

## § 110 InsO

### § 110 Schuldner als Vermieter oder Verpächter

(1) Hatte der Schuldner als Vermieter oder Verpächter eines unbeweglichen Gegenstands oder von Räumen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Miet- oder Pachtforderung für die spätere Zeit verfügt, so ist diese Verfügung nur wirksam, soweit sie sich auf die Miete oder Pacht für den zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Kalendermonat bezieht. Ist die Eröffnung nach dem fünfzehnten Tag des Monats erfolgt, so ist die Verfügung auch für den folgenden Kalendermonat wirksam.

(2) Eine Verfügung im Sinne des Absatzes 1 ist insbesondere die Einziehung der Miete oder Pacht. Einer rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt.

(3) Der Mieter oder der Pächter kann gegen die Miet- oder Pachtforderung für den in Absatz 1 bezeichneten Zeitraum eine Forderung aufrechnen, die ihm gegen den Schuldner zusteht. Die §§ 95 und 96 Nr. 2 bis 4 bleiben unberührt.

#### *Inhalt*

<i>Eckardt</i> . Insolvenzfester Rechtserwerb an Mietforderungen in der Vermieterinsolvenz .....	877
--	-----

DIEDERICH ECKARDT

### Rechte Dritter an Mietforderungen in der Vermieterinsolvenz

#### I. Einleitung

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit einigen praktisch wichtigen Fragen der Vermieterinsolvenz, wobei sich die Darstellung, dem Regelungsinhalt des Mietrechtsreformgesetzes entsprechend, auf die Wohnraummiete beschränken soll.<sup>1</sup> Ausgewählt wurde das Schicksal der Mietforderungen in der Vermieterinsolvenz, das in den einschlägigen Gesamtdarstellungen des Insolvenzmietrechts nicht sel-

<sup>1</sup> Immerhin sei pauschal vermerkt, dass das hier Ausgeführte für die Immobilienmiete insgesamt Geltung beansprucht; bei Mietverträgen über bewegliche Sachen sind allerdings schon die insolvenzrechtlichen Prämissen teils recht verschieden.

ten unverdientermaßen in der Hintergrund tritt – „unverdientermaßen“ zum einen deshalb, weil die Mietforderungen in der Vermieterinsolvenz wirtschaftlich besonders interessant sind, gerade wenn der Grundstückswert durch hohe grundpfandrechtliche Belastungen für die Masse verloren ist. Zudem wird der Umgang mit den hierbei entstehenden Rechtsfragen durch ein selbst für den Kundigen verwirrend bleibendes Zusammenspiel von bürgerlich-rechtlichen, verstreuten insolvenzrechtlichen und anfechtungsrechtlichen Gesetzesnormen und Rechtsprinzipien erschwert; auch deshalb könnte die zusammenhängende Darstellung von Interesse sein.

## II. Rechtserwerb an Mieten für nach Verfahrenseröffnung liegende Zeitabschnitte

### 1. Grundlagen

Einzugehen ist zunächst auf die Mieten, die vereinbarungsgemäß auf Nutzungszeiträume in der Zeit nach Verfahrenseröffnung entfallen. Hierfür ist zunächst von Bedeutung, dass ein zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vermieters bereits bestehendes Wohnraummietverhältnis gem. § 108 Abs. 1 S. 2 InsO von der Verfahrenseröffnung unberührt bleibt, sofern der Vertrag zu diesem Zeitpunkt bereits in Vollzug gesetzt, d. h. die Mietsache überlassen war.<sup>2</sup> Ein insolvenzrechtliches Sonderkündigungsrecht besteht in diesem Fall also ebensowenig wie das allgemeine Wahlrecht des Insolvenzverwalters gem. § 103 InsO; vielmehr wird das Mietverhältnis ohne weiteres zu den vereinbarten Bedingungen fortgesetzt. Die Insolvenzmasse schuldet deshalb als Masseverbindlichkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO) nicht nur die Gebrauchsgewährung als solche (§ 535 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern auch die Herstellung und Erhaltung eines zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands der Mietsache (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB).<sup>3</sup> Als Gegenleistung hierfür ist die laufende Miete einschließlich etwaiger Nebenkostenanteile oder -vorauszahlungen zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt in die Insolvenzmasse zu entrichten.<sup>4</sup> Etwaige Vorauszahlungen auf die nach Insolvenzeröffnung entstehenden Mietforderungen, die der Mieter vor Verfahrenseröffnung an den Vermieter erbracht hat, sind der Masse gegenüber nur in den zeitlichen Grenzen des § 110 Abs. 1 InsO wirksam (s. zu 3. c., S. 880).

