

Kaution bei Eigentümerwechsel, Zwangsverwaltung und Insolvenz**

I. Einführung

Vermieter und Mieter können vereinbaren, dass der Mieter dem Vermieter als Sicherheit für die Forderungen des Vermieters gegen den Mieter aus dem Mietverhältnis eine Geldsumme, die sog. Kaution, bereitzustellen hat. Dann ist der Vermieter verpflichtet, sobald der Sicherungszweck bei Beendigung des Vertragsverhältnisses wegfällt, die Kaution zurück zu gewähren. Um das zu gewährleisten, verpflichtet § 551 Abs. 3 S. 3 BGB den Vermieter von Wohnraum, die Kaution getrennt von seinem Vermögen anzulegen. Im Gewerbemietrecht sehen vielfach Vertragsklauseln über die Mietsicherheit entsprechende Regelungen vor.

Für den Fall, dass das Mietverhältnis mit einem Grundstückserwerber nach § 566 BGB fortgeführt wird, erstreckt die auf Wohn- und Geschäftsräume (§ 578 BGB) gleichermaßen anwendbare Bestimmung in § 566a BGB die Rechtsnachfolge auf § 551 BGB, Sicherheit und Sicherungsabrede: Insoweit tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters umfassend in das Rechtsverhältnis mit dem Mieter ein.¹ Damit besteht ein Unterschied zu § 566 BGB, der den Übergang auf die Rechte und Pflichten beschränkt, die sich während des Eigentums des Erwerbers „ergeben“.²

Dem Mieter, der eine Kaution gestellt hat, kommt so mit dem Anspruch gegen den Erwerber ein beträchtlicher Schutz zu, selbst wenn der Vermieter die Kaution nicht angelegt, sondern unterschlagen hat. Dieser Schutz wird durch die Verweise in § 1056 BGB (Nießbraucher), § 2135 BGB (Vorerben), § 30 ErbbauRG (Erbbauberechtigten) und § 57 ZVG (Ersteher in der Zwangsversteigerung) noch ausgeweitet. In diesem Referat soll der Schutzzumfang für die Gestaltungen ausgelotet werden, in denen der Mieter in Konkurrenz zu anderen Gläubigern des Schuldners steht. Schlagworte sind Zwangsverwaltung, Insolvenzverwaltung und der Erwerb aus der Insolvenz. Die Problematik möge das folgende Beispiel mit seinen Abwandlungen illustrieren:

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht sowie Direktor der Forschungsstelle für Immobilienrecht an der Universität Bielefeld.

** Referat auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2014 am 4. April 2014 in Dortmund.

¹ MünchKomm/Häublein, BGB, 6. Aufl. 2012, § 566a Rn. 7.

² Vgl. zu dem Fälligkeitsprinzip des § 566 BGB Schmidt-Futterer/Streyll, 11. Aufl. 2013, § 566 Rn. 86 ff.

Der vermietende Eigentümer und der Mieter vereinbaren eine Kautionshöhe von drei Monatsmieten. Der Vermieter unterschlägt die Kautionshöhe. Welche Ansprüche stehen dem Mieter (während und bei Beendigung) des Mietverhältnisses gegenüber folgenden Personen zu?

- 1. Dem Erwerber, der das vermietete Grundstück vom vermietenden Eigentümer durch rechtsgeschäftliche Veräußerung erworben hat.*
- 2. Dem Ersteher, der das vermietete Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung eines Gläubigers gegen den vermietenden Eigentümer erworben hat.*
- 3. Dem Zwangsverwalter, der das Grundstück aufgrund einer gerichtlichen Anordnung im Zwangsverwaltungsverfahren eines Gläubigers gegen den vermietenden Eigentümer verwaltet.*
- 4. Dem Insolvenzverwalter, der das Grundstück verwaltet, weil das Insolvenzverfahren über das Vermögen des vermietenden Eigentümers eröffnet worden ist und der Insolvenzverwalter bestellt worden ist.*
- 5. Dem Zwangsverwalter, der das Grundstück aufgrund einer gerichtlichen Anordnung im Zwangsverwaltungsverfahren eines Grundpfandgläubigers gegen den Insolvenzverwalter verwaltet.*
- 6. Dem Erwerber/Ersteher, der das Grundstück während des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des vermietenden Eigentümers durch freihändige Veräußerung des Insolvenzverwalters bzw. durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung eines Grundpfandgläubigers gegen den Insolvenzverwalter erworben hat.*

