


**Autor:** Joachim Wichert  
**Dokumenttyp:** Aufsatz  
**Quelle:**   
Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln  
**Fundstelle:** MietRB 2020, 278-283  
**Zitiervorschlag:** Wichert, MietRB 2020, 278-283

---

## **Insolvenz des Gewerbemieters: Welche Mietzahlungen sind anfechtbar?**

RA Dr. *Joachim Wichert* \*

Die Insolvenz eines Mieters ist für den Vermieter stets unerfreulich. Besonders unerfreulich ist es aber, wenn der Vermieter Mieten, die er vor der Insolvenz regulär eingenommen hat, zurückzahlen muss. Das Stichwort dazu lautet:

- 278 -

Wichert, MietRB 2020, 278-283

- 279 -

Insolvenzanfechtung. Welche Mietzahlungen sind anfechtbar und wie kann sich der Vermieter am besten davor schützen – damit befasst sich der nachfolgende Beitrag.

### **I. Einführung**

Aufgrund der Covid-19-Pandemie und der damit verbundenen staatlichen Schließungsmaßnahmen ist vermehrt mit Insolvenzen im Einzelhandel und verschiedenen anderen Branchen zu rechnen. Dies ist auch deshalb, weil die Rechtsprechung Unternehmen, die von solchen Schließungsmaßnahmen oder vergleichbaren Einschränkungen betroffen waren, bisher keine Entschädigungsansprüche nach dem Infektionsschutzgesetz oder anderen Anspruchsgrundlagen zubilligt.<sup>1</sup> Auch Ansprüche aus einer Betriebsschließungsversicherung sind fraglich.<sup>2</sup> Die betroffenen Unternehmen erhalten also nicht nur keine schnelle Hilfe, sondern bleiben womöglich ganz auf ihrem Schaden sitzen. Daher dürfte auch das sowieso schon praxisrelevante Thema Mieterinsolvenz vermehrt Aufmerksamkeit erfahren.

### **II. Anfechtungstatbestände**

Die Regelungen über die Insolvenzanfechtung gehören zum Kernstück des Insolvenzrechts.<sup>3</sup> Durch sie kassiert der Insolvenzverwalter Vermögensverschiebungen im Vorfeld der Insolvenz, die zugunsten einzelner Insolvenzgläubiger erfolgt sind, um die gleichmäßige Berücksichtigung aller Insolvenzgläubiger zu gewährleisten. Solche Vermögensverschiebungen vor der Insolvenz können leicht Vermieter begünstigen, wenn der insolvenzgefährdete Mieter eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs und damit eine Einstellung seines Betriebs fürchten muss. Daher sind Vermieter nicht selten von einer Insolvenzanfechtung betroffen.

Voraussetzung aller Anfechtungstatbestände ist, dass die betreffende Zahlung zu einer **Gläubigerbenachteiligung** geführt hat. Eine solche liegt vor, wenn die Masse nicht zur Befriedigung aller Gläubiger reicht. Durch die betreffende Handlung des Schuldners müssen Verbindlichkeiten vermehrt oder Aktiva verkürzt worden sein.<sup>4</sup> Dies ist bei Mietzahlungen regelmäßig der Fall.<sup>5</sup> Auch eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung reicht aus. Die Rechtshandlung hat dann durch das Hinzutreten weiterer Umstände zu einer Gläubigerbenachteiligung geführt.<sup>6</sup> Selbst eine künftige Gläubigerbenachteiligung ist beachtlich, so dass auch Zahlungen anfechtbar sind, die zu einem Zeitpunkt erfolgten, als noch keine anderen Gläubiger vorhanden waren.<sup>7</sup>

## **1. Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung**

### **a) Voraussetzungen**

Gemäß § 133 Abs. 1 InsO sind Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung diesen Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und die Handlung die Gläubiger benachteiligte, § 133 Abs. 1 InsO. Da die Mieten dem Vermieter Befriedigung gewähren, sind § 133 Abs. 2 und Abs. 3 InsO einschlägig. Danach beträgt der maßgebliche Zeitraum nicht 10, sondern 4 Jahre; die Kenntnis des Gläubigers muss sich nicht auf die drohende, sondern die eingetretene Zahlungsunfähigkeit beziehen.

Die Mieten müssen in den letzten **4 Jahren** vor dem Insolvenzantrag oder nach diesem Antrag geleistet worden sein. Die Frist berechnet sich nach § 139 InsO.

Der **Mieter** muss die Mieten mit dem **Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung** geleistet haben. Dies ist der Fall, wenn der Mieter bei Zahlung der jeweiligen Miete die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung gewollt oder als mutmaßliche Folge – sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines an sich erstrebten anderen Vorteils – erkannt und gebilligt hat.<sup>8</sup> Es reicht also *dolus eventualis*.<sup>9</sup> Der Vorsatz als eine innere Tatsache wird aus Beweisanzeichen und Erfahrungsgrundsätzen hergeleitet.<sup>10</sup> Da der Insolvenzverwalter regelmäßig ein gutes Bild über die wirtschaftliche Lage des Schuldners hat, ist dessen Vorsatz im Anfechtungsprozess selten problematisch. Von folgenden Grundsätzen ist auszugehen:

Ist der Mieter zahlungsunfähig und ist ihm dies bewusst, so hat er regelmäßig auch Benachteiligungsvorsatz.<sup>11</sup> Denn er weiß bei Zahlung der Miete, dass sein Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht. Die Zahlungsunfähigkeit bestimmt sich nach § 17 Abs. 2 InsO. Danach ist ein Mieter zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Maßgeblich ist eine Liquiditätsbilanz, aufgrund derer fest-

steht, dass der Mieter innerhalb von 3 Wochen nicht mehr als 90 % seiner offenen Verbindlichkeiten ausgleichen kann (= Liquiditätslücke von 10 % oder mehr).<sup>12</sup> Bei einer Zahlungseinstellung des Mieters ist die Zahlungsunfähigkeit – unabhängig von einer Liquiditätsbilanz – zu vermuten, § 17 Abs. 2 S. 2 InsO. Von einer Zahlungseinstellung kann schon dann ausgegangen werden, wenn der Mieter

über einen längeren Zeitraum erhebliche Verbindlichkeiten (Mieten, Löhne, Steuern etc.) nicht oder nur schleppend zahlt.<sup>13</sup> Gerade auch die Nichtzahlung von Mieten kann von Bedeutung sein, wenn der Mieter die Mieträume für seinen Betrieb existentiell benötigt.<sup>14</sup> Selbst die Nichtzahlung einer einzigen hohen Verbindlichkeit kann die Zahlungseinstellung indizieren.<sup>15</sup>

Entsprechend § 130 Abs. 2 InsO steht der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf eine Zahlungseinstellung schließen lassen.<sup>16</sup> Ein Beweisanzeichen für Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Mieters ist es, wenn er Gläubigern inkongruente Deckung gewährt, also Deckung, auf die kein Anspruch besteht.<sup>17</sup> Auch eigene Aussagen des Mieters über seine finanzielle Situation sind ein Beweisanzeichen für seinen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz. Etwa die Aussage, dass er fällige Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann.<sup>18</sup> Dagegen ist die Gewährung einer kongruenten Deckung, etwa Zahlung rückständiger Mieten, kein Beweisanzeichen.<sup>19</sup> Gerade bei kongruenten Zahlungen bedarf es vielmehr anderer – eindeutiger – Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.<sup>20</sup>

**Der Vermieter muss den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Mieters gekannt haben.**

Dies ist nicht der Fall, wenn er, der Vermieter, die Zahlung nachvollziehbarerweise auf einen Liquiditätsengpass oder bloße Zahlungsunwilligkeit des Mieters, etwa wegen behaupteter Mängel, zurückführen kann.. Die Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes wird aber vermutet, wenn ihm die eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Mieters bekannt war. Dem steht die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinweisen.<sup>21</sup> Es genügt daher, dass der Vermieter die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt. Dieses subjektive Tatbestandsmerkmal ist deutlich problematischer als die subjektive Tatseite des Mieters. Denn dem Vermieter ist die vollständige wirtschaftliche Lage des Mieters regelmäßig nicht bekannt. Auch insofern kommt es der Rechtsprechung auf Beweisanzeichen und Erfahrungssätze an:

Häufig sind Mietrückstände für den Mieter existenzbedrohend, weil er sein Gewerbe ohne die Mietsache nicht mehr ausüben kann. Daher sind erhebliche Mietrückstände oder schleppende Mietzahlungen ein Beweisanzeichen für die Kenntnis des Vermieters über den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.<sup>22</sup> Zumal dem gewerblich tätigen Vermieter in aller Regel bewusst sein wird, dass der Mieter noch weitere Verbindlichkeiten bei anderen Gläubigern hat. Verlangt der Vermieter inkongruente Leistung des Mieters, so kann dies ein Beweisanzeichen für seine Kenntnis sein. Auch andere Umstände können als solche Beweisanzeichen gewertet werden, etwa die Kenntnisse des Vermieters über die Umsätze des Mieters, weil eine Umsatzmiete vereinbart ist.<sup>23</sup> Auch dann, wenn der Vermieter selbst die Mieträume in der Vergangenheit zum gleichen Zweck wie der Mieter genutzt hat (hier: Diskothek), er also die finanziellen Umstände für die Ausübung des Gewerbes kennt, kann dies ein Beweisanzeichen sein.<sup>24</sup>

Kein Beweisanzeichen ist es, wenn die Mietvertragsparteien eine Zahlungsvereinbarung getroffen haben oder der Vermieter Zahlungserleichterung gewährt. Im Gegenteil, bei solchen Umständen wird nach dem neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO vermutet, dass der Vermieter zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Mit der Einführung dieser Passage soll die Überbrückung von Liquiditätsengpässen erleichtert werden.<sup>25</sup> Die Vermutung zugunsten des Gläubigers (Vermieters) kann aber durch den Insolvenzverwalter widerlegt werden.<sup>26</sup> In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:<sup>27</sup>

„Zur Widerlegung der Vermutung des Absatzes 3 Satz 2 muss der Insolvenzverwalter konkret Umstände darlegen und ggf. beweisen, die darauf schließen lassen, dass dem Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt der angefochtenen Handlung doch bekannt war. Die Vermutung hat vor diesem Hintergrund die Wirkung, dass der Insolvenzverwalter den ihm ohnehin obliegenden Beweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners weder auf die Gewährung der Zahlungserleichterung noch auf die dieser Gewährung typischerweise

zugrundeliegende Bitte des Schuldners stützen kann. Umstände, die hierüber hinausgehen, kann der Verwalter hingegen uneingeschränkt geltend machen. Solche Umstände können im Verhältnis des Schuldners zum Anfechtungsgegner angelegt sein, wie es z.B. der Fall ist, wenn der Schuldner die geschlossene Ratenzahlungsvereinbarung nicht ein

- 280 -

Wichert, MietRB 2020, 278-283

- 281 -

hält oder anderweitig, etwa mit neu entstandenen Forderungen, in erheblichen Zahlungsrückstand gerät. In Betracht kommen ferner Umstände, die darauf hindeuten, dass der Schuldner gegenüber weiteren Gläubigern erhebliche fällige Verbindlichkeiten hat, die er nicht, auch nicht ratenweise, bedienen kann. Zu denken ist dabei an die eigene Erklärung des Schuldners, alle oder einen erheblichen Teil seiner fälligen Zahlungspflichten nicht mehr erfüllen zu können, oder an dem Anfechtungsgegner bekannte erfolglose Vollstreckungsversuche durch andere Gläubiger. Von Bedeutung kann insoweit auch sein, ob der Anfechtungsgegner Grund zur Annahme hat, der Schuldner werde bis zuletzt nur seine Forderung (und nicht die anderer Gläubiger) bedienen. So kann es etwa liegen, wenn der Anfechtungsgegner in einem persönlichen Nerverhältnis zum Schuldner steht, er Großgläubiger des Schuldners ist oder ihm bekannt ist, dass die Nichterfüllung seiner Forderung für den Schuldner strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen würde. Sucht der Schuldner in einem solchen Fall um die Anpassung einer gewährten Zahlungserleichterung oder um weitere Zahlungserleichterungen nach, ohne seine Zahlungsfähigkeit plausibel zu erläutern, liegt die Annahme nahe, dass der Schuldner auch fällige Zahlungspflichten, die er gegenüber anderen Gläubigern hat, nicht (mehr) erfüllen kann.“

Zu diesem Komplex gibt es allerdings noch keine Rechtsprechung. Auch in der Literatur ist eine einheitliche Linie noch nicht zu erkennen.

### **b) Bargeschäft, § 142 InsO**

Eine Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO scheidet nach neuer Rechtslage aus, wenn es sich bei der Mietzahlung um ein Bargeschäft handelt, es sei denn, der Mieter handelt dabei unlauter und der Vermieter erkennt dies.

Ein Bargeschäft setzt die Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches voraus. Leistung und Gegenleistung müssen in einem engen zeitlichen Zusammenhang stehen.<sup>28</sup> Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es auf die Art der ausgetauschten Leistungen und auf die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs an, § 142 Abs. 2 InsO. Ein enger zeitlicher Zusammenhang ist sicher gegeben, wenn die volle Miete zum vertraglichen Zeitpunkt gezahlt wird, regelmäßig im Voraus bis zum dritten Werktag des Monats. Darüber hinaus wird eine gewisse Verzögerung unschädlich sein; aber hier wird es unscharf. Eine Verzögerung von einer Woche dürfte jedenfalls noch vertretbar sein und die Unmittelbarkeit noch nicht ausschließen.<sup>29</sup> Ob das auch für eine Verzögerung von bis zu 30 Tagen gilt, ist streitig.<sup>30</sup> Wird nicht die volle Leistungen gezahlt, sondern nur ein Teil, so ist fraglich, ob dies überhaupt ein Bargeschäft begründen kann.<sup>31</sup> Eine inkongruente Leistung ist mangels Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches nie ein Bargeschäft.

Solche Bargeschäfte stehen einer Vorsatzanfechtung aber dann nicht entgegen, wenn der Mieter unlauter handelt und der Vermieter dies erkennt. Aber was bedeutet unlauter? Rechtsprechung dazu ist noch nicht bekannt. Jedenfalls muss unlauter mehr bedeuten als der Vorsatz, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen, denn sonst wäre dieses Merkmal überflüssig. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:<sup>32</sup>

„Ein unlauteres Handeln liegt bei gezielter Benachteiligung von Gläubigern vor, wie sie etwa gegeben ist, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommt, durch die Befriedigung des Leistungsempfängers andere Gläubiger zu schädigen. Unlauter handelt ein Schuldner bei Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit auch, wenn er Vermögen für Leistungen verschleudert, die den Gläubigern unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt nutzen können, wie dies etwa bei Ausgaben für flüchtige Luxusgüter der Fall ist. Auch das Abstoßen von Betriebsvermögen, das zur Aufrechterhaltung des Betriebs unverzichtbar ist, kann unlauter sein, wenn der Schuldner den vereinnahmten Gegenwert seinen Gläubigern entziehen will. Solange der Schuldner allerdings Geschäfte führt, die allgemein zur Fortführung des Geschäftsbetriebs erforderlich sind, fehlt es demgegenüber auch dann an der Unlauterkeit, wenn der Schuldner erkennt, dass die Betriebsfortführung verlustträchtig ist.“

In der Literatur werden verschiedene weitere Fallgestaltungen diskutiert. So können ein kollusives Zusammenwirken zwischen Vermieter und Mieter zu Lasten der übrigen Gläubiger oder ein einvernehmliches Verschleppen der Insolvenz unlauter sein.<sup>33</sup>

## 2. Anfechtung wegen inkongruenter Deckung

Leistungen des Schuldners, die der Gläubiger nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit beanspruchen kann, sind auch nach § 131 InsO anfechtbar. Erfolgt diese Leistung **bis zu einem Monat vor Eröffnungsantrag**, so bestehen keine weiteren Voraussetzungen. Erfolgt sie im **zweiten oder dritten Monat vor Eröffnungsantrag**, so bedarf es zusätzlich entweder der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder des Wissens des Gläubigers, dass sie die Insolvenzgläubiger benachteiligt.

Inkongruente Leistungen im Mietverhältnis sind etwa: vorzeitige Mietzahlungen; die Bestellung zusätzlicher Mietsicherheiten;<sup>34</sup> direkte Zahlung des Endmieters an den Vermieter auf Veranlassung des Zwischenmieters (= Insolvenzschuldners);<sup>35</sup> Mietzahlungen unter dem Druck einer Androhung eines Insolvenzantrags, auch bei Androhung zwischen den Zeilen;<sup>36</sup> Mietzahlung zur Vermeidung von angedrohter Zwangsvollstreckung;<sup>37</sup> Bei den beiden letztgenannten Fallgruppen, den Druckzahlungen, handelt es sich eigentlich um kongruente Leistungen, sofern sie bereits fällig sind. Sie werden deshalb als inkongruente Leistungen gewertet, weil unmittelbar vor dem Insolvenz-

- 281 -

Wichert, MietRB 2020, 278-283

- 282 -

antrag nicht mehr das Prioritätsprinzip gilt und ein Gläubigerwettlauf vermieden werden soll.<sup>38</sup>

Das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO ist von vornherein nicht anwendbar. Denn wegen der Inkongruenz mangelt es an der vertraglichen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung.<sup>39</sup>

## 3. Anfechtung wegen kongruenter Deckung

Mieten, die in den letzten 3 Monaten vor Insolvenzantrag geleistet wurden, sind nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar, wenn der Mieter zu dem Zeitpunkt bereits zahlungsunfähig war und dies dem Vermieter bekannt war oder aufgrund der Umstände bekannt sein müsste.

§ 130 InsO erfasst in erster Linie **kongruente Leistungen**. Dies ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift, aber aus deren Überschrift und im Umkehrschluss aus § 131 InsO. Kongruente Mieten sind solche, auf die der Vermieter zum Zeitpunkt der Leistung einen Anspruch hat.<sup>40</sup> Allerdings fungiert § 130 InsO bei inkongruenten Mieten auch als Auffangtatbestand, kann daher auch

bei inkongruenten Mieten ersatzweise angewendet werden.<sup>41</sup> Die Abgrenzung von kongruenten und inkongruenten Mieten wird also nur in § 131 InsO praktisch relevant.<sup>42</sup>

Die fälligen Mieten müssen in den letzten **3 Monaten** vor dem Insolvenzantrag geleistet worden sein. Dem steht es gleich, wenn die fälligen Mieten nach dem Eröffnungsantrag geleistet worden sind und der Vermieter zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.

Der Mieter muss zum Zeitpunkt der Leistung **zahlungsunfähig** gewesen sein.<sup>43</sup> Der Vermieter muss zum Zeitpunkt der Leistung **Kenntnis** von der **Zahlungsunfähigkeit** des Mieters haben. Der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit steht es gleich, wenn der Vermieter von Umständen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen, Kenntnis hatte, § 130 Abs. 2 InsO. Durch dieses Merkmal soll der Insolvenzgläubiger, hier der Vermieter, geschützt werden; denn die Entgegennahme fälliger Mietzahlungen als solche ist nicht unlauter.<sup>44</sup>

Eine Anfechtung entfällt aufgrund des **Bargeschäftsprivilegs**, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil nicht erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.<sup>45</sup>

#### **4. Einschränkungen durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz**

Das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz enthält auch Einschränkungen der Insolvenzanfechtung, die auch bei einer Insolvenz des Mieters bedeutsam sein können. Der Gesetzgeber selbst weist ausdrücklich darauf hin:<sup>46</sup>

Ein Bedürfnis für einen Anfechtungsschutz besteht auch in bestimmten Fällen, in denen kein neuer Kredit im Sinne der Nummer 2 vorliegt. Dies betrifft z.B. Vertragspartner von Dauerschuldverhältnissen wie **Vermieter** sowie Leasinggeber, aber auch Lieferanten. Wenn solche Vertragspartner befürchten müssten, erhaltene Zahlungen im Falle des Scheiterns der Sanierungsbemühungen des Krisenunternehmens mit anschließender Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgrund einer Anfechtung zurückzahlen zu müssen, wären sie geneigt, die Vertragsbeziehung auf dem schnellsten Wege zu beenden, was wiederum die Sanierungsbemühungen vereiteln würde.

Einschlägig ist § 2 Abs. 1 Nr. 4 und insbesondere dessen Alternativen d) und e). Danach sind im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie stehende **Verkürzungen von Zahlungszielen** und die **Gewährung von Zahlungserleichterungen**, obwohl inkongruente Deckungen, anfechtungsfest.<sup>47</sup> Der Vermieter ist dann also von einer späteren Insolvenzanfechtung geschützt.

Darüber hinaus liegt aber auch eine Anwendung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 nahe, sofern es sich um die Stundung von Mieten handelt; denn eine solche Stundung lässt sich auch als Gewährung eines neuen (anfechtungsfesten) Kredits werten.<sup>48</sup> Das wirft dann allerdings die Frage auf, in welchem Verhältnis § 2 Abs. 1 Nr. 4 und § 2 Abs. 1 Nr. 2 zueinander stehen.<sup>49</sup> Die Rechtsprechung wird dies in Zukunft zu klären haben.

### **III. Schutzmaßnahmen des Vermieters**

Schon bei Vertragsschluss sind mögliche Störfälle des künftigen Mietverhältnisses zu berücksichtigen. Anfechtungen durch einen künftigen Insolvenzverwalter können vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Auch kann der Mietvertrag dem Vermieter kein gesondertes Kündigungsrecht bei Insolvenz, Zahlungseinstellung oder Verschlechterung der Vermögenslage des Mieters einräumen; dies verstieße gegen § 119 InsO.<sup>50</sup> Der Vermieter sollte daher besonderen Wert auf **Mietsicherheiten** legen – Kauti on, Mietbürgschaft oder Patronatserklärung der Konzernmutter der Mieterin. Solche Sicherheiten sind insolvenzfest.<sup>51</sup> Im Gewerbemietrecht ist § 551 Abs. 1 BGB nicht anwendbar, der Vermieter kann also auf Sicherheiten bestehen, die 3 Monatsmieten überschreiten.<sup>52</sup> Die nachträgliche

Bestellung oder Erhöhung von Sicherheiten kann allerdings als inkongruente Deckung anfechtbar sein.<sup>53</sup>

Kommt es während des Mietverhältnisses zu kündigungsrelevanten Mietausfällen oder ständig verspäteten Mietzahlungen, so ist immer an eine rasche **fristlose Kündigung** gem. § 543 BGB zu denken, gerade auch wegen der verschiedenen Nachteile in einer späteren Insolvenz.

Hat der Vermieter Interesse, ein gestörtes Mietverhältnis fortzusetzen, so bietet sich eine **Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarung** gem. § 133 Abs. 3 S. 2 InsO an. Diese sollte so formuliert sein, dass es sich um ein Mittel zur Überbrückung eines Liquiditätsengpasses handelt. Außerdem sollte sie so flexibel sein, dass sie nicht angepasst werden muss, denn dies wäre wiederum ein Be-weiszeichen für Zahlungsunfähigkeit.<sup>54</sup> Wegen des Bargeschäftsprivilegs ist darauf zu achten, dass der Mieter wenigstens die laufenden Mieten vollständig und pünktlich zahlt.<sup>55</sup>

Vereinbarungen über das **Vermieterpfandrecht** können sinnvoll sein. Etwa die Erlaubnis des Vermieters gegenüber dem Mieter, sein Inventar gegen Teilabtretung eines Betrags in Höhe der offenen Forderungen zu veräußern.<sup>56</sup>

**Beraterhinweis** Schließlich sollte der Vermieter dem Mieter **nie** einen **Insolvenzantrag androhen**, um eine Zahlung zu erzwingen, auch nicht zwischen den Zeilen. Schon folgende Formulierung kann schaden:<sup>57</sup>

*„Sollten Sie diese Frist verstreichen lassen, bin ich beauftragt, alle erforderlichen Maßnahmen einzuleiten, um die Forderung meines Mandanten durchzusetzen, d.h., wir werden ohne weitere Mahnung Klage erheben. Mein Mandant kann sich nicht des Eindrucks erwehren, dass die Schuldnerin nicht in der Lage ist, ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen (wofür in der Tat einiges spricht). Sollte sich dieser Verdacht erhärten und wir keinen Zahlungseingang innerhalb der vorgegebenen Frist verzeichnen können, so behalten wir uns ausdrücklich vor, Insolvenzantrag zu stellen.“*

#### **IV. Schlussbemerkung**

Gerät der Mieter in Insolvenz, muss der Vermieter mit Insolvenzanfechtung von vereinnahmten Mieten rechnen. Die Gerichte unterstellen schnell Kenntnis des Vermieters von der Zahlungseinstellung des Mieters oder von einer beabsichtigten Gläubigerbenachteiligung durch den Mieter. Wegen dieser und anderer Nachteile einer möglichen Insolvenz sollte der Vermieter bei Zahlungsrückständen frühzeitig an eine fristlose Kündigung des Mietvertrags gem. § 543 BGB denken.<sup>58</sup> Besser ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende.

#### **Fußnoten**

\*) Der Autor ist Rechtsanwalt bei aclanz Partnerschaft von Rechtsanwälten, Frankfurt a.M./Berlin, [www.aclanz.de](http://www.aclanz.de).

1)

- LG Hannover v. 9.7.2020 – 8 O 2/20 , COVuR 2020, 370; LG Heilbronn v. 29.4.2020 – I 4 O 82/20 , MietRB 2020, 203; anders teilweise die Literatur: *Rinze/Schwab*, NJW 2020, 1905; *Hund-von Hagen/Wichert*, GE 2020, 593.
- 2) Ablehnend etwa OLG Hamm v. 15.7.2020 – 20 W 21/20 , VersR 2020, 1103; zur Thematik *Korff*, COVuR 2020, 246.
  - 3) *Gehrlein*, ZInSO 2017, 128.
  - 4) BGH v. 25.2.2016 – IX ZR 12/14 , MDR 2016, 853 = ZinsO 2016, 700; *Rogge/Leptien* in Hamburger Komm. Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2019, § 129 Rz. 42.
  - 5) *Dahl/Linnenbrink in Guhling/Günter*, Gewerberaummieta, 2. Aufl. 2019, § 146 InsO Rz. 10.
  - 6) BGH v. 26.4.2012 – IX ZR 146/11 , MDR 2012, 871 = ZinsO 2012, 1127, 1129; *Rogge/Leptien* in: Hamburger Kommentar Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2019, § 129 Rz. 87.
  - 7) BGH v. 13.8.2009 – IX ZR 159/06 , MDR 2009, 1359 = NZI 2009, 768; *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 129 Rz. 164; *Pape*, NZM 2015, 313, 320.
  - 8) BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 280/13 , MDR 2014, 1230 = NZI 2014, 863, 864; *Kayser/Thole* in Heidelberger Komm. InsO, 10. Aufl. 2020, § 133 Rz. 17.
  - 9) BGH v. 12.10.2017 – IX ZR 50/15 , NZI 2017, 34, 35.
  - 10) BGH v. 8.1.2015 – IX ZR 203/12 , MDR 2015, 422 = NZI 2015, 369; *Kayser/Thole* in Heidelberger Komm. InsO, 10. Aufl. 2020, § 133 Rz. 19; *Gehrlein* in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 4. Aufl. 2020, § 133 Rz. 14.
  - 11) BGH v. 27.5.2003 – IX ZR 169/02 , MDR 2003, 1256 = NZI 2003, 533; OLG Saarbrücken v. 15.1.2020 – 5 U 44/19 , juris.
  - 12) BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04 , MDR 2005, 1248 = NZI 2005, 547; *Gehrlein* in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, 4. Aufl. 2020, § 130 Rz. 11; *Pape*, NZM 2015, 313, 317.
  - 13) BGH v. 11.2.2010 – IX ZR 104/07 , MDR 2010, 837 = NZI 2010, 985, 989; OLG Brandenburg v. 19.6.2019 – 7 U 15/18 , juris; *Wolfer* in BeckOK/InsO, Stand: 15.4.2020, § 17 Rz. 31.
  - 14) OLG Hamburg v. 1.3.2019 – 7 U 132/17 , juris; vgl. auch BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 143/12 , MDR 2013, 1313 = NZI 2013, 932 f.
  - 15) BGH v. 20.11.2001 – IX ZR 48/01 , MDR 2002, 416 = NJW 2002, 515.
  - 16) *Kayser/Thole* in Heidelberger Komm. InsO, 10. Aufl. 2020, § 133 Rz. 23.
  - 17) *Raupach* in BeckOK-InsO, Stand: 15.4.2020, § 133 Rz. 19.4; dazu auch die Ausführungen unten in II 2.
  - 18) BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14 , MDR 2016, 418 = NZI 2016, 134; OLG Hamburg v. 1.3.2019 – 7 U 132/17 , juris.
  - 19) *Willemsen/Kühn*, BB 2020, 1353, 1355 f.; *Raupach* in BeckOK-InsO, Stand: 15.4.2020, § 133 Rz. 19.2.



- 20) Ähnlich *Willemsen/Kühn*, BB 2020, 1353, 1355 f.
- 21) BGH v. 17.12.2015 - IX ZR 61/14 , MDR 2016, 418 = NZI 2016, 134; OLG Saarbrücken v. 15.1.2020 - 5 U 44/19 , juris.
- 22) *Bograkos/Sachse*, ZInsO 2020, 515.
- 23) LG Hamburg v. 20.8.2012 - 323 O 110/11 , ZMR 2013, 961; dazu kritisch *Wegener*, ZMR 2013, 948 ff.
- 24) OLG Hamm v. 21.5.2015 - 27 U 103/14 , ZInsO 2015, 1573; *Bograkos/Sachse*, ZInsO 2020, 515, 518.
- 25) BT-Drucks. 18/7054, 13.
- 26) *Horst*, MietRB 2019, 23, 26; *Antholz*, MDR 2017, 919, 923.
- 27) BT-Drucks. 18/7054, 18 f.
- 28) *Thole* in Heidelberger Komm. InsO, 10. Aufl. 2020, § 142 Rz. 7.
- 29) *Bartels* in Kübler/Prütting/Bork, InsO, Juni 2020, § 142 Rz. 114; vgl. auch *Taras/Suchan*, NJW-Spezial 2020, 405 f.; OLG Düsseldorf v. 27.2.2020 - I-12 U 31/19 , BeckRS 2020, 9225.
- 30) Ja: *Pape*, NZM 2015, 314, 318. Nein: *Bartels* in Kübler/Prütting/Bork, InsO, Juni 2020, § 142 Rz. 114; *Hörndler* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl. 2017, Kap. 20 Rz. 37.
- 31) OLG Koblenz v. 18.11.2014 - 3 U 713/14 , MietRB 2015, 172 = ZInsO 2015, 844; a.M. etwa *Dahl/Linnenbrink* in Guhling/Günter, Gewerberaummiete, 2. Aufl. 2019, § 146 InsO Rz. 36.
- 32) BT-Drucks. 18/7054, 19.
- 33) *Thole* in Heidelberger Komm. InsO, 10. Aufl. 2020, § 142 Rz. 23.
- 34) *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 131 Rz. 25.
- 35) BGH v. 20.1.2011 - IX ZR 58/10 , MDR 2011, 452 = MietRB 2011, 145 (*Hörndler*) = NZM 2011, 408.
- 36) BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 216/12 , MDR 2013, 743 = NZI 2013, 492; *Prießkalla*, ZMR 2020, 88, 91.
- 37) BGH v. 15.5.2003 - IX ZR 194/02 , MDR 2003, 1199 = NZI 2003, 433; *Rogge/Leptien* in Hamburger Komm. Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2019, § 131 Rz. 11; *Pape*, NZM 2015, 313, 323.
- 38) *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 131 Rz. 63 ff.; *Graf-Schlicker/Huber*, InsO, 5. Aufl. 2020, § 131 Rz. 8.
- 39) *Rogge/Leptien* in Hamburger Komm. Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2019, § 142 Rz. 24; *Gehrlein* in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, 4. Aufl. 2020, § 142 Rz. 19.
- 40) *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, InsO, 15. Aufl. 2019, § 130 Rz. 5.

- 41) BGH v. 19.1.2012 - IX ZR 2/11 , MDR 2012, 309 = ZinsO 2012, 177 f.; *Braun/de Bra*, InsO, 8. Aufl. 2020, § 130 Rz. 9 .
- 42) *Kayser/Freudenberg* in MünchKomm/InsO, 4. Aufl. 2019, § 130 Rz. 6.
- 43) Siehe hierzu die Ausführungen oben in II 1 a).
- 44) *Pießkalla*, ZMR 2020, 88, 90.
- 45) Siehe hierzu die Ausführungen oben in II 1 b).
- 46) BT-Drucks. 19/18110, 24.
- 47) Hierzu *Bornemann*, jurisPR-InsR 9/2020, Anm. 1, Seite 9 f.; *Raupach* in BeckOK/InsO, Stand: 15.4.2020, § 129 Rz. 18a f.
- 48) *Päßler/Scholz*, ZIP 2020, 1633 ff.
- 49) Hierzu *Päßler/Scholz*, ZIP 2020, 1633, 1638 ff.
- 50) BGH v. 22.10.2013 - II ZR 394/12 , MDR 2014, 182 = MietRB 2014, 76 = NZM 2014, 76; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummiete, 7. Aufl. 2019, Kap. 30 Rz. 152.
- 51) Vgl. *Pießkalla*, ZMR 2020, 88, 92 f.
- 52) *Seldeneck/Wichert/Fallak*, Gewerbemiete, 2013, Baustein 89 Rz. 2.
- 53) *Pape*, NZM 2015, 314, 322 f.
- 54) *Antholz*, MDR 2017, 919, 923.
- 55) *Seldeneck/Wichert/Fallak*, Gewerbemiete, 2013, Baustein 96 Rz. 5.
- 56) OLG Frankfurt v. 15.11.2018 - 4 U 30/18 , MietRB 2019, 77 (*Wichert*); kritisch zu dieser Entscheidung *Mitlehner*, EWIR 2019, 561.
- 57) So die Formulierung des anwaltlichen Forderungsschreibens in BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 216/12 , MDR 2013, 743 = NZI 2013, 492.
- 58) *Seldeneck/Wichert/Fallak*, Gewerbemiete, Baustein 195 Rz. 9 und am Ende.