<sup>2</sup> Anderenfalls greift das Wahlrecht nach § 103 InsO ein, s. zu dieser Einschränkung BGH IX ZR 185/06 BGHZ 173, 116, 120 = NZM 2007, 883 [Rn. 13 ff.]; Lohmann, in: Festschrift für Gero Fischer, 2008, S. 333 ff. m. w. N.

<sup>3</sup> Vgl. nur BGH IX ZR 163/02 NZM 2003, 472.

<sup>4</sup> S. im Einzelnen Derleder, NZM 2004, 568 ff.; Scheer-Hennings, ZfIR 2008, 831 ff., 838 ff.; Wegener, ZInsO 2005, 1259 ff.

## 2. Verfügungstatbestand nach Verfahrenseröffnung

Fragt man nun nach möglichen Rechten Dritter an den laufenden Mieten, so ist zunächst festzuhalten, dass diese nach Verfahrenseröffnung – natürlich – nicht mehr bzw. nur noch aufgrund von Verfügungen des Insolvenzverwalters erworben werden können. Dies ergibt sich unproblematisch aus § 81 Abs. 1 InsO, sofern die unter Beteiligung des Insolvenzschuldners vorgenommene Einigung über die Abtretung nach Verfahrenseröffnung vollendet wird, und aus §§ 89 Abs. 1, 91 Abs. 1 InsO, wenn ein Insolvenzgläubiger in die Mietforderung vollstreckt und die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses beim Drittschuldner – auf die in zeitlicher Hinsicht abzustellen ist (§ 829 Abs. 2 S. 1 ZPO)<sup>5</sup> – erst nach Verfahrenseröffnung erfolgt.

## 3. Verfügungstatbestand vor, Entstehen der Mietforderung nach Verfahrenseröffnung

Es ändert sich nach herrschender und zutreffender Ansicht am Ergebnis aber auch dann nichts, wenn der Verfügungstatbestand vor der Verfahrenseröffnung vollendet wurde, sofern nur die betroffene Mietforderung erst nach Verfahrenseröffnung im Rechtssinne entstanden ist. Die damit angesprochene Konstellation der „Vorausverfügungen“ ist in der Praxis überaus häufig, da die üblichen formularmäßigen Sicherungsglobalzessionen zugunsten der Kreditinstitute die künftig fällig werdenden Forderungen unproblematisch einschließen; nichts anderes gilt aber für die „Verfügungen in der Zwangsvollstreckung“, da die Pfändung und Überweisung der Mietforderungen ebenfalls ohne weiteres die künftig fällig werdenden Forderungen aus demselben rechtlichen Verhältnis ergreift (§ 832 ZPO). In beiden Fällen geht es mithin um den Erwerb eines Absonderungsrechts, das den Sicherungszessionar bzw. Pfandgläubiger zwar nicht zur Einziehung der Forderung (§ 166 Abs. 2 InsO), wohl aber zur vorrangigen Befriedigung aus dem Erlös berechtigen würde (§ 170 Abs. 1 S. 2 InsO). Im Detail müssen hier freilich verschiedene Aspekte auseinander gehalten werden:

### a) § 81 InsO oder § 91 InsO?

So kann man bereits über den rechtlichen Begründungsansatz für die genannte Aussage durchaus streiten. Nach der h.M. fällt die Vorausverfügung hinsichtlich nach Verfahrenseröffnung entstandener Forderungen unter § 91 Abs. 1 InsO, weil sich der Rechtserwerb ohne weiteres Zutun des Insolvenzschuldners nach Verfahrenseröffnung – nämlich im Moment der Entstehung der betreffenden Forderung – vollende, während es sich nach der Gegenauffassung zumindest bei der rechtsgeschäftlichen Verfügung um einen Fall des § 81 Abs. 1 InsO handelt,

<sup>5</sup> Eine *Vorpfändung* gem. § 845 ZPO würde insoweit nichts nützen, weil sie nur dann wirkt (d. h. die Hauptpfändung auf den Zeitpunkt der Zustellung der Vorpfändung zurückfingiert), wenn die anschließende Hauptpfändung für sich genommen ebenfalls insolvenz- bzw. anfechtungsfest ist, vgl. BGH IX ZR 116/03 NJW 2006, 1870, 1871 f. m. w. N.

weil die Existenz des Verfügungssubstrats zum Verfügungstatbestand gehöre. Die Meinungsverschiedenheit macht an dieser Stelle im Ergebnis keinen Unterschied, wirkt sich aber für die Entscheidung der Parallelfrage im Eröffnungsverfahren aus (s. u. III. 2. b., S. 887 f.).

b) *Der Zeitpunkt der „Entstehung“ der Mietforderungen für die nach Verfahrenseröffnung liegenden Mietzeiträume*

