

Aktuelles zur Mieterinsolvenz¹

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Gerhard Pape, Karlsruhe

Die mietrechtlichen Folgen der Eröffnung von Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters oder Vermieters sind nach wie vor erheblich.² Von einer Klärung sämtlicher Zweifelsfragen aus diesem Bereich ist es auch mehr als 10 Jahre nach Inkraft-Treten der Insolvenzordnung noch nicht auszugehen. Vielmehr sind im Laufe der Zeit – vor allem auch aufgrund der ständigen Überarbeitungen der Insolvenzordnung durch den Gesetzgeber - immer wieder neue kritische Fragen hinzugekommen. Die Fortscheidung des Insolvenzrechts reißt nicht ab. Dies betrifft sowohl das gewerbliche Mietrecht als auch das Wohnraummietrecht. Im Bereich des Wohnraummietrechts hat beispielsweise die Einführung eines Freigaberechts³ für Mietverträge in § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO anstelle des insolvenzbedingten Sonderkündigungsrechts des Verwalters im Regelinsolvenzverfahren (Treuhänders im vereinfachten Insolvenzverfahren) zu erheblichen Irritationen geführt, die auch jetzt noch nicht abschließend geklärt sind. War es in der Vergangenheit vornehmlich das Recht des Insolvenzverwalters, das Wohnraummietverhältnis des Schuldners freizugeben, statt eine Kündigung desselben auszusprechen, sind es jetzt auch noch die Folgen der Freigabe einer selbständigen Tätigkeit des Schuldners im Regelinsolvenzverfahren nach § 35 Abs. 2 und 3 InsO, deren Auswirkungen auf laufende Mietverhältnisse ebenfalls noch viele Fragen aufwerfen.

I. Einführung

Erhebliche Probleme wirft immer noch der Umgang mit Erklärungen vorläufiger Insolvenzverwalter im Eröffnungsverfahren auf. Gerade in diesem Bereich fällt auf, dass Vermieter häufig auf deren Aussagen vertrauen, ohne sich die Unterschiede zwi-

¹ Erweiterte und ergänzte Fassung des Einführungsreferats des Verfassers zum Arbeitskreis "Aktuelles zur Mieterinsolvenz" auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2009 in Dortmund am 20. März 2009.

² Zu diesem Thema bereits Pape NZM 2004, 401 ff. = WuM 2004, 645 ff.; in der nachfolgenden Darstellung werden die Ausführungen in diesem Beitrag, der auf einem Vortrag des Verfassers auf dem 6. Deutschen Mietgerichtstag am 27.02.2004 in Dortmund basiert, fortgeschrieben, aktualisiert, erweitert und ergänzt.

³ Der Begriff der „Freigabe“ wird hier – dies gilt auch für die nachfolgenden Ausführungen zu § 35 Abs. 2 InsO verkürzend verwendet; auf die umstrittene Frage, ob es sich tatsächlich um eine Freigabe im technischen Sinne handelt (vgl. Holzer in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 35 Rn. 114 f.), soll im nachfolgenden Beitrag nicht näher eingegangen werden, weil es letztlich nur eine terminologische Frage ist.

schen starken vorläufigen Insolvenzverwaltern mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis - deren Bestellung allerdings nicht üblich ist - und schwachen oder halbstarke vorläufigen Insolvenzverwaltern mit Zustimmungsvorbehalt, die im Regelfall bestellt werden, zu vergegenwärtigen. Dies führt oft zu Rechts- und Anspruchsverlusten, weil Kündigungsmöglichkeiten nicht wahrgenommen werden und die Gefahr, wegen der Gebrauchsüberlassung im Eröffnungsverfahren nur noch Insolvenzforderungen geltend machen zu können, nicht gesehen wird. Stattdessen werden häufig Schadensersatzansprüche in Erwägung gezogen und einzuklagen versucht, die es tatsächlich nicht gibt. Eher fragwürdige Befriedigungszusagen schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis werden für bare Münze genommen, obwohl sie in vielen Fällen nicht erfüllt werden können. Weitere Komplikationen können sich aus der Anwendung des neu eingeführten § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 insO ergeben, der dem Gericht die Möglichkeit gibt, die Geltendmachung von Absonderungsrechten im Eröffnungsverfahren zu untersagen. Hier kann der Vermieter unter Umständen gezwungen sein, trotz berechtigter fristloser Kündigung die Mietsache der Masse für einen erheblichen Zeitraum ohne Gegenleistung zu überlassen.

Im eröffneten Verfahren ist vor allem die Abgrenzung zwischen Insolvenz- und Masseverbindlichkeiten ein Dauerthema, wenn es um das Verhältnis zwischen Insolvenzverfahren und dem gewerblichen Mietrecht geht. Hier hat die Rechtsprechung in den vergangenen Jahren die früheren Entscheidungen, die teilweise noch zur Konkursordnung ergangen sind, verfeinert und konkretisiert. Auch die mit der Insolvenzordnung neu hinzugetretenen Verfahren über das Vermögen privater Verbraucher zur Vorbereitung der Restschuldbefreiung verursachen gerade in mietrechtlicher Hinsicht erhebliche Probleme. Dies zeigt sich im eröffneten Verfahren etwa dann, wenn es darum geht, ob und wie dem insolventen Schuldner seine Wohnung erhalten werden kann. In diesem Bereich ist vor allem die Frage des Umgangs mit Anteilen an Wohnungsgenossenschaften, deren Einziehung durch den Verwalter zum Verlust der Wohnung des Schuldners führen kann, neu hinzugekommen. Weitere Probleme im eröffneten Verfahren bereiten beispielsweise die Rückforderung von Kautionsguthaben, die Haftung des Insolvenzverwalters für Ansprüche des Vermieters, die Anmeldung von Forderungen aus Mietverträgen und die Anfechtung von Mietzahlungen gegenüber dem Vermieter, um nur einige Bereiche zu nennen.

Die weitreichenden Auswirkungen der Verfahrenseröffnung zeigen sich auch bei der Geltendmachung von Mietrückständen in der Wohlverhaltensphase. In diesem Verfahrensabschnitt geht es zum Beispiel um die Frage, ob und in welcher Form in dieser Phase Mietrückstände noch tituliert und realisiert werden können. In diesem Zusammenhang stellt sich das weitere Problem, ob der Schuldner überhaupt für vom Insolvenzverwalter begründete Masseverbindlichkeiten haftet und ob diese ggf. von der Restschuldbefreiung erfasst werden. Ziel der nachfolgenden Darstellung ist es, auf die wichtigsten Fragen, die sich im Verhältnis zwischen Miet- und Insolvenzrecht stellen, wenigstens knapp einzugehen und auf die möglichen Konsequenzen sowohl für Mieter und Vermieter als auch für die Insolvenzverwaltung hinzuweisen.

II. Mietrechtliche Probleme im Eröffnungsverfahren

Die Schwierigkeiten des Vermieters, mit dem Insolvenzantrag des Schuldners oder mit Gläubigeranträgen auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen seines Mieters umzugehen, beginnen bereits im Eröffnungsverfahren. Schon in dieser Phase der Insolvenz stellt sich häufig die Frage, ob der Vermieter die fortdauernde Benutzung der Mietsache durch den Insolvenzverwalter akzeptiert, oder ob er versuchen sollte, sich möglichst schnell aus dem Mietverhältnis zu lösen, weil er - unterstellt es gibt bereits rückständige Mieten - Gefahr läuft, weitere Verluste zu erleiden. Aus der Sicht des vorläufigen Insolvenzverwalters können die vom Schuldner gemietete Immobilie oder Räume je nach geplanter Abwicklung entweder einen Klotz am Bein oder eine dringend benötigte Sache bedeuten. Will er den Betrieb des Schuldners in den gemieteten Räumen fortführen, muss er alles tun, um sie zu halten. Besteht keine Möglichkeit der Fortführung, muss er bestrebt sein, den Mietvertrag möglichst schnell zu beenden, um überflüssige Kosten, die nach Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeiten anfallen, zu vermeiden. Je nach Zielrichtung des Verfahrens sind die Interessen des vorläufigen Verwalters unterschiedlich. Dies sollte sich jeder Vermieter beim Umgang mit diesem vergegenwärtigen.

