

Gewerbemiete Und Teileigentum

Claudia R. Cymutta

Miete und Insolvenz

9-10/09

9. Jahrgang

Beilage 50a zu Heft 50

September / Oktober 2009

Erscheinungsort Bonn



Prewest

Miete und Insolvenz

von

Dr. Claudia R. Cymutta

Rechtsanwältin in Mannheim

1. Auflage 2009

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH · Bonn

Inhaltsverzeichnis

I. Überblick über das Insolvenzverfahren	7
1. Arten von Insolvenzverfahren	7
2. Beteiligte am Insolvenzverfahren und ihre Rollen	9
3. Eckpunkte des Insolvenzverfahrens	13
a) Das Eröffnungsverfahren	13
b) Das eröffnete Insolvenzverfahren	16
aa) Rechtswirkungen der Insolvenzeröffnung	16
bb) Masseverbindlichkeiten und Masseunzulänglichkeit	17
cc) Verfahrensablauf nach Insolvenzeröffnung	18
dd) Forderungsanmeldung und Feststellungsklage	19
ee) Wohlverhaltensphase und Restschuldbefreiung	22
II. Insolvenz des Mieters	23
1. Der Mietvertrag im Eröffnungsverfahren	23
a) Sicherungsmaßnahmen, insbesondere § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO	23
b) Fortbestehen des Mietvertrags	24
c) Mietzinsansprüche im vorläufigen Insolvenzverfahren	25
aa) Mietzahlung durch den vorläufigen starken Insolvenzverwalter	25
bb) Mietzahlung durch den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter	26
cc) Lastschriftwiderruf des vorläufigen Insolvenzverwalters	27
d) Kündigungsmöglichkeiten im Eröffnungsverfahren	30
aa) Gesetzliche Kündigungsrechte/Kündigungssperre	30
bb) Vertragliche Kündigungsmöglichkeiten	34
2. Der Mietvertrag über Räume und unbewegliche Sachen im eröffneten Insolvenzverfahren	34
3. Kündigungsmöglichkeiten für Vermieter und Insolvenzverwalter	36
a) Kündigungsmöglichkeit des Vermieters	36
b) Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters	37
aa) Schadensersatzanspruch des Vermieters	38
bb) Das Sonderkündigungsrecht bei Masseunzulänglichkeit	38
c) Das Rücktrittsrecht des § 109 Abs. 2 S. 1 InsO	39
d) Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners	40
4. Gegenseitige Ansprüche nach der Kündigung	42
a) Herausgabeanspruch des Vermieters	42
b) Räumungsanspruch des Vermieters	42
c) Schönheitsreparaturen	44
d) Nutzungsentschädigung	45
aa) Mietvertragsende nach Insolvenzeröffnung	45
bb) Mietvertragsende vor Insolvenzeröffnung	46
e) Mietkaution, Betriebskostenguthaben	48

5. Vermieterpfandrecht	49
a) Gegenstand des Vermieterpfandrechts	49
b) Umfang des Vermieterpfandrechts	51
c) Geltendmachung des Vermieterpfandrechts	52
d) Kollision mit Sicherungsübereignungen	53
6. Haftung des Insolvenzverwalters	54
a) Der Vermieter als Massegläubiger	54
b) Der Vermieter als Aussonderungsgläubiger	55
c) Der Vermieter als Absonderungsgläubiger	56
7. Besonderheiten des Wohnraummietverhältnisses	57
a) Enthaltungserklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO	58
b) Kündigung des Vermieters, Kündigungssperre, Lastschriftwiderruf	59
c) Herausgabe und Räumung der Schuldnerwohnung	61
d) Mietkaution	62
e) Besonderheiten bei Wohnungsgenossenschaften	63
8. Besonderheiten bei Pacht- und Landpachtverträgen	65
a) Insolvenz des Pächters/Landpächters	65
b) Insolvenz des (Land-)Verpächters	68
9. Mietverhältnisse über bewegliche Gegenstände	68
a) Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters	68
b) Rechtsfolgen bei Erfüllungswahl	70
c) Rechtsfolgen bei Erfüllungsablehnung	71
III. Insolvenz des Vermieters	73
1. Fortbestand des Mietvertrags	73
2. Leistungspflichten des Mieters	74
3. Leistungspflichten des Insolvenzverwalters	75
4. Abwicklung des Mietverhältnisses	76
a) Kündigungsrechte	76
b) Mietkaution	76
5. Aufrechnungsmöglichkeiten des Mieters	78
6. Vorausverfügungen über die Miete	79
7. Verkauf des Mietobjekts durch den Insolvenzverwalter	80
IV. Insolvenz des gewerblichen Zwischenmieters	83
V. Anhang: Zur Insolvenz des Wohnungseigentümers	85
1. Stellung des Insolvenzverwalters in der Wohnungseigentümergeinschaft	85
2. Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft gegen den Insolvenzverwalter	86
Stichwortverzeichnis	89
Literaturverzeichnis	95

Liegen sämtliche Eröffnungsvoraussetzungen vor, eröffnet das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren und setzt einen Insolvenzverwalter ein (§ 27 InsO). Der Eröffnungsbeschluss ist öffentlich bekannt zu machen und in das Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts-, Vereinsregister oder das Grundbuch einzutragen (§§ 31 ff. InsO).

Sind die Kosten des Insolvenzverfahrens nicht gedeckt, so wird der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen (§ 26 InsO), es sei denn, es wird vom Antragsteller ein Massekostenvorschuss geleistet. Bei natürlichen Personen unterbleibt eine Abweisung mangels Masse, wenn dem Schuldner die Kosten des Verfahrens gestundet werden (§ 26 Abs. 1 S. 2 InsO i. V. m. § 4a InsO). Bei der Abweisung mangels Masse sind die Sicherungsmaßnahmen nach § 25 InsO aufzuheben, so dass eine Vollstreckung in das Schuldnervermögen erneut möglich ist. Ob pfändbare Gegenstände vorhanden sind, kann sich aus dem Sachverständigengutachten bzw. Bericht des vorläufigen Insolvenzverwalters ergeben. Bei Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit ohne eine unbeschränkt haftende natürliche Person als Gesellschafter führt die rechtskräftige Abweisung mangels Masse nach den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur Auflösung der Gesellschaft.

b) Das eröffnete Insolvenzverfahren

aa) Rechtswirkungen der Insolvenzeröffnung

Mit Unterzeichnung des Eröffnungsbeschlusses durch den Insolvenzrichter¹¹ geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Der Eröffnungsbeschluss ist sowohl die Grundlage der Beschlagnahme als auch zusätzlich ein Herausgabetitel gegenüber dem Schuldner (§ 148 InsO).

Weitere Rechtswirkungen des Eröffnungsbeschlusses sind insbesondere:

- Verfügungen des Schuldners über Gegenstände der Insolvenzmasse sind unwirksam (§ 81 Abs. 1 S. 1 InsO);
- befreiende Leistungen an den Schuldner sind grundsätzlich nicht mehr möglich (§ 82 InsO);
- Aktiv- und Passivprozesse des Schuldners werden unterbrochen (§ 240 ZPO)¹²;

11) Einer Zustellung bedarf es zur Wirksamkeit des Beschlusses nicht, er muss aber nach außen kundgetan werden, z. B. indem das Gericht telefonisch einem Verfahrensbeteiligten die Eröffnung mitteilt. Sobald der Beschluss keine gerichtsinterne Angelegenheit mehr ist, treten seine Rechtswirkungen rückwirkend mit dem im Beschluss genannten Zeitpunkt (§ 27 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 InsO) ein; Heidelberger Kommentar/Kirchhof, § 27 Rn. 28.

12) Vgl. u.a. BGH 17.12.2008, XII ZB 125/06, GuT 2009, S. 209, 212. Unterbrochen wird auch ein Räumungsrechtsstreit bzgl. der Mietwohnung des Schuldners, Pape, ZInsO 2007, S. 173, 186. Nicht unterbrochen wird aber ein Beschlussanfechtungsverfahren bei Insolvenz des anfechtenden Wohnungseigentümers, KG Berlin 27.4.2005, 24 W 26/04, ZMR 2005, S. 647 = GuT 2005, S. 186; vgl. auch OLG Düsseldorf 15.01.2008, I-2 Wx 119/07, ZMR 2008, S. 397. Zur Klageerhebung nach Insolvenzeröffnung und zur Unterbrechung, insbesondere im Mietprozess, vgl. Flatow, S. 65 ff.

- Zwangsvollstreckungen einzelner Gläubiger sind unzulässig (§ 89 InsO), Vollstreckungen im letzten Monat vor dem Eröffnungsantrag sind aufgrund der Rückschlagsperre unwirksam (§ 88 InsO);
- besondere Regeln gelten für die Abwicklung von laufenden Geschäften (§§ 103 ff., 108 ff. InsO).

Die Rechtswirkungen erfassen das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen des Schuldners, d. h. das gesamte pfändbare Vermögen, das dem Schuldner bei Insolvenzeröffnung gehört und den sog. Neuerwerb, also das Vermögen, das er während des Verfahrens erlangt (§ 35 InsO). Die Erfassung des Neuerwerbs (z. B. Lohn- und Gehaltszahlungen) ist besonders für Neugläubiger bedeutsam, die somit hierin nicht vollstrecken können. Nicht zur Insolvenzmasse gehören Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen (§ 36 InsO i. V. m. §§ 811 ff., 850 ff., 851 ZPO).

Eine Vollstreckung in den nach § 850f Abs. 2 ZPO pfändbaren Betrag, der nicht zur Insolvenzmasse gehört, ist für Insolvenzgläubiger während des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen, da das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO auch insofern gilt. § 89 Abs. 2 S. 2 InsO gewährt eine Ausnahme vom Vollstreckungsverbot nur für Neugläubiger von Unterhalts- und Deliktsansprüchen¹³.

Zur Insolvenzmasse gehören auch Vermögenswerte, die der Insolvenzverwalter durch die Geltendmachung von Ansprüchen des Schuldners oder von speziellen insolvenzrechtlichen Ansprüchen erlangt. Hier sind insbesondere Ansprüche aus Gesellschafterhaftung (§ 93 InsO), eigenkapitaleretzenden Gesellschafterleistungen (§ 135 InsO) und Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) zu nennen. Zur Insolvenzmasse gehören auch Absonderungsrechte bzw. der aus ihrer Verwertung resultierende Erlös, da der Absonderungsgläubiger lediglich ein Recht auf vorrangige Befriedigung aus dem Verwertungserlös in Höhe der gesicherten Forderung hat. Ein Überschuss sowie ein Kostenbeitrag für Feststellung des Absonderungsrechts und Verwertung stehen der Insolvenzmasse zu (§§ 170, 171 InsO). Dagegen sind mit Aussonderungsrechten belastete Gegenstände nicht Teil der Insolvenzmasse.

bb) Masseverbindlichkeiten und Masseunzulänglichkeit

Mit Insolvenzeröffnung kann der Insolvenzverwalter durch seine Handlungen Masseverbindlichkeiten begründen, die neben den Verfahrenskosten vorab aus der Masse zu befriedigen sind (§§ 53 ff. InsO). Reicht die Insolvenzmasse voraussichtlich zwar zur Deckung der Verfahrenskosten, nicht jedoch zur Befriedigung der sonstigen fälligen Masseverbindlichkeiten, zeigt der Insolvenzverwalter zur Vermeidung der Haftung nach

¹³) BGH 15.11.2007, IX ZB 4/06, ZInsO 2008, S. 39, 40.

§ 61 InsO Masseunzulänglichkeit gegenüber dem Insolvenzgericht an (§ 208 Abs. 1 InsO). Es handelt sich dabei faktisch um eine Insolvenz in der Insolvenz. Nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit erfolgt die Befriedigung der Massegläubiger nach einem in § 209 InsO bestimmten Verteilungsschlüssel. Zunächst werden die Kosten des Verfahrens bedient, danach die Masseverbindlichkeiten, die nach der Masseunzulänglichkeitsanzeige begründet wurden (sog. Neumasseverbindlichkeiten). Sind nach der Befriedigung dieser Rangklassen noch Mittel vorhanden, werden die übrigen Masseverbindlichkeiten (sog. Altmasseverbindlichkeiten) – in der Regel nur noch quotall – befriedigt¹⁴. Die Insolvenzgläubiger fallen bei Masseunzulänglichkeit regelmäßig mit ihrer Forderung aus. Zu beachten ist, dass nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit für Altmassegläubiger ein Vollstreckungsverbot gilt (§ 210 InsO).

cc) Verfahrensablauf nach Insolvenzeröffnung

Der Insolvenzverwalter hat nach Insolvenzeröffnung die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu ermitteln und den Gläubigern in der ersten Gläubigerversammlung, dem Berichtstermin (§ 156 f. InsO), darüber zu berichten. Die Gläubigerversammlung entscheidet dann darüber, ob das schuldnerische Unternehmen stillgelegt oder fortgeführt wird (§ 157 S. 1 InsO), ob sonstigen besonders bedeutsamen Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters (z. B. die Veräußerung des Unternehmens oder von Grundstücken, § 160 InsO) zugestimmt wird, ob der Insolvenzverwalter mit der Ausarbeitung eines Insolvenzplans beauftragt wird (§ 157 S. 2 InsO) und ob ein Gläubigerausschuss eingesetzt wird (§ 68 InsO). Ferner kann die Gläubigerversammlung einen anderen Insolvenzverwalter wählen (§ 57 InsO). Nach dem Berichtstermin hat der Insolvenzverwalter das schuldnerische Vermögen unverzüglich im Rahmen der von der Gläubigerversammlung gefassten Beschlüsse zu verwerten (§ 159 InsO). Im Prüfungstermin (§ 176 InsO), der oft unmittelbar auf den Berichtstermin folgt, werden die Forderungen der Gläubiger geprüft, die zuvor beim Insolvenzverwalter zur Insolvenztabelle angemeldet wurden (§ 174 Abs. 1 S. 1 InsO).

Nach Verwertung der Insolvenzmasse – mit Ausnahme des laufenden Schuldner Einkommens – hat der Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Insolvenzgerichts die quotale Schlussverteilung an die Gläubiger vorzunehmen (§ 196 Abs. 1 InsO). Vor der Schlussverteilung werden die Verfahrenskosten und sonstigen Masseverbindlichkeiten beglichen (§ 53 InsO).

Ist die Schlussverteilung vollzogen, beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 200 Abs. 1 InsO). Nach der Aufhebung können die Insolvenzgläubiger die restliche Forderung unbeschränkt gegenüber dem Schuldner geltend

14) Zur Einteilung der Vermieteransprüche bei Mieterinsolvenz unten II. 3. b) bb).

machen und aus der Eintragung einer unbestrittenen Forderung in der Insolvenztabelle wie aus einem vollstreckbaren Titel die Zwangsvollstreckung betreiben (§ 201 InsO). Zu beachten ist aber, dass die Forderungen nicht geltend gemacht werden können, wenn ein Schuldner am Restschuldbefreiungsverfahren teilnimmt (§§ 201 Abs. 3, 286 ff. InsO).

dd) Forderungsanmeldung und Feststellungsklage

Im eröffneten Insolvenzverfahren können Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) nur durch Anmeldung zur Insolvenztabelle beim Insolvenzverwalter gemäß §§ 87, 174 ff. InsO geltend gemacht werden¹⁵. Bei der vom Insolvenzgericht gesetzten Anmeldefrist handelt es sich nicht um eine Ausschlussfrist, d.h. Insolvenzforderungen können jederzeit während des laufenden Verfahrens (gegen Tragung der Kosten für einen nachträglichen Prüfungstermin) angemeldet werden. Die Forderungsanmeldung hemmt gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB die Verjährung der Forderung. Nachrangige Forderungen (§ 39 InsO) sind nur anzumelden, wenn das Insolvenzgericht es ausdrücklich anordnet (§ 179 Abs. 3 InsO).

In der Forderungsanmeldung ist die Forderung schriftlich nach Grund und Betrag anzugeben; bei Anmeldung einer Forderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung sind auch die dieser Einschätzung zugrunde liegenden Tatsachen mitzuteilen (§ 174 Abs. 2 InsO). Bei der Anmeldung sollen die Unterlagen, aus denen sich die Forderung ergibt, in Kopie beigelegt werden (§ 174 Abs. 1 S. 2 InsO). Nicht erforderlich ist die Vorlage eines Titels im Original, auch im späteren Klageverfahren nach § 180 InsO¹⁶.

Der Rechtsgrund der unerlaubten Handlung kann auch nachträglich und isoliert zur Insolvenztabelle angemeldet werden¹⁷. Die Anmeldung einer Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung unter Nennung des Rechtsgrundes ist für den Gläubiger deshalb von Bedeutung, da eine solchermaßen angemeldete Forderung gemäß § 302 Nr. 1 InsO nicht von der Restschuldbefreiung erfasst wird¹⁸. Eine nur fahrlässige Begehung der unerlaubten Handlung reicht allerdings für die Rechtswirkung des § 302 Nr. 1 InsO nicht aus. In der Insolvenz eines Mieters ist eine unerlaubte Handlung z. B. möglich, wenn der Mieter in der Mieter selbstauskunft über zulässig abgefragte wirtschaftliche Gesichtspunkte arglistig getäuscht hat¹⁹. Ebenso liegt in der Ver-

15) BGH 17.12.2008, XII ZB 125/06, GuT 2009, S. 209, 212.

16) BGH 1.11.2005, IX ZR 95/04, NZI 2006, S. 173.

17) BGH 17.1.2008, IX ZR 220/06, NZI 2008, S. 250 ff.

18) Zur Einordnung der Kosten und Zinsen KG 21.11.2008, 7 U 47/08, ZInsO 2009, S. 280.

19) Zur (ungefragten) Auskunftspflicht über laufende oder vergangene Insolvenzverfahren und Räumungsklagen vgl. Fritz, NJW 2007, S. 887; LG Bonn 16.11.2005, 6 T 312/05 u. 6 S 226/05, WuM 2006, S. 24.

mieterinsolvenz eine unerlaubte Handlung vor, wenn der Vermieter die Kautionsentgegen § 551 BGB nicht ordnungsgemäß getrennt von seinem Vermögen angelegt hat²⁰.

Die angemeldeten Forderungen werden im Prüfungstermin ihrem Betrag und Rang nach geprüft (§ 176 S. 1 InsO). Die Forderungen können dabei vom Insolvenzverwalter, dem Schuldner oder von anderen Gläubigern bestritten werden (§ 176 S. 2 InsO). Wurde die Forderung bestritten, so kann die Forderung im Wege der Feststellungsklage (§§ 179 ff. InsO) weiter verfolgt werden. Wird die Forderung nicht bestritten, so gilt sie mit Rechtskraftwirkung gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Insolvenzgläubigern festgestellt (§ 178 Abs. 3 InsO). Der Schuldner kann dem Rechtsgrund der vorsätzlichen unerlaubten Handlung auch isoliert widersprechen; das Insolvenzgericht hat ihn daher auf diese Forderungsanmeldungen gesondert hinzuweisen (§ 175 Abs. 2 InsO). Widerspricht der Schuldner nicht, so erwächst der Forderungsgrund in Rechtskraft und die Forderung wird von der Restschuldbefreiung nicht erfasst. Der Insolvenzverwalter ist nicht berechtigt, dem Forderungsgrund der vorsätzlichen unerlaubten Handlung zu widersprechen²¹. Zu beachten ist, dass die Forderungen vom Insolvenzverwalter, Schuldner oder anderen Gläubigern nur im Prüfungstermin selbst bestritten werden können; will der Schuldner also eine aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung angemeldete Forderung bestreiten, muss er an dem Prüfungstermin teilnehmen (Ausnahme: Prüfung im schriftlichen Verfahren).

In der Praxis kommt es häufig vor, dass ein Insolvenzverwalter eine Forderung „vorläufig bestreitet“. Das vorläufige Bestreiten ist in der InsO nicht vorgesehen; formal ergibt sich in der Rechtswirkung kein Unterscheid zum endgültigen Bestreiten. Für den Gläubiger ist das vorläufige Bestreiten aber ein Hinweis des Insolvenzverwalters, dass der Insolvenzverwalter die Forderung aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen zwar noch nicht feststellen kann oder will, ein Feststellen jedoch bei Nachweis weiterer Umstände für möglich hält.

Praxistipp:

Soweit der Insolvenzverwalter nicht bereits den Gläubiger angeschrieben oder in der Insolvenztabelle einen entsprechenden Vermerk gemacht hat, sollte der Gläubiger im Falle eines vorläufigen Bestreitens bei dem Insolvenzverwalter nachfragen und weitere Unterlagen vorlegen, bevor er eine Feststellungsklage einreicht, deren Kosten er zu tragen hat, wenn der Insolvenzverwalter die Klageforderung sofort anerkennt (§ 93 ZPO)²².

20) Schmidt-Futterer/Blank, MietR, § 551 BGB Rn. 79; C.Cymutta, WuM 2008, S. 441, 442 m.w.N.

21) BGH 17.1.2008, IX ZR 220/06, NZI 2008, S. 250.

22) Hamburger Kommentar/Herchen, § 179 Rn. 15.

4. Abwicklung des Mietverhältnisses

a) Kündigungsrechte

Im Gegensatz zur Situation bei der Mieterinsolvenz steht dem Insolvenzverwalter des Vermieters kein Sonderkündigungsrecht zu. Will der Insolvenzverwalter als Vermieter das Mietverhältnis kündigen, so ist das nur nach den allgemeinen mietrechtlichen Bestimmungen möglich. Auch dem Mieter stehen nur die allgemeinen Kündigungsmöglichkeiten zu. Allein die Insolvenz des Vermieters oder deren Ablehnung mangels Masse gibt dem Mieter kein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 1 BGB²⁷²; die Kündigung aufgrund anderer wichtiger Gründe (z. B. § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB) ist jedoch möglich.

Nach Beendigung des Mietverhältnisses ergeben sich kaum Besonderheiten im Hinblick auf die Abwicklungsansprüche der Parteien. Der Mieter hat die Mietsache nach § 546 BGB an den Insolvenzverwalter herauszugeben und zu räumen.

b) Mietkaution

Schwierigkeiten können sich bei dem Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautions ergeben. Hatte der Vermieter die Kautions nicht getrennt von seinem Vermögen angelegt, so ist der Rückzahlungsanspruch nur eine Insolvenzforderung²⁷³. Hat der Schuldner die Kautions dagegen von seinem Vermögen getrennt und unterscheidbar angelegt (§ 551 BGB), steht dem Mieter ein diesbezügliches Aussonderungsrecht zu²⁷⁴. Besteht ein Aussonderungsanspruch, so hat der Insolvenzverwalter des Vermieters die Kautions bei Fälligkeit des Herausgabeanspruchs an den Mieter auszukehren. Während der Dauer des fortbestehenden Mietverhältnisses kann der Mieter die Kautions dagegen mangels Fälligkeit nicht vom Insolvenzverwalter herausverlangen. Der Insolvenzverwalter ist zudem berechtigt, die Kautions während der Dauer des Mietverhältnisses zur Befriedigung von Mietansprüchen und Ansprüchen wegen Schönheitsreparaturen in Anspruch zu nehmen²⁷⁵.

Die getrennte und unterscheidbare Anlage ist nur bei einem offenen Treuhandkonto²⁷⁶, auf dem nur Zahlungen mit Treuhandcharakter abgewickelt werden, unproblematisch.

272) Schmidt-Futterer/Blank, MietR, § 542 BGB, Rn. 141.

273) BGH 20.12.2007, IX ZR 132/06, WuM 2008, S. 149; OLG Hamburg, WuM 1990, S. 5 ff. = ZIP 1990, S. 115 ff.; Schmidt-Futterer/Blank, MietR, § 551 BGB, Rn. 111; Lange, NJW 2007, S. 2513, 2514; Timme, NZM 2008, S. 429, 430.

274) BGH 20.12.2007, IX ZR 132/06, WuM 2008, S. 149; Schmidt-Futterer/Blank, MietR, § 551 BGB, Rn. 111 und Vor § 535, Rn. 243; C.Cymutta, WuM 2008, S. 441 auch zur Rechtslage bei Anlage der Kautions durch eine Hausverwaltung.

275) Derleder, NZM 2004, S. 568, 577.

276) Zu den Anforderungen an ein Treuhandkonto des WEG-Verwalters vgl. LG Meiningen 26.9.2005, 3 O 1031/04, ZMR 2007, S. 494; E. v. Münchhausen, GuT 2007, S. 81.

matisch gegeben²⁷⁷, da der BGH nur dann dem Treuhandverhältnis eine vollzogene dingliche Komponente zugesteht und das Treugut zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes vom Vermögen des Treuhänders getrennt gehalten wird²⁷⁸. Ein separates Konto, das nicht als „Kauptionskonto“ oder in ähnlicher Weise bezeichnet ist, reicht nicht aus²⁷⁹. Auch ein Sparbuch, das vom Vermieter auf den eigenen oder den Namen des Mieters angelegt wird, muss als Kauptionskonto bezeichnet werden. Ausreichen soll jedoch ein „Treuhandssammelkonto“, sofern das Konto als Ganzes von der Treuhandbindung erfasst ist, d.h. nur treuhänderische Verfügungen und keine eigenen Buchungen des Treuhänders vorgenommen werden²⁸⁰.

Möglich ist auch die Anlage auf einem Sparbuch, dessen Guthaben dem Vermieter verpfändet oder sicherungsübereignet²⁸¹ wird, wodurch jedoch nur ein Absonderungsrecht des Mieters nach §§ 50 Abs. 1, 51 Nr. 1 InsO, kein Aussonderungsrecht, begründet wird²⁸². Der Insolvenzverwalter kann also bei Verwertung des Sparbuchs die Kostenpauschalen der §§ 170, 171 InsO einbehalten. Wird als Mietsicherheit eine Bürgschaft gegeben, so stellt sich das Problem der getrennten Anlage nicht, da die Bürgschaft keine vertretbare Sache ist, die mit dem Vermögen des Vermieters vermischt werden könnte.

Um einen Ausfall zu vermeiden, sollte sich der Mieter bei Vertragsschluss die getrennte Anlage der Kautionssumme nachweisen lassen. Eine gesetzliche Verpflichtung zur getrennten Anlage gilt nach § 551 BGB nur für Wohnraummietverhältnisse. Eine entsprechende Anlageverpflichtung des Vermieters auch für Gewerberaummietverträge kann aber im Mietvertrag zwischen den Parteien vereinbart werden, da der BGH eine analoge Anwendung des § 551 BGB auf Gewerberaummietverhältnisse ablehnt²⁸³.

277) BGH 20.12.2007, IX ZR 132/06, WuM 2008, S. 149; BGH 8.2.1996, IX ZR 151/95, NJW 1996, S. 1543; Lange, NJW 2007, S. 2513, 2514; Münchener Kommentar/Bieber, BGB, § 551 Rn. 23; Münchener Kommentar/Eckert, InsO, § 108 Rn. 109; Münchener Kommentar/Ganter, InsO, § 47 Rn. 401, der bei verdeckten Treuhandkonten Schwierigkeiten mit der Unmittelbarkeit der Mietkaution sieht, wenn diese erst auf ein „normales“ Konto des Vermieters überwiesen und von diesem danach auf ein Treuhandkonto eingezahlt wurde. Ablehnend dazu Gundlach/Frenzel/Strandmann, DZWIR 2008, S. 189, 190. Zur Zahlung direkt auf das Treuhandkonto Derleder, NZM 2006, S. 601, 602.

278) BGH 20.12.2007, IX ZR 132/06, WuM 2008, S. 149; Lange, NJW 2007, S. 2513, 2514.

279) BGH 20.12.2007, IX ZR 132/06, WuM 2008, S. 149. Im Übrigen unterliegt ein Konto, bei dem das Treuhandverhältnis nicht gegenüber der kontoführenden Bank offengelegt wurde, dem AGB-Pfandrecht sowie dem Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht der Bank, Münchener Kommentar/Bieber, BGB, § 551 Rn. 23; Lange, NJW 2007, S. 2513, 2516.

280) BGH 24.6.2003, IX ZR 120/02, NJW-RR 2003, S. 1375, 1376 = WuM 2003, S. 512; Lange, NJW 2007, S. 2513, 2515; Gundlach/Frenzel/Strandmann, DZWIR 2008, S. 189, 191.

281) Zur Wirksamkeit von Verpfändung und Sicherungsübereignung Schmidt-Futterer/Blank, MietR, § 551 Rn. 14 f.; Derleder, NZM 2006, S. 601, 604.

282) Münchener Kommentar/Eckert, InsO, § 108 Rn. 109; Derleder, NZM 2006, S. 601, 604; C.Cymutta, WuM 2008, S. 441.

283) OLG Nürnberg, MDR 2006, S. 1100 = GuT 2006, S. 230; BGH 2.4.2008, 5 StR 354/07, NJW 2008, S. 1827 = GuT 2008, S. 210.

Die Anlage auf einem offenen Treuhandkonto bewirkt zudem, dass keine Pfandrechte oder Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte der kontoführenden Bank an dem Guthaben bestehen²⁸⁴.

Praxistipp:

Bis zum Nachweis der Anlage gemäß § 551 BGB hat der Wohnraummietter ein Zurückbehaltungsrecht an der der Kautionssumme entsprechenden Miete (§ 321 BGB)²⁸⁵. Das Zurückbehaltungsrecht sollte frühzeitig vor einer Insolvenz ausgeübt werden, um sicherzustellen, dass die Kautions vom Vermietervermögen getrennt angelegt ist und im Falle der Vermieterinsolvenz ein Aussonderungsrecht besteht. Dem Gewerberaummieter steht ein Zurückbehaltungsrecht nur zu, wenn auch die Nachweispflicht im Mietvertrag vereinbart wurde.

Ist der Insolvenzfall des Vermieters bereits eingetreten und war die Kautions ordnungsgemäß angelegt, so kann der Mieter die Forderung nur zur Insolvenztabelle anmelden. Unerheblich ist dabei, ob der Anspruch auf Rückzahlung bereits fällig ist, da gemäß § 41 Abs.1 InsO nicht fällige Forderungen als fällig gelten.

Praxistipp:

§ 551 Abs. 3 S. 1 BGB wird als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB angesehen²⁸⁶, so dass dem Wohnraummietter bei einer Verletzung der Anlageverpflichtung ein deliktischer Anspruch zusteht. Der Wohnraummietter sollte die Forderung daher unter Nennung des Rechtsgrunds der vorsätzlichen unerlaubten Handlung zur Insolvenztabelle anmelden (§ 174 Abs. 2 InsO), da sie dann – bei unbestrittener Feststellung – gemäß § 302 Nr. 1 InsO von der Restschuldbefreiung des Vermieters nicht erfasst ist²⁸⁷.

5. Aufrechnungsmöglichkeiten des Mieters

Die Aufrechnung des Mieters in der Vermieterinsolvenz ist grundsätzlich nur in den Grenzen der §§ 94–96 InsO zulässig. Insbesondere die Regelung des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO, nach der eine Aufrechnung unzulässig ist, wenn der Gläubiger etwas nach Insolvenzeröffnung zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist, schränkt die Möglichkeiten des Mieters ein. Eine Ausnahme von § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO gewährt § 110 Abs. 3

284) Lange, NJW 2007, S. 2513, 2516.

285) BGH 20.12.2007, IX ZR 132/06, WuM 2008, S. 149; Palandt/Weidenkaff, § 551 Rn. 12; Timme, NZM 2008, S. 429, 431; C.Cymutta, WuM 2008, S. 441.

286) Schmidt-Futterer/Blank, MietR, § 551 BGB Rn. 79; LG Hannover 22.11.1990, 3 S 286/90, NJW-RR 1991, S. 593; 305; Derleder, WuM 2002, S. 239, 242. Vgl. auch OLG Zweibrücken 8.3.2007, 1 Ws 47/07, WuM 2007, S. 281 zur Erfüllung des Untreuetatbestands (§ 266 StGB) bei nicht getrennter Anlage der Mietkaution.

287) S. oben I. 3. b) dd).

G 58438

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

„Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT)

Herausgeber und Redaktion (verantwortlich): Ulrich von Schoenebeck M. A.,
Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn.

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,
Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn.
Telefon 0228 / 47 63 78, Telefax 0228 / 47 09 54,
<http://www.prewest.de>, info@prewest.de

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung,
Neusser Straße 6, 41542 Dormagen. <http://www.kluth-dtp.de>

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH,
Kaarster Straße 153, 41462 Neuss. koch-druckerei@t-online.de

Beilagen zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) werden nur im Rahmen
eines Abonnements ohne Aufpreis ausgeliefert. Im Einzelbezug der GuT sind
Beilagen nicht enthalten.

Einzelstücke dieser Beilage 50a können zum Preis von 16,00 EUR inkl. 7% MwSt
zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
bezogen werden.



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH