



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 62/12

Verkündet am:
25. April 2013
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 91 Abs. 1, § 110 Abs. 1

Nach Ablauf der in § 110 Abs. 1 InsO genannten Frist kann sich die Unwirksamkeit einer Vorausverfügung allein aus den allgemeinen Vorschriften ergeben.

BGH, Urteil vom 25. April 2013 - IX ZR 62/12 - OLG Brandenburg

LG Cottbus

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Raebel, Prof. Dr. Gehrlein, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 8. Februar 2012 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Streithelferin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die beklagte Stadt veräußerte ein Grundstück an eine Gesellschaft (im Folgenden: Schuldnerin), damit diese darauf ein Stadthaus errichte. Die Stadt sollte das Grundstück von der Schuldnerin mieten und es nach Ablauf einer fünfundzwanzigjährigen Mietdauer zurückerwerben. Entsprechend diesen Plänen schlossen die Vertragsparteien im Herbst 1997 einen Mietvertrag. Darin vereinbarten sie eine monatliche Miete in Höhe von 43.127,25 DM zuzüglich Betriebskostenvorauszahlung. Die Beklagte verpflichtete sich, die Mieten unter Verzicht auf jedwede Einwendungen und Einreden an die Rechtsvorgängerin der klagenden Bank (fortan nur Klägerin) auf ein Konto der Schuldnerin bei die-

ser zu zahlen. Das Mietverhältnis begann am 12. November 1997 und sollte spätestens am 11. November 2022 enden.

- 2 Die Schuldnerin finanzierte das Projekt durch die Klägerin, die von ihr die Mietansprüche gegen die Beklagte aus dem Mietvertrag durch Forfaitierungsvertrag von November 1997 kaufte und abgetreten erhielt. Mit Einredeverzichtserklärung vom 12. November 1997 übernahm die Beklagte gegenüber der Klägerin die unwiderrufliche Verpflichtung zur uneingeschränkten und termingerechten Zahlung der im Mietvertrag vereinbarten monatlichen Mieten bis zur Höhe der vereinbarten Gesamtmietforderung unabhängig vom Bestand des Mietverhältnisses und etwaiger Einreden und Einwendungen aus dem Mietverhältnis. Die Aufsichtsbehörde genehmigte die Sonderfinanzierungsmaßnahme; die Einredeverzichtserklärung erachtete sie als nicht genehmigungsbedürftig.
- 3 Die Beklagte zahlte die geschuldeten Mieten bis Juni 2003 wie im Mietvertrag vereinbart. Am 13. Juni 2003 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und die Streithelferin als Insolvenzverwalterin bestellt. Diese forderte die Beklagte auf, die Mieten ab Juli 2003 an die Masse zu zahlen. Seitdem entrichtete die Beklagte die vertraglich vereinbarten Mieten an ein Treuhandkonto der Streithelferin.
- 4 Mit der Klage verlangt die Klägerin aus eigenem und aus abgetretenem Recht die rückständigen Mieten ab Juli 2003 bis Dezember 2007 in Höhe von 924.075,01 € zuzüglich Zinsen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufungen der Beklagten und der Streithelferin hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Die Anschlussberufung der Klägerin, mit der diese die Mieten für das Jahr 2008 in Höhe von 240.000 € zuzüglich Zinsen beansprucht hat, hat es zurückgewiesen.

Die Klägerin will mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision erreichen, dass das erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt und die Beklagte auf ihre Anschlussberufung verurteilt wird, an sie die rückständigen Mieten für das Jahr 2008 nebst Zinsen zu zahlen.

Entscheidungsgründe:

A.

5 Die Revision ist uneingeschränkt zulässig.

6 Das Berufungsgericht hat die Revision im Urteilsausspruch ohne beschränkenden Zusatz zugelassen. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, die Revision werde zugelassen, weil die Frage, ob die Vorschrift des § 110 InsO auch bei einem "Sale-and-lease-back" Anwendung finde, noch nicht entschieden sei. Damit ist die Nachprüfung des angefochtenen Urteils nicht auf diese Frage beschränkt.

7 Allerdings kann die Beschränkung der Zulassung der Revision - auch nach der Rechtsprechung des Senats - in den Gründen des angefochtenen Urteils erfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 1983 - III ZR 119/82, NJW 1984, 615; vom 3. März 2005 - IX ZR 45/04, NJW-RR 2005, 715, 716; Beschluss vom 8. Mai 2012 - XI ZR 261/10, NJW 2012, 2446 Rn. 5 ff; Urteil vom 10. Mai 2012 - IX ZR 125/10, NJW 2012, 2435 Rn. 11). Voraussetzung hierfür ist, dass die Beschränkung rechtlich zulässig ist und sie sich klar und eindeutig aus dem Berufungsurteil ergibt (BGH, Urteil vom 7. Juli 1983, aaO; vom 3. März 2005,

aaO; vom 8. März 2006 - IV ZR 263/04, FamRZ 2006, 777 f; vom 10. Mai 2012, aaO). Jedenfalls an der zweiten Voraussetzung fehlt es.