II. Prinzipien

In den einzelnen Sachlagen muss ein Ausgleich zwischen den rechtlichen Positionen der Beteiligten gefunden werden. Dieser Ausgleich beruht auf folgenden Prinzipien:

1. Rechtsgeschäftliche Veräußerung (Durchbrechung der Relativität)

Der Rechtssatz des § 566 BGB „Veräußerung bricht nicht Miete“ verschafft dem grundsätzlich bloß relativ zwischen den Mietvertragsparteien wirkendem Rechtsverhältnis Wirkungen gegenüber dem Erwerber und damit einem Dritten. Diese Erweiterung erfolgt durch Anordnung einer Vertragsübernahme und damit unter Beibehaltung der Relativität des Schuldverhältnisses. Diese Wirkung verstärkt § 566a BGB, wenn dort die Rechtsnachfolge auf Sicherheit und Sicherheitsabrede erstreckt wird.

Dass diese Rechtsnachfolge eintritt, verleiht dem Mietverhältnis und der Sicherungsabrede wie auch § 551 BGB freilich einen Charakter, der Vergleiche zu einer dinglichen Belastung erlaubt.³ Wie ein Grundstückserwerber die Rechte des Berechtigten aus einem dinglichen Recht erfüllen muss, gilt dies nach § 566a BGB auch für die Rechte des Mieters angesichts der Sicherheit. Auf diese Weise wird eine Rechtseinbuße des Mieters bei Veräußerung verhindert. Dieses Schutzbedürfnis wertet das Gesetz als höherwertig gegenüber den Interessen des Erwerbers, mit dem dann eigenen Grundstück nach Belieben zu verfahren. Ob allerdings diese Rechtswirkung des § 566a BGB nur dem Erwerber gegenüber wie eine Belastung wirkt oder darüber hinaus auch im Verhältnis zu anderen Gläubigern des Grundstückseigentümers, das ist Gegenstand der weiteren Betrachtung in diesem Referat.

2. Einzelzwangsvollstreckung (Prioritätsprinzip)

In der Einzelzwangsvollstreckung kann der Vollstreckungsgläubiger des vermietenden Eigentümers zum einen auf die Mieten durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss im Wege der Mobiliarvollstreckung oder durch Anordnung der Zwangsverwaltung im Wege der Immobilienvollstreckung zugreifen. Der Vollstreckungsgläubiger kann andererseits durch Anordnung der Zwangsversteigerung aus dem Grundstück im Ganzen Befriedigung suchen wollen. Im Verhältnis der Gläubiger untereinander gilt das Prioritätsprinzip (§ 804 Abs. 3 ZPO). Wer zuerst den Vollstreckungsgegenstand für sich in Beschlag nimmt, dem gebührt der Vorzug. Gegenüber dem bloß persönlichen Titelgläubigern kommt freilich den Grundpfandgläubigern ein Vorrang nach Maßgabe des §§ 10, 109, 155 ZVG zu. In diesem Referat steht allerdings bei Betrachtung der Einzelzwangsvollstreckung nicht der Wettlauf von verschiedenen Gläubigern in Rede, sondern das Verhältnis der oder eines Gläubiger[s] zum Mieter. Insoweit setzt sich das Prinzip durch, dass der Vollstreckungsgläubiger nicht auf mehr Rechte seines Schuldners, hier des Vermieters gegenüber dem Mieter, zugreifen kann, als dem Schuldner, hier also Vermieter, selbst zustehen.

Der Mieter hat gegen den Vermieter, der die von ihm vereinnahmte Kautions noch nicht angelegt hat, einen Anspruch darauf, so zu verfahren, § 551 Abs. 3 BGB. Diesen Anspruch kann der Mieter nicht nur aktiv verfolgen, sondern in Gestalt eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB auch zur Verteidigung gegen die Inanspruchnahme auf Mietzahlung gegen den Vermieter einwenden. Diese Einrede – freilich unter Beachtung ihres Umfangs – behält der Mieter auch, wenn dem Vollstreckungsgläubiger die Mietforderung überwiesen worden

³ Weitergehend MünchKomm/Häublein (Fn. #1), § 566a Rn. 13: de facto eine Belastung des vermieteten Grundstücks; ihm folgend BGH NJW 2012, 1353 Rn. 8; Schmidt-Futterer/Streyll (Fn. 2), § 566a Rn. 1

ist (§ 404 BGB, §§ 829, 835 f. ZPO).⁴ Zu dem gleichen Ergebnis gelangt der Bundesgerichtshof im Falle der Zwangsverwaltung, freilich schon weil er den Zwangsverwalter nach § 152 Abs. 2 ZVG für verpflichtet hält, selbst die Kautions anzulegen.⁵ Dem Zwangsverwalter fallen nicht nur die nach Anordnung der Zwangsverwaltung sich ergebenden Pflichten des Vermieters zu, sondern auch die zuvor begründete Pflicht des Vermieters, die Kautions anzulegen. Mithin kann der Mieter Anspruch und Zurückbehaltungsrecht auch im Verhältnis zum Zwangsverwalter geltend machen. Im Falle der Zwangsversteigerung wird der Vorrang des Mieters gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger dadurch erreicht, dass der Ersteher bei seinem Gebot die Nachteile aus § 566a BGB, § 57 ZVG einzupreisen hat.

3. Insolvenz (Gläubigergleichbehandlung)

Das Insolvenzverfahren wird von dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (*par conditio creditorum*) bestimmt. Diesen Grundsatz nennt die Insolvenzordnung zwar nicht ausdrücklich, bezeichnet ihn aber der Sache nach, wenn § 1 InsO das Postulat der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger formuliert. Freilich fordert dieses besondere Gleichbehandlungsgebot, wie sonst auch ein jeder andere Gleichheitssatz, nicht nur die Gleichbehandlung von Gleichem, sondern auch die Ungleichbehandlung von Ungleichem. In der Insolvenz sind die Insolvenz- (§ 38 InsO) von den Massegläubigern (§§ 53 - 55 InsO), ferner die Aus- (§ 47 InsO) und schließlich die Aussonderungsberechtigten (§§ 49 ff. InsO) zu unterscheiden.

Aussonderungsberechtigte können ihre Ansprüche nach den allgemeinen Regelungen außerhalb der Insolvenzordnung gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend machen. So kann insbesondere der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses Herausgabe der separierten Kautions verlangen, weil an der entsprechend § 551 Abs. 3 S. 3 BGB treuhänderisch vom Mieter gehaltenen Kautions ein Aussonderungsrecht besteht.⁶ In den hier vornehmlich in den Blick genommenen Gestaltungen der unterschlagenen Kautions kommt maßgebliche Bedeutung der Abgrenzung zu, ob es sich bei den Ansprüchen des Mieters um Insolvenzforderungen oder Masseverbindlichkeiten handelt. Ferner lässt sich fragen, ob dem

⁴ RG JW 1910, 63 ausdrücklich zum Zurückbehaltungsrecht; Stein/Jonas/Brehm, 22. Aufl. 2004, § 829 Rn. 112.

⁵ BGH NJW 2009, 1673 Rn. 8; ZMR 2005, 603; NJW 2003, 3342.

⁶ BGH NJW 2008, 1152 Rn. 6; Schmidt-Futterer/Blank, 11. Aufl. 2013, § 551 Rn. 116; Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 108 Rn. 135.