Ergebnisrelevant ist dagegen an dieser Stelle die Frage, ob es sich bei den Mietforderungen für die nach Verfahrenseröffnung liegenden Zeitabschnitte um derartige nach Verfahrenseröffnung „entstandene“ Forderungen handelt. Nach herrschender, erst jüngst wieder vom Bundesgerichtshof bekräftigter Auffassung ist dies der Fall. Bei Vorausverfügungen über Forderungen, deren Rechtsgrund immerhin bereits vor Verfahrenseröffnung gelegt worden war, wird traditionell unterschieden zwischen „betagten“, d. h. lediglich noch nicht fälligen Forderungen und (aufschiebend) bedingten Forderungen auf der einen Seite – in diesen beiden Fällen sei die Forderung bereits entstanden gewesen und die Vorausverfügung deshalb insolvenzfest –, und (aufschiebend) befristeten Forderungen, bei denen die Forderung erst zeitabschnittsweise entstehe und die Vorausverfügung deshalb nicht insolvenzfest sei, auf der anderen Seite;<sup>6</sup> und zu letzteren gehörten, wie ebenfalls traditionell angenommen wird, jedenfalls in der Regel<sup>7</sup> die Mietforderungen für zukünftige Mietzeiträume.<sup>8</sup> Entscheidend für die Abgrenzung sei, ob der aus der Verfügung Begünstigte eine gesicherte Rechtsposition erwerbe, die ihm nicht mehr entzogen werden könne und deren Eintritt nicht von der freien Entscheidung des Schuldners oder eines Dritten abhängt. Bei monatlich fällig werdenden Mietraten sei das auf Grund bestehender Kündigungsbefugnisse und der beschränkten Bindung von Vorausverfügungen ebenso wenig der Fall wie bei dienstvertraglichen Vergütungen.

Der Kritik an dieser Auffassung ist allerdings zuzugeben, dass in diesem Zusammenhang traditionell sehr begrifflich argumentiert und die gebotene Zurückführung des Ergebnisses auf die einschlägigen haftungsrechtlichen Wertungskriterien nicht selten unterlassen wurde und wird. Das bedeutet aber nicht, dass das beschriebene Ergebnis per se falsch ist: Die teleologische Rechtfertigung hierfür findet sich in dem Umstand, dass die Erträge aus der wirtschaftlichen Verwertung des massezugehörigen Wirtschaftsguts „Mietsache“ ihrerseits haftungs-

<sup>6</sup> S. hierzu und zum Folgenden zuletzt BGH IX ZR 217/07 ZIP 2009, 380 (R.n. 27 ff.); BGH IX ZR 98/08, BGHZ 181, 362 = NZI 2009, 599 (R.n. 10 f.); BGH IX ZR 106/08, BGHZ 182, 264, 267 = NZM 2010, 164 (R.n. 10); BGH IX ZR 53/08 NZI 2010, 320 (R.n. 19); BGH IX ZR 78/09 NZI 2010, 220 (R.n. 18); BGH IX ZR 202/08 NZI 2010, 682 (R.n. 9); dazu aktuell insbes. Ehrlicke, ZInsO 2008, 1058 ff.; krit. Christiansen, ZInsO 2010, 653 ff.; ausf. ders., Forderungsrecht und Leistungszeit, 1998, S. 6 ff., 176 ff., 210 ff., 216 ff., sowie jüngst Vöβ, Die Vorausabtretung in der Insolvenz, 2010, S. 49, 69 ff., 124 ff., 129 ff. und passim.

<sup>7</sup> Anders bei befristetem Mietverhältnis, s. BGH XII ZR 170/07 ZIP 2010, 332 = NZM 2010, 126 (R.n. 19).

<sup>8</sup> Vgl. zuletzt BGH IX ZR 106/08 BGHZ 182, 264, 267 = NZM 2010, 164 (R.n. 10) m. w. N.; s. a. BGH IX ZR 283/88 BGHZ 109, 368, 372 = NJW 1990, 1113; BGH IX ZR 89/96 ZIP 1997, 513, 514; Dobmeier, NZI 2006, 144, 145; Ehrlicke, ZInsO 2008, 1058 ff.

