

*Prof. Dr. Florian Jacoby**

Insolvenz des Wohnraummieters: Die Enthftungserklärung nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO**

In der Insolvenz des Wohnraummieters kann der Insolvenzverwalter durch seine Enthftungserklärung nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO die Haftung der Masse für Neuverbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis ausschließen. Zu den weiteren Rechtsfolgen dieser Erklärung hat der Bundesgerichtshof in jüngerer Zeit drei grundlegende Entscheidungen gefällt. Diese sollen hier kritisch gewürdigt werden. Vorab werden aber die Grundlagen für das Verständnis der sich ergebenden Problematik gelegt.

I. Grundlagen

Die Insolvenz des Wohnraummieters wirft ganz unterschiedliche Fragestellungen auf:

1. Wirkungen der Insolvenz im Allgemeinen

Einen Überblick über die allgemeinen Folgen der Insolvenz des Wohnraummieters gewinnt man, wenn man die einzelnen Beteiligten betrachtet:

a) Insolvenzschuldner

Der Schuldner des Insolvenzverfahrens verliert mit Verfahrenseröffnung die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen (§§ 80 ff. InsO). Dieses soll im Interesse der Gläubiger verwertet werden.

Der Wohnraummieter ist natürliche Person. Für ihn als Insolvenzschuldner formuliert § 1 S. 2 InsO ausdrücklich als Ziel des Insolvenzverfahrens die Gelegenheit, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien. Das Nachforderungsrecht der Gläubiger nach Verfahrensaufhebung findet sich zwar in § 201 Abs. 1 InsO. Im Unterschied zur bis Ende 1998 geltenden Konkursordnung sieht die Insolvenzordnung aber mit den Regelungen über das Restschuldbefreiungsverfahren in §§ 286 ff. InsO die Entschuldung natürlicher Personen vor, wenn diese keine Versagungsgründe verwirklicht haben (§§ 290, 297a InsO) und ihre Wohlverhaltensobliegenheiten (§ 295 InsO) erfüllen. Unter diesen Voraussetzungen erlangt der Schuldner entsprechend § 300 Abs. 1 InsO spätestens nach sechs Jahre (Abtretungsfrist des § 287 Abs. 2 InsO) Restschuldbefreiung. Reicht die Masse, um die Kosten des Verfahrens

* 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 2016 am 26. Februar 2016 in Dortmund.

zu decken, reduziert sich die Frist auf längstens fünf Jahre (§ 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 InsO), falls 35 % der Insolvenzgläubiger-Forderungen gedeckt sind, gar auf drei Jahre (§ 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO).

b) Insolvenzverwalter

Zentralgestalt des klassischen Insolvenzverfahrens¹ ist der Insolvenzverwalter, auf den mit Insolvenzeröffnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Schuldnervermögen übergeht, § 80 InsO. Im Insolvenzeröffnungsverfahren, also zwischen Insolvenzantrag und Eröffnungsbeschluss, können entsprechende Kompetenzen dem vorläufigen Insolvenzverwalter durch Sicherungsanordnungen des Insolvenzgerichts zugewiesen werden, §§ 21 ff. InsO. Lange Zeit bezeichnete die Insolvenzordnung den Insolvenzverwalter im vereinfachten Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen mit überschaubaren Vermögensverhältnissen (§ 304 InsO) als Treuhänder. Diese terminologische Unterscheidung wurde aber durch Streichung von § 313 InsO zum 1.7.2014 beseitigt.²

c) Gläubiger

Das Insolvenzverfahren wird geprägt von dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (par condicio creditorum). Wie jeder Gleichheitssatz verlangt auch dieser nicht nur die Gleichbehandlung Gleicher, sondern auch die Ungleichbehandlung von Ungleichen. Daher hat man sich folgende Unterscheidung unter den Gläubigern zu vergegenwärtigen:

aa) Insolvenzgläubiger

Spricht die Insolvenzordnung vom Gläubiger, meint sie die Insolvenzgläubiger. Das sind nach § 38 InsO diejenigen, denen ein Vermögensanspruch gegen den Schuldner zusteht, der vor Verfahrenseröffnung begründet wurde. Diese Gläubiger sollen nach § 1 InsO im Insolvenzverfahren anteilige Befriedigung finden. Sie können ihre Ansprüche nur im Insolvenzverfahren durch Anmeldung zur Insolvenztabelle verfolgen, §§ 87, 174 ff. InsO. Regelmäßig sind sie auf die Insolvenzquote beschränkt. Im Restschuldbefreiungsverfahren trifft sie das Vollstreckungsverbot des § 294 Abs. 1 InsO. Durch Erteilung der Restschuldbefreiung werden ihre Ansprüche dauerhaft undurchsetzbar, § 301 InsO. Zu diesen Insolvenzgläubigern zählt, worauf zurückzukommen sein wird,³ der Vermieter mit seinem

¹ Die Insolvenz eines Wohnraummieters wird regelmäßig keinen Anlass dazu bieten, dem Schuldner nach §§ 270 ff. InsO im Verfahren der sog. Eigenverwaltung die Verwaltung seines Vermögens zu belassen.

² Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15. 7. 2013 (BGBl. I, S. 2379).

³ Unten I. 2, I. 3. sowie II. 2.

Anspruch auf bei Insolvenzeröffnung bereits begründete rückständige Miete, § 108 Abs. 3 InsO.

bb) Massegläubiger

Vorrangige Befriedigung können die Massegläubiger beanspruchen, § 53 InsO. Abgesehen von den Verfahrenskosten, § 54 InsO, handelt es sich nach § 55 Abs. 1 InsO insbesondere um die Verbindlichkeiten, die der Insolvenzverwalter bei der Verwaltung der Masse begründet. Dazu zählen nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO auch die Ansprüche des Vermieters in der Mieterinsolvenz für die Zeit nach Verfahrenseröffnung, weil § 108 Abs. 1 InsO die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses anordnet.

Die Masseverbindlichkeiten hat der Insolvenzverwalter vorweg aus der Masse zu befriedigen, § 53 InsO. Das nützt dem Gläubiger aber nicht, wenn die Masse nicht einmal genügt, um die Masseverbindlichkeiten zu befriedigen. Dann zeigt der Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit an und die Massegläubiger können – wie sonst die Insolvenzgläubiger – allenfalls noch auf eine quotale Befriedigung nach § 209 InsO hoffen. Eine persönliche Haftung des Insolvenzverwalters kommt zwar nach § 61 InsO in Betracht, setzt aber voraus, dass der Verwalter an der Entstehung der Masseverbindlichkeit durch Vertragsabschluss oder Unterlassen einer Kündigung mitgewirkt hat.⁴ Diese Gefahr der Massearmut besteht insbesondere, wenn das Verfahren über das Vermögen einer natürlichen Person bei nicht hinreichender Masse überhaupt nur infolge Verfahrenskostenstundung (§§ 4a ff. InsO) eröffnet wird.

