
Datum: 21.11.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 145/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:1121.18U145.12.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 17 O 183/11

Schlagworte: "Stehenlassen" von Mietforderungen; Mietzinsforderungen als nachrangige Gesellschafterdarlehen

Normen: §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, 55 Abs. 1 Nr. 1 und 2.; 108 Abs. 1 S. 1 InsO, 135 Abs. 3 S. 2 InsO; 546 a BGB

Leitsätze:

1. Auf Mietzinsansprüche, die einer aus den Gesellschaftern der Insolvenzschuldnerin bestehenden Gesellschaft gegen die Insolvenzschuldnerin gem. § 108 Abs. 1 S. 1 InsO zustehen, findet § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO keine Anwendung (insoweit wie Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. vom 13.01.2012, Az. 4 U 57/11).
2. Die Regelung des § 135 Abs. 3 S. 2 InsO kommt nur zur Anwendung, wenn der Vermieter einen Aussonderungsanspruch bezüglich des Mietobjekts geltend macht.
3. Vereinnahmen die Gesellschafter der späteren Insolvenzschuldnerin bzw. eine aus ihnen bestehende Gesellschaft vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens innerhalb der Fristen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Mietzinszahlungen, die nicht innerhalb vertraglich üblicher Fälligkeitsregelungen erfolgten oder nicht innerhalb der durch verkehrsübliche Gepflogenheiten bestimmten Fristen geltend gemacht wurden, so sind diese Zahlungen gem. § 135 Abs. 1 S. 2 InsO anfechtbar.
4. Wird das Mietverhältnis mit dem Insolvenzschuldner erst nach Insolvenzeröffnung beendet, schuldet die Masse grundsätzlich nur

die Übertragung des Besitzes an den Vermieter, nicht hingegen auch die Räumung gem. § 546 Abs. 1 BGB, so dass die Rückgabe des "ungeräumten" Besitzes nicht bereits den Tatbestand der Vorenthaltung im Sinne von § 546 a BGB erfüllt und daher auch keine Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 InsO begründet. Ein Nutzungsentschädigungsanspruch als Masseverbindlichkeit entsteht jedoch dann, wenn der Insovenzverwalter in dieser Funktion den vertragswidrigen Zustand (bezüglich der fehlenden Räumung) selbst zu verantworten hat (wie OLG Saarbrücken, Urt. vom 9.3.2006, Az. 8 U 119/05).

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird unter teilweiser Abänderung des am 17. August 2012 verkündeten Urteils der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld die Klage insgesamt abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 2/3 und der Beklagte zu 1/3.

Das angefochtene Urteil, soweit es die Klage abgewiesen hat, und die vorliegende Entscheidung sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Beklagte darf die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Das Urteil beschwert beide Parteien mit mehr als 20.000,00 €.

Die Revision der Klägerin wird zugelassen.

Gründe:

- | | |
|---|---|
| A. | 1 |
| Die Klägerin macht Ansprüche gegen den Beklagten aus einem Mietvertrag geltend. | 2 |
| Die Brüder A und B sind hälftige Miteigentümer bzw. Erbbauberechtigte dreier als gewerbliche Flächen genutzter Grundstücke unter der Anschrift X-Weg in S (Gesamtgröße: | 3 |

10.329 m²). Auf diesen Grundstücken befinden sich u.a. drei (Lager-)Hallen, teils mit fest installierten Maschinen bzw. Silos, sowie weitere Gebäude mit Büroräumen. Es wurden bzw. werden an diesem Ort verschiedene Unternehmen unter Beteiligung der Gebrüder A und B betrieben. Beide Herren A und B waren bzw. sind ferner Gesellschafter der sog. C GbR, der Klägerin, und einer „Logistik + Verwaltung GbR“, die nach Darstellung der Klägerin mit ihr identisch ist. Am 29.12.2008 gründeten A und B zusammen mit T die V GmbH. Auf das Stammkapital der Gesellschaft von 25.000,00 € übernahmen A und B jeweils eine Stammeinlage in Höhe von 10.000,00 €. Als Geschäftsführer dieser Gesellschaft fungierten zunächst beide Herren A und B, ab dem 10.2.2009 nur noch B. Der Gesellschaftsvertrag sah eine Befreiung von § 181 BGB vor. Die Gebrüder A und B sowie T gründeten ferner am Folgetag, dem 30.12.2008, als Kommanditisten mit der V GmbH als Komplementärin die E GmbH & Co. KG. Diese führte sodann anstelle der J GmbH, die sich bis zum 31.12.2008 mit der Produktion von Styropor befasst hatte, diese Produktion weiter. Die E GmbH & Co. KG wurde später in S GmbH & Co. KG umbenannt. Unter dem 2.1.2009 kam es mit dieser Gesellschaft, der späteren Insolvenzschuldnerin, zum Abschluss eines „Geschäftsraummietvertrages“ über Lagerhallen, Maschinen, Büroräume und einen Lagerplatz auf dem genannten Grundstück. Eingangs dieses Vertrages heißt es:

Geschäftsraummietvertrag	4
zwischen Firma (Name, Anschrift) A und B ... (Vermieter) und ...	5
Die Mietsache ist im Vertrag (§ 1) näher umschrieben (1.100 qm Produktion -Lagerhalle 1.650 qm Außenlagerhalle I - 350 qm Außenlagerhalle II - 70 qm Büroraum). Der Gesamtmietzins sollte monatlich 24.400,00 € netto (29.036,00 € brutto) betragen; der Vertrag (§ 4) enthält eine „Berechnung“ der Miete, aus der hervorgeht, welcher Mietzins auf die einzelnen Hallen, die Büroräume, den Lagerplatz sowie auf die „Maschinenmiete“ entfällt. Gem. § 6 Ziff. 1 ist dieser Mietzins „monatlich im voraus, spätestens am 15. Werktag eines Kalendermonats ...“ zu zahlen. § 9 Ziff. 2 des Mietvertrages lautet wie folgt:	6
2. Der Mieter kann gegenüber Mietzinsansprüchen des Vermieters nur mit unstreitigen oder rechtskräftigen Forderungen aufrechnen; er muß die Aufrechnung dem Vermieter einen Monat vor Fälligkeit schriftlich anzeigen.	7
Die Parteien streiten darüber, ob die beiden Gebrüder A und B in Person oder eine aus ihnen bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR) als Vermieter fungierte. Am 3.5.2010 wurde Insolvenzantrag über das Vermögen der S GmbH & Co. KG gestellt. Daraufhin wurde am 14.5.2010 zunächst Rechtsanwalt Dr. L aus W zum vorläufigen Insolvenzverwalter ohne Befugnisse gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO bestellt. An dessen Stelle trat mit Beschluss vom 17.5.2010 sodann der Beklagte. Er veranlasste die Fortführung der Styroporproduktion, die jedoch im Juli 2010 zum Erliegen kam. In den Hallen verblieben erhebliche Mengen (ca. 1.200 m ³) solchermaßen produzierten, jedoch nicht verkäuflichen Styropors; ferner waren zwei Silos mit Ausgangsmaterial gefüllt. Mit Beschluss vom 22.9.2010 wurde der Beklagte zum (endgültigen) Insolvenzverwalter über das Vermögen der S GmbH & Co. KG bestellt (AG Bielefeld 43 IN 557/10). Bereits ab Mai 2010 hatte die (spätere) Insolvenzschuldnerin keine Mietzahlungen mehr erbracht. Die offenen Mieten für den Zeitraum 1.5. - 21.9.2010 meldete die Klägerin zur Tabelle an. Mit gleichlautenden Schreiben vom 27.9.2010 an beide Herren A und B kündigte der Beklagte vorsorglich näher bezeichnete noch mit der Insolvenzschuldnerin bestehende Dauerschuldverhältnisse zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Mit Schreiben vom 8.10.2010 forderte die Klägerin den Beklagten erstmals zur Zahlung der offenen Mieten auf. Dieser lehnte Zahlungen ab. Die Gebrüder A und B bzw. die Klägerin einigten sich später mit dem Beklagten auf eine im September 2011	8