8 Gegenstand des Mietvertrages ist ein von der Schuldnerin errichtetes und refinanziertes Mietobjekt. Die Rechtsbeziehungen zwischen der Schuldnerin als Vermieterin und Forderungsverkäuferin, der Beklagten als Mieterin und der Klägerin als finanzierender Bank sind durch eine Vielzahl von Verträgen geregelt worden, die aufeinander aufbauen und wechselseitige Bezüge entfalten. Bei diesem komplexen Sach- und Streitstand hat das Berufungsgericht nicht mit der gebotenen Deutlichkeit ausgesprochen, dass es nur für einen Teil des Streitgegenstandes den Weg zum Revisionsgericht eröffnen wollte. Mit den Ausführungen in den Gründen hat es vielmehr nur dargelegt, warum es die Revision zugelassen hat. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob sich - was ebenfalls zweifelhaft ist - eine Beschränkung der Revision auf einen abtrennbaren Teil der Klageforderung bezogen hätte.

B.

9 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

10 Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in ZIP 2012, 1523 veröffentlicht ist, hat die Klage für zulässig, aber unbegründet angesehen und hierzu ausgeführt, der Klägerin stünden die geltend gemachten Mietforderungen weder aus eigenem noch aus abgetretenem Recht zu. Der Einredever-

zichtserklärung könne nicht entnommen werden, dass die Beklagte für jeden Fall die Mieten statt an den Vermieter an die finanzierende Bank zu leisten gehabt habe. Eine selbstständige und unwiderrufliche Garantie habe die Beklagte gegenüber der Klägerin gerade nicht abgegeben, weil die Aufsichtsbehörde hiergegen Bedenken erhoben habe. Mit der Einredeverzichtserklärung habe die Beklagte der Klägerin gegenüber nur die Verpflichtungen bestätigt, die sie bereits im Mietvertrag übernommen gehabt habe. Der Mietvertrag selbst enthalte keinen Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB, in ihm habe die Beklagte nur die Verpflichtung zur Erfüllung direkt an die Klägerin übernommen. Die Vorausabtretung im Forfaitierungsvertrag sei nach § 110 Abs. 1 Satz 1 InsO unwirksam. Diese Vorschrift bezwecke die Erhaltung der Masse; damit werde klargestellt, dass die Immobilie und ihre Nutzungen als Teil der Masse nach Verfahrenseröffnung der Befriedigung der Gläubiger dienen. Soweit die Masse dem Mieter das unbewegliche Mietobjekt zur weiteren Nutzung überlassen müsse, stehe ihr die ungeschmälerte Miete zur Verfügung. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn der zwischen der Beklagten und der Schuldnerin geschlossene Vertrag trotz seiner Bezeichnung als Mietvertrag rechtlich als Leasingvertrag zu qualifizieren sei. Auch bei einem "Sale-and-lease-back" erwerbe der Leasinggeber das Objekt vom Leasingnehmer, der es weiter nutzen wolle. Jedenfalls beim Immobilienleasing seien die §§ 108 bis 112 InsO anzuwenden, wenn die Leasingphase vor der Verfahrenseröffnung eingesetzt habe.

II.

