

# **Der Mietvertrag und das Wohnungseigentum in der Insolvenz**

Rainer Ferslev  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
Rathausstraße 6  
20095 Hamburg  
Tel.: 040-386 53 433  
Fax: 040-386 53 436  
e-Mail: [info@RainerFerslev.de](mailto:info@RainerFerslev.de)  
[www.RainerFerslev.de](http://www.RainerFerslev.de)

Stand: 1/2019

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Vermieter und Mieter als Schuldner .....</b>	<b>4</b>
1.	Grundsätzliches .....	4
2.	Besondere Fragen zu § 109 InsO. ....	5
3.	Besondere Fragen zum Eröffnungsverfahren. ....	7
a)	Keine Verpflichtung der Insolvenzmasse bei "schwacher" vorläufiger Insolvenzverwaltung. ....	7
b)	Möglichkeit der fristlosen Kündigung bei Zahlungsverzug.....	8
c)	Zur Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters.....	10
4.	Besondere Fragen zum eröffneten Insolvenzverfahren .....	12
a)	Der Aussonderungsanspruch des Vermieters.....	12
b)	Zum Anspruch des Vermieters auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung .....	14
c)	Zur Abgrenzung der Ansprüche des Vermieters als Insolvenzforderung oder Masseverbindlichkeit. ....	17
d)	Zum Vermieterpfandrecht des Vermieters, § 50 Abs. 2 InsO.....	23
e)	Zum Kautionsauszahlungsanspruch .....	28
f)	Die Aufrechnungsrechte des Mieters in der Insolvenz des Vermieters. ....	29
3.	Probleme bei masseunzulänglichen Verfahren. ....	31
a)	Altmasseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO.....	31
b)	Neumasseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO. ....	31
c)	Die Einrede der Masseunzugänglichkeit. ....	34
6.	Die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters nach den §§ 60, 61 InsO.....	35
7.	Insolvenzverfahren über das Vermögen juristischer Personen. ....	39
a)	die zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft für Insolvenzverschleppung gegenüber dem Vermieter.....	39
b)	Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Gesellschafter auf unentgeltliche Nutzungsüberlassung seines an die Gesellschaft vermieteten / verpachteten Objekts.....	43
c)	Zur Unanfechtbarkeit von Mietzinszahlungen und vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechten ....	48
d)	Zur Unanfechtbarkeit bei Ratenzahlungsvereinbarungen .....	52
e)	Zur Reform des Insolvenzanfechtungsrechts.....	55
8.	Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters.....	57
9.	Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen mit dem Ziel der Restschuldbefreiung. ....	58
1.	Rechtsfolgen der Erklärung des Verwalters gemäß § 109 Absatz 1 Satz 2 InsO.....	58
2.	Umfang der Schutzwirkung des § 112 InsO.....	61
3.	Die Freigabe schuldnerischen Vermögens nach § 35 Abs. 2 InsO. ....	61
4.	Reichweite der Erteilung der Restschuldbefreiung.....	67
5.	Das Sonderkündigungsrecht des § 111 InsO.....	70
<b>II.</b>	<b>Der Schuldner als Wohnungseigentümer .....</b>	<b>71</b>
1.	Grundsätzliches .....	71
2.	Das Wohnungseigentum in der Insolvenz des Wohnungseigentümers. ....	72
3.	Die Ansprüche der WEG und des Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren. ....	74
4.	Die Durchsetzung von Wohngeldansprüchen .....	79
5.	Zur Geltendmachung bevorrechtigter Hausgeldforderungen der WEG in der Insolvenz eines Wohnungseigentümers, § 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 ZVG. ....	82

*Stand:Dezember 2018*

## I. Vermieter und Mieter als Schuldner

### 1. Grundsätzliches

Grundsätzlich (allerdings mit einigen Ausnahmen) enden die vertraglichen Beziehungen des Schuldners mit seinen Gläubigern mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen, vgl. §§ 115 – 119 InsO.

Eine der Ausnahmen besteht darin, dass bei gegenseitigen Verträgen, die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens weder vom Schuldner, noch vom Gläubiger vollständig erfüllt waren, der Insolvenzverwalter (und nur der Insolvenzverwalter) die Erfüllung eines solchen Vertrages vom Gläubiger verlangen kann, § 103 InsO.

Eine weitere Ausnahme ist in § 108 InsO geregelt: **Mietverhältnisses über unbewegliche Gegenstände bestehen im Insolvenzverfahren fort, unabhängig davon, ob das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters oder des Vermieters eröffnet wurde.** Allerdings setzt die Anwendbarkeit des § 108 InsO in der Vermieterinsolvenz voraus, dass die Mietsache bereits bei Eröffnung an den Mieter übergeben wurde (vgl. BGH ZInsO 2007, 1111).

Ansprüche auf **rückständigen Mietzins aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens** können nur als **Insolvenzforderungen**, § 38 InsO, geltend gemacht werden, § 108 Abs. 3 InsO. Dies gilt auch dann, wenn der Mietvertrag **im Eröffnungsverfahren** – also im Zeitraum zwischen Insolvenzantragstellung, Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach den §§ 21 ff InsO, Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters bis zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung – **fortbesteht.**

**Anmerkung:** Bei Anordnung der so genannten **starken vorläufigen Insolvenzverwaltung**, §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 22 Abs. 1 InsO, werden gemäß § 55 Abs. 2 Satz 3 InsO allerdings Masseverbindlichkeiten begründet, wenn der vorläufige Verwalter die gemieteten Räumlichkeiten für sich in Anspruch nimmt.

Ansonsten entstehen Masseverbindlichkeiten erst ab  
Verfahrenseröffnung, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

## 2. Besondere Fragen zu § 109 InsO.

Gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO erhält der Verwalter mit der Verfahrenseröffnung **ein Sonderkündigungsrecht**, das es ihm gestattet, das Mietverhältnis **unabhängig von seiner zeitlichen Befristung** zu kündigen. Die Kündigungsfrist beträgt generell **drei Monate zum Monatsende**, wenn nicht eine kürzere Frist vereinbart ist.

Abgesehen von einigen Modifikationen gelten für die ordentliche und die außerordentliche Kündigung keine Besonderheiten. Zu beachten sind insbesondere

- § 543 BGB: Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.
- §§ 568 ff BGB: Außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund bei Wohnraummietverträgen.
- § 580 a BGB: Ordentliche Kündigung bei gewerblichen Mietverhältnissen.

Grundsätzlich ist eine **fristlose Kündigung bei Zahlungsverzug** auch im Insolvenzverfahren nicht ausgeschlossen. Einschränkungen ergeben sich nur **aus § 112 InsO**, der nach Stellung des Insolvenzantrages die Kündigung wegen Zahlungsverzuges ausschließt, wenn der Zahlungsverzug und damit dieser Kündigungsgrund **schon vor dem Insolvenzantrag** entstanden war. Des Weiteren ist nach Insolvenzantragstellung eine Kündigung **wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners** nicht mehr möglich.

Eine fristlose Kündigung gemäß § 543 BGB ist jedoch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Zahlungsverzug, auf den die Kündigung gestützt

wird, erst nach Antragstellung eingetreten ist. Dies gilt nach herrschender Meinung auch für einen Zahlungsverzug, den **ein vorläufiger Insolvenzverwalter hat auflaufen lassen**.

**Anmerkung:** Wird bei einem gewerblichen Mietverhältnis über das Vermögen eines Mieters das Insolvenzverfahren eröffnet, beendet die Kündigung des Insolvenzverwalters **den Mietvertrag auch mit Wirkung für die Mitmieter**, vgl. BGH vom 13.03.2013, ZInsO 2013, 873 ff.

Sowohl im Falle des § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO, als auch im Falle des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO können Schadenersatzansprüche des Vermieters nur als Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO geltend gemacht werden, § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO. Hierzu folgendes **Beispiel**:

*Die Parteien schlossen am **01.07.2010** einen Mietvertrag für die Dauer von fünf Jahren ab. Der Mietzins beträgt monatlich € 800,00. Am **01.10.2013** wurde über das Vermögen des Mieters das Insolvenzverfahren eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt schuldete der Mieter vier Monatsmieten. Der Insolvenzverwalter kündigte nach Insolvenzverfahrenseröffnung das Mietverhältnis zum **30.06.2014**. Dem Vermieter gelang es schließlich, die Mieträumlichkeiten ab dem **01.01.2015** für € 500,00 monatlich weiterzuvermieten. Die Ansprüche des Vermieters sind wie folgt zu qualifizieren:*

- Eine Insolvenzforderung in Höhe von € 3.200,00 für die Zeit vor Verfahrenseröffnung.
- Eine Masseforderung in Höhe von € 7.200,00 für den Zeitraum von 10/2013 bis 06/2014.
- Ein Schadenersatzanspruch als Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO in Höhe von € 4.800,00 (07 bis 12/2014 à € 800,00) und weitere € 1.800,00 (6 x € 300,00 Differenz für die Zeit nach

Wirksamwerden der Kündigung bis zum Ende der Vertragslaufzeit des Vertrages).

Sind **dem Mieter die Räumlichkeiten bei Verfahrenseröffnung noch nicht übergeben worden**, so tritt gemäß § 109 Abs. 2 InsO an die Stelle des Kündigungsrechts ein beiderseitiges Rücktrittsrecht. Tritt der Verwalter zurück, können Schadensersatzansprüche des Vermieters nur als Insolvenzforderungen geltend gemacht werden. Gemäß § 109 Abs. 2 Satz 3 InsO haben beide Vertragsparteien, also sowohl der Verwalter, als auch der Vermieter das Recht, den jeweils anderen Teil zu einer Erklärung zum Rücktritt binnen zwei Wochen aufzufordern.

### 3. Besondere Fragen zum Eröffnungsverfahren.

#### a) Keine Verpflichtung der Insolvenzmasse bei "schwacher" vorläufiger Insolvenzverwaltung.

Wird – wie in ca. 90 % aller Fälle – nach Insolvenzantragstellung ein vorläufig "schwacher" Insolvenzverwalter bestellt, § 21 Abs. 2 Nr. 2. Alternative InsO, werden keine Masseverbindlichkeiten begründet. § 55 Abs. 2 InsO findet keine analoge Anwendung, vgl. BGH ZInsO 2002, 819.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Insolvenzgericht – ausnahmsweise – einen so genannten "starken" vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt, §§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alternative, 22 Abs. 1 Satz 1 InsO. Der starke vorläufige Insolvenzverwalter begründet gemäß § 55 Abs. 2 InsO Masseverbindlichkeiten.

Etwas anderes gilt auch dann, wenn der vorläufig schwache Insolvenzverwalter eine **gerichtliche Einzelermächtigung** erhalten hat, bereits in der Eröffnungsphase (ausnahmsweise) mit bestimmten

Gläubigern Verträge abschließen zu dürfen, deren Forderungen dann Masseverbindlichkeiten werden, vgl. BGH ZInsO 2002, 819.

b) Möglichkeit der fristlosen Kündigung bei Zahlungsverzug.

Der Vermieter läuft also Gefahr, für die Dauer des Eröffnungsverfahrens die gemieteten Räumlichkeiten weiter zur Verfügung stellen zu müssen, ohne den geschuldeten Mietzins zu erhalten. Der Vermieter kann nur **bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 543 BGB kündigen.**

Wird das Mietverhältnis im Eröffnungsverfahren mit Grund fristlos gekündigt, so besteht grundsätzlich kein Recht der Insolvenzmasse zur Nutzung der gemieteten Räumlichkeiten, es sei denn

**das Insolvenzgericht hat eine Anordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO getroffen.**

**Hinweis:** Hierzu BGH vom 03.12.2009, ZIP 2010, 141:

- Das Insolvenzgericht kann ein Verwertungs- und Einziehungsverbot für künftige Aus- und Absonderungsrechte sowie eine Anordnung, dass davon betroffene Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens eingesetzt werden können, nur durch eine individualisierende Anordnung treffen. Unzulässig und unwirksam sind formularmäßige Pauschalanordnungen, die auf die erforderliche Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen verzichten.
- Aus einer Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO kann der betroffene Rechtsinhaber die dort zuerkannten Ausgleichsansprüche geltend machen, auch wenn die Anordnung wegen Unbestimmtheit unwirksam ist.



- Ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung in der Form von Zinsen nach § 169 Satz 2 InsO kommt auch bei einer Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO nur für einen Zeitraum in Betracht, der drei Monate nach dieser Anordnung liegt.

Hat der Vermieter berechtigt fristlos gekündigt, sind folgende Fragen zu beantworten:

- Kann der Vermieter bereits im Eröffnungsverfahren Klage auf Herausgabe der Mietsache erheben?: Ja.
- Gegen wen ist Klage zu richten?: Den Schuldner, wenn nur ein schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde.
- Kann aus einem ergangenen Urteil vollstreckt werden?: Ja, da Aussonderungsansprüche geltend gemacht werden; es sei denn, das Insolvenzgericht hat eine Anordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 getroffen.
- Was passiert, wenn nach Rechtshängigkeit das Insolvenzverfahren eröffnet wird?: Das Passivrubrum ist ggfs. zu berichtigen. Passivlegitimiert ist nunmehr der Insolvenzverwalter, auf den das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Schuldners gemäß § 80 InsO übergegangen ist, es sei denn, der Insolvenzverwalter hat keinen Besitz an der Mietsache und will auch keinen Besitz ausüben oder er hat bereits die Freigabe des Mietgegenstandes gegenüber dem Vermieter erklärt.
- Hat der vorläufige Insolvenzverwalter ein Recht, die Räumlichkeiten in Besitz zu nehmen?: Der vorläufige schwache Insolvenzverwalter übt nur Schuldnerrechte aus. Der starke vorläufige Insolvenzverwalter hat eigene Rechte und kann, wie der bestellte Insolvenzverwalter, die Mietsache in Besitz nehmen.
- Was kann der vorläufige Insolvenzverwalter gegen eine verbotene

Eigenmacht des Vermieters unternehmen?: Im Rahmen der eben beantworteten Frage kann der Schuldner oder der starke vorläufige Insolvenzverwalter die Besitzeinräumung im Wege der einstweiligen Verfügung geltend machen, § 940 a ZPO.

c) Zur Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters.

Der **starke** vorläufige Insolvenzverwalter haftet persönlich für nicht befriedigte Masseverbindlichkeiten gemäß § 61 InsO. Ist für ihn absehbar, dass er die von ihm begründeten und nach § 55 Abs. 2 InsO zu befriedigenden Ansprüche nicht erfüllen kann, **muss er die Nutzung der Mietsache unterlassen und dem Vermieter die Rückgabe anbieten**. Tut er dies nicht, wird er den Entlastungsbeweis gemäß § 61 Satz 2 InsO regelmäßig nicht führen können und haftet dem Vermieter auf das **negative Interesse**.

Der vorläufig schwache Insolvenzverwalter haftet grundsätzlich nicht, auch nicht nach § 55 Abs. 2 InsO analog, vgl. BGH ZInsO 2002, 819. Es kommt nur eine Haftung aus Garantievertrag oder aus § 311 Abs. 2 BGB (früher: c.i.c.) in Betracht. Dies sei an folgendem **Beispiel verdeutlicht**:

*V führt als schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter den schuldnerischen Betrieb im Eröffnungsverfahren fort. Um die zur Betriebsfortführung benötigten Gläubiger bei der Stange zu halten, verfasst er ein Rundschreiben, das auch den Vermieter erreicht. In diesem Rundschreiben teilt V u. a. mit, dass er sich darum bemühen werde, die im Eröffnungsverfahren begründeten Ansprüche aus der Masse zu erfüllen, sofern diese ausreiche. Weitere Zusagen könne er allerdings nicht machen. Er bitte aber darum, im Interesse der Betriebsfortführung die Geschäftsbeziehung fortzusetzen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt sich heraus, dass Masseunzulänglichkeit besteht.*

**Variante:**

*V hat den Vermieter persönlich angeschrieben und diesen gebeten, den Mietvertrag nicht zu beenden, da anderenfalls der Betrieb nicht fortgeführt werden könne. V stehe aber dafür ein, dass die Ansprüche des Vermieters, soweit sie während des Eröffnungsverfahrens entstehen, bezahlt werden. Der Vermieter sieht deshalb von einer fristlosen Kündigung während des drei Monate andauernden Eröffnungsverfahrens ab.*

**Ausgangsfall:**

- § 55 Abs. 2 InsO analog: Nein
- § 311 Abs. 2 BGB: Nein, da kein Vertrauen erweckt wurde, sondern lediglich ein Hinweis auf die Rechtslage erfolgte.

**Variante:**

- § 55 Abs. 2 InsO analog?: Nein
- § 311 Abs. 2 BGB?: Ja, da ein persönliches Vertrauen in Anspruch genommen wurde.

**Hinweis:** Zur Anfechtbarkeit der Befriedigung von Altverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters hat der BGH am 30.01.2013 (ZInsO 2013, 551 entschieden:

- Der Insolvenzverwalter ist grundsätzlich berechtigt, die Erfüllung von Altverbindlichkeiten nach den Regeln der Deckungsanfechtung auch dann anzufechten, wenn er einer Rechtshandlung des Schuldners zugestimmt hat, durch die gesetzliche Ansprüche oder Altverbindlichkeiten erfüllt wurden, ohne dass dies mit einer künftig zu

erbringenden eigenen Leistung des Gläubigers im Zusammenhang steht.

- Die Anfechtung ist nur dann ausgeschlossen, wenn der vorläufige Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt durch sein Handeln einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand gesetzt hat und der Empfänger der Leistung demzufolge nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) damit rechnen durfte, ein auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr entziehbares Recht erhalten zu haben. Dies trifft grundsätzlich auch für Rechtshandlungen zu, welche die Tilgung von Altverbindlichkeiten zum Gegenstand haben.
  
- Einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand begründet der vorläufige Verwalter in der Regel dann, wenn er Verträgen vorbehaltlos zustimmt, die der Schuldner mit dem Gläubiger nach Anordnung von Sicherungsmaßnahmen geschlossen und in denen er im Zusammenhang mit an das Schuldnerunternehmen zu erbringenden Leistungen des Gläubigers Erfüllungszusagen für Altverbindlichkeit gegeben hat. Wegen der Einbindung des vorläufigen Verwalters in den Vertragsschluss darf der Gläubiger davon ausgehen, die als Erfüllung geleisteten Zahlungen endgültig behalten zu dürfen. Sie können ihm daher auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr im Wege der Anfechtung entzogen werden.

#### 4. Besondere Fragen zum eröffneten Insolvenzverfahren

##### a) Der Aussonderungsanspruch des Vermieters.

Sofern das Mietverhältnis bereits vor dem Insolvenzverfahren oder aber im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters wirksam gekündigt worden ist, hat der Vermieter grundsätzlich einen Anspruch auf **Aussonderung der Mietsache**, §§ 546, 985 BGB i. V. m. § 47 InsO. Der Anspruch aus § 546 BGB geht dabei nicht weiter, als derjenige aus § 985 BGB, vgl. BGH vom 07.07.2010, NZI 2010, 901. Dies bedeutet,

dass der Vermieter aus **§ 47 InsO nur auf Herausgabe**, also auf Verschaffung des unmittelbaren Besitzes klagen kann, weitergehende Ansprüche – wie etwa Rückbauverpflichtungen, Ansprüche auf Beseitigung von Schäden der Mietsache etc. – können nicht im Wege der Aussonderung geltend gemacht werden. Bei Ihnen handelt es sich vielmehr um **Masseverbindlichkeiten** gemäß § 55 Abs. 1 InsO oder um **Insolvenzforderungen** gemäß § 38 InsO.

