

12. MIETWOHNUNG IN DER INSOLVENZ

PROBLEM

Was geschieht mit dem Wohnraum-Mietverhältnis des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens? Kann das Mietverhältnis gekündigt werden und wem stehen Mietkaution und Guthaben aus Nebenkosten zu?

FALL

Frau S schuldet ihrem Vermieter im laufenden Jahr insgesamt 3 Monatsmieten. Der Vermieter droht deswegen die Kündigung des Mietverhältnisses an. Nun wurde über das Vermögen von Frau S das Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet und sie ist unsicher, wie sie sich gegenüber ihrem Vermieter verhalten soll. Frau S möchte wissen, ob

- der Vermieter oder der Insolvenzverwalter das Mietverhältnis kündigen dürfen und
- sie zum Erhalt des Mietverhältnisses die Mietrückstände zahlen muss oder
- es reicht, die laufenden Zahlungen seit Insolvenzeröffnung zu leisten.

Grundsätzlich wäre sie aber auch bereit umzuziehen und möchte wissen, was in diesem Fall mit ihrer geleisteten Mietkaution und eventuellem Guthaben aus der Betriebskostenabrechnung geschieht.

LÖSUNG

1. Der Insolvenzverwalter darf das Mietverhältnis nicht kündigen, sondern nur die sog. "Enthftungserklärung" gem. § 109 Abs. 1 S. 2 InsO aussprechen.
2. Die Kündigungssperre des § 112 InsO wegen Zahlungsrückständen vor dem Eröffnungsantrag greift dabei nur noch für den Zeitraum ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zum Wirksamwerden der Enthftungserklärung.
3. Der Vermieter kann anschließend auch wegen Zahlungsrückständen aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Mietverhältnis wieder kündigen, ebenso wegen neuer Mietrückstände nach Insolvenzeröffnung, sofern die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 BGB erfüllt sind.
4. Die Mietkaution und weitere fällige Forderungen aus dem Mietverhältnis sind zunächst vom Insolvenzbeschluss erfasst, stehen nach wirksamer Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters aber wieder dem Schuldner zu.
5. Der Vermieter kann mit eigenen Forderungen aus dem Mietverhältnis aufrechnen, soweit der Sicherungszweck der Mietkaution reicht.

HINTERGRUND

1. Bisheriges Recht

Nach bisherigem Recht bewahrte die Kündigungssperre gem. § 112 InsO den Schuldner im Insolvenzverfahren vor einer Kündigung seines Wohnraummietverhältnisses durch den Vermieter: Bestanden im ungekündigten Mietverhältnis Zahlungsrückstände aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nahmen sie am Insolvenzverfahren teil, ohne dass die Wohnungslosigkeit drohte. Man konnte also auch mit hohen Mietrückständen in die Insolvenz „flüchten“ und in der Beratungspraxis mussten dann nur neue Mietschulden vermieden werden, um das Mietverhältnis zu erhalten.

2. Rechtsprechung des BGH

Nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann jetzt jedoch der Vermieter nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung (vgl. 2.2) des Insolvenzverwalters gem. § 109 Abs. 1 S. 2 InsO das Mietverhältnis auch wegen Mietrückständen aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung kündigen.¹

Der Schutz der Kündigungssperre gem. § 112 InsO wird mit dieser Entscheidung erheblich eingeschränkt und greift nur noch für den – oft kurzen – Zeitraum zwischen Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Wirksamwerden der Enthaltungserklärung.

Daneben hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Anspruch des Schuldners auf Rückzahlung einer die gesetzliche Höhe (von drei Monatsraten) nicht überschreitenden Mietkaution vom Insolvenzbeschluss frei wird, wenn der Insolvenzverwalter für das Wohnraummietverhältnis die Enthaltungserklärung gem. § 109 Abs. 1 S. 2 InsO abgibt.²

Bislang war eine nach Insolvenzeröffnung frei werdende Mietkaution ein beliebter Verwertungsgegenstand für Insolvenzverwalter, für die in vielen Fällen auch die Nachtragsverteilung angeordnet wurde, um jedenfalls einen Teil der Verfahrenskosten zu decken.

Nach der nun erfolgten Feststellung des Bundesgerichtshofs steht grundsätzlich die nach der Enthaltung frei werdende Mietkaution trotz laufenden Verbraucherinsolvenzverfahrens wieder den Schuldnern zu.

Diese und weitere auf die Enthaltungserklärung des Insolvenzverwalters bezogenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs haben erhebliche Auswirkungen auf die mietrechtlichen Ansprüche im Verhältnis zwischen dem Schuldner (Mieter), Vermieter und Insolvenzverwalter in der Insolvenz des Mieters.

¹ BGH Urteil v. 17.6.2015 – VIII ZR 19/14, NZI 2015, 809

² BGH Beschluss v. 16.3.2017 - IX ZB 45/15, NZI 2017, 444 + NZM 2017, 437

12. Mietwohnung in der Insolvenz

Die früher in Verbraucherinsolvenzverfahren wenig beachtete Enthftungserklärung stellt deswegen nun eine entscheidende Zäsur für das Wohnraummietverhältnis des Schuldners dar, die in der Beratung zu beachten ist.

Für den Vertrag, die Rechte und Ansprüche der Beteiligten aus dem Mietverhältnis ist im Insolvenzverfahren des Mieters also immer genau zu unterscheiden, wer welche Forderung für welchen Zeitraum geltend macht:

- fällige Ansprüche / Rechte vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- fällige Ansprüche / Rechte während des Haftungszeitraums der Insolvenzmasse
- fällige Ansprüche / Rechte nach Wirksamkeit der Enthftungserklärung

In diesem Zusammenhang werden nachfolgend auch grundsätzlich in der Praxis häufig auftretende Fragen zum Mietverhältnis in der Insolvenz behandelt.

2.1 (Fort-)Bestand des Wohnraum-Mietverhältnisses nach Insolvenzeröffnung

Ein bis Insolvenzantragstellung ungekündigtes Mietverhältnis besteht nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, § 108 InsO, und wird zwischen Insolvenzverwalter und Vermieter als Vertragsparteien fortgesetzt.

Handelt es sich bei dem Mietverhältnis um die vom Insolvenzschuldner genutzte Wohnung, verliert dieser jedoch nicht sämtliche Verfügungsrechte: er behält alleine das Nutzungsrecht an der Wohnung, so dass der Insolvenzverwalter z.B. keine Schlüssel für die Wohnung fordern oder die Wohnung ohne Zustimmung des Schuldners betreten darf. Ebenso wenig darf er verlangen, dass der Schuldner in eine preiswertere Wohnung umzieht.

Die Entscheidungsbefugnis, ob er das Mietverhältnis fortsetzen oder für einen Umzug beenden will, bleibt beim Schuldner selber.³

2.2 Enthftungserklärung

Im Gegensatz zu vielen anderen Dauerschuldverhältnissen darf der Insolvenzverwalter das Mietverhältnis über die vom Schuldner genutzte Wohnung nicht kündigen.

An die Stelle der Kündigung tritt die sog. Enthftungserklärung, § 109 Abs. 1 S. 2 InsO:

Dies ist die – in der Regel schriftliche – Mitteilung des Insolvenzverwalters an den Vermieter, dass nach Insolvenzeröffnung fällig werdende Ansprüche aus dem Mietverhältnis nur bis zu einer bestimmten Frist gegen die Insolvenzmasse geltend gemacht werden können (Vermeidung von Masseverbindlichkeiten).

³ Uhlenbruck, § 109 InsO, Rn. 17c

12. Mietwohnung in der Insolvenz

Diese Frist entspricht der für das konkrete Mietverhältnis geltenden Kündigungsfrist, maximal jedoch drei Monate zum Monatsende, berechnet ab dem Zugang der Erklärung beim Vermieter. Diese Erklärungsfrist gilt auch für befristete, nicht ordentlich kündbare Mietverhältnisse.

Gibt der Insolvenzverwalter die Erklärung also direkt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab, haftet die Insolvenzmasse nur kurze Zeit für Forderungen aus dem Mietverhältnis.

Beispiel: Insolvenzeröffnung am 7.3.2018

Zugang der Enthftungserklärung beim Vermieter am 25.3.2018

Haftungszeitraum der Insolvenzmasse bis max. 30.6.2018.

Nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung ist der Schuldner wieder allein verwaltungs- und verfügungsberechtigt über das Mietverhältnis und alleiniger Vertragspartner des Vermieters.⁴ Mit der Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters erfolgt also eine vollständige Freigabe des Mietverhältnisses aus dem Insolvenzverfahren.

Die Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters ist nicht fristgebunden, kann also grundsätzlich während des gesamten Insolvenzverfahrens bis zur Aufhebung abgegeben werden. Gibt der Insolvenzverwalter keine Enthftungserklärung ab, geht spätestens mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis wieder auf den Schuldner über.⁵

Erfolgt keine Enthftungserklärung, stellt sich die Frage, ob zugunsten der Insolvenzmasse, ggf. im Wege der Nachtragsverteilung, noch ein Verwertungszugriff für Ansprüche aus dem Mietverhältnis erfolgen kann (vgl. unten zur Mietkaution und Nebenkosten).

In der Regel wird der Insolvenzverwalter die Enthftungserklärung aber abgeben und frühzeitig zwar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, um das Risiko für die Insolvenzmasse zu vermeiden, dass der Schuldner die Miete nicht zahlt oder weiteren Pflichten aus dem Mietvertrag (z.B. Verkehrssicherungspflichten) nicht nachkommt. Außerdem hat der Insolvenzverwalter ein Eigeninteresse an der Enthftung, da er für Neumasseverbindlichkeiten gem. § 209 Abs. 2 S. 2 InsO nach Ablauf der Kündigungsfrist u.U. persönlich haftet.

