juni 2005 - IX ZR 263/03 - NJW-RR 2005, 1641, 1642; vom 30. Januar 1997 - IX ZR 89/96 – ZIP 1997, 513, 514). Im Hinblick darauf, dass Gegenstand des Mietvertrages die Gebrauchsüberlassung einer Sache gegen Zahlung eines regelmäßig nach Zeitabschnitten bemessenen Mietzinses ist, wird davon ausgegangen, dass bei einem Mietvertrag über Grundstücke derjenige, der sich Mietzinsansprüche im Voraus abtreten lässt, eine gesicherte Rechtsposition erst im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem jeweiligen Nutzungszeitraum erwirbt, für den der Mietzins jeweils periodisch geschuldet wird. Forderungen auf Zahlung des Mietzinses sind deshalb regelmäßig keine betagten, sondern befristete Forderungen (BGH Urteil vom 2. Juni 2005 - IX ZR 263/03 - NJW-RR 2005, 1641, 1642).

36 Dem steht die abweichende Einordnung der Leasingraten bei einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Leasingvertrag als betagte Forderungen (vgl. BGHZ 111, 84) nicht entgegen. In der Entscheidung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die unterschiedliche Behandlung von Leasingraten gegenüber Mietzinsen durch die Besonderheit des Leasingvertrags begründet ist, bei dem die Leasingraten - anders als beim Mietvertrag - nicht nur das Entgelt für einen bestimmten Zeitabschnitt der Gebrauchsüberlassung darstellen, sondern zugleich für die bereits geleistete Vorfinanzierung.

37 Im vorliegenden Fall sind die geltend gemachten Mietzinsforderungen in der Zeit von April bis August 2003, somit zu einem Zeitpunkt entstanden, in dem ihrer Durchsetzung die bereits seit dem 9. August 2002 eingetretene eigenkapitalersetzende Bindung entgegenstand.

38 c) Wie das Berufungsgericht weiter zu Recht angenommen hat, steht § 407 Abs. 1 2. Alt. BGB dem Einwand des Eigenkapitalersatzes nicht entgegen. Die Umqualifizierung der Gebrauchsüberlassung in Eigenkapital ist kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 407 Abs. 1 BGB. Zwar werden darunter auch einseitige Rechtsgeschäfte des Zedenten verstanden (MünchKomm/Roth 5. Aufl. § 407 Rdn. 7). Die Folgen des Eigenkapitalersatzes treten jedoch nicht durch einseitiges Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes ein. Allein daraus, dass die Folgen der eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung denen einer Stundung vergleichbar sind, lässt sich eine entsprechende Anwendung von § 407 Abs. 1 BGB nicht begründen. Auch gebietet die Interessenkollision zwischen Gesellschafter- und Gesellschaftsgläubigern keine Bevorzugung der Gesellschaftergläubiger. Vielmehr würde bei entsprechender Anwendung des § 407 BGB der durch die Regeln des Eigenkapitalersatzes bezweckte Schutz der Gesellschaftsgläubiger dadurch gefährdet, dass durch die in der Praxis ge-

läufige Vorausabtretung von Mietforderungen die Anwendbarkeit der Eigenkapitalersatzregeln ausgeschlossen würde.

Hahne Fuchs Ahlt

Vézina Dose

Vorinstanzen:
LG Münster, Entscheidung vom 27.02.2004 - 23 O 218/03 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 16.09.2005 - 30 U 78/04 -