Ein Herausgabeanspruch besteht gegenüber dem Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes nur dann, wenn der Insolvenzverwalter die Mietsache in Besitz genommen hat, er also die Mietsache oder aber hierauf verbrachte Sachen für die Masse nutzt. Ausreichend ist auch, wenn der Insolvenzverwalter unter Anerkennung des fremden Eigentums das Recht für sich beansprucht, die Sache für die Masse zu nutzen und darüber zu entscheiden, ob und wann er sie an den Vermieter zurückgibt, vgl. BGH NZI 2008, 554.

Demgegenüber muss sich der Vermieter dann, wenn der Insolvenzverwalter keinen Besitzwillen hat und das Mietobjekt tatsächlich auch nicht für die Masse nutzt, **ausschließlich an den Schuldner halten. Eine Klage gegen den Insolvenzverwalter wäre unbegründet**, vgl. BGH NZI 2008, 554. Denn bei dem Aussonderungsanspruch nach § 47 InsO handelt es sich um einen solchen, der **außerhalb des Insolvenzverfahrens des Schuldners** besteht und der mit dessen Insolvenzverfahren grundsätzlich nichts zu tun hat.

**Anmerkung:** Bei **beweglichen Sachen** ist der Insolvenzverwalter von der Eröffnung an zur Herausgabe verpflichtet, wenn der Verwalter nicht die Erfüllung wählt, § 103 InsO und BGH ZIP 2007, 778.

Der Insolvenzverwalter ist im Rahmen des § 47 InsO (Aussonderung) nur dann verpflichtet, den Besitz an der Mietsache aufzugeben und dem Vermieter unmittelbaren Besitz zu übertragen, wenn der Verwalter selbst

die Mietsache in Besitz genommen hat, vgl. BGH vom 16.10.08 – IX ZR 207/06 und aktuell BGH vom 29.01.2015 – IX ZR 279/13, ZIP 2015/589

Für diese Übertragung des Besitzes genügt bereits das Ermöglichen der Besitzerlangung durch den Vermieter, BGH ZInsO 2001, 751. Die nach § 854 Abs. 2 BGB erforderliche Einigung über den Besitzübergang ist auch stillschweigend möglich. Eine mangelnde Einigung kann sich beispielsweise aus dem Verhalten des Vermieters ergeben, etwa wenn **der Vermieter ein Grundstück eingehend untersucht** und eine nicht ordnungsgemäße Räumung bemängelt hat, vgl. OLG Saarbrücken, ZInsO 2006, 779.

Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, bei der Aussonderung der Mietsache mitzuwirken. **Die schuldhafte Vereitelung oder Erschwerung der Aussonderung** kann zu Schadenersatzansprüchen des Vermieters gemäß § 60 InsO führen. Ein Schaden kann etwa dadurch entstehen, dass der Vermieter eine Anschlussvermietung nicht realisieren kann. Auch bei **unerlaubter Untervermietung** kommt eine Haftung des Verwalters gegenüber dem Vermieter in Betracht, weil der Verwalter die insolvenzspezifische Pflicht verletzt, die Mietsache an den aussonderungsberechtigten Vermieter herauszugeben, vgl. BGH ZIP 2007, 539.

**Anmerkung:** Demgegenüber trifft den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter keine Verpflichtung zur Herausgabe eines Mietobjekts, da er hierüber nicht Verfügungsberechtigter ist, vgl. LG Lübeck vom 28.10.2010, ZInsO 2011, 391 ff.

b) Zum Anspruch des Vermieters auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung.

Der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung, § 546 a BGB, der **als Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 bzw. 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO geltend zu machen ist**, kann nur dann entstehen, wenn der

Insolvenzverwalter die Mietsache nach Insolvenzeröffnung weiterhin nutzt und den Vermieter hierbei gezielt vom Besitz ausschließt, er also dem Vermieter einer unbeweglichen Sache diese **vorenthält**, vgl. BGH ZIP 1993, 1874 und Palandt-Weidenkraff, § 546a, Rn 8 ff.

Verweigert der Verwalter die Herausgabe, so gibt er hierdurch aus der Sicht eines objektiven Empfängers gemäß §§ 133, 157 BGB seinen Nutzungswillen zu erkennen.

Ist hingegen der Vermieter nicht zur Rücknahme bereit, **fehlt es regelmäßig an einem Vorenthalten**. Zweifel am Rücknahmewillen des Vermieters bestehen z.B. dann, wenn er die Abnahme der gemieteten Räumlichkeiten wegen einer nur unvollständigen Erfüllung der Räumungspflicht – etwa dem Zurücklassen von Einrichtungsgegenständen, Reststoffen und Abfällen – verweigert, vgl. BGH ZInsO 2001, 751 und BGH ZInsO 2002, 524.

**Anmerkung:** Bei beweglichen Sachen gelten die §§ 103, 107 InsO. Wählt der Verwalter Nichterfüllung, so muss er die Mietsache ab Verfahrenseröffnung herausgeben. Der Anspruch auf Nutzungsentschädigung wird allerdings nur dann zur Masseverbindlichkeit, wenn der Verwalter - ohne die Erfüllung zu wählen - die Mietsache weiter benutzt. Anderenfalls ist der Anspruch nur Insolvenzforderung nach § 38 InsO, vgl. BGH ZIP 2007, 778.

War **das Mietverhältnis allerdings bereits vor Verfahrenseröffnung beendet**, so handelt es sich bei **sämtlichen Abwicklungsansprüchen aus dem Mietvertrag** und auch dem Anspruch aus § 546 a BGB um **reine Insolvenzforderungen**, wobei der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung nicht dadurch zu einer Masseverbindlichkeit wird, dass der Insolvenzverwalter auf das Herausgabeverlangen des Vermieters nicht reagiert, vgl. BGH ZIP 2007, 340.

Dies sei am folgenden **Beispiel** erläutert:

*Bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin (GmbH) am **01.11.2014**, die die Verschrottung von Kraftfahrzeugen betrieb, hatte der Vermieter einen rechtskräftigen Räumungs- und Herausgabebetitel erwirkt und einen neuen Mietvertrag mit M abgeschlossen, der auch zur sofortigen Übernahme des Grundstückes bereit war. Aufgrund der Marktlage war der Vermieter nur in der Lage, mit M einen monatlichen Mietzins in Höhe von € 2.800,00 zu vereinbaren, während die Schuldnerin einen monatlichen Mietzins in Höhe von € 3.000,00 zu zahlen hatte.*

*Der Insolvenzverwalter gab das Grundstück indes erst am **31.01.2015** heraus, da er bis zu diesem Zeitpunkt Verhandlungen mit einem potentiellen Erwerber/Übernehmer des schuldnerischen Unternehmens geführt hatte.*

Ansprüche des Vermieters?

- Anspruch auf Mietzinszahlung?: Nein, da die Kündigung bereits vor Verfahrenseröffnung erfolgt war.
- Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von € 8.400,00 für die Monate November 2014 bis Januar 2015 ?: Ja, da der Insolvenzverwalter die Mietsache für sich beanspruchte und der Nutzungsentschädigungsanspruch mithin Masseverbindlichkeit ist, §§ 546 a BGB in Verbindung mit § 55 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 1 Nr. 2 InsO, vgl. ZIP 2007, 778.
- Anspruch auf Zahlung von Schadenersatz in Höhe von € 8.400,00 (3 x € 2.800,00) gegen den Verwalter persönlich?: Nur und erst dann möglich, wenn der Anspruch gegen die Masse - beispielsweise nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit - nicht oder nicht vollständig realisiert werden kann.



c) Zur Abgrenzung der Ansprüche des Vermieters als Insolvenzforderung oder Masseverbindlichkeit.

Bei Ansprüchen des Vermieters auf

- Wegnahme von Einrichtungen,
- Beseitigung von baulichen Veränderungen,
- Durchführung von Schönheitsreparaturen und
- Zahlung von Räumungskosten, die

bereits **vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind** handelt es sich um **reine Insolvenzforderungen, und zwar unabhängig davon, ob der Vertrag bereits vor Insolvenzeröffnung, oder aber erst nach Insolvenzeröffnung beendet worden ist**, vgl. BGH ZInsO 2001, 751 und BGH vom 17.04.08 – IX ZR 144/07. Derartiger Ansprüche unterfallen nämlich dem **§ 108 Abs. 3 InsO**, da diese Ansprüche unter der auflösenden Bedingung der Beendigung des Mietvertrages stehen. Bei der Forderungsanmeldung zur Insolvenztabelle ist gegebenenfalls § 45 InsO zu beachten.

**1. Anmerkung: Abwicklungsansprüche des Vermieters** stellen also grundsätzlich nur reine Insolvenzforderungen dar. Dies gilt auch für Ansprüche auf Beseitigung von Schäden, **die bereits vor Eröffnung entstanden sind** oder auf Durchführung von Schönheitsreparaturen, sofern der **Renovierungs-bedarf bereits vor der Eröffnung** entstanden war. Schadenersatzansprüche des Vermieters auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes begründen auch dann nur Insolvenzforderungen, wenn der Schaden erst nach Verfahrens-eröffnung beseitigt wird, vgl. BGH ZInsO 2002, 524.

**2. Anmerkung:** Dementsprechend sind Nebenkostennachforderungen des Vermieters für Zeiträume vor Insolvenzeröffnung

Insolvenzforderungen, auch wenn die Nebenkostenabrechnung erst nach Insolvenzeröffnung erstellt wird, vgl. BGH vom 13.04.2011, ZIP 2011, 924 ff.

Nebenkostennachforderung des Vermieters für den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung als Insolvenzforderung auch bei späterer Abrechnung.

Urteil des BGH vom 13.04.2011 – VIII ZR 295/10, ZIP 2011, 924 ff

**FALL:**

Die Beklagte ist Mieterin einer Wohnung der Klägerin. Am **29.04.2008** wurde über das Vermögen der Beklagten das Insolvenzverfahren eröffnet. Der vom Insolvenzgericht bestellte Treuhänder erklärte gegenüber der Klägerin mit Schreiben vom **28.05.2008** unter Verweis auf § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO, dass Ansprüche aus dem Mietverhältnis nicht mehr im Insolvenzverfahren bedient werden könnten.

Die Klägerin erteilte der Beklagten mit Schreiben vom **02.11.2008** die Betriebskostenabrechnung für **das Jahr 2007**, die eine Nachforderung in Höhe von € 182,37 auswies. Mit Beschluss vom **19.03.2009** wurde das Insolvenzverfahren aufgehoben und der Beklagten die Restschuldbefreiung angekündigt. Die Wohlverhaltensperiode gem. § 287 Abs. 2 InsO ist noch nicht abgelaufen.

Amts- und Landgericht haben die Beklagte zur Zahlung der Nebenkostennachforderung in Höhe von € 182,37 verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klagabweisungsbegehren weiter.

- Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts handelt es sich bei dem von der Klägerin in der Revisionsinstanz allein noch verfolgten Anspruch auf Zahlung der Nebenkostennachforderung für das Jahr 2007 um eine

Insolvenzforderung, die sie während der Dauer des Insolvenzverfahrens gem. § 87 InsO nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen kann, nämlich durch Anmeldung dieser Forderung zur Tabelle gem. § 174 Abs. 1 InsO.

Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens am 19.03.2009 kann die Klägerin allerdings gem. § 201 Abs. 1 InsO ihre Forderung (wieder) gegen die Beklagte persönlich geltend machen. Das Zwangsvollstreckungsverbot des § 294 Abs. 1 InsO steht einer Klagerhebung nicht entgegen.

- Der Einordnung als Insolvenzforderung steht auch nicht entgegen, dass die Betriebskostenabrechnung zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung 29.04.2008 noch nicht erstellt war. Zwar kann eine Nachforderung erst mit der Abrechnung abschließend beziffert werden und muss der Vermieter die Abrechnung binnen Jahresfrist seit Ablauf des Abrechnungszeitraumes erstellen, weil er sonst gem. § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB mit einer Nachforderung ausgeschlossen ist, sofern nicht die verspätete Abrechnung auf Umständen beruht, die er nicht zu vertreten hat. Diese Umstände stehen der Einordnung der Nachforderung als (einfache) Insolvenzforderung und ihrer Anmeldung zur Tabelle jedoch nicht entgegen. Denn auch nicht fällige oder auflösend oder aufschiebend bedingte Ansprüche können zur Tabelle angemeldet werden, §§ 41 ff InsO. Soweit der Geldbetrag einer Forderung noch nicht bestimmt ist, ist er zu schätzen, § 45 InsO.
- Für den umgekehrten Fall, dass sich in der Insolvenz des Vermieters bei Abrechnung einer vor Insolvenzeröffnung abgeschlossenen Abrechnungsperiode ein Guthaben des Mieters ergibt, ist in der Rechtsprechung des BGH bereits geklärt, dass es sich bei dem Anspruch auf Auskehrung eines Betriebskostenguthabens (im Hinblick auf eine Aufrechnung gem. § 95 InsO) auch dann um eine vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Forderung handelt, wenn die Abrechnung erst nach diesem Zeitpunkt erfolgt (vgl. BGH vom

21.12.2006, ZIP 2007, 239); jedoch streitig, vgl. auch BGH vom 20.10.2011 – IX ZR 10/11, NZI 2011, 936.

- Die Erklärung des Verwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO führt nicht dazu, dass einer Nachforderung für vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossene Abrechnungszeiträume der Charakter als (einfache) Insolvenzforderung genommen wird. Dies widerspräche dem System der Insolvenzordnung, die eine klar vorgegebene Einteilung der Gläubiger und ihrer Forderungen kennt, was einer nachträglichen Verschiebung entgegensteht.

Im Übrigen würde es auch zu zufälligen Ergebnissen führen, wenn im Rahmen des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO hinsichtlich der Frage, inwieweit eine Betriebskostennachforderung im Insolvenzverfahren als Insolvenz- oder Masseforderung oder gegen den Schuldner persönlich in dessen freies oder neu erworbenes Vermögen geltend zu machen ist **nicht auf den Abrechnungszeitraum, sondern auf die erst durch die Abrechnung herbeigeführte Fälligkeit** abgestellt würde. Denn dann hinge die Einordnung der Forderung – jedenfalls in bestimmten Konstellationen – vom Zufall oder vom Belieben des Vermieters ab, der den Zeitpunkt der Abrechnung – im Rahmen der Abrechnungsfrist – steuern kann.

- Nach der zwischenzeitlich erfolgten Aufhebung des Insolvenzverfahrens ist die Zulässigkeit der vorliegenden Klage indes zu bejahen. Denn nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens können die Insolvenzgläubiger ihre Forderungen wieder gegen den Schuldner persönlich geltend machen, § 201 Abs. 1 InsO. Zwar würde eine spätere Restschuldbefreiung (§§ 286,301 Abs. 1 InsO) die Forderungen aller Insolvenzgläubiger erfassen, auch soweit eine Anmeldung zur Insolvenztabelle – wie hier – unterblieben ist (vgl. BGH vom 16.12.2010, WM 2011, 271, Rz 19 ff). Ob eine Restschuldbefreiung nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode jedoch ausgesprochen wird, kann derzeit nicht abschließend beurteilt werden, vgl. §§ 295 ff InsO.

- Aus diesem Grunde kann der Klägerin auch ein Rechtsschutzbedürfnis für die vorliegende Klage nicht abgesprochen werden. Denn falls der Beklagten, was nicht auszuschließen ist – am Ende der Wohlverhaltensperiode keine Restschuldbefreiung erteilt werden sollte, könnte die Klägerin ihren in diesem Fall fortbestehenden Anspruch mangels Vollstreckungstitel nicht mehr durchsetzen und **wäre die Klagforderung überdies zwischenzeitlich verjährt.**

§ 294 Abs. 1 InsO verbietet lediglich Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Insolvenzgläubigern während der Wohlverhaltensperiode und steht deshalb einem zivilprozessualen Erkenntnisverfahren nicht entgegen (vgl. BGH vom 18.11.2010, WM 2011, 131, Rz 9).

Nutzt hingegen der Insolvenzverwalter die Mietsache **nach Verfahrenseröffnung weiter**, ist zunächst der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Miete Masseverbindlichkeit im Sinne von § 55 Abs. 2 Nr. 1 InsO. Der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung gemäß § 546 a BGB bei einem bereits vor Insolvenzeröffnung beendeten Mietvertrag ist **ebenfalls Masseverbindlichkeit**, wenn der Insolvenzverwalter die Mietsache weiter nutzt und den Vermieter hierbei gezielt vom Besitz ausschließt, vgl. BGH ZIP 2007, 340.

Für **sonstige Abwicklungsansprüche** gilt: Sie sind als Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu berücksichtigen, wenn der Insolvenzverwalter **die Mietsache weiter genutzt** und den **vertragswidrigen Zustand** zu vertreten hat, vgl. BGH ZInsO 2001, 751. Anderenfalls handelt es sich um Insolvenzforderungen, vgl. BGH vom 16.10.08 – IX ZR 2007/06.

**Anmerkung:** Sofern danach Masseverbindlichkeiten entstehen, gilt dies auch für anteilige Nebenkosten, vgl. OLG Saarbrücken, ZInsO 2006, 779.

Ist eine Masseverbindlichkeit einmal entstanden, kann sich der rechtskräftig zur Räumung verurteilte Insolvenzverwalter auch nicht durch eine **Freigabe der Mietsache** seiner Verantwortung entziehen, vgl. BGH ZInsO 2006, 326.

Hierzu noch folgendes **Beispiel**:

*Wie oben: im Vertrag aus dem **Jahre 1975** war vereinbart worden, dass die Schuldnerin bei Vertragsende das Grundstück vollständig renoviert, mehrere von ihr errichtete Behelfsbauten sowie die von ihr installierte Schrottpresse entfernt und keine Schrottfahrzeuge zurücklässt. Bei der Herausgabe der Mietsache am **31.01.2015** sind seit 15 Jahren keine Renovierungsarbeiten mehr durchgeführt worden. Die Schrottpresse ist verkauft und abtransportiert worden. Die Behelfsbauten stehen noch. Außerdem lagern dort noch zahlreiche Schrottfahrzeuge, die der Verwalter während der Betriebsfortführung dort hat abstellen lassen. Der Boden ist bereits in den ersten Jahren der Nutzungsdauer mit Altöl kontaminiert, weil die Schuldnerin seinerzeit Fahrzeuge verschrottet hatte, ohne zuvor Schmier- und Betriebsstoffe abgelassen zu haben.*

Ansprüche des Vermieters:

- Ansprüche wegen der nicht durchgeführten Schönheitsreparaturen, des kontaminierten Bodens und der zurückgelassenen Gebäude können nur als Insolvenzforderungen geltend gemacht werden, da die Ursachen hierfür bereits vor der Verfahrenseröffnung gelegt worden waren.
- Schrottfahrzeuge: Hier bestehen Ansprüche gegen die Masse aus § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, da die Lagerung nach Verfahrenseröffnung erfolgte.

d) Zum Vermieterpfandrecht des Vermieters, § 50 Abs. 2 InsO.