- 12 1. Die Klage ist zulässig erhoben. Es liegt insbesondere kein Fall einer - unzulässigen - alternativen Klagehäufung vor. Eine sogenannte Alternativklage, bei der dem Gericht wahlweise zwei gleichrangige Streitgegenstände zur Entscheidung gestellt werden, verstößt gegen den in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO normierten Bestimmtheitsgrundsatz. Sie ist unzulässig, weil sich bei einer Entscheidung die materielle Rechtskraft (§ 322 Abs. 1 ZPO) nicht bestimmen lässt (vgl. BGH, Beschluss vom 24. März 2011 - I ZR 108/09, BGHZ 189, 56 Rn. 6 ff mwN).
- 13 Zwar hat die Klägerin ihre Ansprüche auf zwei selbständige prozessuale Ansprüche gestützt, indem sie die geltend gemachten Ansprüche auf die Mieten zum einen aus dem voraus abgetretenen Recht der Schuldnerin und damit aus dem Mietvertrag herleitet, zum anderen aus eigenem Recht, nämlich aus der Einredeverzichtvereinbarung mit der Beklagten vom 12. November 1997. Auch hat sie ausdrücklich eine Rangfolge, in der sie die Ansprüche zur Überprüfung durch das Gericht stellen wollte, nicht benannt (vgl. BGH, Beschluss vom 24. März 2011, aaO Rn. 10 f). Ihrer Klageschrift ist jedoch noch hinreichend deutlich zu entnehmen, dass sie ihren Anspruch zuvörderst auf die Vereinbarung vom 12. November 1997 und damit auf einen Anspruch aus eigenem Recht und erst in zweiter Linie auf einen ihr abgetretenen Anspruch aus dem Forfaitierungsvertrag stützt. Denn sie hat ausgeführt, dass die Beklagte mit der sogenannten Einredeverzichtserklärung eine schuldunabhängige Einstandspflicht begründet und damit einen eigenständigen Schuldgrund geschaffen habe, so dass dahinstehen könne, ob § 110 InsO auf die Abtretung im Forfaitierungsvertrag Anwendung finde.
- 14 Soweit die Klägerin ihren Anspruch aus § 3 Abs. 5 des Mietvertrages herleitet, nach dem sich die Beklagte als Mieterin verpflichtet hat, Miet- und

Schadensersatzforderungen an die Klägerin unter Verzicht auf jegliche Einreden und Einwendungen zu zahlen, handelte es sich nicht um einen selbstständigen Streitgegenstand, sondern um eine andere rechtliche Begründung innerhalb der vorgenannten Ansprüche.

15 2. Die Klage ist jedoch unbegründet.

 a) Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung der Mieten aus eigenem Recht nach Auslegung von Mietvertrag und Einredeverzichtserklärung zu Recht verneint.

16 aa) Die Auslegung von Willenserklärungen und von Vertragsbestimmungen obliegt grundsätzlich dem Tatrichter. Sie kann in der Revision nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt wurde, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt wurden oder ob die Auslegung auf einem von der Revision gerügten Verfahrensfehler beruht (BGH, Urteil vom 8. Januar 2009 - IX ZR 229/07, NJW 2009, 840 Rn. 9). Sofern das Berufungsgericht solche Auslegungsregeln und Erfahrungssätze nicht verletzt hat, ist seine Auslegung für das Revisionsgericht bindend (BGH, Urteil vom 1. Februar 2007 - IX ZR 178/05, NZI 2007, 407 Rn. 22).

17 bb) Die Auslegung des Berufungsgerichts, § 3 Abs. 5 des Mietvertrages begründe neben der in § 5 des Forfaitierungsvertrages erfolgten Abtretung der Mietansprüche der Schuldnerin an die Klägerin keinen direkten Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Mit dieser Vereinbarung wollten die Parteien des Mietvertrages sicherstellen, dass die Beklagte die Mietzahlungen unabhängig von Einwendungen und Einreden

aus dem Mietvertrag an die Zessionarin, die Klägerin, erbrachte; die in § 3 Abs. 2 Satz 1 des Mietvertrages normierte Vorleistungspflicht der Beklagten sollte auch auf diese Fälle erstreckt werden. Ihre Gegenrechte hatte sie nach § 3 Abs. 5 Satz 2 des Mietvertrages allein gegenüber ihrer Vertragspartnerin, der Schuldnerin, zu verfolgen. Hierdurch sollten nach den Grundsätzen des § 328 Abs. 2 BGB für die Klägerin als Zessionarin keine weitergehenden Rechte begründet werden. Dies gilt insbesondere deswegen, weil die Beklagte die Mieten nicht unmittelbar an die Klägerin, sondern auf ein bei der Klägerin geführtes Konto der Schuldnerin überweisen sollte. Der Revision kann daher nicht zugegeben werden, es liege eine die Beklagte gemäß § 790 BGB bindende Anweisung nach §§ 783, 784 BGB vor, die Mieten an die Klägerin zu zahlen.

18 Auch die an dem Projekt Beteiligten - die Klägerin als finanzierende Bank, die Schuldnerin als Bauträgerin, Käuferin und Vermieterin und die Beklagte als Bauherrin und Mieterin - sind bei Abschluss der Verträge - Kauf-, Miet- und Forfaitierungsvertrag - nicht davon ausgegangen, die Beklagte hätte bereits in § 3 Abs. 5 des Mietvertrages gegenüber der Klägerin im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter ein abstraktes Schuld- oder Garantieverprechen abgegeben, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist. Denn sonst hätte die Klägerin, der der Mietvertrag bekannt war, nicht darauf gedrängt, von der Beklagten den Einredeverzicht von November 1997 zu erhalten. Noch im laufenden Rechtsstreit hat die Klägerin ihren Anspruch auf diese Vertragsklausel zunächst nicht gestützt; erst das Landgericht hat diese Klausel als echten Vertrag zugunsten der Klägerin ausgelegt.

