

## Mieterbelange in der Zwangsverwaltung

*Mit der Anordnung der Zwangsverwaltung sieht sich der Mieter hinsichtlich der Abwicklung des Mietverhältnisses nicht mehr seinem originären Vertragspartner gegenüber. Dessen Rolle wird nunmehr durch den Zwangsverwalter übernommen. Dabei wird weitestgehend davon ausgegangen, dass sich die Position des Mieters dadurch nicht verschlechtern darf.*

### Gliederung

- I. Das Wesen der Zwangsverwaltung im Rahmen der Vermietung
- II. Zahlungspflichten und -ansprüche des Mieters
- III. Einzelne Probleme bei der Abwicklung des Mietverhältnisses
  1. Kautions des Mieters
    - a) Auffassung der Rechtsprechung
    - b) Die Reaktionen der Literatur
    - c) Rückzahlungsansprüche des Mieters
    - d) Abwehrmaßnahmen des Gläubigers
    - e) Sicherungsansprüche des Mieters
    - f) Herausgabeansprüche des Zwangsverwalters gegen den Schuldner
    - g) Vergleich mit der insolvenzrechtlichen Rechtslage
  2. Besondere Gestaltungen einzelner Mietverhältnisse
    - a) Einleitung
    - b) Die einzelnen Gestaltungsvarianten
      - aa) Untervermietung
      - bb) Gewerbliche Weitervermietung
      - cc) Mietgarantievereinbarungen
      - dd) Vermietungspool
      - ee) Wohnungseigentumsrechtliche Überlassungsverpflichtungen
      - ff) Gesellschaftsrechtliche Überlassungsverpflichtungen
    - c) Ausblick
  3. Mietvorauszahlungen
  4. Betriebskostenabrechnung
    - a) Die Betriebskostenabrechnungspflicht des Zwangsverwalters für zurückliegende Zeiträume
    - b) Die Betriebskostenabrechnungspflicht des Zwangsverwalters nach der Beendigung der Beschlagnahme
    - c) Die Beachtung der Ausschlussfrist des § 556 III 2 BGB
      - aa) Für von der Zwangsverwaltung erfasste Zeiträume
      - bb) Verschulden an dem Versäumen der Frist des § 556 III 2 BGB
    - d) Haftung des Zwangsverwalters im Falle des Versäumens der Frist des § 556 III 2 BGB
- IV. Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 BGB
- V. Ausblick

## **I. Das Wesen der Zwangsverwaltung im Rahmen der Vermietung**

Mit der Anordnung der Zwangsverwaltung wird dem Schuldner die Verwaltungsbefugnis über die betroffene Immobilie entzogen. Diese Aufgabe obliegt nunmehr dem Zwangsverwalter, der insoweit in die Stellung des Vermieters eintritt. Es handelt sich um eine so genannte Partei kraft Amtes.

Der Mieter muss seine Ansprüche während der Dauer des Zwangsverwaltungsverfahrens gegenüber dem Zwangsverwalter geltend machen und die ihm obliegenden Pflichten diesem gegenüber erfüllen. Handlungen und Erklärungen des Schuldners sind in Bezug auf die Nutzung und Verwaltung der Immobilie ebenso bedeutungslos wie solche ihm gegenüber.

Durch die Anordnung der Zwangsverwaltung wird dem Schuldner nur seine Verwaltungs-, nicht aber seine Verfügungsbefugnis über die Immobilie entzogen. Der Mieter muss hinsichtlich der Veräußerung des Grundstücks und der sich für ihn daraus ergebenden Folgen weiter mit seinem Vermieter kommunizieren. Davon sind insbesondere die Übernahme des Mietverhältnis nach §§ 566 f. BGB, die Vorkaufsrechte des Mieters im Falle einer Umwandlung in Wohnungseigentum gemäß § 577 BGB und seine damit verbundenen Kündigungsschutzrechte nach § 577a BGB betroffen.

## **II. Zahlungspflichten und -ansprüche des Mieters**

Zahlungspflichten kann der Mieter ab dem Zeitpunkt und der Wirkung der Beschlagnahme nur noch gegenüber dem Zwangsverwalter erfüllen. Ab wann dies der Fall ist, richtet sich wesentlich nach dem Zeitpunkt der Anordnung des Verfahrens. Erfolgt diese vor dem 15. eines Monats, so sind davon gemäß § 1123 I 2 BGB alle Forderungen ab dem Beginn des nächsten Monats betroffen. Liegt der maßgebliche Zeitpunkt nach dem 15. eines Monats, so tritt die Wirkung erst ab dem Beginn des darauf folgenden Monats ein.

Die Anordnung der Zwangsverwaltung hat zwar den Verlust der Verwaltungskompetenz des Schuldners zur Folge. Seine Stellung als Vertragspartner geht aber nicht vollständig verloren. In weiten Bereichen haftet er zum einen alleine weiterhin als zum anderen auch neben dem Zwangsverwalter. Soweit es sich um

Forderungen des Mieters handelt, die vor der Wirkung der Beschlagnahme entstanden sind, muss er sich regelmäßig an den Vermieter halten. Ansprüche, die erst nach der Beschlagnahme entstehen, kann er sowohl gegenüber diesem als auch gegenüber dem Zwangsverwalter geltend machen.

Wirtschaftlich wird im Regelfall die letztgenannte Möglichkeit sinnvoll sein. Die Zwangsverwaltung ist nämlich nicht ohne wirtschaftliche Gründe angeordnet worden. Dennoch ist die gleichzeitige Inanspruchnahme des Vermieters sinnvoll. Denn wird die Zwangsverwaltung, was jederzeit wegen einer Antragsrücknahme, einer Erfüllung oder als Folge einer Versteigerung möglich ist, aufgehoben, tritt der Vermieter wieder in die Stellung des allein Handlungsfähigen ein. Wird der Vermieter nicht gleichzeitig in Anspruch genommen, kann dies Haftungsansprüche gegen eine beauftragten Rechtsanwalt auslösen. Denn Folge der Verfahrensaufhebung ist der Eintritt der Erledigung der Hauptsache in einem gegen den Zwangsverwalter gerichteten Prozess. Gegen den Vermieter muss dann ein Verfahren gleichen Inhalts eingeleitet werden. Sind bis zu dem maßgeblichen Termin Fristen gegenüber diesem, etwa eine Verjährungsfrist, verstrichen, kommt ihm dies zu Gute. Gegenüber dem Zwangsverwalter gewährte Fristen haben nämlich keine Auswirkungen auf die gegenüber dem Vermieter geltenden. Zudem können durch ein erneutes Verfahren Mehrkosten entstehen, die eventuell aufgrund der Finanzlage der beteiligten Personen nicht erstattet werden.

### **III. Einzelne Probleme bei der Abwicklung des Mietverhältnisses**

Eine zusammenfassende Betrachtung der Zwangsverwaltung und ihre Auswirkungen auf die Mietverhältnisse kann im Hinblick auf den zur Verfügung stehenden Rahmen nicht erfolgen, so dass einzelne Aspekte dargestellt und erörtert werden sollen.

#### **1. Kautions des Mieters**

Hat der Mieter eine Sicherheit geleistet, handelt es sich nicht um Vermögen des Vermieters. Vielmehr ist ihm insoweit nur treuhänderisch zur Sicherheit das des Mieters übertragen worden. Dem werden die mietrechtlichen Kautionsvorschriften insoweit ge-

recht, als dass der Vermieter gehalten ist, dieses von seinem Vermögen getrennt anzulegen und bestmögliche Erträge zu erwirtschaften.

Bei Anordnung der Zwangsverwaltung gehen diese Grundsätze nicht verloren. Der Vermieter verliert hinsichtlich der Immobilie nur seine Verwaltungsbefugnis. Diese wird von dem Zwangsverwalter übernommen. Ihm steht daher auch das Recht zu, die Sicherheit zu verwalten. Der Vermieter muss diese daher an den Zwangsverwalter herausgeben. Erfolgt dies nicht, kann aus dem Anordnungsbeschluss die dahingehende Vollstreckung betrieben werden.

Probleme treten immer dann auf, wenn die Kautionsanlage in der durch die mietrechtlichen Bestimmungen vorgeschriebenen Form bei dem Zwangsverwaltungsschuldner nicht mehr vorhanden ist. Dies kann in der Form der Fall sein, dass eine von seinem Vermögen isolierte Anlage nicht vorgenommen wurde, so dass die Gelder sich mit dem Vermögen des Schuldners vermischt haben. Zudem kann der Verlust der Kautionsanlage auch darauf beruhen, dass der Vermieter und Schuldner die Vermögenswerte des Mieters zu eigenen Zwecken verbraucht hat, so dass sie schlicht nicht mehr vorhanden ist. Eine Herausgabe an den Zwangsverwalter kommt unter diesen Umständen nicht mehr in Betracht, weil man nicht herausgeben kann, was man nicht (mehr) hat.