Um sich vor Anspruchsverlusten zu schützen, kann der Vermieter der Entfernung der seinem Pfandrecht (§§ 562 ff BGB) unterliegenden, vom Mieter eingebrachten Sachen widersprechen. Der Vermieter kann allerdings nicht verhindern, dass auch weiterhin ein Entfernen **im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb** erfolgt. Ein solches liegt allerdings dann nicht mehr vor, wenn nur noch **ein Räumungsverkauf** erfolgt, vgl. OLG Düsseldorf NZI 2000, 82.

Das Vermieterpfandrecht umfasst regelmäßig auch die auf dem gemieteten Grundstück abgestellten Fahrzeuge des Mieters. So entschied der BGH in seinem Urteil vom 06.12.2017, ZIP 2018, 236:

1. Das Vermieterpfandrecht umfasst auch Fahrzeuge des Mieters, die auf dem gemieteten Grundstück regelmäßig abgestellt werden.
2. Das Pfandrecht erlischt, wenn das Fahrzeug für die Durchführung einer Fahrt von dem Mietgrundstück – auch nur vorübergehend – entfernt wird. Es entsteht neu, wenn das Fahrzeug später wieder auf dem Grundstück abgestellt wird.

Auch muss bedacht werden, dass das Vermieterpfandrecht **gemäß § 289 StGB** geschützt wird. Denn nach der Entscheidung des Kammergerichts vom 08.01.2018 (Beck RS 2018, 1185) fällt das Vermieterpfandrecht unter § 289 StGB und stellt es ein „Wegnehmen“ im Sinne dieser Vorschrift dar, eine Sache dem tatsächlichen Herrschafts- und Gewaltverhältnis des Vermieters über sein Grundstück und seinem Selbsthilferecht (§ 561 BGB) zu entziehen. „Wegnehmen“ bedeutet deshalb bei § 289 StGB nichts anderes, als dem Machtbereich des Berechtigten zu entziehen.

Durch die Geltendmachung des Vermieterpfandrechtes besteht die Möglichkeit, sich ein **Ersatzabsonderungsrecht nach § 48 InsO analog**

zu sichern bzw. einen Schadenersatzanspruch **aus § 60 InsO** vorzubereiten.

Kann der Vermieter die Zurückschaffung von Gegenständen in die Mieträume verlangen, weil die Voraussetzungen des § 562 b Abs. II BGB vorliegen, ist zu beachten, dass die Klage innerhalb der Ausschlussfrist von einem Monat gegenüber dem Schuldner und nicht gegenüber dem vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter zu erheben ist, da letzterer nicht prozessführungsbefugt ist. Nur der vorläufig starke Insolvenzverwalter wäre tauglicher Beklagter.

Das Vermieterpfandrecht gemäß § 562 BGB führt in der Insolvenz des Schuldners – **im Gegensatz zum Anspruch auf Herausgabe der Mietsache gemäß § 985 BGB**, der zur Aussonderung gemäß § 47 InsO berechtigt; dieser Aussonderungsanspruch ist außerhalb des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner geltend zu machen, wenn und soweit nicht der Insolvenzverwalter den auszusondernden Gegenstand in Besitz genommen hat – **zu einem anfechtungsfesten Absonderungsrecht gemäß § 50 Abs. II InsO**, wenn das Pfandrecht bereits vor Insolvenzeröffnung entstanden ist, vgl. MünchKomm. – Ganter, § 50, Rn.: 84. Es umfasst im Rahmen des § 50 Abs. II InsO **sämtliche** Ansprüche aus dem Mietverhältnis. Für die Verwertung gelten die §§ 166 ff. InsO. Hierbei hat der Insolvenzverwalter das Recht zur freihändigen Verwertung, wenn sich die Sache in seinem Besitze befindet. Den Verwertungserlös hat er allerdings nach Abzug der Kostenbeiträge gemäß den §§ 170, 171 InsO zzgl. MwSt. an den Vermieter herauszugeben, weil es sich hierbei natürlich auch in der Insolvenz des Schuldners um eine für den Verwalter fremde Sache handelt, nämlich um das Pfandrecht des Vermieters.

**Anmerkung:** Dauert ein Gewerbemietverhältnis mit dem Schuldner als Mieter nach Insolvenzeröffnung fort, ist der Insolvenzverwalter nicht berechtigt, den Erlös aus der Verwertung dem Vermieterpfandrecht unterliegender Gegenstände mit der



Tilgungsbestimmung an den Vermieter auszukehren, die Zahlung vorrangig auf die nach Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeiten begründeten Mietforderungen und erst sodann auf die vor Verfahrenseröffnung als Insolvenzforderungen entstandenen Mietforderungen anzurechnen. Vielmehr sind aus dem Verwertungserlös die durch das Vermieterpfandrecht gesicherten Mietzinsforderungen zu befriedigen, vgl. BGH vom 09.10.2014, ZIP 2014, 2248.

In der Praxis konkurriert das Vermieterpfandrecht regelmäßig mit Eigentumsvorbehaltsrechten von Lieferanten, die ebenfalls **zur abgesonderten Befriedigung** gemäß § 51 InsO berechtigen. Hierbei stellen konkurrierende Sicherungsrechte, **z.B. von Sicherungseigentümern**, regelmäßig allerdings keine Gefahr für die Rechte des Vermieters dar, da nach der Rechtsprechung bei Raumsicherungsübereignungen von Warenlagern der Sicherungsnehmer regelmäßig das Sicherungseigentum **nur belastet mit dem Vermieterpfandrecht erwirbt**, vgl. BGH NJW 1992, 1156.

Bei einer Kollision **mit Rechten der Eigentumsvorbehaltslieferanten** gibt es allerdings **kein Vorrang** für das Pfandrecht des Vermieters.

Für den Vermieter kommt es also darauf an, sicherzustellen, dass der vorläufige Insolvenzverwalter und der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren die Rechte aus dem Vermieterpfandrecht beachten. Hierzu ist es nötig, dass der Vermieter **bereits unmittelbar nach Insolvenzantragstellung sein Vermieterpfandrecht** beim vorläufigen Insolvenzverwalter anzeigt und **auf einer Inventarisierung der vorhandenen Gegenstände**, die dem Vermieterpfandrecht unterliegen können, besteht.

**Anmerkung:** Führt der vorläufige Insolvenzverwalter nämlich im Insolvenzeröffnungsverfahren zum Beispiel einen Abverkauf von Waren durch, muss der Vermieter sein Pfandrecht nicht nur geltend machen, sondern dessen Umfang **auch beweisen können**, so dass eine Inventarisierung unumgänglich ist.

Selbstverständlich kann mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter/ bestellten Insolvenzverwalter auch eine Verwertungsvereinbarung im Eröffnungsverfahren oder im eröffneten Insolvenzverfahren abgeschlossen werden, in der u.a. geregelt wird, welche Mindestpreise bei der Veräußerung der Gegenstände erzielt werden müssen und welche Kosten für den Verkauf zugunsten der Insolvenzmasse absetzbar sind.

**Anmerkung:** Hierdurch soll verhindert werden, dass der vorläufige bzw. bestellte Insolvenzverwalter die dem Vermieterpfandrecht unterliegenden Gegenstände **erheblich unter Wert veräußert** und dann nach Verfahrenseröffnung, wenn sich der Vermieter nach dem Verbleib der dem Vermieterpfandrecht unterliegenden Gegenstände erkundigt, behauptet, der gesamte Erlös stehe den Eigentumsvorbehaltslieferanten bzw. der Insolvenzmasse wegen der Kostenbeiträge nach den §§ 170, 171 InsO zu.

Hat der Vermieter bereits während des Eröffnungsverfahrens sein Vermieterpfandrecht gegenüber dem vorläufigen Verwalter geltend gemacht, so steht ihm **ein Ersatzabsonderungsrecht an den Erlösen aus der Verwertung** der mit dem Vermieterpfandrecht belasteten Gegenstände zu, vgl. OLG Düsseldorf NZI 2000, 82.

Das Vermieterpfandrecht ist in jedem Falle ausdrücklich gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend zu machen, da dieser Absonderungsrechte nicht von Amts wegen zu berücksichtigen hat, sondern lediglich ihm bekannte Absonderungsrechte bei einer Verwertung des

Absonderungsgegenstandes zu wahren hat (vgl. OLG Düsseldorf vom 19.12.1997, NZM 1998, 237 und Kuhn/Uhlenbruck, § 4 Rz 4). Der Vermieter, der gegenüber dem Insolvenzverwalter ein Absonderungsrecht am Veräußerungserlös von Waren, die seinem Vermieterpfandrecht unterliegen, geltend macht, muss zu den Eigentumsverhältnissen an den Waren im Einzelnen vortragen. Eine insoweit Auskunftspflicht des Insolvenzverwalters kann dieser regelmäßig dadurch abwehren, dass er dem Vermieter Einsicht in die Geschäftsunterlagen anbietet, vgl. OLG Düsseldorf vom 10.09.1999, NZI 2000, 82.

Im Übrigen kommt dem Vermieter zur Verteidigung seines Vermieterpfandrechts gegenüber Dritten die für seinen Mieter nach § 1006 BGH streitende Eigentumsvermutung zugute (vgl. BGH vom 03.03.2017, ZInsO 2017, 1069).

Zur Anwendbarkeit des § 91 InsO im Eröffnungsverfahren betreffend das Vermieterpfandrecht des Vermieters folgende Leitsätze der BGH-Entscheidung vom 14.12.2006, ZInsO 2007, 92 ff:

1. § 91 InsO ist im Falle der Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit den Sicherungsmaßnahmen des § 21 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und 3 InsO nicht entsprechend auf die Zeit zwischen Eröffnungsantrag und Insolvenzeröffnung anwendbar.
2. Das gesetzliche Vermieterpfandrecht an eingebrachten pfändbaren Sachen des Mieters entsteht mit der Einbringung, auch soweit es erst künftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert.
3. Das der Sicherung des Mietzinsanspruches dienende Vermieterpfandrecht kann insolvenzrechtlich nicht in weiterem Umfang angefochten werden, als die Mietzinszahlung selbst. **Dem Vermieter steht deshalb in**

**der Insolvenz des Mieters ein anfechtungsfreies Absonderungsrecht zu, soweit die von dem Pfandrecht erfassten Gegenstände bereits vor der Krise eingebracht wurden.**

Beim gesetzlichen Vermieterpfandrecht ist vorrangig § 140 Absatz 3 InsO zu beachten. Bei Mietzinsforderungen, die als aufschiebend befristete Ansprüche unter diese Bestimmung fallen, ist das der Abschluss des Mietvertrages (vgl. BGH vom 11.11.2004 – IX ZR 237/03). Auf das Vermieterpfandrecht ist § 140 Absatz 3 InsO entsprechend anwendbar.

e) Zum Kautionsauszahlungsanspruch

Hat der Schuldner eine Kautions gestellt, fällt diese in die Insolvenzmasse und kann vom Insolvenzverwalter nach Beendigung des Mietverhältnisses grundsätzlich herausverlangt werden. Der Kautionsrückzahlungsanspruch wird jedoch erst nach Ende des Mietvertragsverhältnisses und Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist fällig und nur, soweit feststeht, dass dem Vermieter keine Ansprüche mehr zustehen, für die die Kautions haftet, so dass für den vorläufigen Insolvenzverwalter/bestellten Insolvenzverwalter der Kautionsrückzahlungsanspruch wegen der hinausgeschobenen Fälligkeit grundsätzlich kein Interesse hat, vgl. hierzu BGH Z 101, 244 und BGH Z 141, 160. Denn das Mietverhältnis kann der Verwalter nicht kündigen, sondern nur aus der Insolvenzmasse freigeben, §§ 109 Abs. 1 Satz 3, 35 Abs. 2 analog InsO.

**1. Anmerkung:** Der Vermieter kann also gemäß §§ 94, 95 InsO **mit Insolvenzforderungen aufrechnen**, da die Aufrechnungslage bereits bei Abschluss des Mietvertrages angelegt war, vgl. MünchKomm zu § 108 InsO Rdnr. 130.

**2. Anmerkung:** In der Insolvenz des Vermieters steht dem Mieter wegen vor Insolvenzeröffnung fällig gewordener Mieten ein

Rückbehaltungsrecht wegen der vertragswidrig nicht insolvenzfest angelegten Barkaution nicht zu, BGH vom 13.12.2012, ZInsO 2013, 136, da Zurückbehaltungsrechte im Gegensatz zu Aus-Absonderungs- und Aufrechnungsrechten keine Sonderrechte begründen.

**3. Anmerkung:** Hat der Insolvenzverwalter die Freigabeerklärung nach §§ 109 Abs. 1 Satz 3, 35 Abs. 2 InsO analog abgegeben, steht die Kautions in einem hiernach beendeten Mietverhältnis bis zur gesetzlich zulässigen Höhe dem Mieter zu, vgl. BGH v. 16.03.2017, ZIP 2017, 884.

**Bei Genossenschaftswohnungen gilt § 67 c GenG**, dass eine Kündigung für die Mitgliedschaft in einer Wohnungsgenossenschaft durch den Insolvenzverwalter bzw. Gläubiger (§ 66 GenG) ausgeschlossen ist,

- wenn die Mitgliedschaft Voraussetzung für die Nutzung der Wohnung des Mitglieds (Schuldner) ist und
- der Wert des Geschäftsguthabens eine Obergrenze von 4 Monatsnettokalmmieten oder den absoluten Betrag von € 2.000,00 nicht übersteigt.

f) Die Aufrechnungsrechte des Mieters in der Insolvenz des Vermieters.

Mit Urteil vom 21.12.2006 hatte der BGH entschieden, dass in der Insolvenz des Vermieters der Mietvertrag gemäß § 108 Abs. 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbesteht, so dass der Mieter gegen den Mietzinsanspruch des Insolvenzverwalters im eröffneten Insolvenzverfahren mit Ansprüchen auf Nebenkostenguthaben aus der Zeit vor Insolvenzverfahrenseröffnung aufrechnen kann. § 95 Abs. 1 InsO.

Nach dem abgeschlossenen Mietvertrag waren die Nebenkosten-vorauszahlungen jährlich abzurechnen. **Da der Mietvertrag gemäß § 108 Abs. 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbesteht, ist im Jahr der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Abrechnung für die Zeit bis zur Verfahrenseröffnung und für die Zeit danach getrennt vorzunehmen**, weil die Erstattungsansprüche des Mieters für die Zeit bis zur Verfahrenseröffnung Insolvenzforderungen sind, § 108 Abs. 2 InsO, für die Zeit danach hingegen Masseforderungen.

Der Mieter durfte im vorliegenden Fall gegen den Anspruch der Masse auf Zahlung der Mietzinsen nach Verfahrenseröffnung gemäß § 95 Abs. 1 InsO aufrechnen, nachdem die Voraussetzungen für die Aufrechnung - Fälligkeit des Anspruches auf das Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung und Erfüllbarkeit der Forderung der Masse - eingetreten waren, § 387 BGB. **Hierbei ist § 95 Abs. 1 InsO weit auszulegen.** Er erfasst alle Fälle, in denen nur eine vertragliche Bedingung oder gesetzliche Voraussetzung für das Entstehen der einen oder der anderen Forderung fehlt. Er dehnt die Aufrechnungsbefugnis zudem auf Fälle aus, in denen lediglich ein Element der rechtlichen Voraussetzungen des Anspruches noch nicht erfüllt ist. **Die Vorschrift soll die Gläubiger schützen, deren Forderung in ihrem rechtlichen Kern aufgrund gesetzlicher Bestimmungen oder vertraglicher Vereinbarungen bereits gesichert ist und fällig wird**, ohne dass es einer weiteren Rechtshandlung des Anspruchsinhabers bedarf; jedoch streitig seit BGH v. 20.10.2011, NZI 2011,936.

Da die Mietzinsansprüche nach Insolvenzeröffnung gemäß § 163 BGB befristet mit Beginn des jeweiligen Zeitabschnitts, für den der Mietzins zu zahlen war, entstanden waren, standen sie gemäß § 163 BGB aufschiebend bedingten Forderungen im Sinne des § 95 Abs. 1 InsO gleich.

### 3. Probleme bei masseunzulänglichen Verfahren.

Materiellrechtlich bewirkt die Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Verwalter, dass Masseforderungen in der Reihenfolge des § 209 Abs. 1 InsO zu befriedigen sind. Danach sind so genannte Neumasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO) vor den so genannten Altmasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO) zu befriedigen. Zu beachten ist, dass **Neumasseverbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen** unter den in § 209 Abs. 2 Nr. 2, 3 InsO beschriebenen Umständen entstehen können.

#### a) Altmasseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

**Vor Eingang der Masseunzulänglichkeitsanzeige** begründete Masseverbindlichkeiten, zu denen auch Mietzinsforderungen aus nach Verfahrenseröffnung fortbestehenden Mietverträgen bis zu diesem Zeitpunkt gehören, sind als Altmasseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu befriedigen. Dies bedeutet, dass sie **erst nach den Kosten des Verfahrens**, § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO und den **Neumasseverbindlichkeiten**, § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO **quotal befriedigt werden**. Altmassegläubiger können nicht mehr auf Leistung klagen, sondern nur noch auf Feststellung Ihrer Forderung zur Berücksichtigung im Rahmen der Verteilung nach § 209 InsO, vgl. BGH ZInsO 2004, 674 und BGH ZInsO 2003, 465.

Die **Zwangsvollstreckung wegen einer Altmasseverbindlichkeit** ist nach Anzeige der Masseunzulässigkeit demzufolge unzulässig, § 210 InsO.

#### b) Neumasseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

Vorgenannten Einschränkungen sind die **Neumassegläubiger** im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht unterworfen. Allerdings wird der Insolvenzverwalter regelmäßig nach Anzeige der

Masseunzulänglichkeit kein Mietverhältnis mehr begründen. Neumasseverbindlichkeiten entstehen allerdings auch unter den Voraussetzungen des § 209 Abs. 2 Nr. 2, 3 InsO.

Neumasseverbindlichkeiten entstehen gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO immer dann, wenn es der Verwalter unterlässt, das Mietverhältnis zum nächst möglichen Termin zu kündigen. Dann muss nämlich der Verwalter die Ansprüche des Vermieters, die nach dem Termin noch entstehen, zu dem die Kündigung wirksam geworden wäre, als Neumasseforderung befriedigen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Verwalter die Mietsache weiter nutzt oder nicht oder sonst wie Vorteile aus dem Mietverhältnis zieht, vgl. OLG Rostock, ZIP 2007, 2377.

Neumasseverbindlichkeiten entstehen gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO dann, wenn der Verwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit die Gegenleistung in Anspruch nimmt. Der Insolvenzverwalter **nimmt immer dann Mietverhältnisse in Anspruch**, wenn er von sich aus nicht aktiv wird und die Mietsache dem Vermieter andient. Im **Verfahrensstadium der Anzeige der Masseunzulänglichkeit** muss also der Insolvenzverwalter dem Vermieter den unmittelbaren Besitz zurückübertragen und ihm die Besitzeinräumung aktiv ermöglichen. Nimmt der Vermieter die Mieträumlichkeiten nicht ab, so hat der Insolvenzverwalter dem Vermieter die Rückgabe der Mietsache zumindest anzudienen, vgl. BGH ZIP 2007, 778. Ob der Vermieter den Insolvenzverwalter aufgefordert hat, die Mietsache zurückzugeben, kommt es in diesem Verfahrensstadium nicht an, vgl. OLG Rostock, ZInsO 2007, 997.



Der Gesetzestext im Wortlaut:

### **§ 209 Befriedigung der Massegläubiger.**

1. Der Insolvenzverwalter hat die Masseverbindlichkeiten nach folgender Rangordnung zu berichtigen, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis Ihrer Beträge:

1. Die Kosten des Insolvenzverfahrens;
2. Die Masseverbindlichkeiten, die nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind, ohne zu den Kosten des Verfahrens zu gehören;
3. Die übrigen Masseverbindlichkeiten, unter diesen zuletzt der nach den §§ 100, 101 Abs. 1 Satz 3 bewilligte Unterhalt.

**2. Als Masseverbindlichkeiten im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 geltend auch die Verbindlichkeiten**

1. **Aus einem gegenseitigen Vertrag**, dessen Erfüllung der Verwalter gewählt hat, nachdem er die Masseunzulänglichkeit angezeigt hatte;
2. **Aus einem Dauerschuldverhältnis** für die Zeit nach dem ersten Termin, zu dem der Verwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit kündigen konnte;
3. **Aus einem Dauerschuldverhältnis**, soweit der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit für die Insolvenzmasse die Gegenleistung in Anspruch genommen hat.

c) Die Einrede der Masseunzulänglichkeit.

**Neumassegläubiger nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO** können auch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit auf Leistung klagen und in die Masse vollstrecken. Der Verwalter kann sich im Prozess gegen die Masse nur **neuerlich mit der Einrede der Masseunzulänglichkeit** verteidigen. Dies bedeutet, dass der Verwalter darlegen und ggfs. beweisen muss, dass die Masse nicht einmal zur Befriedigung der Neumasseverbindlichkeiten ausreicht, vgl. BGH ZInsO 2004, 151.

**Anmerkung:** Demgegenüber ist die erste Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter für das Prozessgericht bindend und Altmasseverbindlichkeiten danach nicht mehr mit einer Leistungsklage verfolgbar, vgl. BGH ZInsO 2004, 151. Wie oben dargelegt, werden die Altmasseforderungen durch die Anzeige der Masseunzulänglichkeit im Wert gemindert. Sie geraten in einen Nachrang gegenüber den Neumasseforderungen, § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

Eine zweite Anzeige der Masseunzulänglichkeit mit den automatischen prozessualen Rechtsfolgen der ersten Anzeige kommt demgegenüber nach herrschender Meinung nicht in Betracht.

## 6. Die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters nach den §§ 60, 61 InsO.

Bei bestellten Insolvenzverwaltern ist hinsichtlich Ihrer Haftung im Einzelnen zu unterscheiden zwischen den Anspruchsnormen der §§ 60 und 61 InsO, vgl. BGH ZIP 2004, 1107.

- a) § 61 InsO regelt ausschließlich die Haftung des Insolvenzverwalters **für die pflichtwidrige Begründung von Masseverbindlichkeiten**. § 61 InsO legt hingegen keine insolvenzspezifische Pflicht für **die Zeit nach Begründung einer Verbindlichkeit fest**. Hierfür gilt ausschließlich § 60 InsO.

Eine auf § 61 InsO gestützte Klage ist demnach schlüssig, wenn eine fällige und einredefreie Masseforderung nicht erfüllt ist und der Kläger seinen Schaden auf das negative Interesse (vgl. nachstehend unter Ziffer c) dargelegt hat. Der Kläger hat vorzutragen, dass der Insolvenzverwalter bei Begründung der Schuld hätte erkennen können, dass die Masse zur Erfüllung der Verbindlichkeit voraussichtlich nicht ausreichen wird. Hierbei ist zu bedenken, dass sich der beklagte Insolvenzverwalter **gemäß § 61 Satz 2 InsO entlasten kann**.

Der Insolvenzverwalter kann sich hierbei auf zweierlei Art entlasten. Er kann entweder beweisen, dass objektiv von einer zur Erfüllung der Verbindlichkeit voraussichtlich ausreichenden Masse auszugehen war, oder aber, dass für ihn nicht erkennbar war, dass dies nicht zutraf, vgl. MünchKomm-Brandes, InsO, §§ 60, 61, Rn 35.

Der Verwalter kann diesen Beweis im allgemeinen nur führen, wenn er eine plausible Liquiditätsberechnung erstellt hat und diese bis zum Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit ständig überprüft und aktualisiert hat, vgl. MünchKomm a. a. O. Rn. 37 und Laws MDR 2003, 787, 791.

§ 61 InsO erhebt dies **zur insolvenzspezifischen Pflicht des Verwalters**. Grundlage ist eine Prognose auf Grund der aktuellen Liquiditätslage der Masse, der realistischen Einschätzung des Einzuges noch außenstehender, offener Forderungen und der künftigen Geschäftsentwicklung für die Dauer der Fortführung des Unternehmens.

Forderungen bei denen ernsthafte Zweifel bestehen, ob sie in angemessener Zeit realisiert werden können, scheiden beispielsweise aus. Stellt der Verwalter keine präzisen Berechnungen an, über welche Einnahmen er verfügt und welche Ausgaben er zu leisten hat **und überprüft er "Soll" und "Ist" nicht wöchentlich**, kann er sich nicht entlasten, vgl. Pape, Festschrift für Kirchhoff, 2003, 391, 398 f.

Kann sich der Insolvenzverwalter in diesem Sinne nicht entlasten, haftet er den Gläubigern **auf das negative Interesse**.

b) § 60 InsO begründet demgegenüber ausschließlich eine Haftung des Insolvenzverwalters für Pflichtverletzungen **nach Begründung der Masseverbindlichkeiten**. Gemäß § 60 InsO besteht ein Schutz der Massegläubiger für solche Schäden, **die sie im Verlauf der Vertragsabwicklung erleiden**. Hier kommt eine Haftung des Verwalters in Betracht, wenn er

- gegen die Pflicht verstößt, Massegläubiger vorweg und in der Rangfolge des § 209 InsO zu befriedigen, oder
- wenn der Insolvenzverwalter eine Masseverbindlichkeit erfüllt, ohne sich zu vergewissern, ob die übrigen noch nicht fälligen vor- oder gleichrangigen Verbindlichkeiten ebenfalls erfüllt werden können, vgl. BGH 1988, 1068, 1069, oder
- Befriedigungsansprüche von Gläubigern nach § 106 nicht rechtzeitig erfüllt werden, vgl. OLG Hamm, ZIP 2006, 1911 ff.

- jedoch keine Pflicht des Verwalters, durch frühere Anzeige der Masseunzulänglichkeit Gläubigern von Dauerschuldverhältnissen eine Neumasseforderung zu verschaffen, vgl. BGH vom 21.10.2010, ZIP 2010, 2356.

Schädigt der Insolvenzverwalter in dieser Weise einen Massegläubiger, liegt regelmäßig ein Einzelschaden vor, **der schon während des Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden kann**, vgl. BGH WM 1977, 847 f.

Ein Anspruch **aus § 60 InsO ist also begründet**, wenn der beklagte Insolvenzverwalter eine der vorstehend genannten insolvenzspezifischen Pflichten gegenüber einem Massegläubiger verletzt hat und dem Gläubiger dadurch der geltend gemachte Schaden entstanden ist.

- c) Sowohl die Haftung aus § 60 InsO, als auch diejenige aus § 61 InsO begründet eine Haftung nur auf **das negative Interesse**. Der geschädigte Beteiligte ist also so zu stellen, wie wenn der Insolvenzverwalter die Pflichtverletzung nicht begangen hätte, § 249 Abs. 1 BGB, vgl. BGH ZIP 2004, 1107 ff.
- d) Massegläubiger müssen ihre Ansprüche aus den §§ 60 und 61 InsO **in ein Rangverhältnis bringen**, weil es sich um **alternative Klagbegehren** mit unterschiedlichen Streitgegenständen handelt, die nicht auf dasselbe Rechtsschutzziel gerichtet und deshalb ohne Klärung Ihres Verhältnisses als Haupt- und Hilfsantrag mangels Bestimmtheit unzulässig sind, vgl. BGH NJW-RR 2004, 275, 277 f.

Zwar steht dem Geschädigten nach beiden Vorschriften nur das negative Interesse zu, dies kann aber unterschiedlich hoch sein. So wird ein Anspruch nach § 61 InsO regelmäßig hinter dem positiven Interesse zurückbleiben, während ein Anspruch nach

§ 60 InsO wegen schuldhafter Masseverkürzung nicht selten mit dem positiven Interesse übereinstimmen wird.

**Anmerkung:** Demgegenüber kommt eine Haftung des vorläufigen schwachen Insolvenzverwalters nach den § 60 und 61 InsO nicht in Betracht.

- e) Falls der Insolvenzverwalter durch eine insolvenzspezifische, aber auch eine insolvenzunspezifische Pflichtwidrigkeit einen Einzelschaden eines Beteiligten verursacht, haftet die Insolvenzmasse in analoger Anwendung des § 31 BGB gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO hierfür (vgl. MünchKomm-InsO/Schoppmeyer (Fn.58) § 60 Rz 112). Speziell die Zurechnung von unerlaubten Handlungen des Insolvenzverwalters zu Lasten der Masse erfolgt nach § 31 BGB. Danach ist für eine Zurechnung Voraussetzung, dass zwischen den Aufgaben des Verwalters und der schädigenden Handlung ein sachlicher, nicht bloß zufälliger zeitlicher und örtlicher Zusammenhang besteht. Der Verwalter darf sich nicht so weit von seinen Aufgaben entfernt haben, dass er für Außenstehende erkennbar außerhalb des allgemeinen Rahmens der ihm übertragenen Aufgaben gehandelt hat, (vgl. BGH v. 29.06.2006, NZI 2006, 592).

Die Zurechnungsnorm des § 31 BGB ermöglicht es, die Masse für die Verletzung vertraglicher oder deliktischer Pflichten durch den Insolvenzverwalter haften zu lassen, vgl. BGH v. 01.12.2005, ZInsO 2006, 100 Rz 16. Die Masse und der Insolvenzverwalter sind hierbei als Gesamtschuldner anzusehen, ohne dass die Masse primär verpflichtet wäre, (vgl. BGH v. 01.12.2005, ZInsO 2006, 100 Rz 15).

## 7. Insolvenzverfahren über das Vermögen juristischer Personen.

- a) die zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft für Insolvenzverschleppung gegenüber dem Vermieter.

Hierzu folgende aktuelle Entscheidungen des BGH:

- **BGH Urteil vom 14.05.2012, GmbHR 2012, 899 ff.**

Der Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht umfasst auch solche Schäden des Neugläubigers, die durch eine fehlerhafte Bauleistung der insolvenzreifen Gesellschaft am Bauwerk verursacht werden und von dieser wegen fehlender Mittel nicht mehr beseitigt werden können.

### **FALL:**

Die Kläger hatten eine GmbH beauftragt, an ihrem Haus eine Außendämmung anzubringen. Die Werkleistung der GmbH wurde abgenommen und bezahlt. Später stellten sich dann erhebliche Mängel heraus, so dass letztendlich ein Schadenersatzanspruch gegenüber der GmbH zu Gunsten der Kläger tituliert wurde. Über das Vermögen der GmbH wurde sodann viele Jahre nach Abschluss des Werkvertrages und Fertigstellung des Bauobjekts das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger nahm den Geschäftsführer auf Schadenersatz in Anspruch und zwar in Höhe des gegen die GmbH titulierten Schadenersatzanspruches sowie der gegenüber der GmbH angefallenen Rechtsverfolgungskosten.

- Nach den Feststellungen des OLG war die GmbH im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit den Klägern am 01.09.2004 bereits überschuldet. Der Beklagte als damaliger Geschäftsführer hatte keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt.
- Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH kann nach § 823 Absatz 2 BGB, § 64 Absatz 1 GmbH a.F., § 15 a InsO nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen. Es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um deren Willen die Rechtsnorm erlassen wurde. Notwendig ist ein innerer Zusammenhang zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden, nicht nur eine mehr oder weniger zufällige äußerliche Verbindung.
- Da der Schutzzweck der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht unter anderem darin besteht, insolvenzreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fern zu halten, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden, sind nur solche Schäden ersatzpflichtig, die mit der Insolvenzreife der Gesellschaft in einem inneren Zusammenhang stehen.
- Dieser Schutzbereich ist im Streitfall entgegen der Auffassung des OLG betroffen. Die Kläger haben einen Anspruch gegen den Beklagten auf Rückzahlung des geleisteten Werklohnes, für den sie keine Gegenleistung erhalten haben. Da der Beklagte nicht rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt hat, haben die Kläger mit der GmbH einen Vertrag geschlossen und an die unbekannt insolvenzreife Gesellschaft den Werklohn bezahlt. Eine



werthaltige Gegenleistung haben sie hierfür nicht erhalten. Die GmbH hat den Vertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt.

– **BGH Urteil vom 21.10.2014, ZIP 2015, 267**

Hat eine insolvenzreife GmbH die von ihr geschuldete vertragliche Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht und ist dadurch die Schädigung des Vermögens des Vertragspartners der GmbH durch deliktisches Handeln eines Dritten begünstigt worden, besteht darin unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht kein die Haftung des Geschäftsführers der GmbH für den eingetretenen Schaden auslösender innerer Zusammenhang zwischen der Verletzung der Insolvenzantragspflicht durch den Geschäftsführer und dem Vermögensschaden des Vertragspartners der GmbH.

**FALL:**

Die Klägerin und ihr Ehemann kauften mit notariellem Vertrag vom 28.01.2004 eine Penthousewohnung von der Schuldnerin (GmbH), einer Bauträgerin, deren Geschäftsführer der Beklagte war. Im ersten Halbjahr 2004 wurde von einem Subunternehmer der Schuldnerin eine Eingangstür in die Wohnung eingebaut. Am 12.08.2005 brach ein Unbekannter durch diese Tür ein und entwendete Schmuck der Klägerin.

Am 30.04.2007 beantragte der Beklagte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin, das am 05.07.2007 eröffnet wurde. Ein vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begonnener Prozess der Klägerin gegen die Schuldnerin endete mit einem Vergleich, nach dem die Schuldnerin an die Klägerin insgesamt € 513.134,74 zu zahlen

hatte. Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt die Klägerin vom Beklagten Zahlung dieses Betrages als Neugläubigerschaden wegen (unbestreitbarer) Verletzung seiner Insolvenzantragspflicht. Die Klägerin behauptet, der Diebstahl sei nur möglich gewesen, weil die Schuldnerin entgegen der vertraglichen Vereinbarung und unter Außerachtlassung ihrer vorvertraglich geäußerten Wünsche eine Tür mit einer zu geringen Sicherheitsstufe eingebaut habe. Eine Tür mit der im Kaufvertrag vereinbarten Sicherheitsstufe hätte € 3.000,00, die eingebaute Tür habe € 1.098,00 gekostet. Diese Minderleistung sei darauf zurückzuführen, dass die Schuldnerin im Zeitpunkt der Bestellung der Tür bereits zahlungsunfähig gewesen sei.

- Unter Berücksichtigung seiner Grundsätze zum Neugläubigerschaden in seinem Urteil vom 14.05.2012 stellt der Senat hier fest, dass der kausale Zusammenhang zwischen Pflicht- oder Normverletzung der Insolvenzantragspflicht und dem Schaden bei wertender Betrachtung auf einer mehr oder weniger zufälligen äußeren Verbindung beruht, nämlich auf dem strafbaren Verhalten eines Dritten, so dass der Schadenersatzanspruch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht nicht zuerkannt werden kann.

– **Urteil BGH vom 22.10.2013, ZIP 2014, 23 ff.**

Ein Vermieter, der dem Mieter vor Insolvenzreife Räume überlassen hat, ist regelmäßig Altgläubiger und erleidet in Folge der Insolvenzverschleppung keinen Neugläubigerschaden, weil er sich bei Insolvenzreife nicht von dem Mietvertrag hätte lösen können.

- Neugläubiger einer GmbH haben bei einem schuldhaften Verstoß der Geschäftsführer gegen die Insolvenzantragspflicht einen Anspruch gegen diese auf Ausgleich desjenigen Schadens, der ihnen dadurch entsteht, dass sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft getreten sind.
- Anders als der Schaden der Altgläubiger, der in der durch die Insolvenzverschleppung bedingte Masse – und Quotenminderung besteht, liegt der Schaden eines Neugläubigers darin, dass er der Gesellschaft im Vertrauen auf deren Solvenz noch Geld- oder Sachmittel zur Verfügung gestellt hat, ohne einen entsprechenden werthaltigen Gegenanspruch oder eine entsprechende Gegenleistung zu erhalten.
- Die Vermieter sind keine Neu- sondern Altgläubiger, weil sie sich bei Insolvenzreife nicht von dem Mietvertrag lösen können, vgl. §§ 108, 112, 119 InsO.

b) Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Gesellschafter auf unentgeltliche Nutzungsüberlassung seines an die Gesellschaft vermieteten / verpachteten Objekts.

– **Urteil BGH vom 29.01.2015, ZIP 2015, 589**

1. Nach Wegfall des Eigenkapitalersatzrechts besteht kein Anspruch des Insolvenzverwalters auf unentgeltliche Nutzung von Betriebsanlagen, die der Gesellschafter seiner Gesellschaft vermietet hat.

2. Eine Aussonderungssperre kann in der Insolvenz einer Gesellschaft auch gegenüber einem mittelbaren Gesellschafter geltend gemacht werden. Das hierfür zu entrichtende Nutzungsentgelt bemisst sich nach dem Durchschnitt des im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrages anfechtungsfrei tatsächlich Geleisteten. Eine Aussonderungssperre scheidet aus, wenn der Überlassungsvertrag fortwirkt und der Gesellschafter gegenüber dem Insolvenzverwalter keine Aussonderung verlangen kann.
3. Die Zahlung eines Nutzungsentgelts kann gegenüber dem Gesellschafter nicht als Befriedigung eines Darlehns, sondern nur als Befriedigung einer darlehnsähnlichen Forderung angefochten werden.

- Das zwischen der Klägerin und der Schuldnerin geschlossene Mietverhältnis währte ungeachtet der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin im vollen Umfange bis zur kündigungsbedingten Beendigung ein Jahr nach Verfahrenseröffnung fort, § 108 Absatz 1 Satz 1 InsO. Bei den entsprechenden Mietzinsansprüchen des Vermieters handelt es sich also um vorweg zu befriedigende Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 55 Absatz 1 InsO.

