



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IX ZR 207/06

vom

16. Oktober 2008

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter, die Richter Prof. Dr. Gehrlein und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Fischer

am 16. Oktober 2008

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 17. Oktober 2006 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 64.240,18 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft (§ 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und zulässig (§ 544 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO). Sie hat jedoch keinen Erfolg. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).
- 2 1. Anspruch auf Nutzungsentschädigung als Masseverbindlichkeit

3 a) Ist das Mietverhältnis vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet worden, sind der Rückgabeanspruch nach § 546 BGB sowie alle Abwicklungsansprüche bereits vor Eröffnung entstanden und grundsätzlich Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO. Das schließt den Anspruch des Vermieters auf Entschädigung bei verspäteter Rückgabe ein. Dieser Grundsatz ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann durchbrochen, wenn der Insolvenzverwalter die Miet- oder Pachtsache nach Verfahrenseröffnung (weiter) nutzt und den Vermieter dabei gezielt vom Besitz ausschließt (BGHZ 130, 38, 44; BGH, Urt. v. 21. Dezember 2006 - IX ZR 66/05, ZIP 2007, 340, 341 Rn. 11, 15). Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht ausgegangen. Die insoweit geltend gemachten Divergenzen liegen nicht vor. Die Subsumtion im Einzelfall ist Aufgabe des Tatrichters.

4 b) Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Das Berufungsgericht ging ersichtlich davon aus, dass die Klägerin die Schlüssel zur Inbesitznahme benötigte. Es hat außerdem zugrunde gelegt, dass der Beklagte zu 2 noch bei der schriftlichen Aufforderung der Klägerin zur Herausgabe der Schlüssel annahm, nicht im Besitz der Schlüssel zu sein. Der Vortrag der Klägerin dazu, dass sie die Mietsache anders nicht in Besitz nehmen konnte, war daher nicht entscheidungserheblich, ebenso die behauptete telefonische Aufforderung zur Herausgabe der Schlüssel im März 2002.

5 2. Haftung des Beklagten zu 1 gemäß § 60 InsO:

6 Der aus § 985 BGB sowie § 546 BGB folgende, durch die Insolvenzeröffnung inhaltlich unbeeinflusste Herausgabeanspruch begründet ohne Rücksicht darauf, ob das Mietverhältnis vor oder nach Insolvenzeröffnung beendet wurde, ein Aussonderungsrecht, allerdings nur, wenn der auszusondernde Ge-

genstand massebefangen ist. Dies ist der Fall, wenn der Verwalter Besitz daran ausübt (BGZ 148, 252, 260; BGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - IX ZR 84/07, NZI 2008, 554, 555 Rn. 14 f) oder unter Anerkennung des fremden Eigentums das Recht beansprucht, die Mietsache für die Masse zu nutzen und darüber zu entscheiden, ob, wann und in welcher Weise er sie an den Vermieter zurückgibt (BGHZ 127, 156, 161; BGH, Urt. v. 19. Juni 2008 aaO Rn. 15). Greifen diese Ausnahmetatbestände nicht ein, scheidet ein Herausgabe- und folglich auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Verwalter aus (BGH, Urt. v. 19. Juni 2008 Rn. 15).

7 Das Berufungsgericht hat zwar den Anspruch aus § 60 InsO allein mit dem Hinweis abgelehnt, es fehle an der Inbesitznahme durch den Beklagten. Nach den Feststellungen, die das Berufungsgericht anderweitig getroffen hat, hat jedoch der Beklagte auch nicht unter Anerkennung des fremden Eigentums das Recht beansprucht, die Mietsache für die Masse zu nutzen und darüber zu entscheiden, ob, wann und in welcher Weise er die Mietsache an den Vermieter zurückgibt. Nachdem er die Räumungs- und Verwertungsmöglichkeit erlangt hatte, hat er hiervon in vertretbarer Zeit Gebrauch gemacht und die Mietsache anschließend zurückgegeben.

8 Jedenfalls verschafft ein unterstellter Schadensersatzanspruch nach § 60 InsO keinen Ersatzschuldner, sondern wäre lediglich auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet, hier also einen möglichen Mietausfallschaden. Die Klägerin hätte deshalb darlegen müssen, wann sie das Objekt bei früherer Rückgabe anderweitig und zu welchem Mietzins hätte vermieten können (BGH, Urt. v. 25. Januar 2007 - IX ZR 216/05, ZIP 2007, 539, 540 Rn. 14 m.w.N.). Hierzu fehlt jedoch jeder Vortrag. Schon deshalb hätte das Berufungsgericht der Schadensersatzklage nicht stattgeben dürfen.

9                    3. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ZPO abgesehen.

Ganter

Gehrlein

Vill

Lohmann

Fischer

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 24.03.2006 - 16 O 856/03 -

OLG Köln, Entscheidung vom 17.10.2006 - 22 U 79/06 -