cc) Neugläubiger des Insolvenzschuldners

Eine dritte Kategorie von Gläubigern bilden die sog. Neugläubiger des Insolvenzschuldners. Es handelt sich um Gläubiger solcher Ansprüche, die der Insolvenzschuldner nach Verfahrenseröffnung – etwa durch Abschluss eines neuen Mietvertrags – gegen sich begründet. Diese Neuforderungen unterscheiden sich also von den Insolvenzforderungen (§ 38) in zeitlicher Hinsicht dadurch, dass sie erst nach Verfahrenseröffnung entstehen, und von den Masseverbindlichkeiten (§§ 54 f. InsO) dadurch, dass sie nicht auf der Verwaltung der Masse durch den Insolvenzverwalter beruhen. Diese Gläubiger nehmen nicht am Insolvenzverfahren teil und können auch sonst keine Befriedigung aus der Insolvenzmasse beanspruchen. Zwar geht für diese Neugläubiger mit dem Ausschluss vom Insolvenzverfahren auch der Vorteil einher, nicht von einer etwaigen Restschuldbefreiung

⁴ Begr. zu § 72 RegE, BT-Drucks 12/2443 S 129 f.; BGHZ 192, 322 Rn. 33; Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 108 Rn. 168.

erfasst zu werden. Diese Gläubiger haben aber das Problem zu gewärtigen, dass ihnen während des Insolvenzverfahrens kein Haftungsvermögen zum zwangsweisen Zugriff zur Verfügung steht. Nicht nur ist ihnen die Insolvenzmasse versperrt ist, sondern das ihnen zugewiesene freie Vermögen des Schuldner besteht nur aus unpfändbaren Gegenständen, weil alle pfändbaren Vermögensgegenstände einschließlich des Neuerwerbs zur Insolvenzmasse gehören, §§ 35 f. InsO.

Zu den Neugläubigern gehören insbesondere Vermieter, die mit einem Mieter kontrahieren, über dessen Vermögen bereits das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Es gehören aber auch dazu Vermieter aus laufenden Altverträgen mit insolventen Mietern, sobald die vom Insolvenzverwalter abgegebene Enthaftungserklärung nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO wirkt.⁵

dd) Absonderungsberechtigte

Absonderungsberechtigten Gläubigern steht an Gegenständen der Insolvenzmasse ein insolvenzfestes Sicherungsrecht zu. Aufgrund dieses Rechts können sie beanspruchen, für ihre gesicherte Forderung vorrangig aus dem Erlös befriedigt zu werden, den die Verwertung des Sicherungsgegenstands erbringt. Sicherungsrechte, die zur abgesonderten Befriedigung berechtigen, sind in §§ 49 ff. InsO aufgezählt. Ein Beispiel ist das Vermieterpfandrecht als gesetzliches Pfandrecht nach § 50 Abs. 1 Fall 3 InsO.

ee) Aussonderungsberechtigte

Aussonderungsberechtigte machen geltend, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört. Sie machen daher die ihnen zustehenden Ansprüche gegen den Insolvenzverwalter nach den allgemeinen Vorschriften geltend, ohne dass aufgrund der Insolvenzeröffnung Besonderheiten gelten, § 47 S. 2 InsO. So kann ein Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses den Mietgegenstand nicht nur als Eigentümer vom Insolvenzverwalter nach § 985 BGB herausverlangen, sondern auch allein wegen der Beendigung des Mietverhältnisses aus § 546 BGB. § 47 S. 1 InsO stellt nämlich klar, dass zur Aussonderung nicht nur dingliche sondern auch schuldrechtliche (= persönliche) Ansprüche berechtigen können.

2. Miete als ein gegenseitiger Vertrag in der Insolvenz

Spezifische Probleme wirft die Abwicklung von gegenseitigen Verträgen in der Insolvenz auf.⁶ Da die Vertragsverhältnisse vor Insolvenzeröffnung begründet wurden, wären die

⁵ Unten I. 3.

⁶ Eingehend Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, Vor § 103 Rn. 4 ff.

Vertragspartner nach der allgemeinen Regelung in § 38 InsO mit ihren Forderungen nur Insolvenzgläubiger. Auf diese Stellung dürfen sie angemessener Weise allerdings nur verwiesen werden, soweit sie vorgeleistet haben. Hat der Vertragspartner bereits vor Insolvenzeröffnung geleistet (etwa den Kaufgegenstand übereignet, die Mietsache für den Mietzeitraum überlassen), ist er mit seinem Anspruch auf die Gegenleistung (Zahlung des Kaufpreises/der Miete) nur Insolvenzgläubiger, § 38 InsO. Die Spezialregelungen in §§ 103 ff. InsO sind nicht einschlägig, weil der Vertrag von einer Seite voll erfüllt ist. Auch im umgekehrten Fall, dass der Insolvenzschuldner vor Eröffnung vorgeleistet hat, greifen §§ 103 ff. InsO nicht. Der Insolvenzverwalter hat schlicht den noch offenen Vertragsanspruch gegen den Vertragspartner zur Masse zu ziehen.

Für §§ 103 ff. InsO kennzeichnend ist indessen, dass beide Vertragspartner noch nicht vollständig geleistet haben. Insolvenzschuldner/Insolvenzverwalter einerseits und Vertragspartner andererseits haben dann noch offene Forderungen. Außerhalb der Insolvenz greift die Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320 BGB. Danach ist einerseits die aktive Anspruchsdurchsetzung eines Vertragspartners davon abhängig, dass er seine Gegenleistung erbringt. Andererseits kann er sich gegen die eigene Inanspruchnahme verteidigen, solange sein Anspruch nicht erfüllt wird. Zur Ausgestaltung der Insolvenzfestigkeit des Synallagmas bestehen verschiedene Möglichkeiten. Es sind insbesondere die beiden Gestaltungen zu unterscheiden, entweder die im Synallagma stehenden vertraglichen Verpflichtungen auch mit Wirkung gegenüber der Insolvenzmasse fortzuwirken zu lassen oder aber den Vertrag zu beenden, so dass die offenen Ansprüche nicht mehr abgewickelt werden. Die Insolvenzordnung macht von beiden Möglichkeiten für verschiedene Vertragstypen Gebrauch (einerseits § 108 InsO; andererseits § 104 InsO; vgl. auch §§ 115 f. InsO). Fehlt es an einer gesetzlichen Spezialregelung, darf der Insolvenzverwalter nach § 103 InsO zwischen beiden Möglichkeiten wählen.

Für den Mietvertrag in der Insolvenz des Mieters sieht die Insolvenzordnung eine differenzierende Regelung vor. Die Unterscheidung in den Absätzen 1 und 3 des § 108 InsO führt zu einer Teilung des Mietvertrags: Etwaige rückständige Forderungen aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind bloße Insolvenzforderungen, § 108 Abs. 3 InsO. Ungeachtet der etwaigen Nichterfüllung solcher Altforderungen wird das Mietverhältnis nach § 108 Abs. 1 InsO ab Verfahrenseröffnung mit Wirkung für die Masse fortgeführt. Die auf die Zeit nach Verfahrenseröffnung entfallenden Forderungen des Vermieters werden in der Mieterinsolvenz Masseverbindlichkeiten, § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO. Dem Insolvenzverwalter wird allerdings durch § 109 Abs. 1 InsO die Möglichkeit eingeräumt, sich

unabhängig von einer etwaigen längeren vertraglichen Bindung jedenfalls mit Dreimonatsfrist von dem Vertrag zu lösen.

3. Grenzen des Massebeschlags und Enthaltungserklärung

Bei manchen Verträgen, deren Vertragsgegenstand höchstpersönlich dem Insolvenzschuldner gebührt, wird diskutiert, ob dieser Vertrag überhaupt vom Massebeschluss erfasst wird. Unlängst hat beispielsweise der BGH entschieden, dass ein privater Krankheitskostenversicherungsvertrag nicht vom Insolvenzbeschluss erfasst werde, weil die Ansprüche des Insolvenzschuldners aus diesem Vertrag nach § 850b Abs. 1 Nr. 4 ZPO unpfändbar sind, was den Massebeschluss nach § 36 InsO hindere.⁷ Im Hinblick auf die Regelung des § 540 BGB, dass die Wohnung des Insolvenzschuldners nur ihm dient, war einmal erwogen worden, ob auch Wohnraummietverhältnisse vom Insolvenzbeschluss ausgenommen sind. Diese Streitfrage hat der Gesetzgeber durch Einfügung der Enthaltungserklärung in § 109 Abs. 1 S. 2 InsO mit Gesetz vom 26.10.2001 (BGBl. I S. 2710) im Sinne des Massebeschlags entschieden.⁸

Gerade durch diese Regelung wurde die Entscheidung über das Schicksal des Wohnraummietvertrags allerdings nicht dem Insolvenzverwalter allein übertragen. Der Insolvenzverwalter kann den Wohnraummietvertrag im Unterschied zu einem Gewerberaummietvertrag in der Unternehmensinsolvenz nicht kündigen. Die Enthaltungserklärung nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO lässt den Bestand des Mietvertrags und des daraus folgenden Anspruchs auf Miete unberührt, verändert aber die haftungsrechtliche Qualität dieses materiell-rechtlich fortbestehenden Anspruchs.⁹ Verbindlichkeiten aus einem Wohnraummietverhältnis sind daher haftungsrechtlich in drei – statt (wie sonst von § 108 InsO vorgegeben)¹⁰ zwei – Kategorien einzuteilen:¹¹ die Insolvenzforderungen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung (§ 108 Abs. 3 InsO), die Masseverbindlichkeiten aus der Fortsetzung mit Wirkung auch zugunsten der Masse (§§ 108 Abs. 1, 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO) sowie die Neuverbindlichkeiten aus der Fortsetzung des Vertrags mit dem Schuldner nach Wirksamkeit der Enthaltungserklärung (§ 109 Abs. 1 S. 2 InsO). Die Abgrenzung hat

⁷ BGH ZIP 2014, 688 Rn. 14 ff.

⁸ BGH ZIP 2012, 784 Rn. 11; Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 109 Rn. 49; vgl. allerdings für das Nutzungsrecht *Marotzke*, Heidelberger Kommentar, InsO, 7. Auflage 2014, § 109 Rn. 6.

⁹ BGH NJW 2008, 2580 Rn. 22.

¹⁰ Dazu gerade unter I. 2.

¹¹ Vgl. BGH ZIP 2011, 924 Rn. 12.

entsprechend der für die Unterscheidung innerhalb von § 108 InsO anerkannten Kriterien danach zu erfolgen, ob die Ansprüche auf der Vertragsdurchführung vor Verfahrenseröffnung (§ 108 Abs. 3 InsO), der Fortsetzung des Vertrags mit Wirkung für die Masse durch den Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung (§§ 108 Abs. 1, 55 Abs. 1 Nr 2 Fall 2 InsO) oder auf der Fortsetzung des Vertrags nach Wirksamkeit der Enthaltungserklärung mit dem Schuldner beruhen.¹² Ansprüche auf Miete einschließlich Nebenkostenvorauszahlungen sowie Nachzahlungen sind danach einzuordnen, auf welchen Nutzungszeitraum sich die jeweilige Verbindlichkeit bezieht.¹³

Wegen der Neuverbindlichkeiten kann der Vermieter gegen den Schuldner persönlich vorgehen, ohne den nur für Insolvenzgläubiger geltenden Beschränkungen des § 87 InsO unterworfen zu sein.¹⁴ Der Vermieter kann seine Ansprüche gegen den Schuldner daher einklagen oder im Wege des Mahnverfahrens verfolgen, eine Vollstreckung wird freilich durch den Insolvenzbeschlagnahmehindert. Hingegen kann der Vermieter Insolvenzforderungen nur im Verfahren verfolgen. Auch nach Wirksamwerden einer Enthaltungserklärung scheidet ein Vorgehen gegen den Schuldner persönlich aus, weil die Enthaltung keinen Einfluss auf die haftungsrechtliche Einordnung zuvor begründeter Ansprüche hat.¹⁵

II. Die Rechtsfolgen der Enthaltungserklärung im Spiegel der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Während die dargestellten haftungsrechtlichen Folgen der Enthaltungserklärung in § 109 Abs. 1 S. 2 InsO ausdrücklich benannt werden, schweigt sich die Regelung über weitergehende Rechtsfolgen dieser Erklärung aus. In Streit stehen daher insbesondere zwei Fragenkomplexe. Zum einen erfasst der Streit den Problemkreis, inwieweit der Insolvenzverwalter und die Masse überhaupt noch vom fortbestehenden Vertrag betroffen sind. Zum anderen wird gestritten, welchen Schatten etwaige offene Verbindlichkeiten des Mieters aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung auf das nunmehr zwischen Vermieter und insolventem Mieter fortzuführende Vertragsverhältnis werfen, ob insbesondere der Vermieter unter Hinweis auf solche Rückstände das Mietverhältnis kündigen kann. Zu diesen Problemen haben zwei

¹² Zur Qualifikation von Ansprüchen bei Abwicklung des Mietverhältnisses während des Verfahrens Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 108 Rn. 186 ff.

¹³ Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 108 Rn. 147.

¹⁴ Marotzke, Heidelberger Kommentar, InsO, 7. Auflage 2014, § 109 Rn 15; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 14. Aufl. 2015, § 109 Rn 19.

¹⁵ BGH ZIP 2011, 924 Rn. 14 ff.

Senate des Bundesgerichtshof, nämlich zum einen der für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat und zum anderen der für das Insolvenzrecht zuständige IX. Zivilsenat, zwischen April 2014 und Juni 2015 drei wegweisende Entscheidungen erlassen.¹⁶ Alle Entscheidungen fußen also auf folgender Sachlage:

Während des laufenden Mietverhältnisses zwischen Vermieter V und Mieter M wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des M eröffnet. Der zum Insolvenzverwalter bestellte I erklärt gegenüber V, dass nach Ablauf der Frist des § 109 Abs. 1 S. 2 InsO der Vermieter seine Ansprüche im Insolvenzverfahren nicht mehr geltend machen könne.

1. Betroffenheit der Masse

Inwieweit der Vertrag nach Wirksamkeit der Enthftungserklärung die Masse noch betrifft, ist problematisch sowohl hinsichtlich der sog. Verwaltungszuständigkeit (dazu b) als auch der Massezugehörigkeit von Ansprüchen des Mieters aus dem Vertrag (dazu c). Es geht also insbesondere für den Vermieter darum, an wen er maßgebliche Erklärungen im Rahmen des Vertragsverhältnisses wie insbesondere eine Kündigung, aber auch Mahnungen, Mieterhöhungsverlangen oder Modernisierungsankündigungen zu adressieren hat. Hat der Mieter gegen den Vermieter andere Ansprüche als den Überlassungsanspruch, insbesondere also Zahlungsansprüche aus Betriebskostenguthaben, wegen überzahlter Miete oder Kautionsrückzahlung, ist zu klären, ob darüber der insolvente Mieter selbst oder der Insolvenzverwalter verfügungsbefugt ist. Bevor den zu diesen Fragen ergangenen Entscheidungen des BGH nachgegangen wird, sollen zunächst die unterschiedlichen Konzepte vorgestellt werden, auf deren Grundlage die Wirkungen des § 109 Abs. 1 S. 2 InsO beschrieben werden.

a) Qualifizierung der Enthftungswirkung

Um die Wirkung der Enthftungserklärung auf den Massebezug des Vertrags zu erklären, werden unterschiedliche Ansätze vertreten:

aa) Bloße Enthftungslösung

Eine Strömung beschränkt die Wirkung der Enthftungserklärung darauf, die Haftung der Masse für Verbindlichkeiten des insolventen Mieters aus dem Mietvertrag zu beenden. Im

¹⁶ BGH (VIII. ZS) NJW 2014, 1954 = ZMR 2015, 201; BGH (IX. ZS) NJW 2014, 2585 = ZMR 2014, 971; BGH (VIII. ZS) NJW 2015, 3087 = ZMR 2015, 868.

Übrigen bleibe die Zuständigkeit des Insolvenzverwalters erhalten.¹⁷ Daher liege die Verwaltungszuständigkeit weiterhin beim Insolvenzverwalter, der auch die Aktivforderungen aus dem Mietvertrag für die Masse einzuziehen habe.

bb) Freigabelösung

Dem entgegen steht die Freigabelösung. Anerkannt ist, dass der Insolvenzverwalter mittels einer Freigabeerklärung gegenüber dem Insolvenzschuldner den Massebeschlagnamensgegenstände hinsichtlich bestimmter (der Masse nicht nützlichen) Massegegenstände beenden kann.¹⁸ Diese Freigabe bezieht sich also nur auf Aktiva, eine Freigabe von Verbindlichkeiten oder gar Vertragsverhältnissen ist indessen allgemein nicht möglich. Allein § 35 Abs. 2 InsO sieht seit 2007 vor,¹⁹ dass der Insolvenzverwalter die Freigabe hinsichtlich der selbstständigen Tätigkeit des Insolvenzschuldners erklären kann. Dann verlieren auch alle mit dieser Tätigkeit verbundenen Verträge jeglichen Massebezug.²⁰ Die Verwaltungszuständigkeit liegt beim Schuldner, der auch die Aktivforderungen einzuziehen hat.

Eine entsprechende Wirkung spricht die Freigabelösung der Enthaltungserklärung nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO zu. Mit dieser Erklärung gebe der Insolvenzverwalter das gesamte Mietverhältnis frei. Mit dem Untergang der Haftungsverantwortlichkeit verliere der Insolvenzverwalter auch die Verwaltungszuständigkeit und etwaige Aktiva schieden aus der Masse aus. Auf Linie dieser Auffassung liegen die Entscheidungen des VIII. und insbesondere des IX. Zivilsenats.²¹

cc) Vermittelnde Lösung

Zwischen den beiden Extrempositionen lässt sich eine (auch von mir vertretene) vermittelnde Lösung ausmachen, die die Verwaltung des Mietverhältnisses zwar allein dem Schuldner überlässt, die Aktivforderungen schon wegen der Wertung des § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO

¹⁷ LG Karlsruhe NZM 2004, 137; *Cymutta*, WuM 2008, 441, 443; *Eckert*, NZM 2006, 803, 806; *Flatow*, NZM 2011, 607, 610.

¹⁸ Statt aller BGHZ 127, 156, 163.

¹⁹ G v. 13.4.2007 (BGBl. I, S. 509).

²⁰ BGHZ 192, 322 = NJW 2012, 1361; *Jaeger/Jacoby*, InsO, 2014, Vor § 103 Rn. 62 f.

²¹ Insbesondere BGH NJW 2014, 2585 = ZMR 2014, 971 Rn. 20; ferner BGH NJW 2014, 1954 = ZMR 2015, 201 Rn. 12 f. (einschränkend aber Rn. 16); auch dem vom IX. Senat zitierten *Pape*, NZM 2004, 401, 410 f. lässt sich keine Aussage in Bezug auf Aktivforderungen entnehmen.

(Massezugehörigkeit des Neuerwerbs) aber der Masse zuschlägt.²² Ich selbst habe die Parallele zu Neuverträgen gezogen, die der Insolvenzschuldner als Mieter abschließt, nachdem das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet worden ist.²³ Auch in diesem Fall liegt die Verwaltung des Vertrags beim Schuldner. Nur er kann den Vertrag kündigen, wie er ihm gegenüber zu kündigen ist; ungeachtet dessen fallen pfändbare Neuforderungen aus diesem Rechtsverhältnis nach § 35 Abs. 1 Fall 2, § 36 InsO in die Masse. Die Parallele wird noch deutlicher, wenn man statt auf einen Mietvertrag auf einen Arbeitsvertrag des Schuldners als Arbeitnehmer blickt.²⁴ In Verfahren über das Vermögen natürlicher Personen gehören die pfändbaren Ansprüche auf Arbeitslohn zu den wichtigsten Massebestandteilen. Die Massezugehörigkeit dieser Forderungen verträgt sich aber damit, dass die Verwaltungszuständigkeit für den Vertrag allein dem Insolvenzschuldner zusteht.

b) Verwaltungszuständigkeit

Die Problematik der Verwaltungszuständigkeit lässt sich an folgender Beispielfortsetzung 1 verdeutlichen: *Nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung kündigt der Vermieter dem insolventen Mieter gegenüber den Mietvertrag fristlos. Wurde die Kündigung – ein Kündigungsgrund unterstellt – der richtigen Person gegenüber erklärt?*

Der VIII. Zivilsenat bejaht das, hält also die Kündigung des Vermieters für wirksam und verwirft damit sogleich die bloße Enthftungslösung.²⁵ Zur Begründung verweist das Gericht zum einen auf Praktikabilitätserwägungen. Die Abwicklung solle zwischen den Hauptbetroffenen – Vermieter und Mieter – erfolgen, ohne dass der Insolvenzverwalter eingebunden werden müsse. Zum anderen spreche für diese Lösung die Gesetzesbegründung, nach der der Mieter das Mietverhältnis mit dem Vermieter fortsetzen solle.²⁶

Dem ist zuzustimmen. Auch wenn der Wortlaut des § 109 Abs. 1 S. 2 InsO nur die die Masse entlastende haftungsrechtliche Wirkung der Erklärung betont, sind die weiteren Wirkungen unter Zuhilfenahme der Gesetzesbegründung sowie Sinn und Zweck des Instituts

²² Hain, ZInsO 2007, 192, 197; Hinz, NZM 2014, 137, 146; Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 109 Rn. 52 f., 70 f.; auch der VIII. Zivilsenat hatte offen gelassen, was hinsichtlich der Aktivforderungen gelte, BGH NJW 2014, 1954 = ZMR 2015, 201 Rn. 16.

²³ Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 109 Rn. 53.

²⁴ Vgl. Hinz, NZM 2014, 137, 145 f.

²⁵ BGH NJW 2014, 1954 = ZMR 2015, 201 Rn. 13.

²⁶ BT-Drucks. 14/5680 S. 27: „Durch diese Erklärung wird der Mietvertrag nicht beendet, sondern vom Schuldner fortgesetzt.“

„Enthftungserklärung“ zu bestimmen. Oben unter I. 3. wurde bereits verdeutlicht, dass bei höchstpersönlichen Verträgen wie Arbeitsverträgen, Mietverträgen oder Krankenversicherungsvertrgen die Massebezogenheit stets in Zweifel gezogen werden kann. In diesem Kontext schafft die Enthftungserklärung Klarheit, dass die Massebezogenheit eines Vertrags endet, so dass für die hinsichtlich des Vertrags zu erteilenden Erklärungen nur noch der Schuldner, also der Mieter, zuständig ist.

c) Zuordnung der Aktivforderungen

Die Frage nach der Zuordnung der Aktivforderung veranschaulicht die Beispielfortsetzung 2: *Nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung durch den Insolvenzverwalter rechnet der Vermieter über Betriebskosten ab. Es ergibt sich ein Guthaben des Mieters und damit für ihn ein Auszahlungsanspruch gegen den Vermieter, der auf Vorauszahlungen beruhen kann, die entweder vor oder nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung vorgenommen wurden. An wen ist das Guthaben auszusahlen?*

Der IX. Zivilsenat hält den Insolvenzschuldner, nicht den Insolvenzverwalter für einziehungsbefugt.²⁷ Zur Begründung stützt er sich, ähnlich wie der VIII. Zivilsenat, auf die Schwächen der bloßen Enthftungslösung. Sie sei unpraktikabel, belaste unnötig die Masse, weil der Insolvenzverwalter in die Vertragsabwicklung eingebunden werde, die die Masse aber nicht berühre. Die Auseinandersetzung mit der vermittelnden Lösung kommt indessen zu kurz.²⁸ Es wird nicht recht erläutert, warum die pfändbaren Aktivforderungen des Mieters aus dem Mietvertrag nicht vom Insolvenzbeschluss erfasst werden. Die Begründung leidet an verschiedenen Mängeln. Hervorzuheben ist Folgendes:

aa) Verweis auf § 35 Abs. 2 InsO

Letztlich sichert der IX. Senat seine Lösung allein durch einen Verweis auf § 35 Abs. 2 InsO ab.²⁹ Warum die Wirkungen des § 109 Abs. 1 S. 2 InsO denen des § 35 Abs. 2 InsO entsprechen sollen, wird indessen nicht geklärt. Zunächst muss man sich doch vergegenwärtigen, dass es den 2007 geschaffenen § 35 Abs. 2 InsO noch nicht gab, als § 109 Abs. 1 S. 2 InsO in das Gesetz aufgenommen wurde. Dem Gesetzgeber des § 109 Abs. 1 S. 2 InsO kann diese Regelung also nicht vor Augen gestanden haben. Auch ist die Interessenlage

²⁷ BGH NJW 2014, 2585 = ZMR 2014, 971 Rn. 14.

²⁸ Auch wird etwa der Autor dieses Beitrags fälschlich für die bloße Enthftungslösung zitiert, siehe BGH NJW 2014, 2585 = ZMR 2014, 971 Rn. 11.

²⁹ BGH NJW 2014, 2585 = ZMR 2014, 971 Rn. 20: „Im Ergebnis kann nichts anderes gelten als bei einer Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO“.

in den jeweiligen Konstellationen eine ganz andere. Ein vom Schuldner fortgeführtes Erwerbsgeschäft bringt Verbindlichkeiten mit sich, für die billigerweise ein Haftungsvermögen geschaffen werden muss. Entsprechend soll den Neugläubigern aus der Unternehmensfortführung entweder die Masse vorrangig haften (wenn der Verwalter die sog. Positivklärung abgibt) oder (wenn der Verwalter die Freigabe erklärt, sog. Negativklärung) muss ihnen ein separates pfändbares Neuvermögen des Schuldners zur Verfügung stehen. Entsprechende Erwägungen greifen bei der Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem Vermieter nicht. Es besteht kein spezifisches Bedürfnis, eine Haftungsmasse zu schaffen, das sich unterscheiden würde von der Sachlage, in der ein neuer Vermieter mit dem Schuldner einen Neuvertrag abschließt.

bb) Schutzbedürftigkeit des Vermieters

Allerdings ist die Schutzbedürftigkeit des Vermieters in die Betrachtung einzubeziehen. Tatsächlich sieht darin der IX. Zivilsenat ein Argument für die von ihm gefundene Lösung: Dem Vermieter dürfe die Möglichkeit nicht genommen werden, mit seinen Neuforderungen aufzurechnen gegen Forderungen des Schuldners, die diesem gegen den Vermieter selbst aus demselben Vertrag zustehen.³⁰ Diese Überlegung lässt sich an dem Beispiel verdeutlichen, dass der Vermieter mit seinen Neuforderungen auf nach der Enthftung fällig gewordener Miete gegen den Anspruch auf Auszahlung des nach Enthftung angefallenen Betriebskostenguthabens aufrechnen können soll. Der BGH fürchtet § 96 Abs. 1 Nr. 4 InsO könne die Aufrechnung von Forderungen aus diesem einheitlichen Vertrag hindern.

Diese Bestimmung verbietet zwar Neugläubigern eine Aufrechnung gegen Forderungen des Schuldners, die zur Masse gehören. Jedoch ist allgemein anerkannt, dass der Wortlaut dieses Aufrechnungsverbots zu weit geraten ist. § 96 Abs. 1 Nr. 4 InsO will den nach § 35 Abs. 1 Fall 1 InsO zur Masse gehörenden Altbestand schützen. Hingegen ist für die Aufrechnung gegen zur Masse nach § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO gehörenden Neuerwerb eine teleologische Reduktion der Bestimmung anerkannt.³¹ Denn die vom BGH für den Vermieter behauptete Schutzbedürftigkeit gilt genauso für alle anderen Vertragspartner, die nach Verfahrenseröffnung mit dem Schuldner kontrahieren und mit nach Verfahrenseröffnung begründeten Ansprüchen gegen eigene Verbindlichkeiten aufrechnen wollen, die sie nach Verfahrenseröffnung gegenüber dem Schuldner eingegangen sind.

³⁰ BGH NJW 2014, 2585 = ZMR 2014, 971 Rn. 19.

³¹ Brandes/Lohmann, MünchKomm, InsO, 3. Aufl. 2013, § 96 Rn. 40; Jacoby, HambKomm, InsO, 5. Aufl. 2015, § 96 Rn. 8; Jaeger/Windel, InsO, 2007, § 96 Rn. 102.

Im Ergebnis spricht also auch die Schutzbedürftigkeit des Vermieters nicht dafür, die Massezugehörigkeit der pfändbaren Aktivforderungen abzulehnen.

cc) Parallele zum Neuerwerb (§ 35 Abs. 1 Fall 2 InsO)

Mit den Argumenten der vermittelnden Lösung für die Massezugehörigkeit dieser Aktivforderungen setzt sich der BGH zu wenig auseinander. Insbesondere wird das Argument der Massezugehörigkeit von Neuerwerb nach § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO nicht angemessen berücksichtigt. Vielmehr behauptet der BGH offen lassen zu können, ob es sich bei Aktivforderungen wie derjenigen auf Auszahlung des Nebenkostenguthabens um in die Masse fallenden Neuerwerb handele, weil diese Frage allein im Verhältnis des Schuldners zum Verwalter maßgeblich sei.³² Dem ist nicht so. Wenn diese Forderungen in die Masse fallen, weist § 80 InsO dem Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über diese Ansprüche zu. Daher kann dann nur der Verwalter die Ansprüche gegenüber dem Vermieter verfolgen.

dd) Wille des Gesetzgebers

Schließlich trägt der IX. Zivilsenat dem Willen des Gesetzgebers zu wenig Rechnung. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass pfändbare Aktivforderungen gegen den Vermieter in die Masse fallen.³³ Der BGH erkennt das zwar, zieht daraus aber für seine Lösung keine Konsequenzen, sondern setzt sich zu diesem gesetzgeberischen Willen in Widerspruch.³⁴

³² BGH NJW 2014, 2585 = ZMR 2014, 971 Rn. 29: „Ob die Entstehung oder Realisierung eines dem Schuldner aus dem Mietverhältnis zustehenden Anspruchs, etwa auf Auszahlung eines Nebenkostenguthabens, als Neuerwerb in die Masse fällt und vom Schuldner an den Verwalter abgeführt werden muss, ist im vorliegenden Prozess des Verwalters gegen den Vermieter nicht entscheidungserheblich und kann offen bleiben.“

³³ BT-Drucks. 14/5680 S. 27: „Dieser Anspruch [auf Kautionsrückzahlung] fällt zwar, weil er bereits vor Verfahrenseröffnung wirksam entstanden ist, in die Masse, kann jedoch vom Insolvenzverwalter erst nach Bedingungseintritt, also nach Beendigung des Mietvertrages, geltend gemacht werden.“

³⁴ Siehe BGH NJW 2014, 2585 = ZMR 2014, 971 Rn. 36: „Der Gesetzgeber ist allerdings möglicherweise davon ausgegangen, dass der Anspruch auf Rückzahlung der Mietkaution in die Masse falle, weil er bereits vor Verfahrenseröffnung entstanden sei. Dieser Anspruch könne jedoch vom Insolvenzverwalter erst nach Beendigung des Mietverhältnisses geltend gemacht werden (BT-Drucks. 14/5680 S. 27 zu Nr. 11). Ob dabei die Auswirkungen der Enthaltungserklärung auf den Anspruch auf Rückzahlung der Mietkaution ausreichend bedacht worden sind, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Offenbar ist aber davon ausgegangen worden, dass es bei diesem Anspruch der Masse trotz der Enthaltungserklärung des Verwalters verbleiben würde. Ein zwingender Umkehrschluss, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis aus

d) Ergebnis

Die vermittelnde Lösung beschreibt die Wirkungen der Enthaltungserklärung am besten: Mit dem VIII. Zivilsenat fällt erstens die Verwaltungsbefugnis über das Mietverhältnis infolge der Enthaltungserklärung auf den Insolvenzschuldner zurück. Die Kündigung hat dem Insolvenzschuldner gegenüber als Mieter zu erfolgen. Die pfändbaren Aktivforderungen aus dem Mietverhältnis gehören aber zweitens entgegen der Auffassung des IX. Zivilsenats zur Masse, so dass nur der Insolvenzverwalter zum Einzug befugt ist.

2. Kündigung aufgrund von Altverbindlichkeiten

Für die Fortführung des Mietverhältnisses zwischen Vermieter und Mieter ist von erheblicher Bedeutung, inwieweit der Vermieter eine Kündigung noch auf einen vorinsolvenzlichen Zahlungsrückstand stützen kann. Paradigmatisch ist die Beispielfortsetzung 3: *Vor Verfahrenseröffnung war ein Rückstand des Mieters in Höhe von mehr als zwei Monatsmieten aufgelaufen. Nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung kündigt der Vermieter dem Mieter unter Hinweis auf diesen Rückstand nach §§ 543, 569 BGB/§ 573 BGB. Der Mieter verweist darauf, dass er seit Verfahrenseröffnung die Miete gezahlt habe. Ist die Kündigung wirksam? Was gilt, wenn der Vermieter die Kündigung nach Verfahrensaufhebung während des Restschuldbefreiungsverfahrens, ebenfalls gestützt auf den Rückstand aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung erklärt?*

Der VIII. Zivilsenat erklärt die Kündigung im Einklang mit einer starken Auffassung in der Literatur für wirksam.³⁵ Die Insolvenz des Schuldners stelle keinen Grund dafür dar, dass der Vermieter sein Kündigungsrecht dauerhaft verliere. Der Schuldner bleibe mit Insolvenzeröffnung in Verzug. Man möchte „Geld hat man zu haben (§ 279 BGB a. F.)“ ergänzen. Prüfstein sei allein der Kündigungsausschluss des § 112 Nr. 1 InsO, auf den die Gegenauffassung ihr Ergebnis stütze, dass der Vermieter auch nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung nicht kündigen könne. Indessen greife § 112 Nr. 1 InsO schon seiner systematischen Stellung nach nicht mehr im Restschuldbefreiungsverfahren. Aber auch während des Insolvenzverfahrens sei diese Bestimmung im Hinblick auf ihren Sinn und Zweck nicht anwendbar. Sie wolle nämlich nur den Zusammenhalt der Masse (zuvorderst in der Unternehmensinsolvenz) schützen. Nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung seien Masseinteressen aber nicht mehr berührt.

diesem Grund beim Insolvenzverwalter verbleiben sollte, ergibt sich aber aus diesen Annahmen der Gesetzesbegründung nicht.“

³⁵ BGH NJW 2015, 3087 = ZMR 2015, 868 Rn. 24, 44.

Denkt man diese Auffassung weiter, droht dem insolventen Wohnraummieter noch früher die Kündigung. Denn die Frist, in der der Insolvenzverwalter nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO die Enthftung erklären kann, soll nur den Vermieter, nicht den Mieter schützen. Daher können Vermieter und Insolvenzverwalter die Enthftung durch übereinstimmende Abrede gleich nach Insolvenzeröffnung herbeiführen. Dann drohte dem Mieter sogleich die fristlose Kündigung wegen vor Verfahrenseröffnung entstandener Rückstände.

Die Kündigung wegen Altforderungen zuzulassen liegt – wie erwähnt – auf der Linie einer weit verbreiteten Auffassung.³⁶ Bedenken weckt weniger § 112 Nr. 1 InsO als die durch § 108 Abs. 3 InsO vorgenommene Qualifikation der vorinsolvenzlichen Forderungen als bloße Insolvenzforderungen.

a) Sperre des § 112 InsO

Aus den vom BGH genannten Gründen lässt es sich gut vertreten, die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO nach Wirksamwerden der Enthftung nicht mehr greifen zu lassen. Der Schutz des Schuldners wird durch diese Spezialregelung nicht bezweckt.³⁷

Die Gegenauffassung kombiniert denn auch den Sinn und Zweck der Regelung über die Enthftung in § 109 Abs. 1 S. 2 InsO mit dem § 112 Nr. 1 InsO.³⁸ § 109 Abs. 1 S. 2 InsO wolle dem Schuldner das Mietverhältnis erhalten. Allerdings lässt sich diese vom Gesetzgeber formulierte Schutzwirkung auf den Beendigungsgrund beschränken, dass der Insolvenzverwalter das Vertragsverhältnis kündigt, um den Massebeschlagnahme des Mietverhältnisses zu beenden. Dazu war es nämlich vor Erlass des § 109 Abs. 1 S. 2 InsO mehrfach gekommen, obwohl der insolvente Mieter (oder für ihn das Sozialamt) die Miete bestritt, weil der Insolvenzverwalter so die Forderung auf Rückzahlung der Kautions fällig stellen wollte.³⁹ Es lässt sich also durchaus hören, dass § 109 Abs. 1 S. 2 InsO nur den

³⁶ *Eckert*, MünchKomm, InsO, 3. Aufl. 2013, § 109 Rn. 59; *Hinz*, NZM 2014, 137, 150; *Pape*, ZMR 2009, 885, 890 f.; *Tetzlaff*, NZI 2006, 87, 91; *Tintelnot*, Kübler/Prütting/Bork, InsO, 66. Ergänzung Stand 11/2015, § 109 Rn. 19.

³⁷ *Hinz*, NZM 2014, 137, 150.

³⁸ LG Neubrandenburg WuM 2001, 551 f.; AG Hamburg NZI 2009, 331, 334; *Blank*, Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 542 BGB Rn. 138; *Derleder*, Festschrift für Blank, 2006, S. 673, 687; *Flatow*, NZM 2011, 607, 614 f.; *Flöther/Wehner*, Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl. 2014, § 109 Rn. 18; *Graf-Schlicker/Breitenbücher*, InsO, 4. Aufl. 2014, § 109 Rn. 12; *Pohlmann-Weide*, HambKomm, InsO, 5. Aufl. 2015, § 109 Rn. 30; *Schmidt/Ringstmeier*, InsO, 18. Aufl. 2013, § 109 Rn. 25; *Uhlenbruck/Wegener*, InsO, 14. Aufl. 2015, § 109 Rn. 24b.

³⁹ Auch dazu BT-Drucks. 14/5680 S. 27.

Fortbestand des Mietverhältnisses vor einer Kündigung des Verwalters, aber nicht vor einer Zahlungsverzugskündigung des Vermieters bewahren will und § 112 Nr. 1 InsO, wie er im Restschuldbefreiungsverfahren ohnehin nicht gilt, gleichfalls nicht den Insolvenzschuldner schützt.

b) Vertragsteilung bei Verfahrenseröffnung durch § 108 InsO

Bislang wenig diskutiert wird die Frage, ob allein schon die in § 108 InsO vorgenommene Spaltung des Vertrags eine Kündigung mit Altforderungen ausschließt. Diese Frage wird hier zunächst für die Vertragsfortsetzung mit dem Insolvenzverwalter diskutiert, wo ihre Beantwortung sich angesichts des eindeutigen § 112 Nr. 1 InsO nicht auf das Ergebnis auswirkt, dass die Kündigung nicht zulässig ist. Dann werden Folgerungen für die Fortsetzung mit dem insolventen Mieter nach Wirksamwerden der Enthftung gem. § 109 Abs. 1 S. 2 InsO gezogen.

aa) Teilung des Vertrags bei Fortführung mit dem Insolvenzverwalter

Die Vertragsteilung besteht darin, dass zwar § 108 Abs. 1 InsO die Fortwirkung des Vertrags anordnet, § 108 Abs. 3 InsO aber die Altforderungen als Insolvenzforderungen qualifiziert. Wie bereits oben angedeutet, folgt daraus, dass der Vermieter diese Altforderungen „nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen“ kann, wie es § 87 InsO formuliert. Ihm sind daher nicht nur Schritte, sich einen Titel zu beschaffen, wie Klage oder Antrag auf Mahnbescheid versperrt, sondern auch die Durchsetzung eines vorhandenen Titels gegen den Insolvenzschuldner. Darüber hinaus kann der Vermieter aber auch kein Leistungsverweigerungsrecht auf die vorinsolvenzliche Nichterfüllung stützen. Insbesondere hat der IX. Zivilsenat unlängst – zudem noch im mietrechtlichen Kontext, wenn auch einem Fall der Vermieterinsolvenz – bekräftigt, dass sich auf eine Insolvenzforderung ein Zurückbehaltungsrecht nicht stützen lässt.⁴⁰

Darüber hinaus lässt sich ein Lösungsrecht des Vertragspartners nur begründen, wenn der Insolvenzverwalter dessen Voraussetzungen verwirklicht. Hingegen bleibt ein vor Verfahrenseröffnung entstandenes Lösungsrecht, das auf Fehlverhalten des Insolvenzschuldners beruht, nicht bestehen. Für die Miete folgt dieses Ergebnis bereits aus der Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO. Das gleiche Ergebnis ließe sich aber auch aus der Vertragsteilung des § 108 InsO gewinnen, wie es für die Vertragsfortsetzung von Verträgen

⁴⁰ BGH NJW 2013, 1243 Rn. 9; ferner BGHZ 161, 241, 252; 150, 138, 145.

anerkannt ist, die nach §§ 103, 105 InsO abgewickelt werden⁴¹. Eigenständige Bedeutung behält § 112 Nr. 1 InsO allerdings, soweit diese Bestimmung die Sperre bereits mit Verfahrensantrag greifen lässt, während § 108 InsO an die Verfahrenseröffnung anknüpft.⁴² Diese Verdoppelung des Kündigungsausschlusses hat der Gesetzgeber der Insolvenzordnung nicht bewusst geregelt. Sie beruht darauf, dass die Insolvenzordnung im Unterschied zur KO an beiden Stellen einen grundlegend neuen Weg beschritten hat: Zum einen wurde die Vertragsteilung (§§ 103, 105 InsO sowie § 108 InsO) neu aufgenommen. Zum anderen wurde das freie insolvenzbedingte Kündigungsrecht des Vermieters in der Mieterinsolvenz nach § 19 KO abgeschafft und durch den Kündigungsausschluss des § 112 InsO in sein Gegenteil verkehrt. Die Aufteilung des Vertrags durch §§ 103, 105 InsO sowie § 108 Abs. 3 InsO ist rechtspolitisch auf teils erhebliche Kritik gestoßen. Es wird eingewandt, dass die mit der Vertragsfortsetzung eintretende Aufspaltung des Vertrags in Leistungen, die teilweise als Masse-, teilweise als Insolvenzforderung vergütet werden, die Kalkulationsgrundlage des Vertragspartners zerstöre, was einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Vertragsfreiheit darstelle.⁴³ Der Gesetzgeber hat sich aber für diese Teilung entschieden und findet sich damit gerade auf der Linie des BGH und des von diesem postulierten Gegenleistungsgrundsatzes, dass bei Vertragsfortsetzung nach Verfahrenseröffnung in die Masse zumindest die Gegenleistung für das fließen soll, was aus der Masse erbracht wird.⁴⁴

Es bleibt in jedem Falle festzuhalten, dass der Vermieter nach Verfahrenseröffnung auch abgesehen von § 112 Nr. 1 InsO wegen vor Verfahrenseröffnung nicht gezahlter Miete nicht kündigen könnte. Der vor Verfahrenseröffnung eingetretene Verzug des Schuldners überdauert angesichts der Vertragsspaltung nicht die Verfahrenseröffnung. Dem Insolvenzverwalter ist die Nichterfüllung der Altforderungen ebenfalls nicht vorzuwerfen, weil Insolvenzforderungen von ihm nicht zu erfüllen sind. Dem Vermieter wird durch die Vertragsteilung des § 108 InsO das Festhalten am vorinsolvenzlich nicht erfüllten Vertrag zugemutet.

⁴¹ Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 103 Rn. 325; Tintelnot, Kübler/Prütting/Bork, InsO, 66. Ergänzung Stand 11/2015, § 103 Rn. 17; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 14. Aufl. 2015, § 103 Rn. 109, jeweils im Anwendungsbereich von §§ 103, 105 InsO.

⁴² Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 112 Rn. 6.

⁴³ Gottwald, NZI 2005, 588, 590; Häsemeyer, InsR, 4. Aufl. 2007, Rn 20.27; Henckel, FS Kirchhof, 2003, S. 191 (203); Windel, Jura 2002, 230, 234.

⁴⁴ St. Rspr. seit BGHZ 106, 238, 234, etwa BGHZ 116, 156, 159 f.; 129, 336, 339; 135, 25, 27; 138, 179, 187; 155, 87, 98; ZIP 2011, 2262 Rn. 5.

bb) Auswirkungen auf die Fortsetzung mit dem Insolvenzschuldner

Mit der dargestellten Vertragsteilung durch § 108 InsO habe ich bereits früher begründet, dass auch bei Vertragsfortsetzung mit dem insolventen Mieter sich eine Kündigung nicht auf Rückstände aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung stützen lässt. Ich habe dann unglücklich und zu stark verkürzt formuliert, dass der Schuldner ab Insolvenzeröffnung nicht mehr in Verzug sei.⁴⁵ Dieser Aussage ist der VIII. Zivilsenat entschieden begegnet.⁴⁶ Er beruft sich zutreffend auf die zivilrechtliche Kommentierungen zum Verzug⁴⁷ und auch auf § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO, weil die dort geregelten Zinsansprüche vielfach solche aus Verzug (§§ 280, 286 BGB) sind.

Ungeachtet dieses zutreffenden Einwands des BGH halte ich an meinem Ergebnis fest. Denn es ist zu unterscheiden, ob der Schuldner in Verzug ist oder ob dieser einmal vor Verfahrenseröffnung eingetretene Verzug angesichts des § 108 Abs. 3 InsO auch zur Kündigung des fortbestehenden Mietvertrags berechtigt. Soweit der Vermieter seinen Anspruch entsprechend §§ 87, 108 Abs. 3 InsO zur Insolvenztabelle anmeldet, kann er auch im Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO Verzugszinsen beanspruchen. Eine andere Frage ist aber eben die Relevanz dieses vorinsolvenzlichen Verzugs für die Fortsetzung des Mietvertrags nach Verfahrenseröffnung. Insoweit halte ich es angesichts der bewussten Unterscheidung des § 108 InsO nicht für einschlägig, die Kündigungsbefugnis schlicht aus dem vorinsolvenzlichen Verzug des Mieters herzuleiten. Dafür sprechen folgende Erwägungen:

(1) Die insolvenzrechtliche Haftungsordnung wird durch den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz geprägt. Daher soll der Vermieter zwar seine Forderung (einschließlich Verzugszinsen) zur Insolvenztabelle anmelden können. Er soll aber keine anderen Mittel ergreifen können, Befriedigung zu erlangen. Auch eine Zahlung des insolventen Mieters zur Abwendung der Kündigung, ggf. in der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB, würde daher der Haftungsordnung widersprechen. Es ist also mit der Qualifikation der Altforderungen als Insolvenzforderungen durch § 108 Abs. 3 InsO verbunden, dass diese Forderungen sich nicht auf die Fortsetzung des Mietverhältnisses auswirken.

⁴⁵ Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 109 Rn. 65.

⁴⁶ BGH NJW 2015, 3087 = ZMR 2015, 868 Rn. 45.

⁴⁷ Statt aller *Ernst*, MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 286 Rn. 102.

(2) Diese Konstruktion bedeutet fraglos eine Belastung für den Vermieter. Diese Belastung statuiert aber § 108 Abs. 3 InsO, über dessen rechtspolitische Angemessenheit man streiten kann, die Entscheidung des Gesetzgebers aber akzeptieren muss. Jedenfalls sollten die Vermieterinteressen bei der Entscheidung des Insolvenzverwalters keine Rolle spielen, ob er die Enthftungserklärung abgeben soll. Der Vermieter profitierte also davon, dass der Insolvenzverwalter diese Erklärung früh abgibt. Wenn der Insolvenzverwalter indessen, dem Insolvenzschuldner zugewandt, weil der die Miete zahlt, nicht die Enthftungserklärung abgibt, bliebe die Kündigung des Vermieters weiter ausgeschlossen. Dieser Vergleich soll verdeutlichen, dass die Belastung des Vermieters auf § 108 Abs. 3 InsO beruht und daher kein Grund besteht, ihn nach der Enthftungserklärung besser zu stellen.

(3) Mit dieser Erwägung geht als weiteres Argument einher, dass die Wirkung der Enthftungserklärung keine Zäsur darstellt, die die durch § 108 InsO geschaffene Zweiteilung des Mietvertrags beendet. Es verändert sich nur der Charakter der Vermieteransprüche aus der Vertragsfortsetzung, die Neuverbindlichkeiten werden. Die Altforderungen bleiben nach § 108 Abs. 3 InsO Insolvenzforderungen. Schließlich bringt insoweit auch das Restschuldbefreiungsverfahren keine Änderung. Die Insolvenzforderungen sollen ausweislich des § 294 Abs. 1 InsO ebenfalls im Interesse der Gläubigergleichbehandlung nicht beigetrieben werden, diese Forderungen drohen vielmehr durch Anordnung der Restschuldbefreiung nach § 301 InsO dauerhaft undurchsetzbar zu werden. Ganz anders sähe es hingegen aus, wenn das Insolvenzgericht dem Mieter die Restschuldbefreiung versagen würde. Dann wäre die Durchsetzung der Insolvenzforderungen nicht mehr beschränkt. Der Vermieter könnte seine Nachforderung durchsetzen, § 201 Abs. 1 InsO. Neuer Verzug des insolventen Mieters aus dieser Forderung würde die Zahlungsverzugskündigung legitimieren.

c) Ergebnis

Entgegen der Auffassung des VIII. Zivilsenats ist eine Kündigung des Vermieters aufgrund von Altrückständen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung auch nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung unzulässig. Denn eine solche Kündigungsmöglichkeit widerspräche der mit der Vertragsspaltung des § 108 Abs. 3 InsO zum Ausdruck kommenden Wertung, dass der Vermieter mit seinen Altforderungen nur als Insolvenzgläubiger am Verfahren teilnehmen kann.

III. Zusammenfassung in Thesen

1. Die vermittelnde Lösung beschreibt die Wirkungen der Enthftungserklärung am besten:

- a) Mit dem VIII. Zivilsenat fällt die Verwaltungsbefugnis über das Mietverhältnis infolge der Enthaltungserklärung auf den Insolvenzschuldner zurück. Die Kündigung hat dem Insolvenzschuldner gegenüber als Mieter zu erfolgen.
 - b) Die pfändbaren Aktivforderungen aus dem Mietverhältnis gehören aber entgegen der Auffassung des IX. Zivilsenat zur Masse, so dass nur der Insolvenzverwalter zum Einzug befugt ist.
2. Entgegen der Auffassung des VIII. Zivilsenats ist eine Kündigung des Vermieters aufgrund von Altrückständen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung auch nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung unzulässig. Denn eine solche Kündigungsmöglichkeit widerspräche der mit der Vertragsspaltung des § 108 Abs. 3 InsO zum Ausdruck kommenden Wertung, dass der Vermieter mit seinen Altforderungen nur als Insolvenzgläubiger am Verfahren teilnehmen kann.