
Datum: 16.09.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 78/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:0916.30U78.04.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 23 O 218/03

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 27. Februar 2004 verkündete Anerkenntnis-Vorbehaltsurteil der III. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 27. Februar 2004 verkündete Schlussurteil der III. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wie folgt abgeändert:

Das Anerkenntnis-Vorbehaltsurteil vom 27. Februar 2004 wird aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits, mit Ausnahme der Kosten des Berufungsverfahrens gegen das Anerkenntnis-Vorbehaltsurteil, die der Beklagte zu tragen hat.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beiden Parteien bleibt nachgelassen, Kostenvollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe

leistet.

Die Revision wird zugelassen, soweit die Berufung Erfolg gehabt hat.

Gründe

1

I.

2

Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht der H-GmbH (im Folgenden: H) vom Beklagten als Insolvenzverwalter über das Vermögen der D AG die Zahlung rückständiger Miete für Gewerberaum.

3

Gegenstand der Insolvenzschuldnerin ist die Herstellung, der Handel und der Vertrieb von Textilien. Die Insolvenzschuldnerin ist aus verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Neugründungen und Umstrukturierungen hervorgegangen.

4

Über das Vermögen der H1 GmbH & Co. KG, die Inhaberin der geschützten Marke "D2" war, wurde am 01.03.2001 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Firma D2 AG erwarb zunächst aus der Insolvenzmasse das bewegliche Anlagevermögen. Das unbewegliche Anlagevermögen, insbesondere die Firmengrundstücke, übernahm die H. Kurz darauf erwarb die H auch das bewegliche Sachanlagevermögen, da es bei der D2 AG zu Liquiditätsproblemen kam. Entgegen ihrem ursprünglichen Zweck übernahm die H nunmehr die Funktion einer reinen Besitzgesellschaft. Ihr wesentliches Vermögen bestand aus dem Besitz der Liegenschaft "D2", T-Str. #### in #####8 H1. Ihr Gesellschaftszweck beschränkte sich auf die Verwaltung und Vermietung der Immobilie. Für den Erwerb des unbeweglichen Vermögens wurde ein Kaufpreis von 3.750.000,-- Euro vereinbart. Zur Finanzierung dieses Erwerbs nahm die H bei der Klägerin einen Finanzierungskredit auf. Der Kreditvertrag wurde unter dem 27.04./02.05.2001 geschlossen. Die Klägerin gewährte den Kredit im Hinblick auf den Wert der Immobilie, der im Wesentlichen durch deren Vermietung bestimmt war. Gesichert war der Kredit durch die erzielten und erzielbaren Mieten.

5

Entsprechend ihrem Unternehmenskonzept vermietete die H mit undatiertem Mietvertrag die Betriebsgrundstücke zum 01.03.2001 an die D1 AGI. Den Mietvertrag unterschrieb Herr C als Vertreter beider Vertragsparteien. Die monatliche Bruttomiete betrug 77.614,07 Euro. Das Mietverhältnis war befristet bis zum 31.12.2015.

6

Ebenfalls mit Vereinbarung vom 27.04./02.05.2001 trat die H alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus sämtlichen Mietverträgen, die sie für das Objekt T-Str. ####, #####8 H, abgeschlossen hatte, zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Klägerin an diese ab. In Ziff. 4 der Abtretungsvereinbarung wurde folgende Regelung getroffen:

7

"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 dem jeweiligen Drittschuldner 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

8

ist. Diese Maßnahmen wird die Bank nur in dem Umfang ergreifen, wie es zur Erfüllung der rückständigen Forderungen erforderlich ist."

Ziff. 5 des Abtretungsvertrages lautet: 9

"Der Sicherungsgeber verpflichtet sich, nennenswerte Änderungen der Mietverträge, insbesondere hinsichtlich des Mietzinses und der Laufzeit, nur im Einvernehmen mit der Bank zu vereinbaren". 10

Auch die D2 AG trat unter dem 27.04./02.05.2001 alle gegenwärtigen und künftigen Ansprüchen aus sämtlichen Untermietverträgen betreffend das "D2-Haus" zur Sicherheit an die Klägerin ab. 11

Nach verschiedenen Beteiligungsveränderungen entstand im Jahr 2002 aus der D2 AG durch Umfirmierung die D AG, die jetzige Insolvenzschildnerin. Die Umfirmierung wurde am 02.08.2002 in das Handelsregister eingetragen. 12

Die H war an der Insolvenzschildnerin beteiligt. Ursprünglich hielt sie von dem Stammkapital (2.000.000,- EUR) einen Anteil von 82,5% (1,65 Mio.). Mit Verträgen vom 15.07.2002 übertrug die H ihr gehörende Inhaberaktien wie folgt: 13

- F GmbH & Co. KG: 398.600 14

- Rechtsanwalt T1: 404.000 15

- I GmbH: 598.600 16

Ab dem 15.07.2002 hielt die H somit von dem Stammkapital (2.000.000,- Euro) der Insolvenzschildnerin nur noch einen Anteil in Höhe von 248.800,- Euro (12,44%). 17

Mit Beschluss vom 15.11.2002 wurde das Stammkapital der Insolvenzschildnerin von 2.000.000,- Euro auf nunmehr 4.000.000,- Euro erhöht, und zwar durch die Ausgabe von 2.000.000 neuer Vorzugsaktien ohne Stimmrecht. Diese Aktien übernahm allesamt die U GmbH (im Folgenden: U). 18

Alleinige Gesellschafterin der H war bis zum 21.08.2001 die U; sie hielt das gesamte Stammkapital von bis dahin 75.000,- Euro jedoch treuhänderisch für die I GmbH (im Folgenden: I). Unter dem 21.08.2001 wurde das Stammkapital der H um 200.000,- Euro auf dann 275.000,- Euro erhöht. Den neuen Kapitalsanteil von 200.000,- Euro übernahm die I. 19

Die Insolvenzschildnerin zahlte unstreitig die Miete für das Jahr 2001. Ebenfalls unstreitig leistete sie allerdings im Jahr 2002 keine Mietzahlungen mehr. Am 09.08.2002 trafen die H und die Insolvenzschildnerin eine Vereinbarung mit u.a. folgendem Inhalt: 20

"... Der Mieter befindet sich derzeit in einer schwierigen wirtschaftlichen Lage. Die wirtschaftliche Zukunft des Mieters wird jedoch auch positiv gesehen. Um das Mietverhältnis nicht zu gefährden, spricht der Mieter einen Mietverzicht aus. Aus diesem Grund wird der folgende Vertrag geschlossen. 21

§ 1 22

Der Vermieter verzichtet auf die Miete für das Jahr 2002 in Höhe von Euro 1.055.993,64 zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer. 23

Es gilt als vereinbart, dass der Mieter die Miete zurückzuzahlen hat, wenn und soweit ein möglicher Verlustvortrag vollständig ausgeglichen ist, und darüber hinaus eine Verzinsung des Eigenkapitals von 6 % vor Steuern erzielt worden ist"

Im Jahr 2003 verstärkten sich die wirtschaftlichen und finanziellen Schwierigkeiten der Insolvenzschuldnerin zunehmend. Durch Beschluss des Amtsgerichts Münster vom 01.04.2003 wurde die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet und der Beklagte zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestimmt. Ferner wurde angeordnet, dass gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO Verfügungen der Schuldnerin über Gegenstände ihres Vermögens nur noch mit Zustimmung des Beklagten wirksam waren. Dieser wurde zwar nicht zum allgemeinen Vertreter der Schuldnerin bestimmt. Ihm wurde jedoch die Aufgabe übertragen, durch Überwachung der Schuldnerin deren Vermögen zu sichern und zu erhalten sowie zu prüfen, welche Aussichten für eine Fortführung des schuldnerischen Unternehmens bestanden. Mit Datum vom 02.04.2003 verschickte die Insolvenzschuldnerin ein Rundschreiben, das von ihrem Vorstandsvorsitzenden, einem weiteren Vorstandsmitglied sowie dem Beklagten als vorläufigem Insolvenzverwalter unterzeichnet war. Das Schreiben wurde u. a. an den Geschäftsführer der H, Herrn C, gerichtet. In dem Schreiben, das überschrieben war mit "*Rundschreiben Lieferanten/Betriebsfortführung*", teilten die Verfasser u. a. mit, dass das Unternehmen derzeit unter Mitwirkung des vorläufigen Insolvenzverwalters fortgeführt werde. Die Produktion und Bearbeitung der vorliegenden Kundenaufträge laufe derzeit im vollen Umfang weiter. Es werde eine dauerhafte Sanierung des Unternehmens angestrebt. Abschließend wurde darum gebeten, dem in Insolvenz geratenen Unternehmen auch weiterhin die Treue zu halten, da die von den Unterzeichnern eingeleiteten Maßnahmen nur dann erfolgreich sein könnten, wenn alle Beteiligten vertrauensvoll zusammen arbeiteten.

Das Betriebsgrundstück wurde der Insolvenzschuldnerin weiterhin zur Nutzung überlassen. Unter dem 01.04.2003 stellte die H der Insolvenzschuldnerin die Miete für April 2003 in Rechnung. Eine Zahlung erfolgte jedoch nicht.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Münster vom 01.05.2003 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin eröffnet; der Beklagte wurde zum Insolvenzverwalter ernannt. Mit Schreiben vom 07.05.2003 forderte die H den Beklagten auf, sich dazu zu erklären, ob das Mietverhältnis fortgesetzt werde. Sie bat um einen Besprechungstermin auch mit dem Ziel, dass die von der Insolvenzschuldnerin nicht benötigten Betriebsflächen zwecks anderweitiger Vermietung zurückgegeben werden. Der Beklagte behielt die Betriebsgrundstücke jedoch zunächst weiterhin in Benutzung.