Mieter ein Absonderungsrecht zusteht, sich wegen seiner Forderung hinsichtlich der Kautions vorrangig aus den gegen ihn gerichteten Mietforderungen zu befriedigen.

a) Absonderungsrecht

Die Beschreibung der Wirkung des § 566a BGB als Belastung des Grundstücks (vgl. dazu oben unter II. 1.) fordert die Frage heraus, ob der Mieter im Insolvenzverfahren zur Absonderung berechtigt ist. Indessen sind die Absonderungsrechte in § 49 ff. InsO abschließend aufgezählt. Ein Vorrecht steht darüber hinaus dem Aufrechnungsberechtigten nach Maßgabe von § 94 ff. InsO zu. Indessen beruht auf einem bloßen Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB nach ganz überwiegender Auffassung keine insolvenzfeste Rechtsposition.⁷ Mehr gewährt die Abrede über die Sicherheit dem Mieter indessen nicht. Denn von den geregelten Absonderungsrechten ist keines einschlägig. Für die Aufrechnung fehlt es an gleichartigen Forderungen. Materiell-rechtlich steht dem Mieter allein ein Zurückbehaltungsrecht gegen die Mietforderung zu. Dieser Befund macht die Untersuchung noch dringender, ob die Ansprüche des Mieters aus der Sicherungsabrede als Insolvenzforderung oder Masseverbindlichkeit einzuordnen sind.

b) Abgrenzung Masseverbindlichkeit und Insolvenzforderung

Die Beantwortung dieser Fragestellung ist die alles entscheidende Weichenstellung. Sie betrifft das Verhältnis des Mieters zu den anderen am Insolvenzverfahren beteiligten Gläubigern im Hinblick auf seine Aktivforderung, Separierung der geleisteten Geldsumme zu verlangen. Indessen kann der Mieter aufgrund seiner Passivstellung als Schuldner der Mietforderung keine besseren Rechte herleiten. Denn anders als in der Einzelzwangsvollstreckung kann sich der Mieter nicht mit seinem Zurückbehaltungsrecht verteidigen. Die Mietforderung gehört ohne Einschränkungen zur Masse. Die Einordnung als Masseverbindlichkeit oder Insolvenzforderung hat in Abgrenzung von §§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, 108 Abs. 1 InsO (Masseverbindlichkeit) zu § 108 Abs. 3 InsO (Insolvenzforderung) zu erfolgen: Handelt es sich um Ansprüche für die Zeit vor Verfahrenseröffnung (so § 108 Abs. 3 InsO) oder um Ansprüche aus der Fortsetzung des Mietverhältnisses mit der Masse? Da die Anlagepflicht an die Überlassung der Geldmittel anknüpft, liegt der punktuelle

⁷ BGHZ 150, 138 (145); 161, 241 (252); BGH NJW 2013, 1243 Rn 9; NJW 2009, 1414 Rn 18; **a. A.** Heidelberger Kommentar/*Marotzke*, 6. Aufl. 2011, § 103 Rn. 107.

Begründungstatbestand vor Verfahrenseröffnung.⁸ Mithin handelt es sich um eine Insolvenzforderung nach § 108 Abs. 3 InsO. Darauf ist zurückzukommen.

III. Rechte des Mieters in den einzelnen Gestaltungen

Nach dem Vorstehenden ist die Betrachtung der einzelnen Sachlagen danach zu trennen, ob über das Vermögen des Vermieters das Insolvenzverfahren eröffnet und seine Forderung auf Anlage der (unterschlagenen) Kautions zur Insolvenzforderung wird.

1. Außerhalb der Insolvenz des vermietenden Eigentümers

Außerhalb der Insolvenz offenbart sich die starke Stellung des Mieters.

a) Folge der rechtsgeschäftlichen Veräußerung: § 566a BGB

Nach einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung stehen dem Mieter seine Ansprüche aus § 551 Abs. 3 BGB bzw. aus der Sicherungsabrede wegen § 566a BGB gegen den Erwerber zu.