1. Folgen der verweigerter Weiterleitung der Miete an den Hauptvermieter

Weigert sich der mit Zustimmungsvorbehalt ausgestattete vorläufige Insolvenzverwalter im Verfahren über das Vermögen eines Zwischenmieters, der Weiterleitung

des vom Endmieter vereinnahmten Mietzinses an den Hauptvermieter zuzustimmen, so kann diese Weigerung zwar ein Recht des Hauptvermieters zur fristlosen Kündigung des Zwischenmietvertrages begründen, ein Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten (§ 60 Abs. 1 i. V. m. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO) gegen den vorläufigen Insolvenzverwalter folgt daraus aber nicht.⁴ Aus dieser Entscheidung, die der Bundesgerichtshof noch einmal in einem nicht veröffentlichten Beschluss vom 13. November 2008⁵ bestätigt hat, ergeben sich wichtige Grundsätze für die Behandlung von Mietverträgen im Insolvenzverfahren.⁶ Zunächst wird noch einmal bestätigt, dass der vorläufige Insolvenzverwalter, auf den das Verwaltungs- und Verfügungsrecht nicht übergegangen ist, weil das Insolvenzgericht kein allgemeines Verfügungsverbot angeordnet hat, keine Masseverbindlichkeiten analog § 55 Abs. 2 InsO begründet.⁷ Dieser Grundsatz kann inzwischen als ständige Rechtsprechung angesehen werden. Für den Vermieter folgt daraus, dass er wegen des im Eröffnungsverfahren fällig werdenden Mietzinses keinen Zahlungsanspruch gegen die Insolvenzmasse hat. Er kann lediglich eine Insolvenzforderung zur Insolvenztabelle anmelden, die - sofern nicht Masseunzulänglichkeit angezeigt wird und damit gar keine Befriedigung der Insolvenzgläubiger in Betracht kommt - nur quotaal befriedigt wird. Ausgeschlossen ist damit auch die Geltendmachung einer Schadensersatzforderung gegen die Insolvenzmasse als Masseverbindlichkeit.

Aus der Entscheidung ergibt sich ferner einmal mehr, dass der Vermieter keinen Schadensersatzanspruch aus § 60 Abs. 1 InsO i. V. m. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO gegen den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt hat, wenn dieser der Mietzahlung an den Vermieter im Eröffnungsverfahren nicht zustimmt. Zwar kann der vorläufige Insolvenzverwalter seine Zustimmung zur Zahlung erteilen, wenn die Fortsetzung des Mietverhältnisses der Insolvenzmasse dienlich ist und die Nutzungsmöglichkeit für die Masse erhalten bleiben soll.⁸ Bei der Erteilung der Zustimmung zur Zahlung handelt es sich aber nicht um eine Pflicht des vorläufigen Verwalters, die diesem gegenüber dem Vermieter obliegt. Vielmehr kann er im Außenverhältnis frei entscheiden, ob er - dies gilt auch für das Insolvenzverfahren über das

⁴ BGH, Urt. v. 24.01.2008 - IX ZR 201/06, ZInsO 2008, 321 = NZM 2008, 365 = ZMR 2008, 442.

⁵ IX ZR 12/08.

⁶ Dazu bereits Pape NZM 2004, 401, 402 f. = WuM 2004, 645, 646 ff.

⁷ So auch schon BGHZ 151, 353, 358, 363; BGHZ 161, 315, 318; BGH, Urt. v. 13. Juli 2006 - IX ZR 57/05, WM 2006, 1636, 1637; BGH, Urt. v. 20. September 2007 - IX ZR 91/06, ZIP 2007, 2279, 2280.

⁸ S. auch BGHZ 151, 353, 370 f.

Vermögen eines Zwischenmieters, der die Miete vom Endmieter einzieht - die Weiterzahlung der Mieten als sinnvoll ansieht oder nicht. Eine spezifische Pflicht, bei fortgesetztem Gebrauch der Mietsache für die weitere Abführung des Mietzinses an den Vermieter zu sorgen, trifft den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt – anders als den starken vorläufigen Insolvenzverwalter, der die Miete als Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO schuldet - nicht.

Für den Vermieter folgt hieraus die weitere Konsequenz, dass er nach Entstehung eines kündigungsrelevanten Zahlungsrückstandes nur die Möglichkeit hat, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen und die Mietsache herauszuverlangen. Der BGH bestätigt insoweit noch einmal seine frühere Entscheidung vom 18. Juli 2002⁹, nach der – auch dies kann inzwischen als ständige Rechtsprechung angesehen werden - die fristlose Kündigung eines Mietvertrages wegen eines im Eröffnungsverfahren eingetretenen Zahlungsverzuges zulässig ist. § 112 Nr. 1 InsO, der die Kündigung wegen eines Verzuges mit der Entrichtung der Miete oder Pacht, der in der Zeit vor dem Eröffnungsantrag eingetreten ist, verbietet, steht dieser fristlosen Kündigung nicht entgegen.

Aus der Entscheidung ergibt sich schließlich auch noch, dass ein Schadensersatzanspruch gegen den Insolvenzverwalter persönlich selbst dann nicht besteht, wenn dieser in Dem Schreiben, in dem er die Unterlassung der Weiterleitung der Mieten ankündigt hat, unzutreffend erklärt hat, der Vermieter könne hieraus kein Recht zur fristlosen Kündigung des Mietvertrages ableiten. Auch wenn dieser Hinweis falsch ist, kann sich der Vermieter jedenfalls dann nicht auf eine Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters berufen, wenn er gleichwohl die fristlose Kündigung ausspricht. Ob dies anders ist, wenn der Vermieter wegen eines entsprechenden Hinweises des vorläufigen Verwalters die Kündigung ganz unterlässt, ist fraglich, denn die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung im Eröffnungsverfahren wegen eines Zahlungsverzuges, der erst nach der Antragstellung eingetreten ist, dürfte inzwischen zum Allgemeinut gehören.

2. Zulässigkeit der fristlosen Kündigung vor Entstehung eines Zahlungsrückstandes i. S. d. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB

⁹ BGHZ 151, 353, 371 f.

Die Voraussetzung, dass ein die fristlose Kündigung rechtfertigender Zahlungsverzug im Eröffnungsverfahren entstanden sein muss, um das Mietverhältnis fristlos kündigen zu können, entfällt nach einem Urteil des BGH vom 9. März 2005¹⁰, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zwischenmieters von vornherein erklärt, die von ihm weiterhin von den Endmietern eingezogenen Mieten nicht an den Hauptvermieter weiterzuleiten. In diesem Fall - gleiches dürfte gelten, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter im Verfahren über das Vermögen des Mieters von vornherein erklärt, der Mietzinszahlung ab sofort nicht mehr zuzustimmen - ist die Fortsetzung des Mietverhältnisses dem Vermieter nicht mehr zumutbar. Auf einen Zahlungsrückstand i. S. d. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB kommt es nicht an. Der Vermieter kann sofort fristlos kündigen und die Mietsache herausverlangen bzw. die Endmieter auffordern, nur noch an ihn zu leisten.

Insgesamt folgt aus diesen Entscheidungen, die in der Praxis noch nicht genug beachtet werden, dass es im Fall der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts nicht sinnvoll ist, darauf zu vertrauen, man könne bei Fortsetzung des Mietverhältnisses und Nichtzahlung der Miete den vorläufigen Insolvenzverwalter persönlich auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Dieser Weg führt in der Regel nicht zum Ziel. Die Hoffnung, der Anspruch auf Mietzahlung werde aus der Masse befriedigt, wenn der Verwalter die Mietsache im Eröffnungsverfahren weiter nutzt, ist unberechtigt. Auch in diesem Fall entsteht insoweit nur eine Insolvenzforderung, es sei denn, das Gericht hat ausnahmsweise einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt und ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen. Wesentlich effektiver ist es, den vorläufigen Insolvenzverwalter zu einer Erklärung aufzufordern, ob der Mietzins weitergezahlt wird und im Fall der Weigerung, dies zu erklären, oder der Nichtzahlung der Mieten über einen kündigungsrelevanten Zeitraum fristlos zu kündigen und die sofortige Herausgabe der Mietsache zu verlangen.¹¹

3. Abführung eingezogener Mieten an einen Sicherungsgläubiger

¹⁰ VIII ZR 394/03, NZM 2005, 538 = WuM 2005, 401 = ZMR 2005, 688.

¹¹ Zu möglichen Komplikationen, die sich aus § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO ergeben können, s. nachfolgend I. 4.

Hat der Schuldner die Miete im Rahmen einer Globalzession an einen Gläubiger abgetreten, der dem Schuldner schon vor Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung das zuvor bestehende Recht zur Einziehung der Forderungen entzogen hat, so ist der vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt, dem das Insolvenzgericht in der Sicherungsanordnung den Forderungseinzug übertragen hat, verpflichtet, die im Eröffnungsverfahren eingezogenen Mieten an den Gläubiger abzuführen. Dies gilt nach einem Urteil des BGH vom 22. Februar 2007¹² auch dann, wenn das Eröffnungsverfahren stecken bleibt und es nicht zu einer Verfahrenseröffnung kommt, weil die Masse nicht ausreicht, um die Kosten des Verfahrens zu decken. Der vorläufige Insolvenzverwalter erlangt zwar in einer entsprechenden Konstellation nach der Entscheidung trotz der insolvenzgerichtlichen Anordnung nicht das Recht, die Forderungen einzuziehen, weil aufgrund der schon vor Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung widerrufenen Einziehungsbefugnis des Schuldners das Einziehungsrecht beim Gläubiger liegt. Leistet der Drittschuldner aber mit schuldbefreiender Wirkung an den vorläufigen Insolvenzverwalter, weil er im Hinblick auf dessen Befugnis gutgläubig ist, so muss dieser den Erlös an den Gläubiger auskehren. Dies gilt auch nach Aufhebung der vorläufigen Insolvenzverwaltung ohne Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, weil der vorläufige Insolvenzverwalter insoweit entsprechend § 25 Abs. 2 InsO verpflichtet ist, die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten zu bereinigen. Hieraus leitet der BGH die Pflicht abgeleitet, vereinnahmte Beträge an den Berechtigten auszukehren.

4. Verbot der Geltendmachung eines Aussonderungsrechts im Eröffnungsverfahren

Erhebliche Probleme für die Abwicklung von Mietverhältnissen im Insolvenzverfahren können sich aus dem am 01.07.2007 in Kraft getretenen Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens¹³ ergeben.¹⁴ Nach diesem Gesetz kann das Insolvenzgericht gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO im Fall der Betriebsfortführung anordnen, dass Gegenstände, die für die Fortführung von erheblicher Bedeutung sind, nicht ausgesondert werden dürfen und eine abgesonderte Befriedigung nicht geltend gemacht werden darf. Ergeht eine entsprechende Anordnung, so gilt § 169 Abs. 2 und

¹² IX ZR 2/06, NJW-RR 2007, 989 = ZIP 2007, 827.

¹³ BGBl. I 2006, 3389.

¹⁴ Zu diesem Gesetz Pape NZI 2007, 425 ff., 481 ff.

3 InsO entsprechend, d. h. die geschuldeten Zinsen sind von dem Zeitpunkt an zu zahlen, der 3 Monate nach dieser Anordnung liegt und es ist ein durch die Nutzung eingetretener Wertverlust auszugleichen.¹⁵ Probleme für den Vermieter ergeben sich aus dieser Regelung dann, wenn er den Mietvertrag gekündigt hat und Herausgabe der Mietsache verlangt, die wegen einer Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO nicht erfolgen darf. In diesem Fall erhält der Vermieter – folgt man dem Wortlaut des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO - den Mietzins erst nach Ablauf von 3 Monaten, nachdem die Anordnung ergangen ist.¹⁶

Umstritten ist, ob mit einer entsprechenden Sicherungsanordnung die Pflicht des Schuldners verbunden ist, den Mietzins sofort weiterzuzahlen, weil das Insolvenzgericht den Vermieter daran hindert, sein Aussonderungsrecht geltend zu machen. Diese Frage ist in einer Entscheidung des LG Berlin¹⁷ zunächst bejaht worden. Das LG hat gemeint, wenn eine entsprechende Anordnung ergehe, sei § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO, der Ansprüche aus einem Dauerschuldverhältnis zu Masseverbindlichkeiten macht, wenn ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist und die gemietete Sache von der Masse benutzt wird, entsprechend anzuwenden. Entgegen dieser Entscheidung hat aber das KG¹⁸ eine entsprechende Anwendung des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO auf diesen Fall abgelehnt. Der Anspruch auf Zahlung der Miete ist nach diesem Urteil, in dem das KG die Revision zugelassen hat, auch dann nur eine Insolvenzforderung, wenn das Insolvenzgericht die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs für die Dauer des Eröffnungsverfahrens verboten hat. Der Vermieter erleidet damit bei entsprechender Dauer des Eröffnungsverfahrens einen 3-monatigen Mietverlust, wenn er gekündigt hat, die von der Masse weiter benutzte Mietsache aber nicht herausverlangen darf, weil ihm das Insolvenzgericht ein entsprechendes Verbot auferlegt hat. In Frage kommt allenfalls ein Ausgleichsanspruch wegen der Verschlechterung des Mietobjekts durch den fortgesetzten Gebrauch der Mietsache.¹⁹ Die Entscheidung des KG ist zwar zu einem Mietverhältnis über bewegliche Sachen ergangen. Die Problematik würde sich aber bei einem Mietvertrag über unbewegliche Gegenstände oder Räume nicht anders darstellen. Auch hier könnte ein Herausga-

¹⁵ Zu den Einzelheiten Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 21 Rn. 40 a ff.

¹⁶ Dazu näher Pape NZI 2007, 425, 429 f.

¹⁷ ZInsO 2008, 629, dazu Büchler ZInsO 2008, 719.

¹⁸ ZInsO 2009, 35 = NZI 2009, 140.

¹⁹ Hierzu kritisch Pape in Kübler/Prütting/Bork, a.a.O. § 21 Rn. 40q ff.

beverlangen keinen Erfolg haben, wenn das Insolvenzgericht die fortdauernde Nutzungsüberlassung angeordnet hat.

5. Zwischenfazit

Probleme bei der Abwicklung von Mietverhältnissen im Eröffnungsverfahren ergeben sich damit vor allem im Hinblick auf Konflikte zwischen dem Vermieter und dem vorläufigen Insolvenzverwalter sowie auf Sicherungsanordnungen, die den Vermieter daran hindern, die Mietsache herauszuverlangen. Insoweit ist von erheblicher Bedeutung, welche Folgen die Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Zustimmungsvorbehalt für den Vermieter hat. Wird hier nicht darauf geachtet, ob ein "starker" oder, wie dies in der Regel der Fall ist, ein "schwacher" vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist, sind Verluste des Vermieters in der Regel schon vorprogrammiert. Auf Zahlungszusagen des vorläufigen Insolvenzverwalters kann der Vermieter sich nur einlassen, wenn diese Garantiecharakter haben.²⁰ Entsprechende Zusagen wird aber ein schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter, der verantwortlich handelt und sich vor einer persönlichen Inanspruchnahme schützen will, kaum abgeben.

III. Mietrechtliche Fragen im eröffneten Verfahren

Noch erheblich umfangreicher als im Eröffnungsverfahren sind die Probleme, die sich in mietrechtlicher Hinsicht im eröffneten Verfahren stellen können. Die Gerichte mussten hier in den vergangenen Jahren eine Reihe von Streitfragen klären, die im Folgenden schwerpunktmäßig aufgearbeitet werden sollen.

1. Fortbestehen des Mietverhältnisses mit Wirkung für die Insolvenzmasse nach Verfahrenseröffnung im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat auf das Fortbestehen eines Miet- oder Pachtverhältnisses über unbewegliche Gegenstände oder Räume grundsätzlich keinen Einfluss (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO). Dies gilt für das Insolvenzverfahren über

²⁰ Dazu schon Pape NZM 2004, 401, 404 f. = WuM 2004, 645, 648.

das Vermögen des Vermieters oder Verpächters und das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters gleichermaßen. Im letztgenannten Verfahren besteht gem. § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO - ungeachtet einer vertraglichen Befristung des Mietverhältnisses - ein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters, dessen Frist seit In-Kraft-Treten des Insolvenzrechtsvereinfachungsgesetzes 2007 einheitlich drei Monate zum Monatsende beträgt, es sei denn, eine kürzere Frist ist maßgebend.²¹ Die Regelung des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO entspricht damit zwar grundsätzlich der des § 21 Abs. 1 Satz 1 KO, nach der ein Mietverhältnis auch in Konkursverfahren mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen sollte. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Regelungen ergibt sich aber daraus, dass die Vorschrift der Insolvenzordnung nur das „Bestehen“ eines Mietverhältnisses voraussetzt, während § 21 Abs. 1 InsO von einem Miet- oder Pachtverhältnis ausging, bei dem die Mietsache dem Mieter oder Vermieter schon vor Verfahrenseröffnung überlassen war.

Im Hinblick auf diese unterschiedlichen Regelungen hatte der BGH die Frage zu entscheiden, ob der Insolvenzverwalter im Verfahren über das Vermögen des Vermieters auch dann an das Mietverhältnis gebunden ist, wenn die Mietsache zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung dem Mieter noch gar nicht überlassen ist, weil sie noch nicht hergestellt ist. Wäre dies der Fall gewesen, hätte der Verwalter in dem betreffenden Verfahren mit einem erheblichen finanziellen Aufwand die vermieteten Gewerberäume überhaupt erst herstellen müssen. Eine entsprechende Verpflichtung, die dazu geführt hätte, dass der Mieter des noch nicht in Vollzug gesetzten Mietverhältnisses vor allen anderen Gläubigern erheblich bevorzugt worden wäre, hat der BGH in der Entscheidung vom 5. Juli 2007²² jedoch nicht angenommen. Vielmehr ist das Gericht in entsprechender Anwendung der früheren Fassung des § 21 Abs. 1 KO davon ausgegangen, dass das Mietverhältnis im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters mit Wirkung für die Insolvenzmasse nur dann fortbesteht, wenn die Mietsache zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens schon überlassen ist. Sei dies nicht der Fall, greife § 103 InsO ein, der dem Insolvenzverwalter ein Wahlrecht gebe, ob er die Erfüllung des Vertrages, oder dessen Nichterfüllung unter Inkaufnahme von Schadensersatzansprüchen wähle, die jedoch

²¹ Dazu Pape NZI 2007, 481, 483 f.

²² IX ZR 185/06, NZM 2007, 883 = NJW 2007, 3715 = ZInsO 2007, 11011; s. auch BGH, Beschl. v. 15. November 2007 - IX ZR 26/04 (unveröffentlicht).

nur als Insolvenzforderungen zu erfüllen sind. Dieses Ergebnis ist nach der Entscheidung geboten, weil der Gesetzgeber durch die Fassung des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO keine Privilegierung des Mieters herbeiführen wollte, die dazu führen könnte, dass er möglicherweise dem Insolvenzverwalter die gesamte Masse aufgrund der Bindung des Verwalters an einen noch nicht in Vollzug gesetzten Mietvertrag entziehen kann.

