



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 279/13

Verkündet am:
29. Januar 2015
Kirchgeßner
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO § 39 Abs. 1 Nr. 5

Nach Wegfall des Eigenkapitalersatzrechts besteht kein Anspruch des Insolvenzverwalters auf unentgeltliche Nutzung von Betriebsanlagen, die der Gesellschafter seiner Gesellschaft vermietet hat.

InsO § 135 Abs. 3 Satz 1 und 2

Eine Aussonderungssperre kann in der Insolvenz einer Gesellschaft auch gegenüber einem mittelbaren Gesellschafter geltend gemacht werden. Das hierfür zu entrichtende Nutzungsentgelt bemisst sich nach dem Durchschnitt des im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrages anfechtungsfrei tatsächlich Geleisteten. Eine Aussonderungssperre scheidet aus, wenn der Überlassungsvertrag fortwirkt und der Gesellschafter gegenüber dem Insolvenzverwalter keine Aussonderung verlangen kann.

InsO § 135 Abs. 1 Nr. 2

Die Zahlung eines Nutzungsentgelts kann gegenüber dem Gesellschafter nicht als Befriedigung eines Darlehens, sondern nur als Befriedigung einer darlehensgleichen Forderung angefochten werden.

InsO § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2; BGB § 546a

Weist der Vermieter bei einem nach Verfahrenseröffnung beendeten Mietverhältnis die Rücknahme der Mietsache wegen eines ungeräumten oder vertragswidrigen Zustands zurück, besteht kein Entschädigungsanspruch gegen den Insolvenzverwalter wegen Vorenthaltung der Mietsache, wenn dieser nach Verfahrenseröffnung keine Veränderungen an der Mietsache vorgenommen hat.

InsO § 108 Abs. 1 Satz 1

Ein Mietvertrag, der die Nutzung unbeweglicher und beweglicher Gegenstände umfasst, dauert nach Insolvenzeröffnung fort, wenn die Vermietung unbeweglicher Gegenstände den Schwerpunkt des Vertrages bildet.

BGB §§ 133 B, F, 535 Abs. 1, 2

Weist ein schriftlicher Mietvertrag die beiden Eigentümer eines Grundstücks als Vermieter aus, kommt der Vertrag mit einer von den Eigentümern gebildeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Vermieterin zustande, wenn dies dem wirklichen Willen aller am Vertragsschluss auf Vermieter- und Mieterseite Vertretungsberechtigten entspricht (*falsa demonstratio*).

BGH, Urteil vom 29. Januar 2015 - IX ZR 279/13 - OLG Hamm
LG Bielefeld

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Januar 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Dr. Fischer, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Revision und der Revision des Beklagten das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 21. November 2013 im Kostenpunkt voll und in der Sache teilweise aufgehoben. Die Berufung der Klägerin und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld vom 17. August 2012 werden zurückgewiesen und das Urteil des Landgerichts wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin ein Masseanspruch im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO in Höhe von 95.818,83 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem Betrag von 8.710,83 € seit dem 22. September 2010 sowie aus je weiteren 29.036 € seit dem 15. Oktober 2010, dem 15. November 2010 und dem 15. Dezember 2010 zusteht. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu ein Drittel und der Beklagte zu zwei Drittel zu tragen.

Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf 60.000 € festgesetzt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte ist Verwalter in dem auf den Eigenantrag vom 3. Mai 2010 über das Vermögen der R. GmbH & Co. KG (nachfolgend: Schuldnerin) am 22. September 2010 eröffneten Insolvenzverfahren.

- 2 Die Brüder F. R. und H. R. (nachfolgend: Brüder R.) sind gemeinsam mit S. Kommanditisten der Schuldnerin. Die Kommanditeinlage der Brüder R. betrug zuletzt jeweils 1000 € und die von S. 500 €. Komplementärin der Schuldnerin ist - ohne Kapitalanteil - die U. Verwaltungs GmbH, an der die Brüder R. Geschäftsanteile von je 10.000 € und S. einen Geschäftsanteil von 5.000 € halten. Bis zum 9. Februar 2010 waren die Brüder R. einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer der U. Verwaltungs GmbH; seit dem 10. Februar 2010 übt alleine H. R. dieses Amt aus. Die Gesellschaftsverträge der Schuldnerin und ihrer Komplementär-GmbH sehen jeweils eine Befreiung der Geschäftsführer von den Bindungen des § 181 BGB vor. Ferner sind die Brüder R. Gesellschafter der in der Rechtsform einer GbR geführten Klägerin sowie jeweils hälftige Miteigentümer beziehungsweise Erbbauberech-

tigte von drei gewerblich genutzten Grundstücken, auf denen verschiedene Unternehmen, an denen die Brüder R. beteiligt sind, ihren Geschäftsbetrieb unterhalten.

3 Die Brüder R. schlossen als Vermieter mit der Schuldnerin, für die neben den Brüdern R. als Geschäftsführern der Komplementär-GmbH der Kommanditist S. handelte, am 2. Januar 2009 einen schriftlichen Geschäftsraummietvertrag über auf dieser Liegenschaft befindliche Lagerhallen, Büroräume, Lagerflächen und Maschinen. Die monatliche Miete betrug, wobei 4.000 € auf die Maschinen entfielen, 24.400 € zuzüglich Umsatzsteuer, insgesamt 29.036 €. Die Miete war nach § 6 des Mietvertrages monatlich im Voraus, spätestens am 15. Werktag eines Kalendermonats zu zahlen. Im Zeitraum von Dezember 2009 bis April 2010 wurde die Miete von der Schuldnerin jeweils verspätet beglichen. Die Klägerin, die sich als Vermieterin der Schuldnerin ansieht, meldete unbeglichene Mieten für den Zeitraum vom 1. Mai 2010 bis 21. September 2010 zur Tabelle an.

4 Nach Verfahrenseröffnung kündigte der Beklagte durch Schreiben vom 27. September 2010 den Mietvertrag zum "nächst möglichen ordentlichen gesetzlichen und/oder vertraglichen Kündigungstermin". Der vorab zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellte Beklagte setzte den Geschäftsbetrieb der Schuldnerin, die sich mit der Produktion von Styropor befasste, zunächst fort, stellte ihn aber vor Verfahrenseröffnung ein. Bis zum 8. August 2011 verblieben in den angemieteten Werkshallen etwa 1.200 Kubikmeter Styropor; ferner waren bis dahin mehrere Silos mit Rohstoffen befüllt.

5 Vorliegend nimmt die Klägerin den Beklagten, der im Laufe des Rechtsstreits Masseunzulänglichkeit angezeigt hat, auf Mieten für den Zeitraum vom

22. September 2010 bis 31. Dezember 2010 in Anspruch. Ferner verlangt sie für den nachfolgenden Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 8. August 2011 Zahlung einer Nutzungsentschädigung, weil der Beklagte die Räumlichkeiten erst zu diesem Zeitpunkt zurückgegeben habe. Der Beklagte, der die Brüder R.

und nicht die Klägerin als Vermieter der Schuldnerin ansieht, hat gegen die Klageforderung hilfsweise mit Ansprüchen aus Insolvenzanfechtung hinsichtlich der von der Schuldnerin an die Klägerin im Zeitraum von Dezember 2009 bis April 2010 gezahlten Mieten aufgerechnet.

6 Das Landgericht hat der auf Feststellung eines Masseanspruchs über 306.563,99 € gerichteten Klage teilweise stattgegeben und eine Forderung der Klägerin von 95.840,80 € festgestellt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage unter Berücksichtigung der Hilfsaufrechnung abgewiesen. Dagegen richten sich die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin und die von dem Senat zugelassene Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

I.

7 Die Revision des Beklagten ist nach der Zulassung durch den Senat uneingeschränkt zulässig. Ebenso verhält es sich für die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

8 Das Berufungsgericht hat die Revision der Klägerin ausweislich des Entscheidungstenors in vollem Umfang zugelassen. In der Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs ist zwar anerkannt, dass sich eine Eingrenzung der Zulassung der Revision auch aus den Entscheidungsgründen ergeben kann. Das muss jedoch zweifelsfrei geschehen; die bloße Angabe des Grundes für die Zulassung der Revision reicht nicht, um von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen (BGH, Urteil vom 31. Mai 2012 - I ZR 45/11, NJW 2012, 3577 Rn. 16 mwN). Eine Begrenzung ergibt sich nicht aus der Begründung des Berufungsgerichts, wonach ein Klärungsbedarf für die Auslegung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO in Bezug auf Mietforderungen der Gesellschafter oder gleichstehender Dritter und für eine Nutzungsentschädigung im Blick auf Verhaltensweisen des vorläufigen Insolvenzverwalters gegeben sei. Da diese Begründung beide in Streit stehenden Ansprüche betrifft, kann daraus keine Beschränkung der Revision hergeleitet werden.

II.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (abgedruckt bei ZIP 2014, 186) ausgeführt:

10 1. Die Berufung des Beklagten habe insoweit Erfolg, als der Klägerin wegen der von ihm hilfsweise erklärten Aufrechnung kein Anspruch auf Feststellung von Mietansprüchen für den Zeitraum vom 22. September 2010 bis 31. Dezember 2010 zustehe.

11 Der Mietvertrag sei zwischen der Klägerin und der Schuldnerin zustande gekommen, weil es sich bei der Benennung der Brüder R. als Vermieter ausweislich der Zeugenbekundungen um eine rechtlich nicht bedeutsame

Falschbezeichnung handele. Der Wille sämtlicher Vertragsschließender sei darauf gerichtet gewesen, ein Mietverhältnis mit der Klägerin zu begründen.

