

Deutscher Mietgerichtstag 2004

Insolvenz im Mietrecht

von: Dr. Gerhard Pape, Richter am OLG Celle

Einführungsreferat für den Arbeitskreis „Insolvenz im Mietrecht“ auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2004 in Dortmund

Die Schnittpunkte zwischen Insolvenz- und Mietrecht nehmen gerade in Krisenzeiten, wie sie derzeit herrschen, einen sehr breiten Raum ein. Dies zeigt sich etwa auch in der täglichen Praxis des Referenten, der als Mitglied eines auf Miet-, Pacht- und Leasingsachen spezialisierten Senats beim Oberlandesgericht inzwischen regelmäßig mit insolvenzrechtlichen Fragen konfrontiert ist. Vor allem im gewerblichen Bereich hat die wirtschaftliche Krise sehr häufig zur Folge, dass Mietverhältnisse notleidend werden und gegen den Mieter schließlich Insolvenzanträge gestellt werden, die letztlich auch die Belange des Vermieters massiv beeinflussen, weil gerade diesem durch das Insolvenzverfahren erhebliche Verluste drohen. Symptomatisch für die Entwicklung sind insoweit Fälle, in denen Vermieter im Eröffnungsverfahren zunächst mit leeren Versprechungen hingehalten werden, die Gebrauchsüberlassung fortzusetzen, dann aber nach Verfahrenseröffnung auf bloße Insolvenzforderungen verwiesen werden, die praktisch nichts wert sind.¹ Neue Probleme im Grenzbereich von Miet- und Insolvenzrecht ergeben sich im Zusammenhang mit dem durch die Insolvenzordnung neu eingeführten Restschuldbefreiungsverfahren, das zwingend einen Insolvenzantrag des Schuldners voraussetzt, in dem zwangsläufig auch das Wohnraummietverhältnis des Schuldners tangiert ist.

¹ Hierzu BGH, ZInsO 2002, 819 = ZIP 2002, 1625 = NZM 2002, 859, zu dieser Entscheidung Eckert, NZM 2003, 41 ff.; Haarmeyer/Pape, ZInsO 2002, 845 ff.; Prütting/Stickelbrock, ZIP 2002, 1608 ff.; Spliedt, EWiR 2002, 919

I. **Berührungspunkte von Miet- und Insolvenzrecht**

Die ersten fünf Jahre der Anwendung der Insolvenzordnung haben gezeigt, dass es an zahlreichen Stellen zu besonderen Schwierigkeiten kommt, wenn es um die Abwicklung von Miet- und Pachtverhältnissen im Insolvenzverfahren geht.² Schwierigkeiten bei der Abwicklung von Mietverhältnissen können in sämtlichen Stadien der Verfahrensabwicklung auftreten. Zwar unterscheiden sich die §§ 108 ff. InsO, in denen das Fortbestehen und die Abwicklung von Miet- und Pachtverhältnissen des Schuldners über bewegliche Gegenstände und Räume geregelt sind, nicht so grundlegend von den Vorschriften der Konkursordnung (§§ 19 ff. KO), dass man von einem völlig neuen Regelungswerk sprechen kann. Die InsO hat aber viele neue Probleme gebracht, die sich gerade auf gewerbliche Mietverhältnisse und Wohnraummietverhältnisse³ auswirken.

1. **Vertragsfortsetzung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter**

Im Eröffnungsverfahren bereitet neben der Kündigungssperre des § 112 InsO und dem Verbot von vertraglichen Lösungsklauseln, das sich aus § 119 InsO ergibt, vor allem die vorläufige Insolvenzverwaltung erhebliche Probleme. Wenn der Vermieter einerseits gehindert ist, das Mietverhältnis wegen Zahlungsrückständen aufzukündigen, die schon vor Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelaufen sind, wie sich aus § 112 Nr. 1 InsO ergibt, andererseits der sogenannte „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter, der den Verfügungen des Schuldners lediglich zustimmt, selbst dann keine Masseverbindlichkeiten begründet, wenn er dem Vermieter zusagt, die während des Eröffnungsverfahrens entstehenden Mietzinsansprüche zu begleichen, drohen dem Vermieter gerade in dieser Phase erhebliche Verluste.

2. **Vertragsbeendigung durch den Insolvenzverwalter**

Noch weiter gefächert sind die Probleme im eröffneten Verfahren, in dem vor allem die Insolvenzmasse erheblich benachteiligt sein kann, wenn es darum geht, dass die gesetzliche Kündigungsfrist des § 580 a Abs. 2 InsO sehr lang bemessen ist und deshalb die Masse im

² Zur Behandlung von Miet- und Pachtverträgen im Insolvenzverfahren ausführlich Pape, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 531 ff., 577 ff. Rz. 75 ff.

³ Dazu Eckert, NZM 2001, 260 ff.; Vallender/Dahl, NZI 2000, 246 ff.

ungünstigsten Fall trotz des Sonderkündigungsrechts des Insolvenzverwalters aus § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO noch bis zu annähernd neun Monate an das Mietverhältnis gebunden sein kann. Dies hat zur Folge, dass Ansprüche des Vermieters ab Verfahrenseröffnung auch noch bis zu neun Monate als Masseverbindlichkeiten i. S. d. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO vorab zu befriedigen sind, obwohl die Insolvenzmasse die Mietsache möglicherweise überhaupt nicht mehr benötigt. Nachteilig für den Vermieter kann sich auf der anderen Seite im eröffneten Verfahren auswirken, dass im Rahmen der Rückgabe des Mietobjekts Ansprüche auf Wiederherstellung des ordnungsgemäßen Zustandes – etwa auf Beseitigung von Beschädigungen oder Kontaminationen der Mietsache – nur als Insolvenzforderungen zu befriedigen sind.

3. Vermieteransprüche nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit

Kommt es zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit nach § 208 Abs. 2 InsO, so sind auch in dem sich an diese Anzeige anschließenden Verfahren⁴ erhebliche Auswirkungen auf die im Insolvenzverfahren weiter laufenden Mietverhältnisse zu beachten. Einerseits verliert der Vermieter mit der Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter für die bis zu diesem Zeitpunkt bereits entstandenen Mietzinsforderungen sein Vorwegbefriedigungsrecht aus §§ 53, 55 Abs. 1 Satz 1 InsO. Er kann nur noch anteilige Befriedigung gem. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO verlangen. Andererseits gehört er unter bestimmten Voraussetzungen, die in § 209 Abs. 2 Nr. 2 und 3 InsO näher beschrieben sind, zu den „Neumassegläubigern“ des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO und kann deshalb für die Zeit nach Anzeige der Masseinsuffizienz die vollständige Befriedigung seiner Mietzinsforderungen geltend machen.

4. Wohnraummietverträge im Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen

Bezüglich der Wohnraummiete hat die Insolvenzordnung vor allem für den Bereich des Verbraucherinsolvenzverfahrens, das in den §§ 311 ff. InsO geregelt ist, und für die Insolvenzverfahren, bei denen der Schuldner eine natürliche Person ist, die mit dem Ziel der Restschuldbefreiung einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat, erhebliche Neuerungen gebracht. Hinzuweisen ist hier vor allem auf die besondere Lösungsmöglichkeit der Masse aus § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO, die für den Vermieter erhebliche Probleme mit sich bringt, weil er sich bei Ausübung des Lösungsrechts durch den Insolvenzverwalter einerseits

⁴ Dazu Pape/Hauser, Massearme Verfahren nach der InsO, Köln 2002, Rz. 280 ff.

dem Schuldner als Mieter, andererseits aber auch noch der Insolvenzmasse als haftendem Vermögen gegenüber gestellt sieht.⁵

Insbesondere diese Fragen der Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters auf die vorstehend skizzierten Probleme sollen in den nachfolgenden Ausführungen näher untersucht werden:

II. Mietrechtliche Probleme im Eröffnungsverfahren

Schon die Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters hat erhebliche Auswirkungen auf das Mietverhältnis. Anders als im früheren Recht, in dem der Eröffnungsantrag noch keine Beschränkungen der Vermieterrechte ausgelöst hat, treten nach der Insolvenzordnung schon allein durch die Stellung des Antrags beachtliche Einschränkungen für den Vermieter ein. Aufgrund des Ziels der Insolvenzordnung, vermehrt Betriebsfortführungen zu ermöglichen und die (spätere) Insolvenzmasse bis zur Verfahrenseröffnung möglichst unangetastet zu lassen, wird auch der Vermieter gezwungen, die Mietsache weiter zur Verfügung zu stellen und eine Betriebsfortführung – vor allem auch durch einen im Eröffnungsverfahren bestellten vorläufigen Insolvenzverwalter - zu ermöglichen.

1. Auslösung der Kündigungssperre durch den Eröffnungsantrag

Der Vermieter ist nach § 112 Nr. 1 und 2 InsO gehindert, wegen des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters den Mietvertrag fristlos zu kündigen, weil der Schuldner schon vor Antragstellung in Verzug geraten ist⁶ oder wegen des durch den Eröffnungsantrag deutlich werdenden Vermögensverfalls. Mit der Stellung des Eröffnungsantrags setzt eine Kündigungssperre ein, die den Vermieter zum Gefangenen des Eröffnungsverfahrens macht und ihn praktisch dazu zwingt, die Mietsache dem Schuldner weiter für eine Betriebsfortführung zu überlassen, ohne dass die Bezahlung des Mietzinses sichergestellt sein muss. Soweit im früheren Recht Lösungsklauseln vereinbart worden sind, die zur Auflösung

⁵ Hierzu ausführlich Eckert, NZM 2001, 260 ff.; zur Aufspaltung der Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis durch Abgabe der Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, Stand 18. Lfg. 10/03, § 109 Rz. 7 ff.

⁶ Zur Kündigungssperre LG Karlsruhe, ZIP 2003, 677 ff.

von Dauerschuldverhältnissen durch den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Gemeinschuldners geführt haben, sind derartige Klauseln, soweit sie auf die sofortige Beendigung des Mietverhältnisses gerichtet sind, nach § 119 InsO nicht mehr wirksam,⁷ weil sie die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO unterlaufen würden.⁸ Zu klären bleibt zwar, inwieweit das Kündigungsverbot und die Unwirksamkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall noch zu beachten sind, wenn es nach dem Antrag auf Verfahrenseröffnung zu weiteren Zahlungsrückständen kommt.⁹ Prinzipiell kann aber der Vermieter aus Zahlungsrückständen, die schon vor Stellung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, keine Rechte auf Lösung vom mehr Vertrag herleiten.

