

Die Schuldnerwohnung im Verbraucherinsolvenzverfahren*

Die Insolvenzordnung in ihrer Ursprungsfassung hatte die Wohnraumvermietung vergessen. Ungeachtet der Einführung eines gesonderten Verbraucherinsolvenzverfahrens, eines Hauptanliegens der Novellierung des Insolvenzrechts, argumentieren die Referenten der Gesetzesbegründung zu den §§ 108, 109 und 112 InsO¹ nur mit wirtschaftlichen Aspekten, wägen ab, ob und inwieweit das Mietobjekt für die Durchführung des Insolvenzverfahrens und/oder die Sanierung des Unternehmens benötigt wird. Erst der nachträglich eingefügte und seit 1. 12. 2001 geltende § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO befasst sich mit der Wohnraumvermietung, löst zwar ein Problem, wirft aber zusätzliche Fragen auf, die sich zuvor nicht gestellt hatten.

I. Massezugehörigkeit der Mietwohnung

Nach Verabschiedung der Inssolvenzordnung war die Massezugehörigkeit der Mietwohnung des Schuldners streitig, denn die Mietwohnung lässt sich nicht zu Gunsten der Gläubiger einsetzen oder verwerten.² Sie von der Massezugehörigkeit auszunehmen, steht zudem in Einklang mit dem in § 36 Abs. 1 InsO i.V.m. § 811 Abs. 1 Nr. 1 ZPO umschriebenen Grundsatz, dass zum persönlichen Gebrauch und zur Haushaltsführung bestimmte Sachen nicht der Zwangsvollstreckung und nicht dem Insolvenzbeschlagnahme ausgesetzt sind.³ Insofern ist es nicht abwegig, nicht nur das Bett des Schuldners, sondern auch das Schlafzimmer von der Massezugehörigkeit auszunehmen. Gleichwohl lassen weder § 108 Abs. 1 Satz 1 noch §§ 109 und 112 noch § 55 Abs. 1 Nr. 2 die Einschränkung zu, Wohnraummietverhältnisse des Schuldners seien nicht massebefangen⁴ oder wirkten nur gegen, nicht aber für die Masse.⁵ Die Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO beendete weitgehend die Diskussion, denn diese Regelung ist nur verständlich, wenn das Wohnraummietverhältnis massebefangen ist.⁶

Allerdings gehört die Mietwohnung nicht uneingeschränkt zur Insolvenzmasse wie andere gemietete Sachen. Ein eigenes Nutzungsrecht, das dem des Schuldners vorgeht, erlangt die Masse nicht, wenn der Schuldner die Wohnung selbst nutzt;⁷ der Verwalter benötigt sie nicht zur Abwicklung des Insolvenzverfahrens. Bemerkenswert ist § 22 Abs. 3 Satz 1 InsO, der den vorläufigen Verwalter nur zum Betreten der Geschäftsräume, nicht der Privatwohnung des Schuldners berechtigt. Diese Einschränkung findet sich nicht in § 148 InsO, demzufolge der (endgültige) Verwalter die zur Masse gehörenden Sachen in unmittelbaren Besitz zu nehmen hat. Um diesen Besitzergreifungsanspruch und die korrespondierenden Verpflichtungen

¹ BT-Dr. 14/5860 S. 16, 27

² Allerdings bedeuten die vom Schuldner gestellte Kautions- oder Genossenschaftsanteile vielfach Vermögenswerte, die es lohnt, zur Masse zu ziehen; dazu *Vallender/Dahl* NZI 2000, 246, 247. Bei preisgünstiger Anmietung ist Massemehrung durch rentable Untervermietung denkbar.

³ Vgl. *Kohte*, FS *Uhlenbruck* S. 217, 229

⁴ So *Grote* NZI 2000, 66, 67; ähnlich *Schläger* ZMR 1999, 522, 525 mit der Begründung, der Wohnungsvermieter leiste nicht an die Masse.

⁵ So *Marotzke*, in *Heidelberger Kommentar (HK) zur InsO*, 2. Aufl., § 108 RdNr. 19 und § 109 RdNr. 3, und KTS 1999, 269.

⁶ OLG Celle ZInsO 2003, 948; *Kübler/Prütting/Tintelnot*, InsO, § 109 RdNr. 7. In Hinblick auf § 240 ZPO ist problematisch, ob ein vor Verfahrenseröffnung beendetes Mietverhältnis und die nicht zurückgegebene Wohnung massebefangen sind.

⁷ *Marotzke*, in *Heidelberger Kommentar (HK) zur InsO*, 4. Aufl., § 109 RdNr. 6. Bei der untervermieteten Wohnung stehen die Nutzungen der Masse zu.

* Erweiterte Fassung des Referats des Verfassers am 31. 3. 2006 beim Deutschen Mietgerichtstag in Dortmund

effektiv durchzusetzen, schafft der Eröffnungsbeschluss den vollstreckbaren Titel. Diesem Vollstreckungszugriff unterliegt die Privatwohnung des Schuldners jedoch nicht, weil sie als Mittelpunkt der Lebensführung gem. Art. 13 GG besonderen Schutz verdient.⁸ Letztlich beruht auch die Regelung in § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO auf dieser Erkenntnis.

II. Schuldenbereinigung während des vorläufiges Insolvenzverfahrens

Dem Antrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens hat ein Einigungsversuch mit den Gläubigern voranzugehen. Mit dem Insolvenzantrag hat der Schuldner eine dies bestätigende Bescheinigung beizubringen (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) sowie einen Schuldenbereinigungsplan als Grundlage für eine Einigung mit den Gläubigern während des Eröffnungsverfahrens (§ 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO). Sofern eine Annahme dieses Plans nicht von vornherein nicht zu erwarten ist, lässt das Insolvenzgericht das Eröffnungsverfahren ruhen (§ 306 Abs. 1 InsO). Die Wirkungen des Eröffnungsantrags bestehen bei Ruhen fort, insbesondere die Kündigungssperre gem. § 112 InsO fort, so dass der Vermieter das Mietverhältnis nicht wegen eines vor dem Insolvenzantrag eingetretenen Zahlungsverzugs außerordentlich kündigen kann. Nach wirksamer Kündigung vor dem Eröffnungsantrag bleibt der Rückgabeanspruch mit der Einschränkung durchsetzbar, dass die Kündigung bei Ausgleich des Zahlungsrückstandes wirkungslos wird (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Läuft nach dem Eröffnungsantrag ein Zahlungsrückstand im Umfang des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB auf, so ist der Vermieter zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.⁹ Diese Druckmittel geben ihm im Schuldenbereinigungsverfahren eine starke Position, obwohl er nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Ansprüche auf rückständige Miete und Nutzungsentschädigung gem. § 546a BGB nur als Insolvenzgläubiger geltend machen kann (§ 108 Abs. 2 InsO). Es liegt nahe, dass er nicht zustimmt, wenn seine Forderungen nicht vollständig oder zumindest weitgehend erfüllt werden. Andererseits darf der Mieter (Schuldner) ihm nicht eine bessere Quote zusagen als den anderen Gläubigern zusagen, die eine Bevorzugung des Vermieters ohnehin nicht hinnehmen werden. Faktisch stehen die Vermieterforderungen vielfach einer Schuldenbereinigung während des vorläufigen Verfahrens entgegen. Gleichwohl treten auch in diesem Stadium die Wirkungen der §§ 543 Abs. 2 Satz 2 und 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB (Ausschluss und Unwirksamkeit der Kündigung bei Zahlung) nur bei vollständiger Erfüllung der offenen Forderungen ein.¹⁰ Ebensowenig kann die öffentliche Hand, die zur Erhaltung der Wohnung die Rückstände ausgleicht oder dies zusagt, nicht einwenden, dass der Vermieter nach Verfahrenseröffnung nur Teilerfüllung in Höhe der Quote erwarten könne,¹¹ oder gar nach Annahme des Plans Rückzahlung des die Quote übersteigenden Betrages verlangen.

Der Schuldenbereinigungsplan wird angenommen, wenn kein Gläubiger Einwendungen erhebt (§ 308 InsO). Nicht ausgeschlossen ist, dass bei Zustimmung der Mehrzahl der Gläubiger, die mehr als die Hälfte der Verbindlichkeiten repräsentieren, das Gericht die des sich sträubenden Vermieters gem. § 309 InsO ersetzt. Dies wird in Betracht kommen, wenn

⁸ Ohnehin bietet der Eröffnungsbeschluss nicht die Grundlage für die Vollstreckung gegen den Ehegatten, Partner oder weitere Mitbewohner, zB. volljährige Familienangehörige, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese Partei des Mietvertrages sind. Auch insoweit gilt der Grundsatz, dass der Vollstreckungstitel nur die Zwangsvollstreckung gegen den dort bezeichneten Vollstreckungsschuldner erlaubt.

⁹ BGHZ 151, 353 = NJW 2002, 3326 = ZIP 2002, 1652 = NZM 2002, 859.

¹⁰ Da der Schuldner die Rückstände nicht aus seinem Vermögen abtragen wird, erübrigen sich Ausführungen zur Anfechtbarkeit. Laufende Mietzahlungen sind als Bargeschäft gem. § 142 InsO anfechtungsfrei, BGHZ 151, 353 = NJW 2002, 3326 = ZIP 2002, 1652 = NZM 2002, 859.

¹¹ *Schläger* ZMR 1999, 522, 524.

der Schuldner eine ansehnliche Tilgungsquote in Aussicht stellen kann, während – im Gegensatz zur Restschuldbefreiung - „Nullangebote“ oder Minimalangebote auf diese Weise nicht zu realisieren sind. Sollte der Schuldenbereinigungsplan kurzfristig angenommen werden – etwa vor Ablauf der Schonfrist gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 InsO -, so verändert sich die Mietforderung inhaltlich oder wird durch die Vergleichsforderung ersetzt. Jedenfalls reduziert sich der Zahlungsrückstand auf die in dem angenommenen Plan festgelegte Quote, so dass der Mieter mit deren Zahlung die Kündigungswirkung beseitigen kann. Dies gilt nicht nur bei Zustimmung des Vermieters, sondern auch bei deren gerichtlicher Ersetzung.

Beispiel:

Der Vermieter kündigt vor dem Insolvenzantrag das Mietverhältnis fristlos wegen Zahlungsverzugs, sieht jedoch wegen des Insolvenzantrags und des Schuldenbereinigungsverfahrens zunächst von der Räumungsklage ab. Gegen seine Stimme wird der Schuldenbereinigungsplan unter gerichtlicher Ersetzung seiner Zustimmung angenommen. Die auf ihn entfallende Quote erhält er. Da sie ihm zu mager ist, klagt er auf Räumung. Der Mieter wendet erfolgreich den Wegfall der Kündigungswirkung gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB ein.

III. Durchführung des Mietverhältnisses nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

1. Bindung des Vermieters an den Mietvertrag

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters besteht das Mietverhältnis gem. § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. In bewusstem Gegensatz zur früheren Konkursordnung (§ 19 KO) gibt die InsO dem Vermieter kein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht.¹² Trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters ist ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses zuzumuten; auch begründet das Insolvenzverfahren kein i. S. d. § 573 BGB schützenswertes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses. Der vor Verfahrenseröffnung aufgelaufene Zahlungsrückstand, der noch keine außerordentliche Kündigung gegenüber dem Schuldner ausgelöst hat, berechtigt den Vermieter nicht zur Kündigung gegenüber dem Insolvenzverwalter. Außerordentlich kündigen kann er erst bei einem Zahlungsverzug der Masse im Umfang des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB oder unter den Voraussetzungen des § 543 Abs. 1 BGB.¹³

2. Haftung der Insolvenzmasse für Mietforderungen

Die nach Verfahrenseröffnung anfallenden Mieten sind Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Ob dies auch auf die Miete für die Schuldnerwohnung zutrifft, ist streitig.¹⁴ Trotz Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO ist diese Streitfrage praxisrelevant, denn die Wirkungen der Enthftungserklärung treten nicht sofort, sondern erst nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist entsprechenden Frist.

§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO beruht auf dem Gegenseitigkeitsgrundsatz. Er besagt, dass demjenigen, der zur Insolvenzmasse leistet, die volle Gegenleistung aus der Masse zusteht. Der Gesetzeswortlaut bringt dies zum Ausdruck, indem er Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen privilegiert, deren Erfüllung *zur Insolvenzmasse* nach Verfahrenseröffnung erfolgen muss. Ungeachtet des zwischenzeitlich eingefügten § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO leitet *Marotzke*¹⁵ daraus ab, dass die Masse nicht für die Miete aufkommen müsse, weil der Vermieter den Mietgebrauch gerade nicht ihr, sondern dem Schuldner zur

¹² BT-Drucks. 12/2443 S. 71, 147.

¹³ *Tintelnot* (Fn. 5) § 109 RdNr. 11; MünchKomm-Eckert, InsO, § 108 RdNr. 86.

¹⁴ Für Masseverbindlichkeit: *Eichner* WuM 1999, 260, 261; *Steder* ZIP 1999, 1879; *Vallender/Dahl* NZI 2000, 246, 249; FK (Frankfurter Kommentar)-*Wegener* § 109 RdNr. 10a

¹⁵ *HK-Marotzke* (Fn. 7) § 109 RdNr. 10.; dazu vor Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO *Kohte*, FS *Uhlenbruck*, S. 217, 230 ff.

Befriedigung seines persönlichen Wohnbedürfnisses gewähre. Diese eng am Wortlaut des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausgerichtete Sicht bedenkt nicht, dass gem. § 108 Abs. 1 Satz 1 der Mietvertrag für und gegen die Masse fortwirkt. Im Verhältnis zum Vermieter rückt die Insolvenzmasse in die Mieterstellung ein, wird ihm gegenüber auch nutzungsberechtigt. Ob sie oder der Schuldner zur Nutzung des Mietobjekts berechtigt ist, betrifft nur das Innenverhältnis der Masse zum Schuldner. Dass die Masse für die nach Eröffnung anfallenden Mieten haftet, ergibt sich letztlich auch Umkehrschluss aus § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO; diese Vorschrift wäre andernfalls überflüssig. Ebenfalls aus der Masse zu berichtigen sind Schadensersatzansprüche des Vermieters wegen Beschädigung der Wohnung nach Verfahrenseröffnung. Das Verschulden des Schuldners hat der Verwalter dem Vermieter gegenüber zu vertreten.

Lehnt man der Auffassung *Marotzke* folgend die Haftung der Masse ab, so bleibt offen, wer die nach Eröffnung auflaufenden Mieten schuldet. Der vorgegebene Gegensatz von Masseverbindlichkeit und Insolvenzforderung würde für die Qualifikation als Insolvenzforderung sprechen.¹⁶ Indessen ist eine Forderung nicht schon deshalb Insolvenzforderung, weil sie nicht aus der Masse zu berichtigen ist. Insolvenzforderung ist vielmehr nach § 38 InsO ein zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeter Vermögensanspruch gegen den Schuldner oder eine gesetzlich ausdrücklich als solche eingestufte Forderung. Beide Alternativen treffen auf die nach Eröffnung entstehende Mietforderung nicht zu.¹⁷

Die Einordnung der Mietforderungen als Masseverbindlichkeiten hilft dem Vermieter im massearmen Verfahren nichts. Als Folge der Masseunzulänglichkeitsanzeige kann er nicht mehr auf Zahlung der vor der Anzeige entstandenen Altmasseverbindlichkeiten, sondern nur noch auf Feststellung klagen.¹⁸ Eine Verpflichtung, offene Masseverbindlichkeiten aus dem Neuvermögen der Masse vorrangig zu befriedigen, ist dem Gesetz (§ 292 InsO) nicht zu entnehmen.¹⁹

3. Enthftung der Masse durch Erklärung des Verwalters

a) Normzweck des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO

Vor Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO konnte der Verwalter bzw. Treuhänder nicht nur die dem Schuldner zustehenden Kündigungsrechte ausüben, sondern insbesondere das Sonderkündigungsrecht gem. § 109 Abs. 1 Satz 1, ohne dass der mietrechtliche Kündigungsschutz zu Gunsten des Mieters eingriff.²⁰ Wenn der Schuldner die Wohnung nicht allein angemietet hatte, war dies der einzige Weg zur Enthftung der Masse. Angezeigt waren die ordentliche Kündigung oder die außerordentliche gem. § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO insbesondere dann, wenn der Schuldner eine recht komfortable Wohnung angemietet hatte und die Aufwendungen für seine Wohnung nunmehr unangemessen hoch waren. Im Übrigen war die Kündigung geboten, wenn die Gläubigerversammlung es ablehnt, den Schuldner aus der Masse zu unterhalten (§ 100). Diese Kündigungen standen im Einklang mit dem Normzweck. In der Praxis der Verbraucherinsolvenzverfahren mit geringer Masse bot die Mietkaution Anreiz zur vorzeitigen Kündigung des Wohnraummietvertrages, denn bei Vertragsabwicklung konnte der Verwalter oder Treuhänder diesen Werte zur Masse ziehen.²¹

¹⁶ HK-*Marotzke* (Fn. 7) § 109 RdNr. 11; dagegen *Kohte* FS *Uhlenbruck* S. 217, 233

¹⁷ Der weiteren Alternative - Einordnung weder als Masseverbindlichkeit noch als Insolvenzforderung, *Grote* NZI 2000, 66, 67, ist mit Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO die Grundlage entzogen.

¹⁸ BGHZ 154, 358 = NJW 2003, 2454 = ZIP 2003, 914 = = NZI 2003, 369

¹⁹ *Pape* NZM 2004, 401, 411; *Horst/Fritsch*, Forderungsmanagement Miete und Wohnungseigentum, 2006, RdNr. 504.

²⁰ Dazu *Delhaes*, FS *Uhlenbruck*, S. 585, 591; *Wimmer* FS *Uhlenbruck*, S. 605, 608

²¹ *Delhaes*, FS *Uhlenbruck* S. 585, 595; Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Dr. 14/5860 S. 16, 27.

Die Kündigung des Verwalters entlastete nicht nur die Insolvenzmasse, sondern löste die Rechtsfolgen einer Kündigung des Schuldners aus, so dass er sich weder dem Verwalter noch dem Räumung verlangenden Vermieter gegenüber auf den Kündigungsschutz, den der vertragstreue Mieter gem. § 573 BGB genießt, sowie auf die Härteklausel der §§ 574ff. BGB berufen konnte.²²

Dem Bestreben des Verbraucherinsolvenzverfahrens, dem Schuldner einen wirtschaftlichen Neuanfang zu ermöglichen, widersprachen solche Konsequenzen; insbesondere soll er nicht in die Obdachlosigkeit gedrängt werden. Um dem vertragstreuen Schuldner die Wohnung zu erhalten, beseitigte das InsOÄndG 2001 mit Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages über die Wohnung, die seinen Lebensmittelpunkt bildet.²³ Auch die vom Schuldner in besseren Tagen angemietete teure Wohnung, die dem Gebot der bescheidenen Lebensführung widerspricht, ist geschützt.²⁴

b) Erklärung gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO

Zur Erklärung berechtigt ist nicht nur der Insolvenzverwalter, sondern im vereinfachten Insolvenzverfahren der Treuhänder (§ 313). Schriftform schreibt die InsO nicht vor. Trotz unbestreitbarer Nähe zur Kündigung ist die Befolgung der gesetzlichen Schriftform entsprechend § 568 Abs. 1 BGB nicht erforderlich.²⁵ Aus Gründen der Rechtssicherheit ist sie zwar empfehlenswert, indessen gebietet der Schutz vor Übereilung nicht die Einhaltung der Form, zumal die Enthftungserklärung für die Masse nur von Vorteil ist. Zugehen muss die Erklärung nur dem Vermieter, fairerweise sollte der Verwalter den Schuldner ebenfalls informieren. Sein Einverständnis ist nicht erforderlich, denn der Verwalter handelt ausschließlich im Interesse der Gläubiger.

Die Frist, nach deren Ablauf die Masse nicht mehr haftet, beträgt gem. §§ 109 Abs. 1 Satz 1 InsO § 573d Abs. 2 Satz 1 BGB drei Monate, bei möbliertem Wohnraum verkürzt sie sich. Die Folgen der Verwaltererklärung gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 kann der Vermieter nicht dadurch beseitigen oder abmildern, dass er sich für diesen Fall ein Recht zur fristlosen oder ordentlichen Kündigung ausbedingt. Insolvenzrechtlich wäre dies unbedenklich, da die Dispositionsbefugnis des Verwalters unberührt bleibt und die Masse entlastet wird. Unwirksam ist dies jedoch nach §§ 569 Abs. 5 und 573 Abs. 4 BGB.

c) Ausschluss der Kündigung durch Verwalter bzw. Treuhänder

§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO schützt Schuldner insofern, als es das Wohnraummietverhältnis dem Sonderkündigungsrecht des Verwalters gem. Satz 1 entzieht. Dadurch entfallen die bei einem Mietverhältnis mit mehreren Mietern als Folge der von dem Verwalter ohne Mitwirkung des Mitmieters erklärten außerordentlichen Kündigung auftretenden Probleme;²⁶ mangels Kündigung steht außer Zweifel, dass der Mitmieter die Wohnung behalten kann.

Nachteilig für den Schuldner wirkt § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO insofern, als der Verwalter nicht in Einvernehmen mit ihm einen Zeitmietvertrag oder einen Mietvertrag mit mehrjährigem

²² *Tintelnot* (Fn. 5), § 109 RdNr. 13; *Nerlich/Römermann/Balthasar* § 109 RdNr. 3; *Vallender/Dahl* NZI 2000, 246, 249; *Eckert* NZM 2001, 260, 261.

²³ Also nicht die der Freizeitgestaltung dienende Zweit- oder Ferienwohnung (*Tintelnot* (Fn. 5), § 109 RdNr. 7b; *Voigt/Gerke*, ZInsO 2002, 1054, 1064) und die untervermietete Wohnung, *Eckert* NZM 2001, 260. Zur Anwendung auf die durch Familienangehörige genutzte Wohnung *Eckert* NZM 2001, 260 und MünchKomm, InsO, § 109 RdNr. 50; *Tintelnot* (Fn. 5), § 109 RdNr. 7b und 7c. Zum Mischmietverhältnis *Eckert* NZM 2001, 260, und MünchKomm, InsO, § 109 RdNr. 51; *Tintelnot* (Fn. 5), § 109 RdNr. 7b und 7c

²⁴ AA *Voigt/Gerke*, ZInsO 2002, 1054, 1064.

²⁵ AA *FK-Wegener* (Fn. 14), § 109 RdN. 10b.

²⁶ Dazu RGZ 141, 391; *Eckert* NZM 2001, 260; *Eichner* WuM 1999, 260; *Oevermann* NZM 2000, 1213; *Vallender/Dahl* NZI 2000, 246, 247; MünchKomm-Eckert, InsO § 109 RdNr. 36ff;

Kündigungsausschluss vorzeitig beenden kann. Diese im Gesetzgebungsverfahren nicht bedachte Nebenwirkung widerspricht dem Normzweck insofern, als das Gesetz die Rechtsstellung des insolventen Wohnraummieters verbessern wollte. Die teleologische Reduzierung des Anwendungsbereichs des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO auf die Kündigung gegen den Willen des Schuldners unter Beibehaltung des Sonderkündigungsrechts gem. Satz 1 wäre eine gut gemeinte Lösung, sie lässt jedoch die Sicht des Vermieters außer Acht, der die Wirksamkeit der Kündigung nicht zuverlässig abschätzen kann, weil sich ihm die interne Abstimmung zwischen Verwalter und Schuldner nicht erschließt. Eine gemeinsame Kündigung beider gem. § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO wirken zu lassen, die alleinige des Verwalters nicht, wäre ein der Rechtsklarheit dienender Kompromiss, der jedoch mit der Gesetzesfassung nicht in Einklang steht.

Die Fassung des Gesetzes wirft die weitere Frage auf, ob der Verwalter zur ordentlichen Kündigung befugt bleibt, die ohne Personenmehrheit aus Mieterseite möglich ist.²⁷ Der Wortlaut schließt dies nicht aus. Gleichwohl darf der Verwalter mit der ordentlichen Kündigung das Anliegen der Gesetzesnovelle nicht unterlaufen.²⁸ Generell lässt sich § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO in dem Sinn begreifen, dass er das Wohnraummietverhältnis nicht ohne Mitwirkung des Schuldners beenden darf. Wenn dieser erhebliche Mängel der Wohnung in Hinblick auf die ihn entlastende Mietminderung hinnimmt, ist es nicht Aufgabe des Verwalters, ohne Einverständnis des Schuldners das Mietverhältnis nach Abmahnung gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB außerordentlich zu kündigen.

In Hinblick auf den Anspruch des Vermieters auf Schadensersatz wegen der Folgen der Enthaltungserklärung (unten ee) bleibt zu bedenken, ob der Verwalter zur Vermeidung einer Mieterhöhung nach Modernisierung der Wohnung das Sonderkündigungsrecht gem. §§ 554 Abs. 3 Satz 2 BGB ausüben kann. Zu weit geht es jedenfalls, unter analoger Anwendung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO dem Verwalter den Austritt aus einer Wohnungsgenossenschaft zu verbieten, denn die von dem Schuldner gehaltenen Anteile fallen in die Insolvenzmasse.²⁹

d) Wirkungen der Enthaltungserklärung

Rechtliche Probleme bereitet § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO wegen des krassen Widerspruchs zwischen dem in der Gesetzesbegründung umschriebenen Regelungsziel und dem Gesetzeswortlaut. In der Begründung³⁰ heißt es, die Erklärung des Verwalters beende den Mietvertrag nicht, vielmehr werde er vom Schuldner fortgesetzt. Diese Formulierung, die auf Aufhebung der Massezugehörigkeit der Wohnung mit vollständigem Rückfall der Vertragszuständigkeit an den Schuldner hindeutet, hat nicht den Weg ins Bundesgesetzblatt gefunden; seinem Wortlaut nach nimmt § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO dem Verwalter das Recht zur vorzeitigen Kündigung gem. Satz 1 und lässt in Ausnahme zu § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO nach Ablauf der gesetzlichen Frist die Haftung der Masse entfallen. Die darüber hinausgehenden Folgen werden kontrovers diskutiert.

aa) Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters

Mit der Feststellung, dass dem Verwalter die Kündigung des Mietverhältnisses ohne Mitwirkung des Schuldners verwehrt ist, ist der Umfang des fortbestehenden

²⁷ So die frühere Auffassung des Verfassers, NZM 2001, 260 und MünchKomm-InsO, § 109 RdNr. 48.