Alle Auslegungsversuche, in diesen Fällen § 39 Absatz 1 Nr. 5 InsO einen Anspruch des Insolvenzverwalters auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung zu entnehmen, entbehren einer tragfähigen Grundlage.

Auch § 135 Absatz 3 InsO gibt dem Insolvenzverwalter in diesen Fällen kein Recht, den Miet- oder Pachtgegenstand des Gesellschafters kostenlos zu

nutzen. § 135 Absatz 3 InsO setzt nämlich ein beendetes Mietverhältnis voraus und gewährt dem Insolvenzverwalter nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 135 Absatz 3 InsO das Recht, dem die Aussonderung (Herausgabe) begehrenden Gesellschafter zeitlich befristet eine Aussonderungssperre entgegenzuhalten. Allerdings gilt § 135 Absatz 3 InsO auch für einen mittelbaren Gesellschafter, der in Folge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht.

- Im Anwendungsbereich des § 135 Absatz 3 InsO bestimmt sich die Höhe des Mietzinses (Ausgleichs) nach dem im letzten Jahr tatsächlich vom Schuldner Geleisteten. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift können nur solche Zahlungen bei der Bemessung des Anspruchs angerechnet werden, die der Gesellschafter trotz der Verfahrenseröffnung behalten darf. Darum haben **anfechtbare Zahlungen außer Acht zu bleiben**, weil sie dem Gesellschafter keine dauerhaft verbleibende Befriedigung gewähren.

Abweichend vom Wortlaut des § 135 Absatz 3 Satz 2 InsO ist nicht der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, sondern entsprechend den allgemeinen anfechtungsrechtlichen Grundsätzen **der Zeitpunkt der Antragsstellung als Stichtag der Jahresfrist für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs** heranzuziehen. Bei dem anders lautenden Gesetzestext handelt es sich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers.

- Da mit der Regelung des § 135 Absatz 3 InsO eine Ausgleichspflicht für eine vertragslose Zeitspanne geschaffen wird, begründet die Norm ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der

Masse. Fehlt es an einem Aussonderungsrecht, ist § 135 Absatz 1 Satz 3 InsO unanwendbar und das volle vertraglich vereinbarte Nutzungsentgelt geschuldet.

- Die von dem Gesetzgeber angesprochene Notwendigkeit einer Kündigung verdeutlicht, dass der geminderte Entgeltanspruch nur im Rahmen des gesetzlichen Schuldverhältnisses maßgeblich und deshalb an die – gleich ob von dem Gesellschafter oder dem Insolvenzverwalter veranlasste – Beendigung des Nutzungsvertrages geknüpft ist.

Während der Laufzeit des Vertrags bleibt folgerichtig die vertragliche Vergütungsvereinbarung wirksam. Durch den Hinweis auf das Sonderkündigungsrecht wird dem Insolvenzverwalter ein Weg vorgezeichnet, in Ausübung dieses Gestaltungsrechts den Nutzungsvertrag zu beenden und den Entgeltanspruch auf den Durchschnitt des vor Verfahrenseröffnung Geleisteten zu senken.

Im Übrigen ist § 135 Absatz 3 InsO nicht einschlägig, wenn der Betrieb stillgelegt wird und keine Betriebsfortführung beabsichtigt ist.

- Verspätete Mietzinszahlungen der Schuldnerin an die Klägerin sind nicht gemäß § 135 Absatz 1 Nr. 2 InsO anfechtbar. Nur Kreditrückzahlungen unterliegen gemäß § 135 Absatz 1 Nr. 2 InsO als Befriedigung einer Forderung auf Rückgewähr eines Darlehns **ohne zusätzliche tatbestandliche Voraussetzungen der Anfechtung**. Werden von der Gesellschaft hingegen Nutzungsentgelte entrichtet, greift § 135 Absatz 1 Nr. 2 InsO wegen **der abweichenden Forderungsart** nicht unter dem Gesichtspunkt der Rückgewähr eines Darlehns durch.

Denn eine Nutzungsüberlassung durch den Gesellschafter ist nach heutigem Verständnis mit einer Darlehnsgewährung nicht mehr wirtschaftlich vergleichbar. Deshalb kann die Tilgung von Nutzungsentgelten nicht als Darlehnsrückzahlung, sondern nur im Falle einer vorherigen Stundung oder eines Stehenlassens als Befriedung einer darlehnsgleichen Forderungen gemäß § 135 Absatz 1 Nr. 2 InsO der Anfechtung unterworfen werden, wenn trotz Stundungsvereinbarung Zahlungen auf die Mietzinsschuld geleistet werden.

- Ungeachtet des Entstehungsgrundes entsprechen einem Darlehn alle aus Austauschgeschäften herrührende Forderungen, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet wurden, weil jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehnsgewährung bewirkt. Wird eine Leistung bargeschäftsähnlich abgewickelt, scheidet eine rechtliche oder rein faktische Stundung, die zur Umqualifizierung als Darlehn führt, aber aus (vgl. BGH ZIP 2014, 1491).
- Ein Baraustausch liegt bei länger währenden Vertragsbeziehungen in Anlehnung an § 286 Absatz 3 BGB vor, wenn Leistung und Gegenleistung binnen eines Zeitraumes von 30 Tagen abgewickelt werden. Wird ein Baraustausch durchgeführt, handelt es sich nicht um eine stehengelassene und damit einem Darlehn wirtschaftlich entsprechende Forderung, die gemäß § 135 Absatz 1 Nr. 2 InsO der Anfechtung zugänglich ist.

c) Zur Unanfechtbarkeit von Mietzinszahlungen und vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechten

– **Urteil des BGH vom 21.02.2013, ZIP 2013, 586.**

Ansprüche des Schuldners auf eine höchstpersönliche Dienstleistung unterliegen nicht dem Insolvenzbeschluss, denn sie sind nicht übertragbar und deshalb auch nicht pfändbar.

**FALL:**

Der kaufmännisch tätige Schuldner beauftragte den beklagten Rechtsanwalt im Januar 2008, ihn in einer wirtschaftlichen Krise zu beraten. Die Abrechnung sollte nach erbrachter Dienstleistung erfolgen. Am **01.02.2008** leistete der Schuldner an den Beklagten einen Vorschuss in Höhe von € 6.842,50. Mit Beschluss vom **04.02.2008** bestellte das AG auf den Eigenantrag des Schuldners hin einen vorläufigen Insolvenzverwalter und ordnete an, dass Verfügungen des Schuldners nur noch mit dessen Zustimmung wirksam sind. Am **17.03.2008** wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.

Im April 2010 rechnete der beklagte Rechtsanwalt den erhaltenen Vorschuss in Höhe von € 6.842,50 ab. Aus dieser Abrechnung ergab sich für Beratungsleistungen **vor dem 04.02.2008** eine Vergütung in Höhe von brutto € 2.586,47, für Leistungen **zwischen dem 04.02. und dem 17.03.2008** eine Vergütung in Höhe von brutto € 4.105,50 und **für später erbrachte Leistungen** eine Vergütung in Höhe von brutto € 985,32.

Der Insolvenzverwalter verklagte den beratenden Rechtsanwalt durch die Instanzen erfolgreich auf Zahlung des erhaltenen



Vorschusses, soweit er nicht durch die Tätigkeit des Beklagten vor dem 04.02.2008 verbraucht wurde. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte erfolgreich die Abweisung der Klage in Höhe des Teilbetrages von € 4.105,50, der den Zeitraum der vorläufigen Insolvenzverwaltung betrifft.

- Verfügungsbeschränkungen im vorläufigen Insolvenzverfahren und ihre Rechtsfolgen (§§ 24 Abs. 1, 81,82 InsO) erstrecken sich nur auf Gegenstände der (künftigen) Insolvenzmasse und nicht auf das beschlagsfreie Vermögen des Schuldners. Nicht zur Insolvenzmasse gehören Forderungen, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO. Um eine solche unpfändbare Forderung handelt es sich bei dem Anspruch des Schuldners auf die Beratungsleistungen, denn dieser war nach der gesetzlichen Regelung nicht übertragbar und deshalb nicht pfändbar, § 613 Satz 2 BGB, §§ 851 Abs. 1, 857 Abs. 1 und 3 ZPO.
- Der fällig und durchsetzbar entstandene Vergütungsanspruch des Beklagten wurde durch Anrechnung des gezahlten Vorschusses erfüllt, ohne dass es einer besonderen Aufrechnung bedurfte. Im entsprechenden Umfang verringerte sich der Anspruch des Schuldners auf Rückzahlung des nicht verbrauchten Teils des Vorschusses.
- Nach dem Vortrag der Parteien erbat der Beklagte mit Schreiben vom 01.02.2008 einen Vorschuss auf das zu erwartende Honorar mit der Maßgabe, dass die Abrechnung nach erbrachter Leistung erfolgen sollte. Leistet der Dienstberechtigte dem aus einem Dienstvertrag Verpflichteten einen Vorschuss, handelt es sich regelmäßig **um eine vorweggenommene Tilgung des Vergütungsanspruchs, die ohne Aufrechnung oder sonstige Erklärung die**

**Erfüllung des später entstehenden Lohnanspruchs bewirkt** (vgl. Münchener Kommentar - Müller/Glöge, BGB, 6. Aufl., § 614 Rd.-Ziffer 18).

- Auch über diesen Einzelfall hinaus lässt der BGH die Tendenz erkennen, dass ein vor Eröffnung an den Berater gezahlter Honorarvorschuss, der erkennbar ins Antragsverfahren „hereingetragen“ werden soll, ungestört aufgebraucht werden darf.
- Folgende Honorare von Dienstleistern sind generell einer Anfechtung gemäß § 142 InsO entzogen:
  - Wenn zwischen dem Beginn der Tätigkeit und der Erbringung einer Gegenleistung weniger, als 30 Tage liegen, bejaht der BGH ein unanfechtbares Bargeschäft (vgl. BGH Z 167, 190). Auch verkehrsübliche - und insolvenzfeste - Vereinbarungen, welche den Zeitraum zwischen Leistungserbringung und Vergütung **maßvoll** erweitern, fallen hierunter (streitig, vgl. Ganter, Bargeschäfte von Dienstleistern, ZIP 2012, 2037, 2040, re. Sp.).
  - Bei Abschluss einer Vergütungsvereinbarung nach § 3 a RVG auf Grundlage eines Zeithonorars ist diese Rechtsprechung unproblematisch anwendbar. Was aber gilt, wenn die gesetzlichen Gebühren geschuldet werden, bleibt auch nach der Rechtsprechung des BGH offen (vgl. Ganter, a. a. O., S. 2041 li. Sp.).
  - Wer einen Sanierungsberater aufsucht, weil er ernsthaft an eine Sanierungsmöglichkeit glaubt und den Sanierer für seine Dienste bezahlt, hat nicht den Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung, so dass § 133 Abs. 1 InsO ausscheidet. Anders verhält es sich nur dann, wenn die Bezahlung erst erfolgt, nachdem die Sanierung erkennbar gescheitert ist.

- Ärztliche Leistungen werden nach der GOÄ bzw. GOZ jeweils einzeln und in unterschiedlicher Höhe vergütet. Wenn Ärzte anfechtungsrechtlich nach § 142 InsO privilegiert werden wollen, müssen sie mithin ihre Leistungen innerhalb des jeweils letzten Monats abrechnen. Was Rechtsanwälten und Steuerberatern zugemutet wird, müssen auch Ärzte hinnehmen (vgl. Ganter, a. a. O., S. 2042 re. Sp.).
  - Nach § 8 Abs. 1 KHEntgG kann das Krankenhaus eine angemessene Vorauszahlung verlangen, wenn und soweit ein Krankenversicherungsschutz nicht nachgewiesen wird. Ab dem 8. Tag des Krankenhausaufenthalts kann das Krankenhaus eine angemessene Abschlagszahlung verlangen, deren Höhe sich an den bisher erbrachten Leistungen in Verbindung mit der Höhe der voraussichtlich zu zahlenden Entgelte zu orientieren hat.
  - Zahlt der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen, liegt grundsätzlich ein Bargeschäft vor (vgl. BAG, ZIP 2011, 2366).
- Auch Mietzinszahlungen sind demgemäß der Anfechtung nach § 142 InsO entzogen, wenn die Miete binnen 30 Tagen nach Fälligkeit gezahlt wird.

Der BGH hat bereits zu **unentgeltlichen Übergabeverträgen** entschieden, dass **der Vorbehalt vormerkungsgesicherter Rückübertragungsansprüche wegen Vermögensverfalls oder Insolvenz des Begünstigten mangels objektiver Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 InsO nicht zu einer Anfechtbarkeit des gesamten Vertrages führt**. Denn der übertragene Grundbesitz unterlag durch das vormerkungsgesicherte

Rückforderungsrecht **einem Aussonderungsrecht gemäß § 47 InsO** und war daher von vorneherein **niemals dem uneingeschränkten Zugriff der Gläubiger ausgesetzt**. In seiner neusten Entscheidung vom 12.10.2017, NZI 2018, 22 hat der BGH diese Rechtsprechung bestätigt und nur eine Anfechtung zugelassen wenn **eine entschädigungslose Rückübertragungsverpflichtung** besteht, obwohl der Schuldner in den vergangenen Jahren bereits Kaufpreisteilzahlungen geleistet hatte.

d) Zur Unanfechtbarkeit bei Ratenzahlungsvereinbarungen

- Bitte des Schuldners um Ratenzahlungen allein kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder –unfähigkeit.

Beschluss des BGH vom 16.04.2015 – IX ZR 6/14, ZIP 2015, 937

InsO § 133 Absatz 1

Leitsatz des Gerichts:

Die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung ist, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält, als solche kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.

- Eine Bitte um Ratenzahlung ist nur dann ein Indiz für eine Zahlungseinstellung, wenn sie vom Schuldner mit der Erklärung verbunden wird, seine fälligen Verbindlichkeiten (anders) nicht begleichen zu können.
- Der Umstand, dass die Schuldnerin die vereinbarten Raten jeweils um einige Tage verspätet, wenn auch jeweils vollständig, bezahlt hat, hat zwar das Eingreifen der vereinbarten 3-tägigen Verfallklausel ausgelöst, so dass der gesamte noch offene Restbetrag jeweils zur Zahlung fällig wurde; ein Wiederaufleben einer Zahlungseinstellung war damit aber nicht automatisch verbunden.

- Indiz zur Zahlungsunfähigkeit bei Bitte um Ratenzahlung gegenüber Inkassounternehmen nach mehreren erfolglosen Mahnungen und Zahlungszusagen.

Beschluss des BGH vom 24.09.2015 – IX ZR 308/14, ZIP 2015, 2180

InsO § 133 Absatz 1

Leitsatz des Gerichts:

Die Bitte des Schuldners um Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung entspricht nicht den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs, wenn sie nach mehreren fruchtlosen Mahnungen und nicht eingehaltenen Zahlungszusagen gegenüber einem von dem Gläubiger mit dem Forderungseinzug betrauten Inkassounternehmen geäußert wird.

Die Beklagte zu 1. hatte gegenüber der Schuldnerin vor Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung wiederholt die Zahlung der rückständigen Rechnungen ohne Erfolg angemahnt. Ausweislich der 3. Mahnung hatte die Schuldnerin eine fernmündlich erteilte Zahlungszusage nicht eingehalten. Die erst nach Einschaltung eines Inkassounternehmens und Offenbarwerden der Zahlungsschwierigkeiten geschlossene Ratenzahlungsvereinbarung entspricht nicht mehr den üblichen Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs.

Bei dieser Sachlage konnte die Bitte der Schuldnerin um Ratenzahlung entsprechend der Auslegung des Berufungsgerichts dahin verstanden werden, ihre fälligen Verbindlichkeiten anders nicht begleichen zu können.

– Zur Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung

Urteil des BGH vom 25.02.2016 – IX ZR 109/15, ZIP 2016, 627

InsO § 133 Absatz 1

Leitsatz des Gerichts:

Schweigt der Schuldner einer erheblichen Forderung während eines monatelangen Zeitraums auf Rechnungen und Mahnungen und bietet er nach Einschaltung eines Inkassounternehmens und Erwirken eines Mahnbescheides in dem auf seinen Widerspruch hin eingeleiteten gerichtlichen Verfahren die ratenweise Zahlung der Gesamtforderung einschließlich der Zinsen und der angefallenen Kosten an, hat der Gläubiger die Zahlungseinstellung des Schuldners, dessen Zahlungsverzug nicht mit einer fortdauernden Anspruchsprüfung erklärt werden kann, erkannt.

- Das monatelange völlige Schweigen der Schuldnerin auf die Rechnungen und vielfältigen Mahnungen der Beklagten begründete schon für sich genommen ein Indiz für eine Zahlungseinstellung. Durch die Einleitung des Mahnverfahrens und den Übergang in das streitige Verfahren waren erhebliche zusätzliche Kosten angefallen, die ein zahlungsunfähiger Schuldner durch Begleichung der begründeten Forderung vermieden hätte. Ein weiteres Indiz einer Zahlungseinstellung verkörperte sich in dem für die Beklagte in Folge des Zeitablaufs zu Tage getretenen Unvermögen des Schuldners, die erhebliche Verbindlichkeit (€ 16.195,70) der Beklagten zu tilgen.
- Daraus konnte und musste die Beklagte entnehmen, dass die Schuldnerin nicht in der Lage war, ihre Verbindlichkeiten zurückzuführen. Da die Beklagte mit weiteren Gläubigern der gewerblich tätigen Schuldnerin rechnen musste, war sie über deren Zahlungseinstellung unterrichtet.

e) Zur Reform des Insolvenzanfechtungsrechts.**Änderung der Insolvenzordnung**

Die Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 8 Absatz 3 des Gesetzes vom 17. Juli 2015 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist, wird (mit Wirkung zum 05. April 2017) wie folgt geändert:

## 1. § 14 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

## a) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird.“

## b) Satz 3 wird aufgehoben.

## 2. § 133 wird wie folgt geändert:

## a) Nach Absatz 1 werden die folgenden Absätze 2 und 3 eingefügt:

„(2) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 Satz 1 vier Jahre.

(3) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach Absatz 1 Satz 2 die eingetretene. Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.“

## b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 4.

3. § 142 wird wie folgt gefasst:

„§ 142

Bargeschäft

(1) Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.

(2) Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt.“

Der Gewährung des Arbeitsentgelts durch den Schuldner steht die Gewährung dieses Arbeitsentgelts durch einen Dritten nach § 267 des Bürgerlichen Gesetzbuches gleich, wenn für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war, dass ein Dritter die Leistung bewirkt hat.

- Die Ergänzung des § 142 Abs. 2 Satz 3 InsO soll den Arbeitnehmer für nicht erkannte Drittzahlungen auf sein Arbeitsentgelt schützen. Handelt es sich beispielsweise um konzernangehörige Unternehmen, die beide in die Insolvenz geraten, so kann der Anfechtung durch den Insolvenzverwalter des zahlenden Unternehmens mit dem Bargeschäftseinwand begegnet werden, obwohl dieses Unternehmen die Arbeitsleistung nicht erhalten hat.

4. Dem § 143 Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Eine Geldschuld ist nur zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuches vorliegen; ein darüber hinaus gehender Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen eines erlangten Geldbetrages ist ausgeschlossen.“



- Durch den zusätzlich in Art. 103 EGIInsO angefügten Absatz 2 wird die Regelung des § 143 InsO auch auf Insolvenzverfahren zur Anwendung gelangen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eröffnet worden sind, sofern der Anfechtungsgegner nicht bereits in Anspruch genommen wurde (vgl. Bundestagsdrucksache 18/11199, 11f).

## 8. Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters

Wenig problematisch stellt sich die Behandlung von Mietverträgen in Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters dar.

Bezüglich der Fortsetzung des Mietverhältnisses nach Verfahrenseröffnung folgt schon aus § 108 Abs. 1 Nr. 1 InsO, dass Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen. Ein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht des Mieters in der Insolvenz des Vermieters gibt es nicht. Der Mieter kann die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vermieters auch nicht zum Anlass nehmen, das Mietverhältnis außerordentlich zu beenden, sofern der Vermieter seine Pflichten weiter erfüllt (vgl. BGH, NZM 2002, 524). Schwierigkeiten können sich hier allenfalls dann ergeben, wenn der Schuldner Vorausverfügungen über den Mietzins getroffen hat oder der Insolvenzverwalter das Mietobjekt veräußert, vgl. hierzu §§ 110, 111 InsO.

Soweit es um den Anspruch des Mieters auf Überlassung einer Mietsache geht, die sich in einem vertragswidrigen Zustand befindet, ist der Herstellungsanspruch des Mieters unabhängig von der Frage, ob ein vertragswidriger Zustand der Mietsache vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden ist, eine Masseforderung im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO (vgl. BGH NZM 2003, 472). An den Zeitpunkt, zu dem der mangelhafte Zustand der Mietsache eingetreten ist, kann insoweit nicht angeknüpft werden, weil die Pflicht zur Überlassung der Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand als äquivalent für die Mietzahlungspflicht dauernd besteht und nicht durch die Zäsur der Verfahrenseröffnung aufgehoben wird.

Diese Verpflichtung erstreckt sich allerdings nur auf den Herstellungsanspruch des Mieters und gilt nicht für Ansprüche des Mieters, die schon vor Verfahrenseröffnung entstanden sind, wie etwa einen Schadenersatz- und Aufwendungsersatzanspruch aus

§ 536 a BGB. Insoweit sind Ansprüche aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung auch nur als Insolvenzforderungen anzumelden.

9. Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen mit dem Ziel der Restschuldbefreiung.

1. Rechtsfolgen der Erklärung des Verwalters gemäß § 109 Absatz 1 Satz 2 InsO.

Für die **Wohnung des Schuldners** enthält § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO eine Spezialregelung. Danach tritt an die Stelle **der Kündigung des Mietvertrages** die Erklärung des Verwalters/Treuhänders, **dass er das Mietverhältnis aus der Masse freigibt**. Folge einer solchen Erklärung ist:

**Vgl. Urteil des BGH vom 09.04.2014, ZIP 2014, 1086:**

Mit Wirksamwerden der Enthaltungserklärung des Treuhänders gemäß § 109 Absatz 1 Satz 2 InsO und Ablauf der Frist (Freigabeerklärung) erhält der Mieter die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über seine Wohnung zurück. Eine Kündigung des Vermieters ist ab diesem Zeitpunkt dem Mieter gegenüber auszusprechen (im Anschluss an BGH vom 09.05.2012, NJW 2012, 2270, Rz 32).

Dieses Urteil brachte die langersehnte Klarheit für Vermieter und Mieter. Während Kündigungen bisher aus Vorsichtsgründen sowohl an den Mieter, als auch an den Insolvenzverwalter auszusprechen waren, ist jetzt entschieden, dass Adressat von allen Erklärungen und Partei in einem Rechtsstreit nach Wirksamwerden der Erklärung des § 109 Absatz 1 Satz 2 InsO nur der Mieter ist. Der Insolvenzverwalter ist nur während der Kündigungsfrist des § 109 Absatz 1 Satz 1 InsO von 3

Monaten zum Monatsende tauglicher Adressat für die Erklärungen des Vermieters, nämlich so lange er auch für die Miete haftet.

Nach Abgabe der Enthftungserklärung steht die Kautio dann bis zur gesetzlich zulässigen Höhe dem Mieter zu, vgl. BGH v. 16.03.2017, ZIP 2017, 884.

Weitere Folge der Erklärung des Verwalters/Treuhänders gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO ist, dass der Schuldner den Mietzins nach Ablauf der Frist nur noch **aus seinem pfändungsfreien Einkommen** zahlen kann.

Die Problematik der Freigabeerklärung des Verwalters gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO sei an folgendem **Beispielfall** erläutert:

*Unmittelbar nach Verfahrenseröffnung am **01.05.2014** gibt der Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren gegenüber dem Vermieter die Erklärung gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO ab. Nach Ablauf der Kündigungsfrist des § 573 c Abs. 1 BGB am **31.07.2014** bezahlt der Schuldner die Monatsmieten August und September 2014. Bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens war der Schuldner die Monatsmiete für **Januar 2014 schuldig** geblieben. Bis einschließlich **Juli 2014 hatte der Treuhänder die Miete** bezahlt. **Im November 2014** bleibt der Schuldner erneut den Mietzins schuldig. Das Insolvenzverfahren dauert zu diesem Zeitpunkt noch an.*

Ansprüche des Vermieters:

- Der Vermieter kann den Mietvertrag gemäß §§ 543, 569 BGB fristlos kündigen, wobei der Schuldner die Folgen der Kündigung durch Zahlung oder Verpflichtung einer öffentlichen Stelle innerhalb der Zwei-Monats-Frist abwenden kann, § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

Mit Urteil vom 17.06.2015 (ZIP 2015, 1496) hat der BGH entschieden, dass die Kündigungssperre des § 112 InsO nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Absatz 1 Satz 2 InsO weder im Insolvenzverfahren, noch in dem sich daran anschließenden Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 286 ff InsO) gilt. Nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung nach § 109 Absatz 1 Satz 2 InsO sind demgemäß rückständige Mieten, mit deren Zahlung der Mieter bereits vor Insolvenzantragstellung in Verzug geraten war, bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer (auch) hierauf gestützten fristlosen Kündigung des Vermieters nach § 543 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3b wieder zu berücksichtigen.

- Wegen des Mietrückstandes **aus dem Monat Januar 2014** kann der Vermieter eine Insolvenzforderung zur Tabelle anmelden.
  
- Für den Monat **November 2014** hat der Vermieter nur einen Anspruch gegen den Schuldner, den er zwar titulieren, aber nicht vollstrecken kann, da im eröffneten Verfahren ein Zwangsvollstreckungsverbot für Alt- und Neugläubiger besteht, § 89 InsO analog. Wegen der Novembermiete 2014 ist eine Forderungsanmeldung zur Insolvenztabelle wohl nicht möglich, § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO.
  
- **Schadenersatzansprüche des Vermieters**, wie Ansprüche auf Durchführung von Schönheitsreparaturen, Ansprüche auf Beseitigung sonstiger Schäden, Räumungskosten etc. unterfallen nicht § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO; sie sind als allgemeine Insolvenzforderung nach § 38 InsO geltend zu machen, sofern sie bereits vor der Eröffnung entstanden sind.

## 2. Umfang der Schutzwirkung des § 112 InsO.

Obwohl der Gesetzeszweck, die Insolvenzmasse zusammen zu halten, bei der Schuldnerwohnung praktisch nicht zum Tragen kommt, wurde die Anwendung des § 112 InsO weitgehend bejaht, da der Gesetzeswortlaut keine Ausnahmen vorsieht (vgl. nur MünchKomm InsO/Eckert, 3. Auflage 2013, § 112 Rz 3). Wirkt die Erklärung des § 109 Absatz 1 Nr. 2 InsO gemäß Urteil des BGH vom 22.05.2014 (NZI 2014, 614) aber wie eine Freigabe, auf Grund derer der Schuldner die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Mietverhältnis zurückerhält, muss konsequenterweise die Wirkung der Kündigungssperre mit Wirkung der Erklärung nach § 109 Absatz 1 Satz 2 InsO entfallen. Bestehen Rückstände aus der Zeit vor dem Insolvenzantrag, können diese nach dem Wegfall der Kündigungssperre vom Vermieter also wieder als Kündigungsgründe herangezogen werden; so jetzt ausdrücklich BGH vom 17.06.2015, ZIP 2015, 1496.

## 3. Die Freigabe schuldnerischen Vermögens nach § 35 Abs. 2 InsO.

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verliert der Schuldner nicht das Recht, neue Verpflichtungen einzugehen und neue Verbindlichkeiten zu begründen, OLG Celle, ZInsO 2003, 128. Ein solcher Vertrag verpflichtet allerdings nicht die Insolvenzmasse, sondern nur den Schuldner persönlich. Der Gläubiger wird so genannter Neugläubiger, der wegen des Vollstreckungsverbotes im eröffneten Verfahren und der Abtretung der pfändbaren Bezüge des Schuldners an seine Gläubiger in der Wohlverhaltensphase eine Befriedigung seiner Forderungen nur schwer erreichen wird.

War oder wird **der Schuldner selbstständig tätig**, so kann er dies im eröffneten Insolvenzverfahren **im Einvernehmen mit dem Insolvenzverwalter** tun. Man spricht dann von einer Betriebsfortführung, bei der das schuldnerische Unternehmen durch den Insolvenzverwalter geführt wird. Neugeschäfte werden im Namen des Insolvenzverwalters getätigt, so dass **Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO** entstehen (mit einer ggf. bestehenden persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters gemäß §§ 60, 61 InsO), wobei der Schuldner häufig ausdrücklich, konkludent oder aufgrund Duldungsvollmacht als bevollmächtigter Vertreter des Insolvenzverwalters auftritt.

Eine solche Betriebsfortführung setzt das Einverständnis und die Kooperation des Schuldners voraus. Die Betriebseinnahmen gehören vollständig zur Insolvenzmasse. Die betrieblichen Verpflichtungen (einschließlich aller Steuern) sind durch Handlungen des Insolvenzverwalters begründet worden und mithin Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs.1 Nr. 1 InsO. Die persönlichen Bedürfnisse des Schuldners können als Vergütung im Rahmen der Betriebsausgaben oder im Rahmen des § 100 InsO berücksichtigt werden. Die Masse erhält somit den vollen wirtschaftlichen Erfolg; trägt aber auch das unternehmerische Risiko, HambKomm – Lüdtkke, § 35 Rn 268.

**Die Freigabe der wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners** gemäß § 35 Abs. 2 InsO kommt demgegenüber dann in Betracht,

- wenn die selbstständige Tätigkeit des Schuldners im Rahmen einer geordneten Betriebsfortführung keine Überschüsse erwarten lässt,
- hohe Risiken bei der Geschäftstätigkeit des Schuldners bestehen und
- keine Aussicht auf eine (übertragende) Sanierung besteht oder
- der Schuldner unzuverlässig oder/und nicht kooperativ ist.

Dem Insolvenzverwalter steht aufgrund Artikel 12 des Grundgesetzes kein Recht zu, die Berufsausübung des Schuldners zu unterbinden, zumal,

- die Arbeitskraft des Schuldners nicht dem Insolvenzbeschlagn unterfällt und
- die Betriebsmittel vielfach gemäß § 36 Abs. 1 InsO, § 811 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ZPO insolvenzfreies Vermögen des Schuldners darstellen.

Einziges Instrument des Verwalters, seine eigene Haftung und diejenige der Masse auszuschließen, ist in diesen Fällen dann **die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners** gemäß § 35 Abs. 2 InsO. Die Freigabe wird veröffentlicht, § 35 Abs. 3 InsO und kann von der Gläubigerversammlung wieder aufgehoben werden, § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO.

Mit Zugang der Freigabeerklärung beim Schuldner **endet die Haftung der Masse mit sofortiger Wirkung**. Dies gilt

nicht nur für Neugeschäfte des Schuldners, sondern auch für **bestehende Dauerschuldverhältnisse, wie Mietverträge**, und zwar unabhängig von den Regeln und Fristen der §§ 103 ff. InsO, da die Verträge nicht beendet werden. Es wird **eine unbestimmte Rechtsgesamtheit freigegeben**, die sich auch auf Mietverträge erstreckt. Hierbei dürfte es sich nicht um einen Betriebsübergang nach § 613 a BGB handeln (der u. a. die Unterrichtungspflicht der Arbeitnehmer gemäß § 613 a Abs. 6 BGB auslöst), da ein Widerspruch Dritter die Rechtsfolgen des § 35 Abs. 2 InsO nicht beeinflussen können, a. A. BAG ZIP 2008, 1346, 1349.

Der nach der Freigabe entstehende betriebliche Neuerwerb ist massefrei und steht **den Neugläubigern als Haftungsmasse** zur Verfügung. Zur Insolvenzmasse gehört nur der Anspruch aus der entsprechenden Anwendung des § 295 Abs. 2 InsO. Der Schuldner hat also das fiktive pfändbare Einkommen abzuführen, welches er nach seiner beruflichen Qualifikation aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis verdienen würde. **Die Masse profitiert damit nicht von einem wirtschaftlichen Erfolg des Schuldners, nimmt aber auch nicht an dem Risiko teil.** Dieses freigegebene Betriebsvermögen (nach VG Oldenburg, ZIP 2009, 334 f – a. A. VGH München, NZI 2009, 527 - noch dadurch geschützt, dass auch in diesen Fällen die Sperrwirkung des § 12 GewO nicht gilt) stellt ein **insolvenzrechtliches Sondervermögen** dar, über das **ein neues Insolvenzverfahren eröffnet werden** kann, vgl. BGH vom 09.06.2011, ZIP 2011, 1326.

Der Insolvenzverwalter wird daher **eine wirtschaftliche Prognose** über die selbstständige Tätigkeit des Schuldners anzustellen und hierbei die Ertragschancen und die Risiken



einer Betriebsfortführung abzuwägen haben, um sie dem ebenfalls einzuschätzenden Masseanspruch aus § 295 Abs. 2 InsO gegenüberzustellen, vgl. Andres/Pape NZI 2005, 141.

Hierzu ein **Beschluss des AG Duisburg vom 22.04.2010**, NZI 2010, 905 ff. mit folgenden

**Leitsätzen: (so jetzt auch BSG vom 10.12.2014, ZIP 2015, 1079)**

1. Der Beschluss der Gläubigerversammlung, mit der sie die gerichtliche Unwirksamkeitsanordnung nach § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO beantragt, kann unter den Voraussetzungen des § 78 Abs. 1 InsO angefochten und aufgehoben werden.
2. Die Freigabe – und Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters nach § 35 Abs. 2 Nr. 1 InsO erfasst auf der Aktivseite den künftigen Neuerwerb des Schuldners aus seiner selbstständigen Tätigkeit sowie diejenigen Vermögensgegenstände, die der Verwalter im sachlichen Zusammenhang mit dieser Tätigkeit freigibt. Welche der Masse zugehörigen Gegenstände der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners gewidmet sind, entscheidet der Verwalter.
3. Die gerichtliche Unwirksamkeitsanordnung nach § 35 Abs. 2 Satz 3 InsO tritt, sofern sie nicht eine Zeitbestimmung enthält, mit ihrer öffentlichen Bekanntmachung in Kraft. Sie beseitigt die Wirkungen der Verwaltererklärung nur für die Zukunft.
4. Mit der Unwirksamkeitsanordnung fallen neben dem künftigen Neuerwerb auch sämtliche Gegenstände des vormals insolvenzbefangenen Altvermögens, auf die sich die Freigabe- und Enthftungserklärung bezogen hatte, in die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters zurück.

5. Eine Arztpraxis des Schuldners unterliegt als wirtschaftliche organisatorische Einheit dem Insolvenzbeschlagn. Sie kann vom Verwalter stillgelegt werden, wenn ihre Fortführung auf Rechnung der Insolvenzmasse Verluste erwirtschaftet.

Nunmehr hat der **BGH in seinem Urteil vom 22.05.2014, ZIP 2014, 614 ff. zu § 35 Abs. 2 InsO im Zusammenhang mit Mietverträgen entschieden:**

Mit dem Wirksamwerden der Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters gem. § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO hinsichtlich der Wohnung des Schuldners erlangt der Mieter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Mietverhältnis zurück. Dem Insolvenzverwalter fehlt die Prozessführungsbefugnis, gegen den Vermieter Ansprüche auf Auszahlung von Guthaben aus Nebenkostenabrechnungen an die Masse für einen Zeitraum nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung geltend zu machen.

Der IX. Senat des BGH hat mit dieser Entscheidung bestätigt, dass Erklärungen im Wohnraummietverhältnis (z.B. Kündigungen, Mieterhöhungen) nach Wirksamkeit der Enthftungserklärung nur noch vom und gegenüber dem Insolvenzschuldner, also dem Wohnungsmieter abzugeben sind. Auch hat der BGH klargestellt, dass ein Betriebskostenguthaben, das aus der Zeit nach Wirksamkeit der Enthftungserklärung resultiert, an den Mieter, nicht aber an den Insolvenzverwalter oder Treuhänder auszukehren ist.

Offen bleibt aber, wie in dem Jahr zu verfahren ist, in dem die Enthftungserklärung wirksam wird. Es spricht vieles dafür, dass die Betriebskostenabrechnung in diesen Jahren zeitlich aufzuteilen und das Guthaben anteilig an die Insolvenzmasse und den Schuldner auszukehren ist.

#### 4. Reichweite der Erteilung der Restschuldbefreiung.

Gemäß § 301 Abs. 1 InsO wirkt die Restschuldbefreiung **gegenüber sämtlichen Insolvenzgläubigern** gemäß § 38 InsO unabhängig davon, ob sie Ihre Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet haben, oder nicht. Ausgenommen hiervon sind lediglich Forderungen **gemäß § 302 InsO**, insbesondere also Forderungen aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Schuldners, **die als solche angemeldet und zur Tabelle festgestellt worden ist**, § 174 Abs. 2 InsO. Allerdings nehmen nur diejenigen Gläubiger an den Verteilungen im Insolvenzverfahren und am Restschuldbefreiungsverfahren teil, die ihre Forderungen angemeldet haben.

Dies sei an folgendem Beispiel noch wie folgt erläutert:

*Am 27.02.2014 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Mieterin eröffnet. Am 30.11.2014 zog die Schuldnerin aus, nachdem das Mietverhältnis zum 31.10.2014 beendet worden war. Am 11.03.2015 meldet der Vermieter folgende Ansprüche zur Insolvenztabelle an:*

-	Mietzins Oktober 2014	€	473,02
-	Nutzungsentschädigung für November 2014	€	488,76
-	Schadenersatz wegen durchgeführter Instandsetzungsmaßnahmen	€	1.355,53

*Die Forderungen wurden in die Insolvenztabelle aufgenommen und vom Insolvenzverwalter im schriftlichen Schlusstermin in voller Höhe bestritten, ohne dass der Vermieter Feststellungsklage gemäß § 179 InsO erhoben hätte.*

*Mit Schreiben vom **26.05.2015** stellte der Vermieter einen Restschuldbefreiungsversagungsantrag und nahm hierbei ohne weitere Begründung Bezug auf seine Forderungsanmeldung. Der Schlusstermin fand im schriftlichen Verfahren am **27.05.2015** statt.*

Lösung:

Der Restschuldbefreiungsversagungsantrag ist einmal deswegen **unzulässig**, weil der Vermieter nicht Insolvenzgläubiger im Sinne der §§ 290 Abs. 1, 38 InsO ist. Denn die Miet- und Nutzungsentschädigungsforderung für die Monate Oktober und November 2014 sind jeweils nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden und mithin Masseverbindlichkeiten und nicht Insolvenzforderungen. Hinsichtlich der Schadenersatzforderung ist der Vermieter zwar Insolvenzgläubiger, der Antrag ist aber dennoch **unzulässig**, weil der Vermieter den Versagungsgrund im schriftlichen Schlusstermin nicht mit den Mitteln der ZPO glaubhaft gemacht hat, §§ 4 InsO, 294 Abs. 1 ZPO, vgl. BGH Z 156, 139.

Für **Neugläubiger gilt** im Übrigen: Ihre Forderungen werden von der Restschuldbefreiung nicht erfasst. Neugläubiger nehmen weder an Verteilungen teil, noch können sie Restschuldbefreiungsversagungsanträge stellen. Neugläubiger können ihre Forderungen gegenüber dem Schuldner uneingeschränkt geltend machen. Während des eröffneten Insolvenzverfahrens können die Neugläubiger wegen des Vollstreckungsverbots nach § 89 InsO analog aber nicht gegen den Schuldner vollstrecken und während der sechsjährigen Wohlverhaltensperiode nur in den unpfändbaren Teil des Vermögens des Schuldners vollstrecken, da das pfändbare Vermögen betreffend das

Arbeitseinkommen mit dem Antrag auf Restschuldbefreiung vom Schuldner an den Insolvenzverwalter zu Gunsten seiner Gläubiger abgetreten wurde.

**Anmerkung:** Allerdings können sich Neugläubiger auf § 850 d und § 850 f Absatz 2 ZPO stützen, soweit es um Unterhaltsansprüche und Ansprüche aus unerlaubter Handlung geht. Wird ein Neugläubiger vom Schuldner nicht befriedigt, dürfte regelmäßig eine unerlaubte Handlung, nämlich Eingehungsbetrug (§ 263 StGB) vorliegen.

Nach § 850 d ZPO kann der Schuldner **bis zur Sozialhilfebedürftigkeit** gepfändet werden. Während die "normalen" pfändbaren Beträge gemäß § 850 c ZPO in der Wohlverhaltensphase an die Insolvenzgläubiger abgeführt werden, können Gläubiger nach § 850 d ZPO in das grundsätzlich pfändungsgeschützte Vermögen des Schuldners bis zur Sozialhilfebedürftigkeit vollstrecken.

Voraussetzung ist allerdings, dass sich aus dem Titel selbst ergibt, dass es sich bei dem Geldanspruch um einen solchen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung handelt. Als Gläubigervertreter sollte man sich also im Wege der Feststellungsklage über den "normalen" Zahlungsantrag hinaus titulieren lassen, dass es sich bei der Klagforderung um eine solche aus unerlaubter Handlung handelt. Sofern ein Vollstreckungsbescheid oder ein sonstiger Titel vorliegt, aus dem sich die Tatsache der unerlaubten Handlung **nicht ergibt**, kann in unverjährter Zeit auch noch im Nachhinein eine titelergänzende Feststellungsklage erhoben werden, vgl. BGH JurBüro 2003, 117 f.

## 5. Das Sonderkündigungsrecht des § 111 InsO.

§ 111 InsO soll den in der Zwangsvollstreckung geltenden Grundsatz: "Der Zuschlag bricht nicht die Miete, berechtigt den Ersteher aber zur Sonderkündigung" auch auf die freihändige Veräußerung von Immobilien durch den Insolvenzverwalter erstrecken. Die insolvenzbedingte freihändige Veräußerung teilt den Charakter eines Zwangsverkaufs. Deshalb ist § 566 BGB nur nach Maßgabe der – auch in §§ 57a ZVG enthaltenen – in § 111 InsO integrierten Kündigungsregeln anzuwenden, vgl. Stöber, ZVG, § 57 Rdnr. 3.1 und Marotzke, gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, Rdnr. 6.26.

Potenzielle Käufer sollen zur Abgabe höherer Gebote veranlasst werden, indem der Bestandsschutz der Miet- und Pachtverhältnisse auf die gesetzlichen Kündigungsfristen reduziert wird, so dass eine möglichst vorteilhafte Verwertung des Grundvermögens erreicht werden kann.

**Rechtsfolgen der Kündigung:** Als einfache Insolvenzforderung sind geltend zu machen Ansprüche aus etwaigen Schäden, die der Vertragspartner durch eine aus der Verdrängung vertraglicher Kündigungsbeschränkungen und –ausschlüssen resultierenden vorzeitigen Vertragsbeendigung erleidet. Dies folgt aus der entsprechenden Anwendung des § 109 InsO.

### **Rechtsprechung hierzu:**

1. Wird eine vermietete Immobilie durch den Insolvenzverwalter veräußert, so erlischt ein im Mietvertrag vereinbartes Vormietrecht, sobald der Erwerber das Sonderkündigungsrecht nach § 111 InsO ausübt.

2. § 111 InsO ermöglicht es dem Erwerber, frei über die Immobilie zu verfügen und diese optimal – auch durch Neuvermietung – zu verwerten.

Vgl. Kammergericht, Beschluss vom 23.09.2010 – 8 W 46/10, - Volltext unter: [www.imr-online.de](http://www.imr-online.de).

Das Sonderkündigungsrecht nach § 111 InsO umfasst – ebenso wie die Parallelvorschrift des § 57a ZVG – allein **die vertragliche Laufzeit**. Der **soziale Kündigungsschutz** des Wohnungsmieters bleibt demgegenüber **in vollem Umfang erhalten**. Der Erwerber kann das Sonderkündigungsrecht bei Wohnraummiete also nur ausüben, wenn er gemäß § 573 BGB ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat, § 573d Abs. 1 BGB.

## II. Der Schuldner als Wohnungseigentümer

### 1. Grundsätzliches

Das Wohnungseigentum ist ein der Zwangsvollstreckung unterliegender Vermögensgegenstand des Schuldners und fällt mithin in die Insolvenzmasse, § 35 ff InsO. Seine Behandlung in der Insolvenz folgt damit grundsätzlich den allgemeinen insolvenzrechtlichen Regeln. Besonderheiten ergeben sich aber daraus, dass der Wohnungseigentümer zwingend mit anderen Wohnungseigentümern in einer **Bruchteilsgemeinschaft verbunden** ist, die kraft Gesetzes Rechte und Pflichten zwischen den Wohnungseigentümern begründet.

Hierbei ist nur der einzelne Wohnungseigentümer insolvenzfähig, die Wohnungseigentümergeinschaft als teilrechtsfähiger Verband nicht, § 11 Abs. 2 WEG.

## 2. Das Wohnungseigentum in der Insolvenz des Wohnungseigentümers.

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Wohnungseigentümers führt weder zur Auflösung der Wohnungseigentümergeinschaft, noch bewirkt es das Ausscheiden des insolventen Wohnungseigentümers aus der Gemeinschaft. Der Grundsatz der Unauflösbarkeit der Wohnungseigentümergeinschaft gilt auch in der Insolvenz uneingeschränkt fort. Dies wird in § 11 Abs. 2 WEG, der auch die erweiterte Auflösungsmöglichkeit für Bruchteilsgemeinschaften in § 84 Abs. 1 InsO für Wohnungseigentümergeinschaften ausschließt, noch einmal klargestellt.

Das **Insolvenzeröffnungsverfahren** gegen einen Wohnungseigentümer hat noch keine unmittelbaren Auswirkungen auf dessen Rechtsstellung als Wohnungseigentümer. Bestellt das Insolvenzgericht einen **schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter** verliert der Wohnungseigentümer nicht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen. Allerdings wird regelmäßig mit der Einsetzung eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters ein Zustimmungsvorbehalt gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. alt. InsO angeordnet. Dieser bewirkt, dass Verfügungen des Wohnungseigentümers ohne die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters unwirksam sind, so dass der Wohnungseigentümer nicht mehr allein über sein Wohnungseigentum verfügen, es also insbesondere nicht belasten und nicht übertragen kann.

Da der Zustimmungsvorbehalt nur Verfügungen des Wohnungseigentümers unwirksam macht, bleibt der Eigentümer zu allen sonstigen Rechtshandlungen befugt. Dies umfasst insbesondere die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, soweit diese in den Händen der Wohnungseigentümer liegt, §§ 20 ff WEG. Der Wohnungseigentümer, und nicht der vorläufig schwache Insolvenzverwalter ist daher berechtigt, an **Wohnungseigentümerversammlungen teilzunehmen** und Anfechtungsklagen zu erheben und an der Beschlussfassung mitzuwirken. Daher ist er auch trotz der Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung zu den **Wohnungseigentümerversammlungen zu laden**.



Ist die Eigentumswohnung vermietet, kann der Mieter Zahlungen nicht mehr mit schuldbefreiender Wirkung an den Wohnungseigentümer leisten, wenn das Gericht - wie im Regelfall - entsprechend Drittschuldnern verboten hat, mit befreiender Wirkung an den Schuldner zu zahlen. Die Mieten sind in diesem Falle an den vorläufigen Insolvenzverwalter zu zahlen.

Wird ausnahmsweise gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Absatz 2 Nr. 2, 1. alt. InsO ein **starker vorläufiger Insolvenzverwalter** bestellt, geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den Verwalter über, § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO. Damit wird der starke vorläufige Insolvenzverwalter bereits im Eröffnungsverfahren zum allein Verfügungsberechtigten und damit Passivlegitimierten für die übrigen Wohnungseigentümer und die Verwaltung in allen Wohnungseigentumsangelegenheiten. Nunmehr nimmt der vorläufig starke Verwalter die Rechte des insolventen Wohnungseigentümers wahr.

Der starke vorläufige Insolvenzverwalter ist zur Teilnahme an den **Wohnungseigentümersammlungen berechtigt**, auf denen er im selben Umfange stimmberechtigt ist, wie der Wohnungseigentümer, der mit dem Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auch sein Stimmrecht verloren hat. Demgemäß ist der starke vorläufige Insolvenzverwalter unter **Beachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten** zu laden, wobei für ihn keine neue Einladungsfrist zu laufen beginnt, wenn dem insolventen Wohnungseigentümer bereits vor der Bestellung des starken vorläufigen Insolvenzverwalters die Einladung zugegangen ist, § 24 Abs. 4 WEG.

**Praxistipp:** Sollte der starke vorläufige Insolvenzverwalter versehentlich nicht geladen worden sein, empfiehlt es sich, dass der WEG-Verwalter sich über die Behandlung der in der Versammlung gefassten Beschlüsse mit dem Verwalter einigt, da das Anfechtungsrecht eines nicht eingeladenen Teilnehmerberechtigten weit geht. Wird ein Wohnungseigentümer nicht zur Eigentümersammlung geladen, führt die Nichtladung allerdings regelmäßig nur zur Anfechtbarkeit der in der Versammlung gefassten Beschlüsse und nur bei böswilligem Verhalten

des Einladenden zur Nichtigkeit, vgl. BGH vom 20.07.2012 – V ZR 235/11.

Ist die Eigentumswohnung vermietet, kann der Mieter Zahlungen mit schuldbefreiender Wirkung aufgrund des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nur noch an den starken vorläufigen Verwalter leisten.

Auch der starke vorläufige Insolvenzverwalter ist trotz des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf ihn noch nicht befugt, das Wohnungseigentum im Eröffnungsverfahren zu veräußern oder freizugeben. Denn die unbeschränkte rechtliche Befugnis des starken vorläufigen Insolvenzverwalters im Außenverhältnis ist im **Innenverhältnis** durch den Sicherungszweck begrenzt. Der vorläufige Verwalter soll lediglich das Vermögen des Schuldners bis zur Entscheidung über den Insolvenzantag vor nachteiligen Veränderungen schützen. **Verwertungshandlungen, wie die Freigabe des Wohnungseigentums** sind ihm daher grundsätzlich nicht gestattet, vgl. Jaeger/Henckel, § 22 Rn 37 ff.

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter über, § 80 InsO. Damit tritt der Insolvenzverwalter in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Wohnungseigentum ein. Dies umfasst sowohl die vermögensrechtliche Seite des Wohnungseigentums, als auch **die Rechte und Pflichten**, die sich aus der Mitgliedschaft des Schuldners in der Wohnungseigentümergemeinschaft ergeben. Im einzelnen wie folgt:

### 3. Die Ansprüche der WEG und des Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren.

Die Forderungen des insolventen Wohnungseigentümers gegen Dritte sind Bestandteil der Insolvenzmasse und demgemäß vom Insolvenzverwalter geltend zu machen. Hierunter fallen insbesondere Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Bauträger und - wenn die Eigentumswohnung vermietet ist - die Einziehung von Mieten gegenüber den Mietern.

Umgekehrt müssen sich Dritte **mit ihren Forderungen gegen den Wohnungseigentümer** an den Insolvenzverwalter halten. Alle zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits bestehenden und nicht bevorrechtigt zu befriedigenden Forderungen sind zur Insolvenztabelle anzumelden, §§ 174 ff InsO.

Der Insolvenzverwalter ist berechtigt, die Räumlichkeiten des Wohnungseigentümers – wenn er sie selbst nutzt – zu betreten. Verweigert der Wohnungseigentümer den Zutritt, ist der Verwalter bereits **auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses** berechtigt, den Zutritt im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Eines besonderen Titels hierzu bedarf es nicht, vgl. Uhlenbruck, InsO, § 148 Rn 21.

Die vollstreckbare Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses ist gemäß § 148 Abs. 2 Satz 1 InsO i.V.m. § 885 ZPO auch Titelgrundlage für eine Räumungsvollstreckung gegen den insolventen Wohnungseigentümer und dessen Familienangehörige, vgl. Uhlenbruck a.a.O. Vollstreckungsschutz kann der Wohnungseigentümer über § 765a ZPO erlangen, wobei der Antrag unverzüglich zu stellen ist, wenn er fristwährend sein soll und die vom Insolvenzverwalter eingeräumte Frist zur Räumung der Wohnung zwei Wochen oder weniger beträgt.

**Ist die Wohnung vermietet**, steht dem Insolvenzverwalter gegenüber den Mietern ein Zutrittsrecht nur im Rahmen der mietvertraglichen Regelungen zu. Enthält der Mietvertrag keine ausdrücklichen Regelungen über das Besichtigungsrecht des Vermieters, greifen die von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze ein. Hiernach hat der Vermieter insbesondere im Vorfeld einer Veräußerung das Recht, sich ein Bild vom Zustand der Wohnung zu machen, vgl. Schmidt – Futterer, § 550 Rn 154. Hieran muss sich auch der Insolvenzverwalter halten. Weitergehende Rechte besitzt der Insolvenzverwalter nicht.

Der Insolvenzverwalter ist unter Verdrängung der Rechtsstellung des bisherigen Wohnungseigentümers **zur Teilnahme an den Wohnungseigentümerversammlungen berechtigt** und mithin anstelle des Eigentümers vom WEG-Verwalter einzuladen. Als über das Vermögen des Wohnungseigentümers Verwaltungs- und Verfügungsberechtigter steht dem Insolvenzverwalter auch das alleinige Stimmrecht in der Wohnungseigentümerversammlung zu. Hierbei unterliegt die Ausübung des Stimmrechts durch den Insolvenzverwalter denselben Schranken, denen das Stimmrecht des Eigentümers unterworfen ist, insbesondere gilt auch für den Insolvenzverwalter das Stimmverbot des § 25 Abs. 5 WEG. Liegt ein solches Stimmverbot in der Person des Insolvenzverwalters vor, steht dem Wohnungseigentümer auch kein subsidäres Stimmrecht zu, vgl. Bärmann/Pick/Merle, § 25 Rn 123.

Der Insolvenzverwalter ist mit seinem Stimmrecht nicht ausgeschlossen, wenn den Wohnungseigentümer – wäre er noch stimmberechtigt – ein Stimmverbot träfe. Der Insolvenzverwalter ist nämlich nicht Interessenvertreter des Wohnungseigentümers, sondern nimmt dessen Aufgaben **als unabhängiges Organ der Rechtspflege** wahr, vgl. Vallender NZI 2004, 401, 405.

Der Insolvenzverwalter kann eine zur Insolvenzmasse gehörende Eigentumswohnung

- freihändig veräußern (mit Zustimmung etwaiger Grundschuldgläubiger),
- nach § 165 InsO zwangsversteigern lassen oder
- aus der Insolvenzmasse freigeben.

Soll die Eigentumswohnung verwertet werden, muss der Wohnungseigentümer, wenn er die Wohnung selbst bewohnt, in jedem Falle mit der Räumung rechnen, da nur eine leere Eigentumswohnung akzeptable Erlöse erzielt. Ist die Eigentumswohnung vermietet, kommt eine Zwangsverwaltung nach ZVG oder eine mit dem Grundpfandgläubiger vereinbarte sog. kalte Zwangsverwaltung in Betracht.

Zur freihändigen Veräußerung bedarf der Insolvenzverwalter

- der Zustimmung des Gläubigerausschusses, § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO, sowie
- der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bzw. des WEG-Verwalters, § 12 Abs. 1 WEG,

da diese Verfügungsbeschränkung auch für den Insolvenzverwalter gilt. Wird die Zustimmung zu Unrecht verweigert, muss der Insolvenzverwalter die Zustimmung gemäß 43 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 WEG geltend machen.

Eine **Zwangsversteigerung** wird der Insolvenzverwalter wählen,

- wenn er Vorkaufsrechte (vgl. für schuldrechtliche Vorkaufsrechte § 471 BGB, für dingliche § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB und für das Vorkaufsrecht der Gemeinde nach dem Baugesetzbuch: Stöber ZVG, § 81 Anm.10.5) oder
- Gewährleistungsansprüche des Erwerbers ausschließen will, § 56 Satz 3 ZVG.

Der Insolvenzverwalter kann auch die **so genannte kalte Zwangsverwaltung** wählen, oder aber **das Wohnungseigentum freigeben**.

In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des BGH vom 30.04.2015 (NZI 2015, 550) zu so genannten Schornsteinhypotheken und Lästigkeitsprämien mit folgendem Leitsatz von Interesse:

Ein durch eine Zwangssicherungshypothek nachrangig gesicherter Gläubiger, dessen Recht bei einer Verwertung des Grundstückes wegen wertausschöpfender Belastung durch vorhergehende Rechte keinen Anteil am Erlös erwarten lässt, ist dennoch nicht verpflichtet, im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Grundstückseigentümers zu Gunsten der beabsichtigten freihändigen Veräußerung des Grundstückes die Löschung seines Sicherungsrechts zu bewilligen.

Selbst wenn ein Grundstück schon wertschöpfend belastet scheint, sollten Gläubiger also nicht darauf verzichten, sich durch ein nachrangiges Grundpfandrecht sichern zu lassen. Denn nachrangige Sicherungsrechte sind in der Insolvenz nicht völlig wertlos. So lange sich der nachrangige Gläubiger nämlich nicht ausnahmsweise besonders treuwidrig verhält, kann er nicht mit Erfolg auf eine entgeltlose Löschung seines Sicherungsrechts verklagt werden. Ein nachrangiger Grundpfandgläubiger darf sich also grundsätzlich als Gegenleistung für seine Kooperation bei der Löschung einen Ablösebetrag versprechen lassen. Rechtssicher kann er diesen Ablösebetrag immer dann behalten, wenn er sich auf die Löschungskosten im engeren Sinne beschränkt und darüber hinausgehende Beträge nicht zu Lasten der Insolvenzmasse, sondern zu Lasten der Nachranggläubiger vereinbart werden.

Die Freigabe bewirkt, dass das Wohnungseigentum in das **insolvenzfremde Vermögen des Schuldners** überführt wird, §§ 35, 36 InsO. Mit dem Ausscheiden des Wohnungseigentums aus der Insolvenzmasse geht die Verfügungsbefugnis wieder vom Insolvenzverwalter auf den Schuldner über mit der Folge, dass der Schuldner wieder im vollen Umfang berechtigt ist, das Wohnungseigentum zu verwalten und darüber zu verfügen.

Eine Freigabe kommt nur dann in Betracht, wenn die voraussichtlichen Kosten für die Verwaltung und Verwertung des Wohnungseigentums den voraussichtlichen Verwertungserlös übersteigen oder aber das Wohnungseigentum mit sonstigen Risiken, z.B. schweren Baumängeln, kontaminiertem Boden etc. behaftet ist. Anderenfalls würde sich der Insolvenzverwalter wegen Verkürzung der Insolvenzmasse den Insolvenzgläubigern gegenüber schadenersatzpflichtig machen.

Auf Ansprüche, **die bereits zum Zeitpunkt der Freigabe begründet waren** hat die Freigabe keine Auswirkungen. Insbesondere rückständige Wohngeldansprüche sind unverändert, je nach Entstehungszeitpunkt als Insolvenzforderung oder Masseforderung geltend zu machen. Ansprüche aus der Zeit nach der Freigabe können allerdings nur noch gegenüber dem

insolventen Wohnungseigentümer verfolgt werden. Ob sie dort durchsetzbar sind, ist eine andere Frage.

**Nachteilig für den Schuldner** ist eine solche Freigabe deshalb, weil der Schuldner nun wieder die Lasten seines freigegebenen Wohnungseigentums trägt und die nunmehr entstehenden Neuverbindlichkeiten **nicht unter die Restschuldbefreiung fallen**, da es sich insofern um Neuforderungen und nicht um Insolvenzforderungen handelt, § 301 InsO.

Der Schuldner kann sich auch nach Freigabe seines Eigentums durch den Insolvenzverwalter vor zukünftigen Kosten und Lasten nicht durch Aufgabe seines Eigentums gemäß § 928 BGB entledigen, da nach der Rechtsprechung des BGH eine **Dereliktion von Wohnungseigentum** unzulässig ist, vgl. BGH Z 115, 1, 7 ff.

#### 4. Die Durchsetzung von Wohngeldansprüchen

Der insolvente Wohnungseigentümer ist regelmäßig auch mit der Zahlung des Wohngeldes im Rückstand. Die für die anderen Wohnungseigentümer entscheidende Frage ist, welche Wohngeldansprüche einfache Insolvenzforderungen und welche Wohngeldansprüche besonders zu bedienende Masseverbindlichkeiten sind. Während die Insolvenzgläubiger auf ihre Insolvenzforderungen in Deutschland im Durchschnitt eine Quote von 2 % bis 5 % erhalten, werden Masseverbindlichkeiten vorab voll befriedigt, § 53 InsO; es sei denn, der Insolvenzverwalter zeigt die Masseunzulänglichkeit an, § 208 InsO.

Die **Abgrenzung zwischen Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten** ergibt sich aus den §§ 38 ff, 55 InsO. Danach ist Insolvenzgläubiger derjenige persönliche Gläubiger, der zur Zeit der Verfahrenseröffnung einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat. Maßgeblich ist insoweit, ob der Rechtsgrund für die Entstehung der Forderung **vor Verfahrenseröffnung gelegt** war, vgl. MünchKomm/Ehricke, § 38 Rn 16. Dies ist dann der Fall, wenn der

anspruchsbegründende Tatbestand vor Verfahrenseröffnung **materiell begründet war**. Die Forderung selbst braucht indes noch nicht fällig zu sein, vgl. MünchKomm/Ehricke, § 38 Rn 16.

Die nach dem Wirtschaftsplan monatlich zu leistenden Wohngeldvorschüsse, die **vor Insolvenzeröffnung entstanden sind**, sind mithin reine Insolvenzforderungen. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Wohnungseigentümer nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens **die Jahresabrechnung durch Beschluss gemäß § 28 Abs. 5 WEG genehmigen**, vgl. BGH NJW 1994, 1866. Der Beschluss über die Jahresabrechnung hinsichtlich der rückständigen Vorschüsse hat nämlich nur eine bestätigende Wirkung. Die Forderungen werden durch einen solchen Beschluss nicht neu begründet, vgl. BGH NJW 1999, 3717.

**Anmerkung:** Die Wohnungseigentümer können nicht einen Bruchteil des rückständigen Wohngeldes dadurch in eine Masseverbindlichkeit umwandeln, dass die Wohnungseigentümer nach Insolvenzverfahrenseröffnung eine Sonderumlage zur Abdeckung des vom insolventen Wohnungseigentümer nicht gezahlten Wohngeldes beschließen. Der V. Zivilsenat des BGH hat der Eigentümergemeinschaft insofern die Beschlusskompetenz abgesprochen (vgl. BGH vom 09.03.2012 V ZR 147/11).

Noch nicht abschließend geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen im Falle der Bestellung eines **starken vorläufigen Insolvenzverwalters** die in der Zeit nach seiner Bestellung bis zur Insolvenzverfahrenseröffnung fällig werdenden Wohngeldansprüche als **Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren sind**. Ausgangspunkt ist § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO, nach dem Ansprüche aus einem Dauerschuldverhältnis Masseverbindlichkeiten werden, soweit der starke vorläufige Insolvenzverwalter **die Gegenleistung hierfür in Anspruch nimmt**. Da es sich bei dem Verhältnis zwischen dem einzelnen Wohnungseigentümer und der Wohnungseigentümergeinschaft um ein Dauerschuldverhältnis handeln dürfte, können vom starken



vorläufigen Insolvenzverwalter also Masseverbindlichkeiten begründet werden.

**Wohngeldvorschüsse, die nach Insolvenzeröffnung fällig werden**, sind vorweg zu befriedigende **Masseverbindlichkeiten**, vgl. OLG Köln NZI 2008, 377, wobei die Vorschüsse regelmäßig monatlich fällig werden und nicht schon mit dem Beschluss über den Jahreswirtschaftsplan, vgl. KG NZM 2001, 238.

Um eine **Masseverbindlichkeit** handelt es sich auch bei der **so genannten Abrechnungsspitze und bei allgemeinen Sonderumlagen**, sofern der Beschluss über die Jahresabrechnung nach Insolvenzeröffnung gefasst wurde (vgl. BGH vom 21.07.2010 IX ZR 120/10, Rz 10). Als Abrechnungsspitze wird derjenige Betrag bezeichnet, um den der Abrechnungssaldo am Jahresende die nach dem Wirtschaftsplan geschuldete Summe der Vorschüsse übersteigt. Es kommt nicht darauf an, ob die Kosten und Lasten, die in die Abrechnungsspitze rechnerisch eingeflossen sind, vor oder nach Insolvenzeröffnung angefallen sind, vgl. Baermann/Pick/Merle, § 28 Rn 158. Eine solche Differenzierung widerspricht der Rechtsprechung des BGH, nach der die Ansprüche in Höhe der Abrechnungsspitze erstmalig und originär durch den Beschluss über die Jahresabrechnung entstehen, vgl. BGH NJW 1994, 1866.

Wohngeldansprüche, die **nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit fällig werden**, sind Neumasseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 InsO, sofern **der Insolvenzverwalter die Gegenleistung dadurch in Anspruch nimmt, dass er über einen längeren Zeitraum hinweg von der Möglichkeit der Freigabe der Eigentumswohnung keinen Gebrauch gemacht hat**.

Ob darüber hinaus eine **Haftung des Insolvenzverwalters gemäß §§ 60, 61 InsO** wegen einer unterlassenen Freigabe des Wohnungseigentums in Betracht kommt, ist streitig: Während das OLG Düsseldorf (vgl. NZI 2007, 50) eine solche Haftung grundsätzlich für möglich hält – weil die WEG nämlich z.B. gehindert wurde, ihre Rechte aus § 18 WEG (Entziehung des

Wohnungseigentums) geltend zu machen – scheidet eine solche Haftung nach LG Stuttgart (NZI 2008, 442) aus. Den Insolvenzverwalter über das Vermögen des Wohnungseigentümers treffe nämlich keine haftungsbewährte Pflicht zur Freigabe. Jedenfalls fallen die übrigen Wohnungseigentümer **nicht in den Schutzbereich** dieses Pflichtenkreises.

In diesem Zusammenhang hat der BGH aber bereits entschieden, dass den Insolvenzverwalter **keine insolvenzspezifische Pflicht trifft, Masseunzulänglichkeit zu dem Zweck rechtzeitig anzuzeigen, dass nachfolgende Wohngeldansprüche einer Wohnungseigentümergeinschaft als Neumasseschuld bevorzugt zu befriedigen sind**, vgl. BGH vom 21.10.2010, ZIP 2010, 2356.

Bei Zwangsverwaltung hat der Zwangsverwalter das laufende Wohngeld zu zahlen, vgl. BGH vom 15.10.2009, NZI 2009, 904 ff

5. Zur Geltendmachung bevorrechtigter Hausgeldforderungen der WEG in der Insolvenz eines Wohnungseigentümers, § 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 ZVG.
  - a) Hier möchte ich auf **folgende Entscheidung des BGH vom 21.07.2011, ZIP 2011, 1723 mit folgenden Leitsätzen** hinweisen:
    1. In der Insolvenz eines Wohnungseigentümers ist die Wohnungseigentümergeinschaft wegen der nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigten, vor der Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Hausgeldansprüche ohne die Notwendigkeit einer vorherigen Beschlagnahme des Wohnungseigentums absonderungsberechtigt.
    2. Sofern die Berechtigten gegen den säumigen Wohnungseigentümer vor der Insolvenzeröffnung keinen Zahlungstitel erlangt haben, können sie den das Absonderungsrecht bestreitenden Insolvenzverwalter mit der Pfandklage auf Duldung der Zwangsversteigerung in die Eigentumswohnung in Anspruch nehmen. Das Prozessgericht muss in

diesem Fall prüfen, ob die Voraussetzungen des Vorrechts gegeben sind.

Mit dieser Entscheidung dürfte geklärt sein, dass § 49 InsO der Wohnungseigentümergeinschaft nunmehr ein Mittel in die Hand gibt, wegen des in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG normierten Vorrechts im Rahmen der Insolvenz die abgesonderte Befriedigung zu verlangen.

Allerdings muss **die Entscheidung des BGH vom 13.09.2013, ZIP 2013, 2122 beachtet werden**, nach der

das in § 10 Absatz 1 Nr. 2 ZVG enthaltene Vorrecht kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft begründet.

Dies bedeutet, **dass § 10 Absatz 1 Nr. 2 ZVG lediglich eine Privilegierung schuldrechtlicher Ansprüche im Zwangsversteigerungsverfahren, und gemäß § 49 InsO im Insolvenzverfahren enthält**, aber kein schuldrechtsloses dingliches Recht. Zum Sachverhalt der Entscheidung des BGH vom 13.09.2013:

In dem zu Grunde liegenden Verfahren war der Sohn des Beklagten Eigentümer einer Wohnung, die zu der Anlage der Wohnungseigentümergeinschaft (Klägerin) gehört. Er beglich in den Jahren 2009 und 2010 Hausgelder aus den Jahresabrechnungen für 2008 und 2009 nicht. Die offenen Hausgeldforderungen beliefen sich insgesamt auf € 1.125,23. Im April 2010 wurde das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Die Klägerin meldete die Forderungen in dem Insolvenzverfahren zur Tabelle an.

Mit notariellem Vertrag vom 09.06.2010 erwarb der Beklagte die Wohnung von dem Insolvenzverwalter und wurde am 13.07.2010 in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Die WEG ist der Auffassung, der Beklagte hafte nunmehr mit dem Wohnungseigentum für die Hausgeldrückstände des Voreigentümers.

Ihre Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum wegen der offenen Forderungen ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben und hat auch der BGH die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

b) Im Falle des **freihändigen Verkaufs der Immobilie durch den Insolvenzverwalter** außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens (im Einvernehmen mit dem Grundpfandgläubiger) muss die Wohnungseigentümergeinschaft Folgendes beachten:

- Eine dingliche Surrogation in Bezug auf den Verkaufserlös findet wohl nicht statt. Der BGH hat dies in seiner Entscheidung vom 13.09.2013, NJW 2013, 3515 ausdrücklich offengelassen. Für eine dingliche Surrogation sprechen sich das Landgericht Landau, Urteil vom 17.08.2012 – 3 S 11/12, IMRRS 2012, 3184 und das Amtsgericht Bochum, Urteil vom 22.04.2016 – 94 C 12/16, IMRRS 2016, 0977 aus; dagegen insbesondere Prof, Ulrich Keller, [www.imr-online.de](http://www.imr-online.de) /IVR 4 Dez. 2016.
- Um eine Ersatzaussonderung wegen der rückständigen Wohngelder beim Insolvenzverwalter entsprechend § 48 InsO geltend machen zu können, müssen unverzüglich nach Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters und in jedem Falle (nochmals) mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Bestellung des Insolvenzverwalters die Absonderungsrechte der WEG an den gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigten Wohngeldern geltend gemacht werden, da nur dann der Insolvenzverwalter im Sinne von § 48 InsO „unberechtigt veräußert“. **Nur dann ist eine Ersatzabsonderung entsprechend § 48 InsO mit einer entsprechenden persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters gemäß § 60 InsO möglich** (s.o. Prof. Ulrich Keller, [www.imr-online.de](http://www.imr-online.de) /IVR 4. Dez. 2016); ansonsten verbleiben

nur Bereicherungsansprüche gegenüber der Masse, § 55 Absatz 1 Nr. 3 InsO.

- Die Haftung des jeweiligen Eigentümers für Hausgeldrückstände in der in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG genannten Höhe betreffend die jeweilige Eigentumseinheit kann in der Gemeinschaftsordnung verankert werden, so dass diese Regelung auch jeden Rechtsnachfolger trifft. Auf diese Weise entfaltet § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG diejenige Wirkung, die ihm von der bislang herrschenden Meinung bereits zugeschrieben wird.
- c) Gibt der Insolvenzverwalter **die Wohnung frühzeitig aus dem Beschlag frei**, bleiben für die Wohnungseigentümergeinschaft und für die Wohnungseigentümer die vorgeschilderten Möglichkeiten bestehen. Dies stellt auch die einzige Chance dar, im Wege einer Vollstreckung den nicht zahlenden Wohnungseigentümer aus der Gemeinschaft zu "entfernen". Denn die Individualvollstreckung ist auch bei einer Freigabe der Wohnung aufgrund des § 89 InsO weiterhin ausgeschlossen (vgl. BGH in ZfIR 2010, 251). Trotz der Freigabe können die Wohnungseigentümer also nicht auf die Erträge der Wohnung, insbesondere die Mieten, zwangsweise zurückgreifen. Die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG wirkt sich daher im Ergebnis wie eine dingliche, wenn auch nicht eingetragene Belastung des Wohnungseigentums aus.

Der BGH führt allerdings aus, dass dieses Absonderungsrecht für die Wohnungseigentümergeinschaft nur fruchtbar gemacht werden kann, wenn es sich um **Insolvenzforderungen** im Sinne des § 38 InsO handelt. Wegen der ab Verfahrenseröffnung entstehenden Wohngelder muss also eine Titulierung erfolgen.

Überdies entsteht das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht erst mit der Beschlagnahme des Grundstückes im Sinne von § 20 ZVG, sondern bereits mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Miteigentümers.

Für die Geltendmachung des Rechts aus § 49 InsO ist ein Titel über die Ansprüche aus den §§ 16, 28 WEG **nicht erforderlich**. Wie sich aus § 45 Abs. 3 ZVG ergibt, reicht die Glaubhaftmachung hinsichtlich des Bestandes der Forderung im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG aus. Geht nunmehr die Wohnungseigentümergeinschaft gegen den Insolvenzverwalter hinsichtlich der Duldung der Zwangsversteigerung vor, muss sie im Zweifel lediglich nachweisen, dass diese Forderungen gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bestehen.

Zu dieser Problematik auch der Aufsatz von Prof. Dr. Sinz und Rechtsanwalt Dr. Hiebert: § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG - Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergeinschaft ohne Beschlagnahme? **ZInsO 2012, 205 ff.**

Diese Absonderungsrechte sind zusammenfassend wie folgt durchzusetzen:

- In der Insolvenz eines Wohnungseigentümers ist die Wohnungseigentümergeinschaft wegen der nach § 10 Absatz 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigten, vor der Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Wohngeldansprüche ohne die Notwendigkeit einer vorherigen Beschlagnahme des Wohnungseigentums und Titulierung der Ansprüche absonderungsberechtigt.
- Sofern die Berechtigten gegen den säumigen Wohnungseigentümer vor der Insolvenzeröffnung keinen Zahlungstitel erlangt haben, können sie den das Absonderungsrecht bestreitenden Insolvenzverwalter mit der Pfandklage auf Duldung der Zwangsversteigerung in die Eigentumswohnung in Anspruch nehmen. Das Prozessgericht muss in diesem Fall prüfen, ob die Voraussetzungen des Vorrechts gegeben sind.
- Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Wohnungseigentümers entsteht das Vorrecht wegen der Wohngeldansprüche an der bis dahin nicht beschlagnahmten Eigentumswohnung mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

- Im Falle der Freigabe kann der insolvente Miteigentümer wegen der vor Verfahrenseröffnung entstandenen Wohngeldansprüche im Wege der Pfandklage auf Duldung der Zwangsversteigerung der Eigentumswohnung in Anspruch genommen werden (solange das Insolvenzverfahren noch eröffnet ist) oder kann bei Vorliegen eines Titels über Neuforderung die Zwangsversteigerung des freigegebenen Wohnungseigentums betrieben werden. Wegen der Wohngeldansprüche vor Insolvenzverfahrenseröffnung gilt das allgemeine Vollstreckungsverbot des § 89 InsO.