Mit Schreiben vom 22.05.2003 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass eine Forderungsanmeldung der H vorliege, die u. a. Forderungen aus Mieten in Höhe von 154.729,40 Euro enthielten. Ferner zeigte die Klägerin mit diesem Schreiben die "stille Sicherungssession", d.h. die Abtretung der Forderungen vom 27.04./02.05.2001 an. Sie wies den Beklagten darauf hin, dass Zahlungen auf die Forderung für die Aufrechterhaltung der Produktion ausschließlich an sie - die Klägerin - erfolgen dürften. Der Beklagte lehnte Zahlungen mit der Begründung ab, die Nutzungsüberlassung sei wie ein eigenkapitalersetzendes Darlehen zu behandeln. Dem widersprach die Klägerin mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 01.07.2003; sie bat um einen Gesprächstermin wegen der rückständigen Mieten und einer Nutzungsentschädigung für die Zeit ab Insolvenzantragstellung. Ferner erklärte die Klägerin nochmals, dass Zahlungen nur an sie selbst erfolgen dürften.

Mit Mahnschreiben vom 23.07.2003 forderte die Klägerin letztmalig die Zahlung von Miete in Höhe von 310.456,28 Euro für die Monate April bis Juli 2003. Mit Schreiben vom 31.10.2003 kündigte die H das Mietverhältnis fristlos wegen Zahlungsverzuges und forderte die Herausgabe des Grundstücks. Dies lehnte der Beklagte mit der Begründung ab, die Kündigung sei formunwirksam. Auch fehle es an einem Kündigungsgrund, da die Nutzungsüberlassung als Eigenkapitalersatz anzusehen sei.	
Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Miete für die Monate April bis August 2003 in Höhe von insgesamt 388.070,35 Euro im Urkundenprozess geltend gemacht. Sie hat die Ansicht vertreten, der Beklagte sei gemäß § 108 Abs. 1 i.V.m. § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO zur Zahlung der beanspruchten Miete verpflichtet.	31
Sie hat beantragt,	32
den Beklagten zu verurteilen, an sie 388.070,35 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 77.614,07 EUR ab dem 03.04.2003, 05.05.2003, 04.06.2003, 03.07.2003 und 05.08.2003 zu zahlen.	33
Der Beklagte hat durch Teilvergleich in der mündlichen Verhandlung vom 16.01.2004 die Klageforderung im Urkundenprozess unter dem Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren anerkannt.	34
Daraufhin hat die Klägerin den Erlass eines Anerkenntnisvorbehaltsurteils im Urkundenprozess beantragt.	35
Das Landgericht hat sodann am 27.02.2004 antragsgemäß ein Anerkenntnisvorbehaltsurteil im Urkundenprozess erlassen und den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 388.070,35 Euro nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 77.614,07 Euro seit dem 03.04., dem 05.05., dem 04.06., dem 03.07. und dem 05.08.2003 zu zahlen. Dem Beklagten ist die Ausübung seiner Rechte im Nachverfahren vorbehalten geblieben.	36
Im Nachverfahren hat die Klägerin beantragt,	37
das Anerkenntnisvorbehaltsurteil zu bestätigen.	38
Der Beklagte hat im Nachverfahren beantragt,	39
das Anerkenntnisvorbehaltsurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.	40
Er hat erstinstanzlich im Einzelnen Folgendes vorgebracht:	41
1.	42
Der Beklagte hat den Abschluss des Mietvertrages und dessen Wirksamkeit, insbesondere eine wirksame Vertretung der beiden Gesellschaften durch Herrn C, bestritten.	43
2.	44
Des Weiteren hat er den Eintritt des in der Abtretungsvereinbarung vorgesehenen Sicherungsfalls, insbesondere einen etwaigen Verzug der H gegenüber der Klägerin, bestritten.	45
3.	46
	47

Außerdem hat der Beklagte die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten und hierzu Folgendes ausgeführt: Die H sei seit dem 27.12.2002 nicht mehr existent, da sie zu einer anderen Firma verschmolzen worden sei. Durch notariellen Verschmelzungsvertrag vom 27.12.2002 sei das Vermögen der H nach § 2 Nr. 1 des Umwandlungsgesetzes auf die I übertragen worden. Hierbei habe der Geschäftsführer der I erklärt, diese sei die alleinige Inhaberin des Stammkapitals der H. Die Verschmelzung sei auch vollzogen worden. Es habe eine Verlautbarung der Verschmelzung durch die I als aufnehmende Gesellschafterin über das Handelsregister gegeben; insoweit hat sich der Beklagte auf die Urkunden Bl. 174 f. und 176 f. d.A. berufen.

4. 48

Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Miete für den Monat April 2003 stehe der Klägerin ohnehin allenfalls als Insolvenzforderung zu, da der Beklagte als sog. schwacher (vorläufiger) Insolvenzverwalter (§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO) keine Masseverbindlichkeiten habe begründen können, § 55 Abs. 2 InsO. 49

5. 50

Im übrigen hat der Beklagte die Ansicht vertreten, er sei zur Zahlung deshalb nicht verpflichtet, da hinsichtlich der geltend gemachten Mietforderungen die Grundsätze der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung entsprechend §§ 30 ff. GmbH eingreifen würden. Im Einzelnen: 51

a) 52

Die Grundsätze des Eigenkapitalersatzes seien auch im vorliegenden Fall anwendbar, obwohl es sich bei der Insolvenzschuldnerin um eine AG handle. Denn von den jeweiligen Beteiligungen der H, der I und der U hätten mehr als 25 % des Stammkapitals, nämlich 846.600,-- Euro in einer Hand gelegen. Diese Anteile habe die I aus eigenem Recht und über ihre Gesellschaftsanteile an der H gehalten. Damit habe die I über die H einen für die Anwendung der Grundsätze über die eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung hinreichenden Einfluss auf die Insolvenzschuldnerin gehabt. 53

Die Wirksamkeit eines von der H vorgelegten Vertrages vom 15.11.2002, wonach diese Gesellschaft und die I ihre Anteile an der Insolvenzschuldnerin an die U übertragen haben sollen, hat der Beklagte in diesem Zusammenhang bestritten. 54

b) 55

Die Insolvenzschuldnerin sei kredit- und überlassungsunwürdig gewesen, und zwar spätestens bei Abschluss der Mietverzichtsvereinbarung vom 09.08.2002. Diese Verzichtsvereinbarung sei wirksam. Mit Abschluß dieser Vereinbarung habe die H die hier ausschlaggebende Finanzierungsentscheidung getroffen, die Nutzungsüberlassung nicht durch eine Kündigung zu beenden, sondern auf die Miete zu verzichten. Dies begründe spätestens ab diesem Zeitpunkt die eigenkapitalersetzende Funktion der Nutzungsüberlassung. Die Krise der Insolvenzschuldnerin sei auch nicht nachträglich überwunden worden. Diese habe nämlich selbst im Jahr 2003 keine Miete gezahlt. 56

c) 57

Ein nachträgliches Ausscheiden der H und der I aus dem Firmenverbund der Insolvenzschuldnerin sei insoweit unerheblich. 58

d)	59
Als Folge der eigenkapitalersetzenden Funktion der Nutzungsüberlassung könne eine Mietzahlung nicht mehr verlangt werden, es bestehe ein unentgeltliches Nutzungsentschädigungsrecht bis zum Ende der vereinbarten Mietzeit.	60
e)	61
Diese Einwendung könne er - der Beklagte - auch gegenüber der Klägerin als Zessionarin geltend machen. Dies folge bereits aus § 404 BGB. Hinzu komme, dass es sich vorliegend um eine "stille Abtretung" handle. Schließlich sei von Bedeutung, dass die Mietansprüche monatlich mit der jeweiligen Fälligkeit neu entstünden. Der Rechtserwerb sei erst mit der Entstehung der Forderung vollendet.	62
Die Klägerin hat demgegenüber erstinstanzlich Folgendes vorgetragen:	63
Zu 1.:	64
Der Mietvertrag sei entgegen dem Vorbringen des Beklagten durchaus wirksam. Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang behauptet, Herr C sei für beide Vertragsparteien vertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen.	65
Zu 2.:	66
Der Sicherungsfall ergebe sich schon daraus, dass der Beklagte die Immobilie nutze, aber keine Miete zahle.	67
Zu 3.:	68
Die Verschmelzung sei tatsächlich nicht vollzogen worden. Eine Verlautbarung der Verschmelzung durch die I habe nie stattgefunden.	69
Selbst eine vollzogene Verschmelzung würde jedoch – so die Ansicht der Klägerin - an der Aktivlegitimation der Klägerin nichts ändern, da die Mietforderungen bestehen blieben.	70
Zu 4.:	71
Die ab Eröffnung des vorläufigen Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Mieten seien Masseschulden.	72
Zu 5.:	73
Die Grundsätze der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung stünden der Geltendmachung der Mietforderungen nicht entgegen.	74
Es fehle bereits an einer hinreichenden Beteiligung der H an der Insolvenzschriftnerin. Diese sei spätestens seit dem 16.07.2002 nicht mehr maßgeblich an der Insolvenzschriftnerin beteiligt gewesen. Sie habe nur noch einen Anteil von 248.800,-- Euro des Stammkapitals von 2.000.000,-- Euro inne gehabt. Dies entspreche einem Anteil von lediglich 12,44 %.	75
Entgegen der Auffassung des Beklagten komme es allein auf die Beteiligung der H und nicht auch auf die Beteiligungen der U und der I an der Insolvenzschriftnerin an. Einer Tochtergesellschaft seien nicht die Beteiligungen der Muttergesellschaft zuzurechnen; dies gelte allenfalls umgekehrt. Mithin habe die H zum Zeitpunkt der Erklärung des Mietverzichts	76

keinen maßgeblichen Einfluss auf die Insolvenzschriftnerin gehabt.

Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich eine Krise der Insolvenzschriftnerin im Jahr 2002 bestritten. Die Insolvenzschriftnerin habe sich im August 2002 entgegen dem Wortlaut der Verzichtsvereinbarung vom 09.08.2002 nicht in einer schwierigen wirtschaftlichen Situation befunden. Vielmehr habe es sich um eine "besonders leistungsfähige" Mieterin gehandelt. Die spätere Insolvenz – so die Behauptung der Klägerin - beruhe auf einem einmaligen unvorhersehbaren Ereignis. 77

Die Insolvenzschriftnerin sei durch Täuschung zu einer Fehlinvestition in Höhe von 1,5 Mio. Euro veranlasst worden. 78

Die Miete für das Jahr 2002 sei der Insolvenzschriftnerin entgegen dem Wortlaut der Vereinbarung auch nicht erlassen, sondern lediglich gestundet worden. Im Verhältnis zur Klägerin wären ein Verzicht zudem wirkungslos und eine Verzichtsvereinbarung nach § 138 BGB nichtig gewesen. 79

Die Miete für die Monate Januar bis März 2003 habe die Insolvenzschriftnerin durchaus noch gezahlt. Deshalb könne allenfalls die Nutzungsüberlassung für das Jahr 2002 eigenkapitalersetzenden Charakter gehabt haben. Die Mieten für das Jahr 2003 seien hiervon jedoch keinesfalls erfasst. 80

Von der Mietverzichtsvereinbarung habe sie – so die Behauptung der Klägerin - nichts gewusst. Die H sei ihren Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Klägerin bis März 2003 in vollem Umfang nachgekommen. 81

Da die Abtretung der Mietansprüche unstreitig vor einer etwaigen Krise der Insolvenzschriftnerin erfolgt sei, könnten die Mietansprüche von einer Haftung nach den Grundsätzen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung nicht mehr erfasst werden. Auch aus personellen Gründen könnten sich diese Grundsätze nicht gegen die Klägerin richten, da diese mit der Insolvenzschriftnerin nie verbunden gewesen sei. 82

Das Landgericht hat das Anerkenntnisvorbehaltsurteil vom 27.02.2004 durch Schlussurteil vom selben Tag bestätigt. Es hat zur Begründung ausgeführt, der Beklagte sei nach §§ 535 Abs. 2 BGB, 108 Abs. 1 Satz 1, 55 Abs. 2 Satz 2 InsO zur Zahlung der Miete für die Monate April bis August 2003 in Höhe von 388.070,35 Euro aus dem Mietvertrag verpflichtet. 83

Zweifel an der Wirksamkeit des Mietvertrages bestünden nicht. Der gesetzliche Vertreter beider Parteien, Herr C, der von dem Verbot des Selbstkontrahierens befreit gewesen sei, habe den Mietvertrag für beide Vertragsparteien unterzeichnet. 84

Gem. § 108 Abs. 1 S. 1 InsO bestünden Mietverhältnisse des Insolvenzschriftners über unbewegliche Gegenstände oder Räume mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Zu den sonstigen Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO habe auch der Mietanspruch für April 2002 gehört. Dies folge aus § 55 Abs. 2 S. 2 InsO. Denn der Beklagte habe, wie sich aus dem von ihm unterzeichneten Schreiben vom 02.04.2003 ergebe, schon als vorläufiger Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung, nämlich die Nutzung des Mietobjektes, in Anspruch genommen. 85

Die Mietansprüche seien aufgrund der Abtretungsvereinbarung vom 27.04./02.05.2001 auf die Klägerin übergegangen. Die Klägerin sei nach Ziff. 4 der Vereinbarung zum Einzug der Forderungen im vorliegenden Rechtsstreit berechtigt. Der dort vorgesehene Sicherungsfall 86

sei eingetreten, weil der Beklagte keine Mietzahlungen erbracht habe, weshalb die H ihren Kreditverpflichtungen nicht mehr habe nachkommen können. Der Anspruch sei der Höhe nach unstreitig (5 x 77.614,07 EUR = 388.070,35 EUR).

Der Beklagte könne sich schließlich auch nicht auf die Grundsätze der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung entsprechend § 32 a GmbHG berufen. Er könne die unentgeltliche Nutzung der Betriebsgrundstücke zugunsten der Insolvenzmasse nicht in Anspruch nehmen. Dabei sei es unerheblich, ob die Voraussetzungen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung vorlägen. Denn der Nutzungswert der Grundstücke habe aufgrund der früheren Abtretung der Mietforderungen durch die H an die Klägerin allein dieser zugestanden. Die Abtretung habe nach dem Prioritätsgrundsatz Vorrang vor einer später eintretenden Haftung des Zedenten nach den Grundsätzen des eigenkapitalersetzenden Darlehens gehabt. Unstreitig sei der Eintritt der Krise erst nach der Abtretung erfolgt, so dass die Abtretung nicht mit einer Haftung der H "bemakelt" gewesen sei.

87

Wenn die Klägerin das durch die Abtretung unbelastet erworbene Sicherungsmittel nachträglich verlöre, widerspreche dies der Wertung der Insolvenzordnung. Denn für den Fall der Insolvenz des Sicherungsgebers sehe § 51 Nr. 1 InsO ein Absonderungsrecht zugunsten des Sicherungsnehmers vor. Die Rechte des Sicherungsnehmers könnten aber nicht schlechter sein, wenn der Sicherungsgeber nicht der Insolvenzschuldner selbst, sondern ein Gesellschafter des Insolvenzschuldners sei.

88

Mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Berufung wendet sich der Beklagte sowohl gegen das Anerkenntnisvorbehaltsurteil als auch gegen das Schlussurteil. Er begehrt die Aufhebung des Vorbehaltsurteils, Abänderung des Schlussurteils und insgesamt Klageabweisung. Zur Begründung trägt er Folgendes vor:

89

1.

90

Der Beklagte vertritt zunächst die Ansicht, die Berufung sei auch gegen das Anerkenntnisvorbehaltsurteil zulässig, um die Bindungswirkung dieses Urteils beseitigen zu können.

91

2.

92

Der Beklagte ist weiterhin der Ansicht, ein wirksamer Mietvertrag sei nicht nachgewiesen. Die Wirksamkeit des Mietvertrages sei erstinstanzlich bestritten worden. Der notwendige Urkundenbeweis sei in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung nicht erbracht worden, da eine Urkunde dort nicht vorgelegt worden sei.

93

Der Beklagte hält allerdings das Bestreiten der Vertretungsberechtigung des Herrn C in der Berufungsinstanz nicht länger aufrecht.

94

3.

95

Der Beklagte meint außerdem, die Aktivlegitimation der Klägerin sei nach wie vor nicht nachgewiesen. Es sei nicht feststellbar, dass der Abtretungsvertrag im Original vorgelegen habe. Insbesondere sei bestritten und durch nichts belegt worden, dass der Sicherungsfall eingetreten sei. Hierzu fehle jedweder Sachvortrag der Klägerin. Das Verhalten des Herrn C sei eher Indiz dafür, dass der Sicherungsfall nicht eingetreten sei. Die Begründung des Landgerichts sei insoweit unzureichend.

96

4.	97
Die Miete für den Monat April 2003 – so die schon erstinstanzlich vorgetragene Ansicht des Beklagten - stelle allenfalls eine Insolvenzforderung dar, da der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter aufgrund seiner eingeschränkten Befugnis nach § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO noch keine Masseverbindlichkeiten habe begründen können. Das Rundschreiben vom 02.04.2003 stelle aufgrund seines allgemein gehaltenen Inhalts keine Zustimmung des Beklagten zur Fortsetzung des streitgegenständlichen Mietverhältnisses dar.	98
5.	99
Entgegen der Auffassung des Landgerichts stünden der Geltendmachung der Mietforderungen die Grundsätze der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung entgegen. Die Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung der §§ 30 ff. GmbHG lägen vor; die Überlassung der Nutzung der vermieteten Gewerbefläche durch die H an die Insolvenzschriftnerin stelle einen Eigenkapitalersatz dar:	100
a)	101
Eine hinreichende unternehmerische Beteiligung der H an der Insolvenzschriftnerin von mindestens 25 % habe vorgelegen; dies ergebe sich schon aus dem erstinstanzlichen Vorbringen des Beklagten.	102
b)	103
Die Insolvenzschriftnerin habe sich durchaus in einer Krise befunden. Ausreichend sei, dass die Krise nach der Nutzungsüberlassung eintrete, wenn der Gesellschafter trotz der Krise die Leistung bei der Gesellschaft belasse, obwohl er sie zurückfordern könnte. Dies sei hier der Fall. Denn die Insolvenzschriftnerin habe im Jahr 2002 die Miete nicht mehr bezahlt; dennoch habe die H das Mietverhältnis nicht gekündigt, sondern sich auf die Mietverzichtsvereinbarung eingelassen. Bereits aufgrund dieser Vereinbarung sei die Krise hinreichend belegt. Vor diesem Hintergrund komme es auf die – nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich maßgebliche - Art des Wirtschaftsgutes nicht mehr an.	104
c)	105
Tatsächlich stellten die vermieteten Betriebsgrundstücke jedenfalls ein sog. spezielles Wirtschaftsgut dar.	106
d)	107
Unerheblich sei, dass für die Monate Januar bis März 2003 Mieten gezahlt worden seien; vorsorglich bleibe dies bestritten.	108
e)	109
Rechtsfolge der eigenkapitalersetzenden Funktion der Nutzungsüberlassung sei – so die Ansicht des Beklagten - ein Rangrücktritt der Mietforderungen. Der Gesellschafter sei mit seiner Forderung nachrangiger Insolvenzgläubiger gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Der Insolvenzverwalter sei befugt, das Nutzungsrecht durch eigene Nutzung zu verwerten; das laufende Nutzungsentgelt könne der Gesellschafter nicht (mehr) beanspruchen.	110
6.	111

Die Abtretung der Forderung an die Klägerin sei in diesem Zusammenhang nach § 404 BGB 112
unerheblich. Die Abtretung gehe den Grundsätzen der eigenkapitalersetzenden
Nutzungsüberlassung nicht vor. Denn die Klägerin habe die Forderung mit dem Risiko einer
solchen Behaftung erworben. Die Forderung könne durch die Abtretung nicht sicherer
werden, als sie es in den Händen der H gewesen sei.

Aufgrund der Abtretung der Forderung habe das Nutzungsrecht entgegen der Auffassung des 113
Landgerichts nicht der Klägerin zugestanden; das Nutzungsrecht an den Grundstücken habe
vielmehr bei der Insolvenzschuldnerin gelegen. Der Prioritätsgrundsatz spiele keine Rolle, da
die Klägerin von vornherein keine "unbemakelte", sondern eine risikobehaftete Forderung
erworben habe. Dies gelte erst recht bei dem hier vorliegenden Fall der "stillen Zession".
Hinzu komme, dass es sich um die Abtretung einer künftigen Forderung handele, bei der der
Rechtserwerb erst im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung vollendet werde. Damit habe
die Forderung nur mit dem Inhalt entstehen können, der zu diesem Zeitpunkt tatsächlich
bestanden hat. Vorliegend seien die Mietforderungen aber im Zeitpunkt ihres Entstehens
nach den Regeln des Eigenkapitalersatzes entsprechend §§ 30 ff. GmbHG behaftet
gewesen. Durch die vorherige Abtretung könne der Anspruch nicht "besser" entstehen. Die
Abtretung habe nicht den Umfang und auch nicht die Unbelastetheit der künftigen Forderung
unabänderlich festgelegt. Das Sicherungsrecht der Klägerin sei bezüglich der
Mietforderungen monatlich neu entstanden und zwar jeweils in dem Umfang, in dem es zur
Neuentstehung der Forderung gekommen sei.

Die Gerechtigkeitserwägungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil führten zu keinem 114
anderen Ergebnis, da das Interesse der Insolvenzgläubiger denen der Klägerin zumindest
gleichwertig sei. Der Hinweis auf § 51 Nr. 1 InsO sei irrelevant, da die Norm eine wirksam
entstandene, unbelastete Forderung voraussetze. Dies habe das Landgericht übersehen, die
Insolvenzordnung sehe die Möglichkeit der Gläubigersicherung durch eine Abtretung vor.

Der Beklagte beantragt, 115

1. das Anerkenntnisvorbehaltsurteil vom 27.02.2004 aufzuheben und die Klage abzuweisen 116

2. das Schlussurteil vom 27.02.2004 abzuändern und die Klage abzuweisen. 117

Die Klägerin beantragt, 118

die Berufung zurückzuweisen, allerdings mit der Maßgabe, dass das 119
Anerkenntnisvorbehaltsurteil insoweit aufrecht erhalten bleibt, als festgestellt wird, dass die
Klägerin eine Masseforderung von 388.070,35 EUR nebst ausgeurteilter Zinsen bis zum
16.03.2004 besitzt.

Sie verteidigt die angefochtenen Urteile und trägt im Hinblick auf die Berufungsbegründung 120
Folgendes vor:

Zu 1. bis 3.: 121

Die Berufung gegen das Anerkenntnisvorbehaltsurteil sei unzulässig, in jedem Fall aber 122
unbegründet. Mit den Einwänden, es läge kein wirksamer Mietvertrag vor und es habe an
einer Vertretungsberechtigung des Herrn C gefehlt, sei der Beklagte präkludiert.

Zu 4.: 123

124

Auch der Mietanspruch für April 2003 sei eine Masseverbindlichkeit; dies folge aus der Regelung in § 55 Abs. 2 S. 2 InsO. Mit dem Rundschreiben vom 02.04.2002 und seinem weiteren Verhalten habe der Beklagte die Gegenleistung mit hinreichender Deutlichkeit tatsächlich in Anspruch genommen.

Zu 5.: 125

Das Landgericht habe mit Recht die Anwendung der Grundsätze über eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung abgelehnt: 126

a) 127

Angesichts der erstinstanzlich vorgetragenen – unstreitigen - Beteiligungsverhältnisse fehle es an einer maßgeblichen Beteiligung der Zedentin an der Insolvenzschuldnerin. Dies gelte insbesondere für den streitgegenständlichen Zeitraum, dem Jahr 2003. Die Gesellschaftsanteile der Muttergesellschaft seien der H nicht zuzurechnen. 128

b) 129

Eine Krise der Insolvenzschuldnerin bleibe - wie bereits erstinstanzlich dargelegt - bestritten. Auch bei Vertragsabschluss sei die Insolvenzschuldnerin nicht kredit- oder mietunwürdig gewesen. In der Vereinbarung vom 09.08.2002 habe keine Gebrauchsüberlassung gelegen, weil diese Verichtsvereinbarung nach § 138 BGB nichtig gewesen sei. Zudem habe sich der Verzicht nur auf das Jahr 2002 und nicht auf das Jahr 2003 bezogen; zu einem Verzicht auf weitere Mieten sei die H nicht verpflichtet gewesen. 130

c) 131

Ein Dulden einer kostenfreien Nutzung habe schon deshalb nicht vorgelegen, weil die Mieten für die Monate Januar bis März 2003 entrichtet worden seien. 132

Zu 6. 133

Hinsichtlich der Einschätzung der Rechtsfolgen der Abtretung sei die Wertung des Landgerichts im angefochtenen Urteil zutreffend. Die Masse könne nicht besser stehen, als wenn die Klägerin ihren Kredit direkt an die Schuldnerin vergeben hätte. Im letztgenannten Fall hätte die Klägerin die Mieten auch an sich ziehen können. Den Interessenkonflikt zwischen Insolvenzgläubigern und Grundpfandrechtsgläubigern habe die Rechtsprechung in der Weise gelöst, dass das Interesse der Masse an der kostenfreien Nutzung des Objektes hinter dem Interesse der Grundpfandrechtsgläubiger auf den Zugriff zurückstehen müsse. Dies müsse erst recht gelten, wenn - wie hier - die Klägerin kein durch Grundpfandrechte gesicherter Insolvenzgläubiger, sondern nur Gläubiger eines Insolvenzgläubigers sei. 134

Maßgeblich sei, dass der Schuldner bei der ("schwächeren") unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung nicht besser stehen könne, als wenn ihm das Grundstück zum Eigentum übertragen worden sei. Das Risiko, dass ein Grundpfandgläubiger aus dinglichem Recht vorgehen könne, habe bereits bei der Gebrauchsüberlassung vorgelegen. Ein Grundpfandgläubiger habe über §§ 152 Abs. 1 ZVG, 1123 BGB unmittelbaren Zugriff auf die Mietansprüche. Mit der Beschlagnahme könne dem Grundpfandgläubiger nicht mehr der Einwand des Eigenkapitalersatzes entgegen gehalten werden. Dies gelte erst recht, wenn - wie im vorliegenden Fall - die Klägerin von dem Schuldner noch weiter entfernt sei und dieser gleichsam nur das Recht der Mietnutzung erworben habe. 135

Vorliegend komme noch hinzu, dass sich die Zedentin mit dem Mietverzicht vertragsbrüchig verhalten habe, dass das Rechtsgeschäft sittenwidrig sei und dass sich die Insolvenzschildnerin das Wissen des Herrn C zurechnen lassen müsse. Schließlich habe die Klägerin entgegen der Auffassung des Beklagten nie eine behaftete oder bemakelte Forderung erworben, weil die eigenkapitaleretzende Nutzungsüberlassung zum Zeitpunkt der Abtretung noch nicht vorgelegen habe. Umgekehrt sei der Mietvertrag von vornherein mit dem Risiko der dinglichen Rechte der Klägerin bemakelt gewesen.

II.	137
Die Berufung gegen das Anerkenntnisvorbehaltsurteil ist zulässig, jedoch unbegründet.	138
Die Berufung gegen das Schlussurteil ist zulässig und begründet. Aufgrund der Klageabweisung im Nachverfahren ist das Anerkenntnisvorbehaltsurteil aufzuheben (§§ 600 Abs. 2, 302 Abs. 4 Satz 2 ZPO).	139
1. a)	140
Bei dem Anerkenntnisvorbehaltsurteil handelt es sich um ein Anerkenntnisurteil im Sinne von § 307 ZPO. Ob gegen ein solches Urteil, das allein auf der Grundlage des Anerkenntnisses der verurteilten Partei erfolgt, ein Rechtsmittel dieser anerkennenden Partei zulässig ist, ist zwar nicht gänzlich unumstritten (vgl. die Nachweise bei MünchKomm/Musielak, ZPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, § 307 Rn. 27), jedoch folgt der Senat der mittlerweile wohl herrschenden Meinung, wonach die Zulässigkeit der Berufung gegen ein Anerkenntnisurteil zu bejahen ist, weil der Beklagte nur auf diesem Wege die Unwirksamkeit des Anerkenntnisses geltend machen kann (vgl. BGH, NJW 1992, 1513, 1514; Musielak/Musielak, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 307 Rn. 17; Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 307 Rn. 11).	141
b)	142
Die Berufung gegen das Anerkenntnisvorbehaltsurteil ist allerdings unbegründet, weil ein wirksames Anerkenntnis des Beklagten vorliegt.	143
Da das Anerkenntnisurteil allein aufgrund des Anerkenntnisses der beklagten Partei ohne Sachprüfung des Gerichts ergeht (§ 307 Abs. 1 ZPO), kann ein Rechtsmittel gegen das Anerkenntnisurteil auch nur mit dem Vorbringen begründet werden, das Anerkenntnisurteil habe nicht ergehen dürfen, weil es an einem wirksamen Anerkenntnis gefehlt habe. Letzteres ist nur dann der Fall, wenn der Beklagte kein wirksames Anerkenntnis abgegeben hatte oder wenn er das Anerkenntnis wirksam widerrufen oder angefochten hat. Eine weitere Sachprüfung erfolgt nicht. Kann das Rechtsmittelgericht also feststellen, dass das Anerkenntnis wirksam erklärt worden ist, dann ist das Rechtsmittel zurückzuweisen, ohne dass der ursprüngliche Streitstoff geprüft werden darf (vgl. Musielak/Musielak, a.a.O.; Zöller/Vollkommer, a.a.O.). Des Weiteren ist die klagende Partei nicht gehalten, vom Urkundenprozess Abstand zu nehmen, um ein Anerkenntnisurteil erlangen zu können. Denn das Gericht prüft in dieser Situation nur die unverzichtbaren Prozessvoraussetzungen, nicht aber die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses (vgl. Zöller/Greger, a.a.O., § 592 Rn. 6).	144
Dies bedeutet, dass der Beklagte entgegen der von ihm vertretenen Ansicht nicht mit dem Vorbringen gehört wird, das Vorbehaltsurteil habe nicht ergehen dürfen, weil die Klägerin sowohl einen wirksamen Mietvertrag als auch ihre Aktivlegitimation nicht urkundlich belegt habe. Diese Umstände sind für das Vorbehaltsurteil aufgrund des Anerkenntnisses des Beklagten unerheblich geworden. Der Beklagte hätte das Vorbehaltsurteil allein mit der	145

Begründung anfechten können, er habe kein wirksames Anerkenntnis abgegeben oder dieses wirksam angefochten oder widerrufen. Beides behauptet der Beklagte aber nicht. Angesichts des protokollierten Teilvergleichs steht ein wirksames Anerkenntnis auch außer Frage.

2. 146

Die Berufung gegen das Schlussurteil ist demgegenüber zulässig und begründet. 147

Zwar bestehen sowohl ein wirksamer Mietvertrag als auch eine wirksame 148
Abtretungsvereinbarung hinsichtlich der streitgegenständlichen Mietansprüche. Die
Geltendmachung der Mietforderungen der Klägerin scheitert jedoch an den sich aus § 32 a
GmbHG ergebenden Regeln über eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung.

a) 149

Sowohl hinsichtlich der Frage nach der Schlüssigkeit der Klage als auch der nach 150
erheblichen Einwendungen des Beklagten besteht keine Bindungswirkung des
Anerkenntnisvorbehaltsurteils.

aa) 151

Grundsätzlich gilt für die Bindungswirkung eines Vorbehaltsurteils Folgendes: 152

Nach allgemeiner Ansicht entfaltet ein Vorbehaltsurteil im Urkundenprozess Bindungswirkung 153
für das Nachverfahren insoweit, als die in dem Vorbehaltsurteil getroffene Entscheidung nicht
auf der eigentümlichen Beschränkung der Beweismittel im Urkundenprozess beruht. Daraus
folgt, dass durch ein Vorbehaltsurteil die Sachurteilsvoraussetzungen einschließlich der
Voraussetzungen des Urkundenprozesses abschließend und bindend festgestellt sind.
Gleiches gilt prinzipiell für die Schlüssigkeit der Klage, da diese vom Gericht schon für den
Erlass des Vorbehaltsurteils geprüft und festgestellt werden muss (vgl. BGH, NJW 2004,
1159, 1160; OLG Brandenburg, NJW-RR 2002, 1294; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 68,
69; Musielak/Voit, a.a.O., § 600 Rn. 9 f.). Schließlich ist der Beklagte im Nachverfahren auch
mit Einwendungen gegenüber dem Klageanspruch ausgeschlossen, die im Vorbehaltsurteil
als unbegründet erkannt worden sind, über die das Gericht mit dem Vorbehaltsurteil also in
der Sache bereits abschließend entschieden hat (vgl. BGH NJW 1960, 576; 1973, 467; WM
1994, 961). Allerdings entspricht es auch einhelliger Meinung, dass der Beklagte nicht mit
solchen Einwendungen ausgeschlossen ist, die er im Urkundenverfahren nicht vorgetragen
und die das Gericht dementsprechend beim Erlass des Vorbehaltsurteils nicht berücksichtigt
hat. Ausschlaggebend hierfür ist, dass der Beklagte nach § 599 Abs. 1 ZPO dem geltend
gemachten Anspruch im Vorverfahren lediglich ohne Begründung widersprechen kann. Ihn
trifft keine prozessuale Pflicht, sich sachlich gegen den Klageanspruch zu verteidigen. Dies
entspricht dem Zweck des Vorverfahrens. Unterlässt es der Beklagte, sich im Vorverfahren
zu verteidigen, dann führt dies bei zulässiger und schlüssiger Klage zu seiner raschen
Verurteilung durch das vorläufig vollstreckbare Vorbehaltsurteil. Das Ziel des Vorverfahrens
ist damit erreicht. Ein sachlicher Grund, dem Beklagten auch noch weiterhin in seiner
Verteidigung zu beschränken, besteht dann aber nicht mehr. Der Beklagte kann mithin im
Nachverfahren ohne Einschränkungen neue Verteidigungsmittel vortragen. Er ist demgemäß
auch nicht gehindert, schon im Vorverfahren vom Kläger vorgetragene Tatsachen nunmehr
erstmalig zu bestreiten. Dies gilt selbst für die Schlüssigkeit der Klage begründende
Tatsachen, die die Aktivlegitimation oder den Vertragsschluss betreffen (vgl. Musielak/Voit,
a.a.O.).

bb) 154

Diese Grundsätze gelten für die Bindungswirkung eines – hier vorliegenden - 155
Anerkenntnisvorbehaltsurteils aber nur eingeschränkt. Denn ein Anerkenntnisurteil ergeht –
wie bereits ausgeführt - ohne jedwede Sachprüfung des anerkannten Anspruchs. Das Gericht
prüft nur die unverzichtbaren Prozessvoraussetzungen und die Wirksamkeit des
Anerkenntnisses. Hieraus ist zu folgern, dass das Anerkenntnisvorbehaltsurteil eine
Bindungswirkung nur hinsichtlich der bereits geprüften Prozessvoraussetzungen entfaltet.
Hinsichtlich der Klagebegründung besteht keinerlei Bindung (vgl. Bilda, NJW 1983, 142, 147).
Unzweifelhaft ist, dass der Beklagte materielle Einwendungen unbeschränkt vortragen und
geltend machen kann. Denn da er den Klageanspruch für das Vorverfahren – unter dem
Vorbehalt der Geltendmachung der Rechte im Nachverfahren – anerkannt hat, hat sich der
Beklagte gerade nicht mit Einwendungen gegen den Klageanspruch verteidigt.

Soweit das OLG Düsseldorf (NJW-RR 1999, 68, 69 f.) sogar eine Bindungswirkung 156
hinsichtlich der Schlüssigkeit der im Urkundenprozess erhobenen Klage angenommen und
dem Anerkenntnisvorbehaltsurteil die gleiche Bindungswirkung zugemessen hat wie einem
nach streitiger Verhandlung ergangenen Vorbehaltsurteil, teilt der Senat diesen Standpunkt
nicht. Das Vorbehaltsurteil dient nämlich nicht dazu, einen Teil des Prozesses ganz oder
teilweise dem Streit der Parteien zu entziehen (so aber OLG Düsseldorf, a.a.O.). Vielmehr
soll dem Gläubiger mit dem Urkundenverfahren und dem hierin ergehenden Vorbehaltsurteil
eine Möglichkeit zur schnellen Durchsetzung seiner Rechte, insbesondere zur zügigen
Schaffung eines Vollstreckungstitels, eingeräumt werden (so ausdrücklich BGHZ 82, 119 f.).
Dieser Zweck wird gerade durch ein Anerkenntnis mit dem Vorbehalt der – aller – Rechte im
Nachverfahren erreicht. Eine Bindungswirkung des Inhaltes, dass dem Beklagten
Verteidigungsmittel nunmehr entzogen sind, lässt sich hieraus nicht herleiten. Im Übrigen
wird ein Ausschluss von Verteidigungsmitteln im Nachverfahren nur dann angenommen,
wenn und soweit sich das Gericht schon im Vorverfahren hiermit auseinander gesetzt hat und
eine Entscheidung ergangen ist. Grundlage der Bindungswirkung ist damit ausschließlich die
vom Gericht vorgenommene Sachprüfung. Gerade hieran fehlt es aber im Fall des
Anerkenntnisvorbehaltsurteils hinsichtlich der Begründetheit des Anspruchs vollständig.

b) 157

Zwischen der H und der Insolvenzschuldnerin ist ein wirksamer Mietvertrag zustande 158
gekommen.

aa) 159

Soweit der Beklagte pauschal den Abschluss des Mietvertrages überhaupt bestreitet, ist sein 160
Vorbringen unerheblich. Es liegt eine unterschriebene Mietvertragsurkunde vor, die
hinsichtlich des Vertragsschlusses die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit in sich
trägt (vgl. nur BGH, ZIP 1999, 1887; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl. 2005, § 125 Rn. 15).
Dass der Mietvertrag undatiert ist, ist unschädlich, da der Mietbeginn zeitlich genau festgelegt
worden ist.

Demnach hätte der Beklagte den Vertragsschluss widerlegen müssen. Er hat jedoch für seine 161
Behauptung, ein Mietvertrag sei tatsächlich nicht abgeschlossen worden, keinen Beweis
angetreten.

bb) 162

163

Beide Mietvertragsparteien sind bei Vertragsabschluss wirksam durch Herrn C vertreten worden.

Für die Vermieterin – die Grevonia – war er ausweislich des bereits erstinstanzlich vorgelegten Handelsregistrauszuges (HRB 3273 AG Steinfurt, Bl. 183 d.A.) einzelvertretungsberechtigt mit der Befugnis im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte abzuschließen. 164

Hinsichtlich der ursprünglichen Mieterin – der D2 AG – hat in der Berufungsinstanz ein beglaubigter Handelsregistrauszuges (HRB 3283 AG Steinfurt, Bl. 566 ff. d.A.) vorgelegen. Danach war Herr C im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Vertragsunterzeichnung zum Vorstand der D2 AG bestellt und einzelvertretungsberechtigt. Er durfte Rechtsgeschäfte mit sich selbst und mit sich als Vertreter Dritter abschließen. 165

Angesichts der in den Gerichtsakten befindlichen beglaubigten Auszüge aus dem Handelsregister ist die Vertretungsbefugnis des Herrn C in der mündlichen Verhandlung vom 16.09.2005 unstreitig gestellt worden. 166

c) 167

Der Beklagte kann der Aktivlegitimation der Klägerin auch nicht entgegenhalten, der in der Abtretungsvereinbarung vom 27.04./02.05.2001 vorgesehene Sicherungsfall sei nicht eingetreten und die Geltendmachung der Forderung durch die Klägerin sei daher unzulässig. 168

Zwar trifft es zu, dass die Klägerin nicht dargelegt und auch nicht unter Beweis gestellt hat, dass die H mit Zahlungen auf ihre Kreditverbindlichkeit gegenüber der Klägerin in Verzug geraten ist. Auch ist zutreffend, dass der in der Abtretungsvereinbarung geregelte Sicherungsfall nicht schon aufgrund ausgebliebener Mietzahlungen anzunehmen ist. 169

Jedoch berühren diese Umstände allenfalls das Innenverhältnis zwischen der H und der Klägerin. Die Klägerin ist im Verhältnis zum Beklagten nicht gehindert, die ihr dinglich unbeschränkt abgetretenen Rechte geltend zu machen. Mit der Sicherungsabtretung erwirbt der Zessionar - wie bei jeder anderen Abtretung - die volle Inhaberstellung. Die abgetretene Forderung geht vollständig in die Rechtszuständigkeit des Sicherungsnehmers über; dieser hat fortan alle Gläubigerrechte. Ihm steht mithin die volle Verfügungsmacht über die Forderung zu (vgl. Erman/Westermann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 398 Rn. 33; MünchKomm/Roth, BGB, 4. Aufl. 2001, § 398 Rn. 108). 170

Die der H mit der Abtretung weiter eingeräumte Einziehungsbefugnis hinsichtlich der Mietforderungen beschränkt das Recht der Klägerin, die Forderungen selbst einzuziehen, nicht. Denn auch bei einer Sicherungsabtretung, die mit einer Einziehungsermächtigung des Zedenten verbunden ist, ist der Zessionar neben dem Zedenten zur Einziehung wie auch zu allen anderen Verfügungen und Rechtshandlungen in Bezug auf die Forderung im Außenverhältnis unbeschränkt berechtigt (vgl. Erman/Westermann, a.a.O., § 398 Rn. 41 a.E.). Aus diesem Grund konnte und kann die Klägerin als Forderungsinhaberin die Mietforderungen unabhängig von einer gleichfalls bestehenden Einzugsberechtigung der H und unabhängig vom Eintritt des Sicherungsfalls im Klagewege selbständig geltend machen. 171

Ob die Klägerin nach der mit der H getroffenen Sicherungsabrede zum eigenständigen Einzug der Forderungen berechtigt war, ist unerheblich. Denn diese Sicherungsabrede wirkt nur im Innenverhältnis zwischen Zessionar und Zedent. Sie entfaltet keine Außenwirkung. Der Schuldner kann aus dem Sicherungsvertrag grundsätzlich keine Rechte herleiten. Er 172

kann sich gegenüber dem Zessionar, der die abgetretene Forderung geltend macht, nicht darauf berufen, die Sicherungsabrede rechtfertige dieses Vorgehen nicht. Ganz im Gegenteil beschränkt die Sicherungsabrede lediglich die Rechte des Zessionars gegenüber dem Zedenten, nicht aber gegenüber dem Schuldner (vgl. Erman/Westermann, a.a.O., § 398 Rn. 35).

d) 173

Einer erfolgreichen Geltendmachung der streitgegenständlichen Mietforderungen im vorliegenden Rechtsstreit stehen jedoch die Grundsätze über die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung nach §§ 30 ff. GmbHG entgegen. 174

Sowohl die personellen als auch die sachlichen Voraussetzungen für eine Anwendung dieser Grundsätze liegen vor. Der Beklagte kann sich hierauf auch berufen, obwohl die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung erst nach Abtretung der Mietforderungen begründet worden ist. 175

aa) 176

Nach ständiger und gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung, der sich auch der Senat wiederholt angeschlossen hat, ist insoweit von folgenden Grundsätzen auszugehen: 177

Der in §§ 32 a, b GmbHG, 122 a HGB geregelten Gewährung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens durch Gesellschafter kann die Überlassung von Anlagegegenständen, insbesondere Grundstücken, an die Gesellschaft zur Nutzung gleichstehen, § 32 a Abs. 3 S. 1 GmbHG. Die Voraussetzungen für die Qualifizierung von Nutzungsüberlassungen als Eigenkapitalersatz entsprechen prinzipiell, insbesondere hinsichtlich des Personenkreises der Kreditgeber und des für diese Eigenschaft maßgeblichen Zeitpunktes, denen für die Darlehensgewährung. Entscheidend für diese Qualifizierung ist, ob ein ordentlicher Kaufmann der Gesellschaft anstelle der Nutzung des Anlagegegenstandes Eigenkapital überlassen hätte (§ 32 a Abs. 1 GmbHG). Wann dies der Fall ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung davon ab, ob der überlassene Gegenstand als spezielles Wirtschaftsgut oder als Standardwirtschaftsgut zu qualifizieren ist (vgl. Senatsurteile vom 30.07.2003 – 30 U 25/02, vom 27.08.2004 – 30 U 258/03 - und vom 08.07.2005 – 30 U 33/05). 178

Als spezielle Wirtschaftsgüter gelten solche vermieteten oder verpachteten Wirtschaftsgüter, deren besondere Eigenschaften gerade auf die Zwecke des Mieters ausgerichtet sind und für die es daher keinen adäquaten Markt gibt. Hierunter fallen besonders ausgestaltete Räume, Grundstücke mit spezieller Bebauung oder den besonderen Bedürfnissen des Mieters angepasste Betriebsanlagen. Die Anforderungen, die ein dritter Vermieter an die Bonität eines Mieters stellt, werden um so höher, je schwieriger eine anderweitige Verwendung des betreffenden Gutes bei dessen Anpassung an die Bedürfnisse eines anderen Nutzers ist. Wird sich ein Grundstück anderweitig nur nach kostspieligen und aufwendigen Umbauarbeiten oder einem Umbau der Betriebsanlagen vermieten lassen, wird ein Grundstückseigentümer zur Errichtung und Vermietung derartiger Objekte regelmäßig nur bereit sein, wenn die Bonität des Mieters so gut ist, dass der Vermieter mit einer hinreichend langen Laufzeit rechnen kann (vgl. BGHZ 109, 55, 63 f. = NJW 1990, 516). Bei solchen speziellen Wirtschaftsgütern ist eine Nutzungsüberlassung nach einhelliger Auffassung als Eigenkapital zu qualifizieren, wenn die Gesellschaft kreditunwürdig ist. Diese Kreditunwürdigkeit besteht, wenn die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist, oder wenn der Gesellschaft von dritter Seite kein Investitionsdarlehen zu marktüblichen Bedingungen gewährt würde, mit dem sie das Wirtschaftsgut erwerben könnte (vgl. BGHZ 179

121, 31, 33 = NJW 1993, 392; BGHZ 109, 55, 66 = NJW 1990, 516;
Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 32 a Rn. 43).

Unter Standardwirtschaftsgütern versteht man dagegen solche vermieteten oder verpachteten Wirtschaftsgüter, die nicht auf besondere Bedürfnisse des Mieters oder Pächters zugeschnitten sind und jederzeit anderweitig vermietet oder verpachtet werden können, die generell für eine Vielzahl von Verwendern in Betracht kommen und nicht auf die Nutzung durch ein Unternehmen beschränkt sind oder für die es einen breiten Kreis interessierter Verwender gibt. Bei solchen Standardwirtschaftsgütern sind die Voraussetzungen für die Qualifizierung einer Nutzungsüberlassung als Eigenkapitalersatz deutlich enger. Abzustellen ist auf die sog. Überlassungsunwürdigkeit. Hierfür ist erforderlich, dass an Stelle des Gesellschafters kein außenstehender Dritter zur Überlassung des Gebrauchs bereit gewesen wäre (vgl. BGHZ 109, 55; 121, 31, 38). Dies ist auch bei einer Gesellschaft, die sich in einer Krise befindet, nur ausnahmsweise und unter besonderen Bedingungen der Fall. Maßgeblich ist, dass ein außenstehender Dritter bei einer miet- oder pachtweisen Überlassung eines Standardwirtschaftsgutes deutlich geringere Anforderungen an die Bonität des Mieters stellen wird. In aller Regel reicht dem Überlassenden sein kurzfristiges Kündigungsrecht sowie das Eigentum an dem Gegenstand und das daraus folgende Aussonderungsrecht zum Schutz seiner Interessen aus. Er wird die Gegenstände selbst einer kreditunwürdigen Gesellschaft vermieten, wenn diese ihm bei Vertragsschluss liquide genug erscheint, für eine bestimmte Nutzungsperiode zu zahlen und eventuelle Schäden an den überlassenen Sachen ausgleichen zu können (vgl. BGHZ 109, a.a.O.; ebenso OLG Karlsruhe, ZIP 1994, 1183, 1184). Denn er kann den Gegenstand jederzeit anderweitig vermieten, falls die Gesellschaft illiquide wird.

180

Bei der Beurteilung, ob eine Nutzungsüberlassung durch einen Gesellschafter als Eigenkapitalersatz zu qualifizieren ist, muss zunächst auf den Zeitpunkt der Überlassung abgestellt werden. Darüber hinaus werden ursprünglich nicht als Eigenkapitalersatz dienende Gesellschaftermittel nachträglich von den Bindungen der §§ 30, 31, 32 a und b GmbHG erfasst, wenn der Gesellschafter sie bei Eintritt der Krise nicht abzieht, obwohl ihm dies zumindest objektiv möglich gewesen wäre, indem er beispielsweise ein Miet- oder Pachtverhältnis nicht kündigt. Die Maßgeblichkeit der genannten Zeitpunkte gilt auch für die Gesellschafterstellung. Ein späteres Ausscheiden des Gesellschafters hebt die Eigenschaft als kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen nicht auf; diese Eigenschaft prägt den Inhalt des Anspruchs auf Dauer (vgl. BaumbachHueck/Hueck/Fastrich, a.a.O., § 32 a Rn. 27). Die Beweislast für die Voraussetzungen der eigenkapitalersetzenden Funktion einer Nutzungsüberlassung trägt derjenige, der sich auf sie beruft.

181

Die Grundsätze der eigenkapitalersetzenden Darlehen wie der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung sind nach gleichsam gefestigter Rechtsprechung prinzipiell auch auf die Aktiengesellschaft anwendbar (vgl. BGH, WM 2005, 1461; BGHZ 90, 381 ff.). Bei dieser Gesellschaftsform lässt sich allerdings fragen, unter welchen Voraussetzungen ein Aktionär wie ein typischer GmbH-Gesellschafter der Finanzierungsverantwortung ausgesetzt ist. Diese Frage ist dahingehend zu beantworten, dass die Grundsätze über die Behandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen auf eine Aktiengesellschaft sinngemäß anzuwenden sind, wenn der Gläubiger an ihr unternehmerisch beteiligt ist. Davon ist regelmäßig bei einem Aktienbesitz von mehr als 25 % des Grundkapitals auszugehen (vgl. BGH, WM 2005, 1461, BGHZ 90, 381, 390 f. = NJW 1989, 1893). Bei einer darunter liegenden, aber nicht völlig unerheblichen Beteiligung kann ein Aktionärsdarlehen als haftendes Kapital einzustufen sein, wenn die Beteiligung in Verbindung mit weiteren Umständen den Gläubigereinfluss auf die Unternehmensleitung sichert und der Gläubiger ein

182

entsprechendes unternehmerisches Interesse erkennen lässt (BGH, a.a.O.; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, Band 1, 9. Aufl. 2000, §§ 32 a, 32 b Rn. 22). Ein Vorstands- oder Aufsichtsratsamt genügt hierfür nicht (vgl. BGH, Urt. v. 09.05.2005 – II ZR 66/03 -). Der Sache nach soll das Merkmal der unternehmerischen Beteiligung vielmehr nur den Zusammenhang der Kreditvergabe mit der Finanzierungsverantwortung, also der Finanzierungsleistung als Gesellschafter verdeutlichen. Deshalb kommt es nicht in jedem Fall auf den Umfang der Kapitalbeteiligung an; es genügt vielmehr, dass der Kreditgeber allein oder im Verein mit anderen Kreditgebern oder mit sonstigen Gesellschaftern (Aktionären) Einfluss im Unternehmen und letztlich auch ein ausschlaggebendes Mitspracherecht hat (vgl. OLG Düsseldorf, WM 1991, 1119). Bei der Bemessung des Einflusses sind neben der Beteiligung des Kapitalgebers an der Aktiengesellschaft auch die Beteiligungen der Gesellschafter des Kapitalgebers (z. B. Kommanditisten) oder auch andere Personen, wie nahe Familienangehörige, zu berücksichtigen, wenn über diese Verflechtungen eine gemeinsame bestimmende Einflussnahme möglich ist und ausgeübt wird (so OLG Düsseldorf, a.a.O.). Die Geschäftsbeteiligungen mehrerer eine Finanzierungshilfe gewährender Gesellschafter ist möglich, wenn sich ein "koordiniertes Stehenlassen" in der Krise feststellen lässt (vgl. BGH WM 2005, 1461, 1462).

Rechtsfolge der Qualifizierung einer Nutzungsüberlassung als Eigenkapitalersatz ist seit Inkrafttreten der InsO, dass die Mietansprüche am Insolvenzverfahren teilnehmen, allerdings nur als nachrangige Forderungen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (Schmidt in: Scholz, a.a.O., Rn. 131 ; Pentz, in: Rowedder/Schmidt/Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 32 a Rn. 191). 183

bb) 184

Die Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt zunächst, dass sowohl die personellen als auch die sachlichen Voraussetzungen einer eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung gegeben sind. 185

(1) 186

Die Insolvenzschriftnerin hat sich spätestens im Zeitpunkt der Mietverzichtsvereinbarung vom 09.08.2002 in einer von § 32 a GmbHG geforderten Krise befunden, weshalb die über diesen Zeitpunkt hinausgehende Nutzungsüberlassung als Eigenkapitalersatz zu qualifizieren ist. 187

Insoweit kann die grundsätzlich erforderliche Differenzierung nach der Art des überlassenen Wirtschaftsgutes dahingestellt bleiben, weil die Insolvenzschriftnerin am 09.08.2002 sogar überlassungsunwürdig gewesen ist. Kein außenstehender Dritter wäre in diesem Zeitpunkt bereit gewesen, der Insolvenzschriftnerin noch länger die Nutzung des streitgegenständlichen Grundstücks zu überlassen. 188

Unstreitig war die Insolvenzschriftnerin bis dahin bereits 8 Monatsmieten schuldig geblieben. Ausweislich der Vertragsurkunde vom 09.08.2002 verzichtete die H "auf die Miete für das Jahr 2002 in Höhe von Euro 1.055.993,64 zzgl. der gesetzlichen MwSt". Damit ist rechnerisch nicht nur ein Verzicht auf die bis zum Jahresende noch fällig werdenden Mieten erklärt worden, sondern auch ein Verzicht auf die (offenen) Mieten von Januar bis einschließlich August 2002. 189

Nach dem Präambel der Vertragsurkunde gingen die Vertragsparteien übereinstimmend von "einer schwierigen wirtschaftlichen Lage" der Mieterin aus. Der Mietverzicht erfolgte, "um das 190

Mietverhältnis nicht zu gefährden". Angesichts dieser tatsächlichen – von den Vertragsparteien angenommenen - Umstände hätte jeder außenstehende Vermieter das Mietverhältnis gekündigt, weil die Mieterin (und spätere Insolvenzschuldnerin) keine Gewähr dafür bieten konnte, überhaupt noch Raten in näherer Zukunft zahlen zu können. Auch Sicherheiten konnten ausweislich der getroffenen Vereinbarung nicht erbracht werden.

Die Klägerin vermochte die Richtigkeit der dem Vertragstext zugrunde gelegten tatsächlichen Umstände nicht in Zweifel zu ziehen. Ihr Vorbringen, die wirtschaftliche Situation der Mieterin sei unzutreffend beschrieben und bewusst übertrieben dargestellt worden, ist auch nicht ansatzweise nachvollziehbar. Denn die Klägerin trägt insoweit vor, der Verzicht sei erklärt worden, um eine "besonders leistungsfähige" Mieterin zu erhalten und dieser zugleich den Ankauf eines anderen Unternehmens zu ermöglichen. Es ist aber schon unverständlich, weshalb eine Krise herbeigeredet werden sollte, um Kapital für einen Unternehmenskauf freizusetzen. Die angeblich beabsichtigte Finanzierung eines Unternehmenskaufs durch Nichtzahlung der Mieten hätte darüber hinaus im Einzelnen sowohl hinsichtlich des zu erwerbenden Objekts und der Einzelheiten des Kaufvertrages dargelegt werden müssen. Auch die vermeintlich "besondere Leistungsfähigkeit" der späteren Insolvenzschuldnerin ist nicht ansatzweise dargetan worden. Außerdem ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Vertragsparteien am 09.08.2002 bewusst falsche Tatsachen als Beweggrund für den Mietverzicht aufgenommen haben sollten. Der Angabe des vermeintlich richtigen Motivs hätte - soweit vorgetragen und ersichtlich - nichts im Wege gestanden.

Des Weiteren hat die Klägerin den engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Verzichtsvereinbarung aus August 2002 sowie der feststellbaren Entwicklung bis zur vorläufigen Insolvenzverwalterbestellung am 01.04.2003 und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01.05.2003 nicht plausibel erklären können, wenn doch – nach ihrem Vorbringen – die Mieterin im Sommer 2002 noch eine "besonders leistungsfähige" Vertragspartei ohne wirtschaftliche Schwierigkeiten gewesen sein soll. Der Vortrag, die Gründe für die Insolvenz seien erst nachträglich und unvorhergesehen eingetreten, weil die Mieterin durch Täuschung zu einer Fehlinvestition in Höhe von 1,5 Mio. EUR veranlasst worden sei, ist vage und unbestimmt geblieben. Einzelheiten zu einer solchen Fehlinvestition wurden nicht vorgebracht.

Schließlich ist auf der Grundlage des klägerischen Vorbringens nicht nachvollziehbar, warum trotz – angeblich – bestehender Leistungsfähigkeit der Mieterin 8 Monate lang keine Miete gezahlt wird, ohne dass die Mietvertragsparteien hierüber vor August 2002 konkrete Absprachen getroffen hätten.

(2)

Die H hatte jedenfalls bis zur Ausgabe weiterer Vorzugsaktien am 15.11. 2002 – und damit für den hier maßgeblichen Zeitraum der im Sommer 2002 eingetretenen Krise - die erforderliche "unternehmerische Beteiligung" an der Insolvenzschuldnerin inne.

Unstreitig war die H ursprünglich Inhaberin von 1,65 Mio. der insgesamt 2 Mio. für die Insolvenzschuldnerin herausgegebenen Inhaberaktien, was einer Beteiligung von 82,5 % entspricht.

Die von der Rechtsprechung geforderte "unternehmerische Beteiligung" hat fortbestanden, obwohl die H unter dem 15.07.2002 und damit rund 3 Wochen vor der Verzichtsvereinbarung vom 09.08.2002 Inhaberaktien wie folgt übertragen hat:

- 598.600 Inhaberaktien an die I	
- 398.600 Inhaberaktien an die F GmbH & Co. mit Sitz in D3	199
- 404.000 Inhaberaktien an den Rechtsanwalt T1 aus N.	200
Der Fortbestand der "unternehmerischen Beteiligung" der H an der Insolvenzsuldnerin beruht auf dem Umstand, dass der H, die selbst weiterhin 12,44 % der Anteile der Insolvenzsuldnerin gehalten hat, im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen mit der I sowie der U faktisch eine bestimmende Einflussnahmemöglichkeit hinsichtlich der Insolvenzsuldnerin zugestanden hat. Entgegen der von Klägerseite vertretenen Rechtsansicht kommt es für die Beurteilung der "unternehmerischen Beteiligung" nicht darauf an, ob der H formal nach dem Aktienrecht die Anteile ihrer Muttergesellschaft zuzurechnen sind. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob eine <u>gemeinsame</u> bestimmende Einflussnahme der verflochtenen Gesellschaften möglich gewesen und ein "koordiniertes Stehenlassen" der Finanzierungshilfe in der Krise erfolgt ist (vgl. BGH, WM 2005, 1461, 1462; OLG Düsseldorf, WM 1991, 1119 f.).	201
Letzteres war hier der Fall, weil die I faktisch Alleingesellschafterin der H gewesen ist, von deren Stammkapital (275.000,- DM) die I 200.000,- DM unmittelbar und die weiteren 75.000,- DM über die Treuhand der U gehalten hat. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Verzichtsvereinbarung aus August 2002 als gemeinsame Entscheidung der verflochtenen Gesellschaften dar. Insgesamt hielten die H und die U zusammen einen Anteil von 42,37% des Gesamtkapitals der Insovenzsuldnerin, was wiederum für eine "unternehmerische Beteiligung" ausreicht.	202
(3)	203
Angesichts der spätestens ab dem 09.08.2002 vorliegenden personellen und sachlichen Voraussetzungen nach § 32 a Abs. 3 GmbHG war die weitere Nutzungsüberlassung ab diesem Zeitpunkt als Eigenkapitalersatz zu qualifizieren mit der Folge, dass Miete nicht beansprucht werden kann. Denn solange die Gebrauchsüberlassung Eigenkapital ersetzt, müssen die für die Gebrauchsüberlassung vereinbarten Zinsen der Gesellschaft verbleiben (vgl. BGHZ 109, 55, 66 = NJW 1990, 516).	204
Ein späterer Gesellschafterwechsel, insbesondere auch das Ausscheiden der H als Gesellschafterin der Insolvenzsuldnerin im November 2002 ändert hieran nichts.	205
Gleiches gilt hinsichtlich einer kurzzeitigen Wiederaufnahme der Mietzahlungen in den Monaten Januar bis März 2003. Diese Zahlungen lassen keinen Rückschluss darauf zu, dass die Insolvenzsuldnerin Anfang 2003 – und damit noch vor dem Ausbleiben der streitgegenständlichen Mieten – ihre Krise überwunden hätte und daher nicht mehr als überlassungsunwürdig anzusehen gewesen wäre. Denn die Mietzahlungen wären (angesichts des zurückliegenden langen Zeitraums wirtschaftlicher Schwierigkeiten und der bereits am 01.04.2003 erfolgten Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung) nur für einen unerheblichen Zwischenzeitraum aufgenommen worden.	206
(4)	207
Obwohl die Abtretung der streitgegenständlichen Mietforderungen bereits unter dem 27.04./02.05.2001 und damit vor der Krise der späteren Insolvenzsuldnerin erfolgte, kann der Beklagte die eigenkapitalersetzende Funktion der Gebrauchsüberlassung der Klägerin	208

entgegen halten (§ 404 BGB). Der Senat hat sich insoweit – im Ergebnis entgegen dem angefochtenen Urteil - von folgenden Erwägungen leiten lassen:

(a) 209

Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass eine schon vor der Abtretung auf einer Eigenkapitalfunktion beruhende Bindung eines Darlehens zugunsten der Gesellschaftsgläubiger nicht an die Person des Abtretenden gebunden ist und deshalb nach § 404 BGB auch dem Zessionar entgegen gehalten werden kann (vgl. BGH, ZIP 2001, 839; BGHZ 104, 33, 43 f. = NJW 1988, 1841; zustimmend etwa: Goette/Kleindiek, Eigenkapitalersatz in der Praxis, 4. Aufl. 2005, Rn. 110). 210

(b) 211

Die hier vorliegende Fallgestaltung eines nach der Abtretung eingetretenen Kapitalersatzes ist – soweit ersichtlich – bislang nicht entschieden worden. 212

Maßgeblich sind deshalb zunächst die allgemeinen Regeln. Nach § 404 BGB kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegen setzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Als begründet im Sinne dieser Vorschrift wird eine Einwendung bereits dann angesehen, wenn sie im Zeitpunkt der Abtretung ihren Rechtsgrund in dem Schuldverhältnis gehabt hat, aus dem die abgetretene Forderung stammt. Die Einwendung war zum Zeitpunkt der Abtretung daher nicht nur dann begründet, wenn bereits ihr voller Entstehungsstatbestand in diesem Zeitpunkt verwirklicht war. Beim gegenseitigen Vertrag kann der Schuldner dem Zessionar vielmehr auch solche Einwendungen entgegen halten, die sich aus der Weiterentwicklung des Vertrages ergeben. Deshalb muss die in § 404 BGB vorgesehene zeitliche Einschränkung im Hinblick auf den Schutzzweck der Vorschrift dahingehend interpretiert werden, dass die Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners durch die Zession nicht verschlechtert werden dürfen (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 404 Rn. 4). 213

Daraus folgt zugleich für die Abtretung künftiger Forderungen, dass der Zeitpunkt maßgeblich ist, in dem die Abtretung wirksam wird, also der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung. Der Zessionar kann die Forderung nur mit dem Inhalt erwerben, mit dem sie begründet wurde. Für den vorliegenden Fall ist deshalb ausschlaggebend, dass die streitgegenständlichen Mietforderungen (April bis August 2003) erst zu einem Zeitpunkt entstanden sind, in dem die auf einer Eigenkapitalfunktion beruhende Bindung bereits eingetreten war. 214

Ein anderes Ergebnis könnte sich nur dann ergeben, wenn man die auf der Eigenkapitalfunktion beruhende Bindung der Nutzungsüberlassung einem Rechtsgeschäft im Sinne des § 407 BGB gleichstellt mit der Folge, dass sie nicht gem. § 404 BGB, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 407 BGB dem Zessionar (hier: der Klägerin) entgegen gehalten werden könnte. Der Senat hat jedoch eine – zwischenzeitlich in Erwägung gezogene – Anwendung des § 407 BGB abgelehnt. 215

Unter die Vorschrift des § 407 BGB fallen solche Rechtsgeschäfte, die nach Abtretung in Ansehung der Forderung vorgenommen werden, wie z.B. Stundung, Vergleich und Erlass (vgl. BGHZ 93, 71, 79 = NJW 1985, 863; BGHZ 85, 388, 391 = NJW 1983, 752; BGH, NJW-RR 1994, 881; Erman/Westermann, a.a.O., § 404 Rn. 5; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 407 Rn. 4). 216

217

Zwar ist davon auszugehen, dass die nach den Eigenkapitalersatzregeln in der Krise der Gesellschaft eintretende Undurchsetzbarkeit der Mietforderungen dieselben Auswirkungen hat wie eine rechtsgeschäftliche Stundungsabrede, weil die Umqualifizierung durch Stehenlassen nicht zu einem Erlöschen des Anspruchs, sondern nur dazu führt, dass die Gesellschaft für die Dauer der Krise das jeweils fällig werdende Nutzungsentgelt nicht zahlen muss, d.h. die Wirkungen des § 32 a GmbHG stellen im Hinblick auf die Mietforderungen eine besondere Form der gesetzlichen Stundung dar (vgl. BGHZ 140, 147, 154 = NJW 1999, 577; BGH, NJW-RR 2000, 925, 926; OLG München, GmbHR 1999, 175, 176 = NZG 1999, 777, 778). Jedoch bedeutet diese Gleichstellung hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht etwa, dass die Eigenkapitalfunktion der Nutzungsüberlassung auch als rechtsgeschäftliche Stundungsabrede im Sinne von § 407 BGB anzusehen wäre. Dagegen spricht bereits, dass Zedent und Schuldner sich nicht über die Eigenkapitalfunktion der Nutzungsüberlassung "einigen". Vielmehr liegt allein eine Handlung des Zedenten vor, nämlich die Nutzungsbelassung (das "Stehenlassen") in der Krise, obwohl eine Beendigung durch Kündigung möglich wäre, was wiederum kraft Gesetzes (§ 32 a GmbHG) zur Undurchsetzbarkeit der Mietforderung führt.

Hiernach kann im vorliegenden Fall auch nicht etwa die Mietverzichtsvereinbarung vom 09.08.2002 als einvernehmliche Stundungsabrede im Sinne von § 407 BGB angesehen werden. Denn diese Vereinbarung manifestiert – wie bereits ausgeführt – lediglich die bereits existierende Krise der Gesellschaft, wohingegen die Eigenkapitalfunktion ausschließlich durch die fortlaufende Nutzungsüberlassung begründet wird. 218

Vor allem erfordert der von §§ 32 a, b GmbHG bezweckte Gläubigerschutz Vorrang vor den Interessen des Kreditgebers. Der Senat hält es letztlich für ausschlaggebend, dass nur die Anwendung des § 404 BGB hinreichende Gewähr dafür bietet, dass die zwingenden und streng zu handhabenden Regeln über die Kapitalerhaltung und den Kapitalersatz nicht leer laufen. Denn anderenfalls besteht die nahe liegende Möglichkeit, im Wege der – in der Praxis häufig anzutreffenden – Vorausabtretung von Mietforderungen gleichsam vorsorglich einer Anwendung der §§ 32 a, b GmbHG entgegenzuwirken ("vorzubeugen"). Die Interessen des Kreditgebers treten daher grundsätzlich zurück, zumal dieser nicht schutzlos gestellt ist, sondern neben der Abtretung weitere Sicherungsmittel wählen kann, die ihm ausnahmsweise doch eine stärkere Stellung als dem Gesellschaftsgläubiger zuweisen. So hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass dem Grundpfandrechtsgläubiger die Eigenkapitalersatzhaftung jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Beschlagnahme in entsprechender Anwendung der §§ 146 ff. ZVG, 1123, 1124 BGB nicht mehr entgegengehalten werden kann (vgl. grundlegend BGHZ 140, 147 ff. = GmbHR 1999, 175 ff.). Diesen Weg der Absicherung durch Grundpfandrechte hat die Klägerin jedoch nicht gewählt. 219

Der vorgenannten Entscheidung zur Abwägung der Rechte und Interessen der Insolvenzgläubiger mit denen eines Grundpfandrechtsgläubigers kann entnommen werden, dass außerhalb der Sicherung durch Grundpfandrechte die Grundsätze der Eigenkapitalersatzhaftung vorrangig zu berücksichtigen sind. Der Bundesgerichtshof hat allein dem Grundpfandrechtsgläubiger einen weitergehenden Schutz des Inhalts zugestanden, dass ihm die Beschränkungen des Eigenkapitalersatzes ab dem Zeitpunkt der Beschlagnahme nicht mehr entgegengehalten werden können, d.h. die dinglich gesicherte Position – verfestigt durch die Anordnung der Zwangsverwaltung - und nicht allein die Stellung als Kreditgeber wurde in den Vordergrund gestellt. Erst mit Eintritt der besonderen Wirkung der Beschlagnahme erscheint die Rechtsposition des Kreditgläubigers somit schützenswerter als diejenige des Gesellschaftsgläubigers. 220

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 302 Abs. 4 Satz 2 ZPO.	222
Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	223
Der Senat lässt die Revision zu (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Die entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage, ob die durch eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung begründete Undurchsetzbarkeit eines Mietanspruchs wie eine Vorausverfügung über die künftigen Ansprüche in Form einer rechtsgeschäftlichen Stundungsabrede zu behandeln ist mit der Folge, dass die Undurchsetzbarkeit gegenüber einer früheren Vorausabtretung nachrangig ist und dem Abtretungsempfänger nach § 404 BGB nicht entgegengehalten werden kann, kann sich schon wegen der Häufigkeit der Vorausabtretung von Mietansprüchen in der Rechtspraxis in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen und hat daher grundsätzliche Bedeutung.	224