²⁸ *Tintelnot* (Fn. 5) § 109 RdNr. 7f; *HK-Marotzke* (Fn. 7) § 109 RdNr. 9; *FK-Wegener* (Fn. 14) § 109 RdNr. 10a. Ähnlich *Franken*, Mietverhältnisse in der Insolvenz, RdNr. 532, 533, der die Unzulässigkeit der ordentlichen Kündigung aus § 242 BGB herleitet. Von den von mir befragten Verwaltern und Treuhändern halten zwei die ordentliche Kündigung für zulässig, einer gab sogar an, ordentlich gekündigt zu haben, weil es kein Sonderkündigungsrecht mehr gibt.

²⁹ *Emmert* ZInsO 2005, 852.

³⁰ BT-Dr. 14/5860 S. 16, 27.

Insolvenzverwaltung, insbesondere die Aktiv- und Passivlegitimation zur Kündigung bzw. zur Entgegennahme nicht geklärt. Ob der Schuldner ohne Mitwirkung des Verwalters kündigen darf und an wen der Vermieter seine Kündigung zu richten hat, ist streitig. Im Schrifttum gehen die Meinungen auseinander; es herrscht große Unsicherheit.³¹ Wer ohnehin die Massezugehörigkeit der Mietwohnung anzweifelt, hat die geringsten Probleme; aktiv- und passivlegitimiert in Bezug auf die Kündigung ist nach dieser Auffassung nur der Schuldner.³² Marotzke räumt indessen ein, dass bei weiterer Massezugehörigkeit der Wohnung der Insolvenzverwalter der richtige Adressat einer Kündigung ist.³³ Ohne die Massezugehörigkeit der Mietwohnung in Frage zu stellen,³⁴ tritt *Tintelnot*³⁵ „nach dem Verständnis des Gesetzgebers“ für eine weitestgehende Überleitung des Mietverhältnisses auf den Schuldner mit Ausnahme der Kautionsrückzahlung und des Schadensersatzanspruchs nach § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO ein; dem Verwalter gibt er das Recht zur Kündigung, falls der Schuldner flüchtig ist; der Vermieter soll seine Kündigung an den Mieter richten. Autoren, die der Enthaltungserklärung die Wirkung einer Freigabe oder eine ähnliche Wirkung beimessen,³⁶ nehmen die Wohnung aus der Massezugehörigkeit aus. *Tetzlaff*³⁷ entnimmt der Erklärung das Ende der Insolvenzverwaltung über die Wohnung. *Horst/Fritsch*³⁸ hingegen lassen den Mietvertrag in der Insolvenzverwaltung.

Mit der derzeitigen Gesetzesfassung sind der Übergang der das Wohnraummietverhältnis betreffenden Verwaltungsbefugnis auf den Schuldner oder eine Ausnahme von der Insolvenzverwaltung nicht zu begründen. Der klare Wortlaut des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO berechtigt den Verwalter nur zur Enthaltungserklärung, nicht zu mehr. Dass das Gesetz zu der gem. § 80 InsO mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Verwalter übergegangenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis schweigt, spricht für deren Fortbestehen. Entgegen der Erwartung der Verfasser der Gesetzesbegründung bleibt daher die Masse nach dem in § 109 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO genannten Termin mit der Vertragsdurchführung belastet.³⁹

Daraus folgt: Da das Mietverhältnis weiterhin der Insolvenzverwaltung untersteht, kann der Schuldner den Mietvertrag nicht kündigen. Will er kündigen, muss er den Verwalter damit beauftragen. Umgekehrt muss der Vermieter seine Kündigung weiterhin an den Verwalter richten.⁴⁰ Angesichts dieser derzeitigen Rechtsunsicherheit bleibt nur der Rat an die Vermieter vorsorglich sowohl dem Schuldner als auch dem Verwalter gegenüber zu kündigen, umgekehrt an Verwalter und Schuldner, gemeinsam zu kündigen. Dasselbe gilt für sonstige rechtlich erhebliche Erklärungen, z.B. Abmahnungen, Abhilfeaufforderungen, Nebenkostenabrechnungen. Auch an Vertragsänderungen mit Auswirkungen zum Nachteil der zur Verteilung für die nicht bevorrechtigten Gläubiger bestimmten Masse (dazu nachfolgend unter dd)), sollte auf Mieterseite der Verwalter beteiligt werden.

In der Praxis gehen Insolvenzverwalter und Treuhänder vielfach vom Ausscheiden der Masse aus dem Mietverhältnis aus, teilen dies dem Vermieter und Schuldner mit, die diese

³¹ *Tetzlaff*/NZI 2006, 87, 91.

³² *HK-Marotzke* (Fn. 7), § 109 RdNr. 16, zur Kündigung des Vermieters.

³³ *In HK* (Fn. 7), § 109 RdNr. 16.

³⁴ (Fn. 5), § 109 RdNr. 7.

³⁵ (Fn. 5) § 109 RdNr. 7f; zustimmend *Uhlenbruck/Berscheid* (Fn. 28) § 109 RdNr. 15.

³⁶ *FK-Wegener*, § 109 RdNr. 10a; *Braun/Kroth*, InsO, § 109 RdNr. 16; *Goetsch in Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 109 RdNr. 24.

³⁷ NZI 2006, 87, 91 Fn. 30.

³⁸ (Fn. 19) RdNr. 514.

³⁹ Eine Umfrage bei einigen Insolvenzverwaltern und Treuhändern ergab, dass die Mehrheit sich für nicht mehr zuständig hält und die weitere Befassung mit dem Mietverhältnis ablehnt, einige sehen ihre Zuständigkeit weiter als gegeben an.

⁴⁰ *AA Tintelnot* (Fn. 5), § 109 RdNr. 7f.

Auffassung akzeptieren.⁴¹ Hieraus ein einvernehmliches von Vermieter, Schuldner und Verwalter vereinbartes Ausscheiden der Masse aus dem Mietverhältnis und dessen Fortführung allein durch den Schuldner abzuleiten, scheidet daran, dass Vermieter und Schuldner, auch dem möglicherweise im Rechtsirrtum befindlichen Verwalter das Bewusstsein fehlt, rechtsgeschäftlich zu handeln.⁴² Eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen Verwalter, Vermieter und Mieter, dass letztere das Mietverhältnis fortführen, während der Verwalter und die Masse endgültig ausscheiden, ist möglich.

bb) Erfüllung des Mietvertrages durch den Schuldner

Als Folge der Enthftung der Masse hat der Schuldner die Mieterpflichten zu erfüllen, die zuvor Masseverbindlichkeiten waren. Hierfür hat er den nicht dem Insolvenzbeschlagn unterliegenden Teil seines Arbeitseinkommens (§ 36 InsO) einsetzen; dies entspricht dem Schuldnerschutz in der Einzelzwangsvollstreckung.⁴³ Angesprochen sind in erster Linie die nach dem Termin fälligen Mietzahlungen. Auch sonstige Ansprüche des Vermieters, z.B. auf Durchführung von Schönheitsreparaturen – sofern der Mieter sie wirksam übernommen haben sollte – oder auf Beseitigung von Schäden, die seinem Mietgebrauch zuzurechnen sind, sowie auf Schadensersatz statt der Leistung richten sich nach dem fiktiven Kündigungszeitpunkt nicht mehr gegen die Masse.

Als Folge der Passivlegitimation des Schuldners kann der Vermieter allein ihn in Anspruch nehmen kann. Dies kann mit sich bringen, dass der Schuldner sich gegen einen Mahnbescheid oder eine Zahlungsklage nicht hinreichend verteidigt, so dass der Vermieter einen rechtskräftigen Titel gegen ihn erlangt. Der Vermieter, der mit der Vollstreckung gegen den Schuldner ausfällt, ist nicht gehindert, die rechtskräftig titulierte Forderung als Schadensersatz gem. § 174 InsO zur Tabelle anzumelden. Die Rechtskraft wirkt ebenso zu Lasten der Insolvenzgläubiger wie ein vor Verfahrenseröffnung rechtskräftig ergangener Zahlungstitel gegen den Schuldner. Die bessere Alternative, nämlich die Rechtskraft nur zwischen dem Vermieter und dem Schuldner gegen die zur Verteilung an die nicht bevorrechtigten Gläubiger bestimmte Masse wirken zu lassen, lässt sich nicht begründen.

Zweifelhaft ist die Mieterhöhung gem. § 558 BGB. Zur Verdeutlichung der Problematik ein Beispiel:

Ohne den Verwalter zu fragen, stimmt der Mieter einer Mieterhöhung um 10 % zu. Dann zahlt er die Miete nicht mehr, der Vermieter kündigt wegen Zahlungsverzugs. Nach drei Monaten zieht der Schuldner aus. Als Schaden meldet der Vermieter die beiden nicht gezahlten Monatsmieten sowie die Nutzungsentschädigung für drei Monate zur Tabelle an. Mit der Begründung, er habe der Mieterhöhung nicht zugestimmt, erkennt der Verwalter die Schadensersatzforderung nur in Höhe der ursprünglichen, nicht erhöhten Miete an.

Da die Masse nicht mehr für die Miete haftet, liegt es nahe, dass nur der zahlungspflichtige Schuldner darüber entscheidet, ob er dem Mieterhöhungsverlangen zustimmt. Diese Sicht bedenkt jedoch nicht, dass die Mieterhöhung eine Vertragsänderung ist, die – jedenfalls nach der hier vertretenen Auffassung der Mitwirkung des Verwalters bedarf. Für dessen Beteiligung spricht auch ein praktisches Bedürfnis, denn der Anspruch des Vermieters auf Ersatz des Mietausfalls (dazu unten ee)) und damit die Quote der anderen nicht bevorrechtigten Gläubiger hängen von der Miethöhe ab. Wenn der Schuldner gleichwohl

⁴¹ Einige der befragten Treuhänder und Verwalter verzichten auf eine förmliche Erklärung gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO und überlassen den Vertragsparteien die weitere Durchführung des Mietverhältnisses. Manche teilen dem Vermieter nicht einmal die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit.

⁴² Zum Erklärungsbewusstsein als unerlässliche Voraussetzung konkludenter Willenserklärungen *Arzt NZM* 2005, 367.

⁴³ Schon vor Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO schwebte *Kohte*, FS *Uhlenbruck*, S. 217, 230, die Fortführung des Mietverhältnisses durch den Schuldner auf diese Weise vor.

ohne dessen Einverständnis zustimmt, ist der Schuldner zwar daran gebunden, der Berechnung des Mietausfallschadens ist jedoch nicht die erhöhte Miete zugrunde zu legen. Im Ergebnis kann bei Verurteilung zur Zustimmung nicht anderes gelten, wenn der Verwalter keine Gelegenheit hatte, sich gegen das Erhöhungsverlangen zu verteidigen. Vorsorglich sollte jedenfalls der Vermieter den Verwalter in das Verfahren zur Mieterhöhung einbeziehen.

cc) Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs

Die Enthaltungserklärung gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO berechtigt den Vermieter, der Mietausfälle befürchtet, weder gem. § 543 Abs. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung gem. § 543 Abs. 1 BGB noch zur ordentlichen gem. § 573 BGB. Ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 573 Abs. 1 BGB besteht nicht, solange der Schuldner seinen vertraglichen Pflichten nachkommt (vgl. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Dass der Vermieter unter den Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt bleibt, stellt die Begründung des Regierungsentwurfs nicht in Abrede. Zweifelhaft ist allerdings, ob er die Kündigung auf Zahlungsverzug aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung stützen kann.

Beispiel:

Der Mieter zahlt die Mieten für Februar und März nicht. Am 20. März beantragt er das Insolvenzverfahren, die Miete für April bleibt ebenfalls offen. Am 30. April wird das Insolvenzverfahren eröffnet; der Treuhänder gibt sofort die Enthaltungserklärung gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO mit Wirkung zum 31. Juli ab. Ende Juli droht der Vermieter dem Schuldner die außerordentliche Kündigung an, falls der Rückstand aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung nicht bis zum 15. August abgetragen wird. Da der Schuldner dazu nicht in der Lage ist, kündigt der Vermieter.

Aus der schuldnerschützenden Regelung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO folgert *Derleder*,⁴⁴ dass der Vermieter sich mit den als Insolvenzforderungen zu verfolgenden Ansprüchen auf Nachzahlung der rückständigen Miete aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung und der gegen die Masse gerichteten Forderungen auf Miete für die Zeit ab Verfahrenseröffnung bis zur Enthaltung der Masse begnügen müsse. Der Schuldner werde erst nach Enthaltung der Masse zu Zahlungen verpflichtet, so dass erst der dann auflaufende Verzug die Kündigung rechtfertige. Dass der Schuldner auf diese Weise besser steht als der Mietschuldner ohne Insolvenzverfahren, räumt *Derleder* ein. Dies rechtfertigt er mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens – Reorganisation der Schuldnerexistenz einschließlich seiner Wohnung

Diese Betrachtung mutet dem Vermieter Unzumutbares zu, nämlich erst nach zweimaligen Zahlungsverzug im Umfang des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB außerordentlich kündigen zu können. Das Gesetz mutet bewusst dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit einem Mieter, der im Umfang des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB mit den Mietzahlungen in Verzug ist, nicht zu, wobei es davon ausgeht, dass der Mieter wie jeder andere Zahlungsschuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat. Dass der Vermieter die Zahlungsrückstände nur als Insolvenzgläubiger verfolgen kann, berührt – jedenfalls vor Ankündigung der Restschuldbefreiung (dazu unter VI) – weder den Grund noch die Höhe der offenen Mietforderung. Somit ist der Vermieter nicht gehalten, mit der fristlosen Kündigung zu warten, bis der Schuldner nach dem Enthaltungszeitpunkt mit der Zahlung der fälligen Miete im Umfang des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB oder in einem geringeren Umfang, der die ordentliche Kündigung trägt, in Verzug gerät. Vielmehr rechtfertigt auch der Zahlungsverzug aus der Zeit vor Antragstellung bzw. Verfahrenseröffnung die Kündigung.⁴⁵ Die Erwägung, der Schuldner, der aus seinem pfändungsfreien Einkommen nicht die Mietrückstände abtragen kann, könne der Kündigung nicht durch den vollständigen Ausgleich

⁴⁴ ZAP Fach 14, S. 513, 518.

⁴⁵ *Eckert* NZM 2001, 260; *Tintelnot* (Fn. 5), § 109 RdNr. 7e; *Tetzlaff* NZI 2006, 87, 91.

gem. § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB zuvorkommen oder deren Wirkung nicht gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB durch Zahlung innerhalb der Schonfrist nach Rechtshängigkeit der Räumungsklage beseitigen,⁴⁶ rechtfertigt ebenfalls nicht die Annahme, der vor Verfahrenseröffnung aufgelaufene Zahlungsverzug bleibe folgenlos.

dd) Schadensersatz wegen der Folgen der Enthaltungserklärung

Während die erste Alternative des § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO, die die Folgen der Kündigung des Verwalters gem. Satz 1 betrifft, lediglich den materiell-rechtlich wegen vom Schuldner zu vertretender vorzeitiger Vertragsbeendigung gegebenen Schadensersatzanspruch insolvenzrechtlich einordnet, begründet die zweite Alternative den zivilrechtlich nicht vorgegeben Schadensersatzanspruch in Form einer Ausfallhaftung. Die Enthaltungserklärung betrifft nur Forderungen, die zuvor aus der Masse zu erfüllen waren. Der Schaden des Vermieters besteht darin, dass er sie nicht mehr in Anspruch nehmen kann. Zu ersetzen sind nicht nur der bis zur Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens entstehende Mietausfall (einschließlich der Betriebskosten), sondern auch die gem. § 546a BGB anfallende Nutzungsentschädigung, falls der Schuldner nach Beendigung des Mietverhältnisses die Wohnung nicht zurückgibt, ferner Schäden wegen Beschädigung des Mietobjekts und unterlassener Schönheitsreparaturen sowie wegen der Verletzung sonstiger Mieterpflichten. Obwohl der Schadensersatzanspruch des Vermieters nur die vom Schuldner nicht erfüllten Verbindlichkeiten nach Verfahrenseröffnung und nach Enthaltung der Masse betrifft, stuft ihn § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO ausdrücklich als Insolvenzforderung ein.

Nach Enthaltung der Masse konkurrieren in einer im Insolvenzrecht ungewöhnlichen Weise Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch, denn normalerweise bedeutet die Einordnung eines Anspruchs als Insolvenzforderung, dass der Gläubiger ihn zur Tabelle anzumelden hat, aber vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht gleichzeitig den Schuldner in Anspruch nehmen kann. Den Konflikt in der Weise zu lösen, dass der Vermieter, der den Schadensersatzanspruch gem. § 174 InsO zur Insolvenztabelle anmeldet, nicht mehr den Schuldner auf Erfüllung in Anspruch nehmen kann, verkennt die Subsidiarität des Schadensersatzanspruches wegen der Folgen der Enthaltungserklärung. § 108 Abs. 1 Satz 3 InsO will den Vermieter, wenn auch nur mit einer Quote, gerade für den Fall entschädigen, dass der Schuldner nicht leistet.

Die Schadensersatzforderung lässt sich nicht so einfach zur Tabelle anmelden wie die Ersatzforderung wegen vorzeitiger Vertragsbeendigung durch außerordentliche Kündigung gem. § 109 Abs. 1 Satz 1 BGB, die durch die Kündigung ausgelöst wird und sich nach Vertragslaufzeit bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin oder bei bestimmter Vertragsdauer bis zu vereinbarten Endtermin richtet. Diese Daten gibt es nicht, weil nicht feststeht, wie lange der Schuldner die Miete zahlt und die Wohnung nutzt. Der Insolvenzverwalter wird sich also bis zum Schlusstermin auf eine nachträgliche Anmeldung der Ersatzansprüche des Vermieters gem. § 177 InsO einzustellen haben. Der Schuldner, der den vom Vermieter angemeldeten Anspruch für unbegründet hält, z.B. Mietminderung einwendet, kann der Feststellung zur Tabelle widersprechen. Auf diese Weise verhindert er, dass die Eintragung zur Tabelle gem. § 178 Abs. 3 InsO einen Vollstreckungstitel gegen ihn schafft. Was der Vermieter als nicht bevorrechtigter Insolvenzgläubiger erlangt, ist auf den nach Verfahrenseinstellung oder -aufhebung fortbestehenden Erfüllungsanspruch gegen den Schuldner anzurechnen.

IV. Abwicklung des beendeten Mietverhältnisses

⁴⁶ So *Derleder* ZAP Fach 14, S. 513, 518.

1. Gerichtliche Durchsetzung des Rückgabeanspruchs

In der Praxis herrscht Unsicherheit darüber, wen der Vermieter nach Enthftung der Masse auf Rückgabe in Anspruch nehmen kann und zu nehmen hat. Da er seinen Rückgabeanspruch (§ 546 BGB) als persönliches Recht ebenso wie den Eigentumsherausgabeanspruch gem. § 47 InsO im Wege der Aussonderung geltend machen kann, kann er den Verwalter auf Herausgabe der Wohnung verklagen, ohne eine Abweisung der Klage mangels Passivlegitimation befürchten zu müssen.⁴⁷ Die Herausgabepflicht des Verwalters beschränkt sich ohnehin nur auf die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes.⁴⁸ Nach Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO, der die Mietwohnung des Schuldners schützt, ist die frühere Auffassung, die Rückgabeklage sei nur gegen den Verwalter bzw. Treuhänder zu richten, weil das gegen ihn erwirkte Urteil Rechtskraft gegen den Schuldner entfalte und die Vollstreckung gegen ihn zulasse,⁴⁹ nicht aufrechtzuerhalten. Ohne oder vor Enthftung der Masse gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO ist der Verwalter zwar zweifelsfrei passivlegitimiert, jedoch gebietet das Recht des Schuldners und das seiner Familie an der Wohnung als Mittelpunkt ihrer Lebensführung seine Beteiligung an dem Erkenntnisverfahren; er muss sich im Rückgabeprozess verteidigen können. Ein Titel gegen ihn ist auch deshalb abgebracht, weil ein Herausgabeteil gegen den Verwalter nicht die Zwangsvollstreckung gegen den unmittelbaren Besitzer und Nutzer der Wohnung zulässt.⁵⁰ Nach Enthftung der Masse gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO bleibt der Verwalter passivlegitimiert, sofern man der hier vertretenen Auffassung folgt, dass die Mietwohnung und das Mietverhältnis weiterhin der Insolvenzverwaltung unterliegen. Allein ihn zu verklagen, ist gefährlich, weil der Schuldner seinen verfassungsrechtlich geschützten Lebensmittelpunkt nicht ohne die prozessuale Möglichkeit, sich zu verteidigen, verlieren darf. Auch taugt ein Herausgabeteil gegen den Verwalter nicht als Vollstreckungstitel gegen den Schuldner als unmittelbaren Besitzer. Letztlich wird der Vermieter nicht umhin kommen, sowohl den Verwalter auf Rück- oder Herausgabe als auch den Schuldner auf Räumung und Rückgabe zu verklagen.⁵¹

Gegenüber der Zwangsvollstreckung des Vermieters kann der Schuldner aus eigenen Recht Räumungsschutz nach § 765a ZPO beantragen, wenn die Vollstreckung für ihn eine mit den guten Sitten nicht mehr vereinbare Härte bedeutet.⁵² Zwar ist grundsätzlich bei Verwertung eines in die Masse fallenden Gegenstandes nur der Verwalter antragsberechtigt,⁵³ er bzw. die Insolvenzgläubiger benötigen jedoch den Vollstreckungsschutz nicht, während das Bedürfnis des Schuldners, sittenwidrige Vollstreckungszugriffe in seine Rechtsposition als Wohnungsinhaber abzuwehren, nicht mit der Verfahrenseröffnung entfällt.

2. Schadensersatz wegen nicht ordnungsgemäßer Räumung

Trotz Vertragsbeendigung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Abwicklungspflichten in dem vorher eingegangenen Mietverhältnis begründet. Die

⁴⁷ Wer nach Wirksamkeit der Enthftungserklärung die Mietwohnung nicht mehr als Teil der Insolvenzmasse ansieht, also jeglichen Besitz des Verwalters in Abrede stellt, wird die Passivlegitimation des Verwalters ablehnen müssen.

⁴⁸ BGHZ 148, 256 = NJW 2001, 2966 = ZIP 2001, 1469; BGH, Urt. v. 2. 2. 2006 – IX ZR 46/05, ##. Die rechtskräftige Verurteilung des Verwalters zur Räumung begründet jedoch eine Masseverbindlichkeit, BGH, Urt. v. 2. 2. 2006 – IX ZR 46/05.

⁴⁹ LG Hannover KTS 1955, 123; LG Braunschweig MDR 1963, 1015; *Jaeger/Henckel* § 19 RdNr. 63; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl., § 19 Anm. 6; *Eichner* WuM 1999, 260, 262..

⁵⁰ Vgl. BGH NZM 2003, 802; NJW 2004, 3041 = NZM 2004, 701.

⁵¹ Im Ergebnis ebenso *HK-Marotzke* (Fn. 7) § 109 RdNr. 15. Die von mir befragten Verwalter und Treuhänder berichten von Klagen gegen sie und auch gegen sie und den Schuldner.

⁵² Vgl. OLG Celle ZIP 1981, 1005; LG Braunschweig MDR 1963, 1015; *Eichner* WuM 1999, 260, 262; *Kilger/K. Schmidt*, KO, 17. Aufl., § 19 RdNr. 6; aA *Zöller/Stöber*, ZPO, 25. Aufl., § 765a RdNr. 19.

⁵³ BVerfGE 51, 405 = NJW 1979, 2510.

Abwicklung des beendeten Mietverhältnisses ist nicht Gegenleistung zur Gebrauchsgewährung und ist folglich nicht gem. § 55 Abs. 1 InsO aus der Masse zu erfüllen. Dies betrifft insbesondere den Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen Verletzung der Rückgabepflicht, auch wegen unvollständiger Räumung des Mietobjekts.⁵⁴

Bei konsequenter Befolgung des Grundsatzes, dass die Verletzung von Abwicklungspflichten keine Masseverbindlichkeiten auslösen, kann sich die Enthftung gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht auf einen solchen Ersatzanspruch beziehen, weil insoweit keine Masseverbindlichkeit bestand. Dem Vermieter bleibt nur die Schadensersatzforderung als Insolvenzforderung. Die ihn begünstigende Konkurrenz zwischen Insolvenzforderung und Anspruch gegen den Schuldner tritt in dieser Konstellation nicht ein.

3. Ansprüche der Masse gegen den Vermieter

Zu Gunsten der Masse wirkt sich aus, dass nach Beendigung des Mietverhältnisses die Kautions ihr zusteht, soweit der Vermieter sie nach Wegfall seines Sicherungsbedürfnisses zurückzahlen hat.⁵⁵ Dasselbe gilt für sonstige werthaltige Ansprüche des Schuldners, z.B. auf Wegnahme von Einrichtungen, Aufwendungsersatz, Rückerstattung einer Mietvorauszahlung. Ob ein Betriebskostenguthaben auch dann der Insolvenzmasse zusteht, wenn der Schuldner die Vorauszahlungen nach Enthftung der Masse geleistet hat, ist zweifelhaft. Auch hier gilt, dass diese Werte nicht in die Masse fallen, wenn man der Auffassung folgt, dass sie aus dem Mietverhältnis vollständig ausgeschieden ist.⁵⁶

V. Rückgriff der haftenden Masse gegen Schuldner und Mitmieter

Arbeitseinkommen, das der Schuldner während des Insolvenzverfahrens erzielt, fällt als Neuerwerb nicht gem. § 36 Abs. 1 InsO in die Insolvenzmasse, soweit es unterhalb der Pfändungsfreigrenze (§§ 850 ff ZPO) liegt, die unter Einbeziehung der Wohnkosten kalkuliert ist. Zum Bestreiten seines Lebensunterhaltes und des seiner Familie bleibt ihm das pfändungsfreie Einkommen. Wenn die Masse nicht haftet, muss er es zur Zahlung der Miete einsetzen. Vor Wirksamwerden der Enthftungserklärung oder ohne eine solche Erklärung schuldet die Insolvenzmasse die Mietzahlungen, dem Schuldner bleibt das pfändungsfreie Einkommen ohne die Mietbelastung. Dieser Vergleich drängt die Frage auf, ob der Schuldner der Insolvenzmasse die gezahlten Mieten zu erstatten hat oder die Nutzung der Wohnung zu vergüten hat.

Aber auf welcher rechtlichen Grundlage? Ansprüche aus Mietvertrag stehen der Masse nicht zu. Das ohnehin unvermeidbare Belassen der Wohnung lässt sich nicht als konkludenter Abschluss eines Untermietvertrages der Masse mit dem Schuldner als Untermieter begreifen. Die Voraussetzungen eines gesetzlichen Forderungsübergangs auf die zahlende Masse sind nicht gegeben. Gegen einen Aufwendungsersatzanspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) spricht, dass der Insolvenzverwalter bzw. die Masse mit den Mietzahlungen ausschließlich eine Verbindlichkeit der Masse erfüllt, ohne zugleich auch ein Geschäft des Schuldners zu führen. In einem Urteil vom 11.10.1984⁵⁷ meint der BGH, ohne dies zu vertiefen, der Schuldner sei auf Kosten der Masse ungerechtfertigt bereichert, wenn das Nutzungsrecht zur Masse gehöre und er in der Wohnung ohne Einverständnis des

⁵⁴ BGHZ 72, 263 = NJW 1979, 310; BGHZ 148, 252 = NJW 2001, 2966 = ZIP 2001, 1469 = NZM 2001, 856.

⁵⁵ Begründung des Entwurfs zu § 109 Abs. 1 Satz 2 und 3 i. d. F. d. InsOÄndG 2001.

⁵⁶ *Tintelnot* (Fn. 5) befürwortet dies, belässt aber die werthaltigen Forderungen der Masse.

⁵⁷ NJW 1984, 1082. Das Urteil betrifft die Nutzung einer Wohnung, die dem Schuldner und seinen Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft gehört und an der er vor Konkurseröffnung ein eigenes Nutzungsrecht erlangt hat.

Gerichts oder der Gläubigerversammlung lebe. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass der Schuldner ungeachtet des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen zur Nutzung der Mietwohnung berechtigt ist und bleibt, so ist er nicht auf Kosten der Masse ungerechtfertigt bereichert. Dieses Ergebnis ist nur scheinbar befremdlich, denn die Masse – insbesondere die durch den Neuerwerb angereicherte – ist letztlich Vermögen des Schuldners. Dass er vor der Enthftung besser steht als danach, ist Folge der von den Gläubigern zeitlich begrenzt hinzunehmenden Privilegierung von Masseverbindlichkeiten. Es besteht daher kein Grund, die unpfändbaren Bezüge des Schuldners unter gewagter Analogie zu § 850e Nr. 3 ZPO - diese Vorschrift erlaubt eine Herabsetzung der Pfändungsfreigrenze, wenn der Arbeitnehmer neben Geld auch Naturalleistungen, zB freie Wohnung, erhält – herabzusetzen,⁵⁸ um der Masse einen Ausgleich für die gezahlten Mieten zu verschaffen.

Unbefriedigend ist dieses Ergebnis, wenn der Schuldner zwar allein die Wohnung angemietet hat und nur er dem Vermieter gegenüber verpflichtet ist, in der Wohnung jedoch außer ihm nicht unterhaltsberechtignte Angehörige mit eigenem Einkommen leben. Da sie ihr Besitz- und Nutzungsrecht von dem Schuldner ableiten, scheiden unmittelbare Ansprüche der Masse gegen sie aus.⁵⁹ Anderes mag gelten, wenn der Angehörige sich zuvor an den Wohnungskosten beteiligt hatte; diese Abmachung wirkt zu Gunsten der Masse weiter. Bei Mietermehrheit kann der Vermieter selbstverständlich gem. § 421 BGB die Masse auf volle Mietzahlung in Anspruch nehmen und sie kann gem. § 426 BGB nach gesetzlichem Forderungsübergang den im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch haftenden Mitmieter in Regress nehmen.

VI. Restschuldbefreiung

Da Mietrückstände vielfach einen erheblichen Teil der Schulden privater Haushalte ausmachen, ist das Verbraucherinsolvenzverfahrens mit dem Ziel der Restschuldbefreiung nach §§ 287 ff. InsO für den insolventen Mieter häufig die einzige Möglichkeit, seine Mietschulden zu senken. Für den Vermieter, der seine offenen Forderungen teilweise einbüßt, klingt dies schlimmer als es tatsächlich ist, denn in einem geordneten Verfahren unter Aufsicht eines Treuhänders erhält er meist mehr als ohne ein solches Verfahren.

1. Verfahren zur Restschuldbefreiung

Mit Beantragung des Verbraucherinsolvenzverfahrens hat der Schuldner, der Restschuldbefreiung anstrebt, seine pfändbaren Ansprüche auf Arbeitseinkommen oder sonstige Bezüge für die Zeit von sechs Jahren nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens an einen Treuhänder abzutreten (§ 287 Abs. 2 InsO), der für die gleichmäßige Verteilung an die Insolvenzgläubiger zu sorgen hat (§ 292 Abs. 1 Satz 2 InsO). Der erwerbslose Schuldner ist von der Restschuldbefreiung nicht ausgeschlossen; er muss sich um eine Arbeitstelle bemühen und darf keine zumutbare Tätigkeit ablehnen (§ 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Die Einstellung des Insolvenzverfahrens wegen Masselosigkeit schließt die Restschuldbefreiung nicht aus (§ 289 Abs. 3 InsO). Stehen ihr nicht die in § 290 InsO erwähnten Gründe entgegen, so stellt das Insolvenzgericht sie dem Schuldner im Schlusstermin in Aussicht. In der Folgezeit sammelt der Treuhänder die zur Verteilung an die Gläubiger bestimmte Masse und schüttet sie jährlich an die Gläubiger entsprechend ihrer Quote aus (§ 292 InsO). Außerhalb dieses Verfahrens sind die von der zukünftigen Restschuldbefreiung erfassten, auch die nicht zur Tabelle angemeldeten Forderungen nicht durchsetzbar (§ 294 InsO).

Beispiel:

⁵⁸ Steder ZIP 1999, 1874, 1879.

⁵⁹ Vgl. LG Freiburg NJW-RR 1996, 1164.

Wegen der vor Verfahrenseröffnung aufgelaufenen Mietrückstände hatte der bislang nachsichtige Vermieter nicht außerordentlich gekündigt. Nach Verfahrenseröffnung, Einstellung des Verfahrens mit Ankündigung der Restschuldbefreiung zahlt der Schuldner die laufende Miete. Die jährlichen Ausschüttungen des Treuhänders fallen jedoch unerwartet gering aus. Der Vermieter kündigt die außerordentliche Kündigung an, falls der Mieter die alten Mietrückstände nicht ausgleicht.

1. Variante:

Da der Mieter nicht zahlt, kündigt der Vermieter.

Die auf § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB gestützte Kündigung dürfte unwirksam sein. Zwar ist sie nach § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB nur ausgeschlossen, wenn der sie rechtfertigende Zahlungsrückstand vollständig ausgeglichen wird; Teilzahlungen lassen den Kündigungsgrund unberührt. Gleichwohl lässt sich vertreten, dass sich der Mieter nicht mehr in Zahlungsverzug befindet, denn er ist aus Rechtsgründen an der Erfüllung der offenen Forderungen gehindert.⁶⁰ Zahlungen an einzelne Insolvenzgläubiger unter Umgehung des Treuhänders sind dem Schuldner nämlich untersagt und ziehen die Versagung der Restschuldbefreiung nach sich (§ 295 Abs. 1 Nr. 4 InsO). Aus denselben Erwägungen lässt sich die Kündigung nicht als ordentliche gem. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, der schuldhaftes Verhalten voraussetzt, aufrechterhalten. Der Rückgriff auf die Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB verbietet sich, weil dem Vermieter, der zwar einen Mietausfall erlitten, aber zukünftige Ausfälle nicht zu befürchten hat, die Fortsetzung des Mietverhältnisses zugemutet werden kann.

2. Variante:

Der Mieter gibt nach und zahlt, ohne den Treuhänder zu informieren. Der Treuhänder fordert von dem Vermieter Abführung des Erlangten mit dem Versprechen, ihn an den jährlichen Ausschüttungen quotenmäßig zu beteiligen.

Die InsO ahndet diesen Verstoß des Schuldners mit der Versagung der Restschuldbefreiung, ohne den Leistungsempfänger zur Abführung an den Treuhänder zu verpflichten. Dies deutet auf eine abschließende Regelung hin. Der Mieter hat mit Rechtsgrund geleistet, denn die Mietforderung besteht ungeachtet der angekündigten Restschuldbefreiung fort.

Gleichwohl seien zwei mögliche Auswege erwähnt: Sofern man das Vorgehen des Vermieters als widerrechtliche Drohung qualifiziert – dies setzt das Bewusstsein voraus, nicht zur außerordentlichen Kündigung berechtigt zu sein -, wird er zum Schadensersatz in Höhe des Erlangten verpflichtet sein. Nicht ausgeschlossen erscheint es, den Rückforderungsanspruch mit § 813 BGB zu begründen. Das Moratorium nach Ankündigung der Restschuldbefreiung lässt sich als dauerhafte Einrede begreifen. Gläubiger des Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruchs ist allerdings der Mieter, der den „Neuerwerb“ jedoch an den Treuhänder abzuführen hat.

Die (endgültige) Restschuldbefreiung nach Ablauf der Wohlverhaltenszeit, die das Gericht erteilt, wenn nicht einer der Versagungsgründe des § 300 InsO vorliegt, wirkt gegenüber allen Insolvenzgläubigern (§ 301 InsO), auch gegenüber jenen, die ihre Forderung nicht zur Tabelle angemeldet haben. Bei Versagung der Restschuldbefreiung werden alle Forderungen wieder durchsetzbar, der Gläubiger kann aufgrund des Tabellenauszugs die Zwangsvollstreckung betreiben.