12 Da das Mietverhältnis auch nach Insolvenzeröffnung zunächst fortgedauert habe, stehe der Klägerin ab dem 22. September 2010 bis zur Beendigung des Mietvertrages am 31. Dezember 2010 eine monatliche Miete von 29.036 € zu. Entgegen der Auffassung des Beklagten finde § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf die nach Verfahrenseröffnung entstehenden Mietforderungen keine Anwendung. Mieten für die Zeit nach Verfahrenseröffnung stellten keine Insolvenzforderungen dar. Der Beklagte könne sich im Übrigen nicht auf § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO berufen. Der von dieser Vorschrift vorausgesetzte Aussonderungsanspruch fehle, weil die Klägerin eine Kündigung des Mietverhältnisses nicht ausgesprochen habe.

13 Dem Beklagten stünden infolge Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Rückgewähransprüche hinsichtlich der für die Monate Dezember 2009 bis einschließlich März 2010 geleisteten Mietzahlungen zu, die sich auf 116.144 € beliefen und mithin die Mietforderungen der Klägerin überstiegen. Einem Darlehen entsprächen sämtliche rechtlich oder auch nur faktisch gestundeten Forderungen, weil jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirke. Da der Mietvertrag durch die bis zum 15. Werktag jeden Monats vorgesehene Zahlung eine Art Stundung gewähre, könne nur noch eine Karenzfrist von einer Woche hinzugegeben werden, nach deren Ablauf von einem Stehenlassen der Mietforderung auszugehen sei. Unter Berücksichtigung der Zahlungstermine der letzten fünf Monate vor Stellung des Insolvenzantrages ergebe sich, dass die Mietforderungen für die Monate Dezember 2009 bis März 2010 den Charakter eines Gesellschafterdarlehens angenommen hätten. Die Klägerin unterliege als mittelbare Gesellschafterin der

Regelung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Bei dieser Sachlage berufe sich der Beklagte mit Erfolg auf eine Aufrechnung.

14 2. Die Berufung der Klägerin sei unbegründet, weil ihr keine Ansprüche auf Nutzungsentschädigung gemäß § 546a BGB in Verbindung mit § 55 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 InsO für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 8. August 2011 zustünden. Ein Nutzungsentschädigungsanspruch entstehe bereits dann als Masseverbindlichkeit, wenn der Insolvenzverwalter seiner Rückgabepflicht nicht nachkomme. Die Rückgabe des ungeräumten Mietobjekts erfülle nur den Tatbestand der Vorenthaltung, wenn der Verwalter den vertragswidrigen Zustand selbst zu verantworten habe. Der Beklagte habe als endgültiger Verwalter keinen Besitz an dem Mietobjekt begründet. Selbst ein von dem Beklagten als vorläufiger Verwalter durch auf die Wiederaufnahme der Produktion gerichtete Weisungen ausgeübter Besitz habe nicht über die vor Verfahrenseröffnung erfolgte Betriebsstilllegung hinaus gewirkt. Der Beklagte habe als endgültiger Verwalter keinen vertragswidrigen Zustand herbeigeführt.

15 Auch ein Anspruch aus § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO, der einen fortdauernden Gebrauch der Mietsache durch den Verwalter voraussetze, bestehe nicht. Der Beklagte habe das Mietobjekt nach Verfahrenseröffnung nicht mehr für die Masse genutzt. Allein die Lagerung unverkäuflichen Styropors stelle keine Nutzung dar.

III.

16 Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten rechtlicher Prüfung stand. Auf die teilweise begründete Revision der Klägerin ist das Ersturteil im

Wesentlichen wiederherzustellen, während die Revision des Beklagten insgesamt ohne Erfolg bleibt. Nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Beklagten und dem damit verbundenen Vollstreckungsverbot (§ 210 InsO) können die hier in Rede stehenden Masseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO) nicht mehr durch eine Leistungsklage, sondern nur noch im Wege der Feststellungsklage verfolgt werden (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2003 - IX ZR 101/02, BGHZ 154, 358, 363).

17 Zugunsten der Klägerin sind auf ihre Revision für den Zeitraum vom 22. September 2010 bis 31. Dezember 2010 in Einklang mit dem Ersturteil, das infolge eines Rechenfehlers einen Betrag von 95.840,80 € zugrunde gelegt hat, Mietforderungen über 95.818,83 € festzustellen.

18 1. Zu Unrecht wendet sich die Revision des Beklagten gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, wonach der Mietvertrag zwischen der Klägerin und der Schuldnerin zustande gekommen ist.

19 a) Da der Wille der Vertragsschließenden darauf gerichtet war, einen Mietvertrag zwischen der Klägerin und der Schuldnerin zu begründen, ist es unschädlich, dass die Vertragsurkunde anstelle der Klägerin die Brüder R. als Vermieter ausweist.

20 aa) Das Berufungsgericht hat nach Vernehmung von Zeugen auf der Grundlage einer tatrichterlichen Würdigung angenommen, dass entgegen dem Inhalt des schriftlichen Mietvertrages nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden ein Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Schuldnerin gewollt war. Die Auslegung eines Vertrages ist grundsätzlich Sache des Tatrichters und in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob

gesetzliche oder allgemein anerkannte Regeln, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob sie auf einem Verfahrensfehler beruht, indem unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer Acht gelassen wurde (BGH, Urteil vom 11. September 2002 - XII ZR 187/00, WM 2003, 393, 394). Derartige Rechtsfehler lässt die Beweiswürdigung nicht erkennen. Für ihre Richtigkeit spricht zudem der Umstand, dass der Vertrag über einen längeren Zeitraum in der Weise praktiziert wurde, dass die Schuldnerin insbesondere durch die Zahlung der Mieten die Klägerin als ihre Vermieterin behandelte (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 1999 - XII ZR 313/98, WM 2000, 539, 542). Schließlich wird die Auslegung - was die Revision des Beklagten verkennt - nicht dadurch rechtlich in Frage gestellt, dass die Grundstücke und die mitvermieteten Betriebsanlagen im Eigentum der Brüder R. und nicht der Klägerin standen. Wie sich schon aus den §§ 540, 565 BGB erschließt, muss der Vermieter nicht mit dem Eigentümer der Mietsache personenidentisch sein (MünchKomm-BGB/Häublein, 6. Aufl., § 535 Rn. 40).

21 bb) Bei dieser Sachlage ist es ohne Bedeutung, dass der schriftliche Mietvertrag nicht die Klägerin, sondern die Brüder R. als Vermieter benennt. Dabei handelt es sich um eine unschädliche Falschbezeichnung (*falsa demonstratio*; vgl. Lindner-Figura in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 5 Rn. 102 mwN). Für den Inhalt eines Vertrages ist der übereinstimmende Wille der Beteiligten maßgebend, selbst wenn die Erklärungen objektiv eine andere Bedeutung haben sollten, so dass ein unbefangener Dritter ihnen einen anderen Sinn beilegen würde (BGH, Urteil vom 26. April 1978 - VIII ZR 236/76, BGHZ 71, 243, 247). Haben alle Beteiligten eine Erklärung übereinstimmend in demselben Sinn verstanden, so geht der wirk-

liche Wille dem Wortlaut vor (BGH, Urteil vom 7. Dezember 2001 - V ZR 65/01, NJW 2002, 1038, 1039).

22 cc) Neben der Klägerin verkörperte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch die als GmbH & Co. KG in Gründung befindliche Schuldnerin eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Da der Geschäftswille der Brüder R. als vertretungsberechtigter Geschäftsführer beider Gesellschaften (§§ 714, 709 Abs. 1 BGB) auf den Abschluss eines Mietvertrages zwischen der Klägerin und der Schuldnerin gerichtet war, hindert die Falschbezeichnung auf der Vermieterseite nicht das Zustandekommen eines gültigen Vertrages.

23 Die durch Gesellschaftsvertrag vom 30. Dezember 2008 errichtete, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 2. Januar 2009 noch nicht in das Handelsregister eingetragene Schuldnerin bildete als künftige Kommanditgesellschaft in der Gründungsphase eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. Henze/Notz in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 177a Anh. A Rn. 42), die grundsätzlich von den Gesellschaftern als gemeinschaftlichen Geschäftsführern vertreten wird (§§ 714, 709 Abs. 1 BGB). Für die in Aussicht genommene Kommanditgesellschaft ergab sich jedoch aus § 170 HGB, dass der Kommanditist an der Vertretung und Geschäftsführung nicht zu beteiligen ist. Handelt es sich - wie hier - um eine als Kommanditgesellschaft gegründete, zunächst lediglich den §§ 705 ff BGB unterliegende Gesellschaft bürgerlichen Rechts, gilt die für die Kommanditgesellschaft gewollte Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung kraft der getroffenen Vereinbarung ebenso (BGH, Urteil vom 29. November 1971 - II ZR 181/68, WM 1972, 21, 22; OLG Hamm, NZG 2011, 300, 301 mwN). Mithin wurde die Schuldnerin alleine durch ihre Komplementär-GmbH und diese durch die Brüder R. als ihre Geschäftsführer vertreten (§ 125 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB, § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Darum ist

die Willensrichtung des Kommanditisten S. , der den Vertrag auf Seiten der Schuldnerin neben den Brüdern R. mitunterzeichnet hat, entgegen der Auffassung der Revision des Beklagten rechtlich nicht von Bedeutung. Soweit die Brüder R. für beide Seiten rechtsgeschäftlich tätig wurden, steht der Wirksamkeit des Vertrages nicht § 181 BGB entgegen, weil sie als Geschäftsführer der Schuldnerin und deren Komplementär-GmbH von den Bindungen des § 181 BGB befreit waren (vgl. MünchKomm-BGB/Schramm, 6. Aufl., § 181 Rn. 47; Henze/Notz in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, aaO Rn. 228).

24 b) Ungeachtet der Falschbezeichnung ist das Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB erfüllt.

25 aa) Die nach dieser Vorschrift zu beachtende Schriftform ist nur gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere den Mietgegenstand, die Miete sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses, aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt (BGH, Urteil vom 30. April 2014 - XII ZR 146/12, NJW 2014, 2102 Rn. 23 mwN). Diesen Anforderungen ist hinsichtlich der Klägerin nicht genügt, weil die Mietvertragsurkunde die Brüder R. als Vermieter anführt. Eine abstrakte Beschreibung, die auf die Klägerin als Vermieterin hindeutet, ist nicht verwendet worden (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 2005 - XII ZR 233/03, WM 2006, 499, 500).

26 bb) Die Benennung der Brüder R. anstelle der Klägerin ist jedoch unschädlich, weil zwischen den Vertragspartnern feststand, dass tatsächlich die Klägerin in die Vermieterstellung einrücken sollte. Im Falle einer versehentlichen Falschbezeichnung (*falsa demonstratio*) gilt nicht das fehlerhaft Er-

klärte, sondern das wirklich Gewollte. Dieser Grundsatz ist auch auf formgebundene Geschäfte anzuwenden (BGH, Urteil vom 25. März 1983 - V ZR 268/81, BGHZ 87, 150, 152 f; vom 18. Januar 2008 - V ZR 174/06, WM 2008, 1037 Rn. 12 mwN). Erweist sich der wahre Wille als ausschlaggebend, ist es entgegen der Auffassung der Revision des Beklagten ohne Bedeutung, dass die Brüder R. in der Vertragsurkunde auf Vermieterseite benannt wurden und für die Klägerin keinen schriftlichen Vertretungswillen zum Ausdruck gebracht haben.

27 2. Das zwischen der Klägerin und der Schuldnerin geschlossene Mietverhältnis währte, was die Revision des Beklagten ohne Erfolg beanstandet, ungeachtet der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin in vollem Umfang bis zur kündigungsbedingten Beendigung am 31. Dezember 2010 fort.

28 a) Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume bestehen gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Das Mietverhältnis wird folglich nicht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet. § 108 Abs. 1 InsO verdrängt insoweit § 103 Abs. 1 InsO (BGH, Urteil vom 22. Mai 2014 - IX ZR 136/13, WM 2014, 1239 Rn. 8; vom 9. Oktober 2014 - IX ZR 69/14, WM 2014, 2187 Rn. 8 mwN). Die Regelung des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO ist unabhängig davon anwendbar, ob der Schuldner als Vermieter/Verpächter oder - wie hier - als Mieter/Pächter an dem Rechtsverhältnis beteiligt ist (vgl. HK-InsO/Marotzke, 7. Aufl., § 108 Rn. 4).

29 b) Das Vertragsverhältnis der Klägerin mit der Schuldnerin wirkte nach Verfahrenseröffnung auch weiter, soweit die Vermietung neben unbeweglichen

Gegenständen und Räumen als bewegliche Gegenstände einzuordnende Betriebsanlagen betraf.

30 aa) Der Regelungsinhalt des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO beschränkt sich auf Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume. Miet- und Pachtverträge über bewegliche Gegenstände werden hingegen nicht von § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO erfasst, sondern sind - sofern nicht der Sonderfall des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO vorliegt - gemäß § 103 InsO abzuwickeln (HmbKomm-InsO/Pohlmann-Weide, 5. Aufl., § 108 Rn. 4b). Betrifft ein Mietverhältnis unbewegliche und bewegliche Gegenstände, ist § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO für den gesamten Vertrag maßgeblich, wenn die Vermietung des unbeweglichen Gegenstandes den Schwerpunkt des Vertrages ausmacht (vgl. BGH, Urteil vom 5. April 1978 - VIII ZR 42/77, BGHZ 71, 189, 191; vom 5. Juli 2007 - IX ZR 185/06, BGHZ 173, 116 Rn. 11; Jaeger/Jacoby, InsO, § 108 Rn. 46; MünchKomm-InsO/Eckert, 3. Aufl., § 108 Rn. 19).

31 bb) Im Streitfall findet der Vertrag in der Vermietung unbeweglicher Gegenstände sein wesentliches Gepräge. Nach dem Inhalt des Mietvertrages, der die Maschinenmiete nur nachrangig erwähnt, steht die Vermietung von Lagerhallen, Büroräumen und Lagerflächen ganz im Vordergrund. Für diese Mietgegenstände war eine monatliche Nettomiete von 20.400 € vereinbart, während die Nettomiete für die Maschinen lediglich 4.000 € monatlich, also nur rund ein Fünftel, betrug. Infolge der schwerpunktmäßig ausbedungenen Hauptleistungspflicht der Vermietung von Räumlichkeiten beurteilt sich das gesamte Vertragsverhältnis nach § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO. Mithin ist es entgegen der Revision des Beklagten ohne Bedeutung, ob die Maschinen als wesentliche Bestandteile des Grundstücks (§§ 93, 94 BGB) anzusehen sind.

- 32 3. Ebenso greift die von dem Beklagten mit seiner Revision erhobene Rüge nicht durch, die nach Verfahrenseröffnung zugunsten der Klägerin begründeten Mieten bildeten nachrangige Forderungen im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Vielmehr handelt es sich dabei in Einklang mit der Würdigung des Vordergerichts um Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO). Alle Auslegungsversuche, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einen Anspruch des Insolvenzverwalters auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung zu entnehmen, entbehren einer tragfähigen Grundlage.
- 33 a) Ansprüche aus einem gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO nach Insolvenzeröffnung fortbestehenden Mietverhältnis sind Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO), wenn - wie hier - ihre Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 - IX ZR 9/12, WM 2013, 138 Rn. 10; vom 9. Oktober 2014 - IX ZR 69/14, WM 2014, 2187 Rn. 8). Ansprüche für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Vermieter dagegen gemäß § 108 Abs. 3 InsO nur als Insolvenzgläubiger geltend machen (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012, aaO). Die im Streit stehenden, nach Verfahrenseröffnung erwachsenen Mietforderungen stellen darum Masseverbindlichkeiten dar. Die Vorschrift des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO belegt vor Verfahrenseröffnung erzeugte Gesellschafterforderungen unter bestimmten Voraussetzungen mit einem Nachrang. Da es sich vorliegend um nach Verfahrenseröffnung entstandene, den Regelungen der §§ 103 ff InsO zuzuordnende (BT-Drucks. 16/6140, S. 56) Masseverbindlichkeiten handelt, ist § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO aus rechtssystematischen Erwägungen nicht einschlägig (vgl. Rühle, ZIP 2009, 1358, 1359).
- 34 b) Auch nach seinem Sinn und Zweck findet § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf nach Verfahrenseröffnung zugunsten eines Gesellschafters aus einem Mietver-

hältnis hervorgegangene Masseverbindlichkeiten keine Anwendung. Ein Anspruch des Insolvenzverwalters auf unentgeltliche Nutzung seitens des Gesellschafters überlassener Betriebsmittel ist abweichend von dem früheren Eigenkapitalersatzrecht auf der Grundlage des durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) neu gestalteten Rechts nicht mehr anzuerkennen.

35 aa) Das durch das MoMiG außer Kraft gesetzte Eigenkapitalersatzrecht (§ 32a Abs. 3 GmbHG aF) gewährte dem Insolvenzverwalter einer Gesellschaft im Falle einer kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung nach Verfahrenseröffnung ein Recht auf unentgeltliche Nutzung gegen den Gesellschafter.

36 (1) Ebenso wie eine Darlehensgewährung konnte eine Nutzungsüberlassung von Grundstücken oder anderen Wirtschaftsgütern der insolvenzreifen Gesellschaft ermöglichen, ihren Geschäftsbetrieb fortzusetzen, weil ein außenstehender Dritter ihr weder die Nutzung des Wirtschaftsguts noch einen Kredit zu dessen Ankauf zur Verfügung stellen würde. In einem solchen Falle verhinderte der Gesellschafter durch die Gebrauchsüberlassung des benötigten Wirtschaftsguts die andernfalls nicht abzuwendende Liquidation der Gesellschaft ebenso wirkungsvoll, wie wenn er dieser durch die darlehensweise Überlassung der erforderlichen Zahlungsmittel ermöglicht hätte, die Investition selbst durchzuführen. Daher war von der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit von Darlehens- und Gebrauchsüberlassung im Sinne des § 32a Abs. 3 GmbHG aF auszugehen (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1989 - II ZR 307/88, BGHZ 109, 55, 58 f; vom 28. Mai 2013 - II ZR 83/12, WM 2013, 1646 Rn. 11 mwN). Gegenstand des Eigenkapitalersatzes war das der Gesellschaft eingeräumte Nutzungsrecht.

- 37 (2) Als Rechtsfolge der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung durfte der Gesellschafter, der die Gesellschaft weder liquidiert, noch ihr neues haftendes Kapital zuführt, sondern durch die fortdauernde Gebrauchsüberlassung das Überleben der GmbH ermöglicht, von der Gesellschaft das vereinbarte Nutzungsentgelt so lange nicht fordern, wie dieses nicht aus ungebundenem Vermögen der Gesellschaft bezahlt werden konnte (BGH, Urteil vom 7. Dezember 1998 - II ZR 382/96, BGHZ 140, 147, 149 f mwN). Der Insolvenzverwalter konnte nach Verfahrenseröffnung verlangen, dass ihm das vermietete oder verpachtete Grundstück für die Zwecke des Insolvenzverfahrens für die vereinbarte oder für die - im Falle der Vereinbarung einer nicht hinnehmbar kurzen, den Gepflogenheiten auf dem entsprechenden Markt widersprechenden Frist - übliche Zeit überlassen blieb (BGH, aaO S. 150; Urteil vom 28. Mai 2013, aaO jeweils mwN). Mangels einer Zahlungspflicht der Gesellschaft kam eine fristlose Kündigung des Vertrages wegen Zahlungsverzuges nicht in Betracht (Gehrlein in Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 3. Aufl., 9. Kap. Rn. 93). Zu dem Kreis der Verpflichteten gehörten auch mittelbare Gesellschafter (BGH, Urteil vom 28. Mai 2013, aaO mwN).
- 38 bb) Nach dem verlautbarten Willen des Gesetzgebers ist infolge der Beseitigung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG der Anspruch des Insolvenzverwalters gegen den Gesellschafter auf unentgeltliche Nutzung eines überlassenen Wirtschaftsguts entfallen.
- 39 Zwar wird durch die Formulierung "Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen" in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO die Vorschrift des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF in personeller und sachlicher Hinsicht übernommen. Der Gesetzgeber hat indes betont, dass hinsichtlich der in diesem Zusammenhang bislang unter dem Stichwort der eigen-

kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung diskutierten Fallgruppe die Neuregelungen nicht ohne Auswirkungen bleiben, soweit die Rechtsprechung in diesen Fällen bislang aufgrund einer Umqualifizierung der Leistung in Eigenkapital eine Verpflichtung des Gesellschafters annahm, der Gesellschaft das Wirtschaftsgut unentgeltlich zu belassen. Diese Begründung für eine von den Grundregeln der §§ 103 ff InsO abweichenden Rechtsfolge findet in der Neuregelung keine Entsprechung, weil diese nach ihrer Systematik nicht mehr an einen eigenkapitalersetzenden Charakter der Leistung anknüpft und die Insolvenz der Gesellschaft keine Auswirkungen auf die Eigentümerstellung des Gesellschafters hinsichtlich des überlassenen Gegenstandes hat. Eine ausdrückliche Klarstellung in einem solchen Sinne, dass nämlich im Falle einer Nutzungsüberlassung die Kreditgewährung nur das Entgelt betreffe, nicht aber in der Nutzungsüberlassung selbst liegen könne, erachtete der Gesetzgeber als nicht geboten (BT-Drucks. 16/6140, S. 56).

40 cc) Sie wäre in der Tat überflüssig. Die Vorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG ordnet in Abkehr von dem früheren Rechtszustand an, dass Gesellschafterdarlehen und Leistungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen, nicht der Kapitalbindung des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG unterliegen. Zugleich wurden §§ 32a, 32b GmbHG aF als Grundvorschriften des Eigenkapitalersatzrechts aufgehoben und der inhaltlich darauf bezogene § 135 Abs. 1 InsO des Tatbestandsmerkmals "kapitalersetzend" entkleidet. Diese Gesetzesänderungen verdeutlichen, dass Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Leistungen einschließlich einer Nutzungsüberlassung nicht wie haftendes Eigenkapital zu behandeln sind (vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 5. Aufl., § 30 Rn. 78 ff). Stellt eine Nutzungsüberlassung keine Kreditgewährung dar (BT-Drucks. 16/6140, aaO), können von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, der seinen Geltungsbereich auf einem Darle-

hen gleichgestellte Forderungen erstreckt, Nutzungen nicht erfasst werden. Damit kann ein Anspruch des Insolvenzverwalters auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung nicht aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO hergeleitet werden (Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 41; Schröder, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, 2012, Rn. 174; Graf-Schlicker/Neußner, InsO, 4. Aufl., § 135 Rn. 36; Ulmer/Habersack, GmbHG Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 61; MünchKomm-InsO/Gehrlein, 3. Aufl., § 135 Rn. 45; Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 135 Rn. 31; ders. in Festschrift Wellensiek, 2011, S. 551, 554, 557 f; Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl., Anh. § 64 Rn. 340; ders., ZIP 2010, 1, 6; Dahl/Schmitz, NZG 2009, 325, 328; Rühle, ZIP 2009, 1358, 1359 f; aA Haas, ZInsO 2007, 617, 623 f; Marotzke, ZInsO 2009, 2073 f; Hölzle, ZIP 2009, 1939, 1946).

41 c) Abweichendes kann dem gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens eingefügten § 135 Abs. 3 Satz 1 und 2 InsO nicht entnommen werden.

42 aa) Diese Bestimmung sieht zu Lasten des Gesellschafters für Gegenstände, die zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung sind, eine Aussonderungssperre von längstens einem Jahr verbunden mit einem Ausgleichsanspruch vor, der sich auf den Durchschnitt der vor Verfahrenseröffnung tatsächlich gezahlten Vergütung ermäßigt (BT-Drucks. 16/9737, S. 59). Da diese Regelung auf die Bedeutung des Gegenstandes für die Betriebsfortführung und nicht mehr auf die das Eigenkapitalersatzrecht prägende Gleichsetzung von Darlehensgewährung und Nutzungsüberlassung abstellt, verbietet sich jede Auslegung, die auf eine auch nur begrenzte Fortschreibung des Eigenkapitalersatzrechts hinausläuft (vgl. Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 39; Schröder, aaO). Dies unterstreicht der weitere Umstand, dass der Nutzungsanspruch gemäß § 135 Abs. 3 Satz 2

InsO im Gegensatz zum Eigenkapitalersatzrecht jedenfalls grundsätzlich entgeltlich ausgestaltet ist.

43 bb) Entsprechend diesem Verständnis hat der Gesetzgeber bei der nachträglichen Einführung des § 135 Abs. 3 InsO in Einklang mit dem bei Einbringung des MoMiG geäußerten Regelungsziel der Abschaffung des Kapitalersatzrechts (BT-Drucks. 16/6140, S. 42, 56) ausdrücklich bekräftigt, dass die dogmatische Grundlage der bisherigen Rechtsprechung zur eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung entfallen ist (BT-Drucks. 16/9737, aaO; Dahl/Schmitz, NZG 2009, 325, 328). Wurde das Eigenkapitalersatzrecht gänzlich beseitigt, kann auch aus § 135 Abs. 3 Satz 1 und 2 InsO ein Anspruch der insolventen Gesellschaft auf unentgeltliche Nutzungsüberlassung gegen den Gesellschafter, dem der Gesetzgeber kein Sonderopfer abverlangt (BT-Drucks., aaO), nicht gefolgert werden. Demnach trifft § 135 Abs. 3 Satz 1 und 2 InsO keine Aussage über die Abwertung von nach Verfahrenseröffnung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu zahlendem Nutzungsentgelt.

44 4. Schließlich dringt die Revision des Beklagten nicht durch, soweit sie nach Maßgabe des § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO eine Minderung des Vergütungsanspruchs der Klägerin auf den Durchschnitt des im letzten Jahr von der Schuldnerin tatsächlich Geleisteten verlangt. Die Vorschrift ist mangels Erhebung eines Aussonderungsanspruchs durch die Klägerin nicht einschlägig.

45 a) Allerdings ist § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO nicht schon deshalb unanwendbar, weil die Klägerin selbst keine Gesellschafterin der Schuldnerin ist.

46 aa) Der Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erfasst Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Forderungen aus Rechtshand-

lungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen. Die Sicherung und Befriedigung einer Forderung im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterwirft § 135 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO der Anfechtung. Auch wenn Rechtshandlungen Dritter in § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO nicht ausdrücklich erwähnt werden, sollte durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen in diese Vorschriften der Anwendungsbereich des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF auch in personeller Hinsicht übernommen werden (BT-Drucks. 16/6140, S. 56). Von der Neuregelung werden daher auch Rechtshandlungen Dritter erfasst, welche der Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen. Dies gilt insbesondere für Darlehen verbundener Unternehmen (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 Rn. 10; vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 14 ff; vom 18. Juli 2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 Rn. 23).

47 bb) Die Bestimmung des § 135 Abs. 3 InsO ordnet eine Aussonderungssperre für von einem Gesellschafter zum Gebrauch überlassene Gegenstände an, die zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung sind. Im Unterschied zu § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO erstreckt sich der Tatbestand des § 135 Abs. 3 InsO seinem Wortlaut nach nicht ausdrücklich auf wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen.

48 Daraus wird bisweilen geschlossen, dass verbundene Unternehmen nicht der Regelung des § 135 Abs. 3 InsO unterliegen (Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 44; Dahl/Schmitz, NZG 2009, 325, 329; Spliedt, ZIP 2009, 149, 156). Diesem restriktiven Verständnis kann, zumal die wünschenswerte Klarstellung lediglich infolge eines gesetzgeberischen Redaktionsversehens unterblieben ist (vgl. Schröder, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, 2012, Rn. 180), nicht beigetreten werden. Da

§ 135 Abs. 4 InsO auf § 39 Abs. 4 und 5 InsO verweist und diese Vorschriften mit § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO korrespondieren, ist die Auslegung vorzugswürdig, dass § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auch im Rahmen des § 135 Abs. 3 InsO Geltung beansprucht. Sie kann sich auf die weitere Erwägung stützen, dass die Einbeziehung gesellschaftergleicher Dritter, die dem Eigenkapitalersatzrecht zugrunde lag, von dem Gesetzgeber des MoMiG auch für das neue Recht ganz allgemein fortgeführt wurde (BT-Drucks. 16/6140, S. 56). Ferner manifestiert sich der Wille des Gesetzgebers, mittelbare Gesellschafter der Regelung zu unterwerfen, in dem bei Einführung des § 135 Abs. 3 InsO betonten Hinweis auf die Treuepflicht der Gesellschafter (BT-Drucks. 16/9737, S. 59), die auch für verbundene Unternehmen gilt (Schröder, aaO Rn. 179). Darum kann dem Gesamtzusammenhang des § 135 Abs. 3 InsO, der einen Gleichlauf mit den Regelungen über Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Forderungen herzustellen sucht, entnommen werden, dass auch gesellschaftergleiche Dritte erfasst werden (Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 135 Rn. 21; Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 135 Rn. 36; Graf-Schlicker/Neußner, InsO, 4. Aufl., § 135 Rn. 37; Gottwald/Haas/Hossfeld, Insolvenzrechtshandbuch, 4. Aufl., § 92 Rn. 465; HK-InsO/Kleindiek, 7. Aufl., § 135 Rn. 55 f; Fischer in Festschrift Wellensiek, 2011, S. 443, 447; Schröder, aaO Rn. 178).

49 cc) Bei diesem Verständnis kann die Regelung des § 135 Abs. 3 InsO grundsätzlich auf die Klägerin als ein mit der Schuldnerin verbundenes Unternehmen angewendet werden.

50 (1) Leistungen Dritter werden erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht. Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der die Leistung annehmen-

den und der die Leistung gewährenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten maßgeblich beteiligt ist (BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 Rn. 24). Eine maßgebliche Beteiligung in diesem Sinn ist gegeben, wenn der Gesellschafter auf die Entscheidungen des hilfeleistenden Unternehmens, nämlich auf die Gewährung oder auf den Abzug der Leistung an das andere Unternehmen, einen bestimmenden Einfluss ausüben, insbesondere dem Geschäftsführungsorgan der Hilfe gewährenden Gesellschaft durch Gesellschafterbeschlüsse gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG entsprechende Weisungen erteilen kann (BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, WM 2008, 1164 Rn. 10; vom 28. Februar 2012 - II ZR 115/11, WM 2012, 843 Rn. 18). Dazu genügt bei einer GmbH & Co. KG eine Beteiligung von mehr als 50 vH (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2013, aaO).

51 (2) Im Streitfall sind die Brüder R. an der Klägerin als die Nutzung gewährenden Gesellschaft wie auch an der Schuldnerin als die Nutzung annehmenden Gesellschaft als Mehrheitsgesellschafter beteiligt. Zwar verfügen sie einzeln nur über eine Beteiligung von genau 50 vH an der Klägerin. Eine getrennte Betrachtung der jeweiligen Beteiligungswerte würde jedoch dem Umstand nicht gerecht, dass sich die Brüder R. als Mehrheitsgesellschafter der Schuldnerin unter dem Dach der Klägerin zusammengeschlossen haben, um der Schuldnerin die benötigten Betriebsgegenstände mietweise zu überlassen. Vor diesem Hintergrund sind die Beteiligungswerte von jeweils 50 vH an der Klägerin auf 100 vH zu addieren, weil die Brüder R. die Klägerin kraft Bündelung ihrer Beteiligungen im gleichgerichteten Interesse übereinstimmend als Vermieterin der Schuldnerin eingesetzt haben (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2006 - II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 Rn. 19; Gehrlein in Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 3. Aufl., 9. Kap. Rn. 81). Das koordinierte Zusammenwirken der Gesellschafter ermöglicht die gemeinsame

Zurechnung der wechselseitigen Beteiligungen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2007 - II ZR 106/06, ZIP 2007, 1407; vom 26. April 2010 - II ZR 60/09, WM 2010, 1415 Rn. 5). In dem hier gegebenen Fall einer Betriebsaufspaltung bilden das Besitz- und das Betriebsunternehmen eine wirtschaftliche Einheit, die es rechtfertigt, die Mehrheitsgesellschafter beider Unternehmen der Verantwortung des § 135 Abs. 3 InsO zu unterwerfen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1992 - II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 34 f; vom 11. Juli 1994 - II ZR 146/92, BGHZ 127, 1, 5; Ulmer/Habersack, GmbHG, 1. Aufl., §§ 32a/b Rn. 136; Graf-Schlicker/Neußner, InsO, 4. Aufl., § 39 Rn. 27; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl., § 30 Anh. Rn. 42). Mithin steht die Klägerin einer Gesellschafterin der Schuldnerin gleich.

52 b) Jedoch greift § 135 Abs. 3 InsO nach seinen weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen nicht durch, weil die Klägerin kein Aussonderungsrecht gegenüber der Schuldnerin erhoben, sondern das Mietverhältnis fortgesetzt hat.

53 aa) Der Gesetzgeber hat mit § 135 Abs. 3 InsO eine Regelung geschaffen, welche die Rechtsfolgen der Streichung der eigenkapitaleretzenden Nutzungsüberlassung durch die Gewährung eines zeitlich beschränkten entgeltlichen Nutzungsrechts der Masse abmildern soll, das sich auf den Durchschnitt des im Jahr vor Antragstellung von der Schuldnerin an den Gesellschafter anfechtungsfrei tatsächlich Geleisteten bemisst.

54 (1) Nach dieser Vorschrift kann der Gesellschafter seinen Aussonderungsanspruch während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens für eine Zeit von einem Jahr ab dessen Eröffnung, nicht geltend machen. Nach Ablauf dieser Frist ist es sachgerecht, dass der Gesellschafter die Gegenstände herausverlangen kann, während sie bis zu diesem Zeitpunkt zu den vereinbarten

Bedingungen für die Fortführung des Betriebes weiterhin zur Verfügung stehen (BT-Drucks. 16/9737, S. 59). Legitimationsgrundlage für die Inanspruchnahme bildet die Treuepflicht des Gesellschafters, der es widerspräche, wenn zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassene Gegenstände nach Verfahrenseröffnung jederzeit zurückverlangt werden könnten, obwohl diese zur Betriebsfortführung von erheblicher Bedeutung sind (BT-Drucks. aaO; Schröder, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, 2012, Rn. 173).

55 (2) Die Nutzung überlassener Gegenstände erfolgt jedoch im Gegensatz zu dem vormaligen Eigenkapitalersatzrecht nicht unentgeltlich. Der Gesellschafter soll grundsätzlich dieselbe Vergütung erhalten, die ihm zuvor tatsächlich zugeflossen ist; ihm soll kein darüber hinausgehendes Sonderopfer abverlangt werden. War etwa für eine Gebrauchsüberlassung eine bestimmte Vergütung vereinbart, wurde diese jedoch nicht entrichtet, so bestimmt sich die Höhe des Ausgleichs nach dem im letzten Jahr tatsächlich vom Schuldner Geleisteten (BT-Drucks. aaO). Falls die Nutzungsdauer ein Jahr unterschreitet, ist der Durchschnitt der während dieses Zeitraums erbrachten Zahlungen zu berücksichtigen (Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 135 Rn. 23). Nach Sinn und Zweck der Vorschrift können nur solche Zahlungen bei der Bemessung des Anspruchs angerechnet werden, die der Gesellschafter trotz der Verfahrenseröffnung behalten darf. Darum haben anfechtbare Zahlungen außer Ansatz zu bleiben, weil sie dem Gesellschafter keine dauerhaft verbleibende Befriedigung gewähren (Uhlenbruck/Hirte, aaO; Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 51; Graf-Schlicker/Neußner, InsO, 4. Aufl., § 135 Rn. 44; HK-InsO/Kleindiek, 7. Aufl., § 135 Rn. 59; MünchKomm-InsO/Gehrlein, 3. Aufl., § 135 Rn. 49; Bitter, ZIP 2010, 1, 11; Fischer in Festschrift Wellensiek, 2011, S. 443, 448 f; Dahl/Schmitz, NZG 2009, 325, 329 f; aA Gottwald/Haas/Hossfeld, Insolvenzrechtshandbuch, 4. Aufl., § 92 Rn. 474).

56 (3) Abweichend von dem auf einem Redaktionsversehen beruhenden Wortlaut des § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO ist nicht der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, sondern entsprechend den allgemeinen anfechtungsrechtlichen Grundsätzen der Zeitpunkt der Antragstellung als Stichtag der Jahresfrist für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs heranzuziehen. Diese Betrachtungsweise stellt sicher, dass entsprechend dem Willen des Gesetzgebers das von etwaigen Rechtswirkungen des Eröffnungsverfahrens unbeeinflusste tatsächliche (vgl. BT-Drucks., aaO) Zahlungsverhalten des Schuldners die Grundlage für die Bemessung des Anspruchs bildet. Handelt es sich - wie von § 135 Abs. 3 InsO vorausgesetzt - um betriebsnotwendige Gegenstände, ist nach Antragstellung mit einer Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO zu rechnen (vgl. allgemein BGH, Urteil vom 3. Dezember 2009 - IX ZR 7/09, BGHZ 183, 269 Rn. 26 ff; vom 8. März 2012 - IX ZR 78/11, WM 2012, 706 Rn. 14). Ungeachtet einer solchen Anordnung wird ein nach Antragstellung eingesetzter vorläufiger Verwalter seine Zustimmung für Zahlungen an den Gesellschafter in aller Regel - wie offenbar auch im Streitfall - versagen. Da dem faktischen Zahlungsverhalten der Gesellschaft Vorrang zukommt, ist es sachgerecht, den Anspruch nach Maßgabe der vor Antragstellung geleisteten Vergütung und damit ungeachtet verfahrensbedingter Ausfälle zu bemessen (Preuß in Kübler/Prütting/Bork, aaO Rn. 52; Uhlenbruck/Hirte, aaO; Pape/Uhländer/Schluck-Amend, InsO, § 135 Rn. 40; MünchKomm-InsO/Gehrlein, aaO; Fischer, aaO S. 448; Dahl/Schmitz, aaO S. 330; Schröder, aaO Rn. 195; ähnlich Spliedt, ZIP 2009, 149, 157, der auf die Anordnung der vorläufigen Verwaltung abstellt; aA HK-InsO/Kleindiek, aaO § 135 Rn. 58; Bitter, aaO S. 12).

57 bb) Der Regelungsbereich des § 135 Abs. 3 InsO ist jedoch nicht berührt, sofern das vertragliche Nutzungsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und

der Gesellschaft nach Verfahrenseröffnung fortbesteht. In dieser Weise verhält es sich im Streitfall, weil der Mietvertrag der Parteien über die Verfahrenseröffnung hinaus bis zum 31. Dezember 2010 weitergalt und dem Kläger deshalb bis dahin kein Aussonderungsanspruch zustand.

58 (1) Dauert ein Mietverhältnis gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO über die Verfahrenseröffnung hinaus fort, kann der Vermieter von dem Insolvenzverwalter die Begleichung der vereinbarten Miete als Masseverbindlichkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO) verlangen (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 - IX ZR 9/12, WM 2013, 138 Rn. 10; vom 9. Oktober 2014 - IX ZR 69/14, WM 2014, 2187 Rn. 8). Nach Streichung des Eigenkapitalersatzrechts erleidet dieser Grundsatz keine Durchbrechung, wenn ein Gesellschafter mit einer insolventen Gesellschaft durch einen über die Verfahrenseröffnung hinaus fortwirkenden Miet- oder Pachtvertrag verbunden ist. Vielmehr kann der Gesellschafter auch nach Verfahrenseröffnung die vereinbarte vertragliche Miete als Masseverbindlichkeit beanspruchen (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 56; BT-Drucks. 16/9737, S. 59).

59 (2) Endet hingegen der Miet- oder Pachtvertrag, darf der Gesellschafter den ihm an dem Nutzungsrecht zustehenden Aussonderungsanspruch gemäß § 135 Abs. 3 Satz 1 InsO für die Dauer von höchstens einem Jahr nicht geltend machen, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung ist. Als Gegenleistung für die der Vorschrift des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO nahestehende (vgl. BT-Drucks. 16/9737, aaO) Aussonderungssperre ist dem Gesellschafter gemäß § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO ein Ausgleich zu leisten, der dem Durchschnitt der im letzten Jahr vor Antragstellung erbrachten Vergütung entspricht. Da mit der Regelung des § 135 Abs. 3 InsO eine Ausgleichspflicht für eine vertragslose Zeitspanne

geschaffen wird, begründet die Norm ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der Masse (Fischer in Festschrift Wellensiek, 2011, S. 443, 446; MünchKomm-InsO/Gehrlein, 3. Aufl., § 135 Rn. 45).

60 (3) Fehlt es an einem Aussonderungsrecht, ist § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO unanwendbar und das volle vertraglich vereinbarte Nutzungsentgelt geschuldet. Dieses Verständnis entspricht - was die Revision des Beklagten verkennt - dem Willen des Gesetzgebers. Dieser hat in Einklang mit § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO ausdrücklich hervorgehoben, dass das vertragliche Nutzungsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der Schuldnerin nach Verfahrenseröffnung auf der Grundlage der §§ 103 ff InsO fortwirkt (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 56). Bei Schaffung des § 135 Abs. 3 InsO hat der Gesetzgeber ausgeführt, dass aus dieser Vorschrift begründete Entgeltansprüche Masseverbindlichkeiten darstellen (BT-Drucks. 16/9737, S. 59). Diese Äußerung, die sich nach dem Sachzusammenhang ersichtlich nicht mit dem vertraglichen Nutzungsentgelt befasst, ist dahin zu verstehen, dass auch die Vergütung aus dem durch § 135 Abs. 3 InsO geschaffenen gesetzlichen Nutzungsverhältnis eine Masseverbindlichkeit bildet.

61 Ergänzend hat der Gesetzgeber erläutert, dass der Entgeltanspruch aus § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO grundsätzlich "auch dann" besteht, wenn der Insolvenzverwalter die weitere Nutzung des Vermögensgegenstandes beansprucht, an dem Vertragsverhältnis aber nicht festhalten will und von seinem Sonderkündigungsrecht Gebrauch macht (BT-Drucks. 16/9737, aaO). Die von dem Gesetzgeber angesprochene Notwendigkeit einer Kündigung verdeutlicht, dass der geminderte Entgeltanspruch nur im Rahmen des gesetzlichen Schuldverhältnisses maßgeblich und deshalb an die - gleich ob von dem Gesellschafter oder dem Insolvenzverwalter veranlasste - Beendigung des Nutzungsvertrages

geknüpft ist. Während der Laufzeit des Vertrages bleibt folgerichtig die vertragliche Vergütungsvereinbarung wirksam. Durch den Hinweis auf das Sonderkündigungsrecht wird dem Insolvenzverwalter ein Weg vorgezeichnet, in Ausübung dieses Gestaltungsrechts den Nutzungsvertrag zu beenden und den Entgeltanspruch auf den Durchschnitt des vor Verfahrenseröffnung Geleisteten zu senken. Es wäre nicht einsichtig, warum der Insolvenzverwalter zwecks Reduzierung der Vergütung das Nutzungsverhältnis kündigen müsste, wenn er nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch vertraglich nur das geminderte Entgelt schuldet. Vielmehr folgt daraus im Gegenschluss, dass der vertragliche Vergütungsanspruch, zu dem der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO keine Regelung treffen wollte, unangetastet bleibt. Darum ist während der Vertragslaufzeit das volle vereinbarte Entgelt als Masseverbindlichkeit zu erbringen.

62 (4) Für dieses Verständnis spricht auch der Ausnahmecharakter des § 135 Abs. 3 InsO, der eine nach Streichung des Eigenkapitalersatzrechts entstandene Schutzlücke zu schließen sucht, indem das Aussonderungsrecht des Gesellschafters im Blick auf solche Gegenstände, die für die Fortführung des Unternehmens von erheblicher Bedeutung sind, beschränkt wird (vgl. BT-Drucks. 16/9737, S. 59). Die Vorschrift gilt schon in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich nicht für jedes Aussonderungsgut. Die Vorschrift ist nicht einschlägig, wenn - wie im Streitfall - der Betrieb stillgelegt wird (Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 47; Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 135 Rn. 43). Als auf Aussonderungssachverhalte über betriebsnotwendige Gegenstände bezogene Ausnahmegesetzvorschrift ist § 135 Abs. 3 InsO einer erweiterten Auslegung auf Sachverhalte, in denen weder eine Betriebsfortführung beabsichtigt noch ein Aussonderungsanspruch erhoben wird, nicht zugänglich (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 2010 - IX ZR 212/09, WM 2010, 1986 Rn. 35).

63 (5) Mithin setzt die Ermäßigung des Entgeltanspruchs gemäß § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO voraus, dass das vertragliche Besitzrecht der Gesellschaft beendet ist. Der Insolvenzverwalter hat nach dem Gesetzeswortlaut und den Gesetzesmaterialien, die ihm zwecks Minderung des Entgelts eine Kündigung des Nutzungsverhältnisses ansinnen (BT-Drucks. 16/9737, S. 59), gerade nicht die Möglichkeit, das Nutzungsverhältnis dauerhaft fortzuführen und während des ersten Jahres die nach § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO ermäßigte Vergütung zu entrichten. Vielmehr sieht § 135 Abs. 3 Satz 2 InsO ein reduziertes Nutzungsentgelt nur vor, wenn der Gesellschafter seinen Aussonderungsanspruch spätestens nach einem Jahr durchsetzen kann. Allein auf der Grundlage des nach Beendigung des vertraglichen Nutzungsverhältnisses durch § 135 Abs. 3 InsO zwischen der Masse und dem Gesellschafter errichteten gesetzlichen Schuldverhältnisses kommt eine Minderung der Vergütung in Betracht (Schmidt, DB 2008, 1727, 1732 f; ders., InsO, 18. Aufl., § 135 Rn. 37, 42; HK-InsO/Kleindiek, InsO, 7. Aufl., § 135 Rn. 51; Fischer in Festschrift Wellensiek, 2011, S. 443, 446; Ulmer/Habersack, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 30 Rn. 62; Graf-Schlicker/Neußner, InsO, 4. Aufl., § 135 Rn. 39; Schröder, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, 2012, Rn. 199; HmbKomm-InsO/Schröder, 5. Aufl., § 135 Rn. 56; MünchKomm-InsO/Gehrlein, 3. Aufl., § 135 Rn. 45, 50; Rühle, ZIP 2009, 1358, 1361 f; aA Jaeger/Jacoby, InsO, § 108 Rn. 174; Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl., Anh. § 64 Rn. 348; ders., ZIP 2010, 1, 13; Hirte, ZInsO 2008, 689, 693 f; Spliedt, ZIP 2009, 149, 157 f; Dahl/Schmitz, NZG 2009, 325, 329).

64 5. Die verspäteten Mietzahlungen der Schuldnerin an die Klägerin sind entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar. Deshalb greift die von dem Beklagten erklärte Aufrech-

nung gegen die Masseverbindlichkeit nicht durch. Folglich ist die Klagesumme nicht um einen Betrag in Höhe von 116.144 € zu kürzen.

65 a) Die Zahlung eines vertraglichen Nutzungsentgelts kann gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht als Befriedigung einer Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens, sondern nur als Befriedigung einer einem Darlehen gleichgestellten Forderung angefochten werden.

66 aa) Die Vorschrift des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterwirft neben Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens auch Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, dem insolvenzrechtlichen Nachrang. Die einheitliche rechtliche Behandlung von Darlehen und gleichgestellten Forderungen entspricht dem früheren Eigenkapitalersatzrecht. Insoweit wird § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF von § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in sachlicher Hinsicht übernommen (BT-Drucks. 16/6140, S. 56). Der nach Verfahrenseröffnung eingreifende Nachrang wird im Vorfeld der Insolvenz durchgesetzt, indem Rückzahlungen auf Darlehen und gleichgestellte Forderungen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO der Anfechtung ausgesetzt sind. Die Anfechtbarkeit erfasst sowohl die Befriedigung von Gesellschafterdarlehen als auch ihnen wirtschaftlich entsprechenden Forderungen (vgl. Schmidt, InsO, aaO § 135 Rn. 13; Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 15; HmbKomm-InsO/Schröder, aaO § 135 Rn. 19 ff; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 135 Rn. 7; Gehrlein in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 135 Rn. 3).

67 bb) Kreditrückzahlungen unterliegen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO als Befriedigung einer Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens ohne zusätzliche tatbestandliche Voraussetzungen der Anfechtung. Werden von der Gesell-

schaft hingegen Nutzungsentgelte entrichtet, greift § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO wegen der abweichenden Forderungsart nicht unter dem Gesichtspunkt der Rückgewähr eines Darlehens durch.

68 (1) Im Schrifttum wird die Anfechtbarkeit der Befriedigung von Nutzungsentgelten teilweise auch für den Fall befürwortet, dass die Forderung nicht stehen gelassen wurde, weil schon die Nutzungsüberlassung einer Darlehensgewährung entspreche und dieses "Darlehen" mit der Entrichtung der Nutzungsentgelte zurückgeführt werde (Hölzle, ZIP 2009, 1939, 1947; ders., ZIP 2010, 913, 914 f; Henkel, ZInsO 2010, 2209, 2211 ff). Die hiermit einhergehende Vermögensumschichtung verschlechtere ebenso wie ein Darlehen die Befriedigungsaussichten der Gläubiger im eröffneten Verfahren (Gottwald/Haas/Hossfeld, Insolvenzrechtshandbuch, 4. Aufl., § 92 Rn. 438 mwN; Haas in Festschrift Ganter, 2010, S. 189, 192 ff).

69 (2) Dieser Auffassung kann auf dem Boden des MoMiG nicht beigetreten werden. Da nach dem gesetzgeberischen Konzept des MoMiG bei einer Nutzungsüberlassung die Kreditgewährung nur das Entgelt betreffen kann und sich nicht schon in der vorausgehenden Nutzungsüberlassung selbst äußert (BT-Drucks. 16/6140, S. 56), ist die Grundlage entfallen, die Tilgung eines Nutzungsentgelts einer Darlehensrückzahlung gleichzustellen. Eines der wesentlichen Anliegen des MoMiG verwirklicht sich in der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts (BT-Drucks. 16/6140 S. 26, 42). Darum gehen Bestrebungen fehl, das durch das MoMiG begründete Recht im Licht des aufgegebenen Eigenkapitalersatzrechts zu deuten (Schmidt in Festschrift Wellensiek, 2011, S. 551, 554). Nur ein von dem Eigenkapitalersatzrecht gelöstes Verständnis wird dem eindeutigen Wortlaut des § 135 Abs. 1, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gerecht, der zwischen Darlehen und darlehensgleichen Forderungen, denen allein Nutzungs-

entgelte zugeordnet werden können, unterscheidet. Ist eine Nutzungsüberlassung durch den Gesellschafter nach dem heutigen Verständnis einer Darlehensgewährung nicht wirtschaftlich vergleichbar, kann die Tilgung von Nutzungsentgelten nicht als Darlehensrückzahlung, sondern nur im Falle einer vorherigen Stundung oder eines Stehenlassens als Befriedigung einer darlehensgleichen Forderung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO der Anfechtung unterworfen werden (OLG Schleswig, NJW 2012, 2738, 2739 f; Schmidt, aaO S. 557 f; ders., InsO, aaO § 135 Rn. 19; ders., DB 2008, 1727 f; Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 16; Schröder, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, 2012, Rn. 220; Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl., Anh. § 64 Rn. 351; ders., ZIP 2010, 10; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl., Anh. § 30 Rn. 90; Dahl/Schmitz, NZG 2009, 325, 328).

70 b) Ungeachtet des Entstehungsgrundes entsprechen einem Darlehen alle aus Austauschgeschäften herrührenden Forderungen, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet wurden, weil jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - IX ZR 192/13, WM 2014, 1488 Rn. 50). Wird eine Leistung bargeschäftlich abgewickelt, scheidet eine rechtliche oder rein faktische Stundung, die zur Umqualifizierung als Darlehen führt, aus (BGH, aaO Rn. 51). Mit Rücksicht auf diese Erwägung ist die geltend gemachte Anfechtung nicht begründet.

71 aa) Ein Baraustausch liegt bei länger währenden Vertragsbeziehungen in Anlehnung an § 286 Abs. 3 BGB vor, wenn Leistung und Gegenleistung binnen eines Zeitraums von 30 Tagen abgewickelt werden (BGH, aaO Rn. 31 ff). Danach ist im Streitfall von einem Baraustausch auszugehen. Die Miete war nach § 6 des Mietvertrags zum jeweils 15. Werktag des laufenden Monats fällig und ist für Dezember 2009 statt dem 15. Dezember 2009 am 4. Januar 2010,

für Januar 2010 statt dem 15. Januar 2010 am 4. Februar 2010, für Februar 2010 statt dem 15. Februar 2010 am 12. März 2010, für März 2010 statt dem 15. März 2010 am 8. April 2010 und für April 2010 statt dem 15. April am 20. April 2010 beglichen worden. Mithin wurde der für ein Bargeschäft unschädliche Zeitraum von 30 Tagen nicht überschritten. Wird ein Baraustausch durchgeführt, handelt es sich nicht um eine stehen gelassene und damit einem Darlehen wirtschaftlich entsprechende Forderung, die gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO der Anfechtung zugänglich ist. Bei dieser Sachlage greift die von dem Beklagten erklärte Aufrechnung nicht durch.

72 bb) In der Bestimmung des Fälligkeitszeitpunkts der Miete auf den jeweils 15. Werktag des Monats der Nutzung kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Stundung erblickt werden.

73 (1) Bis zur Mietrechtsreform des Jahres 2001 war gemäß § 551 BGB aF der Vermieter vorleistungspflichtig und darum die Miete erst am Monatsende geschuldet (MünchKomm-BGB/Artz, 6. Aufl., § 556b Rn. 1). Entsprechend schon unter Geltung des früheren Rechts verbreiteter abweichender vertraglicher Übung (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1993, 710 f) sehen §§ 556b, 579 Abs. 2 BGB für Räume und damit auch Geschäftsräume nunmehr eine Fälligkeit zum dritten Werktag des jeweiligen Monats vor (vgl. Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 5. Aufl., Kap. 9 Rn. 118). Dagegen bestimmt § 579 Abs. 1 BGB bei der Miete von Grundstücken und beweglichen Sachen in Übereinstimmung mit dem früheren Recht weiterhin den ersten Werktag des Folgemonats zum Fälligkeitszeitpunkt (vgl. Neuhaus, aaO Rn. 119). Da der Gesetzgeber mit den Neuregelungen nur der vertraglichen Praxis entsprechende Fälligkeitsregelungen einzuführen suchte (BT-Drucks. 14/4553, S. 52), wird verbreitet angenommen, dass mit der Festlegung des Zahlungszeitpunkts das gesetzliche

Leitbild der grundsätzlichen Vorleistungspflicht des Vermieters nicht modifiziert wurde (MünchKomm-BGB/Artz, 6. Aufl., § 556b Rn. 7 mwN; Bamberger/Roth/Ehlert, 3. Aufl., § 556b Rn. 10; aA Palandt/Weidenkaff, BGB, 74. Aufl., § 556b Rn. 4). Überdies sind die Regelungen ebenso wie das frühere Recht nicht zwingend, so dass - wie der Gesetzgeber unterstreicht - abweichende Vereinbarungen zulässig sind (BT-Drucks. aaO S. 52, 74).

74 (2) Im Streitfall umfasste die Vermietung Räume und Grundstücke, wozu auch individualisierbare Teilflächen gehören (vgl. MünchKomm-BGB/Artz, aaO § 578 Rn. 3), sowie hinsichtlich der Maschinen - entsprechend der Rechtsauffassung des Beklagten - bewegliche Sachen. Mit Rücksicht auf die unterschiedlichen gesetzlichen Fälligkeitszeitpunkte und die Unsicherheit einer Bewertung, welcher Mietgegenstand den Schwerpunkt des Vertrages bildet und damit den Fälligkeitszeitpunkt vorgibt (vgl. MünchKomm-BGB/Artz, aaO § 579 Rn. 1), ist in Einklang mit der von dem Gesetzgeber ausdrücklich betonten Möglichkeit, abweichende individuelle Vereinbarungen zu treffen (BT-Drucks., aaO), ein Bedürfnis für eine vertragliche Fälligkeitsabrede anzuerkennen. Da die unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen in Umsetzung der von dem Gesetzgeber vorgefundenen Vertragspraxis auf bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, muss der vereinbarte Fälligkeitszeitpunkt nicht von dem Gedanken einer generellen Vorleistungspflicht des Mieters getragen sein. Vielmehr ist den Vertragspartnern bei der Bestimmung des Fälligkeitszeitpunkts ein gewisser Gestaltungsspielraum zuzubilligen. In Würdigung der unterschiedlichen für die einzelnen Mietgegenstände maßgeblichen Fälligkeitszeitpunkte kann die von den Vertragspartnern gewählte Festsetzung des Zahlungstermins auf die Monatsmitte als angemessener Interessenausgleich bewertet werden, dem keine Stundung innewohnt.

IV.

75 Die Revision der Klägerin ist zurückzuweisen, soweit sie wegen einer Vorenthaltung der Mietsache durch den Beklagten begehrt, für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 8. August 2011 einen Anspruch in Höhe von 210.745,16 € festzustellen.

76 1. Der Anspruch findet keine Grundlage in § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, § 546a Abs. 1 BGB. Der Beklagte hat der Klägerin die Mietsache nicht durch aktives Tun vorenthalten.

77 a) Ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung kann nur unter engen Voraussetzungen nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, § 546a Abs. 1 BGB als Masseverbindlichkeit beansprucht werden. Dabei kommt es nicht ausschlaggebend darauf an, ob der Verwalter die Mietsache tatsächlich umfassend nutzt. Ausreichend ist vielmehr, dass der Verwalter die Mietsache nach der Eröffnung des Verfahrens für die Masse in Anspruch nimmt. Ergreift der Verwalter für die Masse Besitz an der Mietsache und schließt er zugleich den Vermieter gegen dessen Willen gezielt aus, begründet er eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, § 546a Abs. 1 BGB (BGH, Urteil vom 18. Mai 1995 - IX ZR 189/94, BGHZ 130, 38, 44 f; vom 24. November 1993 - VIII ZR 240/92, ZIP 1993, 1874, 1875; vom 21. Dezember 2006 - IX ZR 66/05, WM 2007, 411 Rn. 15; vom 1. März 2007 - IX ZR 81/05, WM 2007, 840 Rn. 21).

78 b) Eine solche Gestaltung scheidet im Streitfall aus. Ein gezielter Ausschluss des Vermieters durch den Verwalter wurde angenommen, wenn dieser allein über die Schlüssel der Mietsache verfügt und dort Sachen einlagert

(BGH, Urteil vom 18. Mai 1995, aaO S. 45) oder nach Beendigung des Hauptmietvertrages als Zwischenvermieter Untermietverträge fortsetzt und Mietzahlungen zugunsten der Masse einzieht (BGH, Urteil vom 1. März 2007, aaO Rn. 23 ff). Vorliegend hat der Beklagte die Mietsache nach Verfahrenseröffnung weder für die Masse in Anspruch genommen noch die Klägerin gegen ihren Willen gezielt von dem Besitz ausgeschlossen. Die Klägerin verfügte unstreitig über die Schlüssel der Mietsache, so dass sie nicht an deren Nutzung gehindert war. Auch hat der Beklagte nach Verfahrenseröffnung nicht auf die Mietsache zugegriffen, sondern es bei dem bei Verfahrenseröffnung gegebenen Zustand belassen. Da die in den Mieträumen befindlichen Restwaren unverkäuflich waren, scheidet auch eine Lagerung im Interesse der Masse aus.

79 2. Der Anspruch folgt ebenso wenig aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 546a Abs. 1 BGB. Dem Beklagten kann nicht wegen einer verspäteten Räumung eine Vorenthaltung der Mietsache angelastet werden.

80 a) Masseschulden im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO sind die Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muss. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass Mietansprüche unter diese Vorschrift fallen. Entsprechendes gilt für den Entschädigungsanspruch aus § 546a Abs. 1 BGB. Zwar beruht er nicht auf einem Vertrag, weil er gerade die Beendigung des Mietverhältnisses voraussetzt. Er ist jedoch vertragsähnlicher Natur, tritt an die Stelle des ursprünglichen Mietanspruchs und ist deshalb wie dieser als Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO einzuordnen. Ein Entschädigungsanspruch des Vermieters aus § 546a BGB wegen Vorenthaltens der Mietsache kann folglich eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO begründen, wenn das Mietverhältnis, auf dem er beruht, die

Insolvenzeröffnung - wie im Streitfall - überdauert hat (BGH, Urteil vom 15. Februar 1984 - VIII ZR 213/82, BGHZ 90, 145, 150 f; vom 24. November 1993 - VIII ZR 240/92, ZIP 1993, 1874, 1875; Jaeger/Jacoby, InsO, § 108 Rn. 196).

81 b) Eine Vorenthaltung der Mietsache setzt nicht voraus, dass der Insolvenzverwalter die Sache für die Masse nutzt oder daran Besitz ausübt (Jaeger/Jacoby, aaO; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 13. Aufl., § 108 Rn. 41). Vorenthalten wird die Mietsache bereits dann im Sinne von § 546a BGB, wenn der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht (BGH, Urteil vom 1. März 2007 - IX ZR 81/05, WM 2007, 840 Rn. 15 mwN). Verweigert der Vermieter allerdings die Rücknahme unter Hinweis auf den ungeräumten oder nicht vertragsgemäßen Zustand, fehlt dem Vermieter der für die Vorenthaltung erforderliche Rücknahmewille, wenn der Verwalter nicht zu einer Räumung verpflichtet war (OLG Saarbrücken, ZInsO 2006, 779, 780 f; Jaeger/Jacoby, aaO § 108 Rn. 197; Uhlenbruck/Wegener, aaO; MünchKomm-InsO/Eckert, 3. Aufl., § 108 Rn. 123). Eine solche Konstellation ist hier gegeben.

82 aa) Die Kosten zur Herstellung des ordnungsmäßigen Zustands eines an den Schuldner vermieteten Grundstücks begründen jedenfalls dann keine Masseschuld, wenn der Mietvertrag vor der Insolvenzeröffnung beendet war (BGH, Urteil vom 5. Juli 2001 - IX ZR 327/99, BGHZ 148, 252, 255 ff; vom 18. April 2002 - IX ZR 161/01, BGHZ 150, 305, 312; HK-InsO/Lohmann, 7. Aufl., § 55 Rn. 22; Pape/Schaltke in Kübler/Prütting/Bork, 2010, InsO, § 55 Rn. 155; Uhlenbruck/Wegener, aaO § 108 Rn. 36). Für den Fall, dass der Insolvenzverwalter das Nutzungsverhältnis fortsetzt, ist die vertragliche Herstellungspflicht bei Vertragsende aufzuteilen; insolvenzrechtlich bevorzugt ist nur die Wieder-

herstellung derjenigen nachteiligen Veränderungen, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten sind (BGH, Urteil vom 18. April 2002, aaO; vom 21. Dezember 2006 - IX ZR 66/05, WM 2007, 411 Rn. 12; Beschluss vom 17. April 2008 - IX ZR 144/07, Grundeigentum 2008, 865 Rn. 2; Pape/Schaltke, aaO Rn. 152).

83 bb) Im Streitfall hat der Beklagte den Mietvertrag zunächst nach Verfahrenseröffnung fortgesetzt. Allerdings war die Produktion der Schuldnerin in den Mieträumen unstreitig bereits vor Verfahrenseröffnung zum Erliegen gekommen. Dementsprechend hat der Beklagte nach Verfahrenseröffnung keine nachteiligen Veränderungen an der Mietsache vorgenommen, die gegen ihn eine Herstellungspflicht begründen. Darum durfte die Klägerin die Rücknahme nicht unter Hinweis auf Räumungspflichten des Beklagten verweigern. Durch die Rückgabe der ungeräumten Mietsache erfüllte der Beklagte darum nicht den Tatbestand des § 546a BGB (vgl. OLG Saarbrücken, ZInsO 2006, 779, 780; MünchKomm-InsO/Eckert, 3. Aufl., § 108 Rn. 122; Uhlenbruck/Wegener, aaO § 108 Rn. 41).

84 3. Schließlich kann der Anspruch nicht gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO auf eine ungerechtfertigte Bereicherung der Masse (§ 812 BGB) gestützt werden. Die Vorschrift verlangt, dass der Masse eine Bereicherung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugeflossen ist (BGH, Urteil vom 20. September 2007 - IX ZR 91/06, WM 2007, 2299 Rn. 9). Nutzt ein Mieter oder ein auf Grund eines sonstigen Vertragsverhältnisses Nutzungsberechtigter die Sache über die vereinbarte Laufzeit hinaus, so ist er ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Vermieters oder sonstigen Rechtsinhabers um den tatsächlich gezogenen Nutzungswert bereichert und nach § 812 Abs. 1, § 818 Abs. 1 BGB zu dessen Herausgabe verpflichtet (BGH, Urteil vom 24. November 1993 - VIII ZR 240/92, ZIP

1993, 1874, 1875 f; vom 15. Dezember 1999 - XII ZR 154/97, NJW-RR 2000, 382, 383). Im Streitfall scheidet eine Bereicherung der Masse aus, weil der Beklagte den Mietgegenstand nach Verfahrenseröffnung nicht für die Masse genutzt hat.

IV.

85 Das angefochtene Urteil kann damit nicht bestehen bleiben. Es ist teilweise aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte

Sachverhältnis erfolgt und die Sache nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat eine ersetzende Sachentscheidung getroffen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Kayser

Gehrlein

Fischer

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

LG Bielefeld, Entscheidung vom 17.08.2012 - 17 O 183/11 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 21.11.2013 - 18 U 145/12 -