19 cc) Ebenso rechtsfehlerfrei ist die Auslegung der Einredeverzichtserklärung vom 12. November 1997 durch das Berufungsgericht, aus ihr ergebe sich ein eigener Zahlungsanspruch der Klägerin ebenfalls nicht.

20 Der Wortlaut der Erklärung ist nicht eindeutig und deswegen auslegungsbedürftig (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 1999 - XII ZR 208/96, NZM 1999, 371, 372). Das Berufungsgericht hat seiner Auslegung maßgeblich die Entstehungsgeschichte der Erklärung zugrunde gelegt. Danach hat sich die Beklagte geweigert, eine solche von der Klägerin vorformulierte und ihr vorgelegte selbständige Garantie im Hinblick auf entsprechende Warnungen durch die kommunale Aufsichtsbehörde zu unterschreiben. Im Erklärungstext wurden daher die Wörter "selbstständige Garantie" durch "Verpflichtung" ersetzt, überschrieben wurde die Erklärung nunmehr - statt mit Garantieerklärung - mit Einredeverzichtserklärung. Weiter verwies die Klägerin in dem Schreiben vom 23. Oktober 1997 - mithin vor der Unterschriftsleistung durch die Beklagte - darauf, dass die Beklagte in der Verzichtserklärung lediglich - nunmehr allerdings ausdrücklich auch ihr gegenüber - die Verpflichtung übernehmen solle, die sie bereits in dem Mietvertrag gegenüber der Schuldnerin übernommen habe. Erst dann hat die Beklagte den Erklärungstext unterzeichnet.

21 Aufbauend auf dieser Vorgeschichte hat das Berufungsgericht bei seiner Würdigung zutreffend auf das Verständnis der Vertragsparteien abgestellt und angenommen, dass die Klägerin die Erklärungen der Beklagten nicht als selbstständige, anspruchsbegründende Verpflichtung der Beklagten ansehen durfte. Dies lässt einen Rechtsfehler zu Lasten der Klägerin nicht erkennen. Die Auslegung ist interessengerecht. Da die Mietansprüche der Schuldnerin bereits an die Klägerin abgetreten waren und die Abtretung aufgedeckt war, konnte die Beklagte außerhalb der Insolvenz ihres Vertragspartners schuldbefreiend nur auf das von der Schuldnerin benannte Konto bei der Klägerin leisten. Die Begründung einer zusätzlichen selbstständigen Verpflichtung der Beklagten wäre nur sinnvoll gewesen, wenn die Parteien das Risiko hätten absichern wollen,

dass im Fall der Insolvenz der Vermieterin die Vorausabtretung wegen insolvenzrechtlicher Vorschriften wirkungslos wäre. In einem solchen Fall hätte eine selbstständige Verpflichtung der Beklagten gegenüber der Klägerin jedoch zur Folge gehabt, dass jene die Mieten für den Fall, dass die Abtretung ihre Wirksamkeit verlor, zweimal hätte zahlen müssen, nämlich einmal an die Masse und ein weiteres Mal an die Klägerin. Dass die Beklagte bereit war, gerade dieses Risiko einzugehen, kann der Entstehungsgeschichte der Erklärung nicht entnommen werden, insbesondere wegen der beiden Seiten bekannten Warnungen der kommunalen Aufsichtsbehörde. Zudem hätten die Vertragsparteien die Absicherung der Klägerin in der Insolvenz auf andere Weise erreichen können, ohne die Beklagte der Gefahr der zweimaligen Zahlung der Mieten auszusetzen.

22 b) Die Revision hat auch insoweit keinen Erfolg, als sie sich gegen die Verneinung eines hilfsweise auf die Abtretung in § 5 des Forfaitierungsvertrages gestützten Anspruchs wendet. Die sich aus diesem Vertrag ergebende Abtretung künftiger Mieten entfaltet in der Insolvenz des Vermieters als eine nach § 91 Abs. 1 InsO grundsätzlich unwirksame Vorausverfügung nur in den Grenzen des § 110 InsO Wirkungen. Da die Verfahrenseröffnung am 13. des laufenden Monats erfolgte, verlor die Abtretung mit Beginn des Folgemonats (Juli 2003) ihre Wirksamkeit.

23 aa) Auf die im Jahr 1997 geschlossenen Verträge findet die am 1. Januar 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung, insbesondere auch die Vorschriften der §§ 91, 108 ff InsO, Anwendung. Unstreitig ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin im Jahr 2002 beantragt worden. Damit gilt die Insolvenzordnung auch für Rechtsverhältnisse, die vor dem 1. Januar 1999 begründet worden sind (§ 359 InsO, Art. 110 Abs. 1, Art. 103, 104 EGIInsO).

- 24 bb) Es kann dahinstehen, ob es sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen der Schuldnerin und der Beklagten in der Sache um einen Mietvertrag, einen Leasingvertrag oder um einen Mietkaufvertrag (vgl. von Westphalen, Der Leasingvertrag, 6. Aufl., Kap. B Rn. 78 ff) handelt. In jedem Fall bestand das Vertragsverhältnis im Fall der Insolvenz der Schuldnerin - bezogen auf die Verpflichtung, den Gebrauch an dem Gegenstand zu überlassen und dafür ein Entgelt zu entrichten - fort, wie sich aus § 108 Abs. 1 InsO ergibt. Alle drei Vertragstypen unterfallen insoweit dem Mietrecht (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1989 - VIII ZR 302/87, BGHZ 106, 304, 308 ff mwN; vom 14. Dezember 1989 - IX ZR 283/88, BGHZ 109, 368, 370 f; von Westphalen, Der Leasingvertrag, 6. Aufl., Kap. B Rn. 2, 86) und somit dieser Vorschrift (vgl. MünchKomm-InsO/Eckert, 2. Aufl., § 108 Rn. 28, 35; Tintelnot in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2007, § 108 Rn. 6; FK-InsO/Wegener, 7. Aufl., § 108 Rn. 15). Daher bestanden die Ansprüche auf Zahlung der Mieten auch für die Zeit nach der Insolvenzeröffnung am 13. Juni 2003 fort und wurden - vorbehaltlich der Wirkungen der §§ 91, 110 InsO - von der Abtretung erfasst.
- 25 cc) Nach der Rechtsprechung des Senats beschränkt § 110 Abs. 1 InsO - ebenso wie die Parallelvorschrift des § 114 Abs. 1 InsO (BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 – IX ZR 247/03, BGHZ 167, 363 Rn. 9 ff, 12) - nicht die Wirksamkeit von Vorausverfügungen über Mietforderungen, sondern verdrängt in seinem Anwendungsbereich § 91 InsO (BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 - IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 Rn. 12; vom 17. September 2009 - IX ZR 106/08, BGHZ 182, 264 Rn. 10; vom 20. September 2012 - IX ZR 208/11, ZIP 2012, 2358 Rn. 15). Mithin begründen die besonderen Vorschriften (in ihren zeitlichen Grenzen) die Wirksamkeit der Vorausabtretung, auch wenn diese nach der allgemeinen, die Masse schützenden Vorschrift des § 91 InsO unwirk-

sam wäre. Ist die Vorausverfügung des Schuldners für die Zeit nach Insolvenzeröffnung hingegen nicht nach den §§ 81, 91 Abs. 1 InsO unwirksam, ist für eine Anwendung von § 110 InsO kein Raum (Uhlenbruck/Wegener, InsO, 13. Aufl., § 110 Rn. 13; HK-InsO/Kayser, 6. Aufl., § 91 Rn. 15; vgl. HmbKomm-InsO/Ahrendt, 4. Aufl., § 110 Rn. 7; MünchKomm-InsO/Eckert, aaO § 110 Rn. 11). Der Senat hält an dieser Rechtsprechung trotz einiger Gegenstimmen im Schrifttum (Flöther/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, § 110 Rn. 2; Jaeger/Windel, InsO, § 91 Rn. 54; Reichelt/Tresselt, ZfIR 2012, 501, 502 f; HK-InsO/Marotzke, 6. Aufl., § 110 Rn. 5; Tintelnot in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 110 Rn. 8) fest.

26 dd) Da die Frist des § 110 Abs. 1 Satz 1 InsO für die hier eingeklagten Forderungen abgelaufen ist, beurteilt sich die Frage nach der Wirksamkeit der Vorausabtretung in dem Forfaitierungsvertrag nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens allein nach § 91 Abs. 1 InsO. Danach hat die Vorausverfügung keine Wirkung.

27 (1) Nach § 91 Abs. 1 InsO können Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden, auch wenn keine Verfügung des Schuldners und keine Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger zugrunde liegt. Im Falle der Abtretung einer künftigen Forderung ist der Verfügungstatbestand mit dem Zustandekommen des Abtretungsvertrages abgeschlossen. Der Rechtsübergang vollzieht sich jedoch erst mit dem Entstehen der Forderung. Entsteht die im Voraus abgetretene Forderung erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, kann der Zessionar deshalb gemäß § 91 Abs. 1 InsO kein Forderungsrecht mehr zu Lasten der Masse erwerben. Nur wenn der Zessionar bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine gesicherte Rechtsposition hinsicht-

lich der abgetretenen Forderung erlangt hat, ist die Abtretung insolvenzfest (BGH, Urteil vom 20. September 2012 - IX ZR 208/11, ZIP 2012, 2358 Rn. 13 mwN). Werden Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen abgetreten, kommt es deshalb darauf an, ob sie bereits mit dem Vertragsschluss betagt entstehen, mithin nur hinsichtlich ihrer Fälligkeit vom Ablauf einer Frist abhängig sind, oder befristet entstehen, weil sie in ihrem Bestehen vom Ablauf der Frist abhängig sind; nur im ersten Fall hat der Abtretungsempfänger eine gesicherte Rechtsposition (BGH, Urteil vom 20. September 2012, aaO Rn. 14 mwN; vgl. auch BGH, Urteil vom 17. September 2009 - IX ZR 106/08, BGHZ 182, 264 Rn. 10).

28 Im Allgemeinen sind Mietforderungen als aufschiebend befristete Forderungen anzusehen, weil der Anspruch auf Entrichtung der Miete - ähnlich wie der Anspruch auf Vergütung für geleistete Dienste (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 20. September 2012, aaO Rn. 14) - erst zum Anfangstermin des jeweiligen Zeitraums der Nutzungsüberlassung entsteht. Dies entspricht der gefestigten Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2009, aaO mwN). Nach § 91 Abs. 1 InsO wird die Abtretung solcher Forderungen mit Ablauf der Frist in § 110 InsO unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 2012, aaO; vom 11. Oktober 2012 - IX ZR 30/10, NZI 2012, 883 Rn. 17).

29 Etwas anderes gilt für die Grundmietzeit des Finanzierungsleasings, weil die Forderungen auf Zahlung der Leasingraten betagte Forderungen darstellen. Sie entstehen nicht erst nach Maßgabe der zeitlichen Entwicklung des Dauerschuldverhältnisses, sondern sind in jeder Weise durch den Leasingvertrag rechtlich von vornherein festgelegt, weil die feste Dauer der Mietzeit, die Fälligkeit und die Höhe der Leasingraten wesentlicher Bestandteil des Finanzierungsleasings sind, bei dem Kündigungsmöglichkeiten vor Ablauf der Grundmietzeit in der Regel ausgeschlossen sind (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1989 - IX ZR

283/88, BGHZ 109, 368, 372 f; vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 1997 - IX ZR 89/96, ZIP 1997, 513, 514). Es kommt hinzu, dass die vereinbarten Leasingraten nicht nur das Entgelt für eine zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung, sondern zugleich für die vom Leasinggeber erbrachte Finanzierungsleistung sind. Auch dies rechtfertigt es, sie als betagte Forderungen zu behandeln (BGH, Urteil vom 28. März 1990 - VIII ZR 17/89, BGHZ 111, 84, 94 f; vom 3. Juni 1992 - VIII ZR 138/91, BGHZ 118, 282, 290 f; vgl. auch Urteil vom 10. November 2011 - IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 Rn. 12). Dies hat zur Folge, dass die Vorausabtretung der Leasingrate in der Insolvenz des Leasinggebers wirksam bleibt, weil die Forderung schon vor Insolvenzeröffnung entstanden ist.

30 Entschieden hat der Senat dies in dem zitierten Urteil vom 14. Dezember 1989 (aaO) zu §§ 15, 21 KO und für einen Leasingvertrag über bewegliche Gegenstände. Für §§ 91, 110 InsO (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - IX ZR 78/09, NZI 2010, 220 Rn. 21; vom 10. November 2011, aaO) sowie für Finanzierungsleasingverträge über unbewegliche Gegenstände gilt nichts anderes, sofern der Leasingvertrag in der Weise ausgestaltet ist, dass die Forderungen auf Zahlung der künftigen Leasingraten bereits mit Vertragsschluss als betagte Forderungen entstehen.

31 Allerdings wird in der Literatur erwogen, beim Leasing unbeweglicher Gegenstände die Vorausabtretung des dem Gebrauchswert entsprechenden Teils der Leasingraten über die zeitlichen Schranken des § 110 Abs. 1 InsO hinaus als unwirksam und nur hinsichtlich des die Finanzierung betreffenden Teils als wirksam anzusehen, weil die fortdauernde Überlassung des Leasingobjektes nach Verfahrenseröffnung eine nicht vernachlässigbare Leistung der Masse darstelle (MünchKomm-InsO/Eckert, 2. Aufl., § 110 Rn. 17 f, § 108

Rn. 34; Reichelt/Tresselt, ZfIR 2012, 501, 504). Diese Erwägung müsste in gleicher Weise auch für Leasingverträge über bewegliche Gegenstände gelten. Hier hat der Senat jedoch bereits entschieden und hält nach Überprüfung daran fest, dass es der Masse auch ohne gleichwertige Gegenleistung zuzumuten ist, dem Leasingnehmer den Gebrauch zu gewähren, sofern sich die Gebrauchsgewährung darauf beschränkt, den Leasingnehmer nicht in der Nutzung zu stören und ihn allenfalls gegenüber Störungen durch Dritte zu unterstützen (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1989 - IX ZR 283/88, BGHZ 109, 369, 379 f; vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 22. Mai 1996 zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AGB-Gesetzes, BT-Drucks. 13/4699 S. 6).

32 (2) Das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Schuldnerin ist jedoch abweichend von den Gegebenheiten eines üblichen Leasingvertrages derart ausgestaltet, dass die Forderungen auf die künftigen Mieten nicht betagt, sondern nur befristet entstanden sind.

33 Unerheblich ist allerdings, dass die Parteien den Überlassungsvertrag als Mietvertrag bezeichnet und im Vertragstext einheitlich mietrechtliche Bezeichnungen verwendet haben. Denn es kommt auf die Verwendung bestimmter Bezeichnungen nicht an. Maßgebend ist vielmehr, ob sich der Inhalt des Vertrages von einem gewöhnlichen Mietvertrag in erheblicher Weise unterscheidet. Bei einem Finanzierungsleasingvertrag können die Vertragsparteien abweichend von dem in erster Linie maßgeblichen Mietrecht die Sach- und Preisgefahr auf den Leasingnehmer abwälzen, die mietrechtliche Gewährleistung des Leasinggebers bei gleichzeitiger Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten ausschließen und regeln, dass der Vertrag während einer befristeten Grundmietzeit nur außerordentlich gekündigt werden darf. Sie

können auch die Rechtsfolgen einer ordentlichen oder außerordentlichen Vertragsbeendigung vor Ablauf der vorgesehenen Leasingzeit dem Vertragszweck anpassen, um zu erreichen, dass der Leasingnehmer nach Ablauf der Vertragszeit auch in diesem Fall für die gesamten Finanzierungskosten aufzukommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 1990 - VIII ZR 17/89, BGHZ 111, 84, 94 f; BGH, Urteil vom 11. März 1998 - VIII ZR 205/97, NJW 1998, 1637, 1638).

34 Hier haben die Beklagte und die Schuldnerin in dem streitgegenständlichen Mietvertrag mietvertragstypische Vereinbarungen getroffen, die nicht wesentlich von einem gewöhnlichen Mietvertrag abweichen. Die Schuldnerin schuldet während der Mietzeit auch die üblichen Mietnebenleistungen (Wasser, Strom, Beheizbarkeit u.a.) und hatte der Beklagten das Mietobjekt in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und es während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Sie trug - leasinguntypisch - die notwendigen Instandsetzungs- und Instandhaltungsaufwendungen und war zur Gewährleistung nach §§ 537 ff BGB aF verpflichtet. Mithin beschränkte sich ihre Verpflichtung, der Beklagten den Gebrauch der Mietsache zu überlassen, nicht darauf, sie in ihrer Nutzung nicht zu stören. Mit der Übernahme der mietrechtlichen Gewährleistung konnten erhebliche Belastungen auf die Schuldnerin und in ihrer Insolvenz auf die Masse zukommen, die dieser ohne gleichwertige Gegenleistungen nicht zugemutet werden können (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1989 - IX ZR 283/88, BGHZ 109, 368, 372 f; Münch-Komm-InsO/Eckert, aaO § 110 Rn. 38; aA wohl Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 22. Mai 1996 zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des AGB-Gesetzes, BT-Drucks. 13/4699 S. 6).

35 Es kommt Weiteres hinzu: Das auf 25 Jahre angelegte Mietverhältnis konnte die Beklagte ordentlich mit einer sechsmonatigen Kündigungsfrist je-

weils zum Ende eines jeden Jahres kündigen. Damit waren die Mietraten nicht in jeder Weise durch den Mietvertrag rechtlich von vornherein festgelegt, wie es für die Annahme einer betagten Forderung erforderlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1989, aaO S. 272 f).

36 Allerdings darf für die Beurteilung des Vertragsverhältnisses zwischen der Beklagten und der Schuldnerin nicht allein der Mietvertrag in den Blick genommen werden. Die Vertragsparteien haben im zeitlichen Zusammenhang eine Vielzahl von aufeinander abgestimmten Verträgen geschlossen. Danach wollte die Beklagte das Stadthaus errichten und hat zur Finanzierung dieser Maßnahme die Schuldnerin herangezogen; die Schuldnerin hat die Maßnahme bei der Klägerin durch den Forfaitierungsvertrag refinanziert. Zur Realisierung der Pläne hat die Beklagte das Grundstück an die Schuldnerin verkauft und sollte es von ihr mieten und nach Ablauf der Mietzeit zurückerwerben, wobei ihr ein durch eine Auflassungsvormerkung und durch ein - notariell beurkundetes, bis zum 30. Juli 2022 unwiderrufliches - Verkaufsangebot der Schuldnerin abgesichertes Rückkaufsrecht eingeräumt war. Die vereinbarten Mieten sollten letztlich an die Klägerin fließen. Im Falle der Kündigung sollte die Beklagte verpflichtet sein, das notariell beurkundete unwiderrufliche Kaufangebot der Schuldnerin zu den dort genannten Bedingungen anzunehmen, wobei der Kaufpreis sich in der Höhe nach der Dauer des Mietvertrages richtete. Außerdem sollte sie die Schuldnerin in diesem Fall von ihren Verpflichtungen gegenüber der Klägerin freistellen. Letztlich wollten die Vertragsparteien durch diese Regelungen erreichen, dass die Beklagte innerhalb der vereinbarten - durch Kündigung gegebenenfalls variablen - Laufzeit des Mietvertrages einerseits die Kosten für die Anschaffung des Grundstücks und die Errichtung des Stadthauses und andererseits die Finanzierungskosten vollständig trug.

37 Tatsächlich leiden Teile der getroffenen Vereinbarungen an Wirksamkeitsmängeln. Die allein im Mietvertrag enthaltene Verpflichtung der Beklagten, das Kaufangebot der Schuldnerin bei Beendigung des Mietvertrages anzunehmen, mithin das Eigentum an dem Grundstück zu erwerben, war entgegen § 313 Satz 1 BGB aF, § 311b Abs. 1 BGB nicht notariell beurkundet. Dies führt nach §§ 125, 139 BGB zur Nichtigkeit jedenfalls der Erwerbsverpflichtung, aber auch der Verpflichtung, die Schuldnerin gegenüber der Klägerin freizustellen, weil letztere nur im Zusammenspiel mit der Erwerbsverpflichtung Bedeutung erlangt und bei ihrer Fortgeltung ein mittelbarer Zwang auf die Beklagte herbeigeführt werden würde, das Grundstück zurück zu erwerben (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 1979 – VII ZR 313/78, BGHZ 76, 43, 46). Das aber hat zur Folge, dass die Beklagte den Mietvertrag jederzeit kündigen und sich der Verpflichtung entziehen kann, für die Finanzierung des Objekts bis zum Ende aufzukommen, sofern sie den Verlust des Grundstücks in Kauf nimmt. Mithin entstehen die Mietforderungen zum Anfang eines jeden Monats befristet. Die nicht wirksam umgesetzten Absichten der Vertragsparteien sind bei der rechtlichen Einordnung der Forderung als betagt unbeachtlich.

38 ee) Der Einredeverzicht vom 12. November 1997 steht dem nicht entgegen. Die Beklagte durfte sich gegenüber der Klägerin aufgrund dieses Verzichts nicht auf irgendwelche Einwendungen aus dem Mietvertrag oder auf die Unwirksamkeit des Mietvertrages berufen und war ihr gegenüber weiterhin vorleistungspflichtig. Die Geltendmachung der insolvenzrechtlichen Unwirksamkeit der Abtretung im Verhältnis der Klägerin zur Schuldnerin sollte durch die Erklärung

jedoch nicht ausgeschlossen werden. Dagegen spricht bereits der Wortlaut der Erklärung, aber auch ihre bereits dargestellte Entstehungsgeschichte.

Kayser

Raebel

Gehrlein

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

LG Cottbus, Entscheidung vom 23.06.2011 - 4 O 232/07 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 08.02.2012 - 3 U 111/11 -