

Hans-Georg Eckert, Vors. Richter am OLG a. D., Rostock

Mietvertragsdurchführung und –abwicklung mit dem Zwangsverwalter

Trotz etlicher einschlägiger Entscheidungen des Bundesgerichtshofs werfen die Durchführung und Abwicklung eines Mietverhältnisses mit dem Zwangsverwalter, der an Stelle des Grundstückseigentümers und Vermieters die Vermieterrechte und –pflichten wahrzunehmen hat, ungelöste Fragen auf. Die Interessen des Mieters und des Zwangsverwalters divergieren. Dem Mieter will das Mietverhältnis ohne Beeinträchtigung durch die Zwangsverwaltung durchführen und zusätzlich günstige Rechtsfolgen mitnehmen, die er wegen der finanziellen Engpässe des Vermieters schon abgeschrieben hatte. Umgekehrt wehrt sich der Zwangsverwalter, der aus dem beschlagnahmten Objekt möglichst viel „herausholen“ muss, gegen die Schmälerung des Vermögens durch Erfüllung von Vermieterverbindlichkeiten. Bei dieser Interessenkollision ist nach wie vor vielfach unklar, ob sich die Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter oder den Zwangsverwalter richten und umgekehrt, wer Ansprüche gegen ihn erheben kann. Zusätzliche Schwierigkeiten bereitet das Informationsdefizit des Zwangsverwalters, der zwar die Aufgaben des Vermieters erfüllen soll, aber nicht über dessen Wissen verfügt.

I. Fortführung des vor Beschlagnahme vollzogenen Mietverhältnisses

1. Verwaltungsauftrag und Beschlagnahmewirkung

Ein vom Grundstückseigentümer eingegangenes Mietverhältnis, das nicht durch Überlassung des Mietobjekts vollzogen ist, darf der Zwangsverwalter erfüllen, muss es jedoch nicht. § 152 Abs. 2 ZVG bindet ihn ausdrücklich nur an das bereits vollzogene Mietverhältnis. Er ist nicht Rechtsnachfolger wie der Grundstückserwerber. Auch entspricht seine Funktion nicht der eines Insolvenzverwalters. Ohne Stellvertreter des Vermieters zu sein, hat der Zwangsverwalter dessen Rechte wahrzunehmen und dessen Pflichten zu erfüllen.¹ Seine Hauptaufgabe ist die Fruchtziehung, insbesondere die Einziehung der beschlagnahmten Forderungen. § 148 ZVG verweist auf § 21 Abs. 1 ZVG, der wiederum mit den Regeln zum Hypothekenverband (§§ 1123 ff. BGB) korrespondiert. Beschlagnahmt sind demnach die laufenden und rückständigen Mietforderungen, nach § 1123 Abs. 2 Satz 1 BGB allerdings nicht offene Forderungen, die mehr als ein Jahr vor Beschlagnahme fällig geworden sind. Da diese Bestimmung auf Fälligkeit abstellt, ist unerheblich, für welchen Gebrauchsgewährungszeitraum die Miete bestimmt ist. Wichtig ist dies für die Nebenkostennachzahlung, die erst mit Abrechnung fällig wird. Bei nachträglicher Mietzahlung ist die Ausrichtung an der Fälligkeit für die Gläubiger günstig, bei Vorauszahlung ungünstig. Deshalb schränkt § 1123 Abs. 2 Satz 2 BGB das Fälligkeitsprinzip ein. Als Teil des Gebrauchsüberlassungsentgelts ist auch der Anspruch auf die Betriebskostenzahlungen beschlagnahmt;² selbstverständlich ist dies nicht, denn der Zwangsverwalter kann sie nicht zur Befriedigung der Gläubiger einsetzen, weil er diese durchlaufenden Posten entweder an Versorgungsträger, öffentliche Hand, Versicherer usw. abführt oder aber an den Mieter zurückerstattet. Im Übrigen würde diese Aufteilung bei der Inklusiv- oder Teilinklusivmiete nicht gelingen.

¹ BGH, Urt. v. 3. 5. 2006 – VIII ZR 168/05, NJW 2006, 2626 = NZM 2006, 581 = ZfIR 2006, 689 = ZMR 2006, 601.

² BGH, Urt. v. 26. 3. 2003 – VIII ZR 333/02, NJW 2003, 2320 = NZM 2003, 473 = ZfIR 2003, 528.

2. Bindung an den Mietvertrag

An den vor Beschlagnahme vollzogenen Mietvertrag ist der Verwalter gem. § 152 Abs. 2 ZVG ohne Sonderkündigungsrecht gebunden. Probleme bereiten die unrentablen Vermietungen gewerblich genutzter Mieträume oder Wohnungen zu einer extrem niedrigen Miete, nicht selten unter 50 % der Marktmiete; vielfach ist Mieter eine i. S. d. § 138 InsO nahestehende Person – z. B. ein Angehöriger des Eigentümers oder eine von ihm gelenkte Kapitalgesellschaft. Da das ZVG dem Zwangsverwalter keinen der Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff InsO) entsprechenden Rechtsbehelf gibt, versucht er, mit dem Einwand der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) eine Vermietung zu unangemessen niedrigem Entgelt aufzulösen. In aller Regel ist dies aussichtslos, denn das Äquivalenzmissverhältnis reicht nicht, zumal der durch die Preisvereinbarung benachteiligte Vermieter (= Eigentümer) regelmäßig mitgespielt hat. Ein Vertrag, der wegen Gläubigerbenachteiligung gem. §§ 129, 133 Ab. 2 InsO anfechtbar wäre, ist nicht schon deshalb sittenwidrig. Hierzu bedarf es eines kollusiven Zusammenwirkens des Vermieters und des Mieters mit dem Ziel, die Gläubiger des Vermieters zu benachteiligen. Ohne die bei der Insolvenzanfechtung bedeutsame Unterstützung durch Beweisanzeichen muss der Zwangsverwalter die die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen, insbesondere in subjektiver Hinsicht, nachweisen, was in der Regel nicht gelingt, aber auch nicht ausgeschlossen ist.³

3. Information des Zwangsverwalters über Mietvertrag und Mietobjekt

Ein nicht zu unterschätzendes praktisches Problem des Zwangsverwalters ist die Informationsbeschaffung. Er sieht zwar, welche Mieträume genutzt werden, aufgrund welchen Rechtsverhältnisses dies geschieht, weiß er nicht. Zwar erlaubt der Beschlagnahmebeschluss auch den Zugriff auf das Zubehör, also die zur Verwaltung des Grundstücks notwendigen Unterlagen. Gleichwohl wird es dem Verwalter vielfach nicht gelingen, sie zu erlangen, insbesondere weiß er nicht, ob sie vollständig sind. Zudem ist die Herausgabevollstreckung zeitraubend. Vollstreckungsschuldner sind in aller Regel nicht kooperativ; nicht selten sind sie abgetaucht. Deshalb stellt sich die Frage, inwieweit der Mieter dem Zwangsverwalter bei der Informationsbeschaffung helfen muss.

a) Besichtigung des Mietobjekts

Keine Bedenken bestehen gegen eine Besichtigung des Mietobjekts durch den Zwangsverwalter. Sie belastet den Mieter nicht stärker als die eines Kaufinteressenten oder Erwerbers. Der Zwangsverwalter wird sogar zur Besichtigung im Rahmen seines Verwaltungsauftrags verpflichtet sein,⁴ nicht zuletzt auch im Interesse des Schuldners, um sich ein Bild vom Zustand des verwalteten Objekts zu machen und Gefährdungen frühzeitig zu erkennen, z. B. Verwahrlosung einer Wohnung.⁵ Er darf nicht darauf vertrauen, dass dem Schuldner in der Vergangenheit derartiges aufgefallen wäre.

b) Einsicht in die Vertragsurkunden

Auch wird der Verwalter gem. § 810 BGB Einsicht in die wesentlichen Vertragsurkunden verlangen können, wenn er sie nicht zeitnah vom Vermieter erlangen kann. Dass der Verwalter, der wie der Vermieter handelt, ein rechtliches Interesse an der Einsicht in die Vertragsurkunden hat, liegt auf der Hand. Demgegenüber kann der Mieter nicht einwenden, der Zwangsverwalter müsse sich wie der Vermieter zurechnen lassen, dass er die Vertragsurkunden nicht besitze, denn Einsicht kann auch derjenige verlangen, der den Verlust

³ BGH, Urt. v. 4. 2. 2005 – V ZR 294/03, NZM 2005, 433 = ZMR 2005, 431.

⁴ OLG Köln, Beschl. v. 25. 6. 2007 – 2 U 39/07, ZfIR 2008, 73.

⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 23. 6. 2005 – IX ZR 419/00, NZM 2005, 700.

seiner Urkunde zu vertreten hat.⁶ Übersendung kann der Zwangsverwalter nicht verlangen, er darf nur beim Mieter einsehen und hat diesem etwaige Kosten zu erstatten (§ 811 BGB).

c) Auskunftspflicht des Mieters

Vielfach verbindet der Zwangsverwalter mit dem Rundschreiben an die Mieter, dass die Zwangsverwaltung angeordnet und die Miete nunmehr an ihn zu zahlen sei, die Bitte oder Aufforderung, ihm alle für die Durchführung des Mietverhältnisses relevanten Tatsachen mitzuteilen. Dass der Mieter nicht wahrheitswidrige Angaben machen darf,⁷ liegt auf der Hand; fraglich ist, ob er dieses Schreiben beantworten muss und ob die Nichtbeantwortung rechtliche Nachteile nach sich zieht. Allein auf das Rundschreiben hin wird er wohl nicht reagieren müssen.

Gezielte Nachfragen hingegen wird der Mieter beantworten müssen. Grundsätzlich folgt aus Treu und Glauben ein Auskunftsanspruch, wenn zwischen den Beteiligten eine Sonderverbindung besteht, der Auskunft Begehrende in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der in Anspruch Genommene die Auskunft unschwer erteilen kann.⁸ Über die das Mietverhältnis betreffenden Umstände ist der Zwangsverwalter in entschuldbarer Weise im Ungewissen, wenn er erfolglos alles Zumutbare unternommen hat, um die erforderlichen Informationen von dem Vermieter zu erlangen, und er sich dessen Wissen nicht zurechnen lassen muss. Bei strikter Wissenszurechnung hingegen hätte der Zwangsverwalter keinen Auskunftsanspruch. Auch wenn der Zwangsverwalter grundsätzlich wie der Vermieter zu behandeln ist, handelt er aus eigenem Recht und erfüllt eigene Verpflichtungen. Kenntnisse des Vermieters sind ihm daher nicht zuzurechnen. Unter der Voraussetzung, dass der Verwalter zuvor alles Erforderliche zur Informationsbeschaffung getan hat, ist der Mieter auf eine gezielte Aufforderung hin zur Auskunft verpflichtet. Vor einer erheblichen Belastung schützt ihn die Einschränkung, dass die Auskunft unschwer zu erteilen ist. Zu bedenken ist auch, dass in den Fällen, in der der Zwangsverwalter auf die Auskunft des Mieters angewiesen ist, weil sich der Vermieter um nichts mehr gekümmert hat, die geordnete Verwaltung des Mietgrundstücks auch dem Mieter Vorteile bringt.

4. Gebrauchsgewährung und Gewährleistung

Gem. § 4 ZwangsverwalterVO hat der Zwangsverwalter den Mieter über die Beschlagnahme des Mietgrundstücks zur Zwangsverwaltung zu informieren. Den Mietvertrag hat er genauso zu erfüllen wie der Vermieter. Insbesondere hat er für die Versorgung mit elektrischer Energie und Wasser, für die Abwasserbeseitigung sowie für die Beheizung zu sorgen.⁹

a) Mangelbeseitigung

Da die Pflicht zur Gewährung des vertragsgerechten Mietgebrauchs eine Dauerverpflichtung ist, ist er zur Mangelbeseitigung auch dann verpflichtet, wenn der Mangel vor Beschlagnahme

⁶ BGH, Urt. v. 28. 4. 1992 – XI ZR 193/91, NJW-RR 1992, 1972

⁷ Beispiel, AG Dortmund, Urt. v. 19. 11. 2007 – 425 C 7858/07. Der Mieter behauptet wenige Wochen vor Ablauf der Abrechnungsfrist wahrheitswidrig, der Vermieter habe die Nebenkosten abgerechnet und Nachforderungen eingezogen; im Vertrauen hierauf versäumt der Zwangsverwalter die fristgerechte Abrechnung.

⁸ St. Rspr., z. B. BGH, Urt. v. 7. 5. 1980 – VIII ZR 120/79, NJW 1989, 2463; BGH, Urt. v. 17. 5. 1994 – X ZR 82/92, BGHZ 126, 109 = NJW 1995, 387.

⁹ Ausführlich dazu Derleder/Knok, ZfIR 2005, 235.

des Mietgrundstücks entstanden ist.¹⁰ Der Gegenleistungsaspekt verbietet eine andere Sicht, denn der Zwangsverwalter, der die Mieten zur Haftungsmasse einzieht, muss auf ihre Kosten die vertraglichen Hauptpflichten des Vermieters erfüllen. Die im Insolvenzverfahren relevante Masseunzulänglichkeit (§ 209 InsO) kennt das ZVG nicht. Die Einrede der wirtschaftlichen Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 2 BGB kann selbst dann nicht greifen, wenn die Aufwendungen zur Mangelbeseitigung die „Opfergrenze“ überschreiten, denn dem Gläubiger, dem die Kostenvorschüsse zu hoch sind, bleibt das Recht zur Rücknahme des Zwangsverwaltungsantrags gem. § 29 ZVG.

b) Mangelanzeige und Verzug mit der Mangelbeseitigung

Der Mieter, der mit der Mitteilung eines Mangels an den Vermieter seiner Anzeigepflicht gem. § 536c Abs. 1 BGB genügt hat, ist nicht verpflichtet, zur Wahrung seiner Rechte die Anzeige dem Zwangsverwalter gegenüber zu wiederholen. Der eingetretene Verzug des Vermieters mit der Mangelbeseitigung wirkt weiter gegen den Zwangsverwalter.¹¹

c) Aufwendungsersatz

Bei Verzug mit der Mangelbeseitigung kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und den Zwangsverwalter gem. § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB auf Aufwendungsersatz in Anspruch nehmen. Kritisch ist die Mangelbeseitigung vor Anordnung der Zwangsverwaltung. Der Ersatzanspruch entsteht mit Abschluss der Mangelbeseitigungsmaßnahme¹² und der Mieter kann ihn gegen den Vermieter geltend machen. Die strikte Gleichbehandlung des Zwangsverwalters und Vermieters,¹³ die den Zwangsverwalter zur Erfüllung der offenen Ansprüche des Mieters verpflichtet, ist beim Aufwendungsersatz hinnehmbar, denn die Gläubiger profitieren von der Maßnahme des Mieters. Die Mangelbeseitigung erhöhte den Wert der Immobilie und ließ die Mietminderung entfallen. Der Mieter hingegen wäre doppelt belastet, wenn er an den Zwangsverwalter die dank seines Einsatzes ungekürzte Miete zu zahlen hätte, aber seinen Aufwendungsersatz gegen den Vermieter nicht durchsetzen könnte.

d) Schadensersatz

Der Mieter, der nach Anordnung der Zwangsverwaltung infolge eines vorher eingetretenen Mangels einen Schaden erleidet, kann den Zwangsverwalter gem. § 536a Abs. 1 BGB auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Auf den schon vor Beschlagnahme entstandenen Schadensersatzanspruch lassen sich die Erwägungen zum Aufwendungsersatz nicht übertragen. Dass die Gläubiger grundsätzlich Vorteile aus dem Mietverhältnis ziehen, rechtfertigt nicht ihre Haftung für alle vor Beschlagnahme aufgelaufenen Verbindlichkeiten des Vermieters, denn die Schmälerung der Haftungsmasse durch den Schadensersatz wird nicht durch einen Vorteil kompensiert.

5. Einziehung der Miete

Die Beschlagnahme der Mietforderungen wirkt ab Zustellung des Zahlungsverbots gem. §§ 22 Abs. 2, 151 Abs. 3 ZVG gegen den Mieter, aller Regel ohne oder vor förmlicher Zustellung ab Kenntniserlangung, z. B. durch die Mitteilung des Zwangsverwalters gem. § 4

¹⁰ Vgl. zur Vermieterinsolvenz BGH, Urt. v. 3. 4. 2003 - IX ZR 163/02, NZM 2003, 472 = ZMR 2003, 418 = ZIP 2003, 854 = ZfIR 2003, 457; zum Eintritt des Grundstückserwerbers in das Mietverhältnis gem. § 566 BGB BGH, Urt. v. 19. 6. 2006 - VIII ZR 284/05, NZM 2006, 696 = ZMR 2006, 761.

¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 9. 2. 2005 - VIII ZR 22/04, NJW 2005, 1187 = NZM 2005, 253 = ZMR 2005, 354, zum Eintritt des Grundstückserwerbers in das Mietverhältnis.

¹² BGH NJW 1988, 705 = MDR 1988, 226 = ZMR 1988, 20.

¹³ BGH, Urt. v. 16. 7. 2003 - VIII ZR 11/03, ZIP 2003, 1899 = ZfIR 2003, 1012 = NJW 2003, 3342 = NZM 2003, 849; Urt. v. 3. 5. 2006 - VIII ZR 168/05, ZfIR 2006, 689 = NJW 2006, 2626 = NZM 2006, 581 = ZMR 2006, 601.

ZwVO. Solange dem Mieter die Beschlagnahme nicht bekannt ist, kann er schuldbeitreitend an den Vermieter zahlen (§§ 136, 135 Abs 2 BGB). Da es gerade Aufgabe des Zwangsverwalters ist, alle rechtlich und tatsäclich durchsetzbaren Nutzungen zu ziehen, ist er den Gläubigern gegenüber verpflichtet, alle zulässigen Mieterhöhungen durchzuführen. Als Wohnraumvermieter muss er die zulässigen Mieterhöhungsverlangen anbringen, ggf. mehrfach bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete. Bei der Gewerberaummierte hat er Anpassungsvereinbarungen umsetzen; haben Vermieter und Mieter den Eintritt der Anpassungsvoraussetzungen einer automatischen Wertsicherungsklausel vergessen, hat der Verwalter dies in den zeitlichen Grenzend es § 1123 BGB für die Vergangenheit nachzuholen.

Einwendungen des Mieters gegen die Mietforderung bleiben erhalten, soweit das Gesetz nicht Ausnahmen hiervon anordnet. Zu diesen Ausnahmen gehört § 1124 Abs. 2 BGB. Korrespondierend mit den Bestimmungen zum Eintritt des Grundstückserwerbers in das Mietverhältnis (§§ 566b ff BGB) und zur Vermieterinsolvenz (§ 110 InsO) sind Verfügungen des Vermieters (Schuldners) über die nach Beschlagnahme fällig werdenden Mietforderungen den dinglichen Gläubigern gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf eine spätere Zeit als den bei Beschlagnahme laufenden Kalendermonat, bei Beschlagnahme nach dem 15. des Monats auf den Folgemonat bezieht. Im Gegensatz zu § 1123 Abs. 2 Satz 1 BGB kommt es nach § 1124 Abs. 2 BGB auf den Überlassungszeitraum an. Grundgedanke ist der Gegenleistungsaspekt, demzufolge den zur Gebrauchsgewährung verpflichteten Gläubigern die Miete zukommen muss.

Vorausverfügung ist insbesondere die Vorauszahlung der Miete. Das Reichsgericht sah die schon bei Abschluss des Mietvertrages vereinbarte Vorausleistung des Mieters nicht als Vorausverfügung i. S. des damaligen § 574 BGB und des § 1124 Abs. 2 BGB an. Grundstückserwerber, Zwangs- und Konkursverwalter, so die Begründung, müssten den Mietvertrag so befolgen, wie die Vertragsparteien ihn abgeschlossen hätten; § 574 BGB a.F. und § 1124 Abs. 2 BGB regelten nur spätere Verfügungen nach Vertragsschluss.¹⁴ Aus sachenrechtlicher Sicht war der schuldrechtliche Eingriff in das stärkere dingliche Recht bedenklich.¹⁵ Der BGH, der der Auffassung des Reichsgerichts zunächst nicht widersprochen hatte,¹⁶ beurteilt auch die im Ursprungsmietvertrag selbst vereinbarte Vorausleistungen nach §§ 574 a.F. (jetzt § 566b) BGB und 1124 Abs. 2 BGB.¹⁷ Die Vorauszahlung grenzt er von der den Gläubigern gegenüber wirksamen einmaligen Leistung danach ab, ob periodisch fällige Mietforderungen entstehen oder die Vertragsparteien von vornherein eine einmalige Mieterleistung vereinbaren.¹⁸ Ist Letzteres nachweislich der Fall, so hat der Zwangsverwalter dem Mieter den Mietgebrauch ohne Anspruch auf die Gegenleistung zu gewähren.

Ausnahmsweise sind den dinglichen Gläubigern gegenüber über die zeitlichen Grenzen des § 1124 Abs. 2 BGB hinaus auf die Miete anzurechnende Geld- oder Sachleistungen des Mieters (Baukostenzuschuss oder sonstige Finanzierungsleistungen) wirksam, die vereinbarungsgemäß der

¹⁴ RGZ 127, 116; RGZ 136, 407; RGZ 144, 194.

¹⁵ Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., (1957), § 135, IV. Fn 30.

¹⁶ Urt. v. 6. 6. 1952 – V ZR 79/51, BGHZ 6, 202 = NJW 1952, 867.

¹⁷ BGH, Urt. v. 3. 6. 1953 – VI ZR 223/52, NJW 1953, 1182 = ZMR 1953, 246; BGH, Urt. v. 17. 12. 1954 – V ZR 4/54, BGHZ 16, 31 = NJW 1955, 182; BGH, Urt. v. 11. 7. 1962 – VIII ZR 98/61, BGHZ 37, 346 = NJW 1962, 1860 = ZMR 1962, 366; a.A. Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Bearb. 2002, § 1124 Rz. 26.

¹⁸ BGH, Urt. v. 5. 11. 1997 – VIII ZR 55/97, BGHZ 137, 106 = NJW 1998, 595 = ZfIR 1998, 292; BGH, Urt. v. 25. 4. 2007 – VIII ZR 234/06, NJW 2007, 2919 = NZM 2007, 561 = ZMR 2007, 677.

Finanzierung der Herstellung oder Instandsetzung des Gebäudes dienen.¹⁹ Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die bis heute widerspruchlos zitiert wird,²⁰ entstand in den Aufbaujahren nach dem Zweiten Weltkrieg. Damals ging es darum, den Mieter zu schützen, der ohne Baukostenzuschuss oder eine sonstige finanzielle Beteiligung keinen Wohn- oder Geschäftsraum erlangen konnte und daher den Vermieter ohne dingliche Absicherung kreditieren musste (sog. Aufbaummieter). Der Mieter sollte nicht durch seine Aufbauleistung und die Zahlung der vollen Miete ohne deren Anrechnung doppelt belastet werden. Die Bindung an die Aufbau- und Kreditvereinbarung war dem Erwerber und dem dinglichen Gläubiger zuzumuten, weil der mit dem Finanzierungsbeitrag des Mieters geschaffene Wert ihnen zugute kam.²¹ Der wirtschaftliche und soziale Hintergrund ist seit Jahren ein anderer; den „Aufbaummieter“ der 50-er und 60-er Jahre des vorigen Jahrhunderts gibt es nicht mehr. Kein Mietinteressent ist gezwungen, finanziell zur Herstellung des Mietobjekts beizutragen und dem Vermieter einen ungesicherten Kredit zu gewähren. Deshalb und in Hinblick auf die damit begründete²² Streichung des § 57c ZVG²³ sollte die Rechtsprechung zum Schutz des Mieters, der sich an der Herstellung des Mietobjekts finanziell beteiligt, überdacht werden. Sollten Finanzierungsleistungen entgegen § 1124 Abs. 2 BGB weiter gegen den Zwangsverwalter wirken, so hätte der Gesetzgeber bei den sehr umfangreichen Änderungen des ZVG durch das 2. Justizmodernisierungsgesetz die frühere BGH-Rechtsprechung kodifizieren müssen; daher ist von seinem bewussten Schweigen auszugehen.²⁴

6. Aufrechnung gegen Mietforderungen des Zwangsverwalters

a) Aufrechnung gegen Mietforderungen aus der Zeit vor Beschlagnahme

Grundsätzlich sichert § 392 BGB das Recht, gegen die beschlagnahmte Forderung aufzurechnen. Da die Aufrechnungserklärung gem. § 389 BGB auf den Eintritt der Aufrechnungslage zurückwirkt, kann der Mieter ungeachtet der Beschlagnahme der Mietforderungen aus dem vorangegangenen Jahr (§ 1123 Abs. 2 BGB) nach Beschlagnahme gegen diese mit einem vorher entstandenen und fällig gewordenen Gegenanspruch, z. B. auf Aufwendungsersatz, aufrechnen. § 94 InsO, der das Fortwirken der Aufrechnungslage nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bekräftigt, erlaubt nicht den Umkehrschluss auf die Zwangsverwaltung, denn diese Vorschrift dient nur der Klarstellung.²⁵ Unzulässig ist allerdings die Aufrechnung mit einem Anspruch, den der Mieter nach Beschlagnahme der Mietforderung erwirbt, z. B. durch Abtretung (§ 392 BGB).

b) Aufrechnung gegen Mietforderungen aus der Zeit nach Beschlagnahme

In Übereinstimmung mit den Regeln zur Unwirksamkeit von Vorausverfügungen über die Miete begrenzt § 1125 BGB die Wirkungen des § 392 BGB und sorgt durch eine Beschränkung des Aufrechnungsrechts dafür, dass dem den Mietgebrauch gewährenden Zwangsverwalter die nach dem in § 1124 Abs. 2 BGB genannten Zeitraum fälligen Mieten zufließen. Eine zeitliche Vorverlagerung der Aufrechnungslage zum Schutz des Gläubigers, der darauf vertrauen durfte, seine Ansprüche gegen den Schuldner durch Aufrechnung mit

¹⁹ BGH, Urt. v. 3. 6. 1953 – VI ZR 223/52, NJW 1953, 1182 = ZMR 1953, 246; BGH, Urt. v. 26. 11. 1954 – V ZR 24/53, BGHZ 15, 296 = NJW 1955, 301; BGH, Urt. v. 17. 12. 1954 – V ZR 4/54, BGHZ 16, 31 = NJW 1955, 182; BGH, Urt. v. 11. 7. 1962 – VIII ZR 98/61, BGHZ 37, 346 = NJW 1962, 1860 = ZMR 1962, 366.

²⁰ Staudinger/Emmerich, BGB, Bearb. 2006, § 566b Rz. 15; MünchKomm-Häublein, BGB, 5. Aufl., § 566c Rz. 12, 13; Schmidt-Futterer/Gather, Mietrecht, 9. Aufl., § 566b Rz. 9; Bamberger/Roth/Herrmann, BGB, § 566c Rz. 4; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 566c Rz. 3; Soergel/Konzen, BGB, 13. Aufl., § 1124 Rz. 4.

²¹ Flankiert wurde diese Rechtsprechung durch den mit Gesetz vom 20. 8. 1953, BGBl. I S. 952, eingeführten § 57c ZVG, der das Recht des Erstehers zur vorzeitigen Kündigung nach § 57a ZVG ausschloss, wenn sich der Mieter finanziell an dem Aufbau oder der Instandsetzung des Gebäudes beteiligt hatte.

²² BT-Drucks. 16/3038 S. 42. Als weiteres Argument wird der verbreitete Missbrauch des Kündigungsschutzes angeführt.

²³ 2. Justizmodernisierungsgesetz vom 22. 12. 2006, BGBl. I S. 3416, 3422.

²⁴ Vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 25. 10. 2000 – 4 U 40/00, OLG Report 2001, 17 = ZInsO 2001, 239 (nur Leitsatz), zu § 110 InsO.

²⁵ MünchKomm-Brandes, InsO, 2. Aufl., § 94 Rz. 1.

Gegenforderungen realisieren zu können, kennt das ZVG – im Gegensatz zur Insolvenzordnung (§ 95 InsO)²⁶ - nicht. Dies bringt Härten für den Mieter mit sich, dem es vor Anordnung der Zwangsverwaltung nicht gelungen ist, einen berechtigten Anspruch gegen den Vermieter durch Aufrechnung gegen die monatlich fälligen Mietforderungen durchzusetzen.

Unbeschränkt aufrechnen kann der Mieter mit Gegenforderungen gegen den Zwangsverwalter, z. B. mit dem Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zur Mangelbeseitigung nach Anordnung der Beschlagnahme oder auf Auskehrung eines Nebenkostenguthabens.²⁷ Da § 1125 BGB auf § 1124 Abs. 2 BGB verweist, gilt die hier kritisierte Rechtsprechung zum Fortwirken eines Finanzierungsbeitrages des Mieters gegen den dinglichen Gläubiger²⁸ auch für seine Befugnis, mit dem Anspruch auf Rückzahlung eines Mieteraufbaudarlehens gegen die laufenden Mietforderungen aufzurechnen.

c) Vertragliches Aufrechnungsverbot

Die statthafte Aufrechnung gegen vor Beschlagnahme aufgelaufene Mietrückstände (§ 392 BGB) und die Miete für den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Monat, ggf. den Folgemonat (§ 1125 i. V. m. § 1124 Abs. 2 BGB) kann der Zwangsverwalter nicht unter Hinweis auf ein im Mietvertrag enthaltenes, den Anforderungen des § 309 Nr. 3 BGB genügendes Aufrechnungsverbot abwehren. Grundsätzlich gilt es zwar zu seinen Gunsten weiter. Jedoch ist anerkannt, dass sich ein in Vermögensverfall geratener Schuldner nicht auf ein zulässiges Aufrechnungsverbot berufen kann,²⁹ wenn der Gläubiger ohne Aufrechnung seinen Anspruch nicht durchsetzen könnte. Dies ist anzunehmen, da der Vollstreckungsschuldner bei Anordnung der Zwangsverwaltung über seine oder eine seiner Immobilien in aller Regel generell finanziell angeschlagen ist und nach Entzug der Nutzungen aus dem beschlagnahmten Grundstück kaum über andere liquide Mittel verfügen wird.

7. Abrechnung der Betriebskosten, Rückzahlung und Nachzahlung

a) Passivlegitimation des Zwangsverwalters

aa) Abrechnung über die zur Zeit der Beschlagnahme laufende Abrechnungsperiode

Soweit der Zwangsverwalter Vorauszahlungen eingezogen hat, lässt sich seine Abrechnungspflicht mit dem einleuchtenden Satz begründen, dass derjenige, der die Vorauszahlungen erlangt, auch über die Nebenkosten abzurechnen, ggf. ein Guthaben an den Mieter auszukehren oder die Nachzahlung zu beanspruchen hat.³⁰ Nichts anderes kann gelten, wenn der Mieter innerhalb eines Abrechnungszeitraums zunächst an den Vermieter und nach Beschlagnahme des Grundstücks an den Zwangsverwalter vorausgezahlt hat. Sich wegen der Abrechnung, Nach- oder Rückzahlung mit zwei Abrechnungspflichtigen auseinanderzusetzen, ist dem Mieter, dessen Rechte die Zwangsverwaltung möglichst nicht beeinträchtigen soll, nicht zuzumuten.

bb) Abrechnung über den der Beschlagnahme vorangegangenen Abrechnungszeitraum

Auch für einen Abrechnungszeitraum, der vor seiner Bestellung liegt, aber nicht allzu lang zurückliegt, hat der Zwangsverwalter abzurechnen. Dies folgt aus seinem umfassenden Auftrag, zum Schutz des Mieters die Vermieterpflichten zu erfüllen, die der

²⁶ Zum Vermieterinsolvenzverfahren BGH, Urt. v. 21. 12. 2005 - IX ZR 7/06, ZIP 2007, 239 = NZM 2007, 162.

²⁷ OLG Rostock, Beschl. v. 20. 1. 2006 – 3 U 154/05, NJW-RR 2006, 954 = NZM 2006, 247

²⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 11. 7. 1962 – VIII ZR 98/61, BGHZ 37, 346 = NJW 1962, 1860 = ZMR 1962, 366.

²⁹ BGH, Urt. v. 19. 9. 1988 – II ZR 362/87, NJW-RR 1989, 124 = ZIP 1988, 1340; Urt. v. 11. 12. 1990 – VIII ZR 355/89, NJW-RR 1991, 971.

³⁰ BGH, Urt. v. 4. 4.2007 – VIII ZR 219/06, NJW 2007, 1818 = NZM 2007, 441 = ZfIR 2007, 766 = ZMR 2007, 529.

Vollstreckungsschuldner nach Entzug der Nutzung und Verwaltung des Grundstücks nicht mehr wahrnehmen kann.³¹ Aus der Abrechnungspflicht folgen die Berechtigung, die von der Beschlagnahme erfasste Nachzahlung zu Gunsten der Haftungsmasse einzuziehen, und umgekehrt die Verpflichtung, ein etwaiges Guthaben an den Mieter auszukehren, Letzteres auch dann, wenn der Mieter die Vorauszahlungen noch an den Vollstreckungsschuldner geleistet hatte.³² Gegenüber dem Einwand, der Rückzahlungsanspruch des Mieters falle in die Rangklasse 5 des § 10 Abs. 1 ZVG und der Zwangsverwalter dürfe ihn gem. § 155 Abs. 2 ZVG erst nach der Befriedigung der Vollstreckungsgläubiger tilgen,³³ zählt der BGH die Rückzahlung zu den Kosten der Zwangsverwaltung gem. § 155 Abs. 1 ZVG. Auch sieht er keine dem Zweck der Zwangsverwaltung widersprechende Bevorzugung des Mieters gegenüber anderen Gläubigern, vielmehr leitet er aus § 152 Abs. 2 ZVG den Schutz des Mieters ab. Dieser Rechtsprechung des für die Wohnraumvermietung zuständigen VIII. Zivilsenats schließt sich der für Insolvenz- und Zwangsverwaltungsrecht zuständige IX. Zivilsenat als Hüter der Gläubigerinteressen in seinem Urteil vom 11. 10. 2007 an.³⁴ Die Zwangsverwalter tröstet der BGH mit dem Rat, die vom Schuldner vereinnahmten, aber nicht verbrauchten Nebenkostenvorauszahlungen von diesem herauszuverlangen;³⁵ dieser Regress gleicht in rechtlicher Hinsicht die Benachteiligung der Haftungsmasse im Verhältnis zum Mieter aus.

cc) Abrechnung über geraume Zeit vor Beschlagnahme beendete Abrechnungszeiträume

Nicht geklärt ist die zeitliche Begrenzung der Abrechnungspflicht für Abrechnungsperioden, die geraume Zeit vor Anordnung der Zwangsverwaltung endeten. Im Urteil vom 3. 5. 2006³⁶ unterstreicht der BGH den umfassenden Verwaltungsauftrag bei einem im Zeitpunkt der Beschlagnahme laufenden Mietverhältnis. Der dem Schutz des Mieters dienende § 152 Abs. 2 ZVG, so der BGH, begrenze die Beschlagnahmewirkungen nicht auf nach der Beschlagnahme entstandene Ansprüche des Mieters, sondern ordne sie unabhängig vom Eintritt der Wirkung der Beschlagnahme an. Der Zwangsverwalter hätte demnach auch für die zurückliegenden Zeiträume abzurechnen, bei konsequenter Befolgung des Urteils vom 3. 6. 2006 sogar über eine Abrechnungsperiode, die mehr als ein Jahr vor Beschlagnahme endete. Augenscheinlich stört es den BGH nicht einmal, dass der Verwalter bei Wohnraumvermietung etwaige Nachzahlungen wegen der Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht zur Haftungsmasse ziehen könnte, während er umgekehrt ein Abrechnungsguthaben an den Mieter auszukehren hätte. Diese Handhabung, die nicht in Einklang zur Verteilung der Abrechnungspflichten nach dem gesetzlichen Vermieterwechsel infolge Veräußerung des Mietgrundstücks steht,³⁷ ist unter der Prämisse konsequent, dass der Zwangsverwalter im Rahmen seiner umfassenden Aufgaben alle Vermieterpflichten zu erfüllen hat. Andererseits sollte sich der Verwaltungsauftrag an der in § 1123 Abs. 2 BGB genannten Zeitspanne ausrichten.³⁸ Es besteht kein Grund, dem Mieter, der zuvor nicht auf Abrechnung gedrungen hat oder mit der Einbehaltung der laufenden Nebenkostenzahlungen

³¹ BGH, Urt. v. 26. 3. 2003 - VIII ZR 333/02, NJW 2003, 2320 = NZM 2003, 473 = ZfIR 2003, 528; Urt. v. 3. 5. 2006 - VIII ZR 168/05, NJW 2006, 2626 = NZM 2006, 581 = ZfIR 2006, 689 = ZMR 2006, 601.

³² BGH, Urt. v. 26. 3. 2003 - VIII ZR 333/02, NJW 2003, 2320 = NZM 2003, 473 = ZfIR 2003, 528.

³³ Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 6 ZwVwV Rz. 30.

³⁴ IX ZR 156/06, ZIP 2007, 2375 = NZM 2008, 100 = ZfIR 2008, 27.

³⁵ BGH, Urt. v. 11. 10. 2006 - IX ZR 156/06, ZIP 2007, 2375 = NZM 2008, 100 = ZfIR 2008, 27.

³⁶ Urt. v. 3. 5. 2006 - VIII ZR 168/05, NJW 2006, 2626 = NZM 2006, 581 = ZfIR 2006, 689 = ZMR 2006, 601.

³⁷ Dazu BGH, Urt. v. 4. 4.2007 - VIII ZR 219/06, NJW 2007, 1818 = NZM 2007, 441 = ZfIR 2007, 766 = ZMR 2007, 529.

³⁸ Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 6 ZwVwV Rz. 29; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 152 Anm. 12.9.

zufrieden war, einen zusätzlichen Abrechnungspflichtigen und ggf. Rückzahlungsschuldner zu geben, obwohl dem Zwangsverwalter der Zugriff auf die errechnete Nachzahlung gem. § 1123 Abs. 2 BGB verwehrt ist..

b) Offene Nach- und Rückzahlungsansprüche aus der Abrechnung des Vermieters

aa) Nachzahlung

Die Einziehung der vom Vermieter errechneten Nachzahlung vor der Beschlagnahme ist nach § 1124 Abs. 1 Satz 1 BGB den Gläubigern gegenüber wirksam. Die von ihm errechnete, aber noch nicht eingezogene Nachzahlung ist von der Beschlagnahme erfasst. § 1123 Abs. 2 Satz 1 BGB stellt auf die Fälligkeit der Forderung ab. Je später die Nachzahlung fällig wird, desto günstiger ist dies für den Zwangsverwalter. Da sie erst mit Zugang der prüffähigen Abrechnung beim Mieter fällig wird,³⁹ steht die Nachzahlung in vollem Umfang dem Zwangsverwalter zu, auch wenn sie anteilig auf Monate vor dem in § 1123 Abs. 2 Satz 1 BGB genannten Zeitraum entfällt.

bb) Rückzahlung des Guthabens an den Mieter

Wenn der Vermieter vor Anordnung der Zwangsverwaltung abrechnet, wird der aus Überzahlungen vor Beschlagnahme resultierende Erstattungsanspruch vor der Beschlagnahme fällig. Die Frage, wen der Mieter auf Auszahlung des von dem finanziell angeschlagenen Vermieter nicht ausgezahlten Guthabens in Anspruch nehmen kann, lässt sich nur schwer beantworten, weil es gute Gründe sowohl für als auch gegen die Passivlegitimation des Zwangsverwalters gibt. Dass bei einem Grundstück mit mehreren Mietobjekten der Zwangsverwalter die von der Beschlagnahme erfassten Nachzahlungen einzieht und die rückforderungsberechtigten Mieter an den illiquiden Vollstreckungsschuldner verweist, mag stören, gleichwohl taugt diese Asymetrie nicht zur Begründung einer mit der Beschlagnahme der Nachzahlungsansprüche korrespondierenden Belastung der Zwangsverwaltungsmasse. Ebenso wenig lässt sich mit dem weitgehenden Verlust der Befugnis des Mieters, seinen Rückzahlungsanspruch durch Aufrechnung gegen die laufenden Mietforderungen des Vermieters durchzusetzen, argumentieren, denn § 1125 BGB begrenzt ausdrücklich zum Schutz der Gläubiger das Aufrechnungsrecht. Einerseits betont der BGH, dass den Gläubigern, die von dem fortlaufenden Mietverhältnis profitieren, auch die Schmälerung der Haftungsmasse zuzumuten ist. Da der Zwangsverwalter zur Abrechnung und ggf. Rückzahlung verpflichtet ist, wenn der Vermieter vor Beschlagnahme nicht abgerechnet hat, ist die Belastung der Gläubiger jedenfalls kein untragbares Ergebnis. Andererseits lässt der BGH die Nachforderungsberechtigung und die Rückzahlungslast der Abrechnungspflicht folgen.⁴⁰ Bis zur Beschlagnahme war der Vermieter abrechnungspflichtig; hat er abgerechnet, so schuldet er die Rückzahlung des Guthabens.

c) Einrede des Unvermögens (§ 275 Abs. 2 BGB)

Dass der Zwangsverwalter für die Zeit nach Beschlagnahme nicht von seiner Abrechnungspflicht befreit werden kann, bedarf keiner Begründung. Kritisch ist die Abrechnung für die vor seiner Bestellung liegenden Zeiträume, weil der Vermieter die Unterlagen nicht aufbewahrt, sich um nichts gekümmert hat, gar verschwunden ist oder jede Kooperation verweigert. Mit diesem praktischen Problem brauchte sich der BGH nicht zu befassen, denn seine Fälle spielten vor 2002. Jetzt gilt § 275 BGB; Unmöglichkeit und

³⁹ BGH, Beschl. v. 19. 12. 1990 – VIII ARZ 5/90, BGHZ 113, 188 = NJW 1991, 836 = ZMR 1991, 133; BGH, Urt. v. 8. 3. 2006 – VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 = NZM 2006, 340 = ZMR 200, 358.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 26. 3. 2003 - VIII ZR 333/02, NJW 2003, 2320 = NZM 2003, 473 = ZfIR 2003, 528.

Unvermögen sind nicht nur eine Frage der Zwangsvollstreckung – gem. § 888 ZPO⁴¹ –, sondern auch des materiellen Rechts.

Ein absolutes Leistungshindernis gem. § 275 Abs. 1 BGB besteht nicht, denn die Wiederbeschaffung der Abrechnungsunterlagen ist grundsätzlich möglich, weil der Verwalter von Versorgungsträgern, Behörden und Versicherungen Duplikate erlangen kann. Dass dies nicht nur Zeit, sondern auch Geld kostet, steht dem nicht entgegen. In Betracht kommt allenfalls ein Leistungshindernis gem. § 275 Abs. 2 BGB. Diese Bestimmung gibt dem Schuldner der Leistung – hier dem Verwalter – die Einrede des Unvermögens, wenn die Aufwendungen zur Leistung – hier zur Erstellung der Abrechnung, insbesondere zur Beschaffung der Informationen und Abrechnungsunterlagen - „unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Schuldners – hier des Mieters - steht,“ so wörtlich § 275 Abs. 2 Satz 1 BGB. In der Praxis stellt sich die Frage, ob der Zwangsverwalter Versorgungsträger oder Versicherungen verklagen muss, die die Herausgabe von Unterlagen oder Herstellung von Duplikaten für die zurückliegende Zeit mit der Begründung verweigern, damals sei nur der Vermieter ihr Vertragspartner gewesen. Diesen Prozess mit unsicherem Ausgang wird man dem Zwangsverwalter ersparen können. Auch ohne Rechtsstreit können die Kosten, z. B. für die Herstellung von Duplikaten, und der Zeitaufwand unverhältnismäßig hoch sein.⁴² Es besteht kein Grund, die Gläubiger bzw. den Zwangsverwalter schlechter als andere Schuldner zu behandeln. Die Gefahr einer vorschnellen Leistungsbefreiung besteht nicht; ein erheblicher Zeit- und Kostenaufwand genügt nicht, er muss unverhältnismäßig sein.

Ohne Abrechnungspflicht entfällt das bei Abrechnungsverzug dem Mieter grundsätzlich gegebene Recht, zur Durchsetzung des Anspruchs auf Abrechnung die laufenden Nebenkostenvorauszahlungen einzubehalten.⁴³ Trotzdem ist der Mieter nicht rechtlos, denn § 275 Abs. 4 BGB lässt seine Sekundäransprüche unberührt. Nach §§ 280 Abs. 1, 283 BGB kann er zum Schadensausgleich Ersatz des nicht errechneten Guthabens verlangen. Hierzu genügt der Vortrag von Tatsachen, die dem Gericht die Schätzung seines Guthabens gem. § 287 ZPO ermöglicht, z. B. Zahlen aus früheren oder nachfolgenden Abrechnungen.

d) Ausschluss der Nachforderung gem. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB

Der einmal eingetretene Ausschluss der Nachforderung gem. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB wirkt gegen den Zwangsverwalter. Tückisch für ihn ist seine Bestellung kurz vor Ablauf der Frist zur Abrechnung für das Vorjahr, etwa im November oder Dezember. Mangels Abrechnungsunterlagen und sonstiger Informationen kann er häufig nicht fristgerecht abrechnen, sondern schafft die Abrechnung erst nach Ablauf der Abrechnungsfrist. Ob er sich entschuldigen kann, ist streitig. Die mieterfreundliche Auffassung⁴⁴ betont, dass der Zwangsverwalter wie der Vermieter zu behandeln sei und sich dessen Fehler zurechnen lassen müsse. § 152 Abs. 2 ZVG schütze den Mieter, der durch die Anordnung der Zwangsverwaltung keine Nachteile erleiden dürfe. Zweck des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB sei es, dem Mieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist die Gewissheit zu geben, dass er nicht mit einer Nachforderung zu rechnen braucht.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 11. 5. 2006 - I ZB 94/05, NJW 2006, 2706 = NZM 2006, 639 = ZMR 2006, 608.

⁴² Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 6 ZwVwV, Rz. 29, lassen das Kostenargument nicht gelten und wollen die Gläubiger gem. § 161 Abs. 3 ZVG auf Zahlung eines Vorschusses in Anspruch nehmen.

⁴³ Dazu BGH, Beschl. v. 11. 4. 1985 – VIII ARZ 16/83, BGHZ 91, 62 = NJW 1984, 2466; BGH, Beschl. v. 19. 12. 1990 – VIII ARZ 5/90, BGHZ 113, 188 = NJW 1991, 836 = ZMR 1991, 133.

⁴⁴ AG Dortmund, Urt. v. 19. 11. 2007 – 425 C 7858/07 (nicht rechtskräftig, Az. des LG Dortmund: 1 S 211/07); Schmid DWW 2004, 288, 291.

Vorzuziehen ist die Gegenansicht, die zu Gunsten des Zwangsverwalters für einen abgemilderten Verschuldensmaßstab eintritt⁴⁵ oder ihm Versäumnisse des Vermieters nicht zurechnet.⁴⁶ Der Vermieter ist nicht Erfüllungsgehilfe des späteren Zwangsverwalters. Obwohl dem abrechnungspflichtigen Vermieter in aller Regel nach Eingang der letzten Belege mehrere Monate zur Abrechnung bleiben, kann er dem Ausschluss der Nachforderung mit der Entschuldigung der Fristversäumnis entgehen. Demgegenüber wird der Zwangsverwalter erst mit seiner Bestellung abrechnungspflichtig, ggf. wenige Wochen vor Ende der Abrechnungsfrist. Mit der Abrechnung erfüllt er eine eigene Pflicht, nicht eine des Vermieters; daher wirkt dessen Wissen oder Fehlverhalten nicht gegen den Zwangsverwalter. § 166 Abs. 1 BGB ist ohnehin nicht entsprechend anzuwenden, denn diese Vorschrift rechnet Wissen des Vertreters dem Vertretenen zu. Das Argument, der Zwangsverwalter sei wie der Vermieter zu behandeln, bedeutet nicht, dass er jedes Fehlverhalten des Vermieters wie eigenes Verschulden zu vertreten hat, sondern dass er ohne Vorbelastung die Chance zur Exkulpation gem. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB haben muss. Es kommt daher nur darauf an, ob der Zwangsverwalter die Fristversäumnis zu vertreten hat. Entschuldigt ist er, wenn er nach seiner Bestellung alles für die alsbaldige Abrechnung Erforderliche veranlasst. Dem Normzweck des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB widerspricht diese Sicht nicht. Die Sicherheit, die der Mieter mit Ende der Abrechnungsfrist erlangt, ist nicht absolut, denn er, der die Interna des Vermieters nicht kennt, muss stets – ohne Vorwarnung - mit einer Entschuldigung und Nachforderung des Vermieters rechnen. Ist er hingegen von der Zwangsverwaltung unterrichtet, so ist er vorgewarnt. Sein Vertrauen, nach Fristablauf nicht einer Nachforderung ausgesetzt zu sein, ist weniger gerechtfertigt als bei Fortdauer des Mietverhältnisses ohne Zwangsverwaltung. Unbegrenzt Zeit hat der Zwangsverwalter nicht. Der Bundesgerichtshof gewährt dem entschuldigten Vermieter nach Wegfall des Abrechnungshindernisses eine dreimonatige Frist.⁴⁷ Auf die Zwangsverwaltung übertragen bedeutet dies nicht, dass der Zwangsverwalter spätestens drei Monate nach seiner Bestellung abrechnen muss, denn das Abrechnungshindernis entfällt erst, wenn ihm alle hierzu erforderlichen Informationen und Unterlagen vorliegen. Diese hat er allerdings unverzüglich zu beschaffen.

Der Schutz des Mieters, der von der laufenden Zwangsverwaltung Kenntnis hat, gebietet es nicht, den Zwangsverwalter entgegen § 556 Abs. 3 Satz 4 BGB zur Teilabrechnung über einzelne bestimmte Nebenkosten zu verpflichten, soweit ihm die Unterlagen zur Verfügung stehen.⁴⁸

e) Abrechnung nach Aufhebung der Zwangsverwaltung

aa) Aufhebung wegen Antragsrücknahme oder Befriedigung der Gläubiger

Nach Aufhebung der Zwangsverwaltung wegen Rücknahme des Antrags (§ 29 i.V.m. § 161 ZVG)⁴⁹ oder Befriedigung der Gläubiger (§ 161 Abs. 2 ZVG) ist spiegelbildlich zu der mit Bestellung begründeten Passivlegitimation des Verwalters nicht mehr er, sondern der Vollstreckungsschuldner als nunmehr wieder zur Verwaltung seiner Immobilie berechnigte Vermieter zur Nebenkostenabrechnung, ggf. zur Rückzahlung an den Mieter, auch insoweit verpflichtet, als der Zwangsverwalter die Vorauszahlungen eingezogen hat.⁵⁰

⁴⁵ AG Zwickau, Urt. v. 24. 9. 2004 – 2 C 363/04, Rpfleger 2005, 101; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 6 ZwangsverwalterVO, Rz. 29; Haut Rpfleger 2003, 602, 604; Drasdo NJW 2005, 1549, 1552.

⁴⁶ LG Dortmund, Urt. v. 4. 5. 2007 – 17 S 233/06, IGZInfo 2007, 110.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 5. 7. 2006 – VIII ZR 220/05, NJW 2006, 3350 = NZM 2006, 740 = ZMR 2006, 847.

⁴⁸ LG Dortmund, Urt. v. 4. 5. 2007 – 17 S 233/06, IGZInfo 2007, 110.

⁴⁹ Zum Wegfall der Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters BGH, Urt. v. 8. 5. 2003 - IX ZR 385/00, ZfIR 2003, 571 = NJW-RR 2003, 1419 = WM 2003, 1176.

⁵⁰ Schmidt-Futterer/Langenberg, § 556 Rz. 372; Drasdo NJW 2005, 1549, 1552.

bb) Aufhebung nach Zuschlag in der Zwangsversteigerung

Der Ersteher, der gem. § 566 Abs. 1 BGB in das Mietverhältnis eintritt, ist zur Abrechnung, ggf. zur Rückzahlung verpflichtet, wenn die Zwangsverwaltung nach Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§ 12 ZwangsverwalterVO i.V.m. § 161 ZVG) während einer laufenden Abrechnungsperiode aufgehoben wird.⁵¹ Nicht eindeutig zu beantworten ist die Passivlegitimation, wenn die Abrechnungsperiode vor dem Zuschlag endete. Bei dieser zeitlichen Abfolge ist jedenfalls ohne Rücksicht auf die Fälligkeit nicht der Erwerber abrechnungspflichtig.⁵² Mit der knappen Begründung, derjenige, der die Vorauszahlungen für einen Abrechnungszeitraum erhalten habe, solle auch abrechnen, ggf. ein Guthaben zurückzahlen bzw. die Nachzahlung fordern, bestätigt der BGH dies in dem Urteil vom 4. 4. 2007,⁵³ das den Erwerb durch Zuschlag während laufender Zwangsverwaltung betrifft. Die den Mieter interessierende Frage, ob den Zwangsverwalter oder den Grundstückseigentümer als vormaligen Vermieter die Abrechnungspflicht trifft, beantwortet der BGH nicht, denn er brauchte nur über die Abrechnungspflicht des Erstehers zu entscheiden. Die Begründung, die denjenigen in die Pflicht nimmt, der die Vorauszahlungen erhalten hat, deutet auf die Passivlegitimation des Zwangsverwalters hin. Die Aufhebung der Zwangsverwaltung schließt diese nicht zwingend aus, weil er im Rahmen der ihm obliegenden ordnungsgemäßen Abwicklung⁵⁴ abrechnen kann.⁵⁵ Für den Mieter wäre dies die günstigste Lösung. Andererseits besteht kein Grund, dem Vollstreckungsschuldner, der nicht mehr an der Erfüllung der Vermieterpflichten und Wahrnehmung der Vermieterrechte gehindert ist, diese Aufgabe zu erlassen. Er, nicht der Zwangsverwalter, ist Veräußerer i.S.d. § 566 BGB und er war als Vermieter an dem Mietverhältnis beteiligt, in das der Ersteher eingetreten ist.

8. Behandlung der Sicherheit

a) Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen den Mieter

Da die Sicherheitsabrede zu Gunsten des Zwangsverwalters wirkt,⁵⁶ kann dieser die Sicherheitsleistung einfordern, falls der Mieter sie noch nicht gestellt hat. Insbesondere stehen dem Zwangsverwalter die erst nach Beschlagnahme fälligen Raten (§ 552 Abs. 2 BGB) zu.

b) Weiterleitung der Kautions durch den Vollstreckungsschuldner an den Zwangsverwalter

Akzessorische Sicherheiten (Bürgschaft, Vermieterpfandrecht) gehen auf den Zwangsverwalter über. Vom Vermieter/Vollstreckungsschuldner kann er die Abführung der vom Mieter gestellten Kautions verlangen. Der V. Zivilsenat des BGH hilft dem Zwangsverwalter insofern, als er in dem Beschlagnahmebeschluss schon den dahingehenden Vollstreckungstitel sieht.⁵⁷ Dies erlaubt den Zugriff auf die gegenständlich vorhandene Sicherheit, etwa Sparbuch oder die Forderung gegen die Bank, nützt aber nichts, wenn der Vermieter die Kautions nicht von seinem Vermögen getrennt hat.

c) Vom Vermögen des Zwangsverwalters getrennte Anlage

⁵¹ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 152 Anm. 12.9.

⁵² BGH, Urt. v. 14. 9. 2000 - III ZR 211/99, NZM 2001, 158; Urt. v. 3. 12. 2003 - VIII ZR 168/03, NJW 2004, 851.

⁵³ VIII ZR 219/06, NJW 2007, 1818 = NZM 2007, 441 = ZfIR 2007, 766 = ZMR 2007, 529.

⁵⁴ Dazu BGH, Urt. v. 8.5. 2003 - IX ZR 385/00, BGHZ 155, 38 = NJW-RR 2003, 1419 = ZIP 2003, 1466 = ZfIR 2003, 571.

⁵⁵ So im Ergebnis Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 152 Anm. 12.9.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 16. 7. 2003 - VIII ZR 11/03, NJW 2003, 3342 = NZM 2003, 849 = ZIP 2003, 1012 = ZfIR 2003, 1012.

⁵⁷ Beschl. v. 14. 4. 2005 - V ZB 6/05, NJW-RR 2005, 1032 = MDR 2005, 1012..

Für die Wohnraumvermietung schreibt § 551 Abs. 3 BGB ausdrücklich die vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage vor; ohne eine entgegenstehende Abrede ist der Vermieter auch bei gewerblicher Vermietung dazu verpflichtet.⁵⁸ Zweck ist die Absicherung gegen die Insolvenz des Vermieters. Diese Gefahr besteht bei der Zwangsverwaltung nicht. Gleichwohl wird der Zwangsverwalter diese Anlage beizubehalten haben, wenn er die Kautions vom Vollstreckungsschuldner erlangt. Auch neue Kautions hat er getrennt von den zur Verteilung an die Gläubiger bestimmten Erträgen der Grundstücksnutzung anzulegen.⁵⁹ Gerade bei einer nicht sehr ertragreichen Zwangsverwaltung ist nicht auszuschließen, dass der Gläubiger seinen Antrag zurücknimmt und weitere Einnahmen ausbleiben.

d) Ansammeln eines Kautionsguthabens aus den Mieteinkünften

Die Rechtsprechung des BGH zum Eintritt des Zwangsverwalters in die Sicherungsvereinbarung⁶⁰ ist nicht ausdehnend in dem Sinn zu interpretieren, dass er, ohne die Kautions erlangt zu haben, zunächst einen Betrag in entsprechender Höhe ansammeln und von der Zwangsverwaltungsmasse getrennt anlegen müsse; bis zum Nachweis dieser Anlage dürfe der Mieter die laufenden Mietzahlungen zurückbehalten.⁶¹ Diese gesetzeskonforme Anlage setzt den Erhalt der Kautions voraus. Der Mieter ist durch die BGH-Rechtsprechung hinreichend geschützt. Wenn er zuvor seinen Anspruch auf die vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage nicht durchgesetzt hat, ggf. durch Einbehaltung der laufenden Mietzahlungen, besteht kein Bedürfnis, ihn zur Zurückbehaltung der dem Zwangsverwalter geschuldeten Mietzahlungen zu berechtigen. Es bleibt somit das Restrisiko, dass der Mieter mit seinem Kautionsrückzahlungsanspruch ausfällt, falls die Zwangsverwaltung „masseunzulänglich“ endet.

9. Kündigung des Mietverhältnisses

Auf Vermieterseite kann nur der Zwangsverwalter das Mietverhältnis kündigen und eine Kündigung ist an ihn zu richten. Da er wie der Vermieter zu behandeln ist, gehen Kündigungslagen auf ihn über. So kann er das Mietverhältnis gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB außerordentlich kündigen, wenn der Mieter vor Anordnung der Zwangsverwaltung in Zahlungsverzug geraten ist. Umgekehrt verliert der Mieter infolge der Beschlagnahme nicht sein Recht zur außerordentlichen Kündigung, z. B. wegen Verzugs des Vermieters mit der Mangelbeseitigung.

