

*Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld**

Mieterinsolvenz**

Im Jahre 2025 nähert sich die Zahl an Insolvenzverfahren dem Rekordjahr 2009 mitten in der Finanzkrise an. Diesen Befund nimmt dieser Beitrag zum Anlass, die maßgeblichen Rechtswirkungen der Insolvenz eines Mieters zusammenzutragen. Zwei Abschnitte widmen sich Spezialthemen, nämlich unter III. Kündigung und Räumung sowie unter IV. der Insolvenzanfechtung von Mietzahlungen. Der Beitrag beginnt aber mit zwei Überblicken unter I. über das Insolvenzverfahren und unter II. über die Stellung des Vermieters als Gläubiger. Ein Abschnitt zur Entwicklung des Mietverhältnisses nach Verfahrenseröffnung rundet unter V. den Beitrag ab.

I. Überblick über Insolvenzverfahren samt Mietverhältnissen

Zunächst sollen zentrale Weichenstellungen eines Insolvenzverfahrens mit ihren Unterschieden für Mietverhältnisse beschrieben werden.

1. Rechtsnatur des Insolvenzschuldners

Zweck und Verlauf eines Insolvenzverfahrens hängen davon ab, ob der Schuldner eine natürliche Person oder ein juristisches Gebilde ist.

a) Natürliche Person

Das Insolvenzverfahren einer natürlichen Person dient nicht nur der Verwertung des Schuldnervermögens zur Befriedigung der Gläubiger, sondern verspricht dem Schuldner im Grundsatz auch Restschuldbefreiung nach drei Jahren, § 287 Abs. 2 Satz 1, § 300 Abs. 1 Satz 1 InsO. Die Insolvenzforderungen werden dann nach § 301 Abs. 1 InsO undurchsetzbar, gleich ob sie angemeldet wurden. Eine Ausnahme von der Restschuldbefreiung gilt nur für die nach § 302 InsO ausgenommenen Forderungen, namentlich solche aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung.

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

** Das Referat war Grundlage eines Arbeitskreises auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2025 am 28. März 2025 in Dortmund.

In jedem Falle geht für die natürliche Person das Leben neben dem der Haftungsverwirklichung dienenden Insolvenzverfahren weiter. Das schafft auch besondere Fragestellungen für Mietverträge:

(1) So kann die natürliche Person nach Insolvenzeröffnung einen neuen Mietvertrag abschließen. Denn mit der Insolvenzeröffnung verliert sie nur ihre Verfügungsbefugnis, § 81 InsO, aber nicht ihre Verpflichtungsfähigkeit. Es entstehen Neuverbindlichkeiten des Schuldners, die nicht im Insolvenzverfahren verfolgt werden können, daher auch nicht von der Restschuldbefreiung erfasst werden. Der Schuldner verfügt über den unpfändbaren Teil seines Einkommens oder über Unterstützungsleistungen, woraus er seine mietvertraglichen Pflichten bestreiten soll. Da der Insolvenzbeschlagn das gesamte pfändbare Vermögen des Schuldners erfasst, §§ 80, 35 f. InsO, verfügt der Schuldner aber über kein pfändbares Vermögen, auf das der (neue) Vermieter zwangsweise als Haftungsmasse zugreifen könnte.

(2) Ein altes Wohnraummietverhältnis kann auf den Schuldner auch durch Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO übergehen. Das Mietverhältnis über die Wohnung des Schuldners wird gem. § 108 InsO zwar zunächst vom Insolvenzbeschlagn erfasst. Der Insolvenzverwalter kann durch diese Enthftungserklärung die Masse von dieser Belastung aber befreien.

Die Wirkungen der Enthftungserklärung sind nicht abschließend geklärt.¹ Jedenfalls ist der Schuldner dann aber für die maßgeblichen Erklärungen, die das Mietverhältnis betreffen, wie Kündigungen oder Mieterhöhungen, zuständig.² Auch stellen die Ansprüche gegen den Schuldner auf Miete, die sich auf den Zeitraum nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung beziehen, Neuforderungen dar, wie es auch die Forderungen aus einem neuen Mietvertrag tun. Zuvor entstandene Forderungen können nach Maßgabe der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung als Insolvenzforderungen, § 108 Abs. 3 InsO, bzw. als Masseverbindlichkeiten, § 108 Abs. 1, § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO, geltend gemacht werden. Nach BGH kann der Vermieter die Zahlungsverzugskündigung aus § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3

¹ Vgl. zur umstrittenen Zuordnung der Aktivforderungen aus dem Mietverhältnis BGH v. 22.5.2014 - IX ZR 136/13 zu Ansprüchen auf Auszahlung von Betriebskostenguthaben sowie BGH v. 16.3.2017 - IX ZB 45/15; BGH v. 13.7.2017 - IX ZB 33/16 zur Kautionsrückzahlung.

² BGH v. 9.4.2014 - VIII ZR 107/13.

BGB auch auf Rückstände aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung stützen, ohne dass § 112 InsO sperrt.³

(3) Schließlich kann der Schuldner in den Mieträumen eine selbstständige Tätigkeit als Gewerbetreibender oder Freiberufler ausüben. Dann überantwortet § 35 Abs. 2 - 4 InsO dem Insolvenzverwalter die Entscheidung, ob der Schuldner diese Tätigkeit auf Rechnung der Insolvenzmasse ausübt oder ob er diese gesamte Tätigkeit freigibt. Diese Freigabe führt dann dazu, dass alle Aktiva und Passiva aus der freigegebenen selbstständigen Tätigkeit zum freien Vermögen des Schuldners zählen und seiner Verfügungsbefugnis unterliegen. Für das zu einer solchen Tätigkeit zählende Mietverhältnis ist nach Freigabe daher allein der Schuldner verwaltungszuständig.⁴ Die Forderungen gegen den Mieter sind für den Zeitraum ab Freigabe wie im Falle der Enthaltungserklärung als Neuforderungen gegen den Schuldner einzuordnen. Im Unterschied zu der sonstigen Situation verfügt der Schuldner mit dem nach § 35 Abs. 2 InsO freigegebenen Vermögen seiner selbstständigen Tätigkeit allerdings über ein spezifisches Haftungsvermögen, in das die Gläubiger vollstrecken können.⁵

Die Freigabe erfolgt durch Erklärung des Verwalters gegenüber dem Schuldner, § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO. Der Verwalter hat die Erklärung dem Insolvenzgericht anzuzeigen, das die Erklärung öffentlich bekannt zu machen hat. Einer Erklärung gegenüber dem Vermieter bedarf es also nicht.

b) Juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften

Andere Rechtsträger als natürliche Personen werden durch die Insolvenzeröffnung aufgelöst, z. B. nach § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG. Das Insolvenzverfahren dient dazu, deren Vermögen zu verteilen. Am Ende des Verfahrens wird der vermögenslose, weil liquidierte Rechtsträger aus dem Register gelöscht, so dass Vollbeendigung eintritt. Der Rechtsträger erlischt. Auf dem Weg dorthin wird das Mietverhältnis meist beendet.

Vielfach versucht der Insolvenzverwalter allerdings im Rahmen der Liquidation lebensfähige Unternehmensteile an andere Unternehmen zu veräußern, sog. übertragende Sanierung. In diesem Falle wird also nicht die Schuldnerin als Unternehmensträgerin saniert (sondern liquidiert), aber ein Unternehmensteil wird in der Hand eines neuen Unternehmensträgers

³ BGH v. 17.6.2015 – VIII ZR 19/14; kritisch *Jacoby*, ZMR 2016, 173, 179 f.

⁴ BGH v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11 Rn. 19.

⁵ Vgl. zur Zulässigkeit eines zweiten Insolvenzverfahrens BGH v. 9.6.2011 – IX ZB 175/10.

fortgeführt. Dabei kann der Mietvertrag im Wege der Vertragsübernahme nur übernommen werden, wenn der Vermieter dem zustimmt.

Ausnahmsweise gelingt im Rahmen des Insolvenzverfahrens die Sanierung des Schuldners selbst. Das geschieht meist dadurch, dass die Gläubiger in einem Insolvenzplan auf den überwiegenden Teil ihrer Forderungen verzichten, was allerdings nach § 254 Abs. 2 InsO Sicherheiten oder sonstige Rechte gegen Dritte nicht berührt. Infolge der Sanierung kann ein Mietverhältnis fortlaufen. Zumeist werden indes zwischen Vermieter- und Schuldnerseite neue Konditionen verhandelt.

