



Wenn Private „pleitegehen“

## Kündigung wegen Zahlungsverzuges und Räumung eines insolventen Wohnraummieters

Nach Einführung des Verbraucher- und Kleininsolvenzverfahrens in die Insolvenzordnung (§§ 304 ff. InsO) ist auch der Wohnraumvermieter vermehrt mit Fragen des Insolvenzrechtes konfrontiert. Die Zahl der Wohnraummieter, die „Privatinsolvenz“ anmelden, steigt. Noch sind längst nicht alle Fragen höchstichterlich geklärt, die sich einem Wohnraumvermieter stellen, dessen Mieter Zahlungsrückstände und einen Antrag auf Insolvenz gestellt hat.

Von Rechtsanwalt FRANK JABLONSKI

In vielen Fällen erfährt der Vermieter von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Wohnraummieters nur durch eine entsprechende Mitteilung des Insolvenzverwalters. Soweit keine Mietrückstände bestehen und der Mieter oder für ihn eine öffentliche Stelle die laufende Miete weiter zahlt, wird der Vermieter von dem Insolvenzverfahren letztlich nicht berührt. Bedeutung gewinnt das Insolvenzverfahren für ihn, wenn Mietrückstände bestehen, die ggf. auch bereits gerichtlich geltend gemacht und tituliert sind. Diese sind dann lediglich noch so genannte Insolvenzforderungen, d. h. Forderungen, die in dem Insolvenzverfahren zur Tabelle anzumelden sind (§ 174 InsO) und auf die der Gläubiger bei Beendigung des Insolvenzverfahrens eine Quote erhält, wobei sich diese Quote im Verbraucherinsolvenzverfahren häufig oder geradezu in der Regel auf „Null“ beläuft.

Soweit Rechtsstreitigkeiten über Zahlungsansprüche des Vermieters anhängig sind, sind diese gem. § 240 ZPO unterbrochen. Fortzusetzen sind sie nur dann, wenn der

Verwalter die streitige Forderung nicht zur Tabelle anerkennt. Dann kann der Vermieter den Rechtsstreit gegen den Insolvenzverwalter mit dem Antrag auf Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle aufnehmen. Eine Zwangsvollstreckung aus bereits vorhandenen Zahlungstiteln ist weder gegen den Schuldner selbst noch gegen die Insolvenzmasse zulässig (§ 89 InsO).

Besondere Probleme ergeben sich, wenn es im zeitlichen Zusammenhang mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum Zahlungsverzug des Mieters kommt und der Vermieter die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses aussprechen will oder ersogar bereits über einen Räumungstitel verfügt und daraus vollstrecken möchte. Insoweit stellt sich insbesondere die Frage, wegen welcher Mietrückstände gekündigt werden kann, ob die Kündigung gegenüber dem Schuldner (Mieter) oder dem Verwalter zu erklären ist, gegen wen die Räumungsklage zu richten ist, ob ein gerichtlich anhängiges Räumungsklageverfahren ebenfalls gem. § 240 ZPO unterbrochen ist und gegen wen sich die Räumungsvollstreckung richtet. Mit

diesen Fragen, die trotz der erheblichen praktischen Relevanz nach wie vor in allen Einzelheiten nicht geklärt sind, befassen sich die nachstehenden Erörterungen. Klarzustellen ist dabei, dass sie sämtlich nur für das reine Wohnraummietverhältnis gelten, d. h. für eine vermietete Wohnung, die auch tatsächlich vom Schuldner als Lebensmittelpunkt genutzt wird.

Soweit nachfolgend vom Verwalter gesprochen wird, so ist damit sowohl der Insolvenzverwalter als auch der ggf. ersatzweise bestellte Treuhänder gemeint.

### Räumungsklage und -vollstreckung auf Grund Kündigung vor Insolvenzantrag

Ist ein Mietverhältnis bereits vor dem vom Mieter gestellten Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Zahlungsverzuges fristlos gekündigt, bleibt diese Kündigung auch mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam<sup>1)</sup>. Der Herausgabeanspruch des Vermieters nach § 546 Abs. 1 BGB begründet nach der jedenfalls wohl bisher herrschenden Meinung<sup>2)</sup> unabhängig von der Qualifizierung des Mietverhältnisses einen vom Verwalter zu erfüllenden Aussonderungsanspruch gem. § 47 InsO. Danach kann der Vermieter außerhalb von Sonderregelungen des Insolvenzrechtes von dem Verwalter die

1) vgl. Eckert in: Münchener Kommentar, 2. Aufl. (2008), InsO, § 112, Rdn. 18 m.w.N.; Kröth in: Braun, InsO, 3. Aufl. (2007), § 112, Rdn. 6

2) vgl. OLG Celle, ZMR 2004, 505; Kübler/Prütting, InsO, § 47, Rdn. 46; Pape, WuM 2004, 645, 649; Scherer, DZWIR 2002, 184, 185; Börstinghaus, NZM 2000, 326, 327; Eichner, WuM 1999, 260, 262

## Zusammenfassung

Eine vor dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bereits ausgesprochene fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges bleibt wirksam. Ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden, ist die Räumungsklage in der Konsequenz der Rechtsprechung des BGH, wonach der Insolvenzverwalter nur dann Adressat des Räumungsverlangens des Vermieters ist, wenn er die Mietsache in Besitz genommen hat, auch weiterhin allein gegen den Schuldner/Mieter zu richten. Das Räumungsklageverfahren ist demgemäß nicht nach § 240 ZPO unterbrochen. Auch die Räumungsvollstreckung ist ausschließlich gegenüber dem Schuldner/Mieter zu betreiben. Wenn man dieser Auffassung nicht folgt, so ist

aber mindestens auch ein Räumungstitel gegen den Schuldner/Mieter selbst erforderlich, um die Räumungsvollstreckung vornehmen zu können. Auch wenn die Kündigung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt, gilt grundsätzlich nichts anderes. Die Kündigungserklärung ist mindestens auch an den Mieter selbst zu richten. Angesichts der unklaren Rechtslage empfiehlt es sich für den Vermieter, vorsorglich die Kündigung sowohl an den Mieter als auch den Verwalter zu richten.

Nach dem Wortlaut des § 112 Nr. 1 InsO kann der Vermieter wegen Mietrückständen, die vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, das Mietverhältnis nicht kündigen. Ob diese Vorschrift auch für Wohnraummietverhältnisse gilt, erscheint zweifelhaft. Insoweit bleibt die weitere Entwicklung der

Rechtsprechung abzuwarten. Jedenfalls aber müsste es zulässig sein, die Kündigung des Mietverhältnisses auch auf vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Mietrückstände zu stützen, nachdem der Verwalter die Enthaltungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgegeben hat. Einem solchen Kündigungsrecht kommt insbesondere auch dann erhebliche Bedeutung zu, wenn per Lastschrift eingezogene Mieten wegen des Widerspruchs des Verwalters rückbelastet werden, wobei nach hiesiger Auffassung der Verwalter vor dem Hintergrund des Schutzgedankens des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht berechtigt ist, Lastschrifteinzüge bezüglich der laufenden Mietzahlung zu widerrufen.



Räumung und Herausgabe der Mietsache verlangen. Demnach wäre mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Räumungsklage auch im Falle eines Wohnraummietverhältnisses gegen den Verwalter und nicht gegen den Schuldner (Mieter)<sup>3)</sup> oder jedenfalls gegen beide zu richten<sup>4)</sup>.

Diese Auffassung dürfte mit der neueren Rechtsprechung des BGH wohl nicht in Übereinstimmung zu bringen sein.

Bereits mit Urteil vom 5. Juli 2001<sup>5)</sup> hat der BGH für ein Gewerbemietverhältnis entschieden, dass der Herausgabeanspruch des Vermieters als Aussonderungsrecht nur in dem Umfang bestehe wie derjenige nach § 985 BGB. Gemäß § 985 BGB ist der Besitzer verpflichtet, dem Eigentümer den unmittelbaren Besitz an der Sache zu verschaffen, insbesondere ihm Zugang zu ermöglichen und die Wegnahme zu dulden. Ein darüber hinausgehender Anspruch auf Räumung, d. h. Entfernung von Gegenständen und die Beseitigung von Veränderungen, wie er sich aus dem mietvertraglichen Herausgabeanspruch gem. § 546 Abs. 1 BGB ergibt, sei davon zu unterscheiden. Der inhaltlich über den Anspruch aus § 985 BGB hinausgehende mietvertragliche Herausgabeanspruch sei allenfalls eine Insolvenzforderung. Auch der reine Herausgabeanspruch könne sich nur dann gegen den Verwalter richten, wenn dieser die Mietsache auch tatsächlich in Besitz genommen hat. Diese Rechtsprechung hat der BGH mit Urteil vom 21. Dezember 2006<sup>6)</sup> bestätigt und dort für den Fall der Wohnungsräumung und der Kündigung des Mietverhältnisses bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausdrücklich klargestellt, dass, sofern der Verwalter die Wohnung nicht in Besitz genommen habe, er nicht Adressat des Herausgabeverlangens, mithin für die Räumungsklage nicht passivlegitimiert sei.

Danach ist jedenfalls bei Beendigung des Mietverhältnisses bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Räumungsklage regelmäßig gegen den Schuldner persönlich und nicht gegen den Verwalter zu richten.

Infolgedessen kann ein gegen den Wohnungsmieter bereits anhängiges Räumungsklageverfahren auch nicht gem. § 240 ZPO unterbrochen werden<sup>7)</sup>. Soweit das AG Charlottenburg<sup>8)</sup> unter Berufung auf das Urteil des BGH vom 5. Juli 2001 die Auffassung vertreten hat, dass es sich bei dem Räumungs- bzw. Herausgabeanspruch des Vermieters um eine Insolvenzforderung handle und ein eine Insolvenzforderung betreffender Rechtsstreit nun einmal mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens

unterbrochen sei, missversteht diese Auffassung wohl die Rechtsprechung des BGH. Dieser hatte in beiden vorerörterten Urteilen nicht mehr unmittelbar über das Räumungs- und Herausgabeverlangen des Vermieters zu entscheiden, weil die Räumung inzwischen jeweils erfolgt war, sondern nur noch über die daraus resultierenden finanziellen Folgen. Nur in diesem Zusammenhang ist verständlich, dass der BGH bezüglich der Räumungsansprüche von einer Insolvenzforderung spricht. Die Räumung im Sinne einer körperlichen Herausgabe der Mietsache und ggf. Wegnahme der darin befindlichen Gegenstände kann keine Insolvenzforderung sein, da Insolvenzforderungen gem. § 38 InsO nur auf Geld gerichtete Ansprüche sind. Eine Anmeldung des Räumungs- und Herausgabeanspruches zur Insolvenztabelle ist nicht möglich. Wenn der Verwalter die Mietsache nicht in Besitz genommen hat, ist jedenfalls bei Beendigung des Mietverhältnisses vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Wohnraummietverhältnis schlicht nicht mehr massebefangen. Die Geltendmachung des Anspruches auf Räumung vollzieht sich deshalb außerhalb des Insolvenzverfahrens.

Weitere logische Konsequenz der fehlenden Massebefangenheit des Räumungsanspruches ist, dass auch die Räumungsvollstreckung sich unmittelbar gegen den Schuldner richtet.

Gegen die Zulässigkeit der Räumungsvollstreckung allein gegen den Schuldner kann auch nicht eingewandt werden, dass die Räumungsvollstreckung immer auch die in der Wohnung befindlichen beweglichen Gegenstände betreffe<sup>9)</sup>.

Gemäß § 148 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter das gesamte zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehende Vermögen des Schuldners nur insoweit in Besitz zu nehmen, als dem nicht § 36 InsO entgegensteht<sup>10)</sup>. Nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 InsO gehören unpfändbare Sachen im

Sinne von § 811 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 ZPO und nach § 36 Abs. 3 InsO solche Sachen, die zum gewöhnlichen Haushalt gehören und im Haushalt des Schuldners gebraucht werden und bei denen ohne weiteres ersichtlich ist, dass durch ihre Verwertung nur ein verhältnismäßig geringer Erlös zu erzielen ist, nicht zur Insolvenzmasse.

In der Mehrzahl aller Fälle wird es sich bei den vom Gerichtsvollzieher anlässlich einer Räumung vorgefundenen Gegenständen um solche handeln, die gem. § 36 InsO ohnehin nicht zur Insolvenzmasse gehören. Soweit der Gerichtsvollzieher sie gem. § 885 ZPO wegschafft, sind sie an den Räumungsschuldner herauszugeben oder ggf. zu versteigern bzw. zu vernichten. In beiden Fällen ist gem. der Definition des § 6 InsO die Insolvenzmasse nicht betroffen. Sollten sich in der Wohnung des Schuldners Gegenstände von Wert befinden, so hat sie der Verwalter bereits mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Besitz zu nehmen. Findet der Gerichtsvollzieher bei der Räumungsvollstreckung dennoch solche Gegenstände vor, hat er sie ggf. an den Verwalter herauszugeben. Die Masse ist also auch insoweit nicht gefährdet.

Im Übrigen ist in jedem Falle für die zwangsweise Wohnungsräumung mindestens auch ein Titel gegen den Schuldner (Mieter) selbst erforderlich.

Gemäß § 750 Abs. 1 ZPO kann die Zwangsvollstreckung nur gegen die Person betrieben werden, die im Titel und in der Vollstreckungsklausel als Vollstreckungs-

3) so: LG Karlsruhe, ZIP 2003, 677 f.; Börstinghaus a.a.O.; weitere Nachweise in Münchener Kommentar, InsO, § 108, Rdn. 122, Fn. 257

4) so Münchener Kommentar a.a.O.

5) ZIP 2002, 1625 ff.

6) ZIP 2007, 340 ff.

7) a.A.: OLG Celle ZMR 2004, 505; AG Charlottenburg GE 2006, 920

8) a.a.O.

9) so Eichner, WuM 1999, 260, 261

10) vgl. z.B. Kübler/Prütting, InsO, § 148, Rdn. 3

**Wir verkaufen erfolgreich.  
Das steht fest.**

**Miethäuser** aller Art und alle Lagen  
**Eigentumswohnungen**



**TOP-Immobilien**  
...mehr als 20 Jahre Erfahrung

Immobilien in: Berlin - Potsdam - Magdeburg - Leipzig - Halle  
Dresden - Chemnitz - Zwickau - Erfurt - Jena - Weimar - Gera

- ✓ marktgerechte Höchstpreise
- ✓ professionelle Abwicklung
- ✓ schnelle Entscheidung



Rufen Sie uns an (030):

**288 30 999**

[www.topimmobilienXL.de](http://www.topimmobilienXL.de)



schuldner bezeichnet ist. Für die Räumungsvollstreckung ist deshalb ein Räumungstitel gegen jede – erwachsene – Person erforderlich, die Besitz, auch Mitbesitz an der Wohnung hat<sup>11)</sup>.

Gemäß § 148 Abs. 1 InsO hat zwar der Verwalter das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Er wird jedoch nicht automatisch unmittelbarer Besitzer, sondern muss ggf. selbst die Räumungsvollstreckung aus dem Eröffnungsbeschluss betreiben<sup>12)</sup>. Dies wird er im Falle der Wohnung des Schuldners regelmäßig nicht tun bzw. es ist sehr zweifelhaft, ob er dies überhaupt darf<sup>13)</sup>.

## Kündigung nach Antrag auf Insolvenzeröffnung wegen davor entstandener Mietrückstände

Obwohl der Vermieter in den meisten Fällen davon nicht einmal etwas erfährt, ist der Zeitpunkt des Antrages des Mieters bei Gericht auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen für die Kündigungsmöglichkeit des Vermieters wegen Zahlungsverzuges von besonderer Bedeutung, denn gemäß § 112 Nr. 1 InsO kann ein Mietverhältnis nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr vom Vermieter wegen eines Verzuges mit der Mietzahlung für die Zeit vor dem Eröffnungsantrag gekündigt werden. Auf die Kenntnis des Vermieters von der Antragstellung kommt es nicht an<sup>14)</sup>.

Die Regelung erscheint zunächst eindeutig: Mietrückstände, die vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig geworden sind, berechtigen nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zur Kündigung des Mietverhältnisses. Selbst Rückstände von mehreren Monatsmieten geben keinen Grund zur Kündigung.

Das bereits vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Kündigungsrecht entfällt, während bei Verzug mit der Zahlung der nach dem Antrag fällig werdenden Mieten eine Kündigung auf die neuen Rückstände gestützt werden kann. Wegen des „persönlichen Einschlags der Wohnungsmiete“ wird die Anwendbarkeit des § 112 Nr. 1 InsO auf Wohnraummietverhältnisse teilweise jedoch in Zweifel gezogen<sup>15)</sup>.

Diese Auffassung hat gute Gründe für sich.

§ 112 InsO soll verhindern, dass die wirtschaftliche Einheit des Besitzes des Schuldners zur Unzeit auseinandergerissen wird<sup>16)</sup>. So sollen z. B. insbesondere Grundstücke und Betriebsräume, die der Verwalter für die Betriebsfortführung braucht, zur Nutzung für die Masse erhalten bleiben.

Diese Gesichtspunkte spielen für die Wohnung des Schuldners keine Rolle. Die Wohnung dient ausschließlich den persönlichen Bedürfnissen des Schuldners. Jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt das Wohnraummietverhältnis allenfalls eine Belastung für die Masse dar, da, wenn man davon ausgeht, dass das Mietverhältnis über die Wohnung mit Wirkung „für“ die Insolvenzmasse gem. § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO fortbesteht, der zu zahlende Mietzins eine Masseforderung gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO ist, die Mietzinsansprüche des Vermieters also vorab zu begleichen sind<sup>17)</sup>. Einen Nutzen für die Masse kann der Verwalter dagegen aus der Wohnung nicht ziehen. So kann er sie nicht etwa in Besitz nehmen, um sie anderweitig z. B. zur Lagerung oder zu Ausstellungszwecken zu nutzen oder gewinnbringend unterzuvermieten. Der Mieter wird dagegen zusätzlich begünstigt, indem er den laufenden Mietzins nicht aus

dem ihm verbleibenden pfändungsfreien Einkommen begleichen muss, sondern der Verwalter die Miete aus Mitteln der Masse vorab befriedigen muss<sup>18)</sup>.

Dies widerspricht dem Zweck des § 55 InsO. Die Verpflichtung zur Gegenleistung (Mietzahlung) als vorweg zu befriedigende Massenverbindlichkeit ergibt sich aus der Nutzung des Mietgegenstandes für die Masse. Nimmt der Verwalter die Wohnung nicht in Besitz bzw. darf er sie im Falle des Wohnraummietverhältnisses nicht in Besitz nehmen, müsste nach der bereits oben erörterten Rechtsprechung des BGH<sup>19)</sup> ein Anspruch auf Mietzahlung als Masseverbindlichkeit auch dann ausscheiden, wenn das Mietverhältnis bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht beendet ist, da das Wohnraummietverhältnis nicht im Sinne von § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO „für“ die Masse besteht, sondern nur gegen die Masse<sup>20)</sup>.

Es ist deshalb nur konsequent, die Regelungen des § 112 InsO für das reine Wohnraummietverhältnis insgesamt für unanwendbar zu erklären mit der Folge, dass einerseits die Kündigungssperre entfällt, andererseits auch die Mietzinsansprüche für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Masseverbindlichkeiten, sondern allenfalls Insolvenzforderungen sind<sup>21)</sup>.

Gegen die vorstehende Auffassung könnte allerdings sprechen, dass der Gesetzgeber mit der per 1. Dezember 2001 erfolgten Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO klargestellt habe, dass er das Wohnraummietverhältnis als massebefangen betrachtet<sup>22)</sup>.

In Konsequenz dessen, dass gemäß § 108

11) vgl. BGH GE 2004, 1094 f.

12) vgl. Kübler/Prütting, InsO, § 148, Rdn. 16

13) vgl. Fuchs/Weishäupl in Münchener Kommentar, § 148, Rdn. 66

14) Braun, InsO, § 112, Rdn. 5; Kübler/Prütting, InsO, § 112, Rdn. 7

15) vgl. Marotzke in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl. (2006), § 109, Rdn. 17; Grothe, NZW 2000, 66, 68; Berscheid in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 12. Aufl. (2007), § 112, Rdn. 4; offengelassen in BGH ZIP 2007, 340, 341

16) vgl. z. B. Kübler/Prütting, InsO, § 122, Rdn. 1

17) vgl. Steder, ZIP 1999, 1879, Vallender/Dahl, NZI 2000, 246, 249; Eichner, WuM 1999, 260, 261; Horst, ZMR 2007, 167, 168; Kübler/Prütting, InsO, § 109, Rdn. 4

18) vgl. Steder, ZIP 1999, 1874, 1879

19) ZIP 2002, 1625 ff.; ZIP 2007, 340 ff.

20) so Marotzke, KTS 1999, 269, 272, 288

21) vgl. Marotzke in: Heidelberger Kommentar, § 109 Rdn. 10

22) so z.B.: Eckert, ZVI 2006, 133; Kübler/Prütting, InsO, § 109, Rdn. 11; a.A.: Berscheid in Uhlenbruck, Insolvenzordnung, § 112, Rdn. 4, der in der Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO sogar die Bestätigung der Unanwendbarkeit des § 112 InsO sieht

Fachbetrieb

**in ser f** Bautenschutz GmbH

**ISO TEC**®

## Nasse Wände, Feuchte Keller?

Komplettlösungen gegen Feuchtigkeit und drückendes Wasser  
auch **ohne Schachten** von innen ausgeführt