2. Herausgabeanspruch des Vermieters gegen den Insolvenzverwalter des Mieters

Zwar gibt es instanzgerichtliche Entscheidungen, nach denen der Vermieter nach fristloser Kündigung der Wohnung des Schuldners wegen Zahlungsverzugs auch dann einen Herausgabeanspruch gegen den Insolvenzverwalter des Mieters haben soll, wenn dieser die Wohnung gar nicht in Besitz genommen hat.²³ Diese Auffassung ist aber nicht zu teilen. Der Vermieter hat nur dann einen Anspruch auf Herausgabe der Mietwohnung gegen den Insolvenzverwalter des Mieters, wenn dieser den Besitz tatsächlich ausübt²⁴ oder sonst unter Anerkennung des fremden Eigentums das Recht beansprucht, die Mietwohnung für die Masse zu nutzen und darüber zu entscheiden, ob, wann und in welcher Weise sie an den Vermieter zurückgegeben wird.²⁵ Liegen diese Ausnahmefälle nicht vor, muss der Vermieter ungeachtet des laufenden Insolvenzverfahrens den Mieter persönlich auf Herausgabe in Anspruch nehmen. Der Insolvenzverwalter haftet weder aufgrund einer fiktiven Inbesitznahme der Wohnung nach § 148 Abs. 1 InsO noch wegen Abgabe einer Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO²⁶ mit der Insolvenzmasse auf Herausgabe der Wohnung. Zwar begründet der Herausgabeanspruch des Vermieters ohne Rücksicht auf die Frage, ob das Mietverhältnis vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eröffnet worden ist, grundsätzlich ein Aussonderungsrecht des Vermieters. Dieses Recht besteht aber nur, wenn der aussondernde Gegenstand massebefangen ist, d. h. der Verwalter den Besitz tatsächlich für die Masse beansprucht.²⁷ Ist dies nicht der

²³ Vgl. LG Augsburg WuM 2007, 275 gegen LG Mannheim WuM 2006, 694.

²⁴ BGHZ 148, 252, 260 f; BGH, Urt. v. 21. Dezember 2006 - IX ZR 66/05, ZIP 2007, 340 Rn. 12; BGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - IX ZR 84/07, NZM 2008, 606 = WuM 2008, 507 = ZMR 2008, 875 = ZInsO 2008, 808.

²⁵ So BGHZ 127, 156, 161.

²⁶ Zu dieser Vorschrift sogleich II. 4.

²⁷ Siehe MünchKomm-InsO/Ganter, 2. Aufl. § 47 Rn. 35 a.

Fall, kann der Vermieter nur den Schuldner persönlich auf Herausgabe in Anspruch nehmen.²⁸

Entsprechend diesen Grundsätzen kommt auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Insolvenzverwalter persönlich wegen fehlender Mitwirkung bei der Durchsetzung des Aussonderungsrechts nur in Betracht, wenn dieser nach erfolgter Inbesitznahme oder sonstiger Anmaßung des Rechts, den Übergabezeitpunkt zu bestimmen, die Herausgabe der Mietsache verweigert. Hat der Verwalter die Mietsache nicht in Besitz genommen und ist er damit nicht herausgabepflichtig, kann er auch nicht persönlich in Anspruch genommen werden, weil er sie nicht rechtzeitig herausgegeben hat.

3. Erfüllung von Ansprüchen bei beendetem Mietverhältnis als Insolvenz- oder Masseforderung

Eine ganze Reihe von Zweifelsfragen ergibt sich immer dann, wenn es um die Anmeldung oder Erfüllung von Ansprüchen bei Beendigung des Mietverhältnisses im Zusammenhang mit der Eröffnung oder Durchführung des Insolvenzverfahrens geht.²⁹ Ist das Mietverhältnis schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters aufgelöst worden, hat der Vermieter wegen seiner rückständigen Ansprüche nur Insolvenzforderungen.³⁰ Dauert das Mietverhältnis über die Verfahrenseröffnung fort, so sind die nach Eröffnung anfallenden Mieten als Masseverbindlichkeiten zu befriedigen. Bei einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO entstehende Schadensersatzansprüche sind gem. § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO als Insolvenzforderungen im Verfahren anzumelden.³¹

a) Nutzungsentschädigungsanspruch des Vermieters gegen die Insolvenzmasse

Soweit der Insolvenzverwalter die gemietete Sache nicht in Besitz nimmt und auch sonst kein Recht der Insolvenzmasse auf Bestimmung des Zeitpunkts geltend macht, zu dem diese an den Vermieter herausgegeben wird, stellt der Nutzungsentschädi-

²⁸ BGHZ 127, 156, 160 f.

²⁹ Hierzu auch schon Pape WuM 2004, 645, 650 ff = NZM 2004, 401, 406.

³⁰ Vgl. LG Dortmund, Urt. v. 22. Februar 2008 - 3 O 491/07 (unveröffentlicht).

³¹ Zur Entstehung von Schadensersatzansprüchen durch eine fristlose Kündigung des Vermieters, die eine zuvor vom Insolvenzverwalter erklärte ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses überholt, vgl. KG ZMR 2007, 615 = KGR Berlin 2007, 724.

gungsanspruch des Vermieters nur eine Insolvenzforderung dar, die zur Tabelle anzumelden ist.³² Hieran ändert sich nach der zuvor zitierten Entscheidung auch nichts, wenn der Insolvenzverwalter auf das Herausgabeverlangen des Vermieters nicht reagiert. Die Begründung einer Masseverbindlichkeit gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO durch bloßes Untätigbleiben kommt nicht in Betracht. Eine Durchbrechung des Grundsatzes, dass der Nutzungsentschädigungsanspruch keine Masseverbindlichkeit darstellt, findet erst dann statt, wenn der Insolvenzverwalter die Miet- oder Pachtsache nach Verfahrenseröffnung weiter nutzt und dabei den Vermieter oder Verpächter gezielt vom Besitz ausschließt.³³ Dagegen lehnt der Bundesgerichtshof eine Ausweitung der Anwendung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf Fälle, in denen lediglich der Schein einer Inanspruchnahme durch die Insolvenzmasse besteht, ausdrücklich ab.

Für den Fall, dass der Insolvenzverwalter zur Herausgabe der Mietsache verpflichtet ist, hat er auch den Nutzungsentschädigungsanspruch aus der Insolvenzmasse zu erfüllen, wenn er für diese Besitz an dem vermieteten Gegenstand ergreift und den Vermieter gegen dessen Willen von deren Benutzung ausschließt.³⁴ Dies gilt für ein Mietverhältnis über bewegliche Sachen, bei dem der Insolvenzverwalter nicht gem. § 103 InsO Vertragserfüllung wählt. Es gilt aber genauso auch für ein Mietverhältnis über unbewegliche Sachen, bei dem der Insolvenzverwalter nach Beendigung des Vertrages den Vermieter gezielt vom Besitz ausschließt.

b) Erfüllung des Anspruchs auf Herstellung des ordnungsgemäßen Zustands der Mietsache

Zu einer weiteren typischen Problematik der Abwicklung von Mietverhältnissen im Insolvenzverfahren gehört die Frage, ob der Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Mietsache als Insolvenz- oder Masseforderung zu befriedigen ist. Auch hier gibt es eine gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die wie folgt zusammengefasst werden kann: Sind die nachteiligen Veränderungen der Mietsache schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten, so stellen die Kosten der Herstellung des ordnungsgemäßen Zustands auch dann nur

³² BGH, Urt. v. 21. Dezember 2006 - IX ZR 66/05, ZMR 2007, 287 = WuM 2007, 387 = NJW 2007, 1591.

³³ BGHZ 130, 38, 44; BGH, NJW 2007, 1591 Rn. 15.

³⁴ So BGH, Urt. v. 1. März 2007 - IX ZR 81/05, NZM 2007, 500 = NJW 2007, 1594.

Insolvenzforderungen dar, wenn das Mietverhältnis erst nach Verfahrenseröffnung endet; Masseverbindlichkeiten können allenfalls aufgrund der Beseitigung von Veränderungen entstehen, die der Insolvenzverwalter selbst erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen hat.³⁵

c) Erfüllung des Räumungsanspruchs als Masseverbindlichkeit

Der Insolvenzverwalter kann sich seiner Pflicht zur Räumung des Grundstücks aber nicht durch dessen Freigabe entledigen, wenn er bereits rechtskräftig verurteilt worden ist, das zunächst in den von der Masse fortgeführten Geschäftsbetrieb integrierte Grundstück zu räumen.³⁶ Räumt der Insolvenzverwalter trotz tituliertem Räumungsanspruch das Grundstück nicht, so enthält er dem Vermieter die Mietsache weiter vor, wenn er diesem zwar den Besitz überlässt, die auf das Grundstück geschafften Sachen der Insolvenzmasse aber nicht entfernt.

d) Entstehung von Alt- oder Neumasseverbindlichkeiten

Weitgehend geklärt scheinen die Auswirkungen, die die Anzeige der Masseunzulänglichkeit auf die Ansprüche des Vermieters gegen die Insolvenzmasse im Verfahren über das Vermögen des Mieters hat.³⁷ Für eine Leistungsklage der Massegläubiger des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO, zu denen etwa auch der Vermieter wegen seiner Mietzinsansprüche aus der Zeit zwischen Verfahrenseröffnung und Anzeige der Masseunzulänglichkeit gehört, besteht kein Rechtsschutzbedürfnis mehr.³⁸ Ist streitig, ob dem Vermieter insoweit eine Forderung gegen die Masse aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO zusteht, kann nur noch auf Feststellung geklagt werden.

Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine "Neumasseverbindlichkeit" i. S. d. § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 InsO entsteht, die auch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit als Masseverbindlichkeit zu befriedigen ist, hat der BGH in einem

³⁵ BGHZ 148, 252, 257; BGHZ 150, 305, 312; BGH, Beschl. v. 17. April 2008 - IX ZR 144/07, Grund-eigentum 2008, 865; OLG Celle ZMR 2008, 956 = OLGR Celle 2007, 960.

³⁶ BGH, Urt. v. 2. Februar 2006 - IX ZR 46/05, NZM 2006, 352 = ZMR 2006, 438 = NJW-RR 2006, 989.

³⁷ Hierzu bereits Pape WuM 2004, 645, 651 f. = NZM 2004, 401, 408 f.

³⁸ BGHZ 154, 358 = ZinsO 2005, 465 = NJW 2003, 2454; Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 208 Rn. 32 ff..

Urteil vom 29. April 2004³⁹ entschieden, dass hierfür jedes Verhalten des Insolvenzverwalters ausreicht, mit dem er die Gegenleistung aus dem Dauerschuldverhältnis nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit nutzt, obwohl er dies pflichtgemäß hätte verhindern können. Der Verwalter muss dabei nicht mit dem erklärten Willen handeln, die Gegenleistung weiter in Anspruch zu nehmen. Es reicht aus, dass er dies faktisch tut. Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zwischenmieters genügt dafür etwa, dass er nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit nicht alles unternimmt, um dafür zu sorgen, dass die Mieten der Endmieter unmittelbar an den Hauptvermieter geleistet werden.⁴⁰

Setzt der Insolvenzverwalter trotz Anzeige der Masseunzulänglichkeit den Gebrauch der Mietsache weiter fort, so entsteht eine Neumasseverbindlichkeit i. S. d. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Ist der Insolvenzverwalter aufgrund erneuter Masseerschöpfung nicht in der Lage, diese vollständig zu befriedigen, so kann er im Rechtsstreit erneut Masseunzulänglichkeit einwenden. Gelingt es ihm, den ihm obliegenden Beweis der Erschöpfung der Masse für die vollständige Befriedigung auch der privilegierten Neumasseverbindlichkeiten zu führen, so ist der Vermieter darauf beschränkt, die Klage als Feststellungsklage weiterzuführen.⁴¹

4. Zweifelhafte Rechtsfragen im Zusammenhang mit der "Freigabe" des Mietverhältnisses

Zu immer noch nicht abschließend geklärten Zweifelsfragen führt dagegen die durch das am 01.12.2001 in Kraft getretene Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2001 eingeführte Möglichkeit des Insolvenzverwalters, das Wohnraummietverhältnis des Schuldners "freizugeben" statt es zu kündigen.⁴² Welche Folgen sich für das Mietverhältnis ergeben, wenn der Insolvenzverwalter die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgegeben hat und die Frist, innerhalb derer das Mietverhältnis noch aus der Masse zu erfüllen ist - die der anzuwendenden Kündigungsfrist entspricht -, abgelaufen ist, wird nach wie vor nicht einheitlich beantwortet. Zwar dürfte inzwischen geklärt sein, dass nach Ablauf der Frist sämtliche das Mietverhältnis betref-

³⁹ IX ZR 141/03, WuM 2004, 545)= ZInsO 2004, 674.

⁴⁰ S. auch BGH, Beschl. v. 26. Juni 2008 - IX ZR 146/07 (unveröffentlicht); BGH, Beschl. v. 11. Dezember 2008 - IX ZR 26/06 (unveröffentlicht).

⁴¹ OLG Koblenz ZMR 2007, 786 = OLGR Koblenz 2007, 683.

⁴² Dazu schon Pape WuM 2004, 645, 652 f. = NZM 2004, 401, 410 f.

fenden Erklärungen – dies gilt auch für eine Kündigung des Mietverhältnisses - wieder gegenüber dem Schuldner abzugeben sind und dieser allein die Mieterpflichten zu erfüllen hat.⁴³ Streitig ist aber weiterhin, ob der Vermieter wegen eines vor Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetretenen Zahlungsrückstandes nunmehr das Mietverhältnis fristlos kündigen kann,⁴⁴ weil die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO mit der Abgabe der Erklärung des Verwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO entfällt, oder ob dem Vermieter zuzumuten ist, dass er einen erneuten Zahlungsrückstand, der die Kündigungsvoraussetzungen erfüllt, abwartet, bevor er fristlos kündigt.⁴⁵ Folgt man hier der zuerst genannten Auffassung, die konsequent erscheint, weil die Kündigungssperre nicht mehr greifen kann, wenn durch die Erklärung des Verwalters das Mietverhältnis nicht mehr in die Insolvenzmasse fällt, so tritt auch durch die Freigabe eine Gefährdung des Bestands des Wohnraummietverhältnisses des Schuldners ein.

Die Gefahr, dass der Schuldner infolge der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO seine Mietwohnung verliert, erhöht sich weiter aufgrund des in neuerer Zeit praktizierten Lastschriftenwiderrufs in der Insolvenz, der auch die Einziehung von Mieten betreffen kann.⁴⁶ Folgt man hier der Auffassung, nach der ein Widerspruch ungeachtet der Frage zulässig ist, ob die Mittel zur Begleichung des Mietzinses aus dem pfändungsfreien Vermögen des Schuldners stammen oder pfändbar gewesen wären und geht man mit der teilweise vertretenen Ansicht davon aus, dass der Insolvenzverwalter/Treuhänder unterschiedslos alle Lastschriften zu widerrufen hat, so kann sich sehr schnell schon im Eröffnungsverfahren ein Rückstand ergeben, der die fristlose Kündigung des Wohnraummietverhältnisses rechtfertigt. Hat der Verwalter die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgegeben, kann ein entsprechender Rückstand aus der Zeit vor Antragstellung ebenfalls zur fristlosen Kündigung des Wohnraummietverhältnisses durch den Vermieter führen. Darüber hinaus gilt die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO nicht gegenüber Mitmietern. Auch diesen gegenüber kann deshalb als Folge des Lastschriftenwiderrufs und der Einziehung

⁴³ MünchKomm-InsO/Eckert, 2. Aufl. § 109 Rn. 53 ff.

⁴⁴ So etwa Tintelnot, in: Kübler/Prütting/Bork, § 109 Rn. 19; MünchKomm-InsO/Eckert, § 109 Rn. 59.

⁴⁵ So Derleder ZAP 2005, Fach 14, S. 513; Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO § 109 Rn. 10.

⁴⁶ Dazu die kontroversen Positionen von Frind ZInsO 2008, 1357 ff.; ders. NZI 2009, 140 ff.; Grote ZInsO 2009, 9 ff. sowie aus der Rechtsprechung AG Hamburg ZInsO 2009, 250; AG München ZIP 2008, 592.

der Beträge zur Insolvenzmasse die fristlose Kündigung des Mietvertrages gerechtfertigt sein.

- a) Entsprechende Anwendung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO auf Mitgliedschaftsanteile des Schuldners an Wohnungsgenossenschaften

Zu einem weiteren Problem, das ebenfalls zu einer Gefährdung des Wohnraummietverhältnisses des Schuldners führen kann, hat sich die in den letzten Jahren von Insolvenzverwaltern/Treuhändern praktizierte Kündigung der Mitgliedschaft des Schuldners in einer Wohnungsgenossenschaft entwickelt. Hier soll nach der Rechtsprechung einiger Landgerichte die Kündigung des Genossenschaftsanteils in entsprechender Anwendung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO unwirksam sein, wenn diese Kündigung die Beendigung des Mietverhältnisses mit der Genossenschaft zur Folge hätte.⁴⁷ Insoweit wird allerdings bezweifelt, dass es für eine solche entsprechende Anwendung eine konstruktive Grundlage gibt.⁴⁸ Ob sich hier die Auffassung durchsetzt, § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO könne auf die Kündigung von Genossenschaftsanteilen entsprechend angewendet werden, erscheint sehr fraglich. Sollte die Rechtsprechung der zitierten Gerichte keinen Bestand haben, dürfte der Gesetzgeber gefordert sein, die Kündigung von Genossenschaftsanteilen, die den Verlust der Wohnung zur Folge hat, zu unterbinden. Die Situation stellt sich praktisch genauso dar, wie sie vor 2001 infolge der durch die Rückforderung von Kautionsguthaben ausgelösten Welle von fristlosen Kündigungen von Wohnraummietverträgen der Schuldner bestand, die letztlich zur Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO geführt hat. Dass Schuldner obdachlos werden, weil Insolvenzverwalter den Wert von Genossenschaftsanteilen zur Masse ziehen, dürfte auch im Hinblick auf Anteile an Wohnungsgenossenschaften, an die das Wohnrecht des Schuldners geknüpft ist, kaum im Sinne des Gesetzgebers sein. Eine Möglichkeit, diese Praxis zu unterbinden, bestünde nicht mehr, wenn die aus einer Analogie zu § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgeleiteten Kündigungsverbote keinen Bestand haben sollten.

⁴⁷ LG Berlin Grundeigentum 2008, 333 (Revision zugelassen und eingelegt); AG Dortmund InVo 2007, 155; LG Dresden ZVI 2008, 493.

⁴⁸ Vgl. Emmert ZInsO 2005, 852, 854 f.; Tetzlaff ZInsO 2007, 590, 591; Tintelnot, a.a.O. § 109 Rn. 23, der vorschlägt, dem Insolvenzverwalter die Verpflichtung aufzuerlegen, von der Befugnis zur Kündigung des Genossenschaftsanteils so lange keinen Gebrauch zu machen, wie das Auseinandersetzungsguthaben die Höhe einer üblichen Kautionshöhe nicht übersteigt.

b) Folgen der Einführung des § 35 Abs. 2 InsO

Zu ähnlichen Problemen wie § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO, der erstmals ein Freigaberecht des Insolvenzverwalters in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenzordnung verankert hat, führt auch der durch das Insolvenzrechtsvereinfachungsgesetz 2007 in die Insolvenzordnung aufgenommene § 35 Abs. 2 und 3 InsO⁴⁹, der eine Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners durch den Insolvenzverwalter ermöglicht. Mit dieser Freigabe kann auch die Freigabe von Miet- oder Pachtverhältnissen verbunden sein, die der Schuldner eingegangen ist, um seine (neue) selbständige wirtschaftliche Tätigkeit in gemieteten oder gepachteten Räumen auszuüben. Ob und inwieweit bei dieser Freigabe das Dauerschuldverhältnis auf den Schuldner übergeht, ist streitig. Während teilweise die Auffassung vertreten wird, der Insolvenzverwalter bleibe trotz der Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO weiter für die Abgabe von Erklärungen im Hinblick auf das Dauerschuldverhältnis zuständig,⁵⁰ werden nach anderer Ansicht sämtliche Bindungen zwischen Insolvenzverwalter und Masse gelöst, so dass die Rechtsbeziehungen zur Masse vollständig enden.⁵¹

Sinn der Erklärung des Insolvenzverwalters ist es, die Masse von den Belastungen, die durch eine selbständige Tätigkeit des Schuldners entstehen können, vollständig zu befreien. Geht man deshalb davon aus, dass - ungeachtet der terminologischen Frage, ob die Erklärung wirklich zu einer Freigabe führt, oder ob es um eine Lösung der Bindungen der Insolvenzmasse geht - die Aufhebung der Rechtsbeziehungen zur Masse das Schuldverhältnis vollständig in die Zuständigkeit des Schuldners zurückführt, so sind sämtliche Erklärungen nur noch gegenüber dem Schuldner abzugeben. Für die Frage des Bestehens von Kündigungsrechten kommt es allein auf die Beziehung zum Schuldner an. Zahlungsrückstände können auch dann herangezogen werden, wenn sie - dies gilt für den Fall einer nach Verfahrenseröffnung fortgeführten und freigegebenen Tätigkeit - aus der Zeit vor Eröffnung stammen. All dies ist aber noch nicht ausdiskutiert. Die Einführung des § 35 InsO enthält deshalb ein ähnliches Konfliktpotential, wie bereits die des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO.

⁴⁹ Dazu Pape NZI 2007, 481 f.

⁵⁰ Smid, DZWIR 2008, 133 ff., Wischemeyer/Schur, ZInsO 2007, 1240 ff.

⁵¹ Hierzu Holzer, in: Kübler/Prütting, InsO, § 35 Rn. 105 ff.; Gutsche, ZVI 2008, 41 ff.

5. Haftung des Insolvenzverwalters

Zu der bereits im Zusammenhang mit der vorläufigen Insolvenzverwaltung erörterten insolvenzspezifischen Haftung des Verwalters aus § 60 Abs. 1 InsO hat der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 25. Januar 2007⁵² entschieden, dass es einen Haftungsfall darstellt, wenn der Insolvenzverwalter den künftigen Herausgabeanspruch des Vermieters dadurch vereitelt oder erschwert, dass er die vom Schuldner gemietete Immobilie unberechtigt an einen unzuverlässigen Untermieter weitergibt, der zum Ende des Untermietverhältnisses nicht räumt und keinen Untermietzins mehr bezahlt. Der Verwalter verletzt damit seine insolvenzspezifische Pflicht, bei der Durchsetzung eines Aussonderungsrechts mitzuwirken. Allerdings haftet der Insolvenzverwalter in einem solchen Fall nicht auf das Erfüllungsinteresse des Vermieters. Vielmehr ist seine Haftung - dies gilt allgemein sowohl für die Haftung nach § 60 als auch nach § 61 InsO⁵³ - auf Ersatz des negativen Interesses beschränkt.⁵⁴ Daraus folgt, dass eine Ersatzpflicht für den Mietausfallschaden des Vermieters wegen verspäteter Rückgabe des Mietobjekts nur durchgesetzt werden kann, wenn dieser darlegt, dass er bei rechtzeitiger Rückgabe das Mietobjekt anderweitig zu einem bestimmten Mietzins hätte vermieten können.⁵⁵ Legt der Vermieter entsprechende Anknüpfungstatsachen nicht dar, so geht sein Schadensersatzanspruch ins Leere.⁵⁶

6. Anspruch auf Rückzahlung der Mietkaution

Der Anspruch des Mieters im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters gibt dem Mieter auch im Wohnraummietrecht nur dann ein Aussonderungsrecht, wenn der Vermieter die Kautions von seinem Vermögen getrennt angelegt hat.⁵⁷ Ein Aussonderungsrecht an einem Kontoguthaben besteht nur, wenn das Konto ausschließlich zur Aufnahme von treuhänderisch gebundenen Fremdgeldern bestimmt

⁵² IX ZR 216/05, NZM 2007, 329 = ZMR 2007, 354 = NJW 2007, 1596.

⁵³ S. BGHZ 159, 104, 118; BGH, Urt. v. 3. November 2005 – IX ZR 140/04, ZinsO 2005, 1269 = NZI 2006, 99; Fischer WM 2004, 2185. 2187.

⁵⁴ Unzutreffend deshalb auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf ZMR 2007, 204 = NZM 2007, 47 mit kritischer Anmerkung Pape ZfIR 2007, 817 ff. zur verwandten Problematik der persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters über das Vermögen des Wohnungseigentümers für rückständige Hausgeldansprüche der Gemeinschaft wegen unterlassener Freigabe der Wohnung (ähnlich auch AG Wedding, ZMR 2008, 751); zutreffend dagegen LG Stuttgart, NZM 2008, 532 = NZI 2008, 442.

⁵⁵ Siehe auch OLG Celle ZInsO 2004, 1030 = OLGR 2005, 39, das eine persönliche Haftung des Verwalters wegen uneinbringlicher Mietzinsansprüche ablehnt.

⁵⁶ Hierzu auch BGH, Beschl. v. 16. Oktober 2008 - IX ZR 207/06 Rn. 8 (unveröffentlicht).

⁵⁷ BGH, Urt. v. 20. Dezember 2007 - IX ZR 132/06, NZM 2008, 206 = WuM 2008, 206 = ZMR 2008, 280 = NJW 2008, 1152.

ist. Ein Verstoß des Vermieters gegen den Schutzzweck des § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB, der ihm die Pflicht auferlegt, die Kautions von seinem Eigenvermögen getrennt anzulegen, ändert hieran nichts.⁵⁸ Mieter müssen deshalb verstärkt darauf achten, dass eine Anlage der Kautions auf einem entsprechenden Konto erfolgt. Wird dies vernachlässigt, kann im Insolvenzfall der Verlust des Kautionsguthabens die Folge sein.⁵⁹

Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters bleibt bei einem nach Verfahrenseröffnung fortbestehenden Mietverhältnis das Bestimmungsrecht des Vermieters hinsichtlich der Verwendung der Mietkautions bestehen.⁶⁰ Der Vermieter kann weiter bestimmen, welche Schuld des Mieters durch die Verrechnung der Kautions getilgt werden soll.

7. Aufrechnung im Insolvenzverfahren

Nebenkostenvorauszahlungen sind im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters bei vertraglich vereinbarter jährlicher Abrechnung für das Jahr der Verfahrenseröffnung getrennt nach dem Zeitraum bis zur Eröffnung und der Zeit danach abzurechnen.⁶¹ Eine Aufrechnung mit Guthaben aus vor Verfahrenseröffnung bereits abgelaufenen Abrechnungszeiträumen gegen Mietforderungen aus der Zeit nach Eröffnung ist nach der Entscheidung gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO auch dann zulässig, wenn zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur noch die Berechnung der Überzahlung fehlt. § 110 Abs. 3 Satz 1 InsO stehe dieser Aufrechnung nicht entgegen, so der BGH, denn die Vorschrift beschränke die Aufrechnungsmöglichkeiten nach § 95 Abs. 1 InsO nicht.