rechtlich der Insolvenzmasse zugewiesen sind.<sup>9</sup> Dieses „Gegenleistungsargument“, mit dem auf das mit Massemitteln erfolgte „Werthaltigmachen“ der betreffenden Forderung abgestellt wird, hat im insolvenzrechtlichen Zusammenhang schon an vielen Stellen Verwendung gefunden, so zunächst zu der Konstellation, dass der Verwalter nach § 103 Abs. 1 InsO die Erfüllung eines vor Verfahrenseröffnung abgeschlossenen Vertrags wählt und damit auch dem Gegenleistungsanspruch wieder zur Durchsetzbarkeit verhilft,<sup>10</sup> später zur Anfechtung (bzw. Unwirksamkeit) von Aufrechnungslagen, die der Insolvenzschuldner erst durch eine Wertschöpfung in der kritischen Zeit geschaffen hat,<sup>11</sup> zuletzt auch zur Begründung der Anfechtung von Sicherungszessionen von Forderungen, die erst durch die mit Mitteln der Insolvenzmasse erfolgte Erbringung der Gegenleistung durchsetzbar und damit werthaltig wurden.<sup>12</sup>

Dabei erscheint es – was an dieser Stelle nicht in dem an sich gebotenen Umfang vertieft werden kann – unter haftungsrechtlich-teleologischen Aspekten geboten, das „Werthaltigmachen“ einer im Voraus abgetretenen oder gepfändeten Forderungen einheitlich sowohl für die Frage des insolvenzbeschlagsfreien Erwerbs (§§ 81, 91 InsO) als auch für die Frage der Anfechtbarkeit (§ 140 Abs. 1 InsO, s. noch sub III. 1. b., S. 886 f.) noch dem Rechtserwerb an der betreffenden Forderung zuzuordnen.<sup>13</sup> Das „Werthaltigmachen“ bzw. „Werthaltigwerden“ ist also richtigerweise nicht als solches anfechtbar oder „der Masse gegenüber unwirksam“, sondern der Forderungserwerb selbst ist es.<sup>14</sup> Für die Vorausabtretung oder Pfändung der Mieten aus einem unter § 108 Abs. 1 InsO fallenden Mietvertrag bedeutet dies die Unwirksamkeit des Rechtserwerbs für alle die Nutzungszeiträume nach Verfahrenseröffnung betreffenden Mieten, und zwar ggf. unter verhältnismäßiger Aufteilung derjenigen Mietrate, die auf den durch die Verfahrenseröffnung unterbrochenen Zeitabschnitt entfällt. Die Alternative, nämlich darauf abzustellen, ob der Beginn des Zeitabschnitts, für den die betreffende Mietrate vereinbarungsgemäß geschuldet war, vor oder nach Insolvenz-

<sup>9</sup> S. immerhin jetzt BGH IX ZR 106/08 BGHZ 182, 264, 267 = NZM 2010, 164 (Rn. 11), dazu Eckardt, EWIR 2010, 191, 192. Ausführlich hierzu und zum Folgenden m. w. N. bereits Christianesen (Fn. 6), S. 188 ff., sowie jüngst Vöβ (Fn. 6), S. 49, 69 ff., 124 ff., 129 ff., 184 ff. und passim.

<sup>10</sup> In diesem Fall verliert eine vor Verfahrenseröffnung erfolgte Sicherungszession deshalb ebenfalls ihre Wirkung, vgl. m. w. N. zuletzt BGH IX ZR 55/04 NZI 2006, 350 (Rn. 12); BGH IX ZR 165/05 ZIP 2008, 372, 374 (Rn. 27).

<sup>11</sup> Vgl. m. w. N. BGH VII ZR 372/99 BGHZ 145, 245, 254 f. = NZI 2001, 23; BGH IX ZR 191/99 BGHZ 147, 28, 35 f. = NZI 2001, 537; BGH IX ZR 207/00 NZI 2002, 35.

<sup>12</sup> Vgl. BGH IX ZR 30/07 BGHZ 174, 297, 300 f., 309 f. = ZIP 2008, 183 (Rn. 12 f., 36 f.); BGH IX ZR 165/05 ZIP 2008, 372, 373 (Rn. 15); BGH IX ZR 177/05 NZI 2008, 302, 303 (Rn. 20); BGH IX ZR 47/05 ZIP 2008, 1437, 1439 (Rn. 22); BGH IX ZR 144/05 ZIP 2008, 1435, 1436 (Rn. 17 f.); dazu z. B. Bork, ZIP 2008, 1041, 1045; Gehrlein, ZInsO 2010, 1857, 1859; Jacoby, ZIP 2008, 385, 386 f.; Mitlehner, ZIP 2008, 189, 190; Piekenbrock, WM 2007, 141, 147 ff.; Psaroudakis, ZInsO 2009, 1039, 1044 ff.; krit. Furche, WM 2007, 1305, 1313 ff.; Stamm, KTS 2009, 108, 110 f.

<sup>13</sup> Vgl. Vöβ (Fn. 6), S. 157 ff.