2. Insolvenzverwaltung und Verfahrensalternativen

Um den einschlägigen Ansprechpartner zu bestimmen, sind folgende Verfahrensalternativen zu unterscheiden:

a) Insolvenzverwalter

Der Ansprechpartner auf Schuldnerseite ist im Regelverfahren der vom Gericht bei Verfahrenseröffnung nach §§ 27, 56 f. InsO bestellte Insolvenzverwalter. Der Insolvenzverwalter wird für das pfändbare Schuldnervermögen zuständig, das § 35 Abs. 1 InsO, ergänzt um § 36 InsO, als Insolvenzmasse definiert. Mit Insolvenzeröffnung liegt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse beim Insolvenzverwalter, § 80 InsO; er hat die Gegenstände der Insolvenzmasse in Besitz zu nehmen, § 148 InsO. Beim Insolvenzverwalter hat auch die Anmeldung der Insolvenzforderungen zu erfolgen, § 174 InsO.

Entsprechend hat ein Vermieter nach Verfahrenseröffnung wegen aller maßgeblichen Erklärungen zum Mietverhältnis, etwa einer Zahlungsverzugskündigung, den Insolvenzverwalter zu adressieren. Gerade bei Wohnraummietverhältnissen zeigt sich allerdings, dass eine erfolgreiche Herausgabeklage gegen den Verwalter davon abhängt, dass er die Mietsache tatsächlich in Besitz genommen hat. Hat der Insolvenzverwalter die Wohnung dem insolventen Mieter belassen, kann nach Beendigung des Mietverhältnisses der Vermieter Herausgabe nur vom besitzenden Mieter verlangen.⁶

Der Insolvenzverwalter unterliegt nach § 58 InsO der Aufsicht des Insolvenzgerichts, das ihn bestellt hat. Wer mit der Amtsführung eines Insolvenzverwalters nicht einverstanden ist, kann also ein Einschreiten des Gerichts dort anregen.

⁶ BGH v. 19.6.2008 – IX ZR 84/07 Rn. 14.

b) Eigenverwaltung

Ausnahmsweise kann das Gericht durch Anordnung der Eigenverwaltung dem Insolvenzschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zuweisen. Die Eigenverwaltung setzt nach § 270a InsO erhebliche Planungen auf Seiten des den Insolvenzantrag stellenden Schuldners voraus. Typischerweise zielt das Verfahren bei frühzeitiger Antragstellung auf eine Sanierung des Schuldners im Wege des Insolvenzplans, § 270d InsO.

Bei Eigenverwaltung gilt im Ausgangspunkt die Kompetenzordnung des Schuldners weiter. Es bleibt also eine zur Gesamtvertretung berufene Geschäftsführung in Kraft. Vielfach wird das Leitungsgremium dann um einen Sanierungsexperten ergänzt. § 276a InsO enthält Besonderheiten, insbesondere zu den nur eingeschränkten Kompetenzen des gesellschaftsrechtlichen Aufsichtsorgans und zur Haftung des Leitungsorgans. Vor allem aber wird an Stelle des Insolvenzverwalters ein Sachwalter bestellt, dem in erster Linie Überwachungskompetenzen zukommen, § 270f, §§ 274 ff. InsO. Der Sachwalter ist zudem für die Forderungsanmeldung, § 270f Abs. 2 Satz 2 InsO, und die Insolvenzanfechtung, § 280 Fall 2 InsO, zuständig.

c) Eröffnungsverfahren

Eine besondere Ordnung greift in dem Zeitraum vor Verfahrenseröffnung, aber nach Stellung des Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, das sog. Eröffnungsverfahren. Was hier gilt, hängt von den vom Insolvenzgericht nach §§ 22 ff. InsO zu erlassenen Sicherungsanordnungen ab.

Typischerweise bestellt das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter, § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO. Welche Befugnisse dieser hat, hängt aber von den weiteren Anordnungen des Gerichts ab. Nur wenn das Gericht dem Insolvenzschuldner ausnahmsweise ein allgemeines Veräußerungsverbot auferlegt, § 21 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 InsO, hat der vorläufige Insolvenzverwalter nach § 22 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis wie ein Insolvenzverwalter. Dann sind auch Forderungen auf Miete für die Zeit des Eröffnungsverfahrens nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO als Masseverbindlichkeit einzuordnen, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter die Mietsache nutzt.⁷

Im Regelfall bedarf es einer so einschneidenden Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots gegenüber dem Schuldner nicht. Vielmehr ist es entsprechend dem

⁷ BGH v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353, 358.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügend, dass das mildere Mittel eines bloßen Zustimmungsvorbehalts angeordnet wird, § 21 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 InsO.⁸ Dann begründet der vorläufige Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten nur in dem Umfang, in dem er dazu durch eine weitere Sicherungsanordnung, die sog. Einzelermächtigung, befugt wird.⁹

Zielt der Insolvenzantrag auf eine Eigenverwaltung, kann nach Maßgabe von §§ 270b ff. InsO bereits im Eröffnungsverfahren ein Sachwalter bestellt und so ein vorläufiges Eigenverwaltungsverfahren durchgeführt werden.

3. Verfahrensverlauf

Das Insolvenzverfahren ist ein gerichtliches Verfahren, das vor dem Insolvenzgericht als Abteilung eines Amtsgerichts durchgeführt wird. Die nach der Insolvenzordnung vorgeschriebenen Bekanntmachungen werden auf dem Portal www.insolvenzbekanntmachungen.de vorgenommen.

Das Verfahren setzt einen Antrag voraus, §§ 13 ff. InsO, zu dem Gläubiger und Schuldner bei Vorliegen eines Antragsgrundes berechtigt sind. Allgemeiner Antragsgrund ist Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO. Bei Verbänden ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter ist auch Überschuldung Eröffnungsgrund, § 19 InsO. Diese Gesellschaften können zudem bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO, einen Antrag stellen. Bei ihnen greift bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nach § 15a InsO auch eine Antragspflicht. Im Falle von Insolvenzverschleppung droht Haftung aus § 823 Abs. 2, § 826 BGB sowie § 15b InsO und Strafbarkeit nach § 15a Abs. 4 - 6 InsO. Das Insolvenzgericht entscheidet regelmäßig auf Grundlage des sog. Eröffnungsgutachtens des vorläufigen Insolvenzverwalters, der zusätzlich als Sachverständiger des Gerichts im Eröffnungsverfahren fungiert. Neben Antrag und Eröffnungsgrund erfordert die Insolvenzeröffnung nach § 26 InsO, dass die Masse voraussichtlich zur Deckung der Verfahrenskosten ausreicht.

Nach Verfahrenseröffnung zielt der Insolvenzverwalter gem. § 1 Satz 1 InsO darauf, eine möglichst große Masse zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger zu erlangen. Verfügt der Schuldner als natürliche Person über kein pfändbares Vermögen, läuft die Gläubigerbefriedigung leer. Das Verfahren kann mit Kostenstundung nach §§ 4a ff. InsO aber

⁸ BGH v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353, 364.

⁹ BGH v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353, 365.

durchgeführt werden, um eine Restschuldbefreiung zu ermöglichen, die ein zuvor durchgeführtes Insolvenzverfahren erfordert.

In Unternehmensinsolvenzen mag die Sanierung zwecks Erhalt des Unternehmens samt Arbeitsplätzen im Vordergrund stehen. Eine solche Sanierung erfolgt meist durch den bereits angesprochenen Insolvenzplan, also die Regelung des Insolvenzereignisses durch Mehrheitsentscheidung. Wird der Insolvenzplan gerichtlich bestätigt, wird das Insolvenzverfahren aufgehoben, § 258 InsO. Kommt es nicht zu einer solchen einvernehmlichen Planlösung, endet das Verfahren regulär nach Verwertung der Masse und Verteilung an die Gläubiger durch Aufhebung des Verfahrens nach § 200 InsO. Das Verfahren kann allerdings auch vorzeitig durch Einstellung beendet werden, §§ 207 ff. InsO. Die größte Gefahr besteht in unzureichender Masse. Zeigt sich entgegen der nach § 26 InsO bei Eröffnung gestellten Prognose, dass die Masse nicht einmal ausreicht, um die Kosten zu decken, ist das Verfahren sofort einzustellen, § 207 InsO. Sind die Kosten, aber nicht die vorweg aus der Masse zu befriedigenden Masseverbindlichkeiten gedeckt, hat der Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit anzuzeigen und die Masseverbindlichkeiten wie sonst Insolvenzforderungen quotale nach den Vorgaben des § 209 InsO zu befriedigen. Anschließend ist das Verfahren nach § 211 InsO einzustellen.

II. Der Vermieter als Gläubiger im Insolvenzverfahren

Im Insolvenzverfahren lassen sich unterschiedliche Arten an Rechtspositionen unterscheiden, die ein Gläubiger einnehmen kann. Im Folgenden werden diese Positionen erläutert, um dann Beispiele für die Fälle der Mieterinsolvenz zu benennen.

1. Insolvenzgläubiger

Spricht die Insolvenzordnung wie in § 1 InsO unspezifisch von Gläubigern, sind die Insolvenzgläubiger gemeint. Das sind die von § 38 InsO erfassten Gläubiger, denen ein zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung (wenn auch nicht unbedingt fälliger, aber) begründeter Vermögensanspruch zusteht.

Diese Insolvenzforderungen können im Insolvenzverfahren durch Anmeldung zur Insolvenztabelle, §§ 87, 174 ff. InsO, geltend gemacht werden. Sie werden vom Insolvenzverwalter quotale befriedigt. Im Übrigen erleiden die Insolvenzgläubiger einen Ausfall, wenn der Schuldner Restschuldbefreiung erlangt oder nach Liquidation im Verfahren gelöscht wird. Auch wenn in einem Insolvenzplan eine Regelung getroffen wird, besteht diese

regelmäßig darin, dass die Insolvenzgläubiger auf einen Großteil ihrer Forderung verzichten, was nach § 254b InsO auch die Gläubiger bindet, die sich nicht am Planverfahren durch Anmeldung beteiligt oder dem Plan widersprochen haben. Wird also in einem Insolvenzplan bestimmt, dass alle Insolvenzgläubiger nur noch 2 % ihrer Forderung geltend machen können, wird der Verzicht im Umfange von 98 % der Forderung auch für alle diejenigen wirksam, die ihre Forderung während des Insolvenzverfahrens vielleicht auch mangels Fälligkeit nicht betrieben haben.

Die Anmeldung einer Forderung zur Insolvenztabelle ist nur als Geldforderung möglich. Dafür können Forderungen nach §§ 41, 45 InsO umgerechnet oder abgezinst werden. Auch bedingte Forderungen werden im Insolvenzverfahren berücksichtigt, §§ 42, 191 InsO. Die Verteilung an die Insolvenzgläubiger erfolgt meist nur nach Verwertung des Vermögens am Ende des Verfahrens im Zuge der Schlussverteilung, § 196 InsO. Zwar erlaubt § 187 InsO nach dem allgemeinen Prüfungstermin bereits zuvor Verteilungen. Meist fehlt es dafür aber an den erforderlichen Barmitteln.

Charakteristikum der Mieterinsolvenz ist, dass der Mietvertrag vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mieters geschlossen worden ist. Über die Einordnung der Forderungen ist nicht nach § 38 InsO zu entscheiden, vielmehr enthalten §§ 103 ff. InsO für laufende Verträge spezielle Regelungen, die der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung Rechnung tragen. Innerhalb dieser Regelungen bezieht sich § 108 InsO auf die Miete unbeweglicher Gegenstände, die allein in diesem Beitrag Berücksichtigung findet. Insoweit ordnet § 108 Abs. 1 InsO zwar die Fortwirkung des Mietverhältnisses mit Wirkung für die Masse an, was im Grundsatz zur Begründung von Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO führt. Davon macht § 108 Abs. 3 InsO aber eine Ausnahme und erklärt alle diejenigen Forderungen aus dem Mietverhältnis zu Insolvenzforderungen, die sich auf den Zeitraum vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beziehen:

a) Miete

Soweit für die Zeit vor Verfahrenseröffnung Miet- oder Nebenkostenrückstände aufgelaufen sind, kann der Vermieter diese wegen § 108 Abs. 3 InsO nur als Insolvenzforderungen zur Tabelle anmelden. Eine Ausnahme kann sich allein aus § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO für den kurzen Zeitraum des Eröffnungsverfahrens ergeben, wenn ausnahmsweise ein nach § 22 InsO „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt war und dieser die Gebrauchsüberlassung für die Masse

in Anspruch nimmt.¹⁰ Für die Abgrenzung der relevanten Zeiträume ist jeweils nicht der Fälligkeitszeitpunkt für die Zahlung, §§ 556b I, 579 BGB, maßgeblich, sondern die Dauer des jeweils vor und nach Insolvenzeröffnung zu entgeltenden Nutzungszeitraums.¹¹

Entsprechend kommt es auch für abzurechnende Betriebskosten nicht darauf an, wann sie abgerechnet werden, sondern für welchen Zeitraum sie gezahlt wurden. Fällt die Verfahrenseröffnung in einen Abrechnungszeitraum, hat der Vermieter die Abrechnung der Betriebskosten für die Zeit davor und danach getrennt vorzunehmen. Mit einem Anspruch auf Nachforderung für den vor Insolvenzeröffnung liegenden Abrechnungszeitraum ist der Vermieter daher nur Insolvenzgläubiger.¹²

b) Verschlechterung der Mietsache

Diese Aufteilung auf Grundlage von § 108 Abs. 3 InsO gibt auch den Ausschlag, wenn der Vermieter Ansprüche in Bezug auf den Zustand der Mietsache geltend macht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dies Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB wegen Schädigungen der Mietsache, Ansprüche auf Vornahme von Schönheitsreparaturen oder erst mit dem Räumungsanspruch fällig werdende Ansprüche auf Rückbauten betrifft. Stets handelt es sich um eine Insolvenzforderung nach § 108 Abs. 3 InsO, wenn und soweit die anspruchsauslösende Einwirkung auf die Mietsache vor Verfahrenseröffnung stattgefunden hat.¹³ Als Verursachung durch den Insolvenzverwalter genügen allerdings nicht Handlungen, die wie die Ausübung eines Wegnahmerechts der Räumung des Grundstücks dienen.¹⁴ Lässt sich nicht feststellen, wann die Einwirkung erfolgt ist, trägt nach den allgemeinen Grundsätzen der Vermieter die Beweislast für die Voraussetzungen einer Masseverbindlichkeit, also einer Einwirkung nach Verfahrenseröffnung.¹⁵

¹⁰ Siehe oben unter I. 2. c) unter Hinweis auf BGH v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353, 358.

¹¹ BGH v. 11.3.2021 – IX ZR 152/20 Rn. 3.

¹² BGH v. 13.4.2011 – VIII ZR 295/10 Rn. 12.

¹³ BGH v. 11.4.2019 – IX ZR 79/18 Rn. 39..

¹⁴ BGH v. 17.9.2020 – IX ZR 62/19.

¹⁵ BGH v. 5.7.2001 – IX ZR 327/99, BGHZ 148, 252, 258.

2. Massegläubiger

Die Masseverbindlichkeiten sind nach § 53 InsO vorrangig zu befriedigen. Bevor überhaupt etwas an Insolvenzgläubiger ausgeschüttet werden darf, müssen also die Masseverbindlichkeiten voll befriedigt werden. Zu den Masseverbindlichkeiten zählen neben den Kosten des Verfahrens nach § 54 InsO die Verbindlichkeiten, die § 55 InsO als Masseverbindlichkeiten definiert. Von besonderer Bedeutung sind insoweit abgesehen von dem mehrfach angesprochenen § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO, der sich auf das Eröffnungsverfahren bezieht, insbesondere § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO, der die vertraglichen Ansprüche aus der Fortsetzung des Mietverhältnisses nach § 108 Abs. 1 InsO zu Masseverbindlichkeiten erklärt, sowie die allgemeine Regelung in § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, dass Verbindlichkeiten aufgrund von Handlungen des Insolvenzverwalters als Masseverbindlichkeiten anzusehen sind.

Bei den Masseverbindlichkeiten handelt sich um die eigentlichen Verbindlichkeiten (Passiva) des Sondervermögens Insolvenzmasse, dessen Zuordnungssubjekt als Rechtsinhaber zwar formal der Schuldner ist, die aber vom Insolvenzverwalter als sog. Partei kraft Amtes, vgl. §§ 19a, 116 ZPO, repräsentiert werden. Masseverbindlichkeiten können daher gegen diesen in seiner Amtsstellung als Insolvenzverwalter über das Vermögen des Schuldners eingeklagt werden. § 90 Abs. 1 InsO beschränkt die Vollstreckung in die Masse nur für bestimmte Masseverbindlichkeiten. Diese Beschränkung hat für die Miete durchaus Bedeutung, weil der Mietvertrag nach § 108 Abs. 1 InsO kraft Gesetzes fortwirkt, ohne vom Insolvenzverwalter begründet werden zu sein. Diese Beschränkung ist aber schon zeitlich nach § 90 Abs. 1 InsO begrenzt, weil sie nur für sechs Monate ab Verfahrenseröffnung Vollstreckungen ausschließt. Gegenständlich greift das Vollstreckungsverbot zudem nicht, wenn der Insolvenzverwalter die Gebrauchsüberlassung entgegennimmt, § 90 Abs. 2 Nr. 3 InsO, sowie spätestens ab der fünften Miete, weil der Insolvenzverwalter die Haftung der Masse nach § 109 Abs. 1 InsO hätte beenden können.

Das größte Risiko der Massegläubiger ist, dass der Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit anzeigt.¹⁶ Dann werden die Masseverbindlichkeiten vom Insolvenzverwalter nur noch nach der Verteilungsreihenfolge des § 209 InsO befriedigt, die Vollstreckung wird nach Maßgabe von § 210 InsO unzulässig. Angesichts der „Insolvenz der Insolvenzmasse“ werden so die alten Massegläubiger wie Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren nur noch quotaal befriedigt.

¹⁶ Vgl. bereits oben unter I. 3.

Nur die neuen Masseverbindlichkeiten können auf volle Befriedigung hoffen. Allerdings droht insoweit die neuerliche Masseunzulänglichkeit.¹⁷

Einen ergänzenden Schutz für Massegläubiger bei Masseunzulänglichkeit enthält § 61 Satz 1 InsO. Danach haftet der Insolvenzverwalter für die Erfüllung einer aus der Masse nicht zu erfüllenden Masseverbindlichkeit mit seinem eigenen Vermögen persönlich, wenn diese durch seine Handlung begründet wurde. Das gilt zwar nicht für die Masseverbindlichkeiten, die allein wegen Fortwirkung des Mietvertrags nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 108 Abs. 1 InsO entstehen. Das ändert sich aber, wenn der erste Kündigungstermin nach § 109 Abs. 1 InsO verstreicht.¹⁸ § 61 Satz 2 InsO ermöglicht dem Insolvenzverwalter allerdings einen Entlastungsbeweis. Beruht die Verbindlichkeit auf einem Rechtsgeschäft des Verwalters, muss dieser dafür eine Liquiditätsplanung vorweisen, nach der er die Verbindlichkeit berechtigter Weise zu befriedigen erwarten konnte. Im Falle des Unterlassens der Kündigung in der Unternehmensinsolvenz mag man dem Verwalter einen etwas großzügigeren Prognosespielraum in Anlehnung an § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO zubilligen.

a) Fortsetzung des laufenden Mietverhältnisses

Masseverbindlichkeiten ergeben sich für den Vermieter insbesondere aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 108 Abs. 1 InsO wegen der Fortsetzung des Mietverhältnisses.¹⁹ Das betrifft zunächst die Miete für den Zeitraum ab Insolvenzeröffnung, für Miete kann überdies § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO greifen.²⁰ Aber auch Einwirkungen auf die Mietsache nach Verfahrenseröffnung können Masseverbindlichkeiten begründen, deren Qualifikation bei vertraglichem Ursprung auf § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 108 Abs. 1 InsO, sonst bei Schadensersatzansprüchen wegen dem Insolvenzverwalter zuzurechnenden Verhaltens auf § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO beruht.

Aber auch für sonstige Vertragspflichten ist mit § 108 Abs. 1 InsO Ernst zu machen, was etwa für vertragliche Betriebspflichten, Wettbewerbsverbote und sonstige Nebenpflichten gilt, ferner – was allerdings durchaus umstritten ist – für den Anspruch auf Wiederauffüllung der Kaution. Ein solcher Anspruch steht dem Vermieter insbesondere zu, wenn er die Kaution zur Deckung von Mietrückstand verwertet hat. Diesen Wiederauffüllungsanspruch hat der

¹⁷ Vgl. BGH v. 9.10.2008 – IX ZB 129/07 Rn. 7.

¹⁸ BGH v. 9.2.2012 – IX ZR 75/11 Rn. 33.

¹⁹ Vgl. zu der komplementären Auslegung von § 108 Abs. 3 InsO oben II. 1. a)/b).

²⁰ Vgl. dazu oben II. 1. a).

Insolvenzverwalter nach dem Grundsatz von § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 108 Abs. 1 InsO als Masseverbindlichkeit zu erfüllen. Wird der Vermieter durch § 108 Abs. 1 InsO verpflichtet, das Mietverhältnis insgesamt fortzusetzen, hat das nach Maßgabe dessen zu geschehen, was die Mietvertragsparteien ursprünglich vereinbart hatten. Daher kann der Vermieter für die künftigen Masseverbindlichkeiten eine Sicherung nach Maßgabe des Vertrags verlangen. Die Sicherheit deckt allerdings nur die auf der Fortsetzung des Vertrags mit dem Insolvenzverwalter beruhenden Ansprüche, jedoch keine Insolvenzforderungen und Neuverbindlichkeiten des Schuldners, für die dieser nur mit seinem freien Vermögen haftet. Insoweit teilt der Anspruch auf Sicherung den Charakter der zu sichernden Ansprüche, wie auch die sonstige vertragliche Ausgestaltung dieser von § 108 Abs. 1, § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO zu Masseverbindlichkeiten erklärten Ansprüche für den Insolvenzverwalter des Mieters bindend ist.

b) Neuabschluss durch Insolvenzverwalter

Masseverbindlichkeiten sind nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO alle vom Insolvenzverwalter begründeten Ansprüche. Das sind also neben gesetzlichen Schadensersatzansprüchen, die auf Verhalten des Verwalters beruhen, vor allem rechtsgeschäftliche Ansprüche aufgrund von Vertragsschlüssen durch den Verwalter. Der Verwalter kann solche Pflichten nicht nur durch Abschluss neuer Verträge begründen, sondern auch durch Ergänzung von bestehenden.

3. Neugläubiger des Insolvenzschuldners

Die Neugläubiger sind nicht Gläubiger des Insolvenzverwalters mitsamt der Masse, sondern des Schuldners selbst mit seinem insolvenzfremem Vermögen. Zu solchen Ansprüchen kommt es nur bei der Insolvenz von natürlichen Personen. Entsprechend wurden oben bereits bei der Behandlung der Insolvenz natürlicher Personen die maßgeblichen Erscheinungsformen behandelt, nämlich der Neuabschluss eines Mietvertrags nach Verfahrenseröffnung durch den Schuldner, die Enthftung des Wohnraummietverhältnisses durch den Verwalter nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO sowie die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners nach § 35 Abs. 2 - 4 InsO.²¹

4. Absonderungsrecht (Sicherheiten)

Der Vermieter kann sich wegen seiner offenen Insolvenzforderungen auch aus Sicherheiten befriedigen. Keinerlei Einschränkungen unterliegt er, wenn sich diese Rechte gegen Dritte richten, § 43, § 254 Abs. 2 InsO.

²¹ Unter I. 1. a) (1) - (3).

Im Falle von Sicherheiten am Schuldnervermögen kann der Vermieter diese Rechte nach Maßgabe der Regelungen über das Absonderungsrecht durchsetzen. Insoweit beugt § 52 InsO einer Bevorzugung gesicherter Gläubiger vor. Der Insolvenzgläubiger darf seine Forderung nicht in voller Höhe anmelden und gleichzeitig abgesonderte Befriedigung geltend machen. Denn dann würde seine Insolvenzquote auf die gesamte Forderung berechnet, ohne den Erlös aus dem Absonderungsrecht zu berücksichtigen. Daher darf der Gläubiger nur mit dem Betrag an der Verteilung teilnehmen, mit dem er ausgefallen ist. Diesen Ausfall hat er dem Insolvenzverwalter nach § 190 Abs. 1 InsO innerhalb einer zweiwöchigen Ausschlussfrist nach der öffentlichen Bekanntmachung des Verteilungsverzeichnisses nachzuweisen, § 189 Abs. 1, § 188 InsO.

a) Kautio

Vermieter sind als Kautio vielfach in Besitz eines verpfändeten Sparbuchs oder eines von ihnen treuhänderisch gehaltenen Geldbetrags. Aufgrund des Pfandrechts oder der Rechte aus der Sicherungsabrede über die Barkautio ist der Vermieter dann nach § 50 Abs. 1 Fall 1 InsO bzw. § 51 Abs. 1 Nr. 1 InsO zur abgesonderten Befriedigung berechtigt.

In beiden Fällen wird das nach Zivilrecht bestehende Verwertungsrecht des Vermieters nicht durch eine insolvenzrechtliche Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters verdrängt. Daher ist der Vermieter nach § 173 Abs. 1 InsO auch im Insolvenzverfahren zur Verwertung befugt. Ist der Sicherungsfall eingetreten, kann der Vermieter die Kautio auch bei laufendem Mietverhältnis verwerten. Eine Verwertungsbefugnis besteht jedenfalls dann, wenn das Bestehen einer gesicherten Forderung unstreitig ist.²² Bei der Abrechnung kann der Vermieter nach seiner Wahl darüber entscheiden, wegen welcher Forderungen er sich aus der Mietkautio im Wege der Verrechnung befriedigt.²³

b) Vermieterpfandrecht

Aufgrund von § 562 Abs. 1, § 578 BGB steht dem Vermieter wegen offener Forderungen aus dem Mietvertrag ein Pfandrecht und somit ein Absonderungsrecht an den eingebrachten, pfändbaren Sachen des Mieters zu. Dieses Pfandrecht kann der Vermieter auch im eröffneten Verfahren als Absonderungsrecht geltend machen, § 50 Abs. 1 Fall 3 InsO. Allerdings wird in der Insolvenz gegenüber § 562 Abs. 2 BGB der Sicherungszweck des Vermieterpfandrechts

²² BGH v. 7.5.2014 – VIII ZR 234/13.

²³ Hans. OLG Hamburg v. 24.4.2008 – 4 U 152/07.

durch § 50 Abs. 2 InsO weiter begrenzt: Insbesondere kann sich der Vermieter wegen rückständiger Miete nur für die letzten zwölf Monate vor Verfahrenseröffnung auf das Pfandrecht berufen.

Da sich die als Pfandgut eingebrachten Gegenstände im Besitz des Insolvenzverwalters befinden, ist dieser nach § 166 Abs. 1 InsO zur Verwertung befugt. Vom Verwertungserlös darf der Verwalter aber nur Feststellungs- und Verwertungskosten in Höhe von im Zweifel pauschal 9 % des Erlöses, § 171 InsO, einbehalten und muss den restlichen Erlös nach § 170 Abs. 1 InsO an den Vermieter auskehren. Dabei ist der Erlös nach § 366 Abs. 2 BGB zunächst auf die älteste gesicherte Schuld anzurechnen, ohne dass dem Insolvenzverwalter ein Bestimmungsrecht zusteht.²⁴

c) Aufrechnung mit Guthaben

Schließlich ist es für den Vermieter attraktiv, mit Insolvenzforderungen, für die er nur quotale Befriedigung erwarten darf, gegen Forderungen des Insolvenzschuldners gegen ihn selbst aufzurechnen, die er sonst voll befriedigen müsste. Die Zulässigkeit einer solchen Aufrechnung ist in §§ 94 - 96 InsO geregelt. Nach § 94 InsO bleibt eine vor Verfahrenseröffnung begründete Aufrechnungslage grundsätzlich erhalten. Zudem kann nach § 95 InsO eine Aufrechnung auch erst während des Verfahrens möglich werden, wenn eine zuvor bereits begründete Forderung nunmehr fällig oder zumindest erfüllbar wird. Schließlich darf die Aufrechnungslage nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO nicht in anfechtbarer Weise begründet worden sein.

Die größte Bedeutung kommt in der Praxis der Möglichkeit des Vermieters zu, gegen ein Betriebskostenguthaben des insolventen Mieters aufzurechnen. Spiegelbildlich zur Abgrenzung im Rahmen von § 108 Abs. 1 u. 3 InsO ist hier darauf abzustellen, ob das Guthaben auf Zahlungen vor Verfahrenseröffnung oder auf solchen durch den Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung beruht. Im ersten Fall handelt es sich um ein bereits vor Verfahrenseröffnung entstandenes Guthaben, so dass § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO die Aufrechnung auch mit Insolvenzforderungen des Vermieters zulässt.²⁵ Beruht das Guthaben indessen auf Zahlungen des Insolvenzverwalters, handelt es sich um erst nach Verfahrenseröffnung entstandene Forderungen. Dann sperrt § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Aufrechnung mit Insolvenzforderungen.

²⁴ BGH v. 9.10.2014 – IX ZR 69/14 Rn. 16, 22.

²⁵ BGH v. 13.4.2011 – VIII ZR 295/10 Rn. 13.

5. Aussonderungsrecht

Das wichtigste Aussonderungsrecht ist für den Vermieter der Anspruch auf Herausgabe der Mietsache, der Bestandteil des Räumungsanspruchs aus § 546 BGB ist. Soweit der Vermieter Herausgabe und nicht Verbesserung der Mietsache verlangt, erfüllt der Anspruch die Anforderungen des § 47 Satz 1 InsO. Er macht nämlich geltend, dass die Mietsache nicht zur Insolvenzmasse gehört.

Infolge von § 47 Satz 2 InsO kann der Vermieter einen solchen Anspruch nach den allgemeinen Regelungen von BGB und ZPO geltend machen, ohne durch das Insolvenzverfahren gehindert zu sein. Den Herausgabeanspruch kann der Vermieter gegen den Insolvenzverwalter allerdings nur geltend machen, wenn dieser die Sache in Besitz genommen hat, was bei Wohnraum kaum einmal der Fall ist.²⁶

III. Kündigung des Vermieters und Anspruch auf Räumung

Der Vermieter mag das Mietverhältnis kündigen und vom Mieter Räumung verlangen wollen. Im Hinblick auf solche Ambitionen erfordert aus Sicht des Insolvenzrechts zum einen die Zulässigkeit der Kündigung vor allem angesichts der Kündigungssperre des § 112 InsO und zum anderen Inhalt und Durchsetzbarkeit des Räumungsanspruchs in der Insolvenz eine spezifische Betrachtung.

1. Erschwerung der Kündigung

§ 112 InsO schließt die Kündigung in bestimmten Fällen der Mieterinsolvenz aus. Ab Insolvenzantrag darf eine Kündigung bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht auf einen vor Antrag aufgelaufenen Zahlungsrückstand oder schlicht auf die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse gestützt werden. Einen bestimmten dadurch erfassten Kündigungsgrund nennt § 112 InsO nicht. Der Zahlungsrückstand betrifft aber die außerordentliche Zahlungsverzugskündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB, im Wohnraummietverhältnis ferner die ordentliche nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Auf die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse könnten vertragliche Lösungsklauseln abstellen, die wegen § 112 InsO aber eben wirkungslos bleiben. Denn § 119 InsO verbietet ausdrücklich Abweichungen von § 112 InsO durch Parteivereinbarung.

²⁶ Vgl. oben unter I. 2. unter Hinweis auf BGH v. 19.6.2008 – IX ZR 84/07 Rn. 14.

Die Einheitlichkeit eines Mietverhältnisses bedingt, dass ein Mietvertrag nur gegenüber allen Mietern gekündigt werden kann, wie es § 351 BGB für den Rücktritt ausdrücklich ausspricht. Daher darf der Vermieter von einem Kündigungsgrund nur dann Gebrauch machen, wenn dessen Voraussetzungen alle Mieter erfüllen. Im Falle des Zahlungsverzugs liegt dieser Kündigungsgrund wegen der gesamtschuldnerischen Verpflichtung nach § 427 BGB typischerweise allen Mietern gegenüber vor. Wird dann ein Antrag gestellt, über das Vermögen eines Mieters das Insolvenzverfahren zu eröffnen, entfällt die Möglichkeit der Kündigung im Hinblick auf diesen Mieter. Wegen des Erfordernisses der einheitlichen Kündigung wird dadurch die Kündigung insgesamt ausgeschlossen.²⁷

Ungeachtet des § 112 InsO bleiben aber folgende Kündigungsmöglichkeiten bestehen:

a) Kündigung vor Insolvenzantrag

§ 112 InsO berührt eine Kündigung nicht, die vor Insolvenzantrag durch Zugang beim Mieter wirksam geworden ist. Das gilt für die sofort zur Beendigung des Mietverhältnisses führende außerordentliche Kündigung, aber auch für eine ordentliche Kündigung, die erst nach Antrag zur Beendigung des Mietverhältnisses führt. Denn § 112 InsO verbietet die rechtsgeschäftliche Kündigungserklärung, nicht die Beendigung des Mietverhältnisses.

b) Kündigung nach Insolvenzantrag

Nach Insolvenzantrag auflaufende Rückstände können indessen eine Zahlungsverzugskündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB tragen.

Darüber hinaus kann eine Kündigung aus anderen Gründen als denjenigen zulässig sein, die § 112 InsO sperrt. Es kommt insbesondere eine sonstige verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung nach § 543 BGB in Betracht.²⁸

c) Kündigung gegenüber Insolvenzschuldner

Eine Kündigung kann auch gegenüber dem Insolvenzschuldner selbst erklärt werden, wenn dieser natürliche Person ist und das Mietverhältnis mit ihm ohne den Insolvenzbeschluss aus den oben erörterten Gründen fortgesetzt wird.²⁹

²⁷ AG Köln, Urteil vom 11. September 2009 – 205 C 158/09.

²⁸ BGH v. 9.4.2014 – VIII ZR 107/13 zur Vorlage einer „frei erfundenen“ Vorvermieterbescheinigung.

²⁹ Siehe unter I. 1. a) (1) - (3).

An der Zulässigkeit der Kündigung kann kein Zweifel bestehen, wenn wie gerade unter b) behandelt nach Antrag ein Rückstand aufgelaufen ist. Der BGH geht aber darüber hinaus. § 112 InsO schütze nur die Fortführung durch den Verwalter im Interesse der Gläubiger. Daher sperre § 112 InsO nicht mehr, wenn das Mietverhältnis auf den Schuldner zurückfalle. So hat der BGH ausdrücklich zu den Wirkungen der Enthaltungserklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO erkannt, dass der Vermieter das Mietverhältnis dann auch wegen vor Antrag aufgelaufener Rückstände kündigen könne.³⁰ Auf dieser Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist es nur konsequent, diese Möglichkeit auch auf die Freigabe einer selbstständigen Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 - 4 InsO zu erstrecken.

2. Bestandteile des Räumungsanspruchs und insolvenzrechtliche Qualifikation

Nach Beendigung des Mietverhältnisses kann der Vermieter vom Mieter Räumung der Mietsache verlangen. Insoweit gilt es, zwei Inhalte dieses Anspruchs zu unterscheiden, weil diese insolvenzrechtlich unterschiedlich zu qualifizieren sind:³¹ Zum einen geht es um die Herausgabe der bloßen Mietsache, wie es auch Inhalt des Anspruchs aus § 985 BGB ist. Danach hat der Besitzer dem Eigentümer den unmittelbaren Besitz an der Sache zu verschaffen, insbesondere den Zugang zu ermöglichen und die Wegnahme zu dulden. Zum anderen hat der Mieter aufgrund des Mietvertrags die Mietsache auch im vertraglich geschuldeten Zustand zurückzugeben.

a) Herausgabe

Der Herausgabeanspruch hat Aussonderungskraft nach § 47 InsO. Hat der Insolvenzverwalter die Mietsache in Besitz, hat er nach Beendigung des Mietverhältnisses diese an den Vermieter herauszugeben. Eine Passivlegitimation des Insolvenzverwalters scheidet indessen aus, wenn der Insolvenzschuldner selbst die Mietsache, namentlich seine Wohnung, in Besitz hat. Dann kann der Vermieter allerdings den Mieter selbst auf Herausgabe in Anspruch nehmen.³²

Ist das Mietverhältnis bei Verfahrenseröffnung beendet, etwa weil es bereits vor Antrag gekündigt wurde, kann der Herausgabeanspruch gegen den Besitzer gerichtlich verfolgt

³⁰ BGH v. 17.6.2015 – VIII ZR 19/14; kritisch *Jacoby*, ZMR 2016, 173, 179 f.

³¹ BGH v. 11.4.2019 – IX ZR 79/18 Rn. 39; BGH v. 10.12.2014 – XII ZR 136/12; BGH v. 7.7. 2010 - XII ZR 158/09.

³² BGH v. 19.6.2008 – IX ZR 84/07 Rn. 14.

werden. Die Insolvenzeröffnung steht nicht entgegen, weil § 47 Satz 2 InsO für solche Aussonderungsansprüche die Geltung der allgemeinen Regelungen anordnet.

Obacht ist allerdings beim Klageantrag geboten, der nach dem Gesagten nicht auf Räumung, sondern nur auf Herausgabe lauten darf, weil nur insoweit § 47 Satz 2 InsO die Klage legitimiert. Das ist auch in Räumungsprozessen zu beachten, die bereits vor Verfahrenseröffnung begonnen wurden. Wie alle Gerichtsverfahren, an denen der Insolvenzschuldner beteiligt ist und die sich auch auf die Insolvenzmasse beziehen,³³ werden diese nach § 240 ZPO unterbrochen. Das gilt – anders als bei Tod der Partei – auch für den anwaltlich vertretenen Insolvenzschuldner, weil das Mandat des Anwalts nach §§ 115 f. InsO ebenfalls erlischt. Wegen des auf Herausgabe gerichteten Aussonderungsanspruchs kann der Vermieter den Rechtsstreit nach § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO aufnehmen.³⁴ Also muss er mit der Aufnahme seinen Klageantrag von Räumung auf Herausgabe umstellen. Zugleich ist der Antrag gegen den Besitzer zu richten. Das ist in Unternehmensinsolvenzen meist der Insolvenzverwalter. Steht die Herausgabe der Wohnung des Schuldners in Rede, wird dieser Besitzer sein.

b) Vertragsgemäßer Zustand der Mietsache

Der Anspruch auf Überlassung im vertragsgemäßen Zustand ist grundsätzlich vertraglicher Natur. Er ist daher nach § 108 Abs. 1 u. 3 InsO zu qualifizieren.³⁵ Im Ergebnis nichts Anderes gilt, wenn der Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz beruht. Dann löst die Pflichtverletzung des Insolvenzschuldners vor Verfahrenseröffnung eine Insolvenzforderung nach § 38 InsO, das pflichtwidrige Verhalten des Insolvenzverwalters nach Verfahrenseröffnung eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO aus. Nach den allgemeinen Grundsätzen trägt der Vermieter die Beweislast für die Voraussetzungen der Masseverbindlichkeit und damit der Verschlechterung nach Verfahrenseröffnung.³⁶ Er sollte daher erwägen, ob er zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung auf eine Zustandsfeststellung drängt.

³³ BGH 10.12.2014 – XII ZR 136/12 Rn. 16 f.

³⁴ BGH 10.12.2014 – XII ZR 136/12 Rn. 18.

³⁵ Vgl. oben unter Hinweis auf BGH v. 11.4.2019 – IX ZR 79/18 Rn. 39.

³⁶ BGH v. 5.7.2001 – IX ZR 327/99 juris-Rn. 19, BGHZ 148, 252.

Die Einordnung des Anspruchs auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands als Insolvenzforderung wirkt fort, gleich wie Vertragsverhältnis und Insolvenzverfahren sich entwickeln. Beispielsweise kann der Mietvertrag einer Gewerbeimmobilie nach Insolvenzeröffnung fortgesetzt und der Mieter über einen Insolvenzplan saniert werden. Endet dann später das Mietverhältnis, gleich aus welchem Grund, kann der Vermieter vom Mieter Herausgabe der Mietsache verlangen. Für die Verschlechterung der Mietsache bis zur Insolvenzeröffnung kann der Vermieter jedoch nur die im Insolvenzplan vorgesehene Quote für seine Insolvenzforderungen beanspruchen. Diese Insolvenzforderung hätte der Vermieter schon im Verfahren unabhängig von der Beendigung des Mietverhältnisses geltend machen können, §§ 41, 45 InsO.

IV. Insolvenzanfechtung von Mietzahlungen vor Verfahrenseröffnung

Die Insolvenzfestigkeit von Mietzahlungen vor Verfahrenseröffnung hängt vornehmlich davon ab, ob diese Zahlungen nach §§ 129 ff. InsO der Insolvenzanfechtung unterliegen. Die Insolvenzanfechtung ermöglicht, bestimmte Rechtswirkungen vor Verfahrenseröffnung mittels des in § 143 InsO bestimmten Rückgewähranspruchs rückabzuwickeln. Dabei verfolgt die Insolvenzanfechtung unterschiedliche Zwecke, die in den unterschiedlichen Anfechtungsgründen zum Ausdruck kommen. So können unentgeltliche Leistungen, § 134 InsO, erkannte vorsätzliche Gläubigerbenachteiligungen, § 133 InsO, aber eben auch sog. Deckungen von Insolvenzgläubigern (Oberbegriff von Befriedigungen und Besicherungen), §§ 130 f. InsO, rückabgewickelt werden. Für Deckungen von Gesellschaftern für von ihnen bereitgestellte Finanzierungshilfen gilt überdies eine erleichterte Anfechtung, § 135 InsO.

Mit der Deckungsanfechtung soll die Besserstellung des gedeckten Gläubigers vor Verfahrenseröffnung gegenüber den sonstigen Insolvenzgläubigern ausgeglichen werden, die lediglich mit der Insolvenzquote befriedigt werden. Eigentlich fällt diese Aufgabe den Tatbeständen der Deckungsanfechtung in §§ 130 f. InsO zu. Jedoch erfassen diese beiden Tatbestände nur Rechtshandlungen, die maximal bis drei Monate vor Verfahrensantrag zurückgehen. Um eine insoweit erkannte Lücke (in zeitlicher Hinsicht) auszugleichen, hat man den Tatbestand der erkannten vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung in § 133 Abs. 1 InsO genutzt, um darüber auch Deckungen zu erfassen. Ausgangspunkt ist der Gedanke, dass auch die Bevorzugung eines von mehreren Insolvenzgläubigern zu einer Benachteiligung der anderen führt und sich daher unter den Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO fassen lässt. Eine auch rechtspolitisch intensiv geführte Diskussion über die angemessene Reichweite hat zum 5. April

2017 zu einer Ergänzung des § 133 InsO um die heutigen Absätze 2 und 3 sowie eine Neufassung des Bargeschäfts in § 142 InsO geführt. Darüber hinaus hat der BGH seine Rechtsprechung zur Anfechtung kongruenter Deckungen im Mai 2021 neu ausgerichtet und auch dadurch die Deckungsanfechtung über § 133 InsO erschwert.³⁷

Bei den Mietzahlungen handelt es sich typischerweise um kongruente Deckungen, nämlich um die Befriedigung einer fälligen Forderung in der zu beanspruchenden Weise. Inkongruent sind vorfällige Zahlungen,³⁸ aber regelmäßig auch Nachbesicherungen.³⁹ Hier soll der Fokus aber auf Mietzahlungen gerichtet werden, bei denen zwischen den laufenden Zahlungen und Zahlungen auf Rückstände zu unterscheiden ist:

1. Anfechtungssperre des Bargeschäfts

§ 142 Abs. 1 InsO sperrt die Insolvenzanfechtung im Falle des unmittelbaren Austausches gleichwertiger Leistungen. Um dem Schuldner ein Weiterwirtschaften in Sanierungsabsicht zu ermöglichen, wird dem Vertragspartner in § 142 Abs. 1 InsO ein sicherer Hafen bereitet, wann er eine Anfechtung nicht fürchten muss.

a) Tatbestand des Bargeschäfts

Ein solcher von § 142 Abs. 1 InsO geforderter Leistungsaustausch liegt vor, wenn der Mieter für die Gebrauchsüberlassung die fällige Miete entrichtet. Leichte Verzögerungen schließen den unmittelbaren Austausch nicht aus. Es schaden aber Stundungen. Nach einer Faustregel ist ein Leistungsaustausch nicht mehr unmittelbar, wenn die 30-Tage-Frist des § 286 Abs. 3 BGB überschritten ist. Bei der Miete könnte man strenger sein, höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt.

Grundsätzlich verlangt § 142 Abs. 1 InsO eine vertragliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, was für die Miete gegeben ist. Es fehlt aber für die Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB. Ungeachtet dessen hat der BGH für diesen an den gekündigten Vertrag anknüpfenden Leistungsaustausch trotz der gesetzlichen Grundlage § 142 InsO angewendet.⁴⁰

³⁷ BGH v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20.

³⁸ BGH v. 14.11.2024 – IX ZR 13/24.

³⁹ BGH v. 18.1.2024 – IX ZR 6/22 Rn. 14.

⁴⁰ BGH v. 17.10.2024 - IX ZR 244/22 Rn. 27, 29.

Die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung wird typischerweise durch die Abrede der Parteien getragen. Insoweit lässt sich vermuten, dass die Parteien zum Marktpreis kontrahieren. Vorsicht ist bei Manipulationen geboten. So sollten Rückstand und laufende Zahlungen nicht vermischt werden. Wird beispielsweise eine Mieterhöhung vereinbart, um einem aufgelaufenen Rückstand im Rahmen des laufenden Mietverhältnisses gerecht zu werden, weckt das Zweifel an der Gleichwertigkeit. Denn die Miete soll dann nicht nur die Gebrauchsüberlassung entgelten, sondern auch den Rückstand. Fehlt es an der Gleichwertigkeit, kann die Insolvenzanfechtung vollumfänglich greifen, weil der Ausnahmetatbestand nicht erfüllt ist.

b) Reichweite der Anfechtungssperre

Auf Rechtsfolgenseite schließt § 142 Abs. 1 InsO nicht jede Insolvenzanfechtung aus. Die Bestimmung verlangt aber seit dem 5. April 2017 nicht nur die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung, sondern auch unlauteres Verhalten des Schuldners, um das der Gläubiger weiß.

Diese Neufassung des Bargeschäftstatbestands im Jahre 2017 war gerade Reaktion auf die weitere Interpretation des § 133 InsO durch den BGH. Danach war die Vorsatzanfechtung auch eines Leistungsaustausches möglich, wenn der Schuldner bekanntermaßen fortlaufend Verluste erwirtschaftete. Davon hat sich der BGH unter der neuen Regelung ausdrücklich distanziert.⁴¹ Vielmehr verlangt der BGH für Unlauterkeit, dass die Abwicklung des Bargeschäfts in den Hintergrund rückt, weil der Schuldner primär durch sein Verhalten seine Gläubiger gezielt schädigen möchte. Schulbeispiel ist die Versilberung von Vermögensgegenständen, um das Vermögen dann leichter dem Zugriff der Gläubiger entziehen zu können.

Diese zu Recht hohen Anforderungen an die Unlauterkeit führen dazu, dass bei laufender Mietzahlung die Insolvenzanfechtung wegen § 142 Abs. 1 InsO ausscheidet.

2. Deckungsanfechtung

Die Deckungsanfechtung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO kann damit nur zur Anfechtung von Zahlungen auf rückständige Miete führen. In zeitlicher Hinsicht verlangt § 130 InsO, dass die Zahlungen nicht mehr als drei Monate vor Verfahrensantrag erfolgt sind. Darüber hinaus muss der Mieter als (künftiger) Insolvenzschuldner bereits zu diesem Zeitpunkt zahlungsunfähig gewesen sein. Schließlich muss der Vermieter als Anfechtungsgegner davon Kenntnis haben.

⁴¹ BGH v. 5.12.2024 – IX ZR 122/23 Rn. 23 ff., 31 ff.

3. Vorsatzanfechtung

Die Vorsatzanfechtung ermöglicht nach § 133 Abs. 2 InsO die Anfechtung von Deckungen in zeitlicher Hinsicht bis zu vier Jahre vor Insolvenzantrag und greift damit deutlich über die Dreimonatsfrist von §§ 130 f. InsO hinaus. Daher stellt der BGH inzwischen mit seiner Neuausrichtung der Rechtsprechung zur Anfechtung von kongruenten Deckungen nach § 133 InsO höhere Anforderungen an die Feststellung der subjektiven Voraussetzungen dieser Bestimmung. Es dürfe nicht vorschnell allein aus der Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auf den Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden. Das verlange der erforderliche Abstand zu § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO, der im Dreimonatszeitraum allein an die Zahlungsunfähigkeit anknüpft. Überdies gelte die an die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit anknüpfende Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 InsO nur für die Kenntnis des Anfechtungsgegners, nicht aber für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners.

a) Indizien für den Benachteiligungsvorsatz

Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für die Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes. Andere Eröffnungsgründe wie drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung genügen grundsätzlich nicht.⁴²

Aber allein aus der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit darf nach der neueren Rechtsprechung des BGH nicht auf den Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden. Zusätzlich zur aktuellen Zahlungsunfähigkeit darf im Wege der sog. Zukunftsprognose keine begründete Aussicht bestanden haben, dass der Schuldner seine übrigen Gläubiger zukünftig vollständig wird befriedigen können. Das macht der BGH vom Umfang der die Zahlungsunfähigkeit begründenden Deckungslücke abhängig.⁴³ Es kommt darauf an, ob diese Lücke so groß war, dass eine Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit nicht zu erwarten war. Eine günstige Zukunftsprognose kann sich auch aus einem Sanierungsversuch ergeben, der dann ebenfalls die Feststellung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes ausschließen kann.⁴⁴

b) Kenntnis des Anfechtungsgegners

Zur Feststellung der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz lässt sich auf die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 InsO zurückgreifen. Diese

⁴² BGH v. 7.12.2023 – IX ZR 36/22 Rn. 42 ff.; BGH v. 3.3.2022 – IX ZR 78/20; BGH v. 3.3.2022 – IX ZR 53/19.

⁴³ BGH v. 17.10.2024 - IX ZR 244/22 Rn. 21; BGH v. 18.4.2024 – IX ZR 239/22 Rn. 21 ff.

⁴⁴ BGH v. 3.3.2022 – IX ZR 78/20.

Vermutung knüpft an die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit und der Gläubigerbenachteiligung an. Im Falle der Zahlungsunfähigkeit ist aber auf die Gläubigerbenachteiligung einer Zahlung zu schließen, wenn der Schuldner weitere Gläubiger hat, wovon bei unternehmerisch tätigen Schuldner auszugehen ist.⁴⁵ Daher verengt sich die Prüfung auf die Feststellung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung.

Zur Feststellung dieser Kenntnis hat der BGH die Anforderungen im Rahmen seiner Neuausrichtung der Rechtsprechung ebenfalls deutlich erhöht.⁴⁶ Bloß schleppendes Zahlungsverhalten genüge dafür grundsätzlich nicht.⁴⁷ Typisches Indiz sei vielmehr, dass der Schuldner selbst erklärt, nicht in der Lage zu sein, seine Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.⁴⁸ So wird es insbesondere liegen, wenn der Schuldner unter Hinweis auf seine Zahlungsunfähigkeit um den Abschluss eines Sanierungsvergleichs bittet. Dann scheint der nachgiebige Gläubiger zwar durch § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO geschützt zu werden. Die dort geregelte Privilegierung hat der BGH aber eng ausgelegt. Der Insolvenzverwalter kann sich zum Nachweis der Gläubigerkenntnis auf alle Umstände berufen, die nicht in der Gewährung der Zahlungserleichterung selbst oder der darauf gerichteten Bitte des Schuldners liegen.⁴⁹ Zu solchen Umständen zählt also gerade das Eingeständnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit.

Im Falle der erkannten Zahlungsunfähigkeit stehen dem Anfechtungsgegner zwei Verteidigungswege offen. Erstens mag er darlegen, dass der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit überwunden hat. Dafür genügt es allerdings nach BGH nicht, wenn der Gläubiger nur das Zahlungsverhalten des Schuldners gegenüber ihm selbst kennt. Eine Überwindung der Zahlungsunfähigkeit setze eine Wiederaufnahme der Zahlungen im Allgemeinen voraus.⁵⁰ Wenn der Anfechtungsgegner dazu keine Kenntnis hat, treffe den Insolvenzverwalter allerdings eine sekundäre Darlegungslast.⁵¹ Der andere Weg besteht darin,

⁴⁵ BGH v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20 Rn. 51.

⁴⁶ BGH v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20 Rn. 41 f.

⁴⁷ BGH v. 28.4.2022 – IX ZR 48/21; BGH v. 10.2.2022 – IX ZR 148/19.

⁴⁸ BGH v. 18.4.2024 – IX ZR 239/22 Rn. 29.

⁴⁹ BGH v. 7.5.2020 – IX ZR 18/19 Rn. 18.

⁵⁰ BGH v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20 Rn. 43.

⁵¹ BGH v. 10.2.2022 – IX ZR 148/19 Rn. 19.

dass der Anfechtungsgegner die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO entkräftet. Der dafür erforderliche Beweis des Gegenteils setzt voraus, dass der Anfechtungsgegner erwarten durfte, der Schuldner werde seine Gläubiger vollständig befriedigen. Für diese Überzeugung des Tatrichters verlangt der BGH eine hinreichend verlässliche Beurteilungsgrundlage.⁵²

4. Auswirkungen

Unter dem Strich lassen sich daher drei Sachlagen unterscheiden: Erstens ist die Zahlung der laufenden Miete wegen § 142 Abs. 1 InsO nicht anfechtbar. Zweitens genügt eine schleppende und verzögerte Zahlungsweise allein grundsätzlich nicht, um die für § 133 Abs. 1 InsO erforderliche Kenntnis des Vermieters von der Zahlungsunfähigkeit und daher vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz zu begründen. Ein Indiz für diese Kenntnis stellt aber das Eingeständnis des Schuldners von seiner Zahlungsunfähigkeit dar. In einem solchen Fall bedarf es besonderer Umstände, warum der Gläubiger von einer Überwindung der Zahlungsunfähigkeit ausgehen durfte.

V. Entwicklung des Mietverhältnisses nach Verfahrenseröffnung

Abschließend sollen die bisherigen Überlegungen zusammengefasst und ergänzt werden durch eine Betrachtung der Entwicklung des Mietverhältnisses nach Verfahrenseröffnung. Dafür soll ausgehend von der Kündigungsregelung des § 109 Abs. 1 InsO sowie der Freigabemöglichkeit des § 35 Abs. 2 InsO nach der Verfassung des Schuldners unterschieden werden.⁵³

1. Unternehmensinsolvenz

In der Unternehmensinsolvenz wirkt der Mietvertrag ab Verfahrenseröffnung wegen § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, § 108 Abs. 1 InsO zulasten und zugunsten der Masse.⁵⁴

a) Kündigung nach § 109 Abs. 1 InsO

Allerdings hat der Insolvenzverwalter die Möglichkeit, sich gem. § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO durch Kündigung auch von langfristigen Mietverträgen zu lösen. Es gilt dann nach § 109 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 InsO eine Kündigungsfrist von drei Monaten. Wird das Insolvenzverfahren wie häufig zum ersten Tag eines Monats eröffnet, kann der Insolvenzverwalter frühestens nach

⁵² BGH v. 26.10.2023 - IX ZR 112/22.

⁵³ Oben unter I. 1. a) (1) - (3).

⁵⁴ Oben unter II. 2. a).

Ablauf des vierten Monats kündigen, weil die insolvenzrechtliche Dreimonatsfrist die Karenztage des zivilen Mietrechts nicht vorsieht. Der Insolvenzverwalter kann aber auch zu jedem späteren Zeitpunkt von dieser Kündigungsmöglichkeit Gebrauch machen. In der Wahl des Zeitpunkts ist er frei.

Als Ausgleich für den Verlust eines möglicherweise langfristigen Mietverhältnisses verweist § 109 Abs. 1 Satz 3 den Vermieter auf eine Insolvenzforderung. Er kann seine Einbuße wegen der vorzeitigen Beendigung also zur Insolvenztabelle anmelden. Wie sonst auch bleiben Sicherheiten gegen Dritte bestehen. Allerdings soll nach Auffassung des BGH bei mehreren Mietern eine Kündigung nach § 109 Abs. 1 InsO auch die solvente Vertragspartei von der vertraglichen Pflicht befreien.⁵⁵

b) Alternativen

Alternativ wird der Insolvenzverwalter regelmäßig angesichts der bestehenden Kündigungsmöglichkeit über eine Fortsetzung des Mietverhältnisses zu angepassten Konditionen verhandeln. Es mag so zum Wechsel des Mieters kommen, wenn der Insolvenzverwalter den Insolvenzschuldner im Wege einer sog. übertragenden Sanierung liquidieren will.⁵⁶ Im Falle der Sanierung des Schuldners durch einen Insolvenzplan können auch neue Konditionen für den Vertrag vereinbart werden.⁵⁷ Werden solche vertraglichen Regelungen getroffen, sollte man darin bestimmen, inwieweit ein Kündigungsrecht der Mieterseite aus § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO fortbesteht.

2. Insolventer Wohnraummieter

Im Falle des insolventen Wohnraummieters bleibt dem Insolvenzverwalter kaum eine andere Möglichkeit, als möglichst schnell die Enthftungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abzugeben, um so das Mietverhältnis auf den Schuldner selbst mit seinem freien Vermögen überzuleiten.⁵⁸ Auch diese Erklärung wirkt erst nach Ablauf der Kündigungsfrist. Allerdings greift beim Wohnraummietverhältnis, wenn dies wie üblich nach § 542 Abs. 1 BGB der ordentlichen Kündigung unterliegt, die kürzere Frist des § 573c Abs. 1 Satz 1 BGB. Also

⁵⁵ BGH v.13.3.2013 - XII ZR 34/12; kritisch *Jacoby*, *Jaeger*, *InsO*, 2. Aufl. 2022, § 109 Rn. 42.

⁵⁶ Oben I. 1. b).

⁵⁷ Oben I. 1.b) / 2.b) / 3.

⁵⁸ Oben unter 1. a) (2).

kommt der Insolvenzverwalter im Vergleich zur Dreimonatsfrist des § 109 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BGB hier in den Genuss der Karenztage.

3. Insolvenz des selbstständig Tätigen

In der Insolvenz eines selbstständig Tätigen entscheidet sich der vorsichtige Insolvenzverwalter regelmäßig zur Freigabe nach § 35 Abs. 2 - 4 InsO.⁵⁹ Diese gegenüber dem Schuldner abzugebende Erklärung entlastet wie dargestellt ebenfalls die Masse. Ungeachtet dessen kann der Insolvenzverwalter aber auch den Weg über § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO gehen, um den Mietvertrag zu beenden. Eine vor der Freigabe erklärte Kündigung bleibt in Kraft, so dass das Mietverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist endet. Zur Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem Schuldner bedarf es dann eines neuen Vertragsschlusses.

⁵⁹ Oben unter 1. a) (3).