2. Von der Restschuldbefreiung erfasste Vermieteransprüche

⁶⁰ LG Neubrandenburg WuM 2001, 551.

a) Insolvenzforderungen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung

Gem. § 301 InsO erfasst die Restschuldbefreiung die Forderungen der Insolvenzgläubiger. Dies sind gem. §§ 38, 108 Abs. 2 InsO die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandenen Vermögensansprüche gegen den Schuldner.⁶¹ Dazu zählen zweifelsfrei der Anspruch auf Zahlung der vor Verfahrenseröffnung aufgelaufenen Mietrückstände, aber auch der Nutzungsentschädigung wegen Vorenthaltung des Mietobjekts nach Vertragsende (§ 546a BGB) sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen nicht vorsätzlicher Beschädigung des Mietobjekts. Ist dem Schuldner vor Verfahrenseröffnung gelungen, nach Beendigung des Mietverhältnisses aufgrund außerordentlicher Kündigung wegen Zahlungsverzugs die Räumung mit geschickter Prozesstaktik um Monate, wenn nicht gar um mehr als ein Jahr zu verzögern, so ist der Ausfall des Vermieters ganz erheblich. Ob derartiges Verhalten einige Jahre später honoriert werden muss, darf bezweifelt werden; indessen versagt das Gesetz die Restschuldbefreiung wegen des Verhaltens des Schuldners vor Beginn der Wohlverhaltenszeit nur ausnahmsweise wegen Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung (§ 302 InsO). Demnach erlangt der Mieter keine Befreiung von Schadensersatzverpflichtungen, wenn er die Wohnung betrügerisch (§ 263 StGB) oder unter arglistiger Täuschung des Vermieters (§ 123 BGB) angemietet hat,⁶² z. B. den zuvor gestellten Insolvenzantrag verschwiegen hat. Im Übrigen ist die Weigerung des Mieters, die Wohnung nach Vertragsbeendigung zu räumen, keine unerlaubte Handlung, weder eine Eigentumsverletzung noch eine Besitzstörung, sondern Verzug mit der Erfüllung eines schuld- oder sachenrechtlichen Anspruchs, der keine Haftung gem. § 823 BGB auslöst.

Ebenfalls der Restschuldbefreiung unterliegt der Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen Verletzung der Räumungspflicht. Wie oben dargelegt (oben III. 2.) ist er trotz Vertragsbeendigung während des Insolvenzverfahrens in dem vor Verfahrenseröffnung abgeschlossenen Mietvertrag begründet.

b) Offene Masseverbindlichkeiten

Auf dem Mietgerichtstag 2004 stellte *Pape*⁶³ die Frage, ob die nach Verfahrenseröffnung fälligen, wegen Masseunzulänglichkeit nicht erfüllten Mietforderungen ebenfalls an der Restschuldbefreiung teilnehmen. Dem Anliegen, dem Schuldner einen schuldenfreien neuen Start zu ermöglichen, käme dies entgegen. Zu begründen wäre dies mit *Marotzkes* (oben II. 1.) Auffassung, dass auch in dieser Phase der Vermieter die Mieten nur als Insolvenzgläubiger geltend machen könne. Sind die nach Verfahrenseröffnung anfallenden Mieten während des Verfahrens aus der Masse zu entrichten – was *Pape* nicht in Zweifel zieht –, so bleiben sie nach Einstellung des Verfahrens gegen den Schuldner durchsetzbar, sofern sie nicht verjähren. Bewusst unterstellt das Gesetz nur Insolvenzforderungen, bei denen der Gläubiger sich ohnehin mit einer Quote befriedigen muss, der Restschuldbefreiung und nur solche Forderungen nehmen an der Restschuldbefreiung teil. Dass der Treuhänder die unerfüllten Masseverbindlichkeiten vorrangig aus dem ihm abgetretenen Einkommen des Schuldners bedienen soll,⁶⁴ ist mit § 292 InsO, der nur eine Ausschüttung an die Insolvenzgläubiger zulässt, nicht zu vereinbaren.⁶⁵

c) Ersatzanspruch gem. § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO und Erfüllungsanspruch

⁶¹ MünchKomm-Stephan, InsO, § 301 RdNr. 7.

⁶² In diesem Fall muss der Vermieter bei Anmeldung seiner Forderung zur Tabelle darlegen, dass sie auf vorsätzlich unerlaubter Handlung beruht (§ 174 Abs. 2 InsO).

⁶³ NZM 2004, 401, 411

⁶⁴ Hierzu neigt *Pape* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 210 RdNr. 16.

⁶⁵ *Horst/Fritsch* (Fn. 19) RdNr. 504; *Pape* NZM 2004, 401, 411.

Die Zweispurigkeit seiner Ansprüche (oben III. 3. c) ee)) führt dazu, dass der Vermieter mit der zur Tabelle festgestellten Schadensersatzforderung an den jährlichen Ausschüttungen des Treuhänders (§ 292 Abs. Satz 2 InsO) teilnimmt und wegen seines Erfüllungsanspruchs den Schuldner in Anspruch nehmen kann. Auf den ersten Blick scheint gegen diese Lösung der Kerngedanke der Restschuldbefreiung zu sprechen, dass der Gläubiger, der in der Wohlverhaltensphase teilweise Erfüllung seiner Forderungen erlangt, den Anspruch auf volle Befriedigung verliert. Andererseits sichert das Gesetz den Vermieter, der die Nachteile der Enthftung der Masse hinnehmen, ggf. trotz Vertragsendes die weitere Nutzung der Wohnung durch den nicht zur Rückgabe bereiten Mieter dulden muss, bewusst mit einem zweifachen Anspruch ab. Der ohnehin begrenzt werthaltige Schadensersatzanspruch gem. § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO wäre vollend entwertet, wenn der Vermieter von den Ausschüttungen an die nicht bevorrechtigten Gläubiger ausgeschlossen wäre. Die Alternative, ihn nur an den Ausschüttungen zu Gunsten der Insolvenzgläubiger zu beteiligen, lässt sich nicht begründen, weil der Erfüllungsanspruch gegen den Schuldner *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsteht.

3. Durchsetzung der nicht von der Restschuldbefreiung erfassten Ansprüche gegen den Schuldner

Dazu ein Beispiel:

Vor Enthftung der Masse gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO bleibt eine Monatsmiete offen, danach zahlt der Schuldner die Mieten für zwei Monate nicht, nach fristloser Kündigung wegen Zahlungsverzugs auch nicht die Nutzungsentschädigung für drei Monate. Die den Ausfall der Ansprüche gegen den Schuldner betreffende Ersatzforderung des Vermieters wird zur Tabelle festgestellt. Bei Einstellung des Insolvenzverfahrens wird dem Schuldner Restschuldbefreiung in Aussicht gestellt. Bei der ersten Ausschüttung erhält der Vermieter den auf ihn entfallenden Anteil. Trotzdem verklagt er den Schuldner auf Zahlung der offenen Forderungen abzüglich des bei der ersten Ausschüttung erhaltenen Betrages.

Materiell-rechtlich bestehen keine Bedenken, da der Vermieter aus der Zeit vor Enthftung eine offene Mietforderung hat und aus der Zeit danach den Erfüllungsanspruch gegen den Schuldner. Die Klage auf Mietzahlung für die Zeit nach Enthftung ist nicht mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, denn unabhängig davon, dass während der Wohlverhaltenzeit die Zwangsvollstreckung aufgrund des Tabellenauszugs nicht statthaft ist, entfällt dieser Titel mit der Restschuldbefreiung. Die Zwangsvollstreckung des auf Mietzahlung erkennenden Urteils ist nicht gem. § 292 InsO untersagt, sollte allerdings erfolglos verlaufen, weil der Schuldner gem. § 295 InsO neues Vermögen an den Treuhänder abzuführen hat - Erbschaften, auch vorweggenommene allerdings nur mit der Hälfte ihres Wertes. Sinnvoll bleibt die Zahlungsklage trotzdem, denn die Feststellung zur Tabelle hemmt nur die Verjährung des Schadensersatzanspruchs, nicht aber die des Erfüllungsanspruchs. Insoweit und wegen der ursprünglichen unerfüllten Masseforderung kann der Vermieter Hemmung nur durch gerichtliche Geltendmachung herbeiführen.

V.

Trotz der problematischen Gesetzeslage beschäftigen die Auswirkungen des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO die Gerichte nicht oder jedenfalls nur wenig. Ursache hierfür sind anscheinend das fehlende Problembewusstsein sowie das Vertrauen der Vermieter und Schuldner darauf, dass Verwalter und Treuhänder alles richtig machen. Ein Gesetz zeigt die Vorzüge seiner unklaren Fassung! Auch dürften die geringe Masse der meisten Verbraucherinsolvenzverfahren und das geringe pfändungsfreie Einkommen der Schuldner wirtschaftlich denkende Vermieter vom Prozessieren abhalten. Zu den Auswirkungen der Restschuldbefreiung auf Vermieterforderungen liegen derzeit noch keine Erfahrungen vor, da

die Wohlverhaltenszeiten noch nicht abgelaufen sind. Insoweit bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.