13587 Berlin  
Mertensstr. 63-115

☎ (030) 36 80 15 86/87  
Fax 36 80 15 88  
www.inserf-bautenschutz.de

TÜV-geprüfter Fachbetrieb – Mitglied im Holz- und Bautenschutzverband



Abs. 1 InsO Mietverhältnisse über unbewegliche Gegenstände oder Räume mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen, bestand vor Neufassung per 1. Dezember 2001 ein Sonderkündigungsrecht des Verwalters gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO von drei Monaten zum Monatsende bzw. früher unter Einhaltung der gesetzlichen Frist grundsätzlich auch für Wohnraummietverhältnisse. Um insbesondere bei deutlich zu teuren Wohnungen sich den aus dem Fortbestand des Mietverhältnisses folgenden Masseverbindlichkeiten zu entziehen oder aber auch nur um die nach Beendigung des Mietverhältnisses zur Rückzahlung fällige Kautions zu vereinnahmen, wurde vor der Gesetzesneufassung nicht selten ein Wohnraummietverhältnis vom Verwalter gekündigt. Um den Wohnungsmieter davor zu bewahren, auf diese Weise seine Wohnung zu verlieren, ist für das Wohnraummietverhältnis seit 1. Dezember 2001 an die Stelle des Kündigungsrechtes die Möglichkeit des Verwalters getreten, gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO gegenüber dem Vermieter zu erklären, dass Ansprüche, die nach Ablauf einer Dreimonatsfrist fällig werden, nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. D. h., wegen der danach fällig werdenden Mieten haftet die Masse nicht. Der Mieter muss sie selbst aus seinem unpfindbaren Einkommen aufbringen. Das gesetzgeberische Ziel, einerseits die Insolvenzmasse nicht mit Masseverbindlichkeiten zu belasten, denen kein entsprechender Vorteil gegenübersteht, und andererseits den Wohnungsmieter vor der Kündigung durch den Verwalter zu schützen, hätte ohne weiteres auch dadurch erreicht werden können, dass entsprechend dem oben Ausgeführten das Wohnraummietverhältnis nicht als Bestandteil der Insolvenzmasse betrachtet wird, es insoweit also den gemäß § 36 InsO unpfindbaren Gegenständen gleichgestellt worden wäre. Dass der Gesetzgeber so weit nicht gegangen ist, verbietet es jedoch nicht, im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung das Wohnraummietverhältnis von der Anwendbarkeit des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO auszunehmen. Will man dies nicht, so muss unter Beachtung der Zielsetzung des Gesetzgebers, wonach dem Vermieter aus der Neuregelung des § 109 Abs. 1 InsO für das Wohnraummietverhältnis gegenüber der früheren Regelung keine Nachteile entstehen sollten<sup>23)</sup>, angenommen werden, dass die Kündigungssperre des § 112 InsO jedenfalls endet, sobald der Verwalter die Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgegeben hat<sup>24)</sup>.

## Kündigungsadressat nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Will der Vermieter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Mietverhältnis kündigen, so stellt sich für die Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Frage, an wen die Kündigung zu richten ist.

Folgt man der obigen Auffassung, dass von vornherein wegen des besonderen persönlichen Einschlags das Wohnraummietverhältnis nicht massebefangen ist, besteht das Mietverhältnis auch mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mit dem Verwalter, sondern nur mit dem Mieter/Schuldner fort. Folglich wäre die Kündigung nicht an den Verwalter, sondern an den Mieter direkt zu richten. Auch das Räumungsklageverfahren würde sich außerhalb des Insolvenzverfahrens vollziehen, ebenso die Zwangsvollstreckung.

Entsprechendes muss in jedem Falle für den Zeitpunkt nach Wirksamwerden einer Enthaltungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO gelten.

Soweit demgegenüber zum Teil angenommen wird, die Kündigung sei – mindestens auch – gegenüber dem Verwalter zu erklären, weil die Masse mit der Vertragsdurchführung belastet bleibe<sup>25)</sup>, ist dies nicht zutreffend. Allenfalls vom Vermieter als einfache Insolvenzforderungen geltend gemachte Zahlungsansprüche können noch die Masse betreffen, nicht jedoch die Räumung und Herausgabe der Wohnung selbst. Dass dem Verwalter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Kautions – sofern nicht verbraucht – zusteht und eventuelle Guthaben z. B. aus Betriebskostenabrechnungen an ihn zur Auszahlung zu bringen sind, ändert daran nichts.

In der Praxis dürfte es sich angesichts der ungeklärten Rechtsfrage jedenfalls empfehlen, die Kündigung sowohl an den Mieter/Schuldner als auch an den Verwalter zu richten<sup>26)</sup>.

## Sonderproblem: Risiko der Einziehungsermächtigung

Unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH<sup>27)</sup>, wonach der Insolvenzverwal-

23) Begründung RegE InsO ÄndG, BT-Drucks. 14/5860, S. 27

24) so z.B. Eckert, ZVI 2006, 133, 138; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl. (2007); § 542 BGB, Rdn. 137; Kübler/Prütting, InsO, § 109, Rdn. 19 m.w.N.

25) so Eckert, ZVI 2006, 133, 137; dergl. in Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. (2008), § 109, Rdn. 54

26) so auch Eckert in Münchener Kommentar a.a.O.; Marotzke in Heidelberger Kommentar, 4. Aufl. (2006), § 109, Rdn. 16

27) vgl. ZinsO 2004, 1353 ff.



**GESELLSCHAFT FÜR GRUNDBESITZ**

seit 30 Jahren kompetente Verwaltung für

## Mietshäuser Gewerbeobjekte Wohneigentumsanlagen

HAUSVERWALTUNGSGESELLSCHAFT MBH

KAUBSTRASSE 7 A  TEL 030.873 04 58  
10713 BERLIN FAX 030.862 15 33

WWW.GFG-HAUSVERWALTUNG.DE

## Jalousien-Böttcher

Ronald Böttcher & Co. OHG



**Rolläden - Rolltore  
Markisen - Jalousien  
Sonnenschutzsteuerungen  
Reparatur- /Wartungsarbeiten  
kurzfristig ausführbar**

Abmannstr. 54 • 12587 Berlin-Friedrichshg.  
Tel. 030 / 645 16 20 • Fax 030 / 645 28 25  
Internet: [www.jalousien-boettcher.de](http://www.jalousien-boettcher.de)  
eMail: [sonne422@aol.com](mailto:sonne422@aol.com)

## INGO WAGNER GmbH

### Bauausführungen

**Malerarbeiten  
Gerüstbau  
Vollwärmeschutz  
Klempnerarbeiten  
Dacharbeiten  
Fliesenarbeiten  
Maurer- und Putzarbeiten**

Verlängerte Koloniestraße 7  
13409 Berlin  
Tel. 030 - 30 69 38 - 0  
Fax 030 - 30 69 38 88  
eMail: [info@ingo-wagner.de](mailto:info@ingo-wagner.de)

## TISCHLEREI SCHÖNE

GmbH

- Einbauschränke
- Bibliotheken
- Ladenausbau
- Fenster u. Türen
- Bautischlerei
- Einbauküchen

**Reparaturschnelldienst**

Thyssenstr. 7 - 17 - 13407 Berlin

Geschäftsführer  
**Gunnar Schöne**  
Tischlermeister



Funk: 0172 / 322 42 81  
030/41 74 88 88  
Fax 030/41 74 88 89



ter jedenfalls im Regelinsolvenzverfahren nicht nur berechtigt, sondern im Zweifel sogar verpflichtet ist, Lastschrifteinzüge zur Sicherung der Masse zu widerrufen, kommt es, wenn auch bisher offenbar weniger verbreitet, vor, dass im Verbraucherinsolvenzverfahren pauschale Lastschriftwiderrufe durch den Verwalter erfolgen.

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>28)</sup> kann eine Lastschrift so lange widerrufen werden, bis sie ausdrücklich genehmigt wird, wobei gemäß Nr. 7 (3) AGB-Banken die Genehmigung fingiert wird, sofern nicht binnen sechs Wochen nach Zustellung des Rechnungsabschlusses, der üblicherweise vierteljährlich erfolgt, der Lastschrift widersprochen wird. Entgegen weit verbreiteter Meinung kann eine Lastschrift also auch noch nach Ablauf von sechs Wochen widerrufen werden. D. h., die Bank des Schuldners muss bei einem Widerruf alle bis zum Ablauf der Frist nach Nr. 7 (3) AGB-Banken eingelösten Lastschriften wieder gutschreiben, bei vierteljährlichem Rechnungsabschluss im Extremfall also für einen Zeitraum von vereinhalf Monaten.

Allerdings kann die Bank des Schuldners aufgrund eines nur im Verhältnis zwischen den Banken geltenden Lastschriftabkommens (Abschnitt III Nr. 5) ihrerseits die Lastschrift nur binnen einer Frist von sechs Wochen nach Belastung des Kontos an die Gläubigerbank, also die vom Vermieter mit dem Lastschrifteinzug beauftragte Bank zurückgeben. Der Vermieter wird im Falle des Lastschriftwiderrufs deshalb

in der Regel zunächst nur von den Rücklastschriften innerhalb der letzten sechs Wochen erfahren.

Jedoch billigt der BGH<sup>29)</sup> der Schuldnerbank, also der Bank des Mieters, wegen der Lastschriftbeträge, die sie wegen des Ablaufs der Sechs-Wochen-Frist nach Abschnitt III Nr. 5 des Lastschriftabkommens nicht an die Gläubigerbank, also die Bank des Vermieters, zurückgeben kann, einen unmittelbaren Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Gläubiger, hier den Vermieter, zu. Werden Lastschriften über den Zeitraum von sechs Wochen hinaus widerrufen, riskiert der Vermieter also, dass die Bank des Mieters ihn wegen der auch darüber hinausgehenden widerrufenen Lastschriften in Anspruch nimmt. Erfolgt der Widerruf zu einem ungünstigen Zeitpunkt nach Rechnungsabschluss, muss der Vermieter im Ergebnis damit rechnen, dass er über die Rückbuchung der Lastschriften der letzten sechs Wochen hinaus an die Bank des Mieters auch noch Beträge zurückerstatten muss, die Monate zuvor abgebucht wurden. So können nachträglich, ggf. erst Monate später feststellbar, Mietrückstände entstehen, die weit mehr als zwei Monatsmieten betragen. Dies jedenfalls dann, wenn man der Auffassung des AG Hamburg in einem Beschluss vom 28. Juni 2007<sup>30)</sup> folgt, dass auch im Verbraucherinsolvenzverfahren der Verwalter berechtigt und verpflichtet ist, Lastschrifteinzüge auch bezüglich der Wohnungsmiete zu widerrufen.

Zur Begründung führt das AG Hamburg aus, dass für Mietzinseinzüge grundsätzlich nichts anderes gelte als für anderweitige Kontobelastungen. Allenfalls dann, wenn dem Mieter aufgrund des Lastschriftwiderrufs die fristlose Kündigung durch den Vermieter drohen könne, könne der Lastschriftwiderwurf möglicherweise „sachwidrig“ sein. Dies schließt das Gericht jedoch mit der Begründung aus, dass der Mieter/Schuldner vor den Folgen des Widerrufs der Lastschrift dadurch geschützt sei, dass zum einen Rückstände vor dem Eröffnungsantrag gemäß § 112 Nr. 1 InsO nicht zur Kündigung des Mietverhältnisses berechtigen würden, zum anderen kein Verzug eintreten, da der Mieter den Widerruf der Lastschrift nicht zu vertreten habe. Dies überzeugt allerdings nicht.

Folgt man der Auffassung, dass § 112 InsO auf reine Wohnraummietverhältnisse nicht anwendbar ist oder die Kündigungssperre jedenfalls mit Abgabe der Enthaltungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO entfällt, greift der Schutz des § 112 InsO ohnehin nicht. Außerdem versagt der Schutz des § 112 InsO spätestens nach Aufhebung des

Insolvenzverfahrens<sup>31)</sup>.

Der Schuldner/Mieter kann sich aber auch nicht darauf berufen, dass er den Widerruf der Lastschrift nicht zu vertreten habe. Bei Zahlung im Wege des Lastschriftverfahrens tritt Erfüllung erst ein, wenn die dem Schuldner zustehende Widerrufsfrist abgelaufen ist<sup>32)</sup>. Dabei spielt es keine Rolle, aus welchen Gründen der Widerruf erfolgt. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob der Schuldner den Widerruf zu vertreten hat, da bei Geldschulden § 275 BGB keine Anwendung findet<sup>33)</sup>.

Will man den Wohnungsmieter nicht zum Opfer der von ihm gewählten Zahlungsweise machen, bleibt nur der Ausweg der teleologischen Reduktion des Widerrufsrechts der Lastschrift entsprechend dem Schutzgedanken des § 109 Abs. 1 InsO<sup>34)</sup>. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO wurde in die Insolvenzordnung eingefügt, um den Wohnungsmieter vor der Kündigung des Mietverhältnisses durch den Verwalter mit dem Ziel der Massemehrung zu schützen. Der Widerruf des Mietinzugs durch den Verwalter, der reflexartig zur Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter führt, hebt diesen Schutz des Mieters aus. Sinn und Zweck des gesetzgeberischen Ziels der Einführung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO gebieten es deshalb, die Mietzahlung für die Wohnung des Schuldners von dem Recht zum Widerruf der Lastschrift auszunehmen.

Vor denkbaren, aber wegen der finanziellen Situation des Schuldners in der Praxis allerdings wohl ohnehin nur selten vorkommenden Missbräuchen dergestalt, dass der Vermieter, ggf. in Absprache mit dem Mieter, im Wege des Lastschriftverfahrens kurz vor Stellung des Insolvenzantrages nicht nur die laufende Miete, sondern auch Rückstände einzieht, ist die Masse dadurch geschützt, dass dem Verwalter bzw. im Falle der Bestellung eines Treuhänders den Gläubigern das insolvenzrechtliche Anfechtungsrecht nach § 130 InsO zusteht, denn während es sich bei der Zahlung der laufenden Miete um ein Bargeschäft handelt<sup>35)</sup>, ist der Ausgleich von Rückständen als inkongruente Deckung zu qualifizieren<sup>36)</sup>.



**Gemeinsam schneller helfen**

**Jetzt spenden:**

Spendenkonto 10 20 30  
Bank für Sozialwirtschaft, BLZ 370 205 00  
Stichwort: Zyklon Myanmar  
Spendenhotline: 0900 55 102030 oder Online  
[www.aktion-deutschland-hilft.de](http://www.aktion-deutschland-hilft.de)

28) ZIP 2000, 1379 ff.

29) ZIP 2006, 1041 ff.

30) NZI 2007, 598 f.

31) Dawe, ZVI 2007, 549, 552

32) BGHZ 161, 49, 53; Palandt, § 362, Rdn. 9

33) Palandt, § 276, Rdn. 28

34) so: Dawe, ZVI 2007, 549, 551 f.

35) OLG Stuttgart, ZinsO 2006, 274 ff.

36) Schläger, ZMR 1999, 522, 52