⁵⁸ Entgegen Derleder NZM 2004, 568, 577 f.

⁵⁹ Zur Strafbarkeit des Vermieters wegen Untreue bei Verletzung der Pflicht, die Kautions im Wohnraummietrecht so anzulegen, dass sie nicht dem Zugriff der Gläubiger des Vermieters unterliegt, vgl. BGH, Beschl.v. 2. April 2008 – 5 StR 354/07, BGHSt 52, 182 = WuM 2008, 336 = NZM 2008, 415 = ZMR 2008, 657,

⁶⁰ OLG Hamburg ZMR 2008, 714; LG Hamburg ZMR 2008, 209.

⁶¹ BGH, Urt. v. 21. Dezember 2006 - IX ZR 7/06, NZM 2007, 162 = ZInsO 2007, 90 = Grundeigentum 2007, 288.

8. Anfechtung von Mietzahlungen

Der Vermieter, dem bekannt ist, dass der Mieter nicht in der Lage ist oder voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seine bestehende Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit im wesentlichen zu erfüllen, weiß in der Regel auch, dass die Zahlung des Mietzinses die Gläubiger benachteiligt. Will er sich darauf berufen, er hätte später gleichwohl davon ausgehen dürfen, dass der Schuldner seine Zahlungen wieder aufgenommen habe, muss er dies darlegen und beweisen. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, hat er die Mietzahlungen nach § 143 Abs. 1, § 133 Abs. 1 InsO herauszugeben.⁶²

Monatlich fällig werdende Mietzinsansprüche für Grundstücke sind nach einem Urteil des OLG Brandenburg⁶³ befristete Ansprüche im Sinne des § 163 BGB, die erst mit Beginn des jeweiligen Mietzinszeitraums entstehen.⁶⁴ Eine Vorausabtretung wird deshalb auch erst zu Beginn des jeweiligen Zeitraums wirksam, so dass es für die Anfechtbarkeit der Zahlungen nach § 140 Abs. 1 InsO nicht auf den Abschluss des Abtretungsvertrages, sondern auf den Beginn des jeweiligen Monats ankommt, zu dem die Abtretung wirksam wird. Zuvor hat der Abtretungsempfänger noch keine gesicherte Position erworben. Vereinnahmt der Gläubiger aufgrund der Abtretung nach dem Eröffnungsantrag in Kenntnis dieses Antrags oder der Zahlungsunfähigkeit die Mieten, so hat er diese nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 818 Abs. 2 BGB zurückzugewähren. § 110 Abs. 1 InsO, der eine Vorausverfügung des Schuldners als Vermieter oder Verpächter eines unbeweglichen Gegenstands oder von Räumen über den Miet- oder Pachtzins für die Zeit vor Eröffnung des Verfahrens innerhalb bestimmter Zeiträume für wirksam erklärt, steht der Anfechtung nach der Entscheidung nicht entgegen.⁶⁵

Dagegen entsteht das gesetzliche Vermieterpfandrecht an den eingebrachten pfändbaren Sachen des Mieters anfechtungsrechtlich schon mit der Einbringung der Sachen. Dies gilt auch, soweit es erst künftig entstehende Forderungen aus dem

⁶² BGH, Urt. v. 20. November 2008 - IX ZR 188/07, ZInsO 2009, 145 = ZIP 2009, 189; zur Vorsatzanfechtung von Mietzinszahlungen auch OLG Dresden ZIP 2007, 737 = OLGR 2007, 500..

⁶³ ZInsO 2008, 211 = ZMR 2008, 287.

⁶⁴ So auch BGHZ 111, 84, 93 f.; BGH, Urt. v. 14. Dezember 2006 - IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 Rn. 12 m. w. N.

⁶⁵ Zu § 110 InsO auch KG NZM 2008, 730 = NZI 2008, 440 = KGR 2008, 519.

Mietverhältnis sichert. Sind die vom Pfandrecht erfassten Gegenstände schon vor der Krise eingebracht, steht dem Vermieter in der Insolvenz des Mieters ein anfechtungsfreies Absonderungsrecht zu.⁶⁶

9. Anmeldung von Forderungen aus Mietverträgen im Insolvenzverfahren

Auch mietrechtliche Ansprüche aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung sind zur Insolvenztabelle anzumelden, soweit es sich um Insolvenzforderungen handelt. Dies gilt etwa in Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters für ein Guthaben, das der Mieter aus einer Betriebskostenabrechnung im Fall eines beendeten Wohnraummietvertrages hat.⁶⁷

- a) Irrtümliche Anmeldung von Insolvenzforderung anstelle der Geltendmachung von Masseverbindlichkeiten

Problematisch kann die Anmeldung von Forderungen aus dem Mietverhältnis dann werden, wenn die Verbindlichkeit falsch eingestuft wird. Dies war bei einem Sachverhalt so, den der BGH 2006 zu entscheiden hatte.⁶⁸ Im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Mieterin hatte der Vermieter Mietforderungen aus der Zeit nach Verfahrenseröffnung zur Insolvenztabelle angemeldet, die er eigentlich als Masseforderungen hätte geltend machen können. Dies wurde erst bemerkt, nachdem die Ansprüche durch rechtskräftiges Feststellungsurteil nach § 180 InsO bereits zur Insolvenztabelle festgestellt worden waren. Trotz dieser rechtskräftigen Feststellung ist es dem Vermieter nicht verwehrt, die Ansprüche später noch als Masseverbindlichkeiten aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. InsO gegen die Masse einzuklagen. Eine Sperrwirkung für eine solche Klage tritt durch die rechtskräftige Feststellung zur Insolvenztabelle nicht ein. Diese führt nicht dazu, dass die Forderung zu einer Insolvenzforderung wird. Allerdings kann der Insolvenzverwalter dem Masseanspruch ungeachtet der rechtskräftigen Feststellung einer tatsächlich nicht bestehenden Insolvenzforderung zur Insolvenztabelle bestreiten und ist nicht gehindert, der nunmehr durch Leistungsklage geltend gemachten Masseverbindlichkeit weitere Einwendungen entgegen zu setzen. Auch insofern ist das zu Unrecht ergangene Feststellungsurteil "unschädlich".

⁶⁶ BGH, Urt. v. 14. Dezember 2006 - IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196.

⁶⁷ S. AG Tempelhof-Kreuzberg MM 2008, 111.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 13. Juni 2006 - IX ZR 15/04, BGHZ 168, 112 = ZInsO 2006, 829 = NJW 2006, 3068.

- b) Zulässigkeit eines beschränkten Widerspruchs des Insolvenzverwalters gegen die Anmeldung von Forderungen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung

Wird der Mietzins im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters nicht nur aufgrund des vertraglichen Anspruchs angemeldet, sondern macht der Vermieter als weiteren Rechtsgrund geltend, der Anspruch beruhe auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Mieters - etwa weil dieser von Anfang an nicht die Absicht gehabt habe, den Mietzins zu entrichten und nicht über die notwendigen Mittel verfügt habe - so stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter bzw. Treuhänder im vereinfachten Verfahren auch ein Widerspruchsrecht im Hinblick auf den Forderungsgrund der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung hat. Die Anmeldung der Forderung unter diesem Aspekt dient der Befriedigung des Gläubigers im Fall der Erteilung einer Restschuldbefreiung. Gemäß § 302 Nr. 1 InsO sind Forderungen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung von der Erteilung der Restschuldbefreiung ausgeschlossen. Voraussetzung für die Geltendmachung nach Erteilung der Restschuldbefreiung ist, dass gemäß § 174 Abs. 2 InsO die Anmeldung der Forderung im Verfahren mit einem entsprechenden Zusatz erfolgt ist. Im Hinblick auf diese Wirkungen, die nicht die Geltendmachung der Forderung im Insolvenzverfahren betreffen, sondern vielmehr Auswirkungen auf die Nachhaftung des Schuldners haben, hat der BGH⁶⁹ entschieden, dass dem Insolvenzverwalter ein derart beschränktes Bestreitensrecht nicht zusteht.⁷⁰ Sofern der Bestand der Forderung nicht von einer Vorsatztat abhängt, scheidet ein auf diese beschränkter Widerspruch des Verwalters gegen die Anmeldung der deliktischen Forderung aus. Zwar hat der Schuldner das Recht, seinen Widerspruch darauf zu beschränken, dass sich die Forderung auch aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ergebe. Ein entsprechendes Recht ist dem Verwalter aber nicht zuzugestehen.

Anwendungsfall des § 302 Nr. 1 InsO kann neben der Geltendmachung des Mietzinses gegen sogenannte "Mietnomaden" etwa auch die Beauftragung einer Renovierung der Wohnung des Mieters durch diesen trotz nicht vorhandener Mittel für die

⁶⁹ Urt. v. 12. Juni 2008 - IX ZR 100/07, ZInsO 2008, 809 = NJW 2008, 3285 = NZI 2008, 1509.

⁷⁰ S. bereits BGH, Urt. v. 17. Januar 2008 - IX ZR 220/06, WM 2008, 650; zur Anmeldung von Forderungen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung und zum Widerspruch dagegen ausführlich Pape, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 184 Rn. 34 ff.

Bezahlung der Handwerkerrechnung sein.⁷¹ Zinsen und Kosten eines solchen Verfahrens sollen dabei nicht von der Ausnahmegvorschrift des § 302 Nr. 1 InsO erfasst werden. Sie nehmen - so das KG - an der Restschuldbefreiung teil.

10. Pfändung mithaftender Mieten und Pachten durch absonderungsberechtigte Grundpfandgläubiger

Die in §§ 1123, 1124 BGB geregelt Erstreckung der Hypothek auf mithaftende Miet- und Pachtforderungen war in den vergangenen Jahre Gegenstand mehrerer Entscheidungen, in denen es um die insolvenzrechtlichen Wirkungen dieser Vorschriften ging. Danach ist die Pfändung mithaftender Mieten und Pachten durch absonderungsberechtigte Grundpfandgläubiger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Grundeigentümers nicht mehr zulässig.⁷² Der Gläubiger kann gemäß § 49 InsO seine Befriedigung nur noch nach Maßgabe des ZVG suchen. Dies schließt eine abgesonderte Befriedigung aus den nach §§ 1123, 1124 BGB mithaftenden Mieten und Pachten aus. Entsprechendes gilt auch nach Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens.⁷³

Schon vor diesen Entscheidungen hatte der BGH durch Urteil vom 9. Juni 2005 erkannt, dass ein Mietzinsanspruch auch dann in den Haftungsverband der Hypothek (Grundschuld) fällt, wenn er vor der Begründung des Grundpfandrechts, aus dem ein Gläubiger die Beschlagnahme erwirkt, an einen anderen durch eine Grundschuld gesicherten Gläubiger abgetreten ist.⁷⁴ Die Abtretung des Mietzinses für eine unbewegliche Sache wird nach diesem Urteil auch im Fall der Beschlagnahme durch einen nachrangigen Grundpfandgläubiger diesem gegenüber unwirksam, weil § 1124 Abs. 2 BGB auch gilt, wenn die Forderung zuvor an einen bevorrechtigten Grundpfandgläubiger abgetreten ist. Nach einem weiteren Urteil⁷⁵ zu diesem Problemkreis werden die Gläubiger nicht benachteiligt, wenn ein Grundschuldgläubiger, dem der

⁷¹ Vgl. KG ZInsO 2009, 280 = NZI 2009, 121 = KGR Berlin 2009, 105.

⁷² BGH, Urt. v. 13. Juli 2006 - IX ZR 301/04, BGHZ 168, 339 = NZM 2006, 873 = ZMR 2006, 851 = Grundeigentum 2007, 363; ebenso BGH, Beschl. v. 7. Dezember 2006 - IX ZB 313/04; BGH, Beschl. v. 21. Dezember 2006 - IX ZB 264/05; BGH, Beschl. v. 21. Dezember 2006 - IX ZB 265/05; BGH, Beschl. v. 13. November 2006 - IX ZB 201/06.

⁷³ BGH, Beschl. v. 26. Oktober 2006 - IX ZB 155/05, GuT 2007, 138.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 9. Juni 2005 - IX ZR 160/04, BGHZ 163, 201 = NZM 2005, 915 = NJW-RR 2005, 1466 = ZinsO 2005, 764.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 9. November 2006 - IX ZR 133/05, ZinsO 2006, 1321 = NJW-RR 2007, 626 = NZI 2007, 98.

Schuldner die Mieten abgetreten hat, bis zur Verfahrenseröffnung eingehende Zahlungen mit einer Darlehensforderung gegen den Schuldner verrechnet hat, sofern der Grundschuldgläubiger das Absonderungsrecht zuvor unanfechtbar erworben hat.

IV. Mietrechtliche Fragen im Restschuldbefreiungsverfahren

Schon die vorstehenden Ausführungen zur Feststellung des Bestehens ausgenommenen Forderungen⁷⁶ zeigen, dass sich auch im Restschuldbefreiungsverfahren mietrechtliche Fragen stellen. Handelt es sich nicht um Masseverbindlichkeiten oder sind Insolvenzforderungen nicht mit dem Attribut der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung angemeldet und festgestellt, so nehmen auch rückständige Ansprüche aus Mietverträgen an der Restschuldbefreiung teil, sofern es sich um Insolvenzforderungen handelt. Zwar werden Neuforderungen des Vermieters gegen den Schuldner, der sich im Insolvenzverfahren befindet, von der Restschuldbefreiung nicht erfasst, weil es sich nicht um Insolvenzforderungen handelt. Die Situation des Vermieters ist gleichwohl auch hier problematisch. Aufgrund der Abtretung der pfändbaren Bezüge des Schuldners an den Treuhänder nach § 287 Abs. 2 InsO, der auch den Neuerwerb des Schuldners umfasst, ist der Mieter während der gesamten Dauer des Verfahrens faktisch unpfändbar.

1. Geltendmachung rückständiger Mietforderungen durch Leistungsklage in der Wohlverhaltensphase

Während mietrechtliche Fragen für die Versagung der Restschuldbefreiung keine herausragende Bedeutung haben,⁷⁷ kann das Problem der Titulierung von im Insolvenzverfahren nicht erfüllten Ansprüchen des Vermieters durchaus einige Bedeutung bekommen. Im Hinblick auf die Vielzahl der Verfahren, die mit einer Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Verwalter enden, gibt es entsprechend viele Fälle, in denen auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens noch offene Mietforderungen aus der Zeit nach Verfahrenseröffnung bestehen. Der Bundesgerichtshof hat

⁷⁶ Siehe oben III. 9.

⁷⁷ Zu einigen praktischen Fällen s. etwa die Versagung der Restschuldbefreiung wegen des Verschweigens einer vereinnahmten Mietkaution durch den Schuldner, BGH, Beschl. v. 12. Juli 2007 - IX ZB 129/04, WuM 2007, 469 sowie die Ablehnung der Versagung wegen des nicht angegebenen vermögenswerten Vorteils mietfreien Wohnens BGH, Beschl. v. 5. Juni 2008 - IX ZB 37/06, ZInsO 2008, 737 = NZI 2008, 506.

hierzu in einem Urteil vom 28. Juni 2007⁷⁸ entschieden, dass der Inhaber einer dem Insolvenzverwalter aufgezwungenen Masseverbindlichkeit während der Wohlverhaltensphase ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Leistungsklage hat. Ob die Forderung des Vermieters, die für die Zeit nach Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeit zu befriedigen ist, von der Restschuldbefreiung erfasst wird, ist in dieser Entscheidung mangels Erheblichkeit offen geblieben. Ein Klageverbot besteht jedenfalls nicht, weil Massegläubiger nicht von dem Verbot des § 294 Abs. 1 InsO erfasst werden.

Soweit die Frage umstritten ist, ob der Schuldner für die vom Insolvenzverwalter begründeten Masseverbindlichkeiten überhaupt haftet, ist das OLG Stuttgart⁷⁹ davon ausgegangen, dass der Insolvenzschuldner für Masseschulden, die aus einem vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossenen Mietvertrag resultieren, nach Abschluss des Insolvenzverfahrens eintreten muss, soweit sie bis zu einem Zeitpunkt erwachsen sind, zu dem der Insolvenzverwalter das Mietverhältnis aufgrund seines Sonderkündigungsrechts aus § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO hätte beenden können. Für den danach liegenden Zeitraum schließt sich das Gericht der wohl ganz überwiegend vertretenen Auffassung an, dass der Schuldner für die vom Verwalter begründeten Verbindlichkeiten nur noch beschränkt auf die ihm nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ausgeantwortete Insolvenzmasse haftet.⁸⁰

2. Geltendmachung des Einwandes der Restschuldbefreiung im Zwangsvollstreckungsverfahren

Im Zusammenhang mit der Vollstreckung wegen titulierter rückständiger Mietschulden hatte der BGH die Frage zu entscheiden, ob der Schuldner, dem inzwischen in Großbritannien die Restschuldbefreiung erteilt worden war, diesen Einwand im Weg der Vollstreckungserinnerung entgegenhalten kann.⁸¹ Der Bundesgerichtshof hat hierzu entschieden, dass der Einwand im Weg der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden muss. Die Umgestaltung der Forderung in eine unvollkommene Verbindlichkeit durch die Erteilung der Restschuldbefreiung, die weiterhin erfüllbar, aber nicht mehr erzwingbar ist, begründe einen materiell-rechtlichen

⁷⁸ IX ZR 73/06, NZM 2007, 771 = Grundeigentum 2007, 1314 = ZInsO 2007, 994.

⁷⁹ NZI 2007, 527 = OLG Stuttgart 2007, 821.

⁸⁰ Hierzu Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 55 Rn. 32; § 207 Rn. 37 f.

⁸¹ S. BGH, Beschl. v. 25. September 2008 - IX ZB 205/06, ZInsO 2008, 1279 = NZI 2008, 737 = NJW 2008, 3640.

Einwand. Dieser könne nur mit der Vollstreckungsgegenklage, nicht jedoch mit der Erinnerung verfolgt werden, denn die Frage, ob eine entsprechende Wirkung eingetreten sei, müsse durch das Prozessgericht beurteilt werden.