2. Auswirkungen der Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung

Die Gefahr für den Vermieter, Ansprüche aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung – dies gilt grundsätzlich auch für die Dauer des Insolvenzeröffnungsverfahrens – nur als Insolvenzforderungen geltend machen zu können, weil § 108 Abs. 2 InsO für rückständige Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen ausdrücklich bestimmt, dass diese bis zum Zeitpunkt der Eröffnung nur als Insolvenzforderungen zu befriedigen sind, ist zwar weitgehend gebannt, wenn das Insolvenzgericht im Eröffnungsverfahren einen starken vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt, dem auch das Verfügungsrecht über die Insolvenzmasse übertragen wird. Diese Form der Massesicherung, bei der neben der Anordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO, einen vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen, auch noch ein Verfügungsverbot nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 InsO angeordnet werden muss, so dass der vorläufige Insolvenzverwalter die in § 22 Abs. 1 InsO beschriebene Stellung erhält,¹⁰ stellt aber in der Praxis den absoluten Ausnahmefall dar.

a) Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter

Zwar begründet der starke vorläufige Insolvenzverwalter gem. § 55 Abs. 2 InsO Masseverbindlichkeiten, die auch nach Verfahrenseröffnung vollständig vorab zu befriedigen sind, wo-

⁷ Hierzu auch OLG Hamm, NZM 2002, 343.

⁸ Zur Wirksamkeit von Lösungsklauseln ausführlich Berger, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 499 ff.; Kübler/Prütting/Tintelnot, § 119 Rz. 8 ff.; Uhlenbruck/Berscheid, InsO, 12. Aufl., § 119 Rz. 15 ff.; Eckert, ZIP 1996, 897 ff.

⁹ S. nachfolgen II. 2. b) (1).

¹⁰ Zu dieser Form der vorläufigen Insolvenzverwaltung Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 22 Rz. 56 ff.; Münch-Komm-InsO/Haarmeyer, § 22 Rz. 36 ff.; Uhlenbruck, InsO, § 22 Rz. 17 ff.

bei es bei Dauerschuldverhältnissen i. S. d. § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO, zu denen auch Mietverträge gehören, darauf ankommt, dass der vorläufige Verwalter die Gegenleistung für die Masse in Anspruch nimmt. Gerade wegen dieser Folgen für das eröffnete Verfahren, in dem die Insolvenzmasse durch bevorzugt zu befriedigende Verbindlichkeiten in einem erheblichen Umfang belastet sein kann, ist es aber in der Praxis zur Regel geworden, keine starken vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen, so dass Vermieter regelmäßig auch nicht damit rechnen können, während des Eröffnungsverfahrens den vollen Mietzins zu erhalten, wenn Mietzahlungen zunächst unterbleiben.

b) Fehlende Verpflichtung der Insolvenzmasse durch den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt

In der Praxis ist es vielmehr zur Regel geworden, lediglich vorläufige Insolvenzverwalter zu bestellen, die den Verfügungen des Schuldners zuzustimmen haben (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO i. V. m. § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO). Bezüglich dieser Form der Verwaltung war zwar bis zum Jahr 2002 umstritten, ob sie analog § 55 Abs. 2 InsO Masseverbindlichkeiten begründen, wenn sie nach außen hin wie ein starker vorläufige Insolvenzverwalter auftreten und das Gericht sie möglicherweise sogar dazu ermächtigt, alle ihnen erforderlich erscheinenden Rechtshandlungen selbst vorzunehmen.¹¹

(1) Verbot der entsprechenden Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO

Dieser Streit kann aber für die Praxis als erledigt angesehen werden, nachdem der BGH am 18.7.2002 entschieden hat, dass eine entsprechende Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO ausgeschlossen ist und auch bei Rechtshandlungen schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter regelmäßig nur Insolvenzforderungen begründet werden.¹² Für die Abwicklung von Mietverhältnissen folgt aus dieser Entscheidung, dass der Vermieter selbst dann nur eine Insolvenzquote erhält, wenn ihm vom schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter mitgeteilt wird, im Eröffnungsverfahren anfallende Mieten würden durch die Masse beglichen.¹³ Für den Vermieter sind solche Zusagen nach der Entscheidung des BGH wertlos. Er kann sich nur sicher sein, im Eröffnungsverfahren keine (weiteren) Verluste zu erleiden, wenn die Miete bei einer

¹¹ Zu der Streitfrage, ob in einem solchen Fall § 55 Abs. 2 InsO entsprechend anzuwenden ist, s. Kübler/Prütting/Pape, § 22 Rz. 87 ff.

¹² S. BGH, ZInsO 2002, 819 = ZIP 2002, 1625 = NZM 2002, 859.

¹³ Hierzu ausführlich Eckert, NZM 2003, 41 ff.

schwachen vorläufigen Insolvenzverwaltung tatsächlich unverzüglich bezahlt wird (Bardeckung).

(2) Zulässigkeit gerichtlicher Einzelermächtigungen zur Begründung von Masseverbindlichkeiten

Als einzige legale Möglichkeit, auch den schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter in die Lage zu versetzen, Leistungen im Eröffnungsverfahren auf Kredit zu bekommen, die er – etwa für eine Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren – dringend benötigt, hat der BGH in dem Urteil vom 18.7.2002¹⁴ eine im Gesetz nicht geregelte gerichtliche Ermächtigung des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters anerkannt, in bestimmten Einzelfällen Masseverbindlichkeiten zu begründen.¹⁵ Üblich sind derartige Einzelermächtigungen allerdings nur insoweit, als es darum geht, Lieferanten zur Weiterbelieferungen zu bewegen, oder einen Betriebsmittelkredit zu bekommen. In Bezug auf die Erfüllung von Mietforderungen im Eröffnungsverfahren spielen sie eher eine untergeordnete Rolle. Da sich der Vermieter insoweit der Gebrauchsüberlassen aus den genannten Gründen ohnehin nicht entziehen kann, ist die Einholung solcher Ermächtigungen zugunsten des Vermieters eher fraglich. Außerdem wird vor allem in Großverfahren die Praktikabilität derartiger Ermächtigung, die das Insolvenzgericht erheblich belasten, weil es die Erforderlichkeit der Ermächtigung prüfen muss, bezweifelt.¹⁶

(3) Absicherung von Vermieterforderungen durch Treuhandabreden

Als weitere Möglichkeit der Sicherstellung einer vollständigen Erfüllung von Ansprüchen im vorläufigen Insolvenzverfahren werden Treuhandmodelle diskutiert, bei denen der schwache vorläufige Insolvenzverwalter Teile der Masse einem Treuhandkonto zuführt, von dem bestimmte Forderungen vollständig befriedigt werden.¹⁷ Auch insoweit ist aber – abgesehen von der noch nicht restlos geklärten Anerkennung derartiger Abreden zur bevorzugten Befriedigung bestimmter Insolvenzgläubiger – eher fraglich, ob auch Vermieter in den „Genuss“ derartiger Abreden kommen. In der Regel wird der Verwalter nur die Forderungen solcher Gläubiger sichern, die er sonst nicht mehr zur Weiterbelieferung der Masse bewegen kann. Ob er auch dem Vermieter eine entsprechende Befriedigung zusagt, erscheint eher zweifelhaft.

¹⁴ NZM 2002, 859 = ZIP 2002, 1625.

¹⁵ Dazu HK-InsO/Kirchhof, 3. Aufl., § 22 Rz. 49; Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 22 Rz. 90 ff.

¹⁶ Vgl. AG Hamburg, ZInsO 2003, 41 = ZIP 2003, 43 = NZI 2003, 153; AG Hamburg, ZInsO 2003, 816 = ZIP 2003, 1809, dazu Tetzlaff, EWiR 2003, 1091.

¹⁷ Zur Diskussion dieser Modelle AG Hamburg, ZInsO 2003, 41 = ZIP 2003, 44; AG Hamburg, ZInsO 2003, 816 = ZIP 2003, 1809; Frind, ZInsO 2003, 779 ff.; Heidrich/Prager, NZI 2002, 653 ff.; Undritz, NZI 2003, 141 ff.; Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 22 Rz. 93 ff.; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 22 Rz. 194.

(4) Zulässigkeit der fristlosen Kündigung bei Zahlungsverzug im Eröffnungsverfahren

Stellt der vorläufige Insolvenzverwalter nicht sicher, dass der Vermieter für die Dauer des Eröffnungsverfahrens den geschuldeten Mietzins erhält, hat der Vermieter allerdings nach ganz herrschender Meinung das Recht, wegen eines nach Stellung des Antrags auf Verfahrenseröffnung eingetretenen Zahlungsverzugs das Mietverhältnis fristlos zu kündigen und auf Herausgabe der Mietsache zu klagen, soweit die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB gegeben sind.¹⁸ Das Kündigungsverbot des § 112 InsO greift insoweit nicht mehr durch, weil der Vermieter nicht verpflichtet ist, sich den unentgeltlichen Gebrauch der Mietsache nach Stellung des Eröffnungsantrags gefallen zu lassen. Der Vermieter kann deshalb das Mietverhältnis auch dann fristlos kündigen, wenn im Eröffnungsverfahren weitere Zahlungsrückstände auflaufen, die eine fristlose Kündigung nach den allgemeinen Vorschriften rechtfertigen. Wird eine solche Kündigung ausgesprochen, besteht ein Recht der Insolvenzmasse zur Nutzung der Mietsache auch dann nicht mehr, wenn diese grundsätzlich weiter für eine Betriebsfortführung gebraucht werden würde. Die Mietsache muss an den Vermieter herausgegeben werden. Zu bedenken ist bei einer solchen Kündigung nur, dass der Vermieter die Möglichkeit verliert, während des eröffneten Verfahrens die Miete zumindest für die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist als bevorrechtigte Masseforderung zu bekommen.¹⁹ Dies kann im Hinblick auf die derzeitigen Schwierigkeiten von Anschlussvermietungen unter Umständen lukrativer sein, als die sofortige Beendigung des Mietvertrages, es sei den, auch im eröffneten Verfahren droht Masseunzulänglichkeit.²⁰

(5) Fehlendes Prozessführungsrecht des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters

Zu beachten ist weiter, dass bei einer vorläufigen Insolvenzverwaltung ohne Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots der vorläufige Insolvenzverwalter – anders als der „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter – nicht prozessführungsbefugt ist.²¹ Dieser Gesichtspunkt spielt insbesondere in Mietprozessen oft eine erhebliche Rolle. Wird beispielsweise wegen der vor Verfahrenseröffnung erfolgten – unzulässigen – Verwertung der Insolvenzmasse durch den schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter Klage auf Rückschaffung von Gegenständen, an denen ein Vermieterpfandrecht besteht, nach § 562 b Abs. 2 Satz 2 InsO erhoben, darf bei dieser Klage nicht übersehen werden, dass sie gegen den Schuldner und nicht gegen

¹⁸ S. BGH, NZM 2002, 859, 864; OLG Celle, ZInsO 2002, 326, 328; LG Karlsruhe, ZIP 2003, 677; HK-InsO/Marotzke, 3. Aufl., § 112 Rz. 8; MünchKomm-InsO/Eckert, § 112 Rz. 35 f.; Pape, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 569 Rz. 59; a. M. dagegen Kübler/Prütting/Tintelnot, § 112 Rz. 12.

¹⁹ Dazu nachfolgend III. 1. a).

²⁰ Hierzu näher V.

²¹ Dazu Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 24 Rz. 8 ff.

den schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter, der nicht prozessführungsbefugt ist, zu richten ist. Dies gilt auch dann, wenn der Verwalter nach außen wie ein starker vorläufiger Verwalter auftritt. Entscheidend ist immer, welche Art der Bestellung und welche Befugnisse sich aus dem Eröffnungsbeschluss, der unbedingt eingesehen werden muss, ergeben. Für Rechtsstreitigkeiten, die schon bei Antragstellung anhängig sind, gilt allgemein, dass gem. § 240 Satz 2 ZPO eine Unterbrechung nur dann eintritt, wenn ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist. Fehlt die Anordnung eines Verfügungsverbot, ist weiterhin der Schuldner Partei des Rechtsstreits, eine Unterbrechung tritt erst durch die Verfahrenseröffnung ein.

(6) Keine Inbesitznahme der Masse durch den schwachen vorläufigen (Zustimmungs-)Verwalter

Zu beachten ist weiter, dass der schwache vorläufige Insolvenzverwalter ohne eine ausdrückliche Ermächtigung des Insolvenzgerichts, die sich aus dem Bestellungsbeschluss oder auch einer späteren Ermächtigung ergeben muss, die Masse nicht in Besitz nimmt und damit auch nicht Besitzer von Mieträumen wird, die der Schuldner bei Eingang des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens besitzt.²² Der schwache vorläufige Insolvenzverwalter hat zwar das Recht, die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten. Als Besitzer fungiert aber weiterhin der Schuldner selbst. Der schwache vorläufige Insolvenzverwalter kann insoweit nicht in Anspruch genommen werden, hat aber auch keine Befugnisse im außenverhältnis.

4. Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters für unerfüllte Befriedigungszusagen

Kann der Vermieter Ansprüche gegen die Masse wegen Mietausfällen, die er im Eröffnungsverfahren erlitten hat, nicht realisieren, kommt nur noch die Inanspruchnahme des vorläufigen Insolvenzverwalters persönlich in Betracht. Auch bezüglich dieser Haftung ist wieder zwischen dem starken und schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter zu differenzieren:

a) Haftung des starken vorläufigen Insolvenzverwalters

Hat das Insolvenzgericht einen starken vorläufigen Verwalter bestellt, folgt die persönliche Haftung dieses Verwalters für die Begründung unerfüllbarer Masseverbindlichkeiten aus § 61 InsO, dessen entsprechende Anwendung im Eröffnungsverfahren in § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO

²² Vgl. BGH, NZM 2002, 859, 861; OLG Celle, ZIP 2003, 88.

ausdrücklich angeordnet ist. Diese Vorschrift bereitet zwar generell Probleme, soweit es um die besondere Situation des Eröffnungsverfahrens geht.²³ Abgesehen von diesen Schwierigkeiten, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, gilt aber im Grundsatz auch hier, dass der vorläufige Verwalter persönlich in Anspruch genommen werden kann, wenn er die Mietsache weiter nutzt, obwohl die Masse voraussichtlich zur Erfüllung aller vom vorläufigen Verwalter begründeten Verbindlichkeiten nicht ausreicht.

b) Haftung des Schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters aus Garantieübernahme

Typisch für die Behandlung von Vermietern im vorläufigen Insolvenzverfahren sind aber Fälle, in denen ein schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter den Vermieter durch die Erklärung, dafür sorgen zu wollen, dass die Ansprüche des Vermieters aus der Masse befriedigt werden, zum Stillhalten bewegt, dann aber im eröffneten Verfahren nur eine Insolvenzforderung angemeldet werden kann, die nur quotal zu erfüllen ist. Wird eine derartige Befriedigungszusage von einem schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter abgegeben, so sind Ansprüche gegen die Insolvenzmasse, die über die bloße Insolvenzforderung hinausgehen, ausgeschlossen.²⁴ Dem Vermieter bleibt in einem solchen Fall nur die Möglichkeit, den schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter persönlich wegen einer Garantieübernahme oder wegen Verschulden bei Vertragsschluss²⁵ in Anspruch zu nehmen. Der Streit geht dann regelmäßig um die Frage, ob der Vermieter der Zusage vertrauen durfte, oder ob er aufgrund des Hinweises auf die Masse selbst hätte erkennen müssen, dass es sich um eine wertlose Floskel handelte, weil der Verwalter auf die Masse verwiesen hat. Abhängig ist die Entscheidung in diesen Fällen, von der mehr oder weniger geschickten Verklausulierung der Zusage des vorläufigen Verwalters. Auch in diesen Verfahren ist aber darauf zu achten, dass im Rechtsstreit eindeutig klargestellt wird, ob sich eine Klage gegen den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes richtet oder ob eine persönliche Inanspruchnahme des Insolvenzverwalters – ggf. auch aus §§ 60, 61 InsO, die im Insolvenzeröffnungsverfahren entsprechend anzuwenden sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO) – erfolgen soll. Insoweit ist deutlich zwischen Ansprüchen gegen die Masse und Ansprüchen gegen den vorläufigen Verwalter persönlich zu unterscheiden.

²³ Dazu näher Pape, ZInsO 2003, 1061 ff.

²⁴ S. o. II. 2.

²⁵ Dazu OLG Schleswig, NZI 2004, 92.

Unzulässigkeit der Erzwingung der Befriedigung von Altschulden im Insolvenzeröffnungsverfahren

5. Anfechtbarkeit der Befriedigung von Altschulden

Zu beachten ist schließlich auch noch, dass es für den Vermieter keine Vorteile bringt, im Insolvenzeröffnungsverfahren den Versuch zu machen, die Befriedigung von Altschulden, d. h. Mietrückständen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung, zu erzwingen, indem etwa die weitere Überlassung der Mietsache davon abhängig gemacht wird, dass der Schuldner auch diese Rückstände ausgleicht. Wird eine solche Befriedigung gewährt, weil beispielsweise der Schuldner auf die weitere Überlassung der Mieträume angewiesen ist, um seinen Betrieb fortzuführen, so sind entsprechende Befriedigungsabreden regelmäßig anfechtbar und können vom Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung selbst dann angefochten werden, wenn sie von diesem selbst als vorläufigem Insolvenzverwalter getroffen worden sind.²⁶ Der Verlockung, die es gerade bei Dauerschuldverhältnissen geben mag, in einer Drucksituation den Schuldner bzw. vorläufigen Insolvenzverwalter zu zwingen, ansonsten nicht mehr einbringliche Forderungen zu befriedigen, darf nicht nachgegeben werden. Sie führt letztlich nur zu einer anfechtungsrechtlichen Auseinandersetzung mit dem Insolvenzverwalter, die für den Vermieter wenig Erfolg versprechend ist.

III. Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf die Abwicklung von Mietverhältnissen

Wenn es um die Frage geht, welche Folgen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Mietverträge über unbewegliche Gegenstände und Räume hat, ist zunächst von dem Grundsatz des § 108 Abs. 1 InsO auszugehen, dass Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners unbeschadet der Verfahrenseröffnung fortbestehen. Anders als bei beiderseitig zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen, bei denen der Insolvenzverwalter hinsichtlich der Vertragserfüllung ein Wahlrecht aus § 103 InsO hat,²⁷ das grundsätzlich auch Miet- und Leasingverträge über bewegliche Sachen erfasst, soweit diese nicht unter § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO fallen, gibt es ein solches Wahlrecht für Mietverträge über

²⁶ S. BGH, ZInsO 2003, 420; BGH, ZInsO 2003, 417; OLG Celle, ZInsO 2003, 185; HK-InsO/Kirchhof, § 22 Rz. 51; Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 22 Rz. 96 ff.; Armbrüster, DZWIR 2003, 485 ff.

²⁷ Dazu Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Rz. 640 ff.

unbewegliche Gegenstände und Räume nicht. Diese bestehen vielmehr nach Verfahrenseröffnung fort. Offene Ansprüche aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung, müssen als Insolvenzforderungen gem. § 108 Abs. 2 InsO im Verfahren angemeldet werden. Einen Anspruch auf bevorrechtigte Befriedigung gibt es nicht. Im weiteren bestehen allerdings erhebliche Unterschiede bei der Behandlung von Miet- oder Pachtverträgen über unbewegliche Gegenstände oder Räume, je nachdem, ob der Schuldner als Mieter oder Vermieter Vertragspartei ist.

1. Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters

Hat der Schuldner als Mieter vor Verfahrenseröffnung einen Mietvertrag abgeschlossen und ist die Mietsache ihm zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens bereits überlassen,²⁸ gibt § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO dem Verwalter das Recht, dieses Mietverhältnis unbeschadet einer vertraglichen Laufzeitregelung mit der gesetzlichen Kündigungsfrist zu beenden. Diese Vorschrift unterscheidet sich insofern von der früheren Regelung des § 19 Satz 1 KO, als dort auch der Vermieter ein Sonderkündigungsrecht für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters hatte. Eine Möglichkeit des Vermieters, sich allein aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters vom Mietvertrag zu lösen, besteht nicht mehr.²⁹ Der Vermieter hat gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO einen Anspruch auf bevorzugte Befriedigung seiner nach Verfahrenseröffnung entstehenden Mietzinsforderungen als Masseverbindlichkeiten,³⁰ ein Recht, sich einseitig vom Vertrag zu lösen, hat er nicht.

a) Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters

(1) Anwendung der gesetzlichen Kündigungsfrist

Problematisch kann sich für die Masse trotz des bestehenden Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters die Fortdauer von Mietverträgen nach Verfahrenseröffnung dann darstellen, wenn die Mietsache für die Masse nicht mehr gebraucht wird. Auch in einem solchen Fall gilt, dass der Insolvenzverwalter bei einem gewerblichen Mietverhältnis an die gesetzliche

²⁸ Der in § 109 Abs. 2 InsO geregelte Sonderfall des Mietverhältnisses, bei dem die Gebrauchsüberlassung zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht erfolgt ist – dazu Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, § 109 Rz. 3 ff.; Pape, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 84 ff. – soll hier nicht näher dargestellt werden.

²⁹ Zur Unwirksamkeit einer Lösungsklausel für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters s. OLG Hamm, NZM 2002, 343.

³⁰ Dieser Anspruch ist allerdings gem. § 90 Abs. 1 InsO mit einem Vollstreckungsverbot für die ersten 6 Monate der Verfahrensabwicklung belegt ist, sofern nicht der Insolvenzverwalter die Kündigung zum erstmöglichen Termin nach Verfahrenseröffnung unterlassen hat oder die Insolvenzmasse die Gegenleistung aus dem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat.

Kündigungsfrist des § 580 a Abs. 2 BGB gebunden ist,³¹ so dass die Masse im ungünstigsten Fall annähernd 9 Monate an ein Mietverhältnis gebunden sein kann, das für die Verfahrensabwicklung gar nicht mehr benötigt wird. Zwar war zu der Vorgängerregelung des § 580 a BGB n. F. – 565 Abs. 1 a BGB a. F. – umstritten, ob die vergleichsweise lange Kündigungsfrist für gewerbliche Mietverhältnisse auch im Insolvenzfall gelten sollte.³² Diese Streitfrage hat jedoch der BGH in einer Entscheidung vom 8.5.2002³³ dahingehend entschieden, dass auch im Insolvenzverfahren die lange Kündigungsfrist des § 565 Abs. 1 a BGB a. F. anzuwenden ist, so dass – berechnete - Versuche, die Kündigungsfrist des § 580 a Abs. 2 BGB im Insolvenzverfahren abzukürzen,³⁴ im Ergebnis nicht Erfolg versprechend sind.³⁵

(2) Belastung der Masse durch aufgezwungene Verbindlichkeiten

Zwar widerspricht die Anwendung der Kündigungsfrist des § 580 a Abs. 2 BGB auf das Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters dem Grundgedanken der InsO, die Gläubigerprivilegien abzubauen und dem Insolvenzverwalter eine flexible Verfahrensabwicklung zu ermöglichen, weil sie den Vermieter im eröffneten Verfahren sehr stark begünstigt und die Masse erheblich belastet. Das erklärte Ziel der InsO, die Masseverbindlichkeiten abzubauen, wird durch § 580 a Abs. 2, 4 InsO, der dem Vermieter die Möglichkeit gibt, die Masse nach Verfahrenseröffnung noch sehr lange in Anspruch zu nehmen und damit möglicherweise Mittel zu entziehen, die möglicherweise für eine Betriebsfortführung und den Erhalt von Arbeitsplätzen gebraucht werden, aber geradezu konterkariert.

(3) Abkürzung der Frist durch InsO-Novelle

Eine Entspannung der Situation, in die der Verwalter dadurch gerät, dass er bei einem zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ungekündigten Mietverhältnis von vornherein damit rechnen muss, dass er selbst bei sofortiger Vertragskündigung nach Verfahrenseröffnung Monate lang mit Mietzinszahlungen als Masseverbindlichkeiten belastet ist, würde aber nur dann erreicht, wenn die im Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung vom April 2001 vorgeschlagene Änderung des § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO umgesetzt wird, nach der dem Insolvenzverwalter das Recht eingeräumt werden soll, Miet- oder Pachtverhältnisse über bewegliche Gegenstände oder Räume ungeachtet der Vertragsdauer oder eines vertrag-

³¹ Dies ergibt sich ausdrücklich aus § 580 Abs. 4 BGB.

³² Zu diesem Streit Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, § 109 Rz. 9 a.

³³ XII ZR 323/00, NZM 2002, 657 = ZInsO 2002, 724.

³⁴ Dazu Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, § 109 Rz. 9 a, der im Wege der teleologischen Reduktion die Frist des § 580 a Abs. 2 InsO nur auf die Vermieterkündigung anwenden will; Eckert, NZM 2001, 409, 413.

³⁵ Dazu auch MünchKomm-InsO/Eckert, § 109 Rz. 22.

lich vereinbarten Ausschlusses des Rechts zur ordentlichen Kündigung stets mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende zu kündigen, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist.³⁶ Zwar erlangt der Vermieter bei Kündigung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Nr. 1 InsO einen Schadensersatzanspruch, wenn durch diese Kündigung das Mietverhältnis vorzeitig beendet wird. Anders als die Masseforderung des Vermieters während des Laufs der Kündigungsfrist belastet dieser Schadensersatzanspruch die Masse aber nicht übermäßig, weil er lediglich als Insolvenzforderung zu befriedigen ist.

b) Aussonderung des Herausgabeanspruchs des Vermieters

Muss die Mietsache aufgrund einer wirksamen Kündigung des Mietverhältnisses im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters herausgegeben werden,³⁷ so hat der Vermieter einen Anspruch auf Aussonderung der Mietsache.³⁸ Dieses Aussonderungsrecht (§ 47 InsO), das dem Vermieter die Befugnis verleiht, den Herausgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB außerhalb des Insolvenzverfahrens zu verfolgen,³⁹ geht allerdings nach einem Urteil des BGH vom 5.7.2001⁴⁰ nicht weiter, als der Eigentumsherausgabenanspruch aus § 985 BGB. Hieraus folgt, dass der Vermieter gegen den Insolvenzverwalter zwar ungeachtet des Insolvenzverfahrens auf Herausgabe der Mietsache klagen kann,⁴¹ weitergehende Ansprüche wegen der Beendigung des Mietverhältnisses sind aber nicht als bevorrechtigte Forderungen geltend zu machen.

Der Insolvenzverwalter ist aufgrund seines Amtes verpflichtet, bei der Aussonderung der Mietsache mitzuwirken, wenn der Vermieter wirksam fristlos gekündigt hat. Eine schuldhaft erschwerende oder vereitelnde Aussonderung des Aussonderungsrechts des Vermieters – d. h. die Herausgabeverweigerung trotz berechtigter fristloser Kündigung – kann zur persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters aus § 60 Abs. 1 InsO führen, weil er seine insolvenzspezifischen Pflichten verletzt, wenn er bei der Aussonderung des Herausgabeanspruchs nicht mitwirkt.⁴² Schadensträchtig kann etwa die unberechtigte Herausgabeverweigerung sein, die dazu führt, dass der Vermieter eine Anschlussvermietung nicht realisieren kann oder wenn dem Vermieter

³⁶ S. dazu Art. 1 Nr. 15 des Diskussionsentwurfs, abgedruckt als Beilage 1 zu ZVI Heft 4 2003.

³⁷ Zur Unterbrechung eines bei Verfahrenseröffnung bereits anhängigen Räumungsprozesses vgl. OLG Celle, ZInsO 2003, 948 = OLG-Report Celle, 2004, 3; Börstinghaus, NZM 2000, 326 ff.

³⁸ Zur Geltendmachung von Aussonderungsrechten i. S. d. § 47 InsO im Insolvenzverfahren s. Pape/Uhlenbruck, Rz. 543 ff.

³⁹ Vgl. Kübler/Prütting, § 47 Rz. 75 ff.

⁴⁰ IX ZR 327/99, ZInsO 2001, 751.

⁴¹ Hierzu auch OLG Celle, ZInsO 2003, 948 = OLG-Report Celle, 2004, 3.

⁴² S. BGH, ZIP 1998, 655, 658 f.; Kübler/Prütting/Lüke, § 60 Rz. 15; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 60 Rz. 21.

Verluste entstehen, weil der Verwalter Masseinsuffizienz anzeigen muss. Allerdings hat andererseits der Vermieter nicht das Recht, die Abnahme der gemieteten Räume wegen einer nur unvollständigen Erfüllung der Räumungspflicht – etwa wegen der Zurücklassung von Abfällen, die schon der Schuldner auf dem gemieteten Grundstück gelagert hat – zu verweigern, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt. Schließlich kann ein Nutzungsentschädigungsanspruch i. S. d. § 546 a Abs. 1 BGB entstehen, der ebenfalls als Masseforderung geltend zu machen ist, wenn der Verwalter der Herausgabepflicht nicht nachkommt.

c) Erfüllung von vor Verfahrenseröffnung entstandenen Ansprüchen des Vermieters als Insolvenzforderungen

Hinsichtlich der mit dem Räumungsanspruch verbundenen weiter gehenden Ansprüche des Vermieters⁴³ hat sich der BGH in dem Urteil vom 5.7.2001 von einer vielfach kritisierten früheren Entscheidung gelöst, nach der auch weitere, im Zusammenhang mit der Räumung stehende Pflichten des Mieters, wie etwa die Wegnahme von Einrichtungen und die Beseitigung von baulichen Veränderungen bevorzugt aus Mitteln der Masse zu befriedigen waren.⁴⁴ Nach der neueren Rechtsprechung des BGH sind derartige Pflichten nicht mehr bevorzugt aus Mitteln der Insolvenzmasse zu erfüllen. Der Vermieter hat nach der Entscheidung vom 5.7.2001 nur noch die Möglichkeit, diese als Insolvenzforderung im Verfahren anzumelden, soweit sie schon vor Verfahrenseröffnung entstanden sind. Dies entspricht der schon früher eingeleiteten Rechtsprechung des BGH,⁴⁵ nach der Sekundäransprüche des Vermieters, wie etwa schon im Vertrag angelegte Demontage- und Rücknahmekosten nur Insolvenzforderungen darstellen. Dies gilt nach dem Urteil vom 5.7.2001, in dem der BGH seine Rechtsprechung aus dem Jahre 1994⁴⁶ ausdrücklich aufgegeben hat, auch für die Beseitigung von Schäden, die schon vor Verfahrenseröffnung entstanden sind, oder für die Durchführung von Schönheitsreparaturen, bei denen der Bedarf schon vor Verfahrenseröffnung entstanden ist.⁴⁷ Weiterhin folgt aus dieser Rechtsprechung, dass der Insolvenzverwalter mit der Masse auch nicht für die Beseitigung von Kontaminationen herangezogen werden, die schon vor Verfahrenseröffnung entstanden sind. Auch insoweit gilt in zivilrechtlicher Hinsicht⁴⁸, dass lediglich Insolvenzforderungen entstehen, wenn die Verunreinigung der Sache nicht vom Insolvenzverwalter verursacht wird, sondern

⁴³ Hierzu auch Pape, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 580 ff., Rz. 78 ff.

⁴⁴ Vgl. BGHZ 127, 165 ff. = NJW 1994, 3232.

⁴⁵ S. BGHZ 72, 263 = NJW 1979, 310.

⁴⁶ BGHZ 127, 165.

⁴⁷ Dazu Pape, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 581 f., Rz. 79 f.

⁴⁸ Zu dem insoweit bestehenden Konflikt zwischen dem Zivil- und dem öffentlichen Recht s. Pape, ZInsO 2002, 453 ff.

sondern vielmehr vom Schuldner vor Verfahrenseröffnung herbeigeführt worden ist. Soweit Ansprüche sowohl in der Zeit vor als auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, geht der BGH von einer weitgehenden Teilbarkeit aus. Die Masse soll nur insoweit auf vollen Ersatz in Anspruch genommen werden können, als sie auch entsprechende Vorteile erlangt bzw. Aufwendungen erspart hat.

d) Vermieterpfandrecht als Absonderungsrecht

Das Vermieterpfandrecht aus § 562 BGB hat ungeachtet der Abgesänge auf dieses Rechtsinstitut⁴⁹ im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters noch einige Bedeutung. Es stellt häufig die einzige Möglichkeit dar, sich wegen Verlusten, die der Vermieter durch die Insolvenz des Mieters vor Verfahrenseröffnung erlitten hat, schadlos zu halten. Dem entsprechend spielt das Pfandrecht, das dem Vermieter gem. § 50 Abs. 1 InsO im Insolvenzverfahren einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung wegen der im letzten Jahr vor der Verfahrenseröffnung entstandenen Mietzinsrückstände (§ 50 Abs. 2 Satz 1 InsO) gibt, in Prozessen zwischen Vermietern und Insolvenzverwaltern über das Vermögen des Mieters auch häufig eine erhebliche Rolle.⁵⁰ Insoweit darf die Geringschätzung, die dem Vermieterpfandrecht teilweise entgegen gebracht wird, nicht darüber hinwegtäuschen, dass die §§ 562 ff. BGB dem Vermieter eine relativ starke Position verleihen. So ist nach der Rechtsprechung davon auszugehen, dass der Berechtigte eines Raumsicherungsvertrages das Eigentum an den eingebrachten Sachen des Mieters oder dessen Anwartschaft nur belastet mit dem Vermieterpfandrecht erwirbt.⁵¹ Soweit Gegenstände nicht unpfändbar sind oder noch unter Eigentumsvorbehalt stehen, entsteht an den eingebrachten Sachen des Mieters das Vermieterpfandrecht, das vom Insolvenzverwalter zur Vermeidung seiner persönlichen Haftung schon dann zu beachten ist, wenn es vom Vermieter auch nur mündlich geltend gemacht wird.

(1) Auskunftspflicht des Insolvenzverwalters

Die Bedeutung, die ein Vermieterpfandrecht immer noch hat, ergibt sich auch aus einem aktuellen Urteil des BGH vom 4.12.2003⁵², in dem der BGH dem Vermieter einen umfassenden Auskunftsanspruch über den Verbleib der seinem Pfandrecht unterliegenden Gegenstände gegen den Insolvenzverwalter zuerkannt hat. Dieser Anspruch erstreckt sich auch auf Aus-

⁴⁹ S. Spieker, ZMR 2002, 327 ff.

⁵⁰ S. auch Pape, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 582 f., Rz. 81.

⁵¹ S. BGHZ 117, 200 = NJW 1992, 1156; BGH, Urt. v. 4.12.2003 – IX ZR 222/02, ZInsO 2004, 151; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 559 ff.

⁵² ZInsO 2004, 151.

künfte, die im Zusammenhang mit der Entfernung von Sachen durch einen früheren Insolvenzverwalter oder den vorläufigen Insolvenzverwalter stehen. Zwar lässt der BGH in dieser Entscheidung letztlich offen, ob der Auskunftsanspruch aus § 167 Abs. 1 Satz 1 InsO oder auch aus § 50 Abs. 1 InsO abzuleiten ist. Im Ergebnis können aber keine Zweifel an der umfassenden Auskunftspflicht des Insolvenzverwalters bestehen, die sich nicht nur darauf erstreckt, den Verbleib der Gegenstände aufzuklären, die ohne Wissen oder gegen den Widerspruch des Verwalter vom Grundstück entfernt worden sind, sondern vielmehr auch Auskunft über die Frage zu geben, ob die Gegenleistung im Falle einer Verwertung noch in der Masse vorhanden ist. Der Insolvenzverwalter muss den Vermieter auch in die Lage versetzen, ein Ersatzabsonderungsrecht geltend zu machen, das auch im Anwendungsbereich der InsO trotz fehlender gesetzlicher Regelung in Analogie zu § 48 InsO anerkannt ist.⁵³ Auf die Position, die Auskunftserteilung sei ihm unmöglich, kann sich der Insolvenzverwalter, der die Masse in Besitz zu nehmen hat, nicht zurückziehen.

(2) Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters

Unbedingt zu beachten ist für den Vermieter, dass er im Insolvenzverfahren sein Vermieterpfandrecht unverzüglich geltend macht. Um aufgrund der komplizierten Vorschriften der §§ 562 ff. BGB keinen Rechtsverlust zu erleiden, sollte er das Pfandrecht sofort geltend machen, wenn er von dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters etwas erfährt. Um die persönliche Verantwortung des Insolvenzverwalters für die Beachtung des Aussonderungsrechts zu sichern, ist es wichtig, dies schon gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter geltend zu machen und sich so vor einer unerlaubten Verwertung im Eröffnungsverfahren zu schützen sowie die Voraussetzungen für eine Ersatzabsonderung bei einer derartigen Verwertung⁵⁴ zu schaffen. Handelt es sich bei dem vorläufigen Insolvenzverwalter um einen schwachen Verwalter, der ohne Wissen des Vermieters oder gegen seinen Widerspruch die eingebrachten Sachen des Mieters vom Grundstück entfernt hat, ist unbedingt die Klagefrist des § 562 b Abs. 2 Satz 2 InsO zu beachten, um die Enthftung der eingebrachten Sachen des Vermieters bis zur Verfahrenseröffnung zu vermeiden.⁵⁵ Verklagt werden muss in einem solchen Fall der Schuldner und nicht der vorläufige Insolvenzverwal-

⁵³ Vgl. Kübler/Prütting, InsO, § 48 Rz. 26 f.; Pape/Uhlenbruck, InsO, Rz. 542.

⁵⁴ Dazu BGH, ZInsO 2004, 151, 152.

⁵⁵ Zum Erlöschen des Vermieterpfandrechts bei geschäftsüblicher Veräußerung durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter einerseits OLG Düsseldorf, NZI 2000, 82; andererseits LG Mannheim, ZIP 2003, 2374, wobei diese Entscheidung zu erheblichen Zweifeln Anlass gibt, weil eine geordnete Fortführung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter, die einem regelmäßigen Geschäftsbetrieb gleichkommen könnte, bei einem kurzfristigen Abverkauf nicht zu erkennen ist.

ter.⁵⁶ Ist die Verfahrenseröffnung bereits erfolgt und hat der Vermieter den Insolvenzverwalter auf das bestehende Pfandrecht hingewiesen, ist zur Wahrung der Rechte des Vermieters ein Widerspruch gegen die Entfernung der dem Pfandrecht unterliegenden Gegenstände vom Grundstück nicht mehr erforderlich.⁵⁷ Widersprechen kann der Vermieter der Verwertung durch den Insolvenzverwalter ohnehin nicht mehr, weil dieser nach Maßgabe der §§ 166 ff. InsO zur Verwertung berechtigt ist.

(3) Haftung des Verwalters bei Nichtbeachtung des Vermieterpfandrechts

Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, den Erlös aus der Verwertung der dem Pfandrecht unterliegenden Gegenstände nach Abzug der Kostenbeiträge der Masse (§§ 170, 171 InsO) unverzüglich an den Vermieter abzuführen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, verletzt er seine insolvenzspezifischen Pflichten aus § 60 InsO und haftet persönlich auf Schadensersatz.⁵⁸ Um diese Haftung zu vermeiden, darf er das Absonderungsrecht des Vermieters nicht ignorieren und den Erlös zur Masse ziehen. Tut er dies gleichwohl, besteht einerseits ein Ersatzabsonderungsanspruch oder auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung der Masse, der gem. § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO bevorzugt zu befriedigen ist, andererseits kann auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Insolvenzverwalter persönlich gegeben sein. Voraussetzung ist dabei immer, dass der Vermieter sein Pfandrecht gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend gemacht hat.

2. Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters

Weniger problematisch stellt sich die Behandlung von Mietverträgen in Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters dar. Hier werden zwar Zweifel an der Sonderregelung des § 109 Abs. 2 InsO für den Fall, dass der Mietvertrag bei Verfahrenseröffnung noch nicht vollzogen ist.⁵⁹ Dieser Streitfrage dürfte aber keine allzu große praktische Relevanz zukommen.

⁵⁶ Dazu bereits oben II. 2. b) (5).

⁵⁷ S. auch Pape, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 582 f., Rz. 81; BGH, ZIP 1995, 1204; BGH, ZInsO 2004, 151, 152.

⁵⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 559 ff.; OLG Düsseldorf, ZIP 1990, 1014; Kübler/Prütting/Lüke, § 60 Rz. 17 ff.; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 60 Rz. 25.

⁵⁹ Hierzu Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, § 109 Rz. 21 ff.; Pape, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 584 f., Rz. 85 f.

a) Fortbestand des Mietvertrages

Bezüglich der Fortsetzung des Mietverhältnisses nach Verfahrenseröffnung folgt schon aus § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO, dass Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen. Ein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht des Mieters in der Insolvenz des Vermieters gibt es nicht; der Mieter kann die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vermieters auch nicht zum Anlass nehmen, das Mietverhältnis außerordentlich zu beenden, sofern der Vermieter seine Pflichten weiter erfüllt.⁶⁰ Schwierigkeiten können sich hier allenfalls dann ergeben, wenn der Schuldner Vorausverfügungen über den Mietzins getroffen hat oder der Insolvenzverwalter das Mietobjekt veräußert.⁶¹

b) Erfüllung der Vermieterpflichten als Masseverbindlichkeit

Soweit es um den Anspruch des Mieters auf Überlassung einer Mietsache geht, die sich in einem vertragsgemäßen Zustand befindet, hat der BGH im vergangenen Jahr entschieden, dass der Herstellungsanspruch des Mieters unabhängig von der Frage, ob ein vertragswidriger Zustand der Mietsache vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden ist, eine Massenforderung i. S. d. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO darstellt.⁶² An den Zeitpunkt, zu dem der mangelhafte Zustand der Mietsache eingetreten ist, kann insoweit nicht angeknüpft werden, weil die Pflicht zur Überlassung der Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand als Äquivalent für die Mietzahlungspflicht dauernd besteht und nicht durch die Zäsur der Verfahrenseröffnung aufgehoben wird.

Diese Verpflichtung erstreckt sich allerdings nur auf den Herstellungsanspruch des Mieters und gilt – dies dürfte ebenfalls aus der Entscheidung abzuleiten sein – nicht für Ansprüche des Mieters, die schon vor Verfahrenseröffnung entstanden sind, wie etwa einen Schadensersatz- und Aufwendungsersatzanspruch aus § 536 a. Insoweit sind Ansprüche aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung auch nur als Insolvenzforderungen anzumelden.

⁶⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 23.1.2002 – XII ZR 5/00, NZM 2002, 524.

⁶¹ Zu diesen Fällen s. die §§ 110, 111 InsO, dazu auch Pape, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 586 ff., Rz. 88 ff.

⁶² S. BGH, Urt. v. 3.4.2003 – IX ZR 163/02, ZInsO 2003, 412 = ZIP 2003, 854 = NZI 2003, 373 = NZM 2003, 472 = MDR 2003, 1015; ebenso Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, § 108 Rz. 31; MünchKomm-InsO/Eckert, § 108 Rz. 70.

IV. Mietverträge im masseunzulänglichen Verfahren

Noch etwas komplizierter wird die Situation, wenn der Insolvenzverwalter gem. § 208 Abs. 2 InsO Masseunzulänglichkeit anzeigt und das Verfahren nach Maßgabe der §§ 208 ff. InsO weiter geführt werden muss.⁶³ In diesem Fall stellt der Eingang der Masseunzulänglichkeitsanzeige beim Insolvenzgericht⁶⁴ eine Zäsur dar.

1. Ansprüche bis zur Anzeige der Masseinsuffizienz als Altmasseforderungen (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO)

Vor Eingang der Anzeige begründete Masseverbindlichkeiten, zu denen auch Mietzinsforderungen aus nach Verfahrenseröffnung fortbestehenden Verträgen bis zu diesem Zeitpunkt gehören, sind als „Altmasseverbindlichkeiten“ i. S. d. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu befriedigen. Das bis zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit bestehende Klage- und Vollstreckungsrecht der Massegläubiger entfällt; Massegläubiger können wegen ihrer bereits entstandenen Ansprüche nur noch auf Feststellung ihrer Forderungen klagen.⁶⁵

2. Bevorzugung von Neumasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO)

Keine Einschränkungen wegen der Masseunzulänglichkeitsanzeige des Verwalters müssen aber zunächst die „Neumassegläubiger“ des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO hinnehmen, deren Ansprüche durch den Insolvenzverwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind. Zu diesen Gläubigern gehören Vermieter regelmäßig zwar nicht, weil der Abschluss des Mietvertrages praktisch immer lange Zeit vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit erfolgt ist. Begründet der Insolvenzverwalter dagegen nach Anzeige der Masseinsuffizienz noch Mietzinsansprüche, die er später nicht erfüllen kann, gerät er sehr schnell in die Gefahr, für diese Ansprüche aus § 61 InsO haften zu müssen⁶⁶. Neumasseverbindlichkeiten können Vermieteransprüche aber unter den Voraussetzungen des § 209 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO werden.⁶⁷

⁶³ Dazu ausführlich Pape/Hauser, Massearme Verfahren nach der InsO, Rz. 280 ff.

⁶⁴ Zur Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts s. Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 209 Rz. 10.

⁶⁵ S. BGH, Urt. v. 3.4.2003 – IX ZR 101/02, ZInsO 2003, 465 = ZIP 2003,914 = NZI 2003, 369 m. Anm. Uhlenbruck = NJW 2003, 2454 = MDR 2003, 1016; zu der Entscheidung Tetzlaff, EWiR 2003, 651; BGH, ZIP 2001, 1380; Pape/Hauser, Rz. 380 ff.

⁶⁶ Dazu ArbG Kiel, ZInsO 2002, 893; Pape, ZInsO 2003, 1013, 1024 f.

⁶⁷ Dazu BGH, ZInsO 2003, 645 ff.

a) Vertragskündigung zum nächstmöglichen Termin (§ 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO)

Neumasseverbindlichkeiten i. S. d. 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO i. V. m. § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO sind bei Dauerschuldverhältnissen zunächst dann gegeben, wenn der Insolvenzverwalter es unterlässt, nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zum nächst möglichen Termin zu kündigen.⁶⁸ Grundsätzlich ist der Insolvenzverwalter zwar nicht gehalten, das Sonderkündigungsrecht des § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO zu einem bestimmten Zeitpunkt – etwa besonders frühzeitig im Verfahren – auszuüben, sondern kann vielmehr von dem Kündigungsrecht entsprechend den Bedürfnissen der Insolvenzmasse Gebrauch machen.⁶⁹ Bei Anzeige der Masseunzulänglichkeit kann er aber die Entstehung weiterer – gem. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO bevorrechtigter Masseansprüche des Vermieters nur dann verhindern, wenn er das Kündigungsrecht nunmehr zum nächst möglichen Termin ausübt. Unterlässt er gleichwohl die Kündigung, sind die nach dem Termin, zu dem die Kündigung wirksam geworden wäre, weiter entstehenden Ansprüche ungeachtet der Frage, ob der Insolvenzverwalter die Mietsache weiter nutzt, als Masseforderungen zu befriedigen.

b) Inanspruchnahme der Leistung durch die Masse (§ 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO)

Im übrigen kommt es nach § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO darauf an, ob der Insolvenzverwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit für die Insolvenzmasse die Gegenleistung in Anspruch nimmt. Erfolgt eine solche Inanspruchnahme, sind auch die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit entstehenden Mietzinsforderungen als vorrangige Masseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu befriedigen.⁷⁰ Bezogen auf Miet- und Pachtverhältnisse ist unter „Inanspruchnahme“ i. S. d. 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO zu verstehen, dass der Insolvenzverwalter von sich aus alles unternimmt, um die weitere Entgegennahme der Vermieterleistung zu verhindern. Das heißt, er hat den Vermieter aus dessen Überlassungspflicht „freizustellen“, indem er ihm die weitere Nutzung der Mietsache anbietet und zeitgleich mit der Anzeige der Masseunzulänglichkeit den unmittelbaren Besitz zurück überträgt. Ist eine solche Besitzübertragung nicht möglich, wie dies etwa in der vom BGH entschiedenen Sache, in der es um eine Zwischenvermietung ging, der Fall war, hat der Insolvenzverwalter alles zu tun, um zumindest keine Leistung mehr in Anspruch zu nehmen. Für die Zwischenvermietung bedeutet dies,

⁶⁸ Dazu Kübler/Prütting/Pape, § 209 Rz. 15.

⁶⁹ S. HK-InsO/Marotzke, 3. Aufl., § 109 Rz. 4; Kübler/Prütting/Tintelnot, § 109 Rz. 3 f.

⁷⁰ Dazu BGH, ZInsO 2003, 645 ff.; Kübler/Prütting/Pape, § 209 Rz. 17.

dass er dem Vermieter anbieten muss, ihm die Mietzinszahlungen des Endmieters zur Verfügung zu stellen. Damit kann aus der Entscheidung des BGH vom 3.4.2003 abgeleitet werden, dass der Insolvenzverwalter nur dann Anzeige der Masseunzulänglichkeit keine Leistung des Vermieters mehr in Anspruch nimmt, wenn er sich aktiv darum bemüht, die Mietsache ungeachtet einer noch laufenden Kündigungsfrist sofort zurückzugeben.⁷¹ Gibt der Insolvenzverwalter trotz Anzeige der Masseunzulänglichkeit die Nutzung nicht auf und bietet er dem Vermieter auch die Herausgabe der Mietsache nicht an oder vereinnahmt er weiter die Einnahmen aus einer Zwischenvermietung, so muss er sich so behandeln lassen, als nehme er die Leistung des Vermieters weiter in Anspruch. Der BGH stellt damit wesentlich strengere Anforderungen an die Nutzungsaufgabe des Insolvenzverwalters, als sie im Schrifttum bis zur Entscheidung vom 3.4.2003 gestellt worden sind.⁷²

3. Wiederholte Anzeige der Masseinsuffizienz/Geltendmachung der erneuten Masseerschöpfung im Rechtsstreit

Soweit der Vermieter aufgrund des fortgesetzten Gebrauchs der Mietsache durch den Verwalter oder infolge der Nichtausübung des Kündigungsrechts eine Neumasseverbindlichkeit i. S. d. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO erwirbt, kann er wegen dieses Anspruchs den Insolvenzverwalter ungeachtet des mit der Anzeige nach § 208 Abs. 2 InsO verbundenen Verbots der Leistungsklage und des Vollstreckungsverbots des § 210 InsO den Insolvenzverwalter weiter auch klageweise auf Leistung in Anspruch nehmen.⁷³ Um sich dieser Leistungspflicht zu entziehen, hat der Insolvenzverwalter nur die Möglichkeit, im Rechtsstreit eine erneute Masseerschöpfung – auch in Bezug auf die Befriedigung der „Neumasseverbindlichkeiten“ des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO einzuwenden.⁷⁴ Zwar kommt insoweit eine nochmalige förmliche Anzeige der Masseunzulänglichkeit nach wohl herrschender Meinung nicht in Betracht. Der Insolvenzverwalter kann aber die neuerliche Masseerschöpfung im Prozess einwenden⁷⁵. Er muss allerdings – anders als im Fall des § 208 Abs. 2 InsO, in dem das Prozessgericht an die Masseunzulänglichkeitsanzeige des Insolvenzverwalters gebunden ist – beweisen, dass tatsächlich eine neuerliche Masseerschöpfung eingetreten ist. Gelingt ihm dieser Beweis, hat auch der Neu-

⁷¹ S. auch Eckert, NZM 2003, 41, 48 f.

⁷² S. etwa Spliedt, ZIP 2001, 1941, 1946; FK-InsO/Kießner, 3. Aufl., § 209 Rz. 36; Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 55 Rz. 69; MünchKomm-InsO/Hefermehl, § 209 Rz. 30; Uhlenbruck, InsO, § 209 Rz. 15.

⁷³ S. auch BGH, ZInsO 2004, 151, 153 f.

⁷⁴ Hierzu BGH, ZInsO 2004, 151, 153 f.; BGH, ZInsO 2003, 645 = ZIP 2003, 915 = MDR 2003, 1015; Kübler/Prütting/Pape, § 210 Rz. 6.

⁷⁵ S. auch BGH, ZInsO 2003, 465 = ZIP 2003, 914 = NZI 2003, 369 m. Anm. Uhlenbruck = NJW 2003, 2454.

massegläubiger wiederum nur die Möglichkeit, auf Feststellung seiner Forderung zu klagen. Eine Leistungsklage ist ihm verwehrt.

4. Persönliche Haftung des Insolvenzverwalters bei Nichterfüllung

Erleidet der Vermieter infolge des fortlaufenden Gebrauchs der Mietsache durch den Insolvenzverwalter einen Verlust, weil er nach einer Masseunzulänglichkeitsanzeige seine Ansprüche, die durch den Gebrauch der Mietsache für die Insolvenzmasse entstanden sind, nicht mehr vollständig realisieren kann,⁷⁶ so ist zu prüfen, ob eine persönliche Inanspruchnahme des Insolvenzverwalters aus § 61 InsO in Betracht kommt. Zwar haftet der Verwalter nach dieser Vorschrift nicht für solche Masseverbindlichkeiten, die ihm aufgezwungen sind, weil er sich etwa aufgrund von Kündigungsfristen noch nicht von Verträgen des Schuldners lösen kann.⁷⁷ Nimmt der Verwalter aber Leistungen des Vermieters entgegen, die zur Entstehung von Masseverbindlichkeiten führen, muss er nach § 61 InsO beachten, dass diese bei Fälligkeit aus der Masse auch erfüllt werden können.⁷⁸ Insoweit dürfte der Verwalter die Pflicht haben, für jeden Zeitabschnitt, in dem er die Leistung des Vermieters entgegen nimmt, erneut zu prüfen, ob die entstehende Masseforderung voraussichtlich durch die Insolvenzmasse gedeckt ist. Ist dies nicht der Fall, darf er entsprechend den vom BGH aufgestellten Grundsätzen die Leistung des Vermieters auch nicht mehr entgegennehmen.⁷⁹ Setzt er gleichwohl den Gebrauch der Mietsache fort, dürfte dies zu einem Schadensersatzanspruch des Vermieters aus § 61 InsO führen, den der Insolvenzverwalter nur durch den Beweis abwenden kann, dass zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs für ihn dessen spätere Unerfüllbarkeit aus der Masse nicht vorhersehbar gewesen sei.⁸⁰

V. Mietrechtliche Besonderheiten im vereinfachten Insolvenzverfahren

Probleme bei der insolvenzrechtlichen Behandlung von Wohnraummietverhältnissen ergeben sich vor allem im vereinfachten Insolvenzverfahren und im Insolvenzverfahren über das Ver-

⁷⁶ Gleiches gilt, wenn der Vermieter als Neumassegläubiger i. S. d. § 209 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO seine Ansprüche nicht realisieren kann.

⁷⁷ Dazu Pape, ZInsO, 2003, 1013, 1016.

⁷⁸ S. ArbG Kiel, ZInsO 2002, 893; Pape, ZInsO 2003, 1013, 1024.

⁷⁹ S. BGH, ZInsO 2003, 645 ff. = ZIP 2003, 1015 ff.

⁸⁰ Zu den Einzelheiten vgl. Pape, ZInsO 2003, 1013 ff.

mögen natürlicher Personen, denen im Hinblick auf einen Antrag auf Erteilung der Restschuldbefreiung die Verfahrenskosten gestundet sind.⁸¹ Insoweit ist es in der Zeit nach In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung zu der für viele Schuldner fatalen Situation gekommen, dass Insolvenzverwalter und Treuhänder den Wohnraummietvertrag des Schuldners gekündigt haben, um die Masse von der weiteren Belastung mit den Mietzinszahlungen für die Wohnung des Schuldners zu entlasten und ein eventuelles Kautionsguthaben zur Masse zu ziehen.⁸² Diese für den Schuldner verheerende Konsequenz war vor In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung zunächst so nicht absehbar, weil es keine Erfahrungen mit der Durchführung von Konkursverfahren über das Vermögen natürlicher Personen, die nicht gewerblich tätig waren, gab. Nach In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung stellte sich deshalb auch sehr schnell ein Korrekturbedarf heraus, wollte man nicht Gefahr laufen, durch die Eröffnung von Insolvenzverfahren im Hinblick auf den Restschuldbefreiungsantrag des Schuldners diesen – und ggf. auch weitere Mitmieter⁸³ – der Obdachlosigkeit preisgeben.

1. Die Massezugehörigkeit des Wohnraummietverhältnisses

Zwar wurde von einigen Autoren nach In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung die Auffassung vertreten, das Wohnraummietverhältnis des Schuldners werde gar nicht vom Massebeschlagnahme erfasst,⁸⁴ so dass die nach Verfahrenseröffnung entstehenden Ansprüche des Vermieters auch keine Masseforderungen werden würden, sondern aus den unpfändbaren Einkünften des Schuldners zu befriedigen seien. Dieser Auffassung, die bedeutet hätte, dass dem Vermieter mit der Verfahrenseröffnung die gesamte Haftungsbasis für die Erfüllung rückständiger Mietzinsansprüche entzogen worden wäre, ist aber die herrschende Meinung nicht gefolgt.⁸⁵ Sie wird auch vom Gesetzgeber nicht geteilt, wie sich aus der nachfolgenden wiedergegebenen Änderung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2001 ergibt.⁸⁶ Eine Herauslösung des Wohnraummietverhältnisses aus dem Insolvenzverfahren, die

⁸¹ Zu den Besonderheiten bei der Wohnraummiete des Schuldners s. auch HK-InsO/Marotzke, § 109 Rz. 6 ff.; Kübler/Prütting/Titelnot, § 109 Rz. 2 ff.; Uhlenbruck/Berscheid, InsO, 12. Aufl., § 109 Rz. 12 ff.

⁸² Dazu Börstinghaus, DWW 1999, 205; Eckert, NZM 2000, 260 ff.; Eichner, WuM 1999, 260 ff.; Grote, NZI 2000, 66 ff.; Marotzke, KTS 1999, 269 ff.; ders., KTS 2001, 67 ff.; Oevermann, NZM 2000, 1213; Schläger, ZMR 1999, 522 ff.; Vallender/Dahl, NZI 2000, 260 ff.; Kohte, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 217 ff.; Wimmer, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, 605 ff.; AG Duisburg, NZM 2001, 370.

⁸³ Zu den Auswirkungen der Kündigung des Insolvenzverwalters auf die Berechtigung der Mitmieter bei mehreren Personen auf Mieterseite, denen gegenüber die Kündigung nach h. M. ebenfalls wirksam ist, vgl. Pape, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 580 Rz. 77.

⁸⁴ Hierzu HK-InsO/Marotzke, § 109 Rz. 6 ff.

⁸⁵ Dazu Kübler/Prütting/Titelnot, § 109 Rz. 7.

⁸⁶ Zur Begründung dieser Änderung s. die Begründung des Regierungsentwurfs zum Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2001, abgedruckt bei Kübler/Prütting, InsO, Anhang III S. 39 f.

zumindest die mit der Kündigung des Insolvenzverwalters oder Treuhänders verbundenen Probleme beseitigt hätte, kam deshalb nicht in Betracht.

2. Unzulässigkeit der „Freigabe“ des Mietverhältnisses

Zwar wurde als weiterer Lösungsansatz zur Bereinigung der Problematik eine „Freigabe“ des Mietverhältnisses durch den Insolvenzverwalter diskutiert.⁸⁷ Hinsichtlich der Freigabe besteht aber Einigkeit darüber, dass grundsätzlich nur Vermögensaktiva, nicht jedoch verpflichtende Rechtsgeschäfte freizugeben sind. Denkbar wäre eine „Freigabe“ deshalb allenfalls im dreiseitigen Einvernehmen zwischen Insolvenzverwalter, Schuldner und Vermieter, wobei das Einverständnis des Vermieters nicht hätte erzwungen werden kann.

3. Ergänzung des § 109 Abs. 1 InsO durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2001

Um das Problem der Kündigung des Wohnraums des Schuldners durch den Insolvenzverwalter bzw. Treuhänder im vereinfachten Insolvenzverfahren nicht auf die Spitze zu treiben, hat der Gesetzgeber schließlich mit dem am 1.12.2001 in Kraft getretenen Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2001 die Vorschrift des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO neu in das Gesetz eingeführt, nach der das Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners durch eine Erklärung des Insolvenzverwalters ersetzt wird, der zu Folge Ansprüche des Vermieters nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist nicht mehr gegen die Insolvenzmasse als Masseforderungen geltend gemacht werden können. Diese Erklärung, die nicht zur Beendigung des Mietverhältnisses für den Schuldner führt, sondern vielmehr das Mietverhältnis nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist wieder auf den Schuldner „überleitet“,⁸⁸ hat zwar zur Folge, dass der Anspruch auf Mietzinszahlung nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr gegen die Masse geltend gemacht werden kann. Eine vollständige Herauslösung des Wohnraummietverhältnisses aus dem Insolvenzbeschluss, der in der gesetzlichen Regelung zumindest stillschweigend vorausgesetzt wird, tritt aber gleichwohl nicht ein.

⁸⁷ Hierzu Vallender/Dahl, NZI 2000, 246, 249; Kübler/Prütting/Tintelnot, § 109 Rz. 7 a.

⁸⁸ Dazu Kübler/Prütting/Tintelnot, § 109 Rz. 7 f.; Eckert, NZM 2001, 260 ff.

4. Wirkung der Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO

Die Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO führt vielmehr zu einer Aufspaltung des Mietverhältnisses zwischen Schuldner und Insolvenzverwalter, die im Detail noch ungelöst ist und in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann.⁸⁹ Allerdings dürfte eindeutig sein, dass der Vermieter berechtigt ist, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen, wenn nach Ablauf der Kündigungsfrist wieder ein Zahlungsrückstand auftritt, der eine solche Kündigung rechtfertigt. Mit der Abgabe der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO soll die Kündigungsschranke des § 112 InsO sofort entfallen, so dass ein vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits entstandener Zahlungsrückstand als Begründung für eine fristlose Kündigung gegenüber dem Schuldner herangezogen werden kann.⁹⁰ Der Schuldner soll nur die Möglichkeit haben, der Kündigungsfolge innerhalb der Zweimonatsfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zu entgehen. Nicht restlos geklärt ist die Frage, wem gegenüber eine fristlose Kündigung zu erklären ist. Insoweit dürfte nach dem Gesetz zwar einiges dafür sprechen, dass die Kündigung nur noch gegenüber dem Schuldner erklärt werden muss.⁹¹ Insofern wird aber auch die Auffassung vertreten, die Kündigung sei auch weiterhin an den Insolvenzverwalter zu richten,⁹² so dass es letztlich der sicherste Weg sein dürfte, sowohl dem Schuldner als auch dem Verwalter gegenüber zu kündigen, um nicht die Unwirksamkeit einer fristlosen Kündigung zu riskieren.

b) Mietzahlung des Schuldners aus seinen unpfändbaren Einkünften

Zwar ist eindeutige Folge der Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO, dass der Schuldner den Mietzins nach Ablauf der Kündigungsfrist aus seinem pfändungsfreien Einkommen zu zahlen hat. Der Vermieter, der nach der Begründung des Gesetzgebers durch die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO keine Nachteile erleiden soll, erhält aber noch einen Schadensersatzanspruch gem. § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO, der als Insolvenzforderung geltend gemacht werden kann. Dieser Anspruch kann noch während der gesamten Dauer des Verfahrens eintreten, sofern der Vermieter infolge der Erklärung des Verwalters – etwa weil der Schuldner den Mietzins nicht mehr zahlen kann oder will – einen Schaden er-

⁸⁹ Hierzu Eckert, NZM 2001, 260 ff.

⁹⁰ Kübler/Prütting/Tintelnot, § 109 Rz. 7 e; MünchKomm-InsO/Eckert, § 109 Rz. 57.

⁹¹ So Kübler/Prütting/Tintelnot, § 109 Rz. 7 f.

⁹² So etwa Eckert, NZM 2001, 260, 263; ders., in: MünchKomm-InsO, § 109 Rz. 56.

leidet.⁹³ Weitergehende Ansprüche des Vermieters – z. B. auf Durchführung von Schönheitsreparaturen und Räumung des Mietobjekts nach Beendigung des Mietvertrages sind nach Abgabe der Erklärung des Insolvenzverwalters und Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist nicht mehr gegen den Insolvenzverwalter, sondern nur noch gegen den Schuldner zu richten.⁹⁴ Da der Mietvertrag mit dem Schuldner fortgeführt wird, kann nach Abgabe der Erklärung zunächst ein Kautionsrückzahlungsanspruch der Masse nicht geltend gemacht werden. Die Kautionsrückzahlung ist allenfalls dann an die Masse zurück zu leisten, wenn zu einem späteren Zeitpunkt während des noch laufenden Insolvenzverfahrens das Mietverhältnis beendet wird und nach Abrechnung der wechselseitigen Forderungen überhaupt ein Guthaben übrig bleibt.⁹⁵ Insgesamt entsteht durch die Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO damit eine äußerst komplizierte Rechtslage, bei der die gesetzliche Regelung viele Fragen offen lässt.

5. Zulässigkeit des Abschlusses neuer Mietverträge durch den Schuldner

Von dem Fortbestand des schon vor Verfahrenseröffnung bestehenden Mietverhältnisses des Schuldners zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit der Schuldner die Möglichkeit hat, nach Verfahrenseröffnung einen neuen (Wohnraum-)Mietvertrag abzuschließen und sich zu verpflichten. Insoweit gilt, dass der Schuldner durch die Verfahrenseröffnung nicht das Recht verliert, neue Verpflichtungen einzugehen und neue Verbindlichkeiten zu begründen.⁹⁶ Der Schuldner verliert durch die Verfahrenseröffnung nur das Recht, über sein insolvenzbefangenes Vermögen – einschließlich des nach § 35 InsO erfassten Neuerwerbs – zu verfügen, die Rechtsfähigkeit allgemein verliert er durch die Verfahrenseröffnung hingegen nicht. Der Schuldner verpflichtet durch Verträge, die er nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens abschließt, allerdings nicht die Insolvenzmasse und den Insolvenzverwalter, sondern handelt nur für sich selbst. Dies bedeutet in der Praxis, dass der Schuldner Verpflichtungen, die aus solchen Verträgen resultieren, auch nur aus seinem pfändungsfreien Einkommen erfüllen kann. Die Insolvenzmasse steht dem Vermieter als Haftungsobjekt nicht zur Verfügung.

⁹³ S. Kübler/Prütting/Tintelnot, § 109 Rz. 7 d.

⁹⁴ S. auch MünchKomm-InsO/Eckert, Rz. 53 ff., wobei dort eine Räumungsklage sowohl gegen den Schuldner als auch gegen den Verwalter für erforderlich gehalten wird, obwohl nach der Begründung des Gesetzgebers der Schuldner das Verwaltungs- und Verfügungsrecht zurück erhält.

⁹⁵ Dazu die Begründung zu § 101 Abs. 1 Satz 2 InsO, abgedruckt bei Kübler/Prütting, InsO, Anhang III, S. 39 f.; MünchKomm-InsO/Eckert, § 109 Rz. 58.

⁹⁶ Dazu OLG Celle, ZInsO 2003, 128 = NZI 2003, 201; Pape, ZInsO 2002, 917 ff.

VI. Erfassung der Vermieteransprüche durch die Restschuldbefreiung

Soweit rückständige Ansprüche des Vermieters gegen den Schuldner bestehen bleiben, die als Insolvenzforderungen zu erfüllen sind, ist weiter zu beachten, dass auch diese Forderungen durch eine eventuelle Restschuldbefreiung des Schuldners erfasst werden. Gelingt es dem Schuldner nach dem Ende der sechsjährigen Wohlverhaltensphase⁹⁷ die Restschuldbefreiung zu erlangen, so kann auch der Vermieter Insolvenzforderungen nicht mehr gegen den Schuldner geltend machen. Ungeklärt ist dagegen, was aus Zahlungsrückständen wird, die als Masseverbindlichkeiten zu befriedigen gewesen wäre, die jedoch aufgrund der Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Verwalter nicht erfüllt werden konnten. Ob diese Ansprüche im Restschuldbefreiungsverfahren, dass sich gem. § 289 Abs. 3 InsO auch an die Abwicklung eines masseunzulänglichen Verfahrens anschließen kann, überhaupt zu berücksichtigen sind, ist nicht eindeutig geklärt. Teilweise wird die Auffassung vertreten, der Treuhänder habe die noch offenen Forderungen der Massegläubiger aus den vom Schuldner abgetretenen Beträgen vorrangig zu befriedigen.⁹⁸ Aus dem Gesetz ergibt sich dies aber nicht. Dort ist in § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO nur geregelt, dass die gestundeten Verfahrenskosten vorrangig zu befriedigen sind. Eine ausdrückliche Bestimmung, die dem Treuhänder aufgibt, auch die weiteren Masseverbindlichkeiten zu befriedigen, fehlt.

⁹⁷ Zum Restschuldbefreiungsverfahren s. Pape/Uhlenbruck, Rz. 933 ff.

⁹⁸ Das Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 210 Rz. 16 f.