

Prof. Dr. von Wilmowsky

Insolvenzrecht II: Vertiefung

Vorlesung

Besonderes Insolvenzvertragsrecht:

Mietvertrag

I. Der Mieter in Insolvenz

(Erfüllungsstadium: nach Überlassung des Mietgegenstands)

Vorbemerkungen	2
I. Mieter in Insolvenz	3
1. Kündigungsrecht des Vermieters	3
a) Die Insolvenz des Mieters als Kündigungsgrund	3
b) Kündigungssperre des § 112 InsO	5
2. Bewegliche Sachen und Rechte	7
a) Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters	7
b) Verteilung: Die Rechte des Vermieters	9
3. Grundstücke und Räume	19
a) Verteilung 1: Die Rechte des Vermieters (nach Gebrauchsüberlassung des Grundstücks)	20
b) Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters (nach Gebrauchsüberlassung des Grundstücks)	21
c) Verteilung 2: Befriedigung der Vermieteransprüche (auf die Miete und die Nebenkosten) nach Sonderkündigung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO	22
d) Sicherungsrecht des Vermieters	23
4. Vergleich der Insolvenzregeln für bewegliche und unbewegliche Mietgegenstände	23
5. Exkurs: Die Wohnung des Schuldners	25
a) Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters	25
b) Verteilung: Die Rechte des Vermieters	28
c) Gesamtbild	32

Vorbemerkungen

- Thema: Mietvertrag (auch Pacht- oder Leasingvertrag) in der Insolvenz: Mieter oder Vermieter wird insolvent.
- Kennzeichen: Das Insolvenzmietrecht ist überaus kompliziert.
Gründe: zahlreiche Spezialregelungen (in den §§ 108 bis 112 InsO), die Abweichungen vom allgemeinen Insolvenzvertragsrecht (insbesondere von § 103 InsO) bringen; keine Regelung aus einem Guss, sondern Addition unterschiedlicher Teilaspekte, die aus unterschiedlichen Gründen und zu unterschiedlichen Zeiten für regelungsbedürftig gehalten wurden; häufig Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Mietgegenständen, die wenig funktionsgerecht erscheint
- Erfüllungsstadium: Diese Übersicht behandelt nur ein bestimmtes Erfüllungsstadium des Mietvertrags: Bei Beginn des Insolvenzverfahrens war der vermietete Gegenstand dem Mieter bereits zum Gebrauch überlassen worden. Mit anderen Worten: Die vertragliche Leistungspflicht des Vermieters, den Mietgegenstand dem Mieter zum Gebrauch zu überlassen (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Teil 1 BGB), wurde vor dem Insolvenzverfahren erfüllt. Der Mietgegenstand befindet sich beim Mieter.

I. Mieter in Insolvenz

Ansatz: Trennung zwischen den Fragen, die die *Verwertung* der vertraglichen Rechte des Mieters (IVP) betreffen, von den Fragen, die die *Verteilung* von Insolvenzvermögen zur Befriedigung der Forderungen des Vermieters (AVP) betreffen

Kündigungsrechte Vermieter: Für beide Fragenkreise ist von Bedeutung, ob der Vermieter das Mietverhältnis wegen der Insolvenz des Mieters vorzeitig beenden kann. (Gestaltungsrechte der AVP werden von der Insolvenz der IVP nicht berührt.)

1. Kündigungsrecht des Vermieters

a) *Die Insolvenz des Mieters als Kündigungsgrund*

Recht des Vermieters, das Mietverhältnis außerordentlich fristlos zu kündigen

Gründe für fristlose Kündigung:

-- pflichtwidrige Verzögerung der Zahlung der Miete (in der Zeit *vor* der Eröffnung des Insolvenzverfahrens) (§ 543 Abs. 2 Ziff. 3 BGB)¹

-- Insolvenz des Mieters?

umstritten

überwiegende Rechtsmeinung: Insolvenz als Mieters = „wichtiger Grund“ im Sinn des § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB

1 Im Text der Bestimmung heißt es zwar „Verzug“, doch ist es sachgerechter, die Terminologie zu verwenden, die mit der Modernisierung des Schuldrechts 2002 eingeführt wurde (pflichtwidrige „Verzögerung der Leistung“ in § 280 Abs. 2 BGB).

meine Auffassung: Dass der Mieter insolvent ist, reicht für einen „wichtigen Grund“ noch nicht aus. Hinzutreten muss, dass sich das Ausfallrisiko für den Vermieter tatsächlich erhöht hat. Eine derartige Erhöhung liegt dann vor, wenn außerhalb des Insolvenzverfahrens der Mieter auf Aufforderung hin nicht leistet bzw. wenn innerhalb des Insolvenzverfahrens die Insolvenzverwaltung des Mieters erklärt, das Mietverhältnis (und damit das Recht des Mieters zum Besitz) nicht erhalten zu wollen.

Begründung: Auslegung des „wichtigen Grund“ im Einklang mit dem Anfechtungsrecht

Um nicht anfechtbar zu sein (als Schuldnerfehlverhalten), müssen insolvenzbezogene Lösungsklauseln auf einem wesentlichen Gestaltungsinteresse der Vertragsparteien beruhen. Das kann hier nur darin liegen, eine Beendigung des Vertrags zu ermöglichen, wenn sich das Ausfallrisiko des Vermieters (mit seinen Forderungen auf die Miete) erhöht hat.² Die Insolvenz für sich genommen erhöht das Ausfallrisiko in denjenigen Konstellationen noch nicht, wo die insolvente Vertragspartei an einer vollständigen Erfüllung ihrer Leistungspflicht interessiert ist. Das ist dort der Fall, wo der insolventen Vertragspartei selbst noch Ansprüche aus dem Vertrag zustehen oder wo die insolvente Vertragspartei durch eine vorzeitige Beendigung des Vertrags Rechte verlieren würde. In diesen Fällen kann es für die insolvente Vertragspartei wirtschaftlich vorteilhaft sein, ihre Leistung (hier: an den Vermieter) vollständig zu erbringen. Bevor der Vertrag wegen der Insolvenz des Mieters vorzeitig beendet wird, muss ausgelotet werden, ob die insolvente Vertragspartei noch vollständig leisten wird oder nicht. Außerhalb des Insolvenzverfahrens ist der insolventen Partei hierzu eine Frist zu setzen; innerhalb des Insolvenzverfahrens ist die Insolvenzverwaltung zur Entscheidung über die Verwertung der Mieterrechte aus dem Mietvertrag aufzufordern und

2 Siehe die Übersicht „Insolvenzbezogene Lösungsklauseln“.

diese Entscheidung abzuwarten.³ (Die Mieten, die auf die Zeit des Wartens auf die Verwertungsentscheidung des Mieters bzw. dessen Insolvenzverwaltung entfällt, sollten Massestatus haben.)

b) *Kündigungssperre des § 112 InsO*

Eingriff des Insolvenzrechts: Das Recht des Vermieters zur fristlosen Kündigung ist ab dem Insolvenzantrag der Kündigungssperre des § 112 InsO unterworfen.⁴

Inhalt der Kündigungssperre: Die Sperre untersagt dem Vermieter, bestimmte Kündigungsrechte auszuüben. Die Sperre erfasst zwei Kündigungsgründe:

- die pflichtwidrige Verzögerung von Mietzahlungen in der Zeit vor dem Eröffnungsantrag (Ziff. 1) und
- die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Mieters (Ziff. 2).

Nach Ziff. 2 darf somit wegen der Insolvenz des Mieters ab dem Insolvenzantrag ein eventuell bestehendes außerordentliches fristloses Kündigungsrecht des Vermieters nicht ausgeübt werden.

(Diese Aufzählung ist abschließend. Das Mietverhältnis aus *anderen* als den in § 112 InsO genannten Gründen zu beenden, bleibt möglich.)

Zweck der Kündigungssperre:

h.M.: Parallele zu den Beschränkungen, die das Insolvenzrecht der Verwertung von Sicherungsrechten an Gegenständen des Schuldnervermögens auferlegt

3 In meinem Aufsatz „Lösungsklauseln für den Insolvenzfall“, ZIP 2007, 553 (560), hatte ich Ausnahmen von dem Auslotungserfordernis (d.h. vom Abwarten der Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung) vorgesehen (und zwar für die Mieterinsolvenz sowie bei Termingeschäften). An diesen Ausnahmen halte ich nicht mehr fest.

4 Ausführlich: *von Wilmosky*, Der Mieter in Insolvenz: Zur Kündigungssperre des § 112 InsO, ZInsO 2004, 882-888.

(§§ 166, 172 InsO)

Kritik: Diese Sichtweise ist zu eng. M.E. zutreffend: Anordnung der Haftung eines Gegenstands, der anderenfalls möglicherweise aus dem Insolvenzvermögen ausscheiden würde. Indem der § 112 InsO dem Vermieter die Ausübung des Kündigungsrechts bis zur Entscheidung der Insolvenzverwaltung über die Erhaltung oder Nichterhaltung des Mietvertrags untersagt, behalten die Insolvenzverwaltung und damit die Gläubiger die Möglichkeit, einen positiven Wert zur Haftung zu nutzen, der in dem Mietvertrag stecken mag. Dadurch wird der Zugriff auf diese Rechte und deren Haftung ermöglicht: Die Insolvenzverwaltung erhält die Gelegenheit, zu entscheiden, ob sie die Rechte des Mieters aus dem Vertrag erhalten möchte oder nicht.

Verhältnis zum Anfechtungsrecht (wegen Schuldnerfehlverhaltens): Der § 112 InsO verstärkt das Anfechtungsrecht. Das Anfechtungsrecht verlangt, dass eine insolvenzbezogene Kündigungsregelung voraussetzt, dass der Vermieter vor einer fristlosen Kündigung auslotet, ob die Insolvenz des Mieters sein Ausfallrisiko tatsächlich erhöht hat. Sieht die insolvenzbezogene Kündigungsregelung diese Auslotung nicht vor, so ist sie wirksam, aber anfechtbar. Der § 112 InsO baut diese Anfechtbarkeit (eines ohne Auslotungserfordernis vereinbarten Kündigungsrechts) dahin aus, dass das Kündigungsrecht vor der Auslotung nicht ausgeübt werden kann; die Ausübung ist dann unwirksam (und nicht nur anfechtbar).

Geltungsbereich der Kündigungssperre: sowohl bewegliche als auch unbewegliche Mietgegenstände; auch Lizenzverträge.

Umstritten, ob Voraussetzung, dass der Mietgegenstand bereits zum Gebrauch überlassen worden war („vollzogene“ Mietverhältnisse) (überwiegende Meinung: Gebrauchsüberlassung erforderlich; andere Auffassung: nicht erforderlich; Begründung: kein Anhaltspunkt für eine bereits erfolgte Überlassung im Wortlaut des § 112 InsO)

Dauer der Kündigungssperre:

Beginn der Kündigungssperre: mit dem Insolvenzantrag;

Ende der Kündigungssperre:

- bei beweglichen Mietgegenständen: mit der Entscheidung der Insolvenzverwaltung, (bei noch nicht überlassenem Gegenstand) die Überlassung vom Vermieter nicht einzufordern bzw. (bei bereits überlassenem Gegenstand) das Gebrauchsrecht des Mieters nicht zu erhalten, sondern der außerordentlichen Kündigung durch den Vermieter preiszugeben.
- bei unbeweglichen Sachen (nach Überlassung zum Gebrauch): kein Ende der Kündigungssperre; sondern: Diese wird ab dem Eröffnungsbeschluss zu einem Kündigungsverbot (ableitbar aus § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO).^{5 6}

2. Bewegliche Sachen und Rechte

Sind bewegliche Sachen und Rechte vermietet bzw. verpachtet, gilt – in der Insolvenz des Mieters -- das allgemeine Insolvenzvertragsrecht des § 103 InsO.⁷

a) *Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters*

Einbettung in das allgemeine Insolvenzvertragsrecht: Die Insolvenzverwaltung des insolventen Mieters hat zu entscheiden, wie sie die Rechte verwertet, die der insolvente Mieter aufgrund des Mietvertrags besitzt.

Rechte des Mieters aus dem Mietvertrag: abhängig von dem Stadium, in welchem sich die Erfüllung des Mietvertrags (zurzeit der Eröffnung des

5 Ausnahme: Wohnung des Schuldners. Hier endet die Kündigungssperre, sobald die Insolvenzverwaltung die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgibt.

6 Vergleich: Unbewegliche Sache vor Überlassung zum Gebrauch: Die Kündigungssperre bleibt im eröffneten Verfahren zwar in Kraft, hat jedoch keine Bedeutung mehr, weil der Vermieter das besondere Rücktrittsrecht des § 109 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 InsO hat.

7 Hierzu: *von Wilmosky*, Der Mieter eines beweglichen Gegenstands in Insolvenz, ZInsO 2007, 731-739.

Insolvenzverfahrens) befand: Nach der Überlassung des Miet- oder Pachtgegenstands hat der Mieter andere Rechte als vor der Überlassung. Hier (in dieser Übersicht) werden (allein) die Fälle betrachtet, in denen der Mietgegenstand dem Mieter bereits vor dem Insolvenzverfahren zum Gebrauch überlassen worden war.

Gegenstand der Verwertungsentscheidung: Frage, ob das Recht zum Gebrauch des (vom Vermieter bereits überlassenen) Mietgegenstands, welches das Mietverhältnis vermittelt, erhalten bleiben oder der Kündigung durch den Vermieter preisgegeben werden soll
somit: Erhaltungsentscheidung oder Nichterhaltungsentscheidung

Kriterium der Verwertungsentscheidung: Um das Gebrauchsrecht des Mieters zu erhalten, müssen die Zahlungsansprüche des Vermieters (in dem Rahmen, den der § 105 Satz 1 InsO zulässt) vollständig befriedigt werden; anderenfalls kann der Vermieter fristlos kündigen. Die Option „Erhaltung des bereits eingeräumten Gebrauchsrechts (durch Erhaltung des Mietverhältnisses)“ hat die Insolvenzverwaltung zu ergreifen, wenn sie dem Insolvenzvermögen Nutzen in einer Höhe stiftet, welche die Kosten, die für die vollständige Befriedigung der Vermieterforderungen (im Rahmen des gesetzlich Zulässigen) aufzuwenden sind, übersteigt.

Als Formel: Erhaltungsentscheidung, wenn Gebrauchswert > vereinbarte Miete (abzüglich der Mieten, die unter § 105 Satz 1 InsO fallen).

Anderenfalls: Entscheidung, das Gebrauchsrecht des Mieters nicht zu erhalten.⁸

Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung: Der Vermieter besitzt nicht das Verwertungserzwingungsrecht des § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO. Zwar steht dieses Recht jeder AVP eines gegenseitigen Vertrags zu. Aber: Im Insolvenzverfahren gegen den Mieter ist die Geltung des § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO durch die Regelung in § 107 Abs. 2 InsO ausgeschlossen. Diese Regelung findet (nach allerdings

8 Zum Vergleich: Verwertungsentscheidung *vor* Gebrauchsüberlassung: Anspruch des insolventen Mieters auf Überlassung zum Gebrauch; Geltendmachung, wenn Gebrauchswert > vereinbarte Miete.

umstrittener Meinung) in der Mieterinsolvenz (nach Überlassung der Mietsache) entsprechende (oder analoge) Anwendung. Denn: Viele Gegenstände, die für den Betrieb eines Unternehmens benötigt werden, werden nicht gekauft, sondern gemietet oder geleast. Der Vermieter kann die Insolvenzverwaltung des Mieters mithin nicht zwingen, bereits vor dem Berichtstermin zu entscheiden, ob sie das Gebrauchsrecht des Mieters (und damit das Mietverhältnis) erhält.

b) Verteilung: Die Rechte des Vermieters

Der Vermieter hat Zahlungsansprüche und Kündigungsrechte. Wie die Zahlungsansprüche des Vermieters befriedigt werden und ob die Kündigungsrechte des Vermieters ausgeübt werden können, hängt von der Verwertungsentscheidung ab, die die Insolvenzverwaltung über die vertraglichen Rechte des Mieters trifft.

1. Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, das Mietverhältnis weiter durchzuführen

Ausgangspunkt: Die Insolvenzverwaltung des Mieters hat entschieden, die Ansprüche des Mieters aus dem Mietvertrag geltend zu machen bzw. das bereits eingeräumte Gebrauchsrecht zu erhalten.

(i) Befriedigung der Zahlungsansprüche des Vermieters

Grundsatz: Die Ansprüche des Vermieters auf Zahlung der Miete werden durch die Erhaltungsentscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters zu Massforderungen (§ 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO).

Ausnahme: Diejenigen Mieten, die sich auf die Zeit vor Verfahrenseröffnung beziehen, bleiben trotz der Erhaltungsentscheidung gewöhnliche Insolvenzforderungen (§ 105 Satz 1 InsO).⁹ (Zu den Folgen gehört: Ist die Mietsache in einem bestimmten Zustand zurückzugeben (§ 546 BGB), kommt

⁹ Zur Kritik an § 105 Satz 1 InsO siehe Vorlesungs-Übersicht „Teilleistungen der AVP“ (dort unter II 1).

man wegen § 105 Satz 1 InsO nicht umhin, die Kosten zur Herstellung dieses Zustands auf die Zeit vor und die Zeit nach Verfahrenseröffnung aufzuteilen.)

Rückausnahme: Diejenigen Mieten, die auf die Zeit des Vorverfahrens (also die Zeit zwischen Insolvenzantrag und Verfahrenseröffnung) entfallen, sind Masseverbindlichkeiten. Das ist eine Folge der Kündigungssperre des § 112 InsO: Solange das Gesetz den Vermieter an den Mietvertrag mit dem insolventen Mieter zwangsweise bindet, müssen seine Mietforderungen Massestatus besitzen; anderenfalls würde man ihm ein Opfer zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger des Mieters auferlegen. (rechtlich umstritten)

(ii) *Kündigungsrecht des Vermieters (wegen der Insolvenz des Mieters)*

Die Kündigungsrechte des Vermieters, die unter die Sperre des § 112 InsO fielen, erlöschen. Denn: Zweck der Kündigungssperre, die Rechte des insolventen Mieters aus dem Mietvertrag als haftenden Vermögensgegenstand zur Verfügung zu halten. Macht die Insolvenzverwaltung hiervon Gebrauch, können die Kündigungsrechte nicht mehr zum Zug kommen; sie entfallen.

2. *Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, das Gebrauchsrecht nicht zu erhalten*

-- Entscheidet die Insolvenzverwaltung, die noch ausstehenden Ansprüche des Mieters nicht geltend zu machen bzw. das bereits eingeräumte Besitz- und Gebrauchsrecht des Mieters nicht zu erhalten, stellen sich dem Vermieter vor allem zwei Fragen: Wie wirkt sich diese Verwertungsentscheidung auf die Befriedigung seiner Mietforderungen aus? Was bedeutet diese Verwertungsentscheidung für seinen Anspruch auf Rückgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses?

-- Überblick:

-- Die Antworten sind umstritten.

Der Streit betrifft folgende Konstellation:

- Nichterhaltungsentscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters;
- Erfüllungsstadium: nach Gebrauchsüberlassung

- h.M.: Der Vermieter erhalte kumulativ sowohl das Interesse an der Erfüllung des Mietvertrags insolvenzmäßig (d.h. nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) befriedigt als auch den vermieteten Gegenstand vorzeitig zurück.
 - zutreffende Ansicht (m.E.): Der Vermieter kann nur alternativ entweder sein Erfüllungsinteresse (insolvenzmäßig) befriedigt erhalten oder den Gegenstand vorzeitig zurückerhalten.
 - Dieser Streit hängt mit der Frage zusammen, welche Ansprüche dem Mieter in dem nunmehr betrachteten Erfüllungsstadium („nach Gebrauchsüberlassung“) gegen den Vermieter noch zustehen und zur wertmäßigen Befriedigung der Vermieterforderungen (durch Verrechnung der Anspruchswerte) eingesetzt werden.
 - im Einzelnen:
 - (i) *Befriedigung der Zahlungsansprüche des Vermieters: Grundsatz (Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO)*
 - kein Massestatus: Aufgrund der Nichterhaltungsentscheidung der Insolvenzverwaltung scheidet eine Rangverbesserung der Zahlungsansprüche des Vermieters nach § 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO aus.
 - „insolvenzmäßige“ Befriedigung = Verrechnung der Anspruchswerte: Der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Mieten wird vielmehr gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO befriedigt: Zunächst werden sie aus den (Gegen-) Forderungen befriedigt, die dem insolventen Mieter noch gegen den Vermieter zustehen. Anschließend wird die Differenz, die nach der Verrechnung noch zugunsten des Vermieters besteht, mit der Insolvenzquote befriedigt.
- (1) Seite des Vermieters: die Mietforderungen
- Auf Seiten des Vermieters fließen dessen noch unerfüllte Mietforderungen in die Verrechnung ein; sie profitieren von der Verrechnung.
 - Hierbei kann es sich zum einen um Mietforderungen für bereits abgelaufene Mietzeiten gehören. Zum anderen zählen hierzu die

Mietansprüche für die Zeit bis zum planmäßigen Ende des Mietverhältnisses.

Welche Dauer für das Mietverhältnis geplant war, ergibt sich aus den getroffenen Vereinbarungen. Bei einer bestimmten Mietzeit endet das Mietverhältnis mit deren Ablauf. War das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen worden, ist maßgeblich diejenige Zeit, die bis zur Wirksamkeit der (fiktiven) ordentlichen Kündigung der Insolvenzverwaltung des Mieters (zum nächstmöglichen Termin) verbleibt. Mit welchem Geldbetrag die Forderungen des Vermieters in die Verrechnung einfließen, bestimmt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen. Auszugehen ist daher von der vereinbarten Miete. Da die Fälligkeit der Vermieterforderungen auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgezogen wird (§ 41 InsO), ist der Zeitwert zu bestimmen, der ihnen bei Verfahrenseröffnung zukam; d.h. die Mietforderungen, die erst in Zukunft fällig werden, sind entsprechend abzuzinsen.

- auszunehmen von der Befriedigung durch Verrechnung: diejenigen Mietforderungen, die auf die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entfallen (Wertung des – rechtspolitisch verfehlten -- § 105 Satz 1 InsO)
- (2) Seite des Insolvenzvermögens (des Mieters): Ansprüche auf Leistungen, die dem Mieter aufgrund des Mietvertrags noch zustehen.
- Hier liegen die Probleme.
- Eigentlich sollte klar sein: Mit der Überlassung des Gegenstands an den Mieter und der Gestattung des Gebrauchs hat der Vermieter einen wesentlichen Teil der von ihm geschuldeten Leistungen erbracht. Dadurch war der Anspruch des Mieters auf Überlassung und Gebrauchsgestattung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Alternative 1 BGB) bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Erfüllung erloschen. Dieser Anspruch wurde folglich nicht Teil des Insolvenzvermögens und steht zur Verrechnung gegen noch offene Vermieterforderungen somit nicht zur Verfügung. Dem

Mieter stehen vielmehr lediglich noch Ansprüche auf Nebenleistungen, wie die Erhaltung der Mietsache (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Alternative 2 BGB), oder auf eventuell vereinbarte Zusatzleistungen zu. Nur deren Wert kann zur Verrechnung gegen die Vermieterforderungen eingesetzt werden.

- aber anders die h.M.: Diese knüpft an ein bestimmtes zivilrechtliches Verständnis zum Mietvertrag an. Danach habe der Mieter nach erfolgter Gebrauchseinräumung einen Anspruch gegen den Vermieter auf „weitere Belassung“ der Mietsache. Das Recht des Mieters, den überlassenen Gegenstand weiter zu gebrauchen, wird als ein „Anspruch“ verstanden; die Leistung, die der Vermieter insoweit schuldet, soll in dem „weiteren Belassen“ des Gegenstands bestehen. Orientierte man sich an diesem zivilrechtlichen Verständnis, könnte man hieraus für das Insolvenzrecht folgern: Das Gebrauchsrecht, das der Vermieter dem Mieter vor dem Insolvenzverfahren verschafft hatte, wird (seinem Wert nach) in die Verrechnung (nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) einbezogen. Dadurch würde der Wert, den der Gebrauch des (bereits überlassenen) Gegenstands (bis zum Ablauf der planmäßigen Mietzeit) besitzt, ausschließlich zur Befriedigung der Vermieterforderungen verwendet. Dass der Vermieter den Mietgegenstand noch vor dem Insolvenzverfahren überlassen und den Gebrauch gestattet hatte, hätte keine Bedeutung. Durch die Einbeziehung des dem Mieter bereits übertragenen Gebrauchsrechts in die Verrechnung würde das Gebrauchsrecht des Mieters erlöschen; dem Anspruch des Vermieters auf Herausgabe des Gegenstands stünde das Gebrauchs- und Besitzrecht des Mieters nicht mehr entgegen.

- Kritik der h.M.:

(1) zivilrechtliche Konstruktion eines „Belassensanspruchs: zweifelhaft. Die Vorstellung, der Mieter hätte einen „Anspruch“ auf „weiteres Belassen“ des bereits überlassenen Mietgegenstands, ist zurückzuweisen. Ansprüche richten sich auf Leistungen (§§ 194 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB). Wenn der Vermieter dem Mieter den bereits zum Gebrauch überlassenen Mietgegenstand weiter belässt, erbringt er dadurch keine Leistung. Insbesondere handelt es sich nicht um eine Leistung in Gestalt einer

Unterlassung. Leistung setzt die Verschaffung eines Vorteils voraus. Damit ein Unterlassen dem Gläubiger einen Vorteil verschafft, muss es sich auf eine Tätigkeit beziehen, die vorzunehmen der Schuldner berechtigt wäre. Hieran fehlt es: Solange das Mietverhältnis besteht, darf der Vermieter den Gegenstand ohnehin nicht zurückfordern. Dass das Gebrauchsrecht des Mieters fortbesteht, beruht mithin nicht auf einer „Belassensleistung“ des Vermieters. Richtig ist vielmehr: Das Recht des Mieters, den ihm überlassenen Gegenstand weiter zu gebrauchen, ist kein Anspruch. Folglich: Das (bereits eingeräumte) Gebrauchsrecht des Mieters ist nicht (auf Seiten des Insolvenzschuldners (Mieters)) in die Verrechnung aufzunehmen.

(2) insolvenzrechtlich entscheidend: Die AVP, die vor dem Insolvenzverfahren vertragsgemäß einen Gegenstand an die IVP geleistet hatte, kann an diesem Gegenstand kein Befriedigungsvorrecht (zur Befriedigung ihrer noch ausstehenden Ansprüche gegen die IVP) haben.

- Ergebnis: Nach erfolgter Gebrauchsüberlassung hat der Mieter lediglich noch folgende Leistungen vom Vermieter zu beanspruchen: die Erhaltung des Mietgegenstands in dem Zustand, der zum vertragsgemäßen Gebrauch erforderlich ist; eventuell zusätzliche Leistungen (wie die Lieferung von Wasser, Strom oder Wärme oder die Wartung oder Bedienung des Mietgegenstands), die der Vermieter im Mietvertrag übernommen hat. Die Marktwerte allein dieser noch ausstehenden Leistungen des Vermieters können zur Befriedigung von Insolvenzgläubigern dienen. Nur sie stehen zur Verrechnung gegen die noch offenen Mietforderungen des Vermieters zur Verfügung.¹⁰
- Was nach der Verrechnung an Mietforderungen des Vermieters noch besteht (Differenzforderung des Vermieters), ist als Insolvenzforderung

10 Als Formel: Summe der noch offenen Vermieterforderungen (bis zum ordentlichen Ende des Mietverhältnisses, ggf. durch ordentliche Kündigung der Insolvenzverwaltung des Mieters, zum Zeitwert bei Verfahrenseröffnung) verrechnet gegen den Marktwert der noch ausstehenden Leistungshandlungen des Vermieters (für dieselbe Zeit, jedoch zum Zeitwert bei Verrechnung).

anzumelden und damit auf die Insolvenzquote verwiesen (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO).

- Beispiel: Mietforderungen des Vermieters bis zum Ende der Mietzeit: 38.000 EUR; abgezinst auf den Gegenwartswert ergeben sich 30.000 EUR. Der Mieter hat gegen den Vermieter Anspruch auf Erhaltung der Mietsache in gebrauchsfähigem Zustand, Wert bis zum Ende der Mietzeit 4.600 EUR, abgezinst ergibt sich ein Gegenwartswert von 3.900 EUR. Dieser Wert wird ausschließlich zur Befriedigung der Vermieterforderungen eingesetzt. Auf die verbleibende Differenz (in Höhe von 26.100 €) wird die Insolvenzquote ausgeschüttet.¹¹

(ii) *Ausnahme: Zeit zwischen Insolvenzantrag und Entscheidung über die Verwertung des Gebrauchsrechts des Mieters*

Problem: Befriedigungsrang derjenigen Mieten, die auf die Zeit zwischen Insolvenzantrag und der Verwertungsentscheidung entfallen, bei Nichterhaltungsentscheidung der Insolvenzverwaltung

Überlegung: Gegen den Status als Insolvenzforderung und für den Status als Masseforderung spricht die Kündigungssperre des § 112 InsO: Diese Sperre verwehrt es dem Vermieter, das Mietverhältnis mit dem insolventen Mieter fristlos zu kündigen; der Vermieter bleibt bis zur Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung an den insolventen Mieter als Vertragspartner gebunden. Dadurch wird dem Vermieter die Möglichkeit entzogen, durch Neuvermietung an einen solventen Mieter sein Ausfallrisiko zu verringern. Diese Belastung darf

11 War die Mietsache dem Mieter noch nicht zum Gebrauch überlassen worden – dieses Erfüllungsstadium wird hier grundsätzlich nicht betrachtet --, erlangt die Verrechnung eine größere praktische Bedeutung. In diesem Erfüllungsstadium besitzt der Mieter noch den Anspruch auf Gebrauchsüberlassung. Der Wert dieses Anspruchs steht damit zur Befriedigung der Vermieterforderungen zur Verfügung. Mithin werden die Mietforderungen, die dem Vermieter bis zur Beendigung des Mietverhältnisses (ggf. durch eine ordentliche Kündigung der Insolvenzverwaltung des Mieters) zustehen, gegen den Wert des Überlassungsanspruchs des Mieters verrechnet. Sollte sich hieraus ein Überschuss zugunsten des Vermieters ergeben, wird er als Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet und mit der Insolvenzquote befriedigt.

nicht beim Vermieter verbleiben. Zum einen: Zu den Grundprinzipien des Insolvenzrechts gehört: Die Kosten, die mit dem Erhalt des Mietverhältnisses während des Insolvenzverfahrens verbunden sind, hat diejenige Gläubigergruppe zu tragen, in deren Interesse die Erhaltung der Fortführungsoption liegt, nämlich die Gesamtheit der ungesicherten Gläubiger. Das Mittel, welches dieses Prinzip umsetzt, ist der Befriedigungsvorrang als Masseverbindlichkeit. Zum anderen: Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG verlangt, dass der Vermieter vor finanziellen Nachteilen aus der erzwungenen Bindung an den Insolvenzschuldner geschützt wird.¹²

Ergebnis: Die Ansprüche des Vermieters auf diejenigen Mieten, die sich auf die Zeit zwischen Antrag und Verwertungsentscheidung beziehen, verdienen, in den Rang von Masseforderungen erhoben zu werden. Auf welche Rechtsgrundlage man diese Rangverbesserung stützt (Analogie zu § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO oder auf § 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 2 InsO), ist von nachgeordneter Bedeutung. Will die Insolvenzverwaltung den Vorrang abwenden oder beenden, muss sie über die Verwertung des Gebrauchsrechts des insolventen Mieters entscheiden und die Erhaltung des Gebrauchsrechts des Mieters ablehnen.

(iii) Anspruch des Vermieters auf Herausgabe der Mietsache

Hatte der Vermieter den Mietgegenstand vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Mieter überlassen und diesem den Gebrauch gestattet und lehnt die Insolvenzverwaltung es ab, die Rechte des Mieters aus dem Mietvertrag zu erhalten, stellt sich die Frage, ob der Vermieter die Rückgabe des Gegenstands verlangen kann. Sowohl der mietvertragliche Rückgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB als auch der eigentumsrechtliche Herausgabeanspruch aus

12 Hierzu: *von Wilmsky*, ZInsO 2004, 882 (885 f.). Ähnlich: Bundesregierung, Begründung zum Regierungsentwurf für eine Insolvenzordnung, BR-Dr. 1/92, Erläuterung zu § 126 RegE (= § 112 InsO); Frankfurter Kommentar zur InsO (*Wegener*), 7. Aufl. 2013, § 112 Rn. 1; *Eckert*, Miete, Pacht und Leasing im neuen Insolvenzrecht, ZIP 1996, 897 (898, 904). -- Anderer Auffassung (Befriedigung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO): *Kübler / Prütting / Bork (Pape / Schaltke)*, InsO, Stand 2017, § 55 Rn. 145; *Tintelnot*, ZIP 1995, 616 (620); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 20.48.

§§ 985, 986 BGB setzen voraus, dass das Mietverhältnis beendet und das vertragliche Besitz- und Gebrauchsrecht des Mieters erloschen ist.

Die herrschende Auffassung geht dahin, dass das Mietverhältnis (und damit das Gebrauchsrecht des Mieters) spätestens mit der Ablehnungsentscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters automatisch ende. Zur Begründung zog man zum einen die Erlöschenstheorie heran, die der BGH von 1988 bis 2003 vertrat. Danach sollten die beiderseitigen Leistungsansprüche bereits bei Verfahrenseröffnung erlöschen. Nachdem diese Lehre aufgegeben wurde, stützt man sich wieder auf eine andere Überlegung: Es sei die insolvenzmäßige Befriedigung der Vermieterforderungen, welche das Besitz- und Gebrauchsrecht des Mieters an dem überlassenen Gegenstand erlöschen lasse. Dass dies nicht zutrifft, wurde bereits dargelegt. Zur insolvenzmäßigen Befriedigung gehört, dass die noch ausstehenden Vermieterforderungen gegen den Wert der noch bestehenden Leistungsansprüche des Mieters verrechnet werden. Das Besitz- und Gebrauchsrecht, welches der Vermieter durch Überlassung bereits eingeräumt hat, ist jedoch kein Anspruch. Daher kann es nicht zur Verrechnung gegen die Vermieterforderungen dienen; es erlischt mithin nicht im Zug der insolvenzmäßigen Befriedigung.

Zu einer tragfähigen zivilrechtlichen Grundlage findet man, wenn man anerkennt, dass das Recht des Mieters, die ihm überlassene Mietsache zu besitzen und zu gebrauchen, nicht an der wertmäßigen Verrechnung teilhat, sondern fortbesteht. Nur eine Kündigung kann es beenden.

(iv) Recht des Vermieters zur fristlosen Kündigung

- Ende der Kündigungssperre: Die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, das bereits eingeräumte Gebrauchsrecht des Mieters nicht zu erhalten, lässt die Kündigungssperre des § 112 InsO auslaufen.
- Damit darf der Vermieter diejenigen Kündigungsrechte wieder ausüben, die ab dem Insolvenzantrag durch die Kündigungssperre suspendiert waren. Der Vermieter ist berechtigt, wegen der Insolvenz fristlos zu kündigen; die Insolvenz des Mieters ist ein wichtiger Kündigungsgrund (§ 543 Abs. 1 BGB).

- Mit der fristlosen Kündigung endet das Mietverhältnis und damit auch das dem Mieter eingeräumte Besitz- und Gebrauchsrecht. Der Vermieter kann dann vom Mieter die Rückgabe des Mietgegenstands verlangen (§ 546 Abs. 1 BGB, §§ 985, 986 BGB). Dieser Anspruch wird durch Aussonderung befriedigt (§ 47 InsO). Die fristlose Kündigung durch den Vermieter hat außerdem zur Folge, dass dem Vermieter die vereinbarte Miete nicht mehr bis zum ordentlichen Ende des Mietverhältnisses, sondern nur noch bis zum Wirksamwerden der fristlosen Kündigung zusteht.
- (v) *Wahlrecht des Vermieters (zwischen insolvenzmäßiger Befriedigung der Restlaufzeit und fristloser Kündigung)*

Nach der Entscheidung der Insolvenzverwaltung, die Rechte des Mieters aus dem Mietvertrag nicht zu erhalten, hat der Vermieter mithin die Wahl: Entweder lässt er das Mietverhältnis bestehen. Dann behält er seinen Anspruch auf die Mieten bis zum ordentlichen Ende des Mietverhältnisses. Dieser Anspruch wird insolvenzmäßig befriedigt, d.h. gegen den Wert der noch nicht erfüllten Gegenansprüche des Mieters verrechnet, und auf die verbleibende Differenz wird die Insolvenzquote ausgeschüttet (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Oder der Vermieter kündigt das Mietverhältnis fristlos.

Welche Option für ihn günstiger ist, hängt vom Erfüllungsstadium ab.

vor Gebrauchsüberlassung: Hier empfiehlt es sich nicht, das Kündigungsrecht auszuüben. Durch die Kündigung verlöre der Vermieter seinen Anspruch auf die Miete für die ordentliche Laufzeit des Vertrags. Die Kündigung ist nicht erforderlich, um von seiner Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung und –gestattung frei zu werden. Diese Wirkung erzielt bereits die insolvenzmäßige Befriedigung der Erfüllungsanspruchs, bei der der Anspruch des Mieters auf Gebrauchsgewährung (einschließlich Gebrauchsüberlassung) durch Verrechnung erlischt.

nach Gebrauchsüberlassung: Hier wird die fristlose Kündigung den Vermieter in aller Regel besser stellen. Durch die Kündigung verliert er zwar den Anspruch auf die Mieten für die restliche Laufzeit des Vertrags. Da das Besitz- und Gebrauchsrecht des Mieters mit der fristlosen

Kündigung erlischt, kann er den Mietgegenstand aber herausverlangen und anderweitig vermieten und dadurch Mietforderungen gegen einen solventen Mieter begründen.

(Die herrschende Praxis gibt dem Vermieter – nach Gebrauchsüberlassung -- demgegenüber beides: Den überlassenen Gegenstand erhält er vorzeitig zurück, und gleichwohl behält er sein Erfüllungsinteresse für die volle Laufzeit des Vertrags, welches – abzüglich der Vorteile durch vorzeitigen Rückerhalt und Neuvermietung -- als Insolvenzforderung befriedigt wird. Für diese Kumulation fehlt jeder Grund.)

3. Grundstücke und Räume

Miet- und Pachtverträge über Grundstücke und Räume unterfallen (anders als Mietverträge über bewegliche Gegenstände) nicht dem allgemeinen Insolvenzvertragsrecht. Für sie gilt vielmehr das Sonderrecht der §§ 108 bis 111 InsO.

Der § 108 Abs. 1 InsO enthält eine spezielle Verteilungsregelung, die von der generellen Verteilungsregelung des Insolvenzvertragsrechts (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) abweicht. In diesen Fällen empfiehlt es sich, die übliche Prüfungsreihenfolge umzukehren und als erstes die Verteilungsseite und erst als zweites die Verwertungsseite zu untersuchen.

Im Folgenden wird (allein) die Konstellation behandelt, dass das gemietete Grundstück oder der gemietete Raum noch vor dem Insolvenzverfahren dem Mieter zum Gebrauch überlassen worden war. (Insolvenzverfahren *nach* Gebrauchsüberlassung)

a) *Verteilung 1: Die Rechte des Vermieters (nach Gebrauchsüberlassung des Grundstücks)*

aa) *Ansprüche des Vermieters auf Zahlung der vereinbarten Miete*

-- spezielle Verteilungsregelung in § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO: Die Ansprüche des Vermieters (auf Miete und Nebenkosten) haben Massestatus. Sie werden im Insolvenzverfahren also vollständig befriedigt werden.

Wortlaut des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO: „Fortbestehen“ des Mietverhältnisses „mit Wirkung für die Insolvenzmasse“. Diese Formulierung ist missverständlich; jedes Vertragsverhältnis besteht im Insolvenzverfahren fort und entfaltet Wirkungen für das Insolvenzvermögen. Aber es besteht Einvernehmen, was gemeint ist: Verleihung des Massestatus an die Vermieterforderungen.

(Der Regelungsgehalt des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO wird im Schrifttum teilweise wenig zutreffend beschrieben.

Reischl, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 543: Der § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO bewirke „eine Vertragsübernahme ... kraft Gesetzes“. Offenbar wird angenommen, das Insolvenzvermögen würde (durch § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO) anstelle des Mieters Partei des Mietvertrags. Das trifft nicht zu. Das Insolvenzvermögen besitzt keine Rechtsfähigkeit und kann schon deshalb nicht Partei des Mietvertrags sein oder werden. Eine Vertragsübernahme (durch das Insolvenzvermögen) ist dadurch ausgeschlossen. Außerdem findet sich in § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO kein Hinweis auf eine „Vertragsübernahme“.)

-- Ausnahme: Ausgeklammert (von diesem Befriedigungsstatus) sind diejenigen Mieten und Nebenkosten, die auf die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entfallen; diese bleiben Insolvenzforderungen und werden lediglich zur Insolvenzquote befriedigt (§ 108 Abs. 3 InsO).¹³

13 § 108 Abs. 3 InsO entspricht § 105 Satz 1 InsO und ist aus denselben Gründen rechtspolitisch abzulehnen.

- Rückausnahme: Diejenigen Mieten, die auf die Zeit des Vorverfahrens (also die Zeit zwischen Insolvenzantrag und Verfahrenseröffnung) entfallen, sind Masseverbindlichkeiten. Das ist Folge der Kündigungssperre des § 112 InsO, die mit dem Insolvenzantrag einsetzt. (str.)

bb) Kündigungsrecht des Vermieters

Sollte der Vermieter vor dem Insolvenzverfahren ein Kündigungsrecht erlangt haben, kann er es aufgrund der Kündigungssperre des § 112 InsO ab Insolvenzantrag nicht ausüben. Die Kündigungssperre besteht im eröffneten Verfahren fort.

b) Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters (nach Gebrauchsüberlassung des Grundstücks)

Rechtliche Struktur der Verwertungsentscheidung: Die besonderen gesetzlichen Bestimmungen für Mietverträge über Grundstücke (§§ 108 und 109 InsO) setzen zwei Elemente ein.

- Vorläufige Verwertungsentscheidung kraft Gesetzes: Indem das Gesetz den Ansprüchen des Vermieters auf Zahlung der Miete und eventueller Nebenkosten Massestatus verleiht (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO), hat es eine (vorläufige) Verwertungsentscheidung bereits selbst getroffen. Bei bereits erfolgter Gebrauchsüberlassung: Das Recht des Mieters, die Sache zu besitzen und zu nutzen, bleibt zunächst einmal erhalten.
- Sonderkündigungsrecht der Insolvenzverwaltung (§ 109 Abs. 1 Satz 1 InsO): Das Insolvenzmietrecht räumt der Insolvenzverwaltung des Grundstücksmieters das Recht ein, die gesetzliche Verwertungsentscheidung abzuändern. Hierfür erhält die Insolvenzverwaltung ein Sonderkündigungsrecht. Gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO kann sie das Miet- oder Pachtverhältnis ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer mit einer Frist von drei Monaten kündigen. Durch dieses Sonderkündigungsrecht wird die Entscheidungsmacht der

Insolvenzverwaltung über die Verwertung der Rechte aus dem Mietvertrag wiederhergestellt. Die Insolvenzverwaltung wird in die Lage versetzt, die gesetzlich angeordnete Erhaltung der Mieterrechte (bei vollständiger Mietzahlung) auslaufen zu lassen.

-- Sonderregelung, wenn es sich bei dem Mietgegenstand um die Wohnung des Insolvenzschuldners handelt: § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO.

c) *Verteilung 2: Befriedigung der Vermieteransprüche (auf die Miete und die Nebenkosten) nach Sonderkündigung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO*

Anspruch des Vermieters auf „Schadensersatz“: Macht die Insolvenzverwaltung des Mieters von ihrem Sonderkündigungsrecht nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO Gebrauch, wächst dem Vermieter ein Anspruch auf „Schadensersatz“ zu (§ 109 Abs. 1 Satz 3 InsO). Zu ersetzen ist der Schaden, der sich daraus ergibt, dass das Mietverhältnis vorzeitig (d.h. früher als vereinbart) endet. Dieser Schadensersatzanspruch hat den Rang einer Insolvenzforderung.

(Zweck: Diese Regelung soll dafür sorgen, dass der Vermieter so steht, wie er bei Befriedigung seines Erfüllungsinteresses nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht (also nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) stünde. Der „Schadensersatzanspruch“ soll die Befriedigung abbilden, die das Erfüllungsinteresse des Vermieters nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht fände.)

Kritik: „Schadensersatz“ nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO sollte man in demselben Sinn wie die Differenzforderung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO verstehen. Auch beim Insolvenzmietrecht zu unbeweglichen Sachen gibt es nichts, was den insolventen Mieter zum Schadensersatz verpflichten könnte. Es geht vielmehr darum, dem Vermieter ein Befriedigungsvorrecht an denjenigen Ansprüchen einzuräumen, die dem insolventen Mieter noch gegen ihn, den Vermieter, zustehen. Umgesetzt wird dieses Befriedigungsvorrecht durch die Verrechnung der Werte der beiderseits noch ausstehenden Ansprüche; die Differenz, die zugunsten des Vermieters verbleibt, wird (nur) mit der Insolvenzquote befriedigt.

d) *Sicherungsrecht des Vermieters*

Für einen Teil der Ansprüche des Vermieters auf Miete und Nebenkosten, die auf die Zeit vor Verfahrenseröffnung entfallen, kommt eine abgesonderte Befriedigung in Betracht. Der Vermieter von Wohnraum, Grundstücken und sonstigen Räumen gehört zu den gesicherten Gläubigern seines insolventen Mieters. Für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis besitzt er ein gesetzliches Sicherungsrecht an den „eingebrachten Sachen des Mieters“ (§§ 562 f., § 578 Abs. 1, Abs. 2 BGB). Aus dem Erlös, der durch die Verwertung dieser Sachen erzielt wird, sind seine Forderungen vorrangig zu befriedigen. An diesem Befriedigungsvorrang nehmen jedoch diejenigen Mietzahlungsansprüche, die sich auf eine frühere Zeit als die letzten zwölf Monate vor Verfahrenseröffnung beziehen, nicht teil (§ 50 Abs. 2 Satz 1 InsO).

4. **Vergleich der Insolvenzregeln für bewegliche und unbewegliche Mietgegenstände**

Bei *beweglichen Mietgegenständen* muss die Insolvenzverwaltung aktiv werden, will sie die Ansprüche und Rechte, die dem insolventen Mieter aus dem Mietvertrag zustehen, erhalten. Um (vor Gebrauchsüberlassung) den Anspruch des Mieters auf Gebrauchsüberlassung durchsetzen zu können bzw. (nach Gebrauchsüberlassung) das Besitz- und Gebrauchsrecht des Mieters zu erhalten, muss sie erklären, dass die zukünftig anfallenden Mieten vollständig gezahlt werden und als Masseverbindlichkeiten gelten. Diese Entscheidung hat die Insolvenzverwaltung in den Fällen der noch ausstehenden Gebrauchsüberlassung unverzüglich nach entsprechender Aufforderung des Vermieters und in den Fällen der bereits erfolgten Gebrauchsüberlassung erst unverzüglich nach dem Berichtstermin zu fällen.

Bei *unbeweglichen Mietgegenständen* kann die Insolvenzverwaltung dagegen passiv bleiben, wenn die Rechte des Mieters aus dem Mietvertrag erhalten bleiben sollen. Indem das besondere Insolvenzmietvertragsrecht die laufenden Mieten für unbewegliche Sachen zu Masseverbindlichkeiten erklärt (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO), ist bereits kraft Gesetzes eine vorläufige Verwertungsentscheidung

zugunsten einer Erhaltung der Mieterrechte getroffen. Die Insolvenzverwaltung muss nur dann aktiv werden, wenn sie das Mietverhältnis vorzeitig beenden will. Zu diesem Zweck räumt ihr das Insolvenzmietvertragsrecht spezielle Beendigungsrechte ein, insbesondere das Sonderkündigungsrecht mit gesetzlicher Frist nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO.

Der wichtigste Unterschied liegt darin, dass bei beweglichen Gegenständen das Mietverhältnis rascher beendet werden kann als bei unbeweglichen Sachen. Während bei beweglichen Gegenständen keine Fristen gelten – die Insolvenzverwaltung kann jederzeit entscheiden, das Gebrauchsrecht des Mieters nicht zu erhalten; der Vermieter kann daraufhin fristlos kündigen –, ist bei der Kündigung eines Mietvertrags über eine unbewegliche Sache durch die Insolvenzverwaltung die Dreimonatsfrist des § 109 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InsO einzuhalten.

Keine Unterschiede ergeben sich (nach Gebrauchsüberlassung) übrigens bei der Befriedigung derjenigen Mieten, die auf die Zeit zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Entscheidung der Insolvenzverwaltung, das Mietverhältnis nicht zu erhalten (bei beweglichem Mietgegenstand), bzw. der Wirksamkeit der Kündigung der Insolvenzverwaltung (bei unbeweglichem Mietgegenstand) entfallen. Zwar gibt es nur bei unbeweglichen Mietgegenständen eine gesetzliche Bestimmung, die diesen Mieten den Rang von Masseverbindlichkeiten ausdrücklich zuspricht (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO). Bei beweglichen Mietgegenständen führt eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 112, 55 InsO aber zu demselben Ergebnis.

Wie man sieht, unterscheiden sich beide Rechtsregime nur wenig voneinander. Ob sich der Aufwand lohnt, der mit der Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Mietgegenständen im Insolvenzrecht einhergeht, muss daher bezweifelt werden.

5. Exkurs: Die Wohnung des Schuldners

Handelt es sich bei dem vermieteten Raum um die Wohnung des Schuldners, gelten Besonderheiten:¹⁴

a) *Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters*

aa) *vorläufige Verwertungsentscheidung durch das Gesetz (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO)*

Indem das Gesetz (in § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO) den Forderungen des Vermieters den Status von Masseforderungen verleiht (mit der Einschränkung des § 108 Abs. 3 InsO), ordnet es (vorläufig) die Erhaltung des Mietverhältnisses an.

bb) *Korrektur dieser (vorläufigen) gesetzlichen Verwertungsentscheidung: Enthftungserklärung (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO)*

-- Die Insolvenzverwaltung des Mieters kann die vorläufige Erhaltungentscheidung des Gesetzes aufheben. Wie diese Aufhebung erfolgt und was an die Stelle der vorläufigen Erhaltung des Mietverhältnisses tritt, ist bei Wohnungsmietverträgen anders ausgestaltet als bei sonstigen Grundstücken und Räumen.

- bei Wohnung: *kein* Sonderkündigungsrecht der Insolvenzverwaltung des Mieters (= im Gegensatz zu sonstigen Grundstücken und Räumen, § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO)

stattdessen: Recht der Insolvenzverwaltung des Mieters, die „Erklärung“ des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abzugeben (sog. *Enthftungserklärung*).

-- Wirkungen dieser „Erklärung“:

14 Übersicht bei Münchener Kommentar zur InsO (*Eckert*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 109 Rn. 49-62.

(1) Mietforderungen, die *nach* dem Zeitpunkt fällig werden, der sich aus § 109 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InsO ergibt (d.h. nach Ablauf von drei Monaten nach Abgabe der „Erklärung“ bzw. nach Ablauf derjenigen Frist, die das Mietvertragsrecht des BGB für die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch den Mieter vorsieht, falls diese Frist kürzer als drei Monate ist): kein Status von Masseverbindlichkeiten mehr (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO)

Mit der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO wird eine Ausnahme von § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO und von § 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 2 InsO geschaffen.

(2) subsidiäre Haftung für die erwähnten Mietforderungen: Die Haftung des Insolvenzvermögens endet; das Insolvenzvermögen haftet für diese Mietforderungen grundsätzlich nicht mehr (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO). Es kann aber zu einer subsidiären Haftung des Insolvenzvermögens kommen, wenn der Schuldner die Mietforderungen nicht bezahlt („Schadensersatz“ nach § 109 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 InsO).

(3) *keine* Beendigung des Mietverhältnisses (= Unterschied zu sonstigen Grundstücken und Räumen)¹⁵

-- Anmerkung zur Insolvenzpraxis: Die Wirkungen des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO werden in der Insolvenzpraxis teilweise recht missverständlich zum Ausdruck gebracht.

Es wird formuliert, dass „die Masse aus dem Mietverhältnis ausscheide“ oder dass „das Vertragsverhältnis von der Masse auf den Schuldner über[geleitet werde]“.¹⁶ Diese Ausdrucksweisen sind juristisch unzutreffend. Da das Insolvenzvermögen nicht Partei des Mietvertrags ist (und auch nicht durch § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO geworden ist) und mangels Rechtsfähigkeit auch gar nicht Vertragspartei sein kann, kann das

15 Der Fall kann sich jedoch so entwickeln, dass der Vermieter zur fristlosen Kündigung berechtigt ist. Dazu unter „Verteilung“.

16 Berichtet von Münchener Kommentar zur InsO (Eckert), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 109 Rn. 56.

Insolvenzvermögen auch nicht (als Partei) aus dem Mietverhältnis „ausscheiden“.

cc) *Verwertungsoptionen*

- entweder: Erhaltung des Mietverhältnisses (indem die Insolvenzverwaltung die vorläufige Erhaltungsentscheidung des Gesetzes nicht abändert und die „Erklärung“ des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht abgibt)
- oder: Überlassung des Mietverhältnisses einem ungewissen Schicksal, welches vom weiteren Verhalten des Schuldners abhängt (insbesondere davon, ob der Schuldner dafür sorgt, dass die erwähnten Mietforderungen des Vermieters aus den Teilen seines Vermögens, die nicht unter Insolvenzverwaltung stehen (d.h. die nicht zum Insolvenzvermögen gehören), vollständig bezahlt werden)
- Kriterium für Verwertungsentscheidung: Vergleich des Nutzens, den das Mietverhältnis innerhalb des Insolvenzvermögens (und damit für die Gläubiger des Schuldners) stiftet, mit dem Aufwand, der aus dem Insolvenzvermögen zur Erhaltung des Mietverhältnisses bestritten werden muss (= vollständige Erfüllung der erwähnten Mietforderungen).

dd) *Ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch die Insolvenzverwaltung?*

- Frage: Kann die Insolvenzverwaltung das Recht des Schuldners ausüben, das Mietverhältnis durch *ordentliche* Kündigung zu beenden?
- § 80 Abs. 1 InsO: grundsätzlich werden die Rechte, die der Schuldner hat, durch seine Insolvenzverwaltung ausgeübt. Das gilt auch für die Kündigungsrechte, die der Schuldner als Mieter hat.
- Problem: Hat das Rechtsinstitut der „Enthftungserklärung“ (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO) auch die Funktion, der Insolvenzverwaltung die Macht zu entziehen, das Recht des Mieters zur ordentlichen Kündigung auszuüben?

-- Antwort: h.M.: ja.¹⁷

zwar Wortlaut: Enthftungserklärung ersetzt lediglich das Sonderkündigungsrecht, das die Insolvenzverwaltung durch § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO erhält. Das Recht des Mieters zur ordentlichen Kündigung wird hiervon nicht tangiert.

aber Zweck: Das Rechtsinstitut der Enthftungserklärung soll bewirken, dass es nunmehr in den Händen des Schuldners liegt, ob er die zukünftigen Mieten aus den Teilen seines Vermögens zahlt, die nicht unter Insolvenzverwaltung stehen. Damit soll der Schuldner die Option haben, selbst für einen Fortbestand des Mietvertrags zu sorgen. Diese Option soll ihm nicht dadurch vorenthalten werden, dass die Insolvenzverwaltung das Recht des Mieters zur ordentlichen Kündigung ausübt.

-- Ergebnis: Die Insolvenzverwaltung des Mieters kann ohne Zustimmung des Mieters dessen Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses nicht ausüben.¹⁸

b) *Verteilung: Die Rechte des Vermieters*

Welche Rechte der Vermieter hat und wie diese ggf. aus dem Insolvenzvermögen befriedigt werden, hängt von der Verwertungsentscheidung ab, die die Insolvenzverwaltung des insolventen Mieters getroffen hat.

17 Münchener Kommentar zur InsO (Eckert), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 109 Rn. 51.

18 Der Mieter kann aber auch nicht selbst kündigen. Er kann nur die Insolvenzverwaltung anregen, sein Recht zur ordentlichen Kündigung auszuüben, und dieser Ausübung dann zustimmen. Münchener Kommentar zur InsO (Eckert), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 109 Rn. 55.

1. Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, es bei der vorläufigen gesetzlichen Entscheidung, das Mietverhältnis zu erhalten, zu belassen

-- Die Mietforderungen des Vermieters haben Massestatus (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO).

-- Ausnahme: § 108 Abs. 3 InsO

-- Rückausnahme: Mietforderungen für die Zeit der Kündigungssperre (Zeit zwischen Insolvenzantrag und Verfahrenseröffnung): Massestatus (umstritten)

-- Kein Kündigungsrecht des Vermieters.

Bestand vor dem Insolvenzverfahren ein Grund zur fristlosen Kündigung, der von § 112 InsO erfasst wird, so ist dieses Kündigungsrecht erloschen (wenn die Insolvenzverwaltung die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht abgibt).

2. Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, das Mietverhältnis, die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abzugeben

(i) Befriedigung der Mietforderungen des Vermieters

-- Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis Wirksamwerden der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO: Massestatus (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO)

-- Mietforderungen nach dem genannten Zeitpunkt (also nach dem Wirksamwerden der Enthftungserklärung):

primär: Befriedigung aus dem insolvenzfremigen Vermögen des Schuldners (d.h. aus denjenigen Teilen des Vermögens des Schuldners, die nicht unter Insolvenzverwaltung stehen)

dazu gehören: Arbeitseinkommen und Renten, soweit nicht pfändbar (§ 36 InsO); staatliche Sozialleistungen (wie Arbeitslosengeld, Sozialhilfe und ähnliche Leistungen)

Werden die genannten Mietforderungen des Vermieters aus diesen Quellen nicht vollständig befriedigt, haftet subsidiär das Insolvenzvermögen.

- subsidiäre Haftung des Insolvenzvermögens (für die Mietforderungen nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung):

sog. Schadensersatzanspruch nach § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO (m.E.: wie Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO)

- Mietforderungen anderer Zeitphasen:

Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens: nur Insolvenzforderung (Wertung des § 108 Abs. 3 InsO)

Rückausnahme: Zeit zwischen Insolvenzantrag und Eröffnung des Insolvenzverfahrens: Massestatus (wegen Kündigungssperre des § 112 InsO)

(ii) *Recht des Vermieters zu fristloser Kündigung*

- Ob der Vermieter berechtigt ist, das Mietverhältnis durch fristlose Kündigung vorzeitig zu beenden, hängt vom Verhalten des Mieters ab.
- Gelingt es dem Mieter, die Mietforderungen (ab Wirksamwerden der Enthaltungserklärung) vollständig zu bezahlen (aus dem insolvenzfreien Teil seines Vermögens), hat der Vermieter keinen wichtigen Grund.
- Kommt der Mieter den erwähnten Mietforderungen jedoch nicht nach, so kann daraus ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung durch den Vermieter erwachsen. Das beurteilt sich nach dem Mietvertragsrecht des BGB (und dort den Regeln über Wohnraummietverhältnisse).
- Kündigungssperre des § 112 InsO?
Wenn die Insolvenzverwaltung des Mieters an dem Gebrauchsrecht nicht

interessiert ist und daher die Erklärung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgibt, entfällt die Kündigungsschranke des § 112 InsO mit Ablauf der Dreimonatsfrist, und der Vermieter kann seine bislang suspendierten Kündigungsrechte wieder ausüben.¹⁹

Die Kündigungssperre des § 112 InsO ist mit Ablauf der Dreimonatsfrist entfallen; mit der Erklärung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO bringt die Insolvenzverwaltung zum Ausdruck, dass sie das Recht des Mieters zum Gebrauch der Immobilie nicht für die Insolvenzgläubiger nutzen möchte; damit hat die Kündigungssperre ihren Zweck erfüllt.

-- Das gilt allerdings nicht für alte Zahlungsrückstände:

Der Vermieter kann seine fristlose Kündigung nicht auf Verzögerungen von Mietzahlungen aus der Zeit vor dem Insolvenzantrag stützen.²⁰ Dies würde der Wertung des § 108 Abs. 3 InsO widersprechen. Nach dieser Regelung werden die auf die Zeit vor Verfahrenseröffnung entfallenden Mieten selbst dann nicht vollständig, sondern nur quotaal befriedigt, wenn die Insolvenzverwaltung keine Abwehrerklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgibt und die laufenden Mieten daher den Status von Masseverbindlichkeiten behalten. Schließt das Gesetz bei einer Nutzung des Gebrauchsrechts des Mieters eine vollständige Befriedigung (und damit auch eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzögerungen vor dem Insolvenzantrag) aus, muss dasselbe in den Fällen gelten, in denen die Ablehnungserklärung abgegeben wird. Anderenfalls würde man den Mieter zur vollständigen Zahlung der Mieten, die sich auf die Zeit vor dem Insolvenzantrag beziehen, zwingen, obwohl selbst bei einer Beibehaltung des Massestatus ein solcher Zwang nicht bestände.

19 Münchener Kommentar zur InsO (Eckert), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 109 Rn. 57. Vgl. auch Kübler / Prütting / Bork (Tintelnot), InsO, Stand 2017, § 109 Rn. 19 (Wegfall der Kündigungssperre bereits im Zeitpunkt der Abgabe der Haftungsbeschränkungserklärung).

20 Anders Kübler / Prütting / Bork (Tintelnot), InsO, Stand 2017, § 109 Rn. 19; Münchener Kommentar zur InsO (Eckert), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 109 Rn. 57.

- Damit der Vermieter fristlos kündigen kann: Es muss ein (neuer) Grund zur fristlosen Kündigung bestehen, eventuell nach § 569 Abs. 3 BGB.

Einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung erlangt der Vermieter erst dann, wenn Mieten, die auf die Zeit nach Wirksamwerden der Abwehrerklärung entfallen, im Ausmaß der §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 3, 569 Abs. 3 BGB verzögert sind.²¹ Die fristlose Kündigung des Vermieters bewirkt, dass der Vermieter die Mietforderungen, die bis zur ordentlichen Beendigung des Mietverhältnisses angefallen wären, verliert.

c) *Gesamtbild*

- Situation: Der Mietvertrag verursacht höhere Kosten, als er Nutzen stiftet – aus der Perspektive der Gläubiger des (insolventen) Mieters.
- Verwertungsentscheidung: Die Insolvenzverwaltung des Mieters gibt die Enthaltungserklärung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO ab.
- Wirkung: Der Insolvenzschuldner behält die Möglichkeit, seine Mietwohnung zu behalten.

Der Mieter erhält die Gelegenheit, innerhalb von drei Monaten Mittel aufzutreiben (ggf. aus Arbeitslosengeld, Sozialhilfe oder anderen staatlichen Sozialleistungen), um die neuen Mieten vollständig bezahlen zu können.

Andernfalls würde der Vermieter aufgrund neuer Mietrückstände das Recht erlangen, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen.

- faktische Unterschiede zu Nicht-Wohnungen (die die spezielle Regelung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO erklären können):

Arbeitseinkommen: Soweit die Mietkosten der Wohnung zum notwendigen Lebensunterhalt gehören, sind sie in den Beträgen enthalten,

21 Vgl. auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 20.51b.

in deren Höhe das Arbeitseinkommen des Schuldners nicht gepfändet werden darf (§ 36 Abs. 1 InsO, § 850c ZPO).

Schuldner ohne Einkommen: Zur Zahlung von Wohnungsmiete gibt es staatliche Sozialleistungen, die die Wohnbedürfnisse jedes Schuldners abdecken. (Wohngeld, Arbeitslosengeld, Hartz-IV, Sozialhilfe)

mithin: In aller Regel lassen sich die Mittel auftreiben, die für die künftigen Mietzahlungen benötigt werden. (Grenze: Luxuswohnung, die zu aufwändig für den Schuldner ist.)

- Zweck des Rechtsinstituts der Enthftungserklärung: es dem Mieter zu ermöglichen, den Mietvertrag zu erhalten, obgleich der Mietvertrag – aus der Perspektive der Gläubiger des Mieters – mehr Kosten verursacht, als er Nutzen stiftet.

10. 5. 2018 vorläufige Fassung; Änderungen vorbehalten