<sup>14</sup> Vgl. sub specie der Anfechtbarkeit Henckel, in: Jaeger, InsO, § 140 Rn. 6; Vöβ, Die Vorausabtretung in der Insolvenz, 2010, S. 157 ff., 181 f.; Heinze, DZWIR 2008, 185, 186 f.; s. bereits Eckardt, EWIR 2010, 688, 689; zur Wirksamkeit Vöβ (Fn. 6), S. 175 ff.; a. A. aber – wiederum zur Anfechtbarkeit – der BGH und die h. M., wonach das „Werthaltigmachen“ selbständig anfechtbar sein soll, vgl. die Nachw. a. a. O. (Fn. 12).

eröffnung lag,<sup>15</sup> führt bei monatlich zu zahlender Miete nicht zu wesentlich abweichenden und offenbar unangemessenen Ergebnissen, wird aber bei jährlich im Voraus zu zahlender Miete der genannten haftungsrechtlichen Teleologie nicht mehr gerecht.

c) § 110 Abs. 1 InsO: *Wirksamkeitsanordnung oder Wirksamkeitseinschränkung?*

Die eben (zu b.) dargestellte h.M. beantwortet durch ihr Ergebnis, also die regelmäßige Anwendbarkeit von § 91 Abs. 1 InsO im Fall der Vorausverfügung über Mietforderungen, zugleich die Frage nach dem Verhältnis dieser Bestimmungen zu § 110 InsO: Indem § 110 Abs. 1 InsO statuiere, eine Vorausverfügung des späteren Insolvenzschuldners über die Miete (einschließlich der Pfändung durch einen Gläubiger, § 110 Abs. 2 S. 2 InsO) sei „nur“ für den laufenden und ggf. den folgenden Kalendermonat wirksam, solle die Bestimmung keineswegs – wie allerdings das Wort „nur“ ebenso nahelegt wie die diesbezüglichen Passagen in der Gesetzesbegründung – zum Ausdruck bringen, solche Verfügungen seien an sich unbegrenzt wirksam und würden gerade durch § 110 Abs. 1 InsO in ihrer Wirksamkeit beschnitten. Vielmehr regele die Bestimmung gerade umgekehrt, dass eine nach den allgemeinen Regeln an sich unwirksame Vorausverfügung über die auf die Zeit nach Verfahrenseröffnung entfallenden Mieten ausnahmsweise wirksam bleibe.<sup>16</sup> Ebenso wird im Übrigen zu § 114 InsO argumentiert;<sup>17</sup> hier ist das Verhältnis der betreffenden Normen zueinander in genau gleicher Weise problematisch, die praktische Bedeutung des Problems allerdings durch den wesentlich längeren Zeitraum, für den die Vorausverfügung jedenfalls wirksam bleibt (zwei Jahre), deutlich reduziert.

d) *Anfechtbarkeit im Anwendungsbereich des § 110 Abs. 1 InsO*

Soweit eine Vorausverfügung über Mietforderungen nach § 110 Abs. 1 InsO wirksam bleibt (also für die dort genannten ein bis zwei Monate nach Verfahrenseröffnung), stellt sich die Frage nach der Anfechtbarkeit des Rechtserwerbs.

aa) *Generelle Verdrängung der Anfechtung im Anwendungsbereich des § 110 Abs. 1 InsO?*

Hierzu findet sich zunächst die Auffassung, § 110 Abs. 1 InsO sei *lex specialis* nicht nur im Verhältnis zu § 91 InsO (s. o. zu c.), sondern auch im Verhältnis zur Insolvenzanfechtung. Argumentiert wird, wenn das Gesetz dem Zessionar die Miete sogar für eine gewisse Zeit nach der Verfahrenseröffnung belasse, wolle es

<sup>15</sup> Hierfür unter dem Aspekt des § 91 InsO die oben Fußn. (8) zitierte Rechtsprechung; ebenso unter dem Aspekt der Anfechtbarkeit offenbar („frühestens“) BGH IX ZR 106/08 BGHZ 182, 264, 267 ff. = NZM 2010, 164 (Rn. 11 ff.).

<sup>16</sup> BGH IX ZR 102/03 BGHZ 170, 196, 200 f. = NZM 2007, 212 (Rn. 12); KG NZI 2008, 440, 441; Eckardt, in: Jaeger, InsO, § 88 Rn. 78; Henckel, ebd. § 140 Rn. 9 ff.; Windel, ebd. § 91 Rn. 54 ff., 62 ff., 67; Mitlehner, NZI 2008, 724 f.; a.A. aber viele, vgl. nur Dobmeier, NZI 2006, 144, 148; Flöther/Bräuer, NZI 2006, 136, 142: § 110 InsO beschränke – ebenso wie § 114 InsO – die Wirksamkeit der nach allgemeinen Regeln an sich wirksamen Vorausverfügungen.