Bei Wohnraumvermietung ist der Zwangsverwalter nicht gehindert, gem. § 573 BGB ein Mietverhältnis zu kündigen, um dem Vollstreckungsschuldner oder einem seiner Angehörigen eine Wohnung zu überlassen. § 149 ZVG verbietet nicht die Vermietung, d. h. entgeltliche Gebrauchsüberlassung, an den Schuldner. Allerdings sollte der Verwalter die Zustimmung des Vollstreckungsgerichts einholen.⁶²

10. Abwicklung des während der Zwangsverwaltung endenden Mietverhältnisses

a) Rückgabe, Nutzungsentschädigung und Schadensersatz

Nach § 21 Abs. 1 ZVG, auf den § 148 ZVG verweist, erfasst die Beschlagnahme nur die Miet- und Pachtansprüche. Ob auch der an ihre Stelle tretende Anspruch auf die Nutzungsentschädigung wegen Vorenthaltung der Mietsache nach Vertragsende beschlagnahmt ist, kann dahinstehen, jedenfalls ist der Zwangsverwalter berechtigt, die

⁵⁸ OLG Frankfurt, Urt. v. 29. 5. 1991- 17 U 110/90, NJW-RR 1991, 1416 = ZMR 1991, 1416; KG, Beschl. v. 1.10. 1998 – 20 W 6592/98, NJW-RR 1999, 738 = NZM 1999, 376; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 703; Schmidt-Futterer/Blank, § 551 BGB Rz. 112; Boecken/Schifferdecker ZfIR 2004, 133, 135; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 152 Anm. 12.13. a).

⁵⁹ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 152 Anm. 12.13.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 16. 7. 2003 – VIII ZR 11/03, NJW 2003, 3342 = NZM 2003, 849 = ZIP 2003, 1012 = ZfIR 2003, 1012.

⁶¹ So für die Vermieterinsolvenz Derleder NZM 2004, 568, 578; zur Zwangsverwaltung äußert Depré, ZfIR 2007, 313, 314, ähnliche Befürchtungen.

⁶² Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 152 Anm. 12.4.

Ansprüche wegen rechtsgrundloser Nutzung der beschlagnahmten Immobilie geltend zu machen.⁶³ Auch kann er Ersatz des Mietausfalls wegen einer vom Mieter zu vertretenden vorzeitigen Vertragsbeendigung verlangen, denn ersatzberechtigt kann nur derjenige sein, der infolge des Rückgabeverzugs geschädigt ist.

b) Rückerstattung der Kautions

Zur Rückgewähr der Kautions an den Mieter ist der Zwangsverwalter auch dann verpflichtet, wenn der Vermieter sie nicht von seinem Vermögen getrennt angelegt und nicht an den Zwangsverwalter abgeführt hat.⁶⁴ Aus § 566a BGB folgt dies nicht, denn die Beschlagnahme des Grundstücks zur Zwangsverwaltung ist kein der Veräußerung gleichstehender Rechtsübergang. Die gem. § 152 Abs. 2 ZVG auf den Zwangsverwalter übergehenden Vertragspflichten begrenzt der BGH nicht auf die mit der Gebrauchsgewährung unmittelbar zusammenhängenden Pflichten, sondern bezieht die Pflichten aus der Kautionsabrede wegen der treuhandähnlichen Bindung ein. Die Schmälerung der Haftungsmasse zu Gunsten des Mieters nimmt er als vom Gesetz gewollt hin.

Mit der in neueren Entscheidungen hervorgehobenen Erwägung, der Mieter, der sich die gesetzeskonforme Anlage der Kautions nicht nachweisen lasse, verdiene keinen Schutz durch einen zusätzlichen Rückerstattungsschuldner,⁶⁵ hat der BGH bei der Zwangsverwaltung bislang nicht argumentiert. Dass sie auch zur Zwangsverwaltung passt, liegt auf der Hand, zumal deren Anordnung ein Glücksfall für den Mieter ist, der die nicht vom Vermögen des Vermieters getrennt angelegte Kautions von diesem nicht zurückerlangt hätte.⁶⁶ Nachdem der für Zwangsverwaltung zuständige IX. Zivilsenat des BGH sich jüngst der Rechtsprechung des für die Wohnraummiete zuständigen VIII. Senats ausdrücklich angeschlossen hat,⁶⁷ dürfte gleichwohl die BGH-Rechtsprechung nunmehr „gefestigt“ sein.

Bei der Rückerstattungspflicht des Zwangsverwalters bleibt es, wenn das Mietgrundstück nach Beendigung des Mietverhältnisses zwangsversteigert und die Zwangsverwaltung deshalb aufgehoben wird, denn das Vertragsende als das den Rückzahlungsanspruch auslösende Ereignis fällt in die Zeit der Zwangsverwaltung. Der Ersteher kommt als Rückzahlungsschuldner nicht in Betracht, weil er nicht in diese Abwicklungspflicht eintritt.⁶⁸

c) Ausgleich werterhöhender Investitionen des Mieters

Auch wenn dem Mieter kein Aufwendungsersatz nach § 539 Abs. 1 BGB und den Regeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag zusteht, ist der Vermieter, der infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung in den Genuss werterhöhender Investitionen des Mieters gelangt, auf dessen Kosten „in sonstiger Weise“ gemäß § 812 BGB ungerechtfertigt bereichert. Die Bereicherung besteht nicht in dem Zeitwert der Aufwendungen bei Rückgabe des

⁶³ BGH, Urt. v. 23. 7. 2003 – XII ZR 16/00, NZM 2003, 871 = ZMR 2003, 827; Urt. v. 29. 6. 2006 – IX ZR 119/04, NZM 2006, 677 = ZfIR 2006, 733.

⁶⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 16. 7. 2003 – VIII ZR 11/03, NJW 2003, 3342 = NZM 2003, 849 = ZIP 2003, 1012 = ZfIR 2003, 1012; Urt. v. 9. 3. 2005 - VIII ZR 330/03, NJW-RR 2005, 1029 = NZM 2005, 596 = ZfIR 2005, 769.

⁶⁵ Zur Rückzahlungspflicht des Grundstückserwerbers: Urt. v. 4. 4. 2007 - VIII ZR 219/06, NJW 2007, 1818 = NZM 2007, 441 = ZfIR 2007, 766 = ZMR 2007, 529; zur Vermieterinsolvenz: Urt. v. 20. 12. 2007 – IX ZR 132/06.

⁶⁶ Depré ZfIR 2006, 313.

⁶⁷ Urt. v. 11. 10. 2007 - IX ZR 156/06, ZIP 2007, 2375 = NZM 2008, 100 = ZfIR 2008, 27.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 4. 4. 2007 - VIII ZR 219/06, NJW 2007, 1818 = NZM 2007, 441 = ZfIR 2007, 766 = ZMR 2007, 529.

Mietobjekts, sondern in der Erhöhung des Ertragswerts des Grundstücks.⁶⁹ Nach Veräußerung des Grundstücks ist Schuldner dieses Anspruchs der in das Mietverhältnis gem. § 566 BGB eingetretene Erwerber.⁷⁰ Bereichert ist er, weil das Mietobjekt nicht mehr mit der Vermietung zu einer niedrigen Miete „belastet“ ist und er deshalb einen höheren Ertrag als zuvor erlangt. Diese Erwägungen treffen auch auf den Zwangsverwalter zu, wenn und soweit er bei der Neuvermietung eine Miete erzielt, die wegen der Investitionen des früheren Mieters höher als zuvor ist. Um den Spitzenbetrag sind die Gläubiger bereichert.

II. Abwicklung des vor Beschlagnahme beendeten Mietverhältnisses

Ein vor Anordnung der Zwangsverwaltung beendetes Mietverhältnis fällt nicht unter die den Mieter schützende Regelung des § 152 Abs. 2 ZVG.⁷¹ Hat er das Mietobjekt vor Beschlagnahme zurückgegeben, so wird der Zwangsverwalter sich nur ausnahmsweise mit dem Mietverhältnis zu befassen haben (z. B. Einzug von Zahlungsrückständen aus dem letzten Jahr vor Beschlagnahme).

1. Mietrückstände, Nutzungsentschädigung und Rückgabe

Unabhängig davon, ob der Mieter das Mietobjekt noch nutzt oder vor Beschlagnahme des Mietgrundstücks zurückgegeben hat, stehen dem Zwangsverwalter die offenen Mieten zu, soweit diese nicht nach § 1123 Abs. 2 Satz 1 BGB von der Beschlagnahme ausgenommen sind. Da die ordnungsgemäße Verwaltung die Durchsetzung der Ansprüche einschließt, die aus einer rechtsgrundlosen Nutzung des verwalteten Grundstücks resultieren, steht dem Zwangsverwalter die Nutzungsentschädigung gem. § 546a BGB zu.⁷² Auch ist die Mietsache ihm zurückzugeben.

2. Abrechnung der Betriebskosten für die zurückliegende Zeit, Rück- und Nachzahlung

Die BGH-Rechtsprechung betrifft nur Mietverhältnisse, die zur Zeit der Beschlagnahme rechtlich fortbestehen. Bei zuvor beendeten kommt es darauf an, ob diese faktisch weiter laufen, d. h. ob der Mieter das Mietobjekt noch nutzt oder ob er es vorher zurückgegeben hat. Erheblich ist zudem, ob für einen vor Beschlagnahme beendeten Abrechnungszeitraum oder für den zu dieser Zeit laufenden abzurechnen ist.

a) Fortdauernder Mietgebrauch zur Zeit der Beschlagnahme

aa) Abrechnung über die bei Beschlagnahme laufende Abrechnungsperiode

Die Nebenkostenabrechnung gehört zweifelsfrei zu den Aufgaben des Zwangsverwalters. Da ihm die Nutzungsentschädigung einschließlich Nebenkostenvorauszahlungen zusteht, ist er hierzu wie bei einem rechtlich fortbestehenden Mietverhältnis auch dem Mieter gegenüber verpflichtet. Die - ohnehin von der Beschlagnahme erfasste - Nachzahlung kann der Zwangsverwalter einziehen. Zweifelhaft ist allenfalls, ob er auch ein Guthaben aus der Zeit auskehren muss, in der der Mieter an den Vermieter gezahlt hat. Insoweit lässt sich eine Aufteilung mit der Begründung vertreten, der in Rückgabeverzug befindliche Mieter müsse nicht an allen Vorteilen der Zwangsverwaltung teilhaben. Andererseits ist eine derartige Aufspaltung unpraktikabel. Den Gläubigern ist die Belastung zuzumuten, weil sie von dem faktisch weiterlaufenden Mietverhältnis profitieren.

bb) Abrechnung über die vor Beschlagnahme abgelaufene Abrechnungsperiode

⁶⁹ BGH, Urt. v. 22. 5. 1967 – VIII ZR 25/65, NJW 1967, 2255; BGH, Urt. v. 4. 4. 1990 – VIII ZR 71/89, BGH, Urt. v. 5. 10. 2005 – XII ZR 43/02, NJW-RR 2006, 294 = NZM 2006, 15 = ZfIR 2006, 92 = ZMR 2006, 185.

⁷⁰ Urt. v. 5. 10. 2005 – XII ZR 43/02, NJW-RR 2006, 294 = NZM 2006, 15 = ZfIR 2006, 92 = ZMR 2006, 185.

⁷¹ BGH, Urt. v. 3. 5. 2006 - VIII ZR 210/05, ZfIR 2007, 207 = NJW-RR 2006, 1021 = NZM 2006, 680.

⁷² BGH, Urt. v. 23. 7. 2003 - XII ZR 16/00, NJW-RR 2003, 1308 = NZM 2003, 871 = ZMR 2003, 827.

Der Schutz des (früheren) Mieters erfordert es nicht, die BGH-Rechtsprechung zur Abrechnung für die zurückliegende Abrechnungsperiode zu übernehmen.⁷³ Gleichwohl wird der Zwangsverwalter abzurechnen haben, weil er eine etwaige Nachzahlung zur Haftungsmasse zu ziehen hat. Dem Mieter gegenüber ist er dazu ebenso wenig verpflichtet wie zur Auskehrung eines etwaigen Guthabens. Eine dahingehende Verpflichtung zu Lasten der Gläubiger würde den in Rückgabeverzug befindlichen Mieter belohnen, der sich bei rechtzeitigem Auszug nur an den Vermieter hätte halten können.

b) Auszug des Mieters vor Beschlagnahme

aa) Abrechnung über die bei Beschlagnahme laufende Abrechnungsperiode

Ob der frühere Mieter den Zwangsverwalter auf Abrechnung in Anspruch nehmen kann, ist zweifelhaft. Jedenfalls gehört die Abrechnung zur ordnungsgemäßen Verwaltung und eine Nachzahlung steht den Gläubigern zu, weil sie erst mit der Abrechnung des Zwangsverwalters fällig wird. Da der Verwalter keine Vorauszahlungen eingezogen hat, besteht kein Grund, die Haftungsmasse mit einer etwaigen Rückzahlung zu belasten.

bb) Abrechnung über die vor Beschlagnahme abgelaufene Abrechnungsperiode

Nicht abrechnungspflichtig ist der Zwangsverwalter nach Beendigung des Mietverhältnisses und Auszug des Mieters vor Beschlagnahme.⁷⁴ Es besteht kein Bedürfnis, den Mieter zu schützen, der den Vermieter nicht auf die vor Beschlagnahme fällige Abrechnung in Anspruch genommen hat.

Kritisch ist die Abrechnungspflicht nach Rückgabe des Mietobjekts, aber vor Fälligkeit der Abrechnung. Grundsätzlich ist den Gläubigern die Verringerung der Haftungsmasse nicht zuzumuten, wenn sie von dem beendeten Mietverhältnis keinerlei Vorteile haben.⁷⁵ Im Umkehrschluss folgt daraus die Abrechnungspflicht des Verwalters, wenn er die beschlagnahmte rückständige Miete bzw. Nutzungsentschädigung einschließlich Nebenkostenvorauszahlungen aus der in § 1123 Abs. 2 BGB genannten Zeitspanne zur Haftungsmasse gezogen hat. Hat hingegen der Vermieter diese vereinnahmt, so bleibt er abrechnungspflichtig, ohne einwenden zu können, hierzu ohne die das Mietgrundstück betreffenden Unterlagen nicht in der Lage zu sein; er hat Anspruch auf Einsicht in die Belege (§ 810 BGB)

3. Rückzahlung der Kautions

a) Auszug des Mieters vor Beschlagnahme

Zur Rückerstattungspflicht des Zwangsverwalters bei einem vor Beschlagnahme beendeten Mietverhältnis besagt das Urteil vom 16. 7. 2003 nichts, seine Tragweite wurde daher in der Folgezeit kontrovers diskutiert. Im Urteil vom 3. 5. 2006⁷⁶ stellt der BGH klar, dass der Zwangsverwalter nicht zur Rückerstattung der Kautions verpflichtet ist, wenn das Mietverhältnis vor Beschlagnahme endete und das Mietobjekt zurückgegeben wurde. Tragender Gesichtspunkt ist die Erwägung, dass den Gläubigern die Verringerung der Haftungsmasse nicht zuzumuten ist, wenn sie von dem beendeten Mietverhältnis keinerlei Vorteile hatten. Auch greift das vom BGH zum Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis⁷⁷ und zur Vermieterinsolvenz⁷⁸ betonte Argument, dass der Mieter, der sich die vom Vermögen

⁷³ BGH, Urt. v. 26. 3. 2003 - VIII ZR 333/02, NJW 2003, 2320 = NZM 2003, 473 = ZfIR 2003, 528; Urt. v. 3. 5. 2006 - VIII ZR 168/05, NJW 2006, 2626 = NZM 2006, 581 = ZfIR 2006, 689 = ZMR 2006, 601.

⁷⁴ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 152 Anm. 12.14.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 3. 5. 2006 - VIII ZR 210/05, NJW-RR 2006, 1021 = NZM 2006, 680 = ZMR 2006, 603.

⁷⁶ VIII ZR 210/05, NJW-RR 2006, 1021 = NZM 2006, 680 = ZMR 2006, 603.

⁷⁷ Urt. v. 4. 4. 2007 - VIII ZR 219/06, NJW 2007, 1818 = NZM 2007, 441 = ZfIR 2007, 766 = ZMR 2007, 529.

⁷⁸ Urt. v. 20. 12. 2007 - IX ZR 132/06

des Vermieters getrennte Anlage der Kautions nicht hat nachweisen lassen, keinen Schutz durch einen zusätzlichen Rückerstattungsschuldner verdient.

b) Fortdauernder Mietgebrauch zur Zeit der Beschlagnahme

Wie aber ist abzugrenzen, wenn das Mietverhältnis vor Beschlagnahme endete, der Mieter es aber weiterhin nutzt und erst danach zurückgibt? Diese Frage lässt der BGH in seinem Urteil vom 3. 5. 2006⁷⁹ ausdrücklich unbeantwortet.

Bei Anordnung der Zwangsverwaltung in der Zeit zwischen Vertragsende und Rückgabe des Mietobjekts hat der Zwangsverwalter die gem. § 546a BGB vom Mieter geschuldete Nutzungsentschädigung zur Haftungsmasse zu ziehen;⁸⁰ die Gläubiger haben also Ansprüche, bei deren Erfüllung tatsächliche Einnahmen aus diesem Abwicklungsverhältnis haben. Dies spricht für die Passivlegitimation des Zwangsverwalters. Diese Sicht bringt die Gefahr mit sich, dass die Nachteile für die Gläubiger größer sind als die Vorteile, namentlich dann, wenn Nutzungsentschädigung nur für einen oder zwei Monate anfällt, während Kautions in Höhe dreier Monatsmieten zurückzuzahlen ist. Auf die Höhe der Vor- und Nachteile abzustellen, ist kein Ausweg.

Der bei Anordnung der Zwangsverwaltung andauernde Mietgebrauch, in der Regel Rückgabeverzug und Vorenthaltung, taugt nicht zur Begründung der Passivlegitimation des Zwangsverwalters, weil der fortdauernde Mietgebrauch unberechtigt ist. Den Zwangsverwalter auf Kosten der Gläubiger in die Rückzahlungspflicht aus der Kautionsabrede eintreten zu lassen, würde den im Rückgabeverzug befindlichen Mieter belohnen, der als Folge seines Verzugs einen neuen Schuldner des Kautionsrückzahlungsanspruchs erlangte. Dem im Rückgabeverzug befindlichen Mieter würde das Risiko genommen, dass der Vermieter die Kautions nicht von seinem Vermögen getrennt angelegt hat. Wer diese Risikoverteilung, die der BGH im Ur. vom 4. April 2007 betont,⁸¹ für vorrangig hält, wird bei jeglicher Beendigung des Mietverhältnisses vor Beschlagnahme den Zwangsverwalter nicht zur Kautionsrückzahlung verpflichten, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Mieter zuvor das Mietobjekt zurückgegeben hat.

Zum Abschluss: Die Zwangsverwaltung bringt für den Mieter vielfach Vorteile, besonders dann, wenn der Vermieter sich zuvor um nichts mehr gekümmert hat. Kompliziert bleiben die Aktiv- und die Passivlegitimation. Ob sich die hier vorgeschlagenen, stark nach den einzelnen Fallgestaltungen unterscheidenden Lösungen durchsetzen, bleibt abzuwarten. Wenn Vermieter oder Zwangsverwalter Ansprüche mit zweifelhafter Aktivlegitimation anmelden, sollte der Mieter vorsorglich jeweils den anderen fragen. Gerieren sich beide als Anspruchsinhaber oder darf der Mieter berechnete Zweifel haben, empfiehlt sich die Hinterlegung (§ 372 Satz 2 BGB).

⁷⁹ VIII ZR 210/05, NJW-RR 2006, 1021 = NZM 2006, 680 = ZMR 2006, 603.

⁸⁰ BGH, Ur. v. 16. 7. 2003 - XII ZR 16/00, NJW-RR 2003, 1308 = NZM 2003, 871.

⁸¹ VIII ZR 219/06, NJW 2007, 1818 = NZM 2007, 441 = ZfIR 2007, 766 = ZMR 2007, 529, dort unter Rz. 11.