Für den Mieter ist dies mieslich. Er läuft unter diesen Umständen Gefahr, seine Vermögenswerte zu verlieren. Dabei soll nicht verkannt werden, dass ihn an dem Eintritt einer solchen Situation auch eine Mitverantwortung trifft. Denn er kann die Leistung der Kautionsanlage so lange verweigern, bis der Vermieter sicher gestellt hat, dass deren Anlage nach den mietrechtlichen Vorgaben von seinem Vermögen getrennt vorgenommen wird. Der Mieter ist somit nicht vollständig schutzlos einem Vermieter ausgeliefert. Er muss seine Rechte nur ausreichend wahrnehmen.

#### **a) Auffassung der Rechtsprechung**

In dieser Situation kommt die Rechtsprechung, insbesondere die des BGH, dem Mieter zu Hilfe. Der Zwangsverwalter habe die Pflicht, dem Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sicherheit zurückzugeben.<sup>1</sup> Dabei komme es nicht darauf an, ob

---

<sup>1</sup> Vgl. BGH NJW 2003, 3342; AG Berlin-Neukölln BlnGE 2005, 495; vgl. dazu Alff/Hintzen Rpfleger 2003, 635; Streyl GuT 2009, 368; Walke

er diese von dem Schuldner - dem Vermieter - erhalten habe.<sup>2</sup> Eine dahingehende Verpflichtung sei zwar nicht unmittelbar im Gesetz zu entnehmen. Sie ergebe sich auch nicht aus einer Analogie zu § 566a.<sup>3</sup> Der Zwangsverwalter müsse aber die dem Schuldner obliegenden Verpflichtungen im Rahmen der mietvertraglichen Abwicklung erfüllen, weil er nach § 152 II ZVG in das Mietverhältnis eintrete. Zu den daraus resultierenden Pflichten zähle auch die Rückzahlung der Sicherheit.<sup>4</sup> Ausschlaggebend sei somit nur, dass der Mieter den Kautionsbetrag an den Vermieter und Schuldner gezahlt habe.<sup>5</sup> An den Zwangsverwalter müssen entgegen der Ansicht des LG Leipzig auch keine Mieten zur Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs geleistet worden sein.<sup>6</sup> Gegebenenfalls habe der das Zwangsverwaltungsverfahren betreibende Gläubiger den Betrag, wenn der Antrag nicht zurückgenommen wird, aufzubringen.<sup>7</sup>

Der BGH<sup>8</sup> geht darüber hinaus sogar davon aus, dass der Mieter unabhängig davon, ob der Zwangsverwalter die von ihm geleistete Kautions von dem Vermieter erhalten hat, eine nach § 551 III BGB vorgesehene getrennte Anlage seiner Vermögenswerte auch von diesem verlangen kann. Das führt dazu, dass dem Mieter ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete bis zum Nachweis einer gesetzeskonformen Anlage der Kautions durch den Zwangsverwalter zusteht.

Die Rechtsprechung des BGH hat zur Folge, dass die Zwangsverwaltung für den Gläubiger weniger attraktiv wird.<sup>9</sup> Denn wenn die Erträge aus dem Objekt nicht ausreichen, um die Kautionsschuld zu begleichen, muss der betreibende Gläubiger einen entsprechenden Vorschuss leisten. Andernfalls wird das Verfahren

---

WuM 2004, 185; krit. zu der Begründung Berger ZfIR 2010, 221; Eickmann ZfIR 2007, 557; Hartung NZI 2014, 739; Keller ZfIR 2010, 301; Milger NJW 2011, 1249; Schmidberger ZMR 2010, 347; Zipperer ZfIR 2007, 388.

<sup>2</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2005, 1029; WuM 2005, 404; OLG Brandenburg Urt. v. 17.9.2003 - 3 U 279/02; Drasdo NZI 2011, 354; Hartung NZI 2014, 739; Milger NJW 2011, 1249.

<sup>3</sup> Vgl. Drasdo NZI 2013, 12.

<sup>4</sup> Vgl. OLG Brandenburg NJOZ 2004, 51; OLG Hamburg NZM 2003, 474; a. A. noch BGH WuM 1978, 326.

<sup>5</sup> Vgl. OLG Hamburg NZM 2003, 474; Erckens/Tetzlaff ZfIR 2003, 981; Milger NJW 2011, 1249.

<sup>6</sup> Vgl. Drasdo NZI 2011, 354.

<sup>7</sup> Vgl. LG Leipzig NJ 2004, 84 (Ls).

<sup>8</sup> Vgl. BGH NJW 2009, 1673; ebenso LG Lüneburg BeckRS 2009, 24586; Milger NJW 2011, 1249; Streyl GuT 2009, 368.

<sup>9</sup> Vgl. Drasdo NZI 2011, 354; Keller ZfIR 2010, 301.

nach § 161 III ZVG eingestellt. Für Kreditgeber und Grundpfandrechtsgläubiger gewinnt die zu Lasten des Zwangsverwalters angenommene Kautionsrückzahlungspflicht auch Bedeutung für die Beleihung als solche und deren Höhe.

Darüber hinaus soll nach der - vom BGH<sup>10</sup> bestätigten - Auffassung des LG Potsdam<sup>11</sup> ein Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters gegen den Zwangsverwalter nicht mehr gegeben sein, wenn das Mietverhältnis zum Zeitpunkt der Beschlagnahme noch besteht. In ein auf Grund einer Kündigung vor diesem Zeitpunkt beginnendes Abwicklungsverhältnis tritt der Zwangsverwalter nicht ein, so dass er auch die Kautionsrückzahlung nicht an den Mieter auszahlen muss.<sup>12</sup> Dadurch werde der Mieter nicht benachteiligt.<sup>13</sup> Er solle durch die Anordnung der Zwangsverwaltung nicht in seinen Rechten beeinträchtigt werden, so dass ein bestehendes Mietverhältnis mit allen Pflichten durch den Zwangsverwalter übernommen wird. Ist dieses bereits beendet, kann eine Benachteiligung durch die Beschlagnahme nicht vorliegen.

Diese Betrachtung führt in auf andere Gläubiger des Schuldners zu einer Besserstellung des Mieters.<sup>14</sup> Da die Zwangsverwaltung keine Gesamtvollstreckungsmaßnahme ist, komme dem jedoch keine Bedeutung zu.<sup>15</sup>

## **b) Die Reaktionen der Literatur**

Grundsätzlich wird der Rechtsprechung des BGH in der Literatur<sup>16</sup> widersprochen, weil das ZVG keine Ansprüche des Mieters kenne, die vor der Beschlagnahme begründet und fällig geworden seien. Zudem gestatte § 155 I ZVG nur die Zahlung von Verwaltungskosten und Ausgaben der Verwaltung. Darüber hinaus seien objektbezogene Forderungen nicht nach § 155 I ZVG auszugleichen.

---

<sup>10</sup> Vgl. BGH NZM 2006, 680.

<sup>11</sup> Vgl. LG Potsdam NZM 2006, 319.

<sup>12</sup> Vgl. Drasdo NJW 2007, 1569.

<sup>13</sup> Vgl. Hartung NZI 2014, 739.

<sup>14</sup> Vgl. Drasdo NZI 2013, 12.

<sup>15</sup> Vgl. Berger LMK 2003, 203.

<sup>16</sup> Vgl. Berger ZfIR 2010, 221; Keller ZfIR 2007, 377; Mayer Rpfleger 2006, 175.

### c) Rückzahlungsansprüche des Mieters

Erste Voraussetzung eines solchen Anspruchs gegen den Zwangsverwalter ist selbstverständlich, dass eine dahingehende Leistung auch erfolgte. Die lediglich vorliegende Vereinbarung in dem Mietvertrag reicht für einen Anspruch nicht aus. Die Darlegungs- und Beweislast trifft in vollem Umfang den Mieter.

Die Auffassung des BGH kann nicht gelten, wenn zum Zeitpunkt der Fälligkeit des Kautionsrückzahlungsanspruches das Verfahren bereits beendet ist, was auch durch das Ersteigern des Objekts durch den Mieter selbst der Fall sein kann.<sup>171</sup>

Darüber hinaus soll nach der - vom BGH<sup>18</sup> bestätigten - Auffassung des LG Potsdam<sup>19</sup> ein Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters gegen den Zwangsverwalter nicht mehr gegeben sein, wenn das Mietverhältnis zum Zeitpunkt der Beschlagnahme nicht mehr besteht. In ein auf Grund einer Kündigung vor diesem Zeitpunkt beginnendes Abwicklungsverhältnis tritt der Zwangsverwalter nicht ein, so dass er auch die Kautionsleistung nicht an den Mieter auszahlen muss.<sup>20</sup> Dadurch werde der Mieter nicht benachteiligt.<sup>21</sup> Er solle durch die Anordnung der Zwangsverwaltung nicht in seinen Rechten beeinträchtigt werden, so dass ein bestehendes Mietverhältnis mit allen Pflichten durch den Zwangsverwalter übernommen wird. Ist dieses bereits beendet, kann eine Benachteiligung durch die Beschlagnahme nicht vorliegen.

Dabei kommt es dann nicht darauf an, ob der Mieter die Kautionsleistung an den Schuldner seinerzeit geleistet hat. Eine Zahlungspflicht des Zwangsverwalters kann im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses nur bestehen, wenn er in diesem Stadium seitens des Schuldners eine Kautionsleistung des Mieters bereits erhalten haben sollte.

### d) Abwehrmaßnahmen des Gläubigers

---

<sup>17</sup> Vgl. BGH ZfIR 2010, 652 mit krit. Anm. Blauth/Mayer ZfIR 2010, 654; LG Bonn BeckRS 2009, 18344; Drasdo NZI 2013, 12.

<sup>18</sup> Vgl. BGH NZM 2006, 680.

<sup>19</sup> Vgl. LG Potsdam NZM 2006, 319.

<sup>20</sup> Vgl. Drasdo NJW 2007, 1569.

<sup>21</sup> Vgl. Hartung NZI 2014, 739.

Es liegt auf der Hand, dass der das Zwangsverwaltungsverfahren betreibende Gläubiger eine Leistung der Kautions durch den Zwangsverwalter weitgehend vermeiden möchte. Denn dadurch wird die Masse des Verfahrens geschmälert.

Verhindern kann er eine Zahlungspflicht des Zwangsverwalters, wenn er kurz vor dem Zeitpunkt der Beendigung des Mietvertrages den Antrag zurücknimmt. Das Verfahren ist durch das Vollstreckungsgericht dann sofort aufzuheben. Der Zwangsverwalter verliert, soweit er nicht nach § 12 ZwVwV gesondert im Hinblick auf die dessen Abwicklung ermächtigt wurde, alle Rechte und Pflichten. Insbesondere darf er an den Mieter keine Zahlungen mehr vornehmen. Der vermeintlich bestehende Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters gegen den Zwangsverwalter besteht nicht mehr.

Nach dem Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses ist der Gläubiger nicht gehindert, die Anordnung der Zwangsverwaltung erneut zu beantragen. Daraus kann der Mieter, weil es sich um ein neues und vollkommen selbständiges Verfahren handelt, nichts herleiten. Für den Gläubiger bietet sich diese Möglichkeit immer an, wenn er eine Zahlung an den Mieter verhindern, die Wiedervermietung durch den Schuldner aber ebenfalls nicht hinnehmen will.

#### **e) Sicherungsansprüche des Mieters**

Der Mieter kann sich gegen den Verlust der geleisteten Kautions absichern. Dies gilt in beschränktem Umfang auch im Rahmen der Zwangsverwaltung.

Stellt er fest, dass der Schuldner die Kautions nicht von seinem Vermögen getrennt angelegt hat, sie demnach nicht mehr herausgelangt werden kann, ist er berechtigt, die Miete solange zurückzuhalten, bis die Höhe der von ihm entrichteten Kautions erreicht ist.

Letztlich darf er den Betrag aber nicht behalten. Er muss ihn entweder dem Zwangsverwalter zur Verfügung stellen oder aber sich von diesem nachweisen lassen, dass er einen Betrag in der Höhe der Kautions als solche zu Gunsten des Mieters angelegt hat.

## **f) Herausgabeansprüche des Zwangsverwalters gegen den Schuldner**

Dem Zwangsverwalter stehen aus der Wirkung der Beschlagnahme Ansprüche zu, die das Mietverhältnis betreffenden Unterlagen und Urkunden sowie sonstige Werte heraus zu verlangen.

Der Beschluss über die Anordnung der Zwangsverwaltung in Verbindung mit der Ermächtigung des Verwalters zur Besitzergreifung einen Vollstreckungstitel im Sinne des § 883 ZPO darstellt.<sup>22</sup> Ebenso wie das Miet- oder Pachtverhältnis betreffende Urkunden<sup>23</sup> sind auch sonstige zur Verwaltung erforderlichen Gegenstände dem Zwangsverwalter zu übergeben. Der Gerichtsvollzieher darf diese gegenständliche Vollstreckung nicht mit der Begründung verweigern, eine Geldforderung sei nicht titulierte.<sup>24</sup> Dies soll sogar so weit gehen, dass der Zwangsverwalter den Herausgabeanspruch auf Aushändigung der Kautions aus dem Anordnungsbeschluss auch gegenüber Dritten Personen gelten machen kann, wenn sich diese in deren Besitz befinden<sup>25</sup>.

Wurde der Kautionsrückzahlungsanspruch durch einen Gläubiger des Mieters vor der Anordnung der Beschlagnahme bereits gepfändet, kann der Zwangsverwalter nicht die Kautionsherausgabe verlangen. Die Pfändung durch den Mietergläubiger geht nach § 804 III ZPO vor.

Hat der Schuldner die Kautions bereits mit gegen den Mieter bestehenden Forderungen vor der Beschlagnahme verrechnet, muss er dies gegebenenfalls an Eides statt versichern. Weitergehende Ansprüche auf Auskunftserteilung, welche Forderungen betroffen waren, hat der Zwangsverwalter nicht.<sup>26</sup>

## **g) Vergleich mit der insolvenzrechtlichen Rechtslage**

---

<sup>22</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2005, 1032 mit Anm. Schmidtberger Rpfleger 2005, 464 und mit Anm. Flatow juris Praxis Report extra 2005, 74; BGH Rpfleger 2008, 435; LG Heilbronn Rpfleger 2007, 620; AG Krefeld NZI 2014, 86; Drasdo NJW 2007, 1569; Hartung NZI 2014, 739; a. A. wohl Walke ZfIR 2006, 606.

<sup>23</sup> Vgl. OLG München Rpfleger 2002, 373; AG Berlin-Neukölln BeckRS 2010, 03294; AG Stuttgart Rpfleger 1995, 375.

<sup>24</sup> Vgl. AG Ludwigsburg BeckRS 2009, 27227.

<sup>25</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 23. 9. 2015 - VIII ZR 300/14.

<sup>26</sup> Vgl. BGH Rpfleger 2008, 435; LG Heilbronn Rpfleger 2007, 620.

Gänzlich anders gestaltet sich die Rechtslage im Fall der Insolvenz des Vermieters. Liegt ein solches Verfahren vor, ist dem Schuldner nach § 80 InsO nicht nur die Verwaltungsbefugnis über einzelne Immobilien, sondern über sein gesamtes Vermögen entzogen. Der wesentliche Unterschied zur Zwangsverwaltung besteht daher in einer von dem jeweiligen Objekt unabhängigen Verwaltung des Schuldnervermögens.

Hat der Vermieter die Kautions des Mieters nicht von seinem Vermögen getrennt angelegt, kommt daher eine Aussonderung nicht in Betracht, weil eine so genannte Vermischung vorliegt. Der Rückzahlungsanspruch des Mieters stellt eine insolvenzrechtliche Forderung nach § 38 InsO dar, so dass er allenfalls eine Befriedigung in Höhe der Insolvenzquote, demnach regelmäßig weit unter seinen Leistungen, erwarten darf. Oftmals bleiben Zahlungen gänzlich aus. Dies führt dazu, dass die Kritiker der oben geschilderten Auffassung diese als systemwidrig ablehnen. Es könne nicht sein, dass der Mieter in der Zwangsverwaltung besser gestellt sei, als in der Insolvenz seines Vermieters.