<sup>17</sup> Grundlegend BGH IX ZR 247/03 BGHZ 167, 363, 367 f. = NJW 2006, 2485 (Rn. 9); zuletzt BGH IX ZR 139/09 NZI 2010, 564, 565 (Rn. 15); dazu z. B. Grote, ZInsO 2010, 1974, 1975 m. w. N.

sie ihm nicht für die Zeit davor nehmen; § 110 Abs. 1 InsO schließe die Anfechtung der Vorausverfügung über die Mietforderung deshalb aus.<sup>18</sup> Daran ist richtig, dass der Insolvenzbeschlagn und die Insolvenzanfechtung das gleiche Ziel verfolgen, nämlich das haftende Vermögen im Interesse der *par condicio creditorum* zusammenzuhalten und Schmälerungen des haftenden Vermögens, die dem zuwiderlaufen, zu verhindern bzw. rückgängig zu machen. Wenn das Gesetz nun für die weitaus stärkere Ausprägung dieses Gedankens, nämlich den Insolvenzbeschlagn, eine spezifische Ausnahme für Vorausverfügungen über Mieten statuiert und es für einen bestimmten Zeitraum explizit für unerheblich erklärt, wenn die betreffende Forderung erst während des Verfahrens entsteht, dann würde es einen Wertungswiderspruch bedeuten, allein deshalb, weil die Entstehung der Miete in diesen Zeitraum (oder in den dreimonatigen „Krisen“-Zeitraum i.S.v. §§ 130 f. InsO) fällt, statt dessen die Anfechtung durchgreifen zu lassen. Es ist also nicht etwa, was die Anfechtung angeht, ein dem § 110 Abs. 1 InsO entsprechender Zeitraum außer Betracht zu lassen;<sup>19</sup> vielmehr ist der Aspekt der Forderungsentstehung in der Krise bzw. sogar nach Verfahrenseröffnung bis zu dem in § 110 Abs. 1 InsO genannten Zeitpunkt vollständig auszublenden – er begründet keine „Schwäche“ des Rechtserwerbs, weder sub specie der Insolvenzunwirksamkeit noch unter dem Aspekt der Anfechtbarkeit.<sup>20</sup>

Das bedeutet aber nicht, dass die Anfechtung vollständig ausgeschlossen sein müsste. § 110 InsO betrifft die Wirksamkeit einer Vorausverfügung im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis des Schuldners, die (erst) zum Zeitpunkt der Forderungsentstehung durch den Insolvenzbeschlagn verloren gegangen ist. Wie mit einem zusätzlichen „Mangel“ der Verfügung umgegangen werden muss, nämlich dem Umstand, dass der Verfügungstatbestand selbst – also die Einigung über die Zession oder die Zustellung des Pfändungsbeschlusses – zu einem Zeitpunkt vollendet wurde, zu dem bereits das Gleichbehandlungsgebot zu beachten war, lässt sich hieraus nicht entnehmen. Richtigerweise unterliegt die Vorausverfügung deshalb der Insolvenzanfechtung, soweit die Zession oder die Zustellung des Pfändungsbeschlusses in den Krisenzeitraum der §§ 130 f. InsO fällt.<sup>21</sup>

#### bb) Zum zeitlichen Anwendungsbereich der Insolvenzanfechtung

Indessen führt das nach Verfahrenseröffnung stattfindende „Entstehen“ der Mietforderung dazu, dass die anfechtbare „Rechtswirkung“, auf die es in zeitlicher Hinsicht ankommt (§ 140 Abs. 1 InsO), jedenfalls nach Verfahrenseröffnung liegt; die allgemeine Voraussetzung des § 129 Abs. 1 InsO, wonach ein Rechts-

<sup>18</sup> Vgl. KG NZI 2008, 440, 441 = NZM 2008, 730; OLG Brandenburg ZInsO 2008, 211, 212 = ZMR 2008, 287; Jaeger/Henckel, InsO, § 140 R.n. 9; Christiansen, KTS 2003, 353, 376, u. ZInsO 2010, 653, 659 f.; Jacoby, LMK 2010, 299366; wohl auch Marotzke, in: HeidKomm, InsO, § 110 R.n. 4; abl. Mitlehner, NZI 2008, 724, 725.

<sup>19</sup> So aber Christiansen, ZInsO 2010, 653, 659 f.

<sup>20</sup> A.A. aber der Sache nach die Rechtsprechung des BGH, die es für die Anfechtbarkeit der Vorauszession von Mieten ausreichen lässt, wenn der entsprechende Nutzungszeitraum innerhalb der maßgeblichen tatbestandlichen Anfechtungsfristen liegt (s. Fn. 15); s. auch BGH IX ZR 87/07 NZI 2008, 563, 564 (R.n. 17 ff.) zu § 114 InsO.

<sup>21</sup> So verstehe ich auch OLG Brandenburg ZInsO 2008, 211, 212 = ZMR 2008, 287; HeidKomm-InsO/Marotzke, § 110 R.n. 4; Jacoby, LMK 2010, 299366; Piekenbrock, WM 2007, 141, 149.

erwerb aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung der Anfechtung unterliegt, ist danach nicht erfüllt. Das Gesetz eröffnet nun in § 147 InsO die Möglichkeit zur Anfechtung in denjenigen Fallgestaltungen, in denen der nach § 140 InsO maßgebliche Zeitpunkt nach Verfahrenseröffnung liegt, aber nach seinem klaren Wortlaut an sich nur in den dort bezeichneten Fällen des gutgläubig insolvenzbeschlagsfreien Erwerbs nach §§ 81 Abs. 3 InsO, 892f. BGB. Jedoch ist mittlerweile auch für andere Konstellationen erkannt worden, dass der Wortlaut des § 147 InsO gemessen an seiner Teleologie redaktionell zu eng geraten ist, indem einzelne Fälle eines sich nach Verfahrenseröffnung wirksam vollendenden Rechtserwerbs nicht erfasst werden; was man dort überwiegend für richtig hält, nämlich eine teleologische Extension der Bestimmung,<sup>22</sup> muss im Fall der nach § 110 Abs. 1 InsO für wirksam erklärten Vorausverfügung ebenfalls gelten.<sup>23</sup>

*cc) Zur Insolvenzanfechtung bei Vorhandensein konkurrierender Grundpfandgläubiger*

Hält man dieses Problem für ebenfalls überwindbar, fragt sich zudem, ob die Insolvenzanfechtung auch dann zugunsten der Masse geltend gemacht werden kann, wenn konkurrierende Grundpfandgläubiger vorhanden sind, oder ob es in diesem Fall im Hinblick auf das insolvenzfeste Zugriffsrecht der Grundpfandgläubiger an einer Schmälerung der Haftungsmasse („objektive Benachteiligung der Insolvenzgläubiger“) fehlt; s. dazu noch sogleich (III. 1. a., S. 886).

*4. Die Besonderheiten beim Vollstreckungszugriff von Grundpfandgläubigern*

*a) Zugriff durch Zwangsverwaltung*

Ist der Insolvenzschuldner zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung Eigentümer von vermieteten – also nutzbaren und werthaltigen – Immobilien, so sind so gut wie immer valutierende Grundpfandrechte und damit Grundpfandgläubiger vorhanden, für deren Ansprüche neben dem Grundstück auch die Miet- und Pachtforderungen haften (§ 1123 Abs. 1 BGB). Die Grundpfandgläubiger werden nicht selten ebenfalls ein Interesse daran haben, sich an den Mietansprüchen schadlos zu halten, zumal wenn die Versteigerung der Immobilie sich hinzieht oder wirtschaftlich gar für längere Zeit nicht opportun ist. Das können sie auch, denn anders als für gewöhnliche Insolvenzgläubiger ist der Vollstreckungszugriff nach Verfahrenseröffnung für die Grundpfandgläubiger nicht gesperrt: Abgesehen davon, dass sie im Hinblick auf ihre Eigenschaft als Absonderungsberechtigte von dem Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO schon gar nicht betroffen sind, lässt sich den Bestimmungen der §§ 49, 165 InsO jedenfalls entnehmen, dass die Verfahrenseröffnung der Realisierung ihrer auf dem Grundpfandrecht beruhenden Rechtsstellung nicht entgegen stehen soll. Der Grundpfandgläubiger kann also – in der Regel nach Umschreibung seines gegen den Insolvenzschuldner ausgestellten Vollstreckungstitels gegen den Insolvenzverwalter (entsprechend § 727 ZPO) – die Zwangsver-

<sup>22</sup> Vgl. m. w. N. *Kreft*, in: *HeidKomm*, InsO, § 147 R.n. 5; *Kirchhof*, in: *MünchKomm*, InsO, § 147 R.n. 7; *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, InsO, § 147 R.n. 10; a. A. *Henckel*, in: *Jaeger*, InsO, § 147 R.n. 13; *Scherer*, ZIP 2002, 341, 345; *Gerhardt*, in: *Festschrift für Greiner*, 2005, S. 31, 39 f.

<sup>23</sup> So überzeugend *Mittlehner*, NZI 2008, 724, 725; krit. aber *Jacoby*, LMK 2010, 299366.

waltung betreiben und auf diese Weise die Haftung der Mieten für das Grundpfandrecht realisieren. Vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen zwischen Insolvenzverwalter und betreibendem Grundpfandgläubiger<sup>24</sup> wird die Zwangsverwaltung sodann parallel zum Insolvenzverfahren betrieben, und die durch den Zwangsverwalter eingezogenen Mieten werden nach allgemeinen Regeln an der Insolvenzmasse vorbei an den oder die Grundpfandgläubiger ausgeschüttet.

In teleologischer Hinsicht folgt hieraus, dass sich die Haftung der Mieten für das Grundpfandrecht auch dann noch gegen den Insolvenzbeschlagnahme durchsetzen kann, wenn sie zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht bereits durch die Beschlagnahme des Grundstücks (wie sie durch den Zwangsversteigerungsantrag bewirkt wird) konkretisiert und „aktualisiert“ worden war. Solange die Zwangsverwaltung nicht stattfindet (und der Verwalter nichts Abweichendes mit den Grundpfandgläubigern vereinbart hat, sog. „kalte Zwangsverwaltung“), hat aber der Insolvenzverwalter die Mieten zur Masse zu ziehen und nicht etwa zur Befriedigung der Grundpfandgläubiger einzusetzen. Das Gesetz (§§ 49, 165 InsO) transportiert insofern die „latente“ Rechtsposition der Grundpfandgläubiger als solche in das eröffnete Insolvenzverfahren, verändert sie aber nicht in ihrem Gehalt; ebenso wie außerhalb des Insolvenzverfahrens ist die in der Einziehung liegende Verfügung über die Mieten dem Grundpfandgläubiger gegenüber deshalb vor der Beschlagnahme grundsätzlich wirksam, soweit nicht in § 1124 BGB Gegenteiliges bestimmt ist.

#### b) Zugriff durch Einzelpfändung

##### aa) Wirksamkeit der Pfändung

Fraglich ist, ob der Grundpfandgläubiger daneben auch im Wege der Einzelzwangsvollstreckung auf die Mieten zugreifen kann – nicht aufgrund seines persönlichen Titels, weil er insoweit Insolvenzgläubiger und als solcher an der Vollstreckung gehindert ist (§ 89 Abs. 1 InsO), sondern aufgrund seines dinglichen Titels. Denn grundsätzlich eröffnet der dingliche Titel dem Grundpfandgläubiger die Option, mit Beschlagnahmewirkung in die Gegenstände des Haftungsverbands zu vollstrecken;<sup>25</sup> dem steht § 865 Abs. 2 Satz 2 ZPO nur hinsichtlich der Zubehörstücke im Wege, nicht aber hinsichtlich der Mieten. Sinnvoll könnte dies vor allem unter dem Aspekt sein, die Zwangsverwaltung und die mit dieser verbundenen Kosten zu vermeiden; ein Nebeneffekt bestünde darin, eine Verfügung des Insolvenzverwalters über die Mieten wirksam zu verhindern (wobei einer Verfügung über die *künftigen* Ansprüche schon die allgemeinen Regeln des § 1124 Abs. 1 BGB Grenzen setzen).

Allerdings interpretiert der Bundesgerichtshof die Bestimmung des § 49 InsO dahin, dass dem Grundpfandgläubiger *nach Verfahrenseröffnung* ausschließlich die dort genannte Möglichkeit der Zwangsverwaltung bleibt; hierfür spreche neben dem Willen des Gesetzgebers das Prinzip der Masseerhaltung im Insolvenzver-

<sup>24</sup> S. zu diesen etwa *Molitor*, ZInsO 2009, 231 ff.

<sup>25</sup> Vgl. BGH IX ZR 160/04 BGHZ 163, 201, 208 = NZM 2005, 915; BGH IX ZR 119/06 NJW 2008, 1599, 1600 (Rn. 9); *Mylich*, WM 2010, 1923, 1924 f.

fahren. Er vermeidet es damit, den pfändenden Gläubiger mit einem dinglichen Titel durch die Möglichkeit des unmittelbaren Zugriffs auf den Mieterlös über Gebühr zu privilegieren, da bei der Zwangsverwaltung die Erträge der Zwangsverwaltungsmasse zufließen, aus der gem. § 10 Nr. 3 ZVG vorrangig öffentliche Lasten zu begleichen sind, und die verbleibenden Erlöse erst anschließend verteilt werden.<sup>26</sup> Erfolgt die Pfändung (bzw. Zession) vor Verfahrenseröffnung, so greift wiederum, zumindest nach Ansicht des Bundesgerichtshofs,<sup>27</sup> die allgemeine Begrenzung des § 110 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 InsO, da sie keine Ausnahme zugunsten des absonderungsberechtigten Grundpfandgläