

## **Besonderes Insolvenzvertragsrecht: Mietvertrag**

### **Mieter in Insolvenz**

**(Erfüllungsstadium: nach Überlassung des Mietgegenstands)**

<b>Vorbemerkungen</b>	<b>3</b>
<b>I. Kündigungsrecht des Vermieters</b>	<b>5</b>
1. Die Insolvenz des Mieters als Kündigungsgrund	5
2. Kündigungssperre des § 112 InsO	7
<b>II. Bewegliche Sachen und Rechte</b>	<b>9</b>
1. Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters	10
2. Verteilung: Die Rechte des Vermieters	11
1. Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, das Mietverhältnis weiter durchzuführen	12
aa) Befriedigung der Zahlungsansprüche des Vermieters	12
bb) Kündigungsrecht des Vermieters (wegen der Insolvenz des Mieters)	12
2. Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, das Gebrauchsrecht nicht zu erhalten	13
aa) Befriedigung der Zahlungsansprüche des Vermieters: Grundsatz (Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO)	13
bb) Ausnahme: Zeit zwischen Insolvenzantrag und Entscheidung über die Verwertung des Gebrauchsrechts des Mieters	19
cc) Zwischenergebnis: Befriedigung der Mietforderungen des Vermieters	21
dd) Anspruch des Vermieters auf Herausgabe der Mietsache	21
ee) Recht des Vermieters zur fristlosen Kündigung	22
ff) Wahlrecht des Vermieters (zwischen insolvenzmäßiger Befriedigung der Restlaufzeit und fristloser Kündigung)	23

Insolvenzrecht II (Vertiefung): Mietvertrag, Insolvenz des Mieters	2
<b>III. Grundstücke und Räume</b>	<b>23</b>
1. Verteilung 1: Die Rechte des Vermieters (nach Gebrauchsüberlassung des Grundstücks)	24
a) Ansprüche des Vermieters auf Zahlung der vereinbarten Miete	24
b) Kündigungsrecht des Vermieters	25
2. Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters (nach Gebrauchsüberlassung des Grundstücks)	25
3. Verteilung 2: Befriedigung der Vermieteransprüche (auf die Miete und die Nebenkosten) nach Sonderkündigung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO	26
4. Sicherungsrecht des Vermieters	27
<b>IV. Vergleich der Insolvenzregeln für bewegliche und unbewegliche Mietgegenstände</b>	<b>27</b>
<b>V. Exkurs: Die Wohnung des Schuldners</b>	<b>30</b>
1. Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters	30
a) vorläufige Verwertungsentscheidung durch das Gesetz (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO)	30
b) Korrektur dieser (vorläufigen) gesetzlichen Verwertungsentscheidung: Enthftungserklärung (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO)	30
c) Verwertungsoptionen	32
d) Ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch die Insolvenzverwaltung?	33
2. Verteilung: Die Rechte des Vermieters	34
1. Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, es bei der vorläufigen gesetzlichen Entscheidung, das Mietverhältnis zu erhalten, zu belassen	34
2. Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, das Mietverhältnis, die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abzugeben	35
aa) Befriedigung der Mietforderungen des Vermieters	35
bb) Recht des Vermieters zu fristloser Kündigung	36
3. Gesamtbild	38

## Vorbemerkungen

- Thema: Mietvertrag (auch Pacht- oder Leasingvertrag) in der Insolvenz: Mieter oder Vermieter wird insolvent.
- Kennzeichen: Das Insolvenzmietrecht ist überaus kompliziert.  
Gründe: zahlreiche Spezialregelungen (in den §§ 108 bis 112 InsO), die Abweichungen vom allgemeinen Insolvenzvertragsrecht (insbesondere von § 103 InsO) bringen; keine Regelung aus einem Guss, sondern Addition unterschiedlicher Teilaspekte, die aus unterschiedlichen Gründen und zu unterschiedlichen Zeiten für regelungsbedürftig gehalten wurden; häufig Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Mietgegenständen, die wenig funktionsgerecht erscheint
- Erfüllungsstadium: Diese Übersicht behandelt nur ein bestimmtes Erfüllungsstadium des Mietvertrags: Bei Beginn des Insolvenzverfahrens war der vermietete Gegenstand dem Mieter bereits zum Gebrauch überlassen worden. Mit anderen Worten: Die vertragliche Leistungspflicht des Vermieters, den Mietgegenstand dem Mieter zum Gebrauch zu überlassen (§ 535 Abs. 1 Satz 2 Teil 1 BGB), wurde vor dem Insolvenzverfahren erfüllt. Der Mietgegenstand befindet sich beim Mieter.



## Mieter in Insolvenz

Ansatz: Trennung zwischen den Fragen, die die *Verwertung* der vertraglichen Rechte des Mieters (IVP) betreffen, von den Fragen, die die *Verteilung* von Insolvenzvermögen zur Befriedigung der Forderungen des Vermieters (AVP) betreffen

Kündigungsrechte Vermieter: Für beide Fragenkreise ist von Bedeutung, ob der Vermieter das Mietverhältnis wegen der Insolvenz des Mieters vorzeitig beenden kann. (Gestaltungsrechte der AVP werden von der Insolvenz der IVP nicht berührt.)

### I. Kündigungsrecht des Vermieters

#### 1. Die Insolvenz des Mieters als Kündigungsgrund

Recht des Vermieters, das Mietverhältnis außerordentlich fristlos zu kündigen

Gründe für fristlose Kündigung:

- pflichtwidrige Verzögerung der Zahlung der Miete (in der Zeit *vor* der Eröffnung des Insolvenzverfahrens) (§ 543 Abs. 2 Ziff. 3 BGB)<sup>1</sup>
- Insolvenz des Mieters?

---

1 Im Text der Bestimmung heißt es zwar „Verzug“, doch ist es sachgerechter, die Terminologie zu verwenden, die mit der Modernisierung des Schuldrechts 2002 eingeführt wurde (pflichtwidrige „Verzögerung der Leistung“ in § 280 Abs. 2 BGB, die im Gegensatz zum Verzug, § 286 Abs. 4 BGB, kein Verschulden voraussetzt).

umstritten

überwiegende Rechtsmeinung: Insolvenz als Mieters = „wichtiger Grund“ im Sinn des § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB

meine Auffassung: Dass der Mieter insolvent ist, reicht für einen „wichtigen Grund“ nicht aus. Hinzutreten muss, dass sich das Ausfallrisiko für den Vermieter tatsächlich erhöht hat. Eine derartige Erhöhung liegt dann vor, wenn außerhalb des Insolvenzverfahrens der Mieter auf Aufforderung hin nicht leistet bzw. wenn innerhalb des Insolvenzverfahrens die Insolvenzverwaltung des Mieters erklärt, das Mietverhältnis (und damit das Recht des Mieters zum Besitz) nicht erhalten zu wollen.

Begründung: Auslegung des „wichtigen Grundes“ im Einklang mit dem Anfechtungsrecht

Um nicht anfechtbar zu sein (als Schuldnerfehlverhalten), müssen insolvenzbezogene Lösungsklauseln auf einem wesentlichen Gestaltungsinteresse der Vertragsparteien beruhen. Das kann hier nur darin liegen, eine Beendigung des Vertrags zu ermöglichen, wenn sich das Ausfallrisiko des Vermieters (mit seinen Forderungen auf die Miete) erhöht hat.<sup>2</sup> Die Insolvenz für sich genommen erhöht das Ausfallrisiko in denjenigen Konstellationen noch nicht, wo die insolvente Vertragspartei an einer vollständigen Erfüllung ihrer Leistungspflicht interessiert ist. Das ist dort der Fall, wo der insolventen Vertragspartei selbst noch Ansprüche aus dem Vertrag zustehen oder wo die insolvente Vertragspartei durch eine vorzeitige Beendigung des Vertrags Rechte verlieren würde. In diesen Fällen kann es für die insolvente Vertragspartei wirtschaftlich vorteilhaft sein, ihre Leistung (hier: an den Vermieter) vollständig zu erbringen. Bevor der Vertrag wegen der Insolvenz des Mieters vorzeitig beendet wird, muss ausgelotet werden, ob die insolvente Vertragspartei noch vollständig leisten wird oder nicht. Außerhalb des Insolvenzverfahrens ist der

---

2 Siehe die Übersicht „Insolvenzbezogene Lösungsklauseln“.

insolventen Partei hierzu eine Frist zu setzen; innerhalb des Insolvenzverfahrens ist die Insolvenzverwaltung zur Entscheidung über die Verwertung der Mieterrechte aus dem Mietvertrag aufzufordern und diese Entscheidung abzuwarten.<sup>3</sup> (Die Mieten, die auf die Zeit des Wartens auf die Verwertungsentscheidung des Mieters bzw. dessen Insolvenzverwaltung entfällt, sollten Massestatus haben.)

## 2. Kündigungssperre des § 112 InsO

*Eingriff des Insolvenzrechts:* Das Recht des Vermieters zur fristlosen Kündigung ist ab dem Insolvenzantrag der Kündigungssperre des § 112 InsO unterworfen.<sup>4</sup>

*Inhalt der Kündigungssperre:* Die Sperre untersagt dem Vermieter, bestimmte Kündigungsrechte auszuüben. Die Sperre erfasst zwei Kündigungsgründe:

- die pflichtwidrige Verzögerung von Mietzahlungen in der Zeit vor dem Eröffnungsantrag (Ziff. 1) und
- die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Mieters (Ziff. 2).

Nach Ziff. 2 darf somit wegen der Insolvenz des Mieters ab dem Insolvenzantrag ein eventuell bestehendes außerordentliches fristloses Kündigungsrecht des Vermieters nicht ausgeübt werden.

(Diese Aufzählung ist abschließend. Das Mietverhältnis aus *anderen* als den in § 112 InsO genannten Gründen zu beenden, bleibt möglich.)

---

3 In meinem Aufsatz „Lösungsklauseln für den Insolvenzfall“, ZIP 2007, 553 (560), hatte ich Ausnahmen von dem Auslotungserfordernis (d.h. vom Abwarten der Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung) vorgesehen (und zwar für die Mieterinsolvenz sowie bei Termingeschäften). An diesen Ausnahmen halte ich nicht mehr fest. Das Auslotungserfordernis benötigt keine Ausnahmen.

4 Ausführlich: *von Wilmosky*, Der Mieter in Insolvenz: Zur Kündigungssperre des § 112 InsO, ZInsO 2004, 882-888.

*Zweck der Kündigungssperre:*

h.M.: Parallele zu den Beschränkungen, die das Insolvenzrecht der Verwertung von Sicherungsrechten an Gegenständen des Schuldnervermögens auferlegt (§§ 166, 172 InsO)

Kritik: Diese Sichtweise ist zu eng. M.E. zutreffend: Anordnung der Haftung eines Gegenstands, der anderenfalls möglicherweise aus dem Insolvenzvermögen ausscheiden würde. Indem der § 112 InsO dem Vermieter die Ausübung des Kündigungsrechts bis zur Entscheidung der Insolvenzverwaltung über die Erhaltung oder Nichterhaltung des Mietvertrags untersagt, behalten die Insolvenzverwaltung und damit die Gläubiger die Möglichkeit, einen positiven Wert zur Haftung zu nutzen, der in dem Mietvertrag stecken mag. Dadurch wird der Zugriff auf diese Rechte und deren Haftung ermöglicht: Die Insolvenzverwaltung erhält die Gelegenheit, zu entscheiden, ob sie die Rechte des Mieters aus dem Vertrag erhalten möchte oder nicht.

*Verhältnis zum Anfechtungsrecht (wegen Schuldnerfehlverhaltens):* Der § 112 InsO verstärkt das Anfechtungsrecht. Das Anfechtungsrecht verlangt, dass eine insolvenzbezogene Kündigungsregelung voraussetzt, dass der Vermieter vor einer fristlosen Kündigung auslotet, ob die Insolvenz des Mieters sein Ausfallrisiko tatsächlich erhöht hat. Sieht die insolvenzbezogene Kündigungsregelung diese Auslotung nicht vor, so ist sie wirksam, aber anfechtbar. Der § 112 InsO baut diese Anfechtbarkeit (eines ohne Auslotungserfordernis vereinbarten Kündigungsrechts) dahin aus, dass das Kündigungsrecht vor der Auslotung nicht ausgeübt werden kann; die Ausübung ist dann unwirksam (und nicht nur anfechtbar).

*Geltungsbereich der Kündigungssperre:* sowohl bewegliche als auch unbewegliche Mietgegenstände; auch Lizenzverträge.

Umstritten, ob Voraussetzung, dass der Mietgegenstand bereits zum Gebrauch überlassen worden war („vollzogene“ Mietverhältnisse) (überwiegende Meinung: Gebrauchsüberlassung erforderlich; andere Auffassung: nicht erforderlich; Begründung: kein Anhaltspunkt für eine bereits erfolgte Überlassung im Wortlaut des § 112 InsO)



*Dauer der Kündigungssperre:*

Beginn der Kündigungssperre: mit dem Insolvenzantrag;

Ende der Kündigungssperre:

- bei beweglichen Mietgegenständen: mit der Entscheidung der Insolvenzverwaltung, (bei noch nicht überlassenem Gegenstand) die Überlassung vom Vermieter nicht einzufordern bzw. (bei bereits überlassenem Gegenstand) das Gebrauchsrecht des Mieters nicht zu erhalten, sondern der außerordentlichen Kündigung durch den Vermieter preiszugeben.
- bei unbeweglichen Sachen (nach Überlassung zum Gebrauch): kein Ende der Kündigungssperre; sondern: Diese wird ab dem Eröffnungsbeschluss zu einem Kündigungsverbot (ableitbar aus § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO).<sup>5 6</sup>

## II. Bewegliche Sachen und Rechte

Sind bewegliche Sachen und Rechte vermietet bzw. verpachtet, gilt – in der Insolvenz des Mieters -- das allgemeine Insolvenzvertragsrecht des § 103 InsO.<sup>7</sup>

---

5 Ausnahme: Wohnung des Schuldners. Hier endet die Kündigungssperre, sobald die Insolvenzverwaltung die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgibt.

6 Vergleich: Unbewegliche Sache vor Überlassung zum Gebrauch: Die Kündigungssperre bleibt im eröffneten Verfahren zwar in Kraft, hat jedoch keine Bedeutung mehr, weil der Vermieter das besondere Rücktrittsrecht des § 109 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 InsO hat.

7 Hierzu: *von Wilmowsky*, Der Mieter eines beweglichen Gegenstands in Insolvenz, ZInsO 2007, 731-739.

## 1. Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters

*Einbettung in das allgemeine Insolvenzvertragsrecht:* Die Insolvenzverwaltung des insolventen Mieters hat zu entscheiden, wie sie die Rechte verwertet, die der insolvente Mieter aufgrund des Mietvertrags besitzt.

*Rechte des Mieters aus dem Mietvertrag:* abhängig von dem Stadium, in welchem sich die Erfüllung des Mietvertrags (zurzeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens) befand: Nach der Überlassung des Miet- oder Pachtgegenstands hat der Mieter andere Rechte als vor der Überlassung. Hier (in dieser Übersicht) werden (allein) die Fälle betrachtet, in denen der Mietgegenstand dem Mieter bereits vor dem Insolvenzverfahren zum Gebrauch überlassen worden war.

*Gegenstand der Verwertungsentscheidung:* Frage, ob das Recht zum Gebrauch des (vom Vermieter bereits überlassenen) Mietgegenstands, welches das Mietverhältnis vermittelt, erhalten bleiben oder der Kündigung durch den Vermieter preisgegeben werden soll

somit: Erhaltungsentscheidung versus Nichterhaltungsentscheidung  
(oder: Abwehr der fristlosen Kündigung versus Preisgabe zur fristlosen Kündigung)

*Kriterium der Verwertungsentscheidung:* Um das Gebrauchsrecht des Mieters zu erhalten, müssen die Zahlungsansprüche des Vermieters (in dem Rahmen, den der § 105 Satz 1 InsO zulässt) vollständig befriedigt werden; anderenfalls kann der Vermieter fristlos kündigen. Die Option „Erhaltung des bereits eingeräumten Gebrauchsrechts (durch Erhaltung des Mietverhältnisses)“ hat die Insolvenzverwaltung zu ergreifen, wenn sie dem Insolvenzvermögen Nutzen in einer Höhe stiftet, welche die Kosten, die für die vollständige Befriedigung der Vermieterforderungen (im Rahmen des gesetzlich Zulässigen) aufzuwenden sind, übersteigt. Welchen Wert das Gebrauchsrecht hat, ergibt sich aus dem Markt.

Als Formel: Erhaltungsentscheidung, wenn Gebrauchswert > vereinbarte Miete (abzüglich der Mieten, die unter § 105 Satz 1 InsO fallen)

Anderenfalls: Entscheidung, das Gebrauchsrecht des Mieters nicht zu erhalten.<sup>8</sup>

Merkposten (für die Verteilungsseite): Dass der Gebrauchswert der Sache und die Mietforderungen des Vermieters gegenübergestellt werden, bringt zum Ausdruck, dass der Gebrauchswert zur Befriedigung der Vermieterforderungen verwendet wird. Die Gegenüberstellung beinhaltet, dass der Vermieter ein Befriedigungsvorrecht an dem Gebrauchsrecht besitzt, welches der Mieter aufgrund des Mietvertrags an der Sache hat.

*Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung:* Der Vermieter besitzt nicht das Verwertungserzwingungsrecht des § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO. Zwar steht dieses Recht jeder AVP eines gegenseitigen Vertrags zu. Aber: Im Insolvenzverfahren gegen den Mieter ist die Geltung des § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO durch die Regelung in § 107 Abs. 2 InsO ausgeschlossen. Diese Regelung findet (nach allerdings umstrittener Meinung) in der Mieterinsolvenz (nach Überlassung der Mietsache) entsprechende (oder analoge) Anwendung. Denn: Viele Gegenstände, die für den Betrieb eines Unternehmens benötigt werden, werden nicht gekauft, sondern gemietet oder geleast. Der Vermieter kann die Insolvenzverwaltung des Mieters mithin nicht zwingen, bereits vor dem Berichtstermin zu entscheiden, ob sie das Gebrauchsrecht des Mieters (und damit das Mietverhältnis) erhält.

## 2. Verteilung: Die Rechte des Vermieters

Der Vermieter hat Zahlungsansprüche und Kündigungsrechte. Wie die Zahlungsansprüche des Vermieters befriedigt werden und ob die Kündigungsrechte des Vermieters ausgeübt werden können, hängt von der Verwertungsentscheidung ab, die die Insolvenzverwaltung über die vertraglichen Rechte des Mieters trifft.

---

8 Zum Vergleich: Verwertungsentscheidung *vor* Gebrauchsüberlassung: Anspruch des insolventen Mieters auf Überlassung zum Gebrauch; Geltendmachung, wenn Gebrauchswert > vereinbarte Miete.

1. Fall: *Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, das Mietverhältnis weiter durchzuführen*

Ausgangspunkt: Die Insolvenzverwaltung des Mieters hat entschieden, die Ansprüche des Mieters aus dem Mietvertrag geltend zu machen bzw. das bereits eingeräumte Gebrauchsrecht zu erhalten.

aa) *Befriedigung der Zahlungsansprüche des Vermieters*

Grundsatz: Die Ansprüche des Vermieters auf Zahlung der Miete werden durch die Erhaltungsentscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters zu Masseforderungen (§ 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO).

Ausnahme: Diejenigen Mieten, die sich auf die Zeit vor Verfahrenseröffnung beziehen, bleiben trotz der Erhaltungsentscheidung gewöhnliche Insolvenzforderungen (§ 105 Satz 1 InsO).<sup>9</sup> (Zu den Folgen gehört: Ist die Mietsache in einem bestimmten Zustand zurückzugeben (§ 546 BGB), kommt man wegen § 105 Satz 1 InsO nicht umhin, die Kosten zur Herstellung dieses Zustands auf die Zeit vor und die Zeit nach Verfahrenseröffnung aufzuteilen.)

Rückausnahme: Diejenigen Mieten, die auf die Zeit des Vorverfahrens (also die Zeit zwischen Insolvenzantrag und Verfahrenseröffnung) entfallen, sind Masseverbindlichkeiten. Das ist eine Folge der Kündigungssperre des § 112 InsO: Solange das Gesetz den Vermieter an den Mietvertrag mit dem insolventen Mieter zwangsweise bindet, müssen seine Mietforderungen Massestatus besitzen; anderenfalls würde man ihm ein Opfer zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger des Mieters auferlegen. (rechtlich umstritten)

bb) *Kündigungsrecht des Vermieters (wegen der Insolvenz des Mieters)*

Die Kündigungsrechte des Vermieters, die unter die Sperre des § 112 InsO fielen, erlöschen. Denn: Zweck der Kündigungssperre, die Rechte des insolventen

---

9 Zur Kritik an § 105 Satz 1 InsO siehe Vorlesungs-Übersicht „Teilleistungen der AVP“ (dort unter II 1).

Mieters aus dem Mietvertrag als haftenden Vermögensgegenstand zur Verfügung zu halten. Macht die Insolvenzverwaltung hiervon Gebrauch, können die Kündigungsrechte nicht mehr zum Zug kommen; sie entfallen.

2. *Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, das Gebrauchsrecht nicht zu erhalten*

-- Entscheidet die Insolvenzverwaltung, die noch ausstehenden Ansprüche des Mieters nicht geltend zu machen bzw. das bereits eingeräumte Besitz- und Gebrauchsrecht des Mieters nicht zu erhalten, stellen sich dem Vermieter vor allem zwei Fragen: Wie wirkt sich diese Verwertungsentscheidung auf die Befriedigung seiner Mietforderungen aus? Was bedeutet diese Verwertungsentscheidung für seinen Anspruch auf Rückgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses?

-- Überblick:

-- Konstellation:

-- Nichterhaltungsentscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters;

-- Erfüllungsstadium: nach Gebrauchsüberlassung

-- h.M.: Der Vermieter erhalte kumulativ sowohl das Interesse an der Erfüllung des Mietvertrags insolvenzmäßig (d.h. nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) befriedigt als auch den vermieteten Gegenstand vorzeitig zurück.

-- Stellungnahme: Zustimmung zu Ergebnis; aber andere Begründung.

-- Im Einzelnen:

aa) *Befriedigung der Zahlungsansprüche des Vermieters: Grundsatz (Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO)*

-- kein Massestatus: Aufgrund der Nichterhaltungsentscheidung der Insolvenzverwaltung scheidet eine Rangverbesserung der Zahlungsansprüche des Vermieters nach § 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO aus.

-- sondern „insolvenzmäßige“ Befriedigung: Verrechnungsstatus

Der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Mieten wird gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO befriedigt.

-- zu klären: Welche Positionen fließen in die Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO ein?

(i) *Seite des Vermieters: die Mietforderungen*

-- Auf Seiten des Vermieters fließen dessen noch unerfüllte Mietforderungen in die Verrechnung ein; sie profitieren von der Verrechnung.

-- Hierbei kann es sich zum einen um Mietforderungen für bereits abgelaufene Mietzeiten gehören. Zum anderen zählen hierzu die Mietansprüche für die Zeit bis zum planmäßigen Ende des Mietverhältnisses.

Welche Dauer für das Mietverhältnis geplant war, ergibt sich aus den getroffenen Vereinbarungen. Bei einer bestimmten Mietzeit endet das Mietverhältnis mit deren Ablauf. War das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen worden, ist maßgeblich diejenige Zeit, die bis zur Wirksamkeit der (fiktiven) ordentlichen Kündigung der Insolvenzverwaltung des Mieters (zum nächstmöglichen Termin) verbleibt. Mit welchem Geldbetrag die Forderungen des Vermieters in die Verrechnung einfließen, bestimmt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen. Auszugehen ist daher von der vereinbarten Miete. Da die Fälligkeit der Vermieterforderungen auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgezogen wird (§ 41 InsO), ist der Zeitwert zu bestimmen, der ihnen bei Verfahrenseröffnung zukam; d.h. die Mietforderungen, die erst in Zukunft fällig werden, sind entsprechend abzuzinsen.

-- Ausnahme: Auszunehmen von der Befriedigung durch Verrechnung: diejenigen Mietforderungen, die auf die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entfallen (= Wertung des – rechtspolitisch verfehlten -- § 105 Satz 1 InsO)

- (ii) *Seite des Insolvenzvermögens (des Mieters): Rechte des Mieters aus dem Mietvertrag, an denen der Vermieter ein Befriedigungsvorrecht für seine Mietforderungen besitzt*

Der Verrechnungsstatus knüpft daran an, dass die IVP aus dem Vertrag einen Vermögensgegenstand hat, an dem der AVP (ggf. aufgrund ergänzender Vertragsauslegung) ein Befriedigungsvorrecht für ihren noch offenen Vertragsanspruch zusteht. Häufig ist das der Vertragsanspruch der IVP. In der hier behandelten Konstellation (Mieterinsolvenz, Erfüllungsstadium nach Überlassung der Mietsache zum Gebrauch) wird sich aber auch die Frage stellen, ob die Verrechnung auch das Recht des Mieters zum Gebrauch der Sache erfasst.<sup>10</sup>

#### 1. Meinung: „Belassensanspruch“ des Mieters

- Überwiegendes Verständnis (im Zivilrecht, Mietvertragsrecht des BGB): „Belassensanspruch“ des Mieters nach Erhalt der Mietsache zum Gebrauch
- Nach Einräumung des Gebrauchs an der Sache habe der Mieter gegen den Vermieter einen Anspruch auf „weitere Belassung“ der Mietsache. Das Recht des Mieters, den überlassenen Gegenstand weiter zu gebrauchen, wird als ein „Anspruch“ verstanden; die Leistung, die der Vermieter insoweit schuldet, soll in dem „weiteren Belassen“ des Gegenstands bestehen.
- Orientiert man sich an diesem zivilrechtlichen Verständnis, wird der „Belassensanspruch“ (seinem Wert nach) in die Verrechnung (nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) einbezogen. Dadurch wird der Wert, den der Gebrauch des (bereits überlassenen) Gegenstands (bis zum Ablauf der planmäßigen Mietzeit) besitzt, ausschließlich zur Befriedigung der Vermieterforderungen verwendet. Durch die Einbeziehung des dem Mieter bereits übertragenen Gebrauchsrechts in die Verrechnung erlischt dann das Gebrauchsrecht des Mieters; dem Anspruch des Vermieters auf

---

10 Zur parallelen Fragestellung beim Eigentumsvorbehalt, Insolvenz des EV-Käufers, siehe Vorlesungsübersicht „Kaufvertrag: Käufer in Insolvenz“, dort unter IV 2 b aa (ii).

Herausgabe des Gegenstands stünde das Gebrauchs- und Besitzrecht des Mieters nicht mehr entgegen.

-- meine Kritik am „Belassensanspruch“:

(1) zivilrechtliche Konstruktion eines „Belassensanspruchs: zweifelhaft. Die Vorstellung, der Mieter hätte einen „Anspruch“ auf „weiteres Belassen“ des bereits überlassenen Mietgegenstands, geht fehl. Ansprüche richten sich auf Leistungen (§§ 194 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB). Wenn der Vermieter dem Mieter den bereits zum Gebrauch überlassenen Mietgegenstand weiter belässt, erbringt er dadurch keine Leistung. Insbesondere handelt es sich nicht um eine Leistung in Gestalt einer Unterlassung. Leistung setzt die Verschaffung eines Vorteils voraus. Damit ein Unterlassen dem Gläubiger einen Vorteil verschafft, muss es sich auf eine Tätigkeit unterlassen werden, die vorzunehmen der Schuldner berechtigt wäre. Hieran fehlt es: Solange das Mietverhältnis besteht, darf der Vermieter den Gegenstand ohnehin nicht zurückfordern. Dass das Gebrauchsrecht des Mieters fortbesteht, beruht mithin nicht auf einer „Belassensleistung“ des Vermieters. Richtig ist vielmehr: Das Recht des Mieters, den ihm überlassenen Gegenstand weiter zu gebrauchen, ist kein Anspruch. Folglich: Das (bereits eingeräumte) Gebrauchsrecht des Mieters ist nicht (auf Seiten des Insolvenzschuldners (Mieters)) in die Verrechnung aufzunehmen.

Wie wenig sinnvoll es ist, einen „Belassensanspruch“ anzunehmen, würde auch in einem Zivilprozess deutlich werden. Kündigt der Vermieter und verlangt er vom Mieter, die Nutzung zu unterlassen, müsste der Mieter – gäbe es den „Belassensanspruch“ – mit einer Leistungsklage antworten. Der Mieter müsste beantragen, dass ihm der Vermieter die Sache weiterhin belässt; oder, wenn man hierin ein Unterlassen sieht, dass der Vermieter es unterlässt, die Sache von ihm herauszuverlangen. Einen solchen Klageantrag hat man noch nie gesehen -- zu Recht, weil es den sog. „Belassungsanspruch“ nicht gibt. Vielmehr wird der Mieter eine Feststellungsklage erheben und die Feststellung beantragen, dass die Kündigung unwirksam sei und das ihm eingeräumte vertragliche



Nutzungsrecht noch besteht. (Da die Feststellungsklage dort unzulässig ist, wo Leistungsklage erhoben werden könnte, wird durch die Anerkennung der Feststellungsklage die Nichtexistenz des sog. Belassensanspruchs noch einmal unterstrichen.)

(2) insolvenzrechtlich:

Der „Belassensanspruch“ kann in die Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO nicht einbezogen werden. Das können nur „Vermögensansprüche“ (im Sinn des § 38 InsO). Der Belassensanspruch ist kein „Vermögensanspruch“. Richtete er sich gegen den Vermieter als Insolvenzschuldner, wäre er nicht in das Insolvenzverfahren einbezogen. Denn er könnte nicht durch Zugriff auf das Insolvenzvermögen umgesetzt werden. Mangels Qualität als Vermögensanspruch kann der Belassensanspruch dann auch nicht in die Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO einbezogen werden.

2. Meinung: Gebrauchsrecht des Mieters als Gegenstand des Insolvenzvermögens, an dem das Befriedigungsvorrecht des Vermieters besteht

Lehnt man einen „Belassensanspruch“ des Mieters (im vollzogenen Mietverhältnis) ab, entfällt die Frage nach einer Verrechnung (im Rahmen des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) nicht etwa. Sie stellt sich lediglich in anderer Weise: Sie stellt sich im Hinblick auf das Recht des Mieters, die Sache weiterhin, d.h. bis zum Ende der Mietzeit, zu benutzen („Gebrauchsrecht des Mieters“): Steht der Wert dieses Rechts auf der Seite des Insolvenzschuldners (= des Mieters) für die Verrechnung mit den Vermieterforderungen nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO zur Verfügung? Die Antwort lautet ja.<sup>11 12</sup>

---

11 Parallele Einschätzung beim Eigentumsvorbehalt, Insolvenz des EV-Käufers. Dort: Recht des EV-Käufers, sein Anwartschaftsrecht an der Kaufsache zu Eigentum auszubauen. Siehe Vorlesungsübersicht „Kaufvertrag: Käufer in Insolvenz“, dort unter IV 2 b aa (ii).

12 Diese Antwort weicht von meinen Ausführungen im Aufsatz „Der Mieter eines beweglichen Gegenstands in Insolvenz“, ZInsO 2007, 731 (735 f., unter II 2 a bb (2)), ab.

Den Ausschlag gibt der Grundsatz des Insolvenzrechts, dass Verwertungsfragen und Verteilungsfragen unabhängig voneinander stehen und sich nicht wechselseitig beeinflussen: Wie das Vermögen des Insolvenzschuldners verwertet wird, hat keinen Einfluss auf die Verteilungsverhältnisse zwischen den Geldgebern. Für das Insolvenzvertragsrecht bedeutet das: Wie der im Vertrag gegründete Vermögensgegenstand der IVP verwertet wird, darf sich auf die Verteilungsverhältnisse, die zwischen den Gläubigern bestehen (also zwischen der AVP und den übrigen Gläubigern), nicht auswirken.

Betrachten wir zunächst die Verwertungsentscheidung, das Gebrauchsrecht des Mieters zu erhalten („Erhaltungsentscheidung“). Bei dieser Entscheidung fließt der Wert, den das (durch den Mietvertrag) begründete Gebrauchsrecht des Mieters besitzt, an den Vermieter. Denn diese Verwertungsentscheidung wird nur dann gefällt werden, wenn der Wert des Gebrauchsrechts größer ist als die noch ausstehende Miete. Nur dann lohnt es, die ausstehende Miete aus dem Insolvenzvermögen aufzubringen. Diese Voraussetzung für die Entscheidung „Erhaltung der Mieterrechte“ beinhaltet, dass die ausstehende Miete aus dem Ertrag finanziert wird, den der weitere Gebrauch der Mietsache erbringt, sprich: aus dem (Markt-) Wert des Gebrauchsrechts. Der wirtschaftliche Wert des mietvertraglichen Gebrauchsrechts des Mieters wird eingesetzt, um die Mietforderungen des Vermieters zu erfüllen. (Wäre der Wert des Gebrauchsrechts niedriger als die ausstehende Miete, würde nicht auf „Erhaltung“ entschieden werden; denn dann reicht der Wert des Gebrauchsrechts nicht aus, die noch ausstehende Miete an den Vermieter zu decken.)

Fließt der Wert des mietvertraglichen Gebrauchsrechts bei der Entscheidung „Erhaltung“ an den Vermieter, muss dasselbe gelten, wenn die

---

In diesem Aufsatz lehnte ich es noch ab, dem Vermieter ein Befriedigungsvorrecht für seine Mietforderungen an dem Wert einzuräumen, den das Recht des Mieters, die Mietsache auch künftig zu nutzen, vermittelt. Die dort geäußerte Kritik am „Belassensanspruch“ ist gewiss zutreffend. Die Frage, ob der zukünftige Gebrauchswert in die Verrechnung einzufließen hat, wird dort (S. 736) jedoch nicht zutreffend erfasst.

Insolvenzverwaltung die Entscheidung „Nichterhaltung“ trifft. Andernfalls wäre die Unabhängigkeit von Verwertung und Verteilung verletzt. Diese Verteilung (Wert des Gebrauchsrechts an den Vermieter) wird bei der Entscheidung „Nichterhaltung“ dadurch erreicht, dass der Wert, den das Gebrauchsrecht des Mieters besitzt, in die Verrechnung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO einbezogen wird. Auf diesem Weg wird der Wert des Gebrauchsrechts dazu verwendet, die noch ausstehenden Mietforderungen des Vermieters zu befriedigen. (Dadurch erlischt das Gebrauchsrecht des Mieters und mit ihm das Recht des Mieters zum Besitz der Sache = Kumulation von Erfüllungsinteresse und Rückgewährinteresse.)

*bb) Ausnahme: Zeit zwischen Insolvenzantrag und Entscheidung über die Verwertung des Gebrauchsrechts des Mieters*

Problem: Befriedigungsrang derjenigen Mieten, die auf die Zeit zwischen Insolvenzantrag und der Verwertungsentscheidung entfallen, bei Nichterhaltungsentscheidung der Insolvenzverwaltung

Ausgangspunkte:

Die Mieten, die auf die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entfallen, bleiben außerhalb der Verrechnung; wegen § 105 Satz 1 haben sie lediglich Insolvenzstatus.<sup>13</sup>

Für den Verrechnungsstatus (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) verbleiben daher nur diejenigen Mietforderungen, die sich auf die Zeit ab Verfahrenseröffnung beziehen.

Es steht zu überlegen, ob die Mieten, die sich auf die Zeit der Geltung der Kündigungssperre beziehen (also Zeit von Insolvenzantrag bis Entscheidung über die Verwertung der Mieterrechte), nicht möglicherweise Massestatus haben sollten.

---

13 Siehe oben II 2, 2. Fall, aa (i).

Überlegung: Gegen den Status als Insolvenzforderung (für die Mieten zwischen Insolvenzantrag und Verfahrenseröffnung) bzw. gegen den Verrechnungsstatus (für die Mieten ab Verfahrenseröffnung), sondern für den Status als Masseforderung spricht die Kündigungssperre des § 112 InsO: Diese Sperre verwehrt es dem Vermieter, das Mietverhältnis mit dem insolventen Mieter fristlos zu kündigen; der Vermieter bleibt bis zur Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung an den insolventen Mieter als Vertragspartner gebunden. Dadurch wird dem Vermieter die Möglichkeit entzogen, durch Neuvermietung an einen solventen Mieter sein Ausfallrisiko zu verringern. Diese Belastung darf nicht beim Vermieter verbleiben. Zum einen: Zu den Grundprinzipien des Insolvenzrechts gehört: Die Kosten, die mit dem Erhalt des Mietverhältnisses während des Insolvenzverfahrens verbunden sind, hat diejenige Gläubigergruppe zu tragen, in deren Interesse die Erhaltung der Fortführungsoption liegt, nämlich die Gesamtheit der ungesicherten Gläubiger. Das Mittel, welches dieses Prinzip umsetzt, ist der Befriedigungsvorrang als Masseverbindlichkeit. Zum anderen: Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG verlangt, dass der Vermieter vor finanziellen Nachteilen aus der erzwungenen Bindung an den Insolvenzschuldner geschützt wird.<sup>14</sup>

Ergebnis: Die Ansprüche des Vermieters auf diejenigen Mieten, die sich auf die Zeit zwischen Antrag und Verwertungsentscheidung beziehen, verdienen in den Rang von Masseforderungen erhoben zu werden. Auf welche Rechtsgrundlage man diese Rangverbesserung stützt (Analogie zu § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO oder auf § 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 2 InsO), ist von nachgeordneter Bedeutung. Will die Insolvenzverwaltung den Vorrang abwenden oder beenden, muss sie über die Verwertung des Gebrauchsrechts des insolventen Mieters entscheiden und die Erhaltung des Gebrauchsrechts des Mieters ablehnen.

---

14 Hierzu: *von Wilimowsky*, ZInsO 2004, 882 (885 f.). Ähnlich: Bundesregierung, Begründung zum Regierungsentwurf für eine Insolvenzordnung, BR-Dr. 1/92, Erläuterung zu § 126 RegE (= § 112 InsO); Frankfurter Kommentar zur InsO (*Wegener*), 9. Aufl. 2018, § 112 Rn. 1; *Eckert*, Miete, Pacht und Leasing im neuen Insolvenzrecht, ZIP 1996, 897 (898, 904). -- Anderer Auffassung (Befriedigung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO): *Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (Pape / Schaltke)*, InsO, Stand 2023, § 55 Rn. 145; *Tintelnot*, ZIP 1995, 616 (620); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 20.48.

*cc) Zwischenergebnis: Befriedigung der Mietforderungen des Vermieters*

Wie die Mietforderungen des Vermieters (nach der Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, das Mietverhältnis nicht zu erhalten) befriedigt werden, hängt somit von dem Zeitraum ab, auf den sich die Mietforderungen beziehen.

Massestatus:

Der Kündigungssperre lässt sich die Wirkung zuschreiben, denjenigen Mietforderungen des Vermieters, die sich auf die Geltungszeit dieser Sperre beziehen (also von Insolvenzantrag bis Verwertungsentscheidung), Massestatus zuzuerkennen. Die überwiegende Meinung trägt diese Rangverbesserung jedoch nicht mit.

Insolvenzstatus:

Aufgrund der Intervention des § 105 Satz 1 haben diejenigen Mietforderungen, die sich auf die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beziehen, lediglich Insolvenzstatus (statt Verrechnungsstatus). Teilt man die dargelegte Verteilungswirkung der Kündigungssperre des § 112, erhalten diejenigen Mieten ab Insolvenzantrag Massestatus.

Verrechnungsstatus:

Für den Verrechnungsstatus des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO verbleiben dann nur diejenigen Mieten, die sich auf die Zeit nach der Verwertungsentscheidung beziehen. (Lehnt man die hier dargelegte Verteilungswirkung der Kündigungssperre ab, erfasst der Verrechnungsstatus die Mietforderungen ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens.)

*dd) Anspruch des Vermieters auf Herausgabe der Mietsache*

Hatte der Vermieter den Mietgegenstand vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Mieter überlassen und diesem den Gebrauch gestattet

und lehnt die Insolvenzverwaltung es ab, die Rechte des Mieters aus dem Mietvertrag zu erhalten, stellt sich die Frage, ob der Vermieter die Rückgabe des Gegenstands verlangen kann. Sowohl der mietvertragliche Rückgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB als auch der eigentumsrechtliche Herausgabeanspruch aus §§ 985, 986 BGB setzen voraus, dass das Mietverhältnis beendet und das vertragliche Besitz- und Gebrauchsrecht des Mieters erloschen ist.

Die Verrechnung des Werts des Gebrauchsrechts des Mieters mit den Mietforderungen des Vermieters (oben aa (ii)) bewirkt, dass das Gebrauchsrecht des Mieters erlischt. Mithin entfällt das Recht des Mieters zum Besitz der Mietsache (auch ohne fristlose Kündigung seitens des Vermieters).

*ee) Recht des Vermieters zur fristlosen Kündigung*

Alternativ zur Verrechnung kann der Vermieter fristlos kündigen:

- Ende der Kündigungssperre: Die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, das bereits eingeräumte Gebrauchsrecht des Mieters nicht zu erhalten, lässt die Kündigungssperre des § 112 InsO auslaufen.
- Damit ist die Ausübung solcher Kündigungsrechte nicht mehr gesperrt, die auf einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Mieters beruhen.
- Die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, das Recht des Mieters zum Gebrauch der Sache nicht zu erhalten, begründet einen wichtigen Kündigungsgrund (§ 543 Abs. 1 BGB).<sup>15</sup> Aufgrund dieser Entscheidung erhöht sich das Ausfallrisiko des Vermieters: Dass dessen Mietforderungen vollständig befriedigt werden, ist nicht mehr gewährleistet; vielmehr ist der Vermieter nunmehr auf die insolvenzmäßige Befriedigung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 verwiesen.

---

<sup>15</sup> Oben unter I 1. (Kündigungsrecht des Vermieters; die Insolvenz des Mieters als Kündigungsgrund).

- Mit der fristlosen Kündigung endet das Mietverhältnis und damit auch das dem Mieter eingeräumte Besitz- und Gebrauchsrecht. Der Vermieter kann dann vom Mieter die Rückgabe des Mietgegenstands verlangen (§ 546 Abs. 1 BGB, §§ 985, 986 BGB). Dieser Anspruch wird durch Aussonderung befriedigt (§ 47 InsO). Die fristlose Kündigung durch den Vermieter hat außerdem zur Folge, dass dem Vermieter die vereinbarte Miete nicht mehr bis zum ordentlichen Ende des Mietverhältnisses, sondern nur noch bis zum Wirksamwerden der fristlosen Kündigung zusteht.

*ff) Wahlrecht des Vermieters (zwischen insolvenzmäßiger Befriedigung der Restlaufzeit und fristloser Kündigung)*

Der Vermieter kann wählen, ob er sein Erfüllungsinteresse verfolgt (durch Verrechnung seiner Mietforderungen bis zum nächsten ordentlichen Endtermin, wobei er zugleich die Sache zurückerhält) oder sein Interesse an einer fristlosen Kündigung. Ersteres wird in der Regel für ihn günstiger sein.

### **III. Grundstücke und Räume**

Miet- und Pachtverträge über Grundstücke und Räume unterfallen (anders als Mietverträge über bewegliche Gegenstände) nicht dem allgemeinen Insolvenzvertragsrecht. Für sie gilt vielmehr das Sonderrecht der §§ 108 bis 111 InsO.

Der § 108 Abs. 1 InsO enthält eine spezielle Verteilungsregelung, die von der generellen Verteilungsregelung des Insolvenzvertragsrechts (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) abweicht. In diesen Fällen empfiehlt es sich, die übliche Prüfungsreihenfolge umzukehren und als erstes die Verteilungsseite und erst als zweites die Verwertungsseite zu untersuchen.

Im Folgenden wird (allein) die Konstellation behandelt, dass das gemietete Grundstück oder der gemietete Raum noch vor dem Insolvenzverfahren dem

Mieter zum Gebrauch überlassen worden war. (Insolvenzverfahren *nach* Gebrauchsüberlassung)

**1. Verteilung 1: Die Rechte des Vermieters (nach Gebrauchsüberlassung des Grundstücks)**

*a) Ansprüche des Vermieters auf Zahlung der vereinbarten Miete*

- spezielle Verteilungsregelung in § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO: Die Ansprüche des Vermieters (auf Miete und Nebenkosten) haben Massestatus. Sie werden im Insolvenzverfahren also vollständig befriedigt werden.

Wortlaut des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO: „Fortbestehen“ des Mietverhältnisses „mit Wirkung für die Insolvenzmasse“. Diese Formulierung ist missverständlich; jedes Vertragsverhältnis besteht im Insolvenzverfahren fort und entfaltet Wirkungen für das Insolvenzvermögen. Aber es besteht Einvernehmen, was gemeint ist: Verleihung des Massestatus an die Vermieterforderungen.

(Der Regelungsgehalt des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO wird im Schrifttum teilweise wenig zutreffend beschrieben.

Reischl, Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 543: Der § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO bewirke eine „Vertragsübernahme ... kraft Gesetzes“. Offenbar wird angenommen, das Insolvenzvermögen würde (durch § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO) anstelle des Mieters Partei des Mietvertrags. Das trifft nicht zu. Das Insolvenzvermögen besitzt keine Rechtsfähigkeit und kann schon deshalb nicht Partei des Mietvertrags sein oder werden. Eine Vertragsübernahme (durch das Insolvenzvermögen) ist dadurch ausgeschlossen. Außerdem findet sich in § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO kein Hinweis auf eine „Vertragsübernahme“.)

- Ausnahme: Ausgeklammert (von diesem Befriedigungsstatus) sind diejenigen Mieten und Nebenkosten, die auf die Zeit vor der Eröffnung des



Insolvenzverfahrens entfallen; diese bleiben Insolvenzforderungen und werden lediglich zur Insolvenzquote befriedigt (§ 108 Abs. 3 InsO).<sup>16</sup>

- Rückausnahme: Diejenigen Mieten, die auf die Zeit des Vorverfahrens (also die Zeit zwischen Insolvenzantrag und Verfahrenseröffnung) entfallen, sind Masseverbindlichkeiten. Das ist Folge der Kündigungssperre des § 112 InsO, die mit dem Insolvenzantrag einsetzt. (str.)

#### *b) Kündigungsrecht des Vermieters*

Sollte der Vermieter vor dem Insolvenzverfahren ein Kündigungsrecht erlangt haben, kann er es aufgrund der Kündigungssperre des § 112 InsO ab Insolvenzantrag nicht ausüben. Die Kündigungssperre besteht im eröffneten Verfahren fort.

## **2. Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters (nach Gebrauchsüberlassung des Grundstücks)**

Rechtliche Struktur der Verwertungsentscheidung: Die besonderen gesetzlichen Bestimmungen für Mietverträge über Grundstücke (§§ 108 und 109 InsO) setzen zwei Elemente ein.

- Vorläufige Verwertungsentscheidung kraft Gesetzes: Indem das Gesetz den Ansprüchen des Vermieters auf Zahlung der Miete und eventueller Nebenkosten Massestatus verleiht (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO), hat es eine (vorläufige) Verwertungsentscheidung bereits selbst getroffen. Bei bereits erfolgter Gebrauchsüberlassung: Das Recht des Mieters, die Sache zu besitzen und zu nutzen, bleibt zunächst einmal erhalten.

---

<sup>16</sup> § 108 Abs. 3 InsO entspricht § 105 Satz 1 InsO und ist aus denselben Gründen rechtspolitisch abzulehnen.

- Sonderkündigungsrecht der Insolvenzverwaltung (§ 109 Abs. 1 Satz 1 InsO): Das Insolvenzmietrecht räumt der Insolvenzverwaltung des Grundstücksmieters das Recht ein, die gesetzliche Verwertungsentscheidung abzuändern. Hierfür erhält die Insolvenzverwaltung ein Sonderkündigungsrecht. Gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO kann sie das Miet- oder Pachtverhältnis ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer mit einer Frist von drei Monaten kündigen. Durch dieses Sonderkündigungsrecht wird die Entscheidungsmacht der Insolvenzverwaltung über die Verwertung der Rechte aus dem Mietvertrag wiederhergestellt. Die Insolvenzverwaltung wird in die Lage versetzt, die gesetzlich angeordnete Erhaltung der Mieterrechte (bei vollständiger Mietzahlung) auslaufen zu lassen.
- Sonderregelung, wenn es sich bei dem Mietgegenstand um die Wohnung des Insolvenzschuldners handelt: § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO.

### **3. Verteilung 2: Befriedigung der Vermieteransprüche (auf die Miete und die Nebenkosten) nach Sonderkündigung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO**

Anspruch des Vermieters auf „Schadensersatz“: Macht die Insolvenzverwaltung des Mieters von ihrem Sonderkündigungsrecht nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO Gebrauch, wächst dem Vermieter ein Anspruch auf „Schadensersatz“ zu (§ 109 Abs. 1 Satz 3 InsO). Zu ersetzen ist der Schaden, der sich daraus ergibt, dass das Mietverhältnis vorzeitig (d.h. früher als vereinbart) endet. Dieser „Schadensersatzanspruch“ hat den Rang einer Insolvenzforderung.

Zweck: Diese Regelung soll dafür sorgen, dass der Vermieter so steht, wie er bei Befriedigung seines Erfüllungsinteresses nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht (also nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) stünde. Der „Schadensersatzanspruch“ soll die Befriedigung abbilden, die das Erfüllungsinteresse des Vermieters nach allgemeinem Insolvenzvertragsrecht (im Fall der Nichterhaltungsentscheidung) fände.

Kritik: „Schadensersatz“ nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO sollte man in demselben Sinn wie die Differenzforderung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO verstehen. Auch

beim Insolvenzmietvertragsrecht zu unbeweglichen Sachen gibt es nichts, was den insolventen Mieter zum Schadensersatz verpflichten könnte. Es geht vielmehr darum, dem Vermieter ein Befriedigungsvorrecht an denjenigen Ansprüchen einzuräumen, die dem insolventen Mieter noch gegen ihn, den Vermieter, zustehen. Umgesetzt wird dieses Befriedigungsvorrecht durch die Verrechnung der Werte der beiderseits noch ausstehenden Ansprüche; lediglich die Differenz, die zugunsten des Vermieters verbleibt, wird (nur) mit der Insolvenzquote befriedigt.<sup>17</sup>

#### 4. Sicherungsrecht des Vermieters

Für einen Teil der Ansprüche des Vermieters auf Miete und Nebenkosten, die auf die Zeit vor Verfahrenseröffnung entfallen, kommt eine abgesonderte Befriedigung in Betracht. Der Vermieter von Wohnraum, Grundstücken und sonstigen Räumen gehört zu den gesicherten Gläubigern seines insolventen Mieters. Für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis besitzt er ein gesetzliches Sicherungsrecht an den „eingebrachten Sachen des Mieters“ (§§ 562 f., § 578 Abs. 1, Abs. 2 BGB). Aus dem Erlös, der durch die Verwertung dieser Sachen erzielt wird, sind seine Forderungen vorrangig zu befriedigen. An diesem Befriedigungsvorrang nehmen jedoch diejenigen Mietzahlungsansprüche, die sich auf eine frühere Zeit als die letzten zwölf Monate vor Verfahrenseröffnung beziehen, nicht teil (§ 50 Abs. 2 Satz 1 InsO).

#### IV. Vergleich der Insolvenzregeln für bewegliche und unbewegliche Mietgegenstände

3 Vergleichskriterien:

(1) Initiativlast:

---

17 So im Grundsatz auch Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, § 109 Rn. 68 f. (Stand 2023).

Bei *beweglichen Mietgegenständen* muss die Insolvenzverwaltung aktiv werden, will sie die Ansprüche und Rechte, die dem insolventen Mieter aus dem Mietvertrag zustehen, erhalten. Um (vor Gebrauchüberlassung) den Anspruch des Mieters auf Gebrauchüberlassung durchsetzen zu können bzw. (nach Gebrauchüberlassung) das Besitz- und Gebrauchsrecht des Mieters zu erhalten, muss sie erklären, dass die zukünftig anfallenden Mieten vollständig gezahlt werden und als Masseverbindlichkeiten gelten. Diese Entscheidung hat die Insolvenzverwaltung in den Fällen der noch ausstehenden Gebrauchüberlassung unverzüglich nach entsprechender Aufforderung des Vermieters und in den Fällen der bereits erfolgten Gebrauchüberlassung erst unverzüglich nach dem Berichtstermin zu fällen.

Bei *unbeweglichen Mietgegenständen* kann die Insolvenzverwaltung dagegen passiv bleiben, wenn die Rechte des Mieters aus dem Mietvertrag erhalten bleiben sollen. Indem das besondere Insolvenzmietvertragsrecht die laufenden Mieten für unbewegliche Sachen zu Masseverbindlichkeiten erklärt (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO), ist bereits kraft Gesetzes eine vorläufige Verwertungsentscheidung zugunsten einer Erhaltung der Mieterrechte getroffen. Die Insolvenzverwaltung muss nur dann aktiv werden, wenn sie das Mietverhältnis vorzeitig beenden will. Zu diesem Zweck räumt ihr das Insolvenzmietvertragsrecht spezielle Beendigungsrechte ein, insbesondere das Sonderkündigungsrecht mit gesetzlicher Frist nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO.

## (2) Zeit bis zur Beendigung des Mietverhältnisses

Der wichtigste Unterschied liegt darin, dass bei beweglichen Gegenständen das Mietverhältnis rascher beendet werden kann als bei unbeweglichen Sachen. Während bei beweglichen Gegenständen keine Fristen gelten – die Insolvenzverwaltung kann jederzeit entscheiden, das Gebrauchsrecht des Mieters nicht zu erhalten; der Vermieter kann daraufhin fristlos kündigen –, ist bei der Kündigung eines Mietvertrags über eine unbewegliche Sache durch die Insolvenzverwaltung die Dreimonatsfrist des § 109 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InsO einzuhalten.

## (3) Verteilungsstatus der Mietforderungen des Vermieters

keine Unterschiede !

- Mieten für die Zeit ab Erhaltungsentscheidung: Massestatus

bewegliche Gegenstände: § 55 Abs. 1 Ziff. 2 Var. 1

unbewegliche Gegenstände: § 108 Abs. 1 Satz 1

- Mieten für die Zeit ab Nichterhaltungsentscheidung: Verrechnung Modell  
§ 103 Abs. 2 Satz 1

bewegliche Gegenstände: § 103 Abs. 2 Satz 1

unbewegliche Gegenstände: sog. „Schadensersatz“ nach § 109 Abs. 1 Satz 3

- Mieten für die Zeit zwischen Eröffnung und Nichterhaltungsentscheidung:  
Massestatus

bewegliche Gegenstände: verfassungskonforme Auslegung der §§ 112, 55

unbewegliche Gegenstände: § 108 Abs. 1 Satz 1

Keine Unterschiede ergeben sich (nach Gebrauchsüberlassung) auch bei der Befriedigung derjenigen Mieten, die auf die Zeit zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Entscheidung der Insolvenzverwaltung, das Mietverhältnis nicht zu erhalten (bei beweglichem Mietgegenstand), bzw. der Wirksamkeit der Kündigung der Insolvenzverwaltung (bei unbeweglichem Mietgegenstand) entfallen. Zwar gibt es nur bei unbeweglichen Mietgegenständen eine gesetzliche Bestimmung, die diesen Mieten den Rang von Masseverbindlichkeiten ausdrücklich zuspricht (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO). Bei beweglichen Mietgegenständen führt eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 112, 55 InsO aber zu demselben Ergebnis.

- Mieten für die Zeit Kündigungssperre zwischen Antrag und Eröffnung:  
umstritten; evt. Massestatus (§§ 112, 55)

- Mieten vor Eröffnung (mit Ausnahme vorstehend): Insolvenzforderung

Bewegliche Gegenstände: § 105 Satz 1

unbewegliche Gegenstände: § 108 Abs. 3

(4) Fazit:

Wie man sieht, unterscheiden sich beide Rechtsregime nur wenig voneinander. Ob sich der Aufwand lohnt, der mit der Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Mietgegenständen im Insolvenzrecht einhergeht, muss daher bezweifelt werden.

## V. Exkurs: Die Wohnung des Schuldners

Handelt es sich bei dem vermieteten Raum um die Wohnung des Schuldners, gelten Besonderheiten:<sup>18</sup>

### 1. Verwertung: Die Rechte des insolventen Mieters

a) *vorläufige Verwertungsentscheidung durch das Gesetz (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO)*

Indem das Gesetz (in § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO) den Forderungen des Vermieters den Status von Masseforderungen verleiht (mit der Einschränkung des § 108 Abs. 3 InsO), ordnet es (vorläufig) die Erhaltung des Mietverhältnisses an.

b) *Korrektur dieser (vorläufigen) gesetzlichen Verwertungsentscheidung: Enthftungserklärung (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO)*

-- Die Insolvenzverwaltung des Mieters kann die vorläufige Erhaltungentscheidung des Gesetzes aufheben. Wie diese Aufhebung erfolgt und was an die Stelle der vorläufigen Erhaltung des Mietverhältnisses tritt, ist bei Wohnungsmietverträgen anders ausgestaltet als bei sonstigen Grundstücken und Räumen.

---

18 Übersicht bei Münchener Kommentar zur InsO (Eckert / Hoffmann), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 109 Rn. 49-62.

- bei Wohnung: *kein* Sonderkündigungsrecht der Insolvenzverwaltung des Mieters (= im Gegensatz zu sonstigen Grundstücken und Räumen, § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO)  
stattdessen: Recht der Insolvenzverwaltung des Mieters, die „Erklärung“ des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abzugeben (sog. *Enthaftungserklärung*).
- Wirkungen dieser „Erklärung“:
  - (1) Mietforderungen, die *nach* dem Zeitpunkt fällig werden, der sich aus § 109 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InsO ergibt (d.h. nach Ablauf von drei Monaten nach Abgabe der „Erklärung“ bzw. nach Ablauf derjenigen Frist, die das Mietvertragsrecht des BGB für die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch den Mieter vorsieht, falls diese Frist kürzer als drei Monate ist): kein Status von Masseverbindlichkeiten mehr (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO)  
Mit der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO wird eine Ausnahme von § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO und von § 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 2 InsO geschaffen.
  - (2) subsidiäre Haftung für die erwähnten Mietforderungen: Die Haftung des Insolvenzvermögens endet; das Insolvenzvermögen haftet für diese Mietforderungen grundsätzlich nicht mehr (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO). Es kann aber zu einer subsidiären Haftung des Insolvenzvermögens kommen, wenn der Schuldner die Mietforderungen nicht bezahlt („Schadensersatz“ nach § 109 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 InsO).
  - (3) *keine* Beendigung des Mietverhältnisses (= Unterschied zu sonstigen Grundstücken und Räumen)<sup>19</sup>
- Anmerkung zur Insolvenzpraxis: Die Wirkungen des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO werden in der Insolvenzpraxis teilweise recht missverständlich zum Ausdruck gebracht.

---

<sup>19</sup> Der Fall kann sich jedoch so entwickeln, dass der Vermieter zur fristlosen Kündigung berechtigt ist. Dazu unter „Verteilung“.

Es wird formuliert, dass „die Masse aus dem Mietverhältnis ausscheide“ oder dass „das Vertragsverhältnis von der Masse auf den Schuldner über[geleitet werde]“.<sup>20</sup> Diese Ausdrucksweisen sind juristisch unzutreffend. Da das Insolvenzvermögen nicht Partei des Mietvertrags ist (und auch nicht durch § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO geworden ist) und mangels Rechtsfähigkeit auch gar nicht Vertragspartei sein kann, kann das Insolvenzvermögen auch nicht (als Partei) aus dem Mietverhältnis „ausscheiden“.

c) *Verwertungsoptionen*

- entweder: Erhaltung des Mietverhältnisses (indem die Insolvenzverwaltung die vorläufige Erhaltungsentscheidung des Gesetzes nicht abändert und die „Erklärung“ des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht abgibt)
- oder: Überlassung des Mietverhältnisses einem ungewissen Schicksal, welches vom weiteren Verhalten des Schuldners abhängt (insbesondere davon, ob der Schuldner dafür sorgt, dass die erwähnten Mietforderungen des Vermieters aus den Teilen seines Vermögens, die nicht unter Insolvenzverwaltung stehen (d.h. die nicht zum Insolvenzvermögen gehören), vollständig bezahlt werden)
- Kriterium für Verwertungsentscheidung: Vergleich des Nutzens, den das Mietverhältnis innerhalb des Insolvenzvermögens (und damit für die Gläubiger des Schuldners) stiftet, mit dem Aufwand, der aus dem Insolvenzvermögen zur Erhaltung des Mietverhältnisses bestritten werden muss (= vollständige Erfüllung der erwähnten Mietforderungen).

---

<sup>20</sup> Berichtet von Münchener Kommentar zur InsO (Eckert), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 109 Rn. 56 (nicht mehr in der 4. Aufl.).



d) *Ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch die Insolvenzverwaltung?*

-- Frage: Kann die Insolvenzverwaltung das Recht des Schuldners ausüben, das Mietverhältnis durch *ordentliche* Kündigung zu beenden?

-- § 80 Abs. 1 InsO: grundsätzlich werden die Rechte, die der Schuldner hat, durch seine Insolvenzverwaltung ausgeübt. Das gilt auch für die Kündigungsrechte, die der Schuldner als Mieter hat.

-- Problem: Hat das Rechtsinstitut der „Enthftungserklärung“ (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO) auch die Funktion, der Insolvenzverwaltung die Macht zu entziehen, das Recht des Mieters zur ordentlichen Kündigung auszuüben?

-- Antwort: h.M.: ja.<sup>21</sup>

zwar Wortlaut: Enthftungserklärung ersetzt lediglich das Sonderkündigungsrecht, das die Insolvenzverwaltung durch § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO erhält. Das Recht des Mieters zur ordentlichen Kündigung wird hiervon nicht tangiert.

aber Zweck: Das Rechtsinstitut der Enthftungserklärung soll bewirken, dass es nunmehr in den Händen des Schuldners liegt, ob er die zukünftigen Mieten aus den Teilen seines Vermögens zahlt, die nicht unter Insolvenzverwaltung stehen. Damit soll der Schuldner die Option haben, selbst für einen Fortbestand des Mietvertrags zu sorgen. Diese Option soll ihm nicht dadurch vorenthalten werden, dass die Insolvenzverwaltung das Recht des Mieters zur ordentlichen Kündigung ausübt.

-- Ergebnis: Nach Abgabe der Enthftungserklärung liegt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Mietverhältnis wieder beim Mieter; nur

---

21 Münchener Kommentar zur InsO (Eckert / Hoffmann), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 109 Rn. 51.

er allein kann entscheiden, ob er das Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses ausübt.<sup>22</sup>

## 2. Verteilung: Die Rechte des Vermieters

Welche Rechte der Vermieter hat und wie diese ggf. aus dem Insolvenzvermögen befriedigt werden, hängt von der Verwertungsentscheidung ab, die die Insolvenzverwaltung des insolventen Mieters getroffen hat.

*1. Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, es bei der vorläufigen gesetzlichen Entscheidung, das Mietverhältnis zu erhalten, zu belassen*

- Die Mietforderungen des Vermieters haben Massestatus (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO).
- Ausnahme: § 108 Abs. 3 InsO
- Rückausnahme: Mietforderungen für die Zeit der Kündigungssperre (Zeit zwischen Insolvenzantrag und Verfahrenseröffnung): Massestatus (umstritten)
- Kein Kündigungsrecht des Vermieters.  
Bestand vor dem Insolvenzverfahren ein Grund zur fristlosen Kündigung, der von § 112 InsO erfasst wird, so ist dieses Kündigungsrecht erloschen (wenn die Insolvenzverwaltung die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht abgibt).

---

<sup>22</sup> BGH, 9.4.2014, VIII ZR 107/13.

2. Fall: Entscheidung der Insolvenzverwaltung des Mieters, das Mietverhältnis, die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abzugeben

aa) Befriedigung der Mietforderungen des Vermieters

-- Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis Wirksamwerden der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO: Massestatus (§ 108 Abs. 1 Satz 1 InsO)

-- Mietforderungen nach dem genannten Zeitpunkt (also nach dem Wirksamwerden der Enthftungserklärung):

primär: Befriedigung aus dem insolvenzfrem Vermögen des Schuldners (d.h. aus denjenigen Teilen des Vermögens des Schuldners, die nicht unter Insolvenzverwaltung stehen)

dazu gehören: Arbeitseinkommen und Renten, soweit nicht pfändbar (§ 36 InsO); staatliche Sozialleistungen (wie Arbeitslosengeld, Sozialhilfe und ähnliche Leistungen)

Werden die genannten Mietforderungen des Vermieters aus diesen Quellen nicht vollständig befriedigt, haftet subsidiär das Insolvenzvermögen.

-- subsidiäre Haftung des Insolvenzvermögens (für die Mietforderungen nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung):

sog. Schadensersatzanspruch nach § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO (m.E.: wie Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO)

-- Mietforderungen anderer Zeitphasen:

Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens: nur Insolvenzforderung (Wertung des § 108 Abs. 3 InsO)

Rückausnahme: Zeit zwischen Insolvenzantrag und Eröffnung des Insolvenzverfahrens: Massestatus (wegen Kündigungssperre des § 112 InsO)

*bb) Recht des Vermieters zu fristloser Kündigung*

- Ob der Vermieter berechtigt ist, das Mietverhältnis durch fristlose Kündigung vorzeitig zu beenden, hängt vom Verhalten des Mieters ab.
- Gelingt es dem Mieter, die Mietforderungen (ab Wirksamwerden der Enthaltungserklärung) vollständig zu bezahlen (aus dem insolvenzfremden Teil seines Vermögens), hat der Vermieter keinen wichtigen Grund.
- Kommt der Mieter den erwähnten Mietforderungen jedoch nicht nach, so kann daraus ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung durch den Vermieter erwachsen. Das beurteilt sich nach dem Mietvertragsrecht des BGB (und dort den Regeln über Wohnraummietverhältnisse).
- Kündigungssperre des § 112 InsO?  
Wenn die Insolvenzverwaltung des Mieters an dem Gebrauchsrecht nicht interessiert ist und daher die Erklärung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgibt, entfällt die Kündigungsschranke des § 112 InsO mit Ablauf der Dreimonatsfrist, und der Vermieter kann seine bislang suspendierten Kündigungsrechte wieder ausüben.<sup>23</sup>  
  
Die Kündigungssperre des § 112 InsO ist mit Ablauf der Dreimonatsfrist entfallen; mit der Erklärung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO bringt die Insolvenzverwaltung zum Ausdruck, dass sie das Recht des Mieters zum Gebrauch der Immobilie nicht für die Insolvenzgläubiger nutzen möchte; damit hat die Kündigungssperre ihren Zweck erfüllt.
- Das gilt allerdings nicht für alte Zahlungsrückstände:

---

23 Münchener Kommentar zur InsO (Eckert / Hoffmann), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 109 Rn. 59. Vgl. auch Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, § 109 Rn. 91-93 (Stand 2023) (Wegfall der Kündigungssperre bereits im Zeitpunkt der Abgabe der Haftungsbeschränkungserklärung).

Der Vermieter kann seine fristlose Kündigung nicht auf Verzögerungen von Mietzahlungen aus der Zeit vor dem Insolvenzantrag stützen.<sup>24</sup> Dies würde der Wertung des § 108 Abs. 3 InsO widersprechen. Nach dieser Regelung werden die auf die Zeit vor Verfahrenseröffnung entfallenden Mieten selbst dann nicht vollständig, sondern nur quotal befriedigt, wenn die Insolvenzverwaltung keine Abwehrerklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgibt und die laufenden Mieten daher den Status von Masseverbindlichkeiten behalten. Schließt das Gesetz bei einer Nutzung des Gebrauchsrechts des Mieters eine vollständige Befriedigung (und damit auch eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzögerungen vor dem Insolvenzantrag) aus, muss dasselbe in den Fällen gelten, in denen die Ablehnungserklärung abgegeben wird. Anderenfalls würde man den Mieter zur vollständigen Zahlung der Mieten, die sich auf die Zeit vor dem Insolvenzantrag beziehen, zwingen, obwohl selbst bei einer Beibehaltung des Massestatus ein solcher Zwang nicht bestände.

- Damit der Vermieter fristlos kündigen kann: Es muss ein (neuer) Grund zur fristlosen Kündigung bestehen, eventuell nach § 569 Abs. 3 BGB.

Einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung erlangt der Vermieter erst dann, wenn Mieten, die auf die Zeit nach Wirksamwerden der Abwehrerklärung entfallen, im Ausmaß der §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 3, 569 Abs. 3 BGB verzögert sind.<sup>25</sup> Die fristlose Kündigung des Vermieters bewirkt, dass der Vermieter die Mietforderungen, die bis zur ordentlichen Beendigung des Mietverhältnisses angefallen wären, verliert.

---

24 Anders Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, § 109 Rn. 93 (Stand 2023); Münchener Kommentar zur InsO (*Eckert / Hoffmann*), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 109 Rn. 59 (lediglich Möglichkeit des § 569 Abs. 3 Ziff. 2 BGB).

25 Vgl. auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 20.51b.

### 3. Gesamtbild

- Situation: Der Mietvertrag verursacht höhere Kosten, als er Nutzen stiftet – aus der Perspektive der Gläubiger des (insolventen) Mieters.
- Verwertungsentscheidung: Die Insolvenzverwaltung des Mieters gibt die Enthaltungserklärung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO ab.
- Wirkung: Der Insolvenzschuldner behält die Möglichkeit, seine Mietwohnung zu behalten.

Der Mieter erhält die Gelegenheit, innerhalb von drei Monaten Mittel aufzutreiben (ggf. aus Arbeitslosengeld, Sozialhilfe oder anderen staatlichen Sozialleistungen), um die neuen Mieten vollständig bezahlen zu können.

Andernfalls würde der Vermieter aufgrund neuer Mietrückstände das Recht erlangen, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen.

- faktische Unterschiede zu Nicht-Wohnungen (die die spezielle Regelung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO erklären können):

Arbeitseinkommen: Soweit die Mietkosten der Wohnung zum notwendigen Lebensunterhalt gehören, sind sie in den Beträgen enthalten, in deren Höhe das Arbeitseinkommen des Schuldners nicht gepfändet werden darf (§ 36 Abs. 1 InsO, § 850c ZPO).

Schuldner ohne Arbeitseinkommen: Zur Zahlung von Wohnungsmiete gibt es staatliche Sozialleistungen, die die Wohnbedürfnisse jedes Schuldners abdecken. (Wohngeld, Arbeitslosengeld, Hartz-IV, Sozialhilfe)

mithin: In aller Regel lassen sich die Mittel auftreiben, die für die künftigen Mietzahlungen benötigt werden. (Grenze: Luxuswohnung, die zu aufwendig für den Schuldner ist.)

- Zweck des Rechtsinstituts der Enthaltungserklärung: es dem Mieter zu ermöglichen, den Mietvertrag zu erhalten, obgleich der Mietvertrag – aus

der Perspektive der Gläubiger des Mieters – mehr Kosten verursacht, als er Nutzen stiftet.

24. 5. 2024 vorläufige Fassung; Änderungen vorbehalten