2.3 Kündigung des Mietverhältnisses

War bereits vor dem Insolvenzantrag wirksam gekündigt, sei es durch den Schuldner als Mieter oder durch den Vermieter, wird das Mietverhältnis hierdurch zur Kündigungsfrist

⁴ BGH, Urteil vom 22.5.2014, IX ZR 136/13, NZI 2014, 614

⁵ Uhlenbruck/Wegener, § 200 InsO, Rn. 17

12. Mietwohnung in der Insolvenz

beendet. Der Mietvertrag besteht dann im Insolvenzverfahren nicht mehr als gegenseitiger Vertrag i.S.d. § 103 InsO fort, sondern nur noch als Abwicklungsverhältnis. Weitere Kündigungserklärungen im Insolvenzverfahren scheiden hierdurch aus.

Für die **Kündigung im Insolvenzverfahren** gilt Folgendes:

2.3.1 Kündigung durch den Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter darf das Wohnraum-Mietverhältnis des Schuldners nicht kündigen, an die Stelle des Kündigungsrechts tritt die Enthaltungserklärung.

Wohnt der Insolvenzschuldner nicht zur Miete, sondern als Mitglied in einer Genossenschaftswohnung, greift die Sonderregelung des § 67c GnG: der Insolvenzverwalter darf die Genossenschaftsanteile nur kündigen, wenn das Geschäftsguthaben zwei Obergrenzen überschreitet

- das Vierfache des monatlichen Nutzungsgrundentgelts *oder*
- einen Betrag von 2.000,00 €

Das bedeutet, dass die Anteile, die im Rahmen dieser Höchstgrenzen satzungsgemäß oder vereinbarungsgemäß Voraussetzung für die Nutzung der Genossenschaft sind, nicht gekündigt werden können. Dies dient wiederum dem Schutz der Wohnung des Schuldners.

Darüber hinausgehende freiwillige Genossenschaftsanteile können dagegen als freie, pfändbare Vermögenswerte gekündigt und zur Insolvenzmasse gezogen werden.

2.3.2 Kündigung durch den Schuldner

Ob dagegen der Schuldner selber als ursprüngliche Partei des Mietvertrags ein Kündigungsrecht hat, ist im Haftungszeitraum der Insolvenzmasse (nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber vor Wirksamwerden der Enthaltungserklärung) umstritten.

In der Literatur wird vielfach davon ausgegangen, dass die Aktivlegitimation zur Kündigung beim Schuldner verbleibt und insofern der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter, § 80 InsO, eingeschränkt ist.⁶

Teilweise wird aber auch vertreten, dass der Schuldner, das Mietverhältnis während des Haftungszeitraums der Insolvenzmasse nur wirksam beenden kann, wenn er gemeinsam mit dem Insolvenzverwalter kündigt.⁷

Dies erscheint für die Beratungspraxis aber wenig praktikabel und auch mit Blick auf den in der Regel kurzen Haftungszeitraum der Insolvenzmasse wenig sinnvoll.

⁶ Uhlenbruck/Wegener, §109 InsO, Rn. 17c

⁷ MüKo/Eckert, §109 InsO, Rn. 55

12. Mietwohnung in der Insolvenz

Jedenfalls nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters, liegt das volle Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das Mietverhältnis wieder beim Schuldner, so dass er dann auch ohne Weiteres wieder gegenüber dem Vermieter das Mietverhältnis wirksam kündigen kann.

Für den Schuldner ist es also wichtig zu erfahren, ob und zu welcher Frist die Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters erfolgt ist.

2.3.3 Kündigung durch den Vermieter

Für den Vermieter stellen sich die Kündigungsmöglichkeiten im Verbraucherinsolvenzverfahren differenziert dar:

Der Vermieter kann auch im Verbraucherinsolvenzverfahren das Mietverhältnis wegen allgemein zulässiger oder vertraglicher Gründe ordentlich kündigen (z.B. Eigenbedarf oder in der Person des Mieters liegende Gründe).

Der Bundesgerichtshof hat auch die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung, im entschiedenen Fall wegen einer Täuschung des Vermieters bei Vertragsschluss, bestätigt.⁸

Wegen Zahlungsrückständen für den Zeitraum vor Insolvenzantrag oder Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners darf der Vermieter das Mietverhältnis jedoch **zunächst** nicht kündigen, **Kündigungssperre gem. § 112 InsO**.

An dieser Stelle hat nun das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.6.2015 (Fn.1) erhebliche Auswirkungen auf die Beratungspraxis: wurde zuvor die Schutzrichtung des §112 InsO oftmals schuldnerfreundlich ausgelegt und davon ausgegangen, dass eine Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsrückständen aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens langfristig ausgeschlossen war, hat der Bundesgerichtshof in diesem Urteil nunmehr klargestellt, dass die Kündigungssperre ausschließlich den Zeitraum zwischen Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zum Wirksamwerden der Enthftungserklärung gem. § 109 Abs. 1 S.2 InsO betrifft:

„Die Kündigungssperre des § 112 InsO gilt nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO weder im Insolvenzverfahren noch in dem sich daran anschließenden Restschuldbefreiungsverfahren.

Nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung sind rückständige Mieten, mit deren Zahlung der Mieter bereits vor Insolvenzantragstellung in Verzug geraten war, bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer (auch) hierauf gestützten fristlosen Kündigung des Vermieters nach § 543 BGB zu berücksichtigen.

Der Verzug des Mieters mit der Entrichtung der Miete endet nicht mit der Insolvenzeröffnung.“

⁸ BGH, Urteil vom 9.4.2014., VIII ZR 107/13, NZI 2014, 452

12. Mietwohnung in der Insolvenz

Damit droht bei bestehenden Mietrückständen bereits kurze Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wieder die Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter!

Der Vermieter kann demnach sogar dann kündigen, wenn ein Teil des Zahlungsrückstands vor dem Insolvenzantrag entstanden ist und ein Teil nach dem Antrag bzw. im Insolvenzverfahren, solange insgesamt die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfüllt werden:

- **Verzug** mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete für **zwei aufeinander folgende Termine** oder
- einem Zeitraum der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, **in Höhe eines Betrags, der die Miete für zwei Monate erreicht.**

In Folge dieser Rechtsprechung besteht also bei Mietrückständen vor Insolvenzantragstellung und deshalb drohender Kündigung des Mietverhältnisses Handlungsbedarf:

Wurde vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine **Regulierung der Mietschulden** und ggf. **Kündungsverzicht** mit dem Vermieter erreicht, sollte eine Einigung mit dem Insolvenzverwalter gesucht werden, dass dieser die Enthftungserklärung im Insolvenzverfahren später abgibt, um einen längeren Regulierungszeitraum für die Mietrückstände zu gewinnen.

Bei vollständiger Zahlung vor Ausspruch der Kündigung kann die Unwirksamkeit der Vermieterkündigung gem. § 543 Abs. 2 S. 1 BGB erreicht werden. Voraussetzung für die Bereitschaft des Insolvenzverwalters, den Haftungszeitraum der Insolvenzmasse zu verlängern, wird regelmäßig die pünktliche Zahlung der laufenden Miete durch den Schuldner sein.

Die pünktliche laufende Mietzahlung ist auch notwendig, um eine Kündigung wegen neuer Mietrückstände zu vermeiden.

Sofern eine Übernahme der Mietschulden durch eine öffentliche Stelle nicht erreicht werden kann, steht für die Zahlung auf die Mietrückstände während des Insolvenzverfahrens nur das unpfändbare Einkommen des Insolvenzschuldners zur Verfügung (vgl. Arbeitshilfe „Zahlungen aus dem Unpfändbaren“).

Ein Verstoß gegen § 295 Abs. 1 Nr. 4 InsO (kein Sondervorteil für einen Insolvenzgläubiger) liegt laut dem o.g. BGH-Urteil bei einer Zahlung auf Mietrückstände aus dem Unpfändbaren nicht vor, so dass eine Versagung der Restschuldbefreiung deswegen nicht droht.

Wird nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Kündigung durch den Vermieter ausgesprochen, ist in einem ersten Schritt deren Wirksamkeit zu prüfen:

- Während des Haftungszeitraums der Insolvenzmasse kann der Vermieter nur gegenüber dem Insolvenzverwalter kündigen. Kündigt er in diesem Zeitraum

12. Mietwohnung in der Insolvenz

ausschließlich gegenüber dem Schuldner als Mieter, ist die Kündigung unwirksam. Eine wirksame Kündigung des Vermieters kann in diesem Zeitraum nur wegen anderer Gründe als der in § 112 InsO genannten erfolgen (d.h. nicht wegen Zahlungsrückständen vor Insolvenzeröffnung). Ansonsten greift hier die Kündigungssperre.

- Nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung hat die Kündigung des Vermieters wieder gegenüber dem Schuldner zu erfolgen. Kündigt er in diesem Zeitraum ausschließlich gegenüber dem Insolvenzverwalter, ist die Kündigung unwirksam.
- Eine zuvor unwirksame Kündigung des Vermieters lebt auch nicht später wieder auf: entfällt die Sperrwirkung des § 112 InsO, muss der Vermieter, sofern er eine Kündigung (auch) auf die vor dem Eröffnungsantrag aufgelaufenen Rückstände stützen will, erneut kündigen. Eine verfrühte und damit fehlgeschlagene Kündigung wegen Mietzahlungsverzugs kann nicht wieder aufleben.⁹

Ist danach zunächst von einer Wirksamkeit der Vermieterkündigung auszugehen, richtet sich das weitere Vorgehen in der Beratung nach allgemeinen Grundsätzen außerhalb des Insolvenzverfahrens. Neben Verhandlungen mit den öffentlichen Stellen zur Übernahme der Mietschulden oder Vermittlung einer Ersatzwohnung und Verhandlungen mit dem Vermieter (Zahlungsvereinbarung, [Teil-]Verzicht, Stundung Kündigungsverzicht etc.) ist wegen möglicher mietrechtlicher Maßnahmen ggf. an den Mieterverein oder Rechtsanwalt zu verweisen.

3. Mietkaution

Hinsichtlich der Mietkaution ist möglichst bereits im Vorfeld der Insolvenzantragstellung zu klären, durch wen und in welcher Form diese geleistet wurde.

Wurde die Mietsicherheit in Form einer Bürgschaft (oder Verpfändung, Kautionsversicherung o.ä.) geleistet, entsteht bei Beendigung des Mietverhältnisses kein (Rück-) Zahlungsanspruch zugunsten des Mieters oder der Insolvenzmasse.

Hat ein Dritter die Mietkaution gezahlt, ist zu prüfen, ob für die Rückzahlung an diesen eine wirksame Sicherungsvereinbarung getroffen wurde.

Wurde die Mietsicherheit durch eine öffentliche Stelle geleistet, besteht in der Regel eine Abtretungserklärung an den Leistungsträger, so dass die Mietkaution nicht frei zur Insolvenzmasse zur Verfügung steht. Wichtig in diesem Zusammenhang ist eine Entscheidung des Bundessozialgerichts, in der klar gestellt wurde, dass der Leistungsträger einen direkten Zahlungsanspruch gegen den Vermieter hat.¹⁰ Die Mietkaution fließt in diesen Fällen also nicht an den Schuldner und damit auch nicht zur Insolvenzmasse.

⁹ Börstinghaus, NZM 2000, 326)

¹⁰ BSG Beschluss. v. 29.6.2015 – B 4 AS 11/14 R, BeckRS 2016, 70110

12. Mietwohnung in der Insolvenz

Für die Insolvenzmasse relevant wird nur der sog. Rückgewähranspruch, wenn der Schuldner bei Einzug in seine derzeitige Wohnung eine Kautionszahlung an den Vermieter geleistet hat. Die an den Vermieter geleistete Zahlung der Kautionszahlung ist kein bei Insolvenzeröffnung feststehender Vermögenswert, der automatisch in die Insolvenzmasse fällt.

Der aus der Sicherheitsleistung folgende Rückzahlungsanspruch besteht nämlich nur aufschiebend bedingt für den Fall

- der Beendigung des Mietverhältnisses,
- erst wenn die Abrechnungsfrist abgelaufen und
- das Sicherungsbedürfnis des Vermieters entfallen ist.

Dieser Rückgewähranspruch bei Beendigung des Wohnraum-Mietverhältnisses des Schuldners im Insolvenzverfahren war bislang häufig ein begehrter Massewert, für den in vielen Fällen auch die Nachtragsverteilung angeordnet wurde mit der Folge, dass der Betrag dem Schuldner z.B. nicht für die Leistung der Mietsicherheit in einem neuen Mietverhältnis zur Verfügung stand.

Dies ist nach der nun geltenden Rechtsprechung nicht mehr zulässig, da der Rückzahlungsanspruch nur noch bis zum Wirksamwerden der Enthaltungserklärung gem. § 109 Abs. 1 S.2 InsO in die Insolvenzmasse fällt:

„Gibt der Insolvenzverwalter für das Wohnraum-Mietverhältnis des Schuldners eine Enthaltungserklärung ab, wird der Anspruch des Schuldners auf Rückzahlung einer die gesetzlich zulässige Höhe nicht übersteigenden Mietkaution vom Insolvenzbeschluss frei.“ (BGH, Fn. 2).

Nur in dem kurzen Zeitraum zwischen Insolvenzeröffnung und Wirksamwerden der Enthaltungserklärung ist der Insolvenzverwalter also hinsichtlich einer frei werdenden Mietkaution verfügungsberechtigt und kann den Betrag vom Vermieter zur Insolvenzmasse fordern.

Eine über die gesetzlich zulässige Höhe der Mietkaution, § 551 Abs. 1 S. 3 + 4 BGB, geleistete Sicherheit fällt dagegen als Bereicherungsanspruch voll in die Insolvenzmasse.

Nach der Enthaltung hat der Schuldner wieder die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über seine Ansprüche aus dem Mietverhältnis und kann vom Vermieter Zahlung an sich fordern, ohne sein Insolvenzverfahren zu gefährden.

Diese Entscheidung bedeutet zugleich auch, dass in noch laufenden Verbraucherinsolvenzverfahren, in denen der Insolvenzverwalter die Mietkautions-Rückzahlung schon vom Vermieter erhalten, aber noch keine Verteilung an die Gläubiger vorgenommen hat, der Schuldner die Zahlung an sich zurück fordern kann!

12. Mietwohnung in der Insolvenz

Im Zusammenhang mit dieser Enthaltungs-Rechtsprechung sind bislang allerdings noch zwei Fragen ungeklärt:

3.1 Was passiert, wenn der Insolvenzverwalter keine Enthaltungs-Erklärung abgibt?

Theoretisch könnte der Insolvenzverwalter auf die Abgabe der Enthaltungs-Erklärung verzichten bzw. diese stark verzögern, um eine freiwerdende Mietkaution doch zur Insolvenzmasse zu ziehen.

Dies erscheint zwar unwahrscheinlich, da der Insolvenzverwalter die Haftung der Insolvenzmasse und u.U. seine persönliche berücksichtigen muss und dabei das Risiko, dass der Schuldner seinen Zahlungs- und weiteren Pflichten aus dem Mietverhältnis nicht nachkommt, nicht steuern kann.

Gibt der Insolvenzverwalter die Erklärung dennoch nicht ab, kann nach jetzigem Stand im Grunde nur versucht werden, ihn zur Abgabe über die Aufsicht des Insolvenzgerichts zu bewegen. Es entspricht nicht der Pflicht zur Massemehrung, einen Wert zur Masse zu ziehen, der zu diesem Zeitpunkt eigentlich nicht mehr für die Insolvenzmasse zu beanspruchen wäre.

Zumindest die Anordnung einer Nachtragsverteilung in der Wohlverhaltensphase ist dann ausgeschlossen, da eine erst dann frei werdende Mietsicherheit nach der Enthaltungs-Rechtsprechung jedenfalls nicht mehr in die Insolvenzmasse fallen kann.

3.2 Was gilt bei neuen Mietverträgen, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen wurden?

Die Enthaltungs-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs betrifft grundsätzlich nur Bestandsmietverträge bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Zieht der Schuldner nach Eröffnung in eine neue Wohnung und leistet dort wiederum eine Mietsicherheit, kann und muss der Insolvenzverwalter diesbezüglich keine Enthaltungs-Erklärung abgeben. Die Regelung des § 109 InsO greift nicht.

Wird auch das neue Mietverhältnis dann wieder beendet und erwirbt der Schuldner gegen seinen Vermieter dadurch einen Rückzahlungsanspruch, wäre dieser Neuerwerb, § 35 Abs. 1 Alt. 2 InsO, und damit als Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter zu verwerten, ggf. auch im Wege der Nachtragsverteilung. Dieses Ergebnis stellt eine, insbesondere in der Praxis der Schuldnerberatung, schwer vermittelbare Ungleichbehandlung gegenüber den Bestandsmietverträgen dar.¹¹

Zudem erscheint nach den Erwägungen der Enthaltungs-Rechtsprechung nur folgerichtig, dass auch die Kautions aus einem Neuvertrag insolvenzfest ist: der Rückzahlungsanspruch ist in Entstehen und Höhe letztlich auch vom Verhalten des

¹¹ Cymutta/Schädlich, NZI 2017, 444

12. Mietwohnung in der Insolvenz

Schuldners abhängig. Nur wenn er seine mietvertraglichen Pflichten erfüllt, also insbesondere die geschuldete Miete und Nebenkosten zahlt sowie die Mietsache nach Beendigung im vertragsgemäßen Zustand zurück gibt, erhält der Rückgewähranspruch aus der Mietkaution erst seinen endgültigen Wert. Da im Neumietvertrag auch die Insolvenzmasse zu keiner Zeit im Mietverhältnis haftet, erscheint eine Privilegierung bei Neuverträgen gegenüber Bestandsverträgen nicht gerechtfertigt.

Bis zu einer endgültigen gerichtlichen Klärung dieser Thematik ist den Schuldnern aber empfehlen, für einen geplanten Umzug die Aufhebung des Insolvenzverfahrens abzuwarten, um über die zurück fließende Mietkaution sicher verfügen zu können.

4. Mietzahlung

4.1 Mietrückstände vor Insolvenzeröffnung

Forderungen des Vermieters aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind Insolvenzforderungen, § 108 Abs. 3 InsO, die er nur als Insolvenzgläubiger geltend und zur Insolvenztabelle anmelden kann.

Jedoch berechtigen, wie oben erläutert, auch diese Mietrückstände unter den Voraussetzungen des § 543 BGB nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters den Vermieter zur Kündigung.

Auch wenn eigentlich keine Rückstände vorliegen, könnten diese durch Anfechtung oder Lastschriftwiderruf des Insolvenzverwalters nachträglich entstehen.

Beides kann in der Praxis dadurch vermieden werden, dass die Miet-Zahlungen/ Lastschriften nachweislich aus dem Unpfändbaren geleistet werden. Anfechtungsfest sind dabei insbesondere Zahlungen von einem Pfändungsschutzkonto im Rahmen der dortigen Freibeträge¹²; ein Lastschriftwiderruf ist dann ebenfalls unzulässig.¹³

4.2 Mietzahlung während des Haftungszeitraums der Insolvenzmasse

Vor Wirksamwerden der Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters sind die laufenden Mietzahlungen als Forderungen aus dem Dauerschuldverhältnis Forderungen gegen die Insolvenzmasse, § 55 InsO. Der Schuldner darf aber nicht davon ausgehen, in diesem Haftungszeitraum der Insolvenzmasse deswegen quasi kostenlos wohnen zu dürfen, sondern sollte die laufenden Mieten weiterhin regelmäßig und pünktlich zahlen.

Der Schuldner haftet neben der Insolvenzmasse und kann spätestens nach Aufhebung des Verfahrens vom Vermieter auf Zahlung verklagt werden.¹⁴ Außerdem droht ihm im Falle der Nichtzahlung der laufenden Mieten die Kündigung des Mietverhältnisses, so

¹² BGH Urteil vom 7.4.2016, IX ZR 145/15, NJW-Spezial 2016, 471

¹³ BGH, Urteil v. 20.07.2010, IX ZR 37/09, NZI 2010, 731

¹⁴ BGH Urteil v. 28.6.2007, IX ZR 73/06, ZInsO 2007, 994

12. Mietwohnung in der Insolvenz

dass auch Mietrückstände nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vermieden werden sollten.

Ebenso wenig kann dem Schuldner geraten werden, die geleistete Mietkaution „abzuwohnen“ statt die laufende Miete zu zahlen: zunächst hat der Mieter kein Aufrechnungsrecht in Bezug auf die von ihm geleistete Sicherheit, da der Rückzahlungsanspruch erst nach Beendigung des Mietverhältnisses und Ablauf der Prüfungs- und Abrechnungsfrist zur Zahlung fällig wird und daher keine Aufrechnungslage besteht.

Zu beachten ist aber vor allem, dass der Insolvenzverwalter die Möglichkeit hat, die Herabsetzung des Pfändungsfreibetrags zu beantragen, wenn der Schuldner keine Miete zahlt. Die Mietzahlung ist in der Berechnung des pfändungsfreien Betrags berücksichtigt, so dass der Pfändungsfreibetrag um diesen Betrag reduziert werden kann. Der Schuldner gewinnt also durch Nichtzahlung der Miete letztlich nichts, sondern riskiert im Gegenteil das Mietverhältnis und im schlimmsten Fall die Restschuldbefreiung, wenn er um die kostenlose Nutzung der Wohnung bereichert ist und durch sein Verhalten weniger Geld zur Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht.

4.3 Mietzahlung nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung des Insolvenzverwalters

Nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung sind die Forderungen des Vermieters Neuverbindlichkeiten des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens, die nach den mietrechtlichen Regeln zur Kündigung führen und auch vollstreckt werden können.

5. Nebenkosten/Betriebskosten

Immer wieder ergibt sich in der Beratungspraxis nach erfolgter Nebenkostenabrechnung des Vermieters im Insolvenzverfahren auch die Frage, wem ein Guthaben zusteht oder ob eine Nachzahlung zu leisten ist.

Die Beurteilung richtet sich immer nach dem Zeitraum, auf den sich die Abrechnung bezieht. Auf den Zeitpunkt der Abrechnung kommt es dabei nicht an.¹⁵

Betrifft die Abrechnung sowohl einen Zeitraum vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens als auch danach (z.B. kalenderjährliche Abrechnung und Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens Mitte des Jahres), ist der Betrag der Abrechnung entsprechend zeitanteilig zu spalten.

Wurde keine Zwischenablesung vorgenommen, die eine genaue Aufteilung ermöglicht, erfolgt üblicherweise ein Aufschlüsseln des Verbrauchs auf einen Monatsdurchschnitt und danach Zuordnung des Berechtigten.

¹⁵ BGH Urteil v. 13.4.2011, VIII ZR 295/10, NZI 2011, 404

12. Mietwohnung in der Insolvenz

5.1 Nachzahlung

Nebenkostennachforderungen des Vermieters, die auf vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossenen Abrechnungszeiträumen beruhen, sind als einfache Insolvenzforderungen anzusehen und bleiben dies auch nach Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters. Der Vermieter ist also auf die Anmeldung zur Insolvenztabelle zu verweisen.

Diese Nachzahlungsforderung aus Betriebskostenabrechnung berechtigt den Vermieter auch nicht zur fristlosen Kündigung gem. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann aber eine ordentliche Kündigung begründet sein. Hierauf sollte der Schuldner in der Beratung vorsorglich hingewiesen werden und ggf. Verhandlungen mit dem Vermieter geführt werden.

Nebenkostennachforderungen des Vermieters im Haftungszeitraum der Insolvenzmasse sind Masseverbindlichkeiten, die jedoch nach Aufhebung des Verfahrens auch gegen den Schuldner geltend gemacht werden können.

Die Nebenkostennachforderungen des Vermieters nach Wirksamkeit der Enthftungserklärung sind Neuverbindlichkeiten des Schuldners, die gegen diesen geltend gemacht und auch vollstreckt werden können.

5.2 Guthaben

Abrechnungsguthaben des Mieters aus dem Zeitraum vor Insolvenzeröffnung fällt als Neuerwerb in die Insolvenzmasse, § 35 Abs. 1 Alt.2 InsO und kann vom Insolvenzverwalter verwertet werden.

Abrechnungsguthaben, das sich auf den Zeitraum vor Wirksamkeit der Enthftung bezieht, fällt als vertraglicher Anspruch direkt in die Insolvenzmasse.¹⁶

Ein Abrechnungsguthaben zugunsten des Schuldners für den Zeitraum nach Wirksamwerden der Enthftungserklärung steht ihm zu. Dem Insolvenzverwalter fehlt dann die Verwertungsbefugnis und Aktivlegitimation. Der Schuldner kann das Guthaben vom Vermieter zur Auszahlung an sich fordern, dieser kann nicht mit schuldbefreiender Wirkung an den Insolvenzverwalter zahlen. Ist die Zahlung dennoch an den Insolvenzverwalter erfolgt, hat der Schuldner auch gegen diesen einen Anspruch auf Auskehrung.

Die vorgenannten Grundsätze beziehen sich auf Betriebskosten-Abrechnungen des Vermieters, denen der Mietvertrag zugrunde liegt, auf den sich auch die Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters bezieht.

In der Praxis wird in diesem Zusammenhang darüber diskutiert, ob die Freigabe des Mietverhältnisses auch Energielieferungsverträge betrifft, die zwischen Schuldner und

¹⁶ Beck-OK, §109 InsO, Rn. 34

12. Mietwohnung in der Insolvenz

Anbieter direkt abgerechnet werden, mit der Folge, dass auch dortige Abrechnungsguthaben nicht mehr zur Insolvenzmasse gezogen werden könnten.

Grundsätzlich bezieht sich die Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters auf bestimmte Gegenstände (Mieträume) bzw. das zugrunde liegende Rechtsgeschäft.¹⁷

Allerdings steht ein Energielieferungsvertrag naturgemäß in engem Zusammenhang mit dem Wohnraum-Mietverhältnis. Aufgrund der vom Bundesgerichtshof (Fn.4) betonten Parallelität zu § 35 Abs. 2 InsO liegt es daher nahe, die Freigabeerklärung auch auf Verträge zu beziehen, die mit dem Mietverhältnis eng verbunden sind.¹⁸ Bezogen auf die Freigabe der selbständigen Tätigkeit des Schuldners findet sich der ausdrückliche Hinweis, dass hierdurch auch "*die dazu gehörenden Vertragsverhältnisse*" umfasst sind, bereits in der Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf.¹⁹

Solange eine gerichtliche Klärung aber nicht erfolgt ist, wird davon auszugehen sein, dass Abrechnungsguthaben aus Energielieferungsverträgen als Neuerwerb in die Insolvenzmasse fallen.

BERATUNGSHINWEIS

Bestehen oder entstehen Zahlungsrückstände im Wohnraum-Mietverhältnis des Schuldners, muss auch nach Insolvenzeröffnung vorrangig geprüft werden, wie eine Kündigung des Vermieters verhindert oder nachträglich beseitigt werden kann. Die "kritische" Grenze" von zwei Monatsmieten sollte dabei immer im Auge behalten werden.

Besteht hinsichtlich der gegenseitigen Forderungen aus dem Mietverhältnis Klärungsbedarf (auch wegen eigener Ansprüche des Schuldners, z.B. Recht zur Mietminderung), sollte der Schuldner qualifiziert weiter verwiesen werden an den örtlichen Mieterverein oder einen Rechtsanwalt.

Laufende Mietzahlung sind zu leisten, Rückstände sollten reguliert werden.

Der Schuldner sollte beim Insolvenzverwalter schriftlich nachfragen, ob und zu welchem Zeitpunkt er die Enthftungserklärung gem. §109 Abs. 1 S. 2 InsO gegenüber dem Vermieter abgegeben hat. Mit dieser Information erlangt der Schuldner Sicherheit, ab wann er wieder allein Verfügungsberechtigt über seine Ansprüche aus dem Mietverhältnis ist.

Ein geplanter Umzug des Schuldners sollte möglichst vor Insolvenzantragstellung geklärt und abgewickelt sein oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Aufhebung abgewartet werden, um erhöhten Klärungsbedarf über die Zugehörigkeit der Ansprüche zur Insolvenzmasse und damit Verzögerungen in der

¹⁷ Ahrens, NZI 2007, 622; Haberzettl, NZI 2017, 474

¹⁸ Buchholz, VIA 2014, 61

¹⁹ BT-Drucks 16/3227, S.17

12. Mietwohnung in der Insolvenz

Verfahrensabwicklung zu vermeiden.

In laufenden Verfahren, in denen der Insolvenzverwalter bereits Kautionsguthaben zur Insolvenzmasse gezogen, eine Verteilung an die Gläubiger aber noch nicht stattgefunden hat, sollte der Schuldner unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Fn. 2) den Betrag vom Insolvenzverwalter schriftlich zur Zahlung an sich verlangen. Der Schuldner hat diesbezüglich einen Aussonderungsanspruch, da die Kautionsguthaben der Insolvenzmasse nach Wirksamkeit der Enthaltungserklärung nicht mehr zusteht.

Nach Wirksamkeit der Enthaltungserklärung ist die Anordnung der Nachtragsverteilung für Guthaben aus dem Mietverhältnis nicht mehr zulässig. Liegt bereits eine Anordnung der Nachtragsverteilung vor, sollte der Umsetzung widersprochen werden.

Gefördert durch

Ministerium für Kinder, Familie,
Flüchtlinge und Integration
des Landes Nordrhein-Westfalen