sodann an sie bewirkte Zahlung von 9.520,00 €. Dieser Zahlung lag die Vereinbarung zugrunde, dass die Vermieter bzw. Vermieterin die in den Hallen lagernden Styroporreste entfernt oder entsorgt; Hintergrund und Zweck der Vereinbarung sind im Übrigen streitig.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie selbst sei Vertragspartnerin der späteren Insolvenzschuldnerin geworden und folglich als Vermieterin anzusehen. A und B hätten sich bezüglich der Nutzung ihrer Grundstücke zur Energieerzeugung und zur Vermietung und Verpachtung zu einer Gesellschaft zusammengeschlossen, die - wie unstreitig ist - auch beim Finanzamt mit einer eigenen Steuernummer geführt werde. Die Einkünfte aus der Vermietung würden bei ihr als gewerbliche Einkünfte erfasst. Die Klägerin hat behauptet, es sei „vereinbart und gewollt“ gewesen, dass die „C GbR“ Vermieterin sein solle; nur versehentlich sei dies im Mietvertrag nicht klargestellt worden. Der Beklagte habe das Mietobjekt auch über den 21.9.2010 hinaus fortlaufend genutzt, was sich daraus ergebe, dass er dort große Mengen produzierten Styropors gelagert habe. Erst aufgrund einer „Räumungsvereinbarung“ vom 8.8.2011 seien „die Räumlichkeiten“ wieder an sie, die Klägerin, „freigegeben“ worden. Zuvor habe sie keinerlei Besitz an dem Mietobjekt gehabt. 9

Die Klägerin hat beantragt, 10

die Beklagte zu verurteilen, an sie 306.563,99 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 8.710,83 € seit dem 22.9.2010 sowie aus je weiteren 29.036,00 € seit dem 15.10.2010, 15.11.2010, 15.12.2010, 15.1.2011, 15.2.2011, 15.3.2011, 15.4.2011, 15.5.2011, 15.6.2011 und dem 15.7.2011 sowie aus 7.493,16 € seit dem 9.8.2011 zu zahlen. 11

Der Beklagte hat beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Er hat die Auffassung vertreten, ein Mietvertrag mit der Klägerin sei nicht geschlossen worden. Die Herren A und B hätten aber auch nicht persönlich als Vermieter der späteren Insolvenzschuldnerin entgegentreten können, vielmehr stelle sich der vermeintliche „Geschäftsraummietvertrag“ als gesellschaftsrechtliche Vereinbarung dar. Die Mieterin sei auch erst mit Eintragung im Handelsregister am 2.3.2009 entstanden; eine Vertretungsmacht der Herren A und B habe es zuvor nicht gegeben. Der Beklagte hat ferner behauptet, der Mieterin und späteren Insolvenzschuldnerin hätten die im Geschäftsraummietvertrag erwähnten Flächen nie vollständig zur Verfügung gestanden. Vielmehr habe sie vereinbarungsgemäß nur eine Gesamtfläche von 6.640 m² sowie diejenigen Maschinen nutzen sollen, die zuvor auch der Fa. J GmbH zur Verfügung gestanden hätten. Diese Gesellschaft habe monatlich jedoch (lediglich) 16.347,02 € (netto) zu zahlen gehabt. Zu einer Erhöhung des Mietzinses gegenüber der späteren Insolvenzschuldnerin sei es gekommen, weil die Herren A und B ihren um ca. 8.000,00 € höheren Kapitalbedarf sicherstellen wollten. Es habe sich in Wahrheit um eine monatliche Vorab-Entnahme in Höhe von je 4.000,00 € gehandelt; die im „Geschäftsraummietvertrag“ vereinbarte Miete sei in Wahrheit überhöht gewesen. Die Herren A und B hätten Überentnahmen getätigt, die sich für 2009 auf insgesamt 241.726,96 € und für 2010 auf weitere 116.144,00 € belaufen hätten. 14

Der Beklagte hat ferner bestritten, das Mietobjekt in Besitz genommen zu haben. Weder er noch seine Mitarbeiter hätten Schlüssel erhalten. Die Schlüssel hätten sich ausschließlich bei den Herren A und B befunden, bei denen sie im Bedarfsfalle hätten abgeholt werden müssen. Die Vereinbarung mit den Herren A und B bezüglich der Zahlung von 9.520,-- € brutto für die Entfernung des Styropors habe ihren Grund nur darin gehabt, einen Rechtsstreit über die Entfernung von Produktionsresten in den Räumlichkeiten zu verhindern. Der Beklagte hat die 15

Auffassung vertreten, mit dieser Vereinbarung insbesondere nicht einen Räumungsanspruch anerkannt zu haben.

Auch für die Zeit bis zum 31.12.2010 bestehe kein Zahlungsanspruch. Die vermeintlichen Mietzinsansprüche stellten keine Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO, sondern nachrangige Forderungen im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dar. Ferner stehe den Zahlungsansprüchen auch die Regelung des § 135 Abs. 3 S. 2 InsO entgegen. 16

Der Beklagte hat hilfsweise die Aufrechnung mit einem Betrag in Höhe von 162.825,00 € netto (193.761,75 € brutto) erklärt. Die Insolvenzschildnerin habe nämlich im Zeitraum Januar 2009 - Januar 2010 (13 Monate) nur eine monatliche Miete von maximal 11.875,00 € (netto) zu zahlen gehabt. Für die Vereinnahmung der darüber hinausgehenden Beträge bestehe kein Rechtsgrund. 17

Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte bzw. einer seiner Mitarbeiter habe einen Schlüssel zur Anlage erhalten, den er bislang nicht zurückgegeben habe. Durch die von ihm zunächst veranlasste Fortführung der Produktion und die anschließende (unsachgemäße) Stilllegung der Anlagen während der Zeit der vorläufigen Insolvenzverwaltung sei es auch zu erheblichen Schäden an diesen Anlagen gekommen. 18

Der Beklagte hat mit Schreiben vom 28.2.2012 im Insolvenzverfahren Masseunzulänglichkeit angezeigt und dies auch im vorliegenden Verfahren bekanntgegeben (Bl. 132ff.). 19

Das Landgericht hat unter Abweisung der weitergehenden Klage festgestellt, dass der Klägerin für die Zeit bis zum 31.12.2010 ein Masseanspruch gem. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO in Höhe von 95.840,80 € nebst Zinsen zustehe. Auf den Inhalt der Entscheidung einschließlich der erstinstanzlichen Anträge sowie auf die erstinstanzlichen Schriftsätze nebst Anlagen wird Bezug genommen. 20

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. 21

Die Klägerin macht geltend, das Landgericht hätte weitergehend feststellen müssen, dass ihr auch für den Zeitraum vom 1.1. bis zum 8.8.2011 Masseansprüche in Höhe von monatlich 29.036,00 € zustünden. Der Beklagte habe Besitz an dem Mietobjekt gem. § 854 BGB begründet, und zwar schon in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter, als er sich - unter Überschreitung seiner Befugnisse - als starker vorläufiger Verwalter aufgeführt und veranlasst habe, die Produktion wieder aufzunehmen. Dazu habe er den Zeugen M bzw. die Fa. X beauftragt und das Direktions- bzw. Weisungsrecht über die verbliebenen Mitarbeiter ausgeübt. Der Besitz ergebe sich aus dem Umstand, dass der Beklagte selbst die Kündigung erklärt habe, wie auch aus der Vereinbarung einer Zahlung von 9.520,00 € an die Herren A und B zwecks Räumung des Mietobjekts. 22

Die Klägerin beantragt, 23

unter Abänderung des angefochtenen Urteils des Landgerichts festzustellen, dass ihr ein Masseanspruch im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO in Höhe von 210.723,19 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 29.036,00 € seit dem 15.1.2011, 15.2.2011, 15.3.2011, 15.4.2011, 15.5.2011, 15.6.2011, 15.7.2011 sowie aus 7.493,16 € seit dem 9.8.2011 zusteht. 24

Der Beklagte beantragt, 25

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen sowie 26

abändernd die Klage vollständig abzuweisen.	27
Die Klägerin beantragt,	28
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.	29
Der Beklagte bekräftigt seine Auffassung, wonach die Klägerin nicht Vermieterin sei. Die Aussage des Steuerberaters F sei von der Kammer unzutreffend gewürdigt worden; aus ihr ergebe sich nichts für die Frage, ob die Klägerin Vermieterin gewesen sei. Unstreitig sei auch, dass die Produktion im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung (22.9.2010) bereits eingestellt gewesen sei. Falsch sei die Darstellung im Urteil, wonach die Mietzinszahlungen bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens pünktlich erfolgt seien. Die Insolvenzschuldnerin habe jedenfalls den Mietzins ab Dezember 2009 jeweils verspätet gezahlt, und zwar erst am 4.1.2010 für Dezember 2009, am 4.2.2010 für Januar 2010, am 12.3.2010 für Februar 2010, am 8.4.2010 für März 2010 und am 20.4.2010 für April 2010. In rechtlicher Hinsicht gelte, dass als Vermieter die beiden Herren A und B fungierten, nicht aber eine GbR. Selbst wenn die GbR Vermieterin geworden wäre, bestünden keine Masseansprüche im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO, sondern allenfalls nachrangige Insolvenzforderungen gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, die noch nicht zur Anmeldung aufgerufen worden seien. Angesichts der unpünktlichen Mietzahlungen seitens der späteren Insolvenzschuldnerin im Frühjahr 2010 liege bei wirtschaftlicher Betrachtung eine zinslose Kreditierung aus Gesellschafterhand vor. Sollten die Mietzinsansprüche indes Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO darstellen, wären sie gem. § 135 Abs. 3 S. 2 InsO zu reduzieren, und zwar auf den Betrag, der im Durchschnitt des letzten Jahres vor Verfahrenseröffnung (also im Zeitraum 21.9.2009 bis 21.9.2010) geleistet worden ist. Diese Vorschrift sei auf den vorliegenden Fall durchaus anwendbar. Es bedürfe keines Aussonderungsanspruchs, vielmehr genüge ein fortbestehendes Nutzungsverhältnis. Dass es nach Insolvenzeröffnung nicht mehr zum „Gebrauch“ der Mietsache gekommen sei, sei unschädlich, weil sich anderenfalls ein Wertungswiderspruch ergebe (dann müsse nämlich für den Fall des Nichtgebrauchs der volle Mietzins gezahlt werden, und zwar obwohl ein Wertverzehr durch Gebrauch nicht stattfinde). Bei der Ermittlung des Betrages, der im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung gezahlt worden sei, seien auch solche Zahlungen in Abzug zu bringen, die unter Verstoß gegen §§ 130 a Abs. 1 S. 3, 161 Abs. 2 HGB erfolgt seien. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die spätere Insolvenzschuldnerin schon Ende November 2009 überschuldet gewesen sei. Alle Mietzahlungen für die Monate Dezember 2009 bis April 2010 hätten folglich nicht mehr vorgenommen werden dürfen (in summa 145.180,00 €). Im Rahmen des § 135 Abs. 3 S. 2 InsO seien also nur 58.072,00 € zu berücksichtigen, daraus errechne sich ein monatlicher Betrag von 4.833,77 €. Für den Zeitraum bis Ende 2010 sei folglich allenfalls ein Betrag von 15.709,75 € geschuldet. Der Beklagte erklärt für den Fall, dass die (vermeintlichen) Mietzinsansprüche der Klägerin als Masseverbindlichkeiten anzusehen sein sollten, hilfsweise die Aufrechnung mit einem erstrangigen Teil von Gegenansprüchen aus Insolvenzanfechtung. Die Anfechtbarkeit ergebe sich bezüglich der im Zeitraum vom 21.9.2009 bis zum 20.4.2010 geleisteten Mietzahlungen im Umfang von insgesamt 203.252,00 € aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Der Beklagte behauptet in diesem Zusammenhang ferner, die Mietzahlungen für die Monate Dezember 2009 bis April 2010 seien stets erst verspätet erbracht worden. Der Beklagte stützt die Aufrechnung des Weiteren auf den Anfechtungstatbestand der §§ 129, 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Die Zahlungsunfähigkeit der späteren Insolvenzschuldnerin habe spätestens am 1.1.2010 bestanden, wie sich aus der BWA vom 30.11.2009 und aus dem Jahresabschluss auf den 31.12.2009 ergebe. Die Kenntnis der Klägerin werde gem. §§ 130 Abs. 3, 138 Abs. 2	30
	31

InsO vermutet. Die Anfechtbarkeit ergebe sich schließlich aus §§ 129, 133 Abs. 1 und 2 InsO (vorsätzliche Benachteiligung).

Des Weiteren erwidert der Beklagte auf die Berufung der Klägerin wie folgt: Die Voraussetzungen eines Anspruchs gem. § 546 a BGB hätten nicht vorgelegen, da die Herren A und B stets unmittelbaren Alleinbesitz gehabt hätten. Unzutreffend sei, dass die X GmbH mit der Betriebsfortführung beauftragt worden sei. M habe vor der Insolvenzeröffnung die Produktion beaufsichtigt und den Betrieb mit organisiert und für Fragen der Mitarbeiter zur Verfügung gestanden. Eingesetzt worden sei er von der „X - Beratung für den Mittelstand N C“. Diese Überwachung im vorläufigen Insolvenzverfahren begründe nicht seine, des Beklagten, tatsächliche Sachherrschaft. Die bloße Beauftragung eines Dritten mit der Beaufsichtigung bzw. Verwaltung einer beim bisherigen Besitzer verbleibenden Sache stelle keine Besitzergreifung dar. Abgesehen davon hätte eine - nicht erfolgte - Inbesitznahme durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter nicht zugleich auch den Besitz des (endgültigen) Insolvenzverwalters begründet. 32

Die Klägerin repliziert, es sei nicht unstrittig, dass die Produktion am 22.9.2010 bereits eingestellt gewesen sei. Aus der Aussage des vor der Kammer vernommenen Zeugen C ergebe sich nämlich, dass die Produktion jederzeit hätte wieder aufgenommen werden können, so dass die Produktion „schwerlich“ als bereits „endgültig beendet“ habe bezeichnet werden können. Es bleibe auch dabei, dass der Beklagte Besitz an dem Mietobjekt ergriffen habe. Der Beklagte habe sogar, wie mehrere jetzt aufgetauchte Rechnungen bewiesen, die „X-Beratung für den Mittelstand N C“ mit der „praktischen Betriebsführung“ für den Zeitraum Mai - August 2010 beauftragt. Der Vortrag des Beklagten zu nicht fristgerechten Mietzahlungen sei unschlüssig und verspätet. § 135 Abs. 3 InsO sei auf den vorliegenden Fall schon mangels eines Aussonderungsrechts nicht anwendbar. Die Ausführungen des Beklagten zur Bemessung der gem. § 135 Abs. 3 S. 2 InsO in Ansatz zu bringenden Durchschnittsmiete seien unhaltbar. Es sei nicht verständlich, dass der vorläufige Insolvenzverwalter durch Zurückhaltung von Zahlungen diese Bemessungsgrundlage senken könne. Auch seien keine Zahlungen in Abzug zu bringen, die - angeblich - entgegen §§ 130 a Abs. 1 S. 3 in Verb. mit 161 Abs. 2 HGB geleistet worden seien. Die vom Beklagten vorgelegten Jahresabschlüsse zum 31.12.2009 und zum 31.12.2010 seien nicht festgestellt worden und stellten deshalb nur Entwürfe dar. Das Vorbringen im Zusammenhang mit der kurzfristigen Erfolgsrechnung für November 2009 sei neu und verspätet. Gegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung spreche, dass die Sparkasse Rietberg noch am 17.2.2010 das Kreditvolumen der Schuldnerin um 100.000 € aufgestockt habe. 33

Die hilfsweise erklärten Aufrechnungen seien als unzulässig zurückzuweisen. Die Anfechtung gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO greife nicht, weil es sich nicht um solche der Rückgewähr eines Darlehens gleichgestellte Zahlungen gehandelt habe. Die Voraussetzungen für eine Anfechtung gem. §§ 129, 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO fehlten ebenfalls, denn es habe keine Zahlungsunfähigkeit vorgelegen. 34

Der Beklagte erwidert, die Klägerin habe immer noch nicht dargelegt, aufgrund welcher Vereinbarung mit den Herren A und B sie dazu gekommen sei, fremdes Eigentum bzw. Erbbaurecht zu vermieten. Die vom Steuerberater F berichtete steuerliche Behandlung der Mieteinnahmen sei für die zivilrechtliche Beurteilung nicht maßgeblich. Dass die Klägerin die Betriebsstilllegung zu einem Zeitpunkt (schon) vor Insolvenzeröffnung bestreite, sei verwunderlich. Die Stilllegung sei, wie sich u.a. aus der Aussage C ergebe, bereits Ende Juli/August 2010 geschehen, und zwar mit dem Herunterfahren der Maschinen. Es bleibe auch dabei, dass es sich bei den vermeintlichen Mietzinsansprüchen der Klägerin für die Zeit 35

bis Ende 2010, die die Kammer zugesprochen habe, um nachrangige Insolvenzforderungen gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO handele.

Wegen des weitergehenden Vortrags der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der zu den Akten gereichten Anlagen Bezug genommen. Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt, dass er die Aufrechnung mit angeblichen Ansprüchen aus einer Überzahlung von Mietzins sowie aus §§ 30, 31 GmbHG in zweiter Instanz nicht mehr weiterverfolge. Der Senat hat die Zeugen F und L vernommen; bezüglich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des Berichterstatte-Vermerks verwiesen.

B. 37

Die Berufung der Klägerin bleibt ohne Erfolg, auf die Berufung des Beklagten ist die Klage abzuweisen. 38

I. 39

Die zulässige Berufung des Beklagten hat lediglich wegen der Hilfsaufrechnung Erfolg. 40

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Feststellung, dass ihr für den Zeitraum vom 22.9.2010 bis zum 31.12.2010 Mietzinsansprüche als Masseverbindlichkeiten gegen den Beklagten zustehen. Mietzinsansprüche der Klägerin aus diesem Zeitraum sind infolge der aufrechnungsweise geltend gemachten Rückforderungsansprüche wegen Insolvenzanfechtung erloschen. 41

1. 42

Der Senat folgt der Auffassung des Landgerichts, wonach der Mietvertrag zwischen der späteren Insolvenzschuldnerin und der Klägerin zustande gekommen ist. Jedenfalls aufgrund der Aussagen der Zeugen F und L steht fest, dass es sich bei der Benennung der Herren A und B als Vermieter im „Geschäftsraummietvertrag“ letztlich um eine rechtlich nicht bedeutsame Falschbezeichnung handelte, weil der Wille sämtlicher Vertragsschließender darauf gerichtet war, ein Mietverhältnis mit der „A und B GbR“ zu begründen. Was die Vermieterseite und damit den Willen der beiden GbR-Gesellschafter angeht, so ergibt sich aus der Aussage der Zeugen, dass sie die Vermietung im Rahmen der Gesellschaft vornehmen wollten. Es sollte namentlich nicht differenziert werden zwischen der gesellschaftlichen Betätigung der Gebrüder A und B jenseits der Vermietung einerseits und der Vermietung andererseits. Dass es im Hause des Steuerberaters F eingangs der Sonderbilanzen für die beiden Gesellschafter der Klägerin als Einzelpersonen zu der Bemerkung kam, die Vermietung erfolge „im Rahmen einer Grundstücksgemeinschaft“, ist demgegenüber nicht entscheidend, schon weil sämtlichen Beteiligten der zivilrechtliche Unterschied zwischen der Vermietung im Rahmen einer Grundstücksgemeinschaft und der Vermietung im Rahmen einer personenidentischen GbR nicht bewusst war. Die Vermietung durch die GbR entsprach jedoch auch dem Willen der Mieterin, die ebenfalls von den beiden Herren A und B vertreten wurde. Dass auf ihrer Seite auch noch der Komplementär T unterzeichnete, ist unbeachtlich, selbst wenn er am 2.1.2009 für die seinerzeit noch nicht eingetragene Komplementärin neben gesellschaftsvertraglich bestellten Geschäftsführern gesamtvertretungsberechtigt gewesen sein sollte. Denn für T kam es, wie sich seiner Aussage vor dem Landgericht entnehmen lässt, nicht darauf an, ob die Vermietung durch die Gebrüder A und B in Person bzw. in Gemeinschaft oder durch eine GbR erfolgen sollte. 43

2.		
Der Klägerin standen aus dem Mietverhältnis Mietzinsansprüche für die Zeit ab dem 22.9.2010 in Höhe von monatlich 29.036,00 € (brutto) zu. Das Mietverhältnis ist infolge der Insolvenzeröffnung nicht beendet worden, sondern blieb gem. § 108 Abs. 1 S. 1 InsO zunächst bestehen. Es wurde erst durch die Kündigung des Beklagten vom 27.9.2010 aufgrund der besonderen Kündigungsfrist des § 109 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. InsO zum Ablauf des 31.12.2010 beendet. Eine Differenzierung zwischen dem Mietverhältnis über die Immobilien selbst und über die Maschinen kommt aus den vom Landgericht genannten Gründen nicht in Betracht.	45	
3.		46
Entgegen der auch in der Berufungsbegründung vertretenen Auffassung des Beklagten findet § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf die nach Insolvenzeröffnung entstehenden Mietzinsansprüche gegenüber der Insolvenzschuldnerin keine Anwendung. Das ergibt sich schon daraus, dass diese Vorschrift nur Anwendung auf Insolvenzforderungen findet und unter diesen eine Rangfolge festschreibt. Mietzinsansprüche der Klägerin für die Zeit nach Insolvenzeröffnung stellen jedoch keine Insolvenzforderungen dar (so auch OLG Schleswig, ZIP 2012, S. 885; Haas, NZI 2012, S. 601).	47	
4.		48
Im Übrigen kann sich der Beklagte gegenüber den Mietzinsforderungen der Klägerin auch nicht auf § 135 Abs. 3 S. 2 InsO berufen. Voraussetzung der Anwendung dieser Vorschrift ist, dass überhaupt ein Aussonderungsanspruch besteht, weil § 135 Abs. 3 S. 2 InsO eine Kompensation für den gem. § 135 Abs. 3 S. 1 InsO angeordneten befristeten Ausschluss dieses Aussonderungsanspruchs gewährt (Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht/Schröder, 4. Aufl., § 135 Rn. 56; K. Schmidt, DB 2008, 1726, 1735; wohl auch Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., Rn. 23 a.E.; Koutsós ZInsO 2011, S. 1626; a.A. Dahl/Schmitz, NZG 2009, S. 325, 329). Die Klägerin hatte indes ihrerseits keine Kündigung des Mietverhältnisses ausgesprochen, so dass sie auch keinen Aussonderungsanspruch besaß.	49	
5.		50
Der Beklagte hat jedoch Rückgewähransprüche infolge der Insolvenzanfechtung gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO in Höhe der für die Monate Dezember 2009 bis einschließlich März 2010 geleisteten Mietzinszahlungen, also in Höhe von (4 x 29.036,00 € =) 116.144,00 € und mithin in einer die Mietzinsforderungen der Klägerin übersteigenden Höhe. Die Reihenfolge, in der die einzelnen Gegenforderungen den Mietzinsansprüchen der Klägerin gegenüber zur Aufrechnung gelangen, ergibt sich dabei mangels näherer Angaben des Beklagten aus §§ 396 Abs. 1, 366 Abs. 2 BGB.	51	
a)		52
Die Klägerin hat der (späteren) Insolvenzschuldnerin jedenfalls bezüglich der Mietzinsraten für den Zeitraum Dezember 2009 bis einschließlich März 2010 ein Gesellschafterdarlehen gewährt.	53	
aa)		54
		55

Auszugehen ist von den seitens des Beklagten genannten Zahlungsdaten betreffend die letzten 5 Monate vor Stellung des Insolvenzantrags. Danach ist der Mietzins am 04.01.2010 für Dezember 2009, am 04.02.2010 für Januar 2010, am 12.3.2010 für Februar 2010, am 08.04.2010 für März 2010 und am 20.04.2010 für April 2010 gezahlt worden.

(1) 56

Der Beklagte ist mit diesem Vortrag, obgleich er erstmals in der Berufungsbegründung erfolgt, nicht ausgeschlossen. 57

Zwar heißt es in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils (S. 15), der „Mietzins“ sei auch hier bis zur Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung „pünktlich vereinnahmt“ worden. Eine Tatbestandsberichtigung ist seitens des Beklagten nicht beantragt worden. Gleichwohl ist der Beklagte nicht gehindert, die behaupteten Zahlungsdaten noch in den Prozess einzuführen. Denn eine etwaige Bindungswirkung des Urteilstatbestandes scheitert schon an der Unschärfe des Begriffs „pünktlich“. Darüber hinaus hat der Beklagte Zweifel an der Richtigkeit der diesbezüglichen Feststellung (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) dargelegt, indem er - nach dem Akteninhalt zutreffend - darauf hingewiesen hat, dass kein Anlass zu dieser Feststellung bestand, weil weder von Kläger- noch von Beklagtenseite konkreter Vortrag in Bezug auf den Eingang der Mietzinszahlungen erfolgt war. 58

Im Übrigen gebieten die §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO eine Berücksichtigung des Vortrags. Denn der Beklagte hatte in erster Instanz u.a. mit Ansprüchen aus §§ 30, 31 GmbHG wegen erfolgter Mietzinszahlungen die Aufrechnung erklärt. Solange keine tragfähigen Feststellungen zur „Vollwertigkeit“ der mietvertraglichen Nutzungsansprüche der Insolvenzschuldnerin vorlagen, wären solche Gegenansprüche aufzuklären gewesen, wobei es auch auf die betreffenden Zahlungsdaten angekommen wäre. 59

(2) 60

Der Vortrag zu den Zahlungsdaten ist durch die Klägerin auch nicht wirksam bestritten worden. 61

Die Klägerin hat sich bezüglich der vom Beklagten behaupteten Zahlungsdaten auf die Einlassung beschränkt, die seitens des Beklagten behaupteten Daten habe „man so nicht zuordnen“ können. Die Klägerin hat ferner auf ihren Vortrag im Zusammenhang mit der Anlage B13 Bezug genommen. Dort (Bl. 335 d.A.) hat die Klägerin ausgeführt, aus keiner der vom Beklagten aufgeführten Zahlungen sei überhaupt ersichtlich, dass es sich hierbei um Miete für die Überlassung der Gewerbeimmobilie gehandelt habe; dies sei allenfalls für die Zahlungen vom 12.3., 8.4. und 20.4.2010 „zu vermuten“. 62

Die Klägerin hat solchermaßen nicht konkret in Abrede gestellt, Zahlungen in der behaupteten Höhe überhaupt erhalten zu haben. Denn es ist unstreitig geblieben, dass die spätere Insolvenzschuldnerin lediglich die Mietzahlungen ab Mai 2010 schuldig blieb, die Mieten für die Zeit bis einschließlich April 2010 jedoch bezahlte. Bezüglich der jeweiligen Zahlungsdaten konnte sich die Klägerin jedoch nicht auf ein solches „einfaches Bestreiten“ zurückziehen, sondern musste konkret darlegen, zu welchen abweichenden Daten sie die Mietzahlungen denn dann erhalten hat. Dieser Darlegungslast ist die Klägerin trotz Hinweises nicht nachgekommen. 63

bb) 64

65

Ausgehend von den vorgenannten Zahlungsdaten hat die Klägerin ihre Mietzinsforderungen für den Zeitraum Dezember 2009 bis März 2010 „stehengelassen“.

(1) 66

Einem Darlehen stehe sämtliche rechtlich oder nur faktisch gestundeten Forderungen unabhängig von ihrem Entstehungsgrund, so etwa aus Miete, gleich, weil jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt. Nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar ist danach bereits eine Zahlung auf eine Forderung, die der Gesellschafter zuvor nicht innerhalb der verkehrsüblichen Gepflogenheiten geltend gemacht hatte (Gehrlein, BB 2011, S. 3, 5f.; BGH II ZR 120/07, BB 2009, 273). Wie der Bundesgerichtshof zum alten Eigenkapitalersatzrecht ausgesprochen hat (Az. II ZR 77/93; NJW 1995, S. 457) und wie sinngemäß auch im vorliegenden Zusammenhang zu berücksichtigen ist, muss dabei nicht jede geringfügige Überschreitung der marktüblichen Zahlungsfristen zur

67

Annahme einer kapitalersetzenden Leistung führen; auch Fälligkeitsvereinbarungen haben diese Wirkung nur dann, wenn sie deutlich von den üblichen Konditionen abweichen.

68

(2) 69

Angewandt auf den vorliegenden Fall ist bedeutsam, dass der „Geschäftsraummietvertrag“, ausgehend von der Vereinbarung der Vorschüssigkeit des Mietzinses, bereits eine Art Stundungsregelung gewährt (nämlich bis zum 15. Werktag eines jeden Monats). Daraus folgt, dass lediglich noch eine Karenzfrist von etwa einer Woche hinzugegeben werden kann, nach deren - erfolglosem - Ablauf von einem „Stehenlassen“ der jeweiligen Mietzinsforderung des Gesellschafters auszugehen ist.

70

Aus den vom Beklagten genannten Zahlungsdaten betreffend die letzten 5 Monate vor Stellung des Insolvenzantrags ergibt sich damit, dass allein die Mietzinszahlung für April 2010 noch „rechtzeitig“ erfolgt ist, so dass die zugrunde liegende Mietzinsforderung für diesen Zeitabschnitt noch nicht den Charakter eines Gesellschafterdarlehens angenommen hatte, die Mietzinsforderungen für die Monate Dezember 2009 bis März 2010 hingegen schon.

71

b) 72

Die vorgenannten Mietzinszahlungen seitens der Insolvenzschuldnerin fallen nicht etwa deshalb aus dem Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO heraus, weil die Klägerin selbst nicht Gesellschafterin der Mieterin war. Die Klägerin steht vielmehr „unmittelbaren“ Gesellschaftern der späteren Insolvenzschuldnerin gleich. Wären die betreffenden Zahlungen den beiden Gebrüdern A und B unmittelbar zugeflossen, bestünde an der Anwendbarkeit des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, auf den § 135 Abs. 1 InsO Bezug nimmt, kein Zweifel, zumal sich die Gebrüder A und B nicht auf das Privileg von Minderheitsgesellschaftern gem. § 39 Abs. 5 InsO berufen können. Denn auch der ab dem 10.2.2009 nicht mehr zur Geschäftsführung berufene Gesellschafter A und B blieb mit einem Anteil von mehr als 10 % an dem haftenden Kapital der Komplementärin beteiligt. An der Qualifikation als Zahlung „auf Gesellschafterdarlehen“ ändert sich bei dieser Situation nichts dadurch, dass beide Gesellschafter ihre rseits eine GbR bilden, in deren Rahmen sie die Mietzinszahlungen vereinnahmen.

73

c) 74

75

Dem Beklagten stehen infolge der Anfechtbarkeit Rückgewähransprüche gegen die Klägerin gem. § 143 Abs. 1 S. 1 InsO zu, die er aufrechnungsweise geltend machen kann. Denn der Insolvenzverwalter ist nicht darauf beschränkt, die insolvenzrechtliche Anfechtung mittels Klage, Widerklage, Einrede oder Replik zur Geltung zu bringen (Uhlenbruck/Hirte, a.a.O., § 143 Rn. 58).

aa) 76

Diese Rückgewähransprüche sind fällig und einredefrei, denn dem Beklagten ist infolge der Nutzungsüberlassung des Mietobjekts in dem betreffenden Zeitraum keinerlei Vorteil verblieben, den er seinerseits noch an die Klägerin herausgeben könnte. 77

bb) 78

Auch das Aufrechnungsverbot gem. § 9 Ziff. 2 des „Geschäftsraummietvertrags“ vom 2.1.2009 steht nicht entgegen. 79

(1) 80

Diese Klausel ist dahin auszulegen, dass auch die Aufrechnung mit einer im Rechtsstreit entscheidungsreifen Gegenforderung zulässig ist (BGH, Urteil vom 18.06.2002, Az. XI ZR 160/01; OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, S. 600; KG, Urt. vom 29.3.2010, Az. 8 U 20/09; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 309 Rn. 18; Beck Online-Komm. BGB/Becker, § 309 Rn. 10). Denn es widerspräche § 242 BGB, wenn die Berufung auf das Aufrechnungsverbot nicht zu einer Verzögerung des Rechtsstreits, sondern nur dazu führt, den Aufrechnungsgegner zur Geltendmachung seiner entscheidungsreifen Gegenforderung in einen neuen Prozess zu treiben. 81

(2) 82

Die sich aus der Anfechtung gem. § 135 Abs. 1 InsO ergebenden Rückzahlungsansprüche des Beklagten (§ 143 Abs. 1 InsO) sind aus den vorgenannten Gründen entscheidungsreif. 83

d) 84

Infolge der Aufrechnung sind die Mietzinsansprüche der Klägerin aus der Zeit vom 22.9.2010 bis zum 31.12.2010 erloschen (§ 389 BGB). 85

II. 86

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. 87

1. 88

Das Rechtsmittel scheitert nicht bereits an § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, auch wenn der Vortrag des Beklagten zum Umfang der zur Befriedigung von sog. Altmasseverbindlichkeiten vorhandenen Masse im Zeitpunkt der Berufungseinlegung, die er auf rund 30.000,00 € schätzt, zuträfe. Die erforderliche Beschwer der Klägerin entfällt nicht etwa deshalb, weil sich die Masse bereits aufgrund der vom Landgericht auf die Klage hin ausgesprochenen Feststellung als vollständig aufgezehrt darstellt. Denn diese Feststellung ist bislang nicht rechtskräftig geworden. Damit verbleibt die Möglichkeit, dass die Klägerin für den Fall eines Erfolges ihrer Berufung auf die nach Abzug der Kosten verbleibende Masse zugreifen kann, die jedenfalls einen Umfang von über 600,00 € hat. 89

2.	90
Der Zulässigkeit des Feststellungsantrags steht nicht entgegen, dass die von der Klägerin ermittelte Summe (210.723,19 €) geringfügig hinter dem sich aus den Einzelbeträgen ergebenden rechnerisch richtigen Betrag (210.745,16 €) zurückbleibt. Dieser Fehler ist bereits im Wege der gebotenen Auslegung des Feststellungsantrags zu berichtigen.	91
3.	92
Die Berufung ist jedoch unbegründet.	93
a)	94
Der Klägerin stehen keine Ansprüche wegen Nutzungsentschädigung gem. § 546 a BGB in Verbindung mit § 55 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 InsO für den Zeitraum vom 1.1. bis zum 8.8.2010 zu.	95
aa)	96
Da die Klägerin im vorliegenden Verfahren keine Ansprüche auf Herausgabe bzw. Aussonderung des Mietobjekts oder auf Räumung im Sinne von § 546 Abs. 1 BGB gegenüber dem Beklagten verfolgt, kommt es nicht darauf an, ob und unter welchen Umständen auch jener die Entfernung eingebrachter Sachen umfassende Räumungsanspruch des Vermieters als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren ist.	97
bb)	98
Ein Anspruch auf <i>Nutzungsentschädigung wegen Vorenthaltung</i> der Mietsache nach Vertragsende (§ 546a BGB), um den es hier geht, kann - wie die Mietforderung selbst - eine Masseverbindlichkeit darstellen.	99
(1)	100
Anders liegt es jedenfalls im Grundsatz dann, wenn das Mietverhältnis bereits vor der Insolvenzeröffnung aufgelöst worden ist (BGH, Urt. vom 21.12.2006, Az. IX ZR 66/05; NJW 2007, S. 1591), wenngleich auch in diesem Fall der Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO begründet, wenn er die Mietsache nach der Eröffnung des Verfahrens für die Masse in Anspruch nimmt, indem er für sie Besitz an der Mietsache ergreift und indem er zugleich den Vermieter gegen dessen Willen gezielt ausschließt (BGH, Urteil vom 1.3.2007, Az. IX ZR 81/05; NZI 2007, S. 335).	101
(2)	102
Für den vorliegenden Fall, in dem es erst nach der Insolvenzeröffnung - hier infolge der Kündigung des Beklagten zum 31.12.2010 - zur Auflösung des Mietverhältnisses gekommen ist, entsteht ein Nutzungsentschädigungsanspruch als Masseverbindlichkeit gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 InsO bereits dann, wenn der Insolvenzverwalter seiner Rückgabepflicht nicht nachkommt. Doch ist zu berücksichtigen, dass die Masse nur die Übertragung des Besitzes an den Vermieter, nicht hingegen Räumung (im Sinne von § 546 Abs. 1 BGB) schuldet, so dass die Rückgabe des ungeräumten Mietobjekts für sich betrachtet nicht bereits den Tatbestand der Vorenthaltung im Sinne des § 546a BGB erfüllt. Anders verhält es sich, wenn der Verwalter den vertragswidrigen Zustand selbst zu verantworten hat (OLG Saarbrücken, Urt. vom 9.3.2006, Az. 8 U 119/05; Münchener Kommentar InsO/Eckert, 2. Aufl., § 108 Rn.	103

118f., 123; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 13. Aufl., § 108 Rn. 41). Im Übrigen besteht ein Nutzungsentschädigungsanspruch nicht, soweit der Vermieter den Besitzübergang im Hinblick auf den vertragswidrigen Zustand der Mietsache verweigert, weil es dann am Rücknahmewillen fehlt (Uhlenbruck/Wegener, a.a.O.).

Unter diesen Voraussetzungen stünde der Klägerin nur dann ein 104
Nutzungsentschädigungsanspruch als Masseverbindlichkeit zu, wenn der Beklagte als (endgültiger) Insolvenzverwalter entweder Besitz an dem Mietobjekt ergriffen und sodann die Übertragung des Besitzes an dem Mietobjekt auf die Klägerin verweigert hätte oder wenn er einer Räumungspflicht nicht nachkommen wäre, die er durch sein eigenes Verhalten - als (endgültiger) Insolvenzverwalter - begründet hätte. Beides ist nicht der Fall:

(1) 105

Der Beklagte erlangte als (endgültiger) Insolvenzverwalter keinen Besitz an dem Mietobjekt. 106
Bereits als vorläufiger Insolvenzverwalter begründete er keinen Besitz an der Liegenschaft. Die Klägerin hat noch nicht einmal nachzuweisen vermocht, dass Mitarbeiter des Beklagten in der Zeit der vorläufigen Insolvenzverwaltung auch nur einen Schlüssel für das Grundstück bzw. die dort befindlichen Räumlichkeiten zur eigenen Verfügung hatten. Der Zeuge M hat vielmehr bekundet, er habe sich stets einen Schlüssel bei einem der Gesellschafter der Klägerin abholen müssen, wenn er das Gelände habe betreten wollen. Etwaige Weisungen in Bezug auf die Wiederaufnahme der Produktion, die der Beklagte in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter gegeben haben mag, begründeten ebenfalls keinen unmittelbaren Besitz. Selbst wenn diese Einflussnahme auf die Betriebsabläufe jedoch eine solche Intensität erreicht hätte, dass von einer Inbesitznahme durch den vorläufigen Insolvenzverwalter unter vollständiger Verdrängung der späteren Insolvenzschuldnerin als Besitzerin auszugehen wäre, wie die Klägerin dies behauptet, hätte ein darauf gründender Besitz nicht über die noch vor (endgültiger) Insolvenzeröffnung erfolgende Stilllegung des Betriebs hinaus gewirkt.

Es bleibt deshalb bei dem Befund, dass der Beklagte auch als (endgültiger) 107
Insolvenzverwalter keinen Besitz an dem Mietobjekt ergriffen oder erworben und der Klägerin folglich auch nicht die Inbesitznahme verwehrt hat, dass vielmehr die Klägerin allein jederzeitig faktischen und ab dem 1.1.2011 auch alleinigen rechtlichen Zugriff auf die Flächen und Räume hatte.

Dem steht nicht entgegen, dass sich der Beklagte der Klägerin gegenüber bereitfand, „zur 108
Räumung“ des Objekts einen Betrag von 9.520,00 € (brutto) zu zahlen. Mit dieser „Räumung“ ist nicht das Anerkenntnis eines Räumungsanspruchs der Klägerin gem. § 546 Abs. 1 BGB gegenüber der Masse gemeint, sondern die rein faktische Beseitigung der in dem Objekt verbliebenden Produktionsrückstände. Schließlich ist auch aus der Kündigung des Mietverhältnisses durch den Beklagten nicht herzuleiten, er habe als Insolvenzverwalter Besitz an dem Mietobjekt erlangt. Diese Kündigung wurde im Rahmen der „vorsorglichen“ Beendigung noch mit der Insolvenzschuldnerin bestehender Dauerschuldverhältnisse ausgesprochen. Die Rechtslage im Hinblick auf die Besitzverhältnisse an dem Mietobjekt wurde dadurch nicht beeinflusst.

(2) 109

Der Beklagte hat als (endgültiger) Insolvenzverwalter auch keinen vertragswidrigen Zustand 110
herbeigeführt, der in seiner Person Räumungspflichten gem. § 546 Abs. 1 BGB entstehen ließ. Das Abstellen von unverkäuflichen Produkten in den Hallen in einer Größenordnung von

1.200 m³ wie auch die Nichtentleerung von Silos oder das behauptete Beschädigen von Produktionsanlagen (, soweit diese Beschädigungen den Umfang der Räumungspflichten beeinflusst haben sollten,) fallen in den Zeitraum der vorläufigen Insolvenzverwaltung. Als (endgültiger) Insolvenzverwalter hat der Beklagte keine Maßnahmen veranlasst, die Räumungspflichten gegenüber der Klägerin begründet haben. Dass dem Insolvenzverwalter ein Verhalten aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens dergestalt zuzurechnen ist, dass sich daraus weitergehende vertragliche (Räumungs-)Pflichten als Masseverbindlichkeiten ergeben, ist mit der gesetzlichen Differenzierung, wie sie in § 55 Abs. 1 InsO einerseits und in § 55 Abs. 2 InsO andererseits Ausdruck gefunden hat, nicht vereinbar.

b) 111

Die Klägerin kann ein als Masseverbindlichkeit zu qualifizierendes Entgelt für die aus ihrer Sicht stattgefundene Vorenthaltung des Mietobjekts auch nicht unter dem Aspekt des § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO verlangen. 112

Kommt es zu fortdauerndem Gebrauch der Mietsache durch den Insolvenzverwalter, ergibt sich daraus ein Bereicherungsanspruch des Berechtigten, der sich gem. § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO gegen die Masse richtet (Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 1605). 113

Voraussetzung für eine solche Masseverbindlichkeit ist jedoch, dass es zumindest durch ein dem Beklagten zuzurechnendes Verhalten zu einer Nutzung des Mietobjekts für die Masse gekommen ist. Auch daran fehlt es, denn der Beklagte hat das Mietobjekt nach Insolvenzeröffnung nicht mehr für die Masse genutzt. Die Produktion und auch der Verkauf wurden bereits vor Eröffnung des (endgültigen) Insolvenzverfahrens eingestellt. Die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts sind nicht angegriffen worden. Auch mit ihren Ausführungen in der Berufungserwiderung vom 8.2.2013 stellt die Klägerin nicht in Abrede, dass das Mietobjekt schon vor der Eröffnung des (endgültigen) Insolvenzverfahrens nicht mehr zur Produktion oder auch nur zum Verkauf des produzierten Materials genutzt worden ist. Die Ausführungen der Klägerin betreffen mithin lediglich die rechtliche Frage, ob von einer „endgültigen Produktionseinstellung“ schon dann die Rede sein kann, wenn die Produktion jederzeit wieder angefahren werden könnte. Auf die Frage der Endgültigkeit kommt es indes auch für die Entstehung eines Bereicherungsanspruchs gem. § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO nicht an. Im Übrigen stellt allein die Lagerung unverkäuflichen Styropors, bezüglich dessen keine Vermarktungsbemühungen mehr stattfinden, noch keine Nutzung der Hallen für die Insolvenzmasse dar. 114

d) 115

Die Frage, ob und inwieweit der Klägerin aus einer Nutzung der Halle durch den Beklagten als vorläufigen Insolvenzverwalter oder aus einer von ihm veranlassten Veränderung des Mietobjekts Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 2 S. 2 InsO entstanden sind, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. 116

III. 117

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Kostenquote trägt dem Umstand Rechnung, dass die Berufung des Beklagten erst aufgrund der Hilfsaufrechnung Erfolg hatte. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 118

IV.	119
Der nachgereichte Schriftsatz der Klägerin vom 11.10.2013 gab keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.	120
V.	121
Die Zulassung der Revision ist geboten, weil die Auslegung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO in Bezug auf Mietzinsforderungen von Gesellschaftern oder gleichstehenden Dritten, die für den vorliegenden Fall entscheidend ist, für eine Vielzahl von Fällen bedeutsam und bislang noch nicht höchstrichterlich geklärt ist. Desgleichen ist nicht höchstrichterlich geklärt, ob Verhaltensweisen eines „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters für die Zeit nach Insolvenzeröffnung zu Nutzungsentschädigungsansprüchen als Masseverbindlichkeiten führen können.	122