b) Folge des Erwerbs im Wege der Zwangsversteigerung: § 566a BGB, § 57 ZVG

Gleiches gilt nach § 566a BGB, § 57 ZVG zugunsten des Mieters im Verhältnis zum Erwerber auch dann, wenn der Erwerb auf einer Zwangsversteigerung des vermieteten Grundstücks beruhte.

c) Folge der Anordnung der Zwangsverwaltung, § 152 Abs. 2 ZVG

Mit der Anordnung der Zwangsverwaltung geht ebenso wie mit jeder anderen Maßnahme der Einzelzwangsvollstreckung keine Schwächung der Stellung des Mieters einher. Dieses Ergebnis beruht auf der Wertung, dass nur das vorhandene Vermögen des Vollstreckungsschuldners vermietender Eigentümer dazu benutzt werden darf, Vollstreckungsgläubiger nach dem Prioritätsprinzip der Einzelzwangsvollstreckung zu befriedigen. Die Verpflichtung des Zwangsverwalters zur Anlage der dem Vermieter gezahlten Kautions lässt sich auf § 152 Abs. 2 ZVG stützen.⁹ Dieser Bestimmung fehlt eine Unterscheidung danach, ob eine Verpflichtung aus der Zeit vor Beschlagnahme stammt oder ob sie auf der Fortsetzung des Rechtsverhältnisses beruht, was hingegen § 108 InsO bezogen auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vorsieht.¹⁰

⁸ BGH NJW 2008, 1152; NJW 2013, 1243; Schmidt-Futterer/*Blank* (Fn. 6), § 551 Rn. 116; Jaeger/*Jacoby* (Fn. 6), § 108 Rn. 135; a. A. *Derleder* NZM 2004, 568, 577; NJW 2008, 1153; EWiR 2013, 81; Schmidt-Futterer/*Streyll* (Fn. 2) § 566a Rn. 45; *Streyll* GuT 2009, 368, 371.

⁹ BGH NJW 2009, 1673; *Berger* ZfIR 2010, 221 ff.

¹⁰ BGH NJW 2013, 1243 Rn. 15; Jaeger/*Jacoby* (Fn. 6), § 108 Rn. 137.

2. Während oder infolge der Insolvenz des vermietenden Eigentümers

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erleidet der Schutz des Mieters eine fundamentale Einbuße. Das nimmt seinen Ausgangspunkt darin, dass § 566a BGB auf das Verhältnis des Mieters zum Insolvenzverwalter nicht anwendbar ist.¹¹

a) Ansprüche gegen Insolvenzverwalter

Das Insolvenzrecht qualifiziert die Stellung des Mieters hinsichtlich der vom Vermieter unterschlagenen Kautions im Verhältnis zum Insolvenzverwalter als bloße Insolvenzforderung. Dieses oben bereits behauptete Ergebnis ist dem Mieter angesichts seiner Stellung gerade im Vergleich zu den anderen Insolvenzgläubigern zumutbar. Der Mieter hätte sich schützen können, indem er gegenüber dem Vermieter vorinsolvenzlich zum einen die insolvenzfeste Anlage nach § 551 Abs. 3 S. 3 BGB verlangt und zum anderen Mietzahlungen in Höhe der Kautions zurückgehalten hätte, solange der Vermieter ihm nicht die ordnungsgemäße Separierung der Kautions nachweist.¹² Versäumt er dies vorinsolvenzlich steht er anderen Insolvenzgläubigern gleich.

Das entgegengesetzte Ergebnis, aufgrund von §§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, 108 Abs. 1 InsO eine Masseverbindlichkeit anzunehmen, setzte voraus, in der Verpflichtung des Vermieters zur Anlage eine Verpflichtung mit Dauercharakter zu erkennen.¹³ Beispiel für solche Verpflichtungen ist die des Vermieters, die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu halten. Daher verjährt diese Pflicht nicht während des Mietverhältnisses¹⁴ und hat der Insolvenzverwalter als Masseverbindlichkeit auch solche Mängel zu beseitigen, die bereits vor Verfahrenseröffnung bestanden¹⁵. Dieser Dauercharakter beruht indessen auf dem Typus des Mietvertrags als Dauerschuldverhältnis, bei dem die Miete Gegenleistung für die fortwährende Überlassung der Mietsache im vertragsgemäßen Zustand ist. Vergleichbares lässt sich weder hinsichtlich § 551 Abs. 3 S. 3 BGB noch hinsichtlich eines Sicherungsvertrags von Vermieter und Mieter feststellen. Die Anlagepflicht hängt von der Überlassung der Geldsumme als Sicherheit ab. Wenn diese Überlassung vor Verfahrenseröffnung lag, ist § 108 Abs. 3 InsO anzuwenden.

¹¹ Vgl. nur Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 2) § 566a Rn. 44.

¹² BGH NJW 2008, 1152 Rn 8.

¹³ So Schmidt-Futterer/*Streyl* (Fn. 2) § 566a Rn. 45; *Streyl* GuT 2009, 368, 371.

¹⁴ BGHZ 184, 253 = NJW 2010, 1292.

¹⁵ BGH ZIP 2003, 854 = ZMR 2003, 418.

b) Ansprüche gegen Zwangsverwalter während Insolvenz

Aufbauend auf den zu Zwangsverwaltung und zum Insolvenzverfahren erzielten Ergebnissen stellt sich die Frage, ob der Zwangsverwalter bei gleichzeitigem Insolvenzverfahren die Pflichten zu erfüllen hat, die auch der Schuldner ohne Insolvenzverfahren zu erfüllen hat, oder ob der Zwangsverwalter nur den Pflichten nachzukommen hat, die der Vertragspartner auch im parallel laufenden Insolvenzverfahren durchsetzen könnte. Der VIII. Zivilsenat des BGH hält angesichts des Vorrangs der Zwangsverwaltung die Eröffnung eines parallelen Insolvenzverfahrens für irrelevant.¹⁶ Diese Auffassung berücksichtigt aber schon den Grund dieses Vorrangs nicht. Dieser Vorrang beruht allein auf der haftungsrechtlich vorrangigen Stellung absonderungsberechtigter Gläubiger. Deren vorrangige Befriedigung wird durch das Zwangsverwaltungsverfahren sichergestellt. Das Zwangsverwaltungsverfahren erweist sich so als Bestandteil des Insolvenzverfahrens, weil es das Absonderungsrecht der bevorrechtigten Gläubiger realisiert.

Das vom BGH gefundene Ergebnis, dem Mieter auch während der Insolvenz des vermietenden Eigentümers einen Anspruch gegen den Zwangsverwalter zuzusprechen, widerspricht indessen eklatant der Einordnung dieser Position als Insolvenzforderung. Denn dann führte das Zwangsverwaltungsverfahren zu einer vollen Befriedigung des bloßen Insolvenzgläubigers aus der Masse.

Das Zusammenspiel von § 152 Abs. 2 ZVG, § 108 InsO gebietet vielmehr, dass der Zwangsverwalter nur solche Forderungen befriedigen darf, die auch in der Insolvenz vom Insolvenzverwalter als Masseverbindlichkeit zu befriedigen wären. Angesichts der Insolvenzeröffnung verweist § 152 Abs. 2 ZVG nicht auf die Pflichten des insolventen Vermieters, die nunmehr wegen § 87 InsO ohnehin teilweise nicht durchsetzbar wären, sondern auf die Pflichten des Insolvenzverwalters, soweit diesen aus §§ 108 Abs. 1, 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO Masseverbindlichkeiten treffen. Also ist § 108 InsO ab Insolvenzeröffnung auch bei Anordnung der Zwangsverwaltung beachtlich, weil er wie ein Filter dazu dient, die noch vom Zwangsverwalter zu beachtenden Pflichten zu bestimmen. Ein Verstoß gegen den Vorrang des Zwangsverwaltungsverfahrens ist damit nicht gegeben, weil § 152 Abs. 2 ZVG Anwendung findet und die Insolvenzeröffnung nur den von dieser Norm in Bezug genommenen Mietvertrag nach Maßgabe von § 108 InsO in haftungsrechtlich einschlägiger Weise beeinflusst.

¹⁶ BGH NJW 2009, 3505 Rn 13; wohl ebenso *Berger ZfIR* 2010, 221 (227 f).

c) Ansprüche gegen Erwerber/Ersteher

Schließlich muss die Einordnung der Stellung des Mieters als Insolvenzgläubiger auch Berücksichtigung finden, wenn das Grundstück – sei es im Wege der Zwangsversteigerung oder durch freihändige Veräußerung des Insolvenzverwalters – aus der Insolvenzmasse verwertet wird.

Diesem Postulat genügt die vom XII. Zivilsenat vertretene Auffassung nicht, wenn nach ihr der Mieter gegenüber dem Erwerber seine Ansprüche wieder voll geltend machen kann.¹⁷ Dieses Ergebnis wird darauf gestützt, dass sonst Erwerbketten nicht in den Griff zu bekommen sein. Die Einbuße, die die Masse bei der Veräußerung daher hinzunehmen habe, mute § 566a S. 1 BGB ihr zu.¹⁸ Jedoch erhielte so der Mieter als bloßer Insolvenzgläubiger für seine Forderung letztlich doch aus der Masse volle Befriedigung, weil die fehlende Sicherheit bei der Veräußerung aus der Masse einzupreisen wäre. Richtigerweise muss vielmehr der dem Insolvenzverwalter zustehende Einwand, dass der Mieter seinen Anspruch nur durch Anmeldung zur Insolvenztabelle verfolgen kann (§§ 87, 174 ff. InsO), auf den Erwerber (und alle Folgerwerber) übergehen. Folglich kann der Mieter nur dann gegen den Erwerber Ansprüche geltend machen, wenn er einen solchen vor der Veräußerung als Massegläubiger hätte geltend machen können.¹⁹

Umgekehrt kann sich der Mieter freilich gegen den Anspruch auf Leistung einer Sicherheit damit verteidigen, dass der vertragliche Anspruch bereits durch Leistung an den Schuldner erloschen sei.

IV. Zusammenfassung

1. Der durch § 566a BGB dem Mieter eingeräumte Schutz vor einer Unterschlagung der Kautions durch den vermietenden Eigentümer wirkt außerhalb dessen Insolvenz.
2. Der Schutz ist hingegen nicht insolvenzfest, weil der Mieter mit seinem Anspruch auf Separierung während des Mietverhältnisses und dem auf Auskehr bei Beendigung des Mietverhältnisses nur Insolvenzgläubiger nach § 108 Abs. 3 InsO ist, wenn der

¹⁷ BGH NJW 2012, 1353; *Derleder* NZM 2004, 568, 577 f.; MünchKomm/Häublein (Fn. 1), § 566a Rn. 13; Schmidt-Futterer/Streyll (Fn. 2) § 566a Rn. 47.

¹⁸ MünchKomm/Häublein (Fn. #1), § 566a Rn. 13.

¹⁹ LG Braunschweig ZMR 2010, 361; *Cymutta* WuM 2008, 441, 442 f.; Jaeger/Jacoby (Fn. 6), § 111 Rn. 20 Noltin NZI 2007, 149.

vermietende Insolvenzschuldner die Kautions vor Verfahrenseröffnung unterschlagen hat.

3. Daher kann der Mieter während des Insolvenzverfahrens auch keinen Anspruch gegen einen etwaigen Zwangsverwalter oder Erwerber/Ersteher aus der Masse durchsetzen, weil er anderenfalls als Insolvenzgläubiger aus der Masse vorrangig befriedigt werden würde.
4. Die jüngeren Entscheidungen des BGH, die einerseits den Anspruch des Mieters in der Insolvenz für eine Insolvenzforderung halten (IX. Senat), andererseits aber Ansprüche gegen den Zwangsverwalter während der Insolvenz (VIII. Senat) und auch gegen den Ersteher aus der Insolvenz (XII. Senat) bejahen, sind widersprüchlich. Dieser Widerspruch ist im Sinne des IX. Senats zu beseitigen.