

## Rundschreiben 02/2019

### Thema: Insolvenz des Mieters/ Mietrecht

#### 1. Einleitung

Die Insolvenz eines Mieters führt zu Rechtsunsicherheit bei vielen Vermietern. Wie geht es weiter? Kann man kündigen? Wer zahlt die Miete oder bekommt man nichts mehr? Dies sind nur Beispiele für manche Fragen, die sich dem Vermieter stellen.

Die nachfolgende Darstellung zeigt auf, welche Ansprüche der Vermieter geltend machen kann, wenn der Mieter in die Insolvenz gerät. Entsprechendes gilt auch für Pachtverhältnisse.

Vorab sind eine Reihe von Begriffen zu klären, da der Vermieter nur einer unter vielen Gläubigern in Insolvenzverfahren ist. Dabei kann der Vermieter je nach Anspruch und Stadium des Verfahrens in verschiedene Gläubigerkategorien fallen, weshalb zunächst diese zu erläutern sind.

Das Insolvenzverfahren dient der gleichmäßigen Befriedigung sämtlicher Insolvenzgläubiger. Die Insolvenzordnung unterscheidet zwischen den folgenden **Gläubigergruppen**:

- die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO)
- die Massegläubiger (§ 53 InsO)
- die Aussonderungsgläubiger (§ 47 InsO)
- die Absonderungsgläubiger (§ 49 InsO)
- nachrangige Insolvenzgläubiger (§ 39 InsO)

**Insolvenzgläubiger** ist jeder Gläubiger, der zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat (§ 38 InsO).

**Aussonderungsberechtigte** Gläubiger sind gem. § 47 InsO keine Insolvenzgläubiger. Aussonderungsberechtigte Gläubiger sind solche Gläubiger, die einen Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstands aus der Insolvenzmasse haben, z.B. bei einfachem Eigentumsvorbehalt. Grundlage des Aussonderungsrechtes ist somit die Nichtzugehörigkeit des Gegenstands zur Insolvenzmasse, so z.B. das Eigentumsrecht des Vermieters oder des Auftraggebers bei Beendigung des Auftrags.

**Absonderungsberechtigte** Gläubiger sind dagegen solche, die keinen Anspruch auf den Gegenstand als solchen, sondern lediglich einen Anspruch auf bevorzugte Befriedigung aus dem Gegenstand haben, z.B. beim erweiterten Eigentumsvorbehalt. Sie sind regelmäßig daneben auch Insolvenzgläubiger, soweit der Insolvenzschuldner für die Ansprüche persönlich haftet. Absonderungsgläubiger sind z.B. Gläubiger, die ein rechtsgeschäftliches oder gesetzliches Pfandrecht haben oder die z.B. aufgrund einer Sicherungsübereignung oder einer Sicherungsabtretung an Gegenständen der Insolvenzmasse (Vermieterpfandrecht vor Verfahrenseröffnung) abgesichert sind.

**Massegläubiger** sind die Gläubiger, deren Forderung nach Verfahrenseröffnung oder durch den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verfügungsbefugnis begründet wurden, z.B. Miete nach Verfahrenseröffnung. Sie haben Anspruch auf vorrangige Befriedigung nach den Aus- und Absonderungsgläubigern, aber vor den Insolvenzgläubigern.

**Nachrangige Gläubiger** erhalten im Insolvenzverfahren nur ausnahmsweise eine Zahlung auf ihre Forderungen. Es handelt sich im Wesentlichen um Gläubiger, die Ansprüche haben, die unter die Eigenkapitalersatzvorschriften fallen, sowie um Insolvenzgläubiger mit ihren Zinsansprüchen, soweit diese nach Verfahrenseröffnung entstehen.

Bereits aus diesen Begriffsdefinitionen der Gläubigergruppen lässt sich entnehmen, dass es entscheidend darauf ankommt, welcher Gruppe der Vermieter im Einzelfall zuzuordnen ist. Die Stellung eines aussonderungsberechtigten Gläubigers, absonderungsberechtigten Gläubigers oder Massegläubigers ist privilegiert. Der Insolvenzgläubiger erhält meistens nur einen geringen Anteil seines Anspruches. Der nachrangige Gläubiger fällt regelmäßig gänzlich mit seinen Forderungen aus.

Nachfolgend wird zunächst dargestellt, welche Auswirkung die Insolvenz auf das Mietverhältnis hat und wie die Ansprüche der Vermieter in der Insolvenz des Mieters behandelt werden. Erörtert wird der Anspruch auf Miete, die Kündigungsmöglichkeiten, Betriebskostennachzahlungen sowie Schadensersatzansprüche. Darüber hinaus befasst sich die Darstellung auch mit der Frage, welche Auswirkungen die Insolvenz auf eine Zwangsvollstreckung und ein gerichtliches Verfahren hat.

## 2. Mietverhältnis in der Insolvenz

Mietverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume bestehen gem. § 108 Abs. 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Hierbei ist die Stellung des Schuldners als Mieter oder Vermieter gleichgültig. Der Mietvertrag ist somit zunächst insolvenzfest. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, Vorteile für die Insolvenzmasse zu erzielen.

Der Insolvenzverwalter darf in Bezug auf Immobilien bzw. Räume nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sein Wahlrecht gem. § 103 InsO nicht dahingehend ausüben, ob er den Vertrag erfüllt oder ablehnt.

Er muss den Vertrag erfüllen.

Nur § 109 ff. InsO beschränken diese Verpflichtungen, in denen Sonderkündigungsrechte (Rücktrittsrechte) bzw. bestimmte Erklärungsrechte eingeräumt werden.

## 3. Ansprüche des Vermieters in der Insolvenz des Mieters

Im Falle der Insolvenz ist für die Behandlung der Ansprüche des Vermieters neben der Art des Anspruchs der Verfahrenszeitpunkt maßgebend:

### 3.1. Miete vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Die Miete für die Zeit **vor** Beginn des Insolvenzverfahrens kann durch den Vermieter nur als Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO geltend gemacht werden; vgl. § 108 Abs.2 InsO.

Gleiches gilt für das Zwischenstadium **von** der Stellung des Insolvenzantrags **bis** zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vorläufige Insolvenzverwaltung), sofern nicht ausnahmsweise ein sogenannter „**starker**“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde, dem bereits in diesem Stadium die Verfügungsbefugnis übertragen wurde. In der Praxis ist es meist die Regel, lediglich einen sogenannten „**schwachen**“ vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen, die den Verfügungen des Schuldners zuzustimmen haben.

Mit der Entscheidung des BGH am 18.07.2002 wurde klargestellt, dass ein derartiger „schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter“ keine Masseverbindlichkeiten analog § 55 Abs. 2 InsO begründen kann<sup>1</sup>.

Vermieter müssen hier sehr vorsichtig sein, da der Vermieter selbst dann nur eine Insolvenzquote erhält, wenn ihm vom schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter mitgeteilt wurde, im Eröffnungsverfahren anfallende Mieten würden durch die Masse beglichen. Für den Vermieter sind nämlich solche Zusagen nach der zitierten Entscheidung des BGH wertlos. Der Vermieter ist nur dann gesichert, wenn die Miete bei einem schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter tatsächlich unverzüglich bezahlt wird (Bardeckung).

Einzige Möglichkeit bei Bestellung eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters ist es, eine gerichtliche Einzelermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten für das Mietverhältnis einzuholen. In der Praxis erfolgt aber diese Zustimmung seitens des Insolvenzgerichtes kaum. Im Gegensatz zu den Warenlieferanten, die nicht gezwungen werden können, ein insolventes Unternehmen weiter zu beliefern, ist der Vermieter kraft Gesetz gezwungen, die Mietsache weiter zur Gebrauchsüberlassung zur Verfügung zu stellen. Es dürfte daher aus der Sicht eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. eines Insolvenzgerichtes keinen dringenden Grund geben, von dieser im Gesetz nicht vorgesehenen Rechtsprechung des BGH bei Mietverhältnissen Gebrauch zu machen.

Im **Ergebnis** ist festzuhalten:

1. Die Miete vor Stellung des Insolvenzantrags ist lediglich eine Insolvenzforderung.
2. Die Miete ab Stellung des Insolvenzantrags bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist meist nur Insolvenzforderung.

Ausnahme:

Wenn ein „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter die Gebrauchsüberlassung für die Masse in Anspruch nimmt, dann liegt eine Masseforderung vor.

**TIPP:**

1.

Der Vermieter sollte unverzüglich Erkundigungen über den Stand des Insolvenzverfahrens einholen und sich eine Kopie des Bestellungsbeschlusses zukommen lassen, um überprüfen zu können, ob ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter oder ein „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist. Dies ist wichtig für die

- Feststellung, ob der Gesprächspartner tatsächlich als vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist
- Feststellung, ob der vorläufige Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten begründen kann oder im Einzelfall eine Einzelermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten erforderlich ist
- Feststellung, ob der vorläufige Insolvenzverwalter prozessführungsbefugt ist, d.h. ob der Mieter oder der vorläufige Insolvenzverwalter zu verklagen ist (schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter ist nicht prozessführungsbefugt)
- Feststellung, ob vorläufiger Insolvenzverwalter wegen unerfüllter Befriedigungszusagen gegenüber dem Vermieter persönlich aus § 61 InsO haftet oder allenfalls wegen kaum nachzuweisender Ansprüche wegen einer Garantieübernahme oder wegen Verschulden bei Vertragsschluss.

<sup>1</sup> BGH NZM 2002, 859

2.

Der Vermieter sollte mit Befriedigungsabreden vorsichtig sein und auch nicht der Verlockung nachgeben, Altschulden, d.h. Mietrückstände aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung, zu erzwingen. Derartige Befriedigungsabreden sind regelmäßig anfechtbar und können vom späteren Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung selbst dann angefochten werden, wenn sie von diesem selbst als vorläufigen Insolvenzverwalter getroffen worden sind.<sup>2</sup>

### 3.1.1. Vermieter als Insolvenzgläubiger

Insolvenzgläubiger sind Gläubiger die ein zur Zeit der Verfahrenseröffnung verhinderten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben. Der Vermieter muss diese Ansprüche schriftlich beim Insolvenzverwalter unter Beifügung von Belegen der Urkunden anmelden; vgl. § 174 InsO.

Der Insolvenzverwalter trägt die Forderungen in die Insolvenztabelle ein. In einem Prüfungstermin werden diese auf ihre Berechtigung hin überprüft. Das Ergebnis wird in der Insolvenztabelle vermerkt; vgl. § 178 Abs. 2 InsO.

Sofern die angemeldete Forderung zur Insolvenztabelle festgestellt wird, wirkt die Eintragung wie ein rechtskräftiges Urteil; vgl. § 178 Abs. 3 InsO. Sofern die Insolvenzforderung bestritten wird, verbleibt dem Vermieter nur die Möglichkeit auf Feststellung zur Insolvenztabelle zu klagen. Dies ist häufig wirtschaftlich wenig sinnvoll, da selbst bei einer Feststellung zur Insolvenztabelle der Vermieter allenfalls mit einer geringen Quote befriedigt wird.

Im Falle einer Aufhebung des Insolvenzverfahrens kann der Vermieter als Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Mieter aufgrund eines vollstreckbaren Tabellenauszugs betreiben; vgl. §§ 200, 201 Abs. 1 InsO. Dies gilt nicht, wenn dem Mieter als Schuldner Restschuldbefreiung gewährt wurde.

#### **TIPP:**

Für Vermieter ist es von Bedeutung, ob der Forderung eine *vorsätzlich unerlaubte Handlung* zugrunde liegt; z.B. wenn der Mietvertrag trotz einer zuvor abgegebenen eidesstattlichen Versicherung durch den Mieter abgeschlossen wurde. Hier muss sich der Vermieter bei einer Forderungsanmeldung ausdrücklich auf die Vorsätzlichkeit der erworbenen Forderung berufen. Der Schuldner muss bei persönlicher Anwesenheit im Termin diesen Vorwurf bestreiten. Versäumt dies der Mieter, bewirkt die als vorsätzlich unerlaubte Handlung angemeldete Forderung, dass diese von einer durch den Mieter beantragten Restschuldbefreiung nach § 302 Nr. 1 InsO ausgenommen ist. Dies hat zur Folge, dass der Vermieter aufgrund des vollstreckbar ausgefertigten Insolvenztabellenauszugs weiter gegen den Mieter vollstrecken kann.

### 3.1.2. Vermieter als absonderungsberechtigter Gläubiger

Die Stellung des Vermieters wegen Mietrückständen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist schwach, weshalb Sicherheiten, wie z.B. Kautions, Vermieterpfandrecht, etc. besondere Bedeutung haben. Der Vermieter kann sich wegen Ansprüchen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen der Miete nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen und der Insolvenzmasse den weiteren Gebrauch der Mietsache entziehen. Ebenso wenig kann er aufrechnen, vgl. § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Der Vermieter muss daher zur Durchsetzung der Zahlungsrückstände mögliche Sicherheiten kennen und verwerten.

Sofern der Mieter eine vereinbarte **Kautions** zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits gezahlt hatte, fällt der Forderungsanspruch gegenüber dem Vermieter in die

<sup>2</sup> BGH ZInsO 2003, 420, BGH ZInsO 2003, 417, OLG Celle ZInsO 2003, 185

Insolvenzmasse. Allerdings kann der Vermieter die Kautionszahlung behalten, da weiterhin bei Fortbestehen des Mietverhältnisses ein Sicherungsbedürfnis besteht. Insofern kann der Vermieter nicht gezwungen werden, die Kautionszahlung zur Insolvenzmasse auszubehalten bzw. eine Verrechnung mit laufenden Mietansprüchen zu akzeptieren. Der Vermieter kann sich aber aus der Barkautionszahlung durch Aufrechnung befriedigen.

Selbst wenn der Vermieter eine Kautionszahlung versäumt hat, empfiehlt es sich für den Vermieter in derartigen Situationen, wegen der Miete das gesetzliche **Vermieterpfandrecht** nach den §§ 562, 563 BGB auszuüben. Das gibt dem Vermieter das Recht, aus den in dem Objekt eingebrachten und pfändbaren Gegenständen eine **abgesonderte Befriedigung** aus dem Pfandgegenstand zu verlangen; vgl. §§ 49, 50 Abs. 1 InsO.

Das Absonderungsrecht wird bei beweglichen Gegenständen nach den §§ 166 – 173 InsO durch den **Insolvenzverwalter** anstelle des Gläubigers realisiert. Im Rahmen der Verwertung stehen der Insolvenzmasse, z.B. im Rahmen einer Versteigerung, Kostenbeiträge gem. §§ 170 Abs. 1, 171 InsO in Höhe von mindestens 9 % des Erlöses zzgl. Umsatzsteuer zu. Ein etwaiger Überschuss aus der Verwertung wird an den Vermieter als Gläubiger verteilt.

In der Verbraucherinsolvenz kann hingegen der **Vermieter** selbst die Verwertung der seinem Pfandrecht unterliegenden Gegenstände betreiben, vgl. § 313 Abs. 3 InsO und der dort als Treuhänder bezeichnete Insolvenzverwalter ist nicht befugt, Absonderungsgut aus dem Haftungsverband zu entfernen.

Ist zur Sicherung der Forderung des Vermieters eine Forderung des Mieters an den Vermieter **abgetreten**, sind auch hier die §§ 166 ff. InsO zu beachten. In diesem Fall kann der Insolvenzverwalter die Verwertung vornehmen, muss jedoch den Verwertungserlös an einen absonderungsberechtigten Vermieter auskehren und darf wiederum für die freie Insolvenzmasse gem. §§ 170 Abs. 1, 171 InsO einen Anteil von 9 % der zur Sicherung abgetretenen Forderungen einbehalten.

Sind zur Sicherung der Forderungen des Vermieters eine Forderung des Mieters an den Vermieter **verpfändet**, besteht ein solches Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters nicht. Dies gilt wiederum nur dann, wenn die Verpfändung nach § 1280 BGB offengelegt wurde.

**TIPP:**

1. Vermieter sollte Vermieterpfandrechte **unverzüglich** geltend machen, wenn er vom Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters etwas erfährt. Um die persönliche Verantwortung des Insolvenzverwalters zu erreichen, das Absonderungsrecht zu sichern, ist es wichtig, dieses schon gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter geltend zu machen.
2. Ist ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt, der ohne Wissen des Vermieters oder gegen seinen Widerspruch die eingebrachten Sachen des Mieters vom Grundstück entfernt, ist seitens des Vermieters unbedingt die Klagefrist des § 562b Abs. 2 Satz 2 BGB (1 Monat ab Kenntnis) zu beachten, um die Enthaltung der eingebrachten Sachen des Vermieters bis zur Verfahrenseröffnung zu vermeiden. Verklagt werden muss in einem solchen Fall der Mieter und nicht der vorläufige Insolvenzverwalter.

3. Das Vermieterpfandrecht ist nach § 50 Abs. 2 InsO in seiner Absonderungsstellung allerdings auf die Rückstände der letzten **12 Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens** beschränkt. Es umfasst nicht den Kündigungsentschädigungsanspruch nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO. Lediglich bei landwirtschaftlichen Grundstücken, bei denen auch ältere Rückstände ohne zeitliche Beschränkung umfasst werden, bilden eine Ausnahme; § 50 Abs. 2 Satz 2 InsO.
4. Der Vermieter sollte unabhängig von Sicherheiten, seine Forderungen zur Insolvenztabelle für den „Ausfall“ anmelden.

### 3.2. Miete *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Die **nach** der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehenden Mietansprüche müssen gem. § 108 Abs. 1 InsO durch den Insolvenzverwalter erfüllt werden. Die Forderungen des Vermieters stellen in derartigen Fällen **Masseverbindlichkeiten** dar; vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO. Sie sind bevorzugte Forderungen und werden aus der Insolvenzmasse vorweg berichtet, § 53 InsO.

Sollte der Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten nicht begleichen können, liegt ein Fall der sogenannten Masseunzulänglichkeit vor. Diese Masseunzulänglichkeit hat der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht anzuzeigen. Vorhandene Erlöse sind rangmäßig nach § 209 InsO zu berichtigen, wobei Mieten auf zweiter Position zu berücksichtigen sind, vgl. § 209 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 2 InsO.

Sofern wegen des nicht befriedigten Teils ein Ausfall verbleibt, kann der Vermieter unter Umständen Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter geltend machen, § 61 InsO. Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Insolvenzverwalter es versäumt hat, von seinem vorzeitigen Kündigungsrecht nach § 109 Abs. 1 InsO Gebrauch zu machen, obwohl die Mieträume leer stehen.

Die vorstehend genannte Privilegierung von Mieten als vorweg zu berichtigende Massenverbindlichkeiten gelten auch im **vorläufigen Insolvenzverfahren**, wenn durch richterlichen Beschluss auf den vorläufigen Insolvenzverwalter die Verfügungsbefugnis nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO übergegangen ist. Man spricht insofern von einem „**starken vorläufigen Insolvenzverwalter**“. Dies stellt in der Praxis den absoluten Ausnahmefall dar.

Stammen die Mieten aus der Zeit **nach** der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sind sie entgegen dem Gesetzeswortlaut ebenfalls nur einfache Insolvenzforderungen gem. § 38 InsO und der Vermieter damit nur Insolvenzgläubiger, wenn der Insolvenzverwalter das Mietobjekt **nicht** für die Masse **nutzbar** macht, es aber über die Verfahrenseröffnung hinaus durch den Mieter benutzt werden kann. Für diese Handhabung spricht der Umstand, dass nach den §§ 38, 41, 42, 191 InsO als Insolvenzforderungen auch betagte bzw. bedingte Forderungen geltend gemacht werden können. Dies ist gegeben, wenn der Mietvertrag bereits vor der Insolvenzeröffnung wirksam geschlossen wurde.

### 3.3. Kündigung

Sofern die Mietsache an den Mieter **überlassen** wurde, können die Parteien ein **bestehendes Mietverhältnis** bei Insolvenz einer Partei nach Maßgabe der nachfolgenden Übersicht kündigen:

Kündigungsmöglichkeit	Insolvenzeröffnungsverfahren	Insolvenzverfahren	
		Wohnraum	sonstige Räume und Grundstücke (z.B. Geschäftsraum)
Mieter	M: keine Besonderheiten	M: <b>Erklärungsrecht</b> gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO; keine Besonderheiten	M: <b>Sonderkündigungsrecht</b> gem. § 109 Abs. 1 InsO, § 580a Abs. 4 BGB
Vermieter	V: Kündigungssperre gem. § 112 InsO; keine Besonderheiten	V: Kündigungssperre gem. § 112 InsO; keine Besonderheiten	V: Kündigungssperre gem. § 112 InsO; keine Besonderheiten

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass **vor Überlassung** der Mietsache ein Rücktrittsrecht gem. § 109 Abs. 2 InsO besteht, auf dessen Darstellung wegen der geringen Praxisrelevanz verzichtet wird.

Wie der Übersicht zu entnehmen ist, ist zu unterscheiden zwischen dem Stadium des Insolvenzverfahrens, d.h. ob ein Insolvenzeröffnungsverfahren oder bereits ein eröffnetes Insolvenzverfahren vorliegt. Maßgebend ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung beim Mieter. Außerdem muss unterschieden werden zwischen den verschiedenen Miettypen, d.h. einerseits „Wohnraum“ und andererseits „sonstige Räume und Grundstücke“.

#### 3.3.1. Insolvenzeröffnungsverfahren

Im Insolvenzeröffnungsverfahren, d.h. im Zeitraum zwischen dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und dem Eröffnungsbeschluss des Insolvenzgerichts besteht das **Mietverhältnis** zwischen den Parteien fort. Auch die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters hat keine Auswirkung auf den Bestand des Mietverhältnisses. Das Mietverhältnis ist „insolvenzfest“.

Die Kündigungsmöglichkeiten des **Vermieters** sind durch die **Kündigungssperre** des § 112 Nr. 1 und 2 InsO eingeschränkt. Nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Vermieter den Mieter nicht mehr wegen eines Zahlungsverzugs kündigen, der **vor** dem Eröffnungsantrag eingetreten ist. Zudem ist die Kündigung wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Mieters ausgeschlossen.

#### 3.3.2. Insolvenzverfahren

Im Insolvenzverfahren, d.h. im Zeitraum ab dem Eröffnungsbeschluss des Insolvenzgerichtes, ist in der Insolvenz des Mieters zwischen „anderen Räumen als Wohnraum und Grundstücken“ (d.h. insbesondere Geschäftsraummiete) und „Wohnraum“ zu unterscheiden.

Bei **anderen Räumen als Wohnraum und Grundstücken** besteht das Mietverhältnis gem. § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort.

Dem für den **Mieter** auftretenden Insolvenzverwalter wird ein **Sonderkündigungsrecht** aus § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO mit den Fristen des § 580a BGB eingeräumt. Dieses Sonderkündigungsrecht gilt auch für befristete Mietverhältnisse.

Als Ausgleich räumt die Insolvenzordnung dem **Vermieter** einen **Anspruch auf Ersatz** des infolge der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses erlittenen **Schadens** aus § 109 Abs. 1

Satz 3 InsO ein. Hierbei handelt es sich aber lediglich um eine Insolvenzforderung im Sinne der §§ 38, 109 Abs. 1 Satz 2 InsO, die nur anteilmäßig befriedigt wird.

Der **Vermieter** hat **kein Sonderkündigungsrecht**, wie es früher in § 19 Abs. 1 Satz 1 KO vorgesehen war. Vielmehr hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, das Kündigungsrecht des Vermieters zu beschneiden. Die **Kündigungssperre** des § 112 InsO nimmt dem Vermieter die Kündigungsmöglichkeit wegen Zahlungsverzug der **vor** dem Eröffnungsantrag eintrat und wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Mieters.

Bei **Wohnraum** besteht das Mietverhältnis zunächst gem. § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort.

Der Insolvenzverwalter wird meistens für den **Mieter** gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO **erklären**, dass Ansprüche des Vermieters, die nach dem hypothetischen Kündigungstermin des § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 580a Abs. 1 Nr. 3 BGB fällig werden, nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können.

Folge hiervon ist, dass Mietforderungen ab dem hypothetischen Kündigungszeitpunkt keine Masseverbindlichkeit mehr darstellen. Für eine infolge der Erklärung des Insolvenzverwalters etwa entstehenden Schaden erhält der Vermieter eine Insolvenzforderung nach § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO, die nur anteilmäßig befriedigt wird.

Der **Vermieter** hat kein Sonderkündigungsrecht. Vielmehr werden dessen Kündigungsmöglichkeiten durch die **Kündigungssperre** des § 112 InsO eingeschränkt, so dass Zahlungsrückstände, die **vor** dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden, nicht zur Begründung einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs geeignet sind. Gleiches gilt wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Mieters.

**TIPP:**

1.

Der Vermieter sollte bei Vorliegen eines Kündigungstatbestandes schnell kündigen, um den Eintritt der Sperrwirkung des § 112 InsO zu vermeiden.

2.

Vertragliche Lösungsklauseln zu Gunsten des Vermieters für den Fall der Mieterinsolvenz sind bei Wohnraummiete unzulässig und bei der Geschäftsräummiere wegen § 119 InsO unwirksam<sup>3</sup>.

**3.4. Betriebskostennachzahlung**

Betrifft der Abrechnungszeitraum der Betriebskostennachzahlung noch vollständig die Zeit **vor** Eröffnung des Insolvenzverfahrens, handelt es sich lediglich um eine einfache Insolvenzforderung, die zur Tabelle anzumelden ist.

Liegt der Abrechnungszeitraum vollständig im Zeitraum **nach** der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, handelt es sich um eine Masseverbindlichkeit.

Ergreift der Abrechnungszeitraum der Betriebskostennachzahlung Zeiten **vor und nach** der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ist zeitgenau zu differenzieren. In derartigen Fällen wird der Vermieter allerdings verpflichtet, die Abrechnung nach den selben Grundsätzen zu erstellen, die auch für einen Mieterwechsel während des Abrechnungszeitraums gelten würden. Die Vorauszahlungen sind danach zu differenzieren, ob sie bereits aus der Masse vom Insolvenzverwalter geleistet wurden oder noch zuvor vom Insolvenzschuldner.

<sup>3</sup> BGH NZM 2014, 76

**TIPP:**

Dem Vermieter ist zu empfehlen, Zwischenablesungen bei den verbrauchsabhängigen Betriebskosten vorzunehmen, um später bei der Abrechnung keine Probleme bei der Zuordnung als Insolvenzforderung oder Masseforderung zu haben.

**3.5. Schadensersatzansprüche wegen unterlassener Schönheitsreparaturen**

Entscheidend ist auch hier, zu welchem Zeitpunkt die Schadensersatzansprüche entstanden sind.

Liegt der Zeitpunkt der Entstehung noch **vor** der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, handelt es sich um bloße einfache Insolvenzforderungen, die zur Insolvenztabelle anzumelden sind.

Liegt der Zeitpunkt der Entstehung **nach** der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sind sie als Masseverbindlichkeit geltend zu machen.

Ausnahmsweise soll allerdings auch bei Entstehung des Anspruchs nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens lediglich eine einfache Insolvenzforderung vorliegen, sofern die Überlassung der Mietsache wirtschaftlich nicht der Insolvenzmasse zugute gekommen ist, sondern das Schwergewicht der Nutzung vor der Insolvenzeröffnung lag. Die kurzzeitige Nutzung der Mietsache nach Insolvenzeröffnung durch den Insolvenzverwalter soll dabei unerheblich sein.

**4. Zwangsvollstreckung**

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind Maßnahmen der **Einzelzwangsvollstreckung** gem. § 89 InsO **unzulässig**. Sofern das Insolvenzgericht Sicherungsmaßnahmen nach den §§ 21, 22 InsO angeordnet hat, kann es zugleich bereits eingeleitete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner gänzlich untersagen oder einstweilig einstellen, es sei denn, es handelt sich um eine **Vollstreckung unbeweglicher Gegenstände**, § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO. Damit sind allerdings lediglich Maßnahmen zur Vollstreckung von Geldforderungen in unbewegliches Vermögen des Schuldners gemeint.

Sofern der Vermieter die **Räumungsvollstreckung** aufgrund eines noch **vor** der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder noch vor Antragstellung erwirkten Räumungsurteils betreibt, kann also auch diese vom Gericht untersagt oder eingestellt werden.

Geschieht dies nicht, ist die Vollstreckung aus einem zuvor ergangenen rechtskräftigen Räumungsurteil noch bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens möglich.

**TIPP:**

Der Vermieter sollte bei unmittelbar drohender Insolvenz regelmäßig von der Einleitung gerichtlicher Maßnahmen bzw. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ernsthaft prüfen, ob diese Maßnahmen wirtschaftlich sinnvoll sind. Wird ein Titel (Vollstreckungsbescheid/Urteil) erlangt, kann aufgrund der Dauer derartiger Verfahren bereits eine Unterbrechung (siehe unten) eingetreten sein. Das Verfahren liegt dann „auf Eis“. Selbst bei Vorliegen eines Titels können Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht mehr zulässig sein. Selbst wenn Forderungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung noch kurzfristig realisiert werden können, besteht die Gefahr, dass die daraus erzielten Erlöse wieder an den Insolvenzverwalter ausgekehrt werden müssen, da derartige Verwertungen als inkonguerente Deckung anfechtbar sind. Die Freude währt daher meistens nur kurz.

## 5. Gerichtliche Verfahren

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat Auswirkungen auf laufende gerichtliche Verfahren. Es greift § 240 ZPO ein, ohne dass es auf die Kenntnis der Parteien oder des Gerichts ankommt. Danach ist im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters das gerichtliche Verfahren **kraft Gesetz zu unterbrechen**, wenn es die Insolvenzmasse betrifft, bis entweder vom Insolvenzverwalter nach §§ 85, 86 InsO das Verfahren aufgenommen oder das Insolvenzverfahren beendet wird.

Keine Unterbrechung des Verfahrens tritt mit der bloßen Insolvenzantragstellung ein, was häufig auch von Gerichten missachtet wird. Auch hier kommt es darauf an, ob ein „starker“ oder „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wird. Ist wie meist lediglich ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt worden, hat dies zunächst keinerlei Auswirkungen auf das laufende gerichtliche Verfahren.

### TIPP:

Weil die Stellung des vorläufigen Insolvenzverwalters nur aus dem Eröffnungsbeschluss selbst ersichtlich ist, muss der Vermieter den Eröffnungsbeschluss besorgen und alle prozessualen Fristen wahren.

## 6. Zusammenfassung

Der Vermieter ist in der Insolvenz des Mieters nicht rechtlos gestellt. Allerdings sind die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens zu berücksichtigen. Besonders nachteilig kann es sein, hier nicht rechtzeitig seine Rechte in Anspruch zu nehmen. Der Vermieter sollte frühzeitig rechtliche Beratung suchen, zumal das Insolvenzrecht eine Spezialmaterie darstellt. Erschwerend kommt dazu, dass auch Mietverhältnisse im Rahmen der Insolvenz wieder besonderen rechtlichen Regelungen unterworfen sind, die kaum für den Laien erfassbar sind.

Der Schutz vor Ausfällen fängt bereits bei der Vertragsgestaltung (Sicherheiten) an, die leider von vielen Vermietern entgegen dem eigenen elementaren Interesse stiefmütterlich behandelt wird.

### TIPP:

1.

Der Vermieter sollte vor Abschluss des Mietvertrages die Möglichkeiten zur Bonitätsüberprüfung ausschöpfen.

2.

Der Vermieter sollte im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten Sicherheiten (Kautio) vereinbaren, aber auch an andere vertragliche Absicherungen denken, wie z.B.:

- Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters als zusätzlichen Mieter
- notarielle Beurkundung des Geschäftsraummietvertrages mit Zwangsvollstreckungs-Unterwerfung des Mieters, insbesondere auch Unterwerfung der sofortigen Räumungsvollstreckung
- Vereinbarung eines Kündigungsrechts bei Nichtzahlung der Kautio

3.

Der Vermieter sollte bei sich abzeichnenden Zahlungsschwierigkeiten des Mieters unverzüglich die gesetzlichen Möglichkeiten ausschöpfen, insbesondere von den Kündigungsmöglichkeiten nach den §§ 543 Abs. 2 Nr. 3, 569 Abs. 3 BGB Gebrauch machen (Vermeidung Sperrwirkung des § 112 InsO bzw. allgemein zu hoher Rückstände).