Diese Kritik ist nicht unberechtigt. Denn die Begünstigung des Mieters in der Zwangsverwaltung stößt tatsächlich auf systematische Bedenken. Dies wird besonders deutlich, wenn in einem Insolvenzverfahren über eine Immobilie auch das Zwangsverwaltungsverfahren betrieben wird. Dies ist auf Grund des Antrags dinglicher Gläubiger nach § 49 InsO oder durch den Insolvenzverwalter gemäß § 172 ZVG selber möglich. Die Zwangsverwaltungsmasse bildet dann im Verhältnis zur Insolvenzmasse ein Sondervermögen. Durch die Anordnung der Zwangsverwaltung während des Insolvenzverfahrens wird dann die Insolvenzmasse vor eventuellen Forderungen des Mieters befreit. Diese Möglichkeit mag einen Gläubiger oder den Insolvenzverwalter bewegen, ausschließlich aus eigenen Interessen abzuwägen, ob die Zwangsverwaltung angeordnet werden sollte. Dies kann nach insolvenzrechtlichen Maßstäben nicht zutreffend sein und verbietet daher im Zwangsverwaltungsverfahren eine Bevorzugung des Mieters im Vergleich zu anderen Insolvenzgläubigern. Da sich die Rechte des Mieters aus der Zwangsverwaltung aber isoliert von einem Insolvenzverfahren ergeben, weil es sich um ein rechtlich selbständiges Verfahren handelt, kann die geschilderte Rechtsfolge auch nicht eintreten, wenn das Verfahren alleine betrieben wird.

## **2. Besondere Gestaltungen einzelner Mietverhältnisse**

Zwangsverwalter müssen gelegentlich feststellen, dass der Nutzer der beschlagnahmten Immobilie in keinem oder in keinem unmittelbaren Rechtsverhältnis zu dem Schuldner als deren Eigentümer steht. Daher ist oftmals fraglich, ob er auf entsprechende Nutzungsentgelte zugreifen kann, ob diesem der Beschlagnahme unterliegen.

#### **a) Einleitung**

In Miet- und Pachtverträge des Schuldners mit dem Nutzer einer der Zwangsverwaltung unterliegenden Immobilie tritt der Zwangsverwalter nach § 152 II ZVG ein. Soweit eine unentgeltliche Nutzung erfolgt, ist er berechtigt, dahingehende Überlassungsverträge mit dritten Personen aufzulösen und Entschädigungen für die Nutzung des Objektes zu verlangen<sup>27</sup>.

Hat der Schuldner sein Eigentum dritten Personen überlassen, damit diese wiederum unter Vermeidung einer eigenen Nutzung den Gebrauch weiteren Personen zur Verfügung stellen, hat der Zwangsverwalter auf dieses Rechtsverhältnis und die daraus resultierenden Erträge keinerlei Zugriffsmöglichkeiten. Er kann nur unmittelbar dem Schuldner zustehende Ansprüche für die Überlassung der Immobilie geltend machen. Erweist sich derjenige, dem der Schuldner das Zwangsverwaltungsobjekt überlassen hat als insolvent oder ist eine solche Person für den Zwangsverwalter nicht greifbar, ist mit Ausfällen für die Masse zu rechnen.

#### **b) Die einzelnen Gestaltungsvarianten**

Daraus folgen für die unterschiedlichen Vertragsgestaltungen divergierende Ergebnisse. Diese sollte auch der Mieter kennen, um nicht unbeabsichtigt an den Zwangsverwalter zu leisten und damit das Risiko einzugehen, mehrfach in Anspruch genommen werden zu können.

##### **aa) Untervermietung**

---

<sup>27</sup> Vgl. LG Dortmund, Urteil vom 29. 10. 2010 - 3 O 175/10.

Für die Untervermietung bedeutet dies, dass der Zwangsverwalter die dem Mieter gegenüber dem Untermieter zustehenden Mietansprüche nicht für die Masse vereinnahmen kann. Denn diese Forderungen werden von der Beschlagnahme nicht erfasst<sup>28</sup>. Das gilt auch, wenn der Hauptmieter zahlungsunfähig oder -willig ist<sup>29</sup>. Nur für den Ausnahmefall, dass das Instrument der Untervermietung gewählt wurde, um den Schuldner zu schützen, kann sich aus dem Gedanken des § 242 BGB und den in den §§ 134, 138 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsätzen eine andere Beurteilung ergeben<sup>30</sup>. Ansonsten haben Gläubiger keinen Anspruch auf schuldnerfremdes Vermögen, nämlich auf die Ansprüche des Mieters gegen den Untermieter, zuzugreifen. Über die Beschlagnahme kann dies dann folgerichtig ebenfalls nicht erlangt werden. Zahlt der Untermieter, nicht aber der Mieter, muss der Zwangsverwalter nach allgemeinen mietrechtlichen Vorgaben Ansprüche durchsetzen. Dies bedeutet, dass er im Fall der Kündigung und Räumung des Mieters auch einen eigenen Titel gegen den Untermieter benötigt<sup>31</sup>.

## **bb) Gewerbliche Weitervermietung**

Keine anderweitige Beurteilung kann der Fall der gewerblichen Weitervermietung im Sinne des § 565 I BGB erfahren. Denn bei dieser handelt es sich aus der Betrachtungsweise des Schuldners um nichts anderes als einen Sonderfall der Untervermietung<sup>32</sup>. Lediglich die zweckgerichtete Nutzungsüberlassung an Dritte ist bereits bei dem Vertragsschluss gegeben<sup>33</sup>. Die Schutzwirkung gegenüber dem Endnutzer<sup>34</sup> ist für die Beurteilung der Beschlagnahmewirkung bei einem funktionierenden System der gewerblichen Weitervermietung bedeutungslos. Sie kann erst bei

---

<sup>28</sup> Vgl. BGH, NZM 2005, 433; BGH, NZM 2006, 677; BGH, MDR 2011, 1263; LG Rostock, BeckRS 2011, 22049; Depré/Depré, § 148 Rn. 24; Wedekind, ZfIR 2006, 734.

<sup>29</sup> Vgl. LG Bochum. ZIP 1981, 730.

<sup>30</sup> Vgl. BGH, NZM 2005, 433; BGH, NZM 2006, 677; OLG Stuttgart, BeckRS 2011, 22273; Wedekind, ZfIR 2006, 734.

<sup>31</sup> Vgl. BGH, NZM 1998, 665; OLG Celle, NJW-RR 1988, 913; OLG Hamm, Rpfleger 1989, 165; LG Hamburg, NJW-RR 1991, 1297; LG Köln, DGVZ 1994, 46.

<sup>32</sup> Vgl. Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 430.

<sup>33</sup> Vgl. Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 433.

<sup>34</sup> Vgl. dazu Vgl. Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 437 ff.

der Auflösung des Hauptmietverhältnisses den Zwangsverwalter zwingen, nach §§ 152 II ZVG, 565 I BGB in die Nutzungsvereinbarung mit dem Endnutzer einzutreten. Solange das gewerbliche Weitermietungsverhältnis besteht, kann der Zwangsverwalter nur auf Ansprüche gegen den Gewerbetreibenden zugreifen.

### **cc) Mietgarantievereinbarungen**

Bei der Mietgarantie kann der Zwangsverwalter auf die Mieten zugreifen, wenn der Nutzer der Immobilien mit dem Schuldner unmittelbar einen Vertrag geschlossen hat. Wurde dieser hingegen in zulässiger Weise auf Grund einer entsprechenden Gestattung durch den Schuldner<sup>35</sup> zwischen dem Mietgaranten und dem Nutzer abgeschlossen, besteht eine Forderung des Schuldners gegenüber diesem für die Überlassung nicht. Durch die Beschlagnahme wird allenfalls die Forderung des Schuldners gegen den Garanten erfasst. Zahlt dieser nicht, muss der Zwangsverwalter nach allgemeinen Grundsätzen gegen ihn aus der Garantievereinbarung vorgehen.

Voraussetzung ist aber, dass es sich bei der Garantiezusage um nichts anderes als einen Mietvertrag handelt. Dafür wird oftmals viel sprechen, weil die Nutzung gegen ein Entgelt in bestimmter Höhe vereinbart wurde. Soweit ein davon unabhängiges selbständiges Garantieverprechen vorliegen sollte, kann dies aber fraglich sein. Denn der Zwangsverwalter tritt in solche Verträge nicht ein.

### **dd) Vermietungspool**

In gleicher Weise muss die Einbindung der Immobilie, in der Regel ein Wohnungseigentum, in einen Vermietungspool<sup>36</sup> beurteilt werden. Durch den Vermietungspool soll für den einzelnen Vermieter das wirtschaftliche Risiko von Mietausfällen und durch die

---

<sup>35</sup> Vgl. zu der Möglichkeit, den Garantiegeber als Vermieter auftreten zu lassen Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 481 ff.

<sup>36</sup> Vgl. dazu allgemein Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 389 ff.; Drasdo, DWW 2003, 110; Jäckel, ZMR 2004, 393.

Mieter verursachte Schäden minimiert werden<sup>37</sup>, weil entsprechende Ausfälle durch eine Verteilung auf alle Poolmitglieder abgefangen werden. Ist der Vermietungspool Vertragspartner des Endnutzers<sup>38</sup>, hat daher der Schuldner die Vermietung durch den Pool gestattet<sup>39</sup>, ist dem Zwangsverwalter ebenfalls ein Zugriff auf die von dem Nutzer zu erbringenden Leistungen verwehrt. Denn der Mieter hat ausschließlich Rechtsbeziehungen zu dem als Außengesellschaft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne der §§ 705 ff. BGB auftretenden Vermietungspool<sup>40</sup>. Die Mieten stehen in diesem Fall dem Vermietungspool als selbständig agierenden, rechtsfähigen<sup>41</sup> Personenvereinigung zu. Der Zwangsverwalter kann allenfalls die dem Schuldner aus der Mitgliedschaft in dem Vermietungspool gegen diesen zustehenden Ansprüche, wenn es sich bei diesen um mietrechtliche Forderungen handeln sollte, geltend machen. Werden ausschließlich gesellschaftsrechtliche Forderungen fällig, etwa Entnahmen oder Auseinandersetzungsguthaben fällig, stehen diese dem Zwangsverwalter nicht zu, da er nach § 152 II ZVG in den Gesellschaftsvertrag nicht eintritt.

Wird der Vermietungspool hingegen nicht gegenüber dem Mieter tätig, besteht der Mietvertrag daher mit dem Eigentümer der Immobilie<sup>42</sup>, kann der Zwangsverwalter die Mieten unmittelbar vereinnahmen. Der Vermietungspool hat dann nur eine verwaltende Funktion<sup>43</sup>.

Pflichten aus der Poolmitgliedschaft muss der Zwangsverwalter als persönliche Schuld des Immobilieneigentümers nicht erfüllen, so dass er die Mieten auch nicht an diesen abführen muss.

Wurde die Kautions an einen Mietpool, an welchem der Schuldner als Vertragspartner des Mieters beteiligt ist, geleistet, steht sie dennoch dem Zwangsverwalter zu, weil nur die Mieten dem Pool

---

<sup>37</sup> Vgl. OLG Celle, ZIP 2006, 32; OLG Karlsruhe, ZIP 2005, 698; Drasdo, DWW 2003, 110; Jäckel, ZMR 2004, 393.

<sup>38</sup> Vgl. zu einer solchen Gestaltungsmöglichkeit Drasdo, DWW 2003, 110.

<sup>39</sup> Vgl. Vgl. Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 401, zur allgemeinen Zulässigkeit der Vermietung einer fremden Sache KG, WuM 1997, 101; Börstinghaus, MDR 2002, 929.

<sup>40</sup> Vgl. Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 401; Drasdo, DWW 2003, 110; Jäckel, ZMR 2004, 393.

<sup>41</sup> Vgl. BGH, NZM 2001, 299; BGH, NZM 2002, 271.

<sup>42</sup> Vgl. AG Krefeld, IGZInfo 2015, 39.

<sup>43</sup> Bei dem Vermietungspool handelt es sich dann um eine Innengesellschaft, vgl. dazu Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 400.

zufließen sollen<sup>44</sup>. Zudem handelt es sich weiterhin um treuhänderische gebundenes Vermögen des Mieters.

### **ee) Wohnungseigentumsrechtliche Überlassungsverpflichtungen**

Im Wohnungseigentumsrecht sind Vereinbarungen über die Art der Vermietung zulässig<sup>45</sup>. Sie können jedoch nicht durch Beschlüsse der Wohnungseigentümer ersetzt werden<sup>46</sup>. Zum einen mangelt es an einer dahingehenden Beschlusskompetenz; zum anderen handelt es sich um einen Eingriff in den so genannten „Kernbereich des Wohnungseigentums“, der jeglicher Beschlussfassung entzogen ist<sup>47</sup>. Vollständige Vermietungsverbote sind daher eher selten. Gegen sie werden auch verfassungsrechtliche Bedenken erhoben, weil in Einzelfällen dadurch das Gebrauchsrecht ausgeschlossen werden könnte, wenn eine Selbstnutzung ausscheidet<sup>48</sup>.

Ist eine Vermietung nach den Vorgaben der Gemeinschaftsordnung dem Grunde nach zulässig, hindert dies die Wohnungseigentümer nicht zu vereinbaren, dass diese von bestimmten Voraussetzungen abhängig sein sollen<sup>49</sup>. Die Ermächtigung ergibt sich aus § 15 I WEG, weil der Gebrauch des Sondereigentums durch Vereinbarungen geregelt werden kann<sup>50</sup>. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung folgt bereits als *argumentum a maiore ad minus* aus § 12 WEG: Wenn die Veräußerung eingeschränkt werden darf, muss dies erst recht für die Überlassung gelten.

Ebenso wie die Gemeinschaftsordnung die Genehmigung einer Vermietung vorbehalten kann, besteht die Möglichkeit, zu vereinbaren, ein bestimmtes Mietverhältnis eingehen zu müssen<sup>51</sup>. Ein

---

<sup>44</sup> Vgl. AG Krefeld, BeckRS 2013, 10837.

<sup>45</sup> Vgl. Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 29 ff..

<sup>46</sup> Vgl. OLG Celle, NZM 2005, 184; OLG Düsseldorf, NZM 2001, 328; OLG München, Beschluss vom 18. 4. 2006 - 32 Wx 041/06; Saarländisches OLG, Beschluss vom 4.2. 2006 - 5 W 115/05.

<sup>47</sup> Vgl. F. Schmidt, ZWE 2000, 506.

<sup>48</sup> Vgl. Gottschalg, DWE 2000, 50; Horst, DWW 2011, 2.

<sup>49</sup> Vgl. OLG Frankfurt, NJW-RR 2007, 889 zu Sondernutzungsrechten.

<sup>50</sup> Vgl. Schmid, GuT 2010, 71.

<sup>51</sup> Vgl. BayObLG, NJW-RR 1988, 1163; WuM 1994, 156; Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 437.

Beschluss ist dafür nicht ausreichend<sup>52</sup>. Oftmals wird dies im Rahmen von Hotel-<sup>53</sup> oder Ferienanlagen<sup>54</sup> sowie Studentenwohnheimen<sup>55</sup> und Apartmenthäusern<sup>56</sup> vorkommen. Die Wohnungseigentümer sind in diesem Fall verpflichtet, ihr Sondereigentum an einen bestimmten, oftmals gewerblichen Mieter zum Zwecke der Weitervermietung zu überlassen.

Denkbar ist auch die Begründung einer Pflicht, einem Vermietungspool beizutreten, wenn keine Eigennutzung erfolgen soll<sup>57</sup>. In jüngerer Zeit wurden wieder vermehrt auch Anlagen errichtet, in denen die Überlassung und Vermietung der Wohneinheiten im Rahmen des so genannten Betreuten Wohnens nach § 1 I 3 WBVG vorgesehen ist. Auch darin liegt eine zulässige Vermietungsbeschränkung<sup>58</sup>. Gleichfalls zulässig ist das zumindest faktische Verbot der Selbstnutzung einer Immobilie<sup>59</sup>.

Letztlich kommt auch insbesondere bei Hotel- oder Ferienanlagen in Betracht, dass die Wohnungseigentümer durch die Gemeinschaftsordnung verpflichtet werden, ihr Sondereigentum an eine diese betreibende Betriebsgesellschaft überlassen müssen<sup>60</sup>. Ob die Beteiligungsstruktur an dieser Gesellschaft mit der personellen Zusammensetzung der Wohnungseigentümergeinschaft ganz, teilweise oder nicht identisch ist, hängt von den jeweiligen Umständen ab.

In allen geschilderten Fällen kann der Zwangsverwalter auf die von den Endnutzern entrichteten Beträge nicht zugreifen, weil diese ähnlich wie bei der Untervermietung oder der gewerblichen Weitervermietung nicht unmittelbar dem Sondereigentümer als Schuldner des Zwangsverwaltungsverfahrens zustehen. Berechtigt an diesen ist die jeweils zwischengeschaltete Person oder Körperschaft. Nur die Gelder, die diese an den Sondereigentümer für die Überlassung entrichtet, kann der Zwangsverwalter für

---

<sup>52</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, NZM 2001, 238; Saarländisches OLG, Beschluss vom 4. 2. 2006 - 5 W 115/05

<sup>53</sup> Vgl. BayObLG, WuM 1991, 442; OLG München, Beschluss vom 18. 4. 2006 - 32 Wx 041/06.

<sup>54</sup> Vgl. BayObLG, NJW-RR 1988, 202; BGH, WE 1991, 208.

<sup>55</sup> Vgl. BayObLG, WE 1994, 283.

<sup>56</sup> Vgl. Saarländisches OLG, Beschluss vom 4. 2. 2006 - 5 W 115/05.

<sup>57</sup> Vgl. Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 38.

<sup>58</sup> Vgl. Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 38; Heinemann, MittBayNotK 2002, 69; Lüke, ZWE 2004, 291; Markus, WuM 2005, 290; F. Schmidt, ZWE 2000, 506.

<sup>59</sup> Vgl. OLG München, ZMR 2005, 811; F. Schmidt, ZWE 2000, 506; Bub/Treier/Drasdo, Kap VII Rn. 38.

<sup>60</sup> Vgl. Drasdo, ZfIR 2014, 613.

die Masse vereinnahmen. Denn bei den Verträgen, die gegen Entgelt die Überlassung von Räumlichkeiten regeln, handelt es sich im Regelfall um Miet- oder Pachtverträge, in die der Zwangsverwalter nach § 152 II ZVG eintritt.

#### **ff) Gesellschaftsrechtliche Überlassungsverpflichtungen**

Ähnlich wie im Wohnungseigentumsrecht kann sich auch aus gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen, insbesondere aus Regelungen des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung, eine Pflicht der Gesellschafter ergeben, eine ihm zuzurechnende Immobilie der Gesellschaft oder anderen Personen zur Verfügung zu stellen. Dies wird im Steuerrecht durch das Instrument des gewillkürten Betriebsvermögens<sup>61</sup> und im Insolvenzrecht nach § 135 III InsO<sup>62</sup> anerkannt.

Soweit die tatsächliche Nutzung einer solchen Immobilie der Gesellschaft Nutzungen, demnach in der Regel Gebrauchsvorteile oder eventuell Mieten sowie Pachten, einbringt, stehen diese nicht dem Zwangsverwalter zu. Denn auch der Schuldner des Zwangsverwaltungsverfahrens kann im Hinblick auf die Überlassungspflicht auf entsprechende Erträge nicht zugreifen.

Der Zwangsverwalter kann nur Einnahmen des Schuldners beanspruchen. Er ist daher darauf angewiesen, dass diesem solche zu Teil werden. Im Gesellschaftsrecht ist die Überlassung von Immobilien regelmäßig aber nicht ein mit Geldzahlungen unmittelbar verbundener Tatbestand, sondern eine gesellschaftsvertragliche Verpflichtung. Der Zwangsverwalter kann daher auf diese nicht zugreifen. Die Nutzung durch die Gesellschaft erfolgt aber auch nicht unentgeltlich oder im bereicherungsrechtlichen Verständnis des § 812 I BGB ohne Rechtsgrund, so dass dem Zwangsverwalter auch nicht das Recht zusteht, von für die Überlassung einen Ausgleich zu fordern. Die Entgeltlichkeit der Nutzungsüberlassung spiegelt sich in dem Anteil an und in der Ausschüttung durch die Gesellschaft wieder. Die Ausschüttung an den Gesellschafter erfolgt aber nicht unter gesonderter Ausweisung eines Betrages für die Grundstücksüberlassung, sondern auf Grund der Ermittlung des Jahresüberschusses unter Aufteilung auf die jeweiligen Anteile oder Beteiligungen. Der Gesellschaftsvertrag ist Rechtsgrund im Sinne des § 812 I BGB. Von

---

<sup>61</sup> Vgl. dazu Schmidt/Heinicke, § 4 Rdnr. 105, 150.

<sup>62</sup> Vgl. dazu MüKInsO/Gehrlein, § 135 Rdnr. 43.

der Beschlagnahme erfasst sind beide Forderungen oder Rechtsbeziehungen nicht<sup>63</sup>.

Nur wenn die Gesellschaft für die Überlassung des der späteren Zwangsverwaltung unterliegenden Grundstücks eine gesonderte Vergütung entrichtet oder ein ausgewiesenes Entgelt zahlt, kann für den Zwangsverwalter die Möglichkeit bestehen, auf dieses zugreifen zu können<sup>64</sup>. Solche Tatbestände sind aber eher selten anzutreffen. Diese Möglichkeit scheidet aus, wenn die Gesellschaft nicht mehr zahlungsfähig ist. Soweit sie jedoch einen Anspruch auf Nutzungsüberlassung gegenüber dem Schuldner auch während der Dauer des Insolvenzverfahrens hat, wird der Insolvenzverwalter nach § 135 III 2 InsO einen Ausgleich zahlen müssen. Dabei handelt es sich um eine Masseforderung gemäß § 55 I Nr. 2 InsO<sup>65</sup>. Auf diese kann der Zwangsverwalter bei Vorlage der entsprechenden Voraussetzungen zugreifen<sup>66</sup>.

### **c) Ausblick**

Soweit vertragliche Konstruktionen vorliegen, die dem Zwangsverwalter einen Zugriff verwehren, muss dies hingenommen werden. Allerdings wird sich immer die Frage stellen, ob die Vereinbarungen nicht gewählt wurden, um die Folgen der Zwangsverwaltung zu Gunsten des Schuldners mindern. Rechtsmissbräuchlichkeit muss der Zwangsverwalter nachweisen. Dies wird umso schwieriger sein, weil sich der Wille auf die Benachteiligung der Zwangsverwaltung richten muss, je länger der Zeitpunkt, zu dem die Verträge geschlossen wurden, vor der Anordnung der Zwangsverwaltung liegt. Denn es kann nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der spätere Schuldner bereits vor Eintritt einer finanziell angespannten Situation versucht, für eine eventuelle Vollstreckung "Vorsorge" zu treffen. Ein dahingehender Erfahrungssatz besteht nicht.

## **3. Mietvorauszahlungen**

---

<sup>63</sup> A. A. aber Haarmeyer/Hintzen, § 150 ZVG Rdnr. 14.

<sup>64</sup> Vgl. etwa BGH, NJW-RR 2000, 925.

<sup>65</sup> Vgl. MüKInsO/Gehrlein, § 135 Rdnr. 49; Nerlich in Nerlich/Römermann, § 135 Rz. 70; Bitter, ZIP 2010, 1; Burg/Blasche, GmbHR 2008, 1250; Dahl/Schmitz, NZG 2009, 325.

<sup>66</sup> Im Ergebnis wohl ebenso Böttcher/Keller, § 148 Rdnr. 12a.

Immer wieder ist in der Zwangsverwaltung festzustellen, dass dem Zwangsverwalter bei der Geltendmachung der Mietforderungen entgegen gehalten wird, dass solche nicht beständen, weil die Miete bereits vor einiger Zeit zu Beginn des Mietverhältnisses für dessen vollständige oder wenigstens einen großen Teil ihrer Laufzeit an den Schuldner geleistet worden sei.

Solche Mietvorauszahlungen können unter bestimmten Umständen tatsächlich wirksam sein. Wenn bei einem Mietverhältnis mit fester Laufzeit eine Einmalzahlung vereinbart und vor der Beschlagnahme vollständig geleistet wurde, ist die Mietzahlung dem Zwangsverwalter gegenüber nach § 1124 II BGB insoweit unwirksam, als sie sich auf die anteilige Miete für eine spätere Zeit als dem zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Monat bezieht<sup>67</sup>. Bei einem auf Lebenszeit des Mieters geschlossenen Vertrag kann nicht bestimmt werden, welcher Teil der Einmalzahlung auf die Zeit nach der Beschlagnahme entfällt. Dann fehlt es an einer nach periodischen Zeitabschnitten bemessenen Miete. In solchen Fällen wird die Vorauszahlung nicht als unwirksam angesehen<sup>68</sup>.

Dennoch ist Vorsicht geboten. Oftmals handelt es sich bei solchen Angaben um Schutzbehauptungen, um zu Gunsten des Gläubigers oder zu eigenen Gunsten die Miete an den Zwangsverwalter nicht entrichten zu müssen. Für solche Fälle hat der BGH bereits Grundsätze aufgestellt. Dem Mieter obliegt die volle Darlegungs- und Beweislast für alle Tatsachen, die ihn von einer Mietzahlung an den Zwangsverwalter befreien. Ein zum Zwecke der Vereitelung des Vollstreckungserfolges vorliegendes kollusives Zusammenwirken der beteiligten Personen darf insbesondere bei Familiengehörigen vermutet werden, wenn sie Vertragsurkunden nicht im Original vorlegen oder Zahlungen nicht wirtschaftlich nachvollziehbar erklären können<sup>69</sup>.

#### **4. Betriebskostenabrechnung**

Mietrechtliche Abrechnungspflichten können sich für den Zwangsverwalter ergeben, weil er zum einen nach § 152 II ZVG

---

<sup>67</sup> BGH NJW 2014, 2720.

<sup>68</sup> Stöber, § 152, Anm. 12.12.

<sup>69</sup> BGH NZM 2013, 854; BGH, Beschluss vom 21. 9. 2016 - VIII ZR 277/15

in bestehende Mietverhältnisse eintritt und zum anderen, das Zwangsverwaltungsobjekt im Rahmen der durchzuführenden Bewirtschaftung nicht nur vermieten darf, sondern sogar muss.

Zu den Aufgaben des Zwangsverwalters zählt die Erstellung der Betriebskostenabrechnungen gegenüber dem Mieter. Es handelt sich um eine Pflicht, die aus einer vertraglichen Beziehung zu anderen Personen entspringt. Besteht eine Abrechnungspflicht, muss sich diese an den mietrechtlichen Vorgaben orientieren. Daher muss nach § 556 I BGB eine Kostenumlage zunächst ausdrücklich mit dem Mieter vereinbart werden. Die Abrechnung muss gemäß § 556a I BGB vereinbarte Umlageschlüssel beachten und ist innerhalb der sich aus § 556 III BGB ergebenden Jahresfrist zu erfüllen. Verstöße dagegen können zu einer Schadensersatzpflicht des Zwangsverwalters nach §§ 9, 154 ZVG gegenüber den Verfahrensbeteiligten führen. Jedoch sollen bei der Beurteilung des Verschuldens hinsichtlich der Fristversäumung erleichterte Bedingungen für den Zwangsverwalter gelten, weil er sich zunächst - möglicher Weise mit erhöhtem Aufwand - alle Informationen beschaffen muss<sup>70</sup>. Spiegelbildlich zu der Abrechnungspflicht und dem Recht der Einziehung von Nachforderungen hat er dann auch die möglichen Ansprüche der Mieter auf Auszahlung der Guthaben aus der Masse zu erfüllen<sup>71</sup>.

#### **a) Die Betriebskostenabrechnungspflicht des Zwangsverwalters für zurückliegende Zeiträume**

Zu den Aufgaben des Zwangsverwalters zählt auch die Erstellung der Betriebskostenabrechnungen für vor der Anordnung der Zwangsverwaltung liegende Zeiträume<sup>72</sup>. Dazu rechnen auch Forderungen aus Vereinbarungen über Betriebskostenzahlungen. Dabei handelt es sich um ein Entgelt für Leistungen des Vermieters. Dies gilt nach §§ 20 II ZVG, 1123 II 1 BGB zumindest für die Forderungen, die innerhalb eines Jahres vor der Anordnung entstanden sind<sup>73</sup>. Betriebskostennachforderungen entstehen mit

---

<sup>70</sup> Vgl. AG Dortmund, NZM 2010, 239; AG Zwickau, Rpfleger 2005, 101.

<sup>71</sup> Vgl. AG Homburg, ZMR 2004, 593; Bösche, WuM 2009, 272; Drasdo, FS für Seuß III - Entwicklungstendenzen im Wohnungseigentumsrecht und im Mietrecht - , Berlin 2007, Seite 291.

<sup>72</sup> Vgl. BGH, NJW 2003, 2320; LG Zwickau WuM 2003, 271; AG Homburg, ZMR 2004, 593; Bösche, WuM 2003, 272; Drasdo, FS für Seuß III - Entwicklungstendenzen im Wohnungseigentumsrecht und im Mietrecht - , Berlin 2007, Seite 291; Walke, WuM 2004, 185.

<sup>73</sup> Vgl. LG Zwickau, WuM 2003, 271.

dem Zugang der Abrechnung<sup>74</sup>. Ob eine solche Forderung besteht, lässt sich nur feststellen, wenn die Abrechnung über die Betriebskosten gefertigt würde. Der Zwangsverwalter könne daher seiner Beitreibungspflicht nur nachkommen, wenn er die Abrechnung fertigt.

#### **b) Die Betriebskostenabrechnungspflicht des Zwangsverwalters nach der Beendigung der Beschlagnahme**

Die Befugnis des Zwangsverwalters, Handlungen vorzunehmen, endet, wenn die Beschlagnahme aufgehoben wird. Er ist noch berechtigt, das Verfahren abzuwickeln und die dafür erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Dies soll nach überwiegender Ansicht auch für die Erstellung der Betriebskostenabrechnungen der bereits beendeten Abrechnungszeiträume gelten und unabhängig davon sein, ob der Zwangsverwalter Vorauszahlungen vereinnahmt hat<sup>75</sup>.

#### **c) Die Beachtung der Ausschlussfrist des § 556 III 2 BGB**

Regelmäßig führt die Versäumung der Abrechnungsfrist des § 556 III 2 BGB zum Untergang der sich aus einer Abrechnung, mag diese auch zutreffend sein, ergebenden Forderungen des Vermieters. Dies gilt auch im Rahmen der Zwangsverwaltung. Denn es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen zum Nachteil des Mieters eine andere Auffassung gelten sollte. Die Zwangsverwaltung darf ihn als Vollstreckungsmittel gegen einen anderen nicht benachteiligen.

#### **aa) Für von der Zwangsverwaltung erfasste Zeiträume**

Die Zeiträume der Zwangsverwaltungen laufen nahezu niemals gleich mit dem Abrechnungszeitraum, der in den Mietverträgen vereinbart wurde, oder in Ermangelung einer solchen individuellen Regelung mit dem Kalenderjahr. Dies hat zwangsläufig zur

---

<sup>74</sup> Vgl. BGHZ 113, 188.

<sup>75</sup> Vgl. LG Berlin, BlnGE 1998, 743; LG Berlin, BlnGE 2004, 691.

Folge, dass Überschneidungen zeitlicher Art zu berücksichtigen und zu beurteilen sind.

Tritt die Abrechnungsreife während der Zwangsverwaltung ein, obliegt dem Zwangsverwalter die Aufgabe, die Betriebskostenabrechnung zu erstellen. Die Frist des § 556 III 2 BGB muss er beachten<sup>76</sup>. Nachzahlungen hat er beizutreiben, Guthaben muss er an den Mieter auszahlen. Dies kann bei einer vor der Anordnung der Zwangsverwaltung begonnenen Abrechnungsperiode des Mietverhältnisses zur Folge haben, dass aus der Masse unabhängig davon, ob der Zwangsverwalter für diese die Vorauszahlungen vereinnahmen konnte, Guthaben an den Mieter auszuzahlen sind<sup>77</sup>.

Tritt die Abrechnungsreife erst nach Ablauf der Zwangsverwaltung ein, kann und muss die Abrechnung nicht mehr von dem Zwangsverwalter erstellt werden. Er ist demnach auch nicht mehr für die Einhaltung der Frist des § 556 III 2 BGB verantwortlich.

Der Zwangsverwalter kann, wie der BGH ausgeführt hat, auch für solche Zeiträume, die vor der Beschlagnahme liegen, verpflichtet sein, eine Abrechnung der Betriebskosten gegenüber dem Mieter erstellen zu müssen. Betriebskostenabrechnungsforderungen entstehen mit dem Zugang der Abrechnung an den Mieter<sup>78</sup>. Liegt dieser vor der Beschlagnahme, aber noch innerhalb der Jahresfrist, ist demnach die Abrechnung noch von dem Schuldner erstellt worden, muss der Zwangsverwalter die daraus resultierenden Forderungen einziehen. Ist die Betriebskostenabrechnung für vor der Beschlagnahme liegende Zeiträume bei Wirksamwerden der Beschlagnahme noch nicht erstellt, die Frist des § 556 III 2 BGB aber noch nicht abgelaufen, muss der Zwangsverwalter sie fertigen, weil es seine Aufgabe ist, Ansprüche der Masse zu realisieren.

## **bb) Verschulden an dem Versäumen der Frist des § 556 III 2 BGB**

---

<sup>76</sup> Vgl. AG Dortmund, WuM 2007, 697 m. Anm. Engels, Rpfleger 2008, 91 und Eckert, ZfIR 2008, 27.

<sup>77</sup> Vgl. Drasdo, FS für Seuß III - Entwicklungstendenzen im Wohnungseigentumsrecht und im Mietrecht - , Berlin 2007, Seite 291.

<sup>78</sup> Vgl. BGHZ 113, 188.

Für die Beurteilung des Verschuldens sind auch für den Zwangsverwalter die allgemeinen Maßstäbe der Betriebskostenabrechnungserstellung zunächst von Bedeutung. Sonderpositionen sind nicht vorgesehen<sup>79</sup>.

Ist die Betriebskostenabrechnung für Zeiträume, die innerhalb der Zwangsverwaltung liegen, zu erstellen, so muss der Zwangsverwalter die Abrechnungsfrist der §§ 556 III 2 BGB beachten. Er erlangt gegenüber dem Mieter keine Sonderstellung<sup>80</sup>. Vielmehr obliegen ihm die Pflichten aus dem Mietvertrag entweder, weil er diesen für die Masse selber abgeschlossen oder ihn nach § 152 II ZVG übernommen hat. Ein Versäumen der Frist muss er sich dann zurechnen lassen.

Sind die Abrechnungszeiträume bereits vor der Zwangsverwaltung beendet, so muss der Zwangsverwalter dennoch für die Masse Ansprüche geltend machen. Daher obliegt ihm alles, dies zu ermöglichen. Er muss demnach auch die Frist des § 556 III 2 BGB einhalten, wenn die Abrechnung für vor der Beschlagnahme beendete Zeiträume noch nicht erstellt ist. Übersieht er dies, trifft ihn ein dahingehendes, seine Haftung auslösendes Verschulden.

Mit Beendigung der Zwangsverwaltung entfallen die Pflichten des Verwalters. Dies erfolgt jedoch nicht automatisiert, sondern bedarf auch im Falle des Zuschlags oder der Antragsrücknahme nach § 12 I ZwVwV eines gerichtlichen Beschlusses. Soweit dieser noch nicht vorliegt, muss der Zwangsverwalter sein Handeln aber bereits auf die Interessen des neuen Eigentümers oder des Schuldner abstellen<sup>81</sup>. Daraus ergibt sich, dass der Zwangsverwalter alle Maßnahmen zu treffen hat, die zur Wahrung der Rechte des Schuldners oder Erstehers notwendig sind. Im Hinblick auf die Betriebskostenabrechnung und die Einhaltung der sich aus § 556 III 2 BGB ergebenden Frist erscheint dies gleichgültig. Denn den Ersterer muss erst für den Zeitraum nach dem Jahresablauf eine Abrechnung erstellen. Der Schuldner muss seine Pflichten gegenüber dem Mieter wieder selber erfüllen. Dennoch kann eine Verpflichtung des Zwangsverwalters bestehen, die Angelegenheiten des Schuldners in diesem Zusammenhang zu beachten. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn der Schuldner selber aus nicht zu vertretenden Gründen nicht in der Lage ist, die Frist einzuhalten. Dies kann in Betracht kommen, wenn die Zwangsverwaltung zwischen Weihnachten und dem Jahreswechsel aufgehoben wird. Der Schuldner ist dann gege-

---

<sup>79</sup> Vgl. AG Dortmund, WuM 2007, 697.

<sup>80</sup> Vgl. AG Dortmund, NZM 2010, 239.

<sup>81</sup> Vgl. Drasdo, FS für Seuß III - Entwicklungstendenzen im Wohnungseigentumsrecht und im Mietrecht - , Berlin 2007, Seite 291.

benenfalls nicht mehr in der Lage innerhalb der Frist, die Abrechnung zu erstellen oder zu übersenden, wenn ihm die Unterlagen nicht oder nicht rechtzeitig vorliegen.

#### **4. Haftung des Zwangsverwalters im Falle des Versäumens der Frist des § 556 III 2 BGB**

Die Haftung des Zwangsverwalters bestimmt sich nach § 154 ZVG. Er ist für die getroffenen Maßnahmen alleine verantwortlich. Ein Verschulden des Zwangsverwalter im Rahmen der Nichterstellung der Betriebskostenabrechnung innerhalb der Frist des § 556 III 2 BGB wird immer dann vorliegen, wenn ihm dies auf Grund der Umstände möglich war. Lagen ihm die Unterlagen vor, so wird man von einem Verschulden im Rahmen der Vermutung des § 280 I BGB ausgehen können. Hat der Zwangsverwalter die Unterlagen nicht, muss er zu seiner Exculpation zumindest nachweisen, dass er sich bemüht hat, diese zu erlangen.

Ein solches Verschulden des Zwangsverwalters kann nicht nur darin liegen, dass er die Frist des § 556 III 2 BGB versäumt. Es kann auch gegeben sein, wenn er nach einer entschuldigtem Unterlassung der termingerechten Erstellung der Abrechnung nach anschließender Vorlage der Unterlagen nicht in angemessener Zeit die Abrechnung gegenüber dem Mieter vornimmt. Der BGH hat diesbezüglich in entsprechender Anwendung des § 560 II BGB eine Frist von drei Monaten für angemessen gehalten<sup>82</sup>. Diese für den Vermieter angenommene Frist wird auch für den Zwangsverwalter gelten. Dies folgt letztlich daraus, dass er nach § 152 II ZVG die Pflichten des Vermieters gegenüber dem Mieter übernimmt. Ebenso wenig wie der Vermieter ist er aber gehalten, auf die Erstellung der Abrechnungsunterlagen und deren Übersendung durch von ihm unabhängige Dritte hinzuwirken.

#### **IV. Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 BGB**

Nach § 577 BGB steht dem Mieter einer Wohnung unter bestimmten Umständen ein Vorkaufsrecht zu, wenn das Objekt, in dem diese gelegen ist in Wohnungseigentum nach der Überlassung der Mietsache an ihn umgewandelt wurde oder umgewandelt werden soll.

---

<sup>82</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 5. 7. 2006 - VIII ZR 220/05.

Aufgrund des mit der Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Kaufvertrages kann der Mieter von dem Verfügungsberechtigten nach §§ 873, 925 BGB die Auflassung verlangen. Die Auflassung bedarf der notariellen Beurkundung. Im Weigerungsfall muss der Mieter gegen den Verfügungsberechtigten Klage auf Abgabe der zur Auflassung erforderlichen Erklärungen erheben, die nach § 894 ZPO mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gelten.

Tritt der Mieter in Ausübung seines Vorkaufsrechtes in den vom Vermieter geschlossenen Kaufvertrag ein, ist das Mietobjekt aber unter Zwangsverwaltung, richtet sich der Eigentumsverschaffungsanspruch des Mieters gleichwohl gegen den Vermieter und nicht gegen den Zwangsverwalter. Ersterer ist Partei des Kaufvertrages. Der Zwangsverwalter kann nicht über das Eigentum an der Mietwohnung verfügen. Die Beschlagnahme des Grundstücks ist noch kein Eigentumswechsel und stellt auch keinen Rechtsübergang auf den Zwangsverwalter dar. Dem Mieter steht gegenüber dem Anspruch des Zwangsverwalters auf Zahlung der Miete nach § 152 II ZVG ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Eigentumsverschaffungsanspruchs nicht zu. § 577 dient dem Schutz des Mieters vor Verdrängung im Zusammenhang mit der Umwandlung. Die Vorschrift richtet sich daher gegen den Vermieter, nicht gegen den Zwangsverwalter<sup>83</sup>.

Jedoch muss der Mieter den Besitzverschaffungsanspruch, der aus der Eigentumsübertragung resultiert, gegenüber dem Zwangsverwalter geltend machen. Denn der Schuldner als Veräußerer kann wegen der Wirkung der §§ 148, 152 ZVG dem Mieter den Besitz nicht einräumen.

## **V. Ausblick**

Die Aufgaben des Zwangsverwalters sind vielfältig. Bei vermieteten Objekten gibt es zahlreiche Sonderfälle, die er zu beachten hat. Aber auch der Mieter sollte die sich aus der Anordnung der Zwangsverwaltung ergebenden Rechte des Zwangsverwalters kennen, um zu vermeiden, an diesen als nicht zutreffenden Gläubiger zu zahlen oder Forderungen nicht ausreichend geltend zu machen.

---

<sup>83</sup> so insgesamt BGH, NJW 2009, 1076 mit zust. Anm. Drasdo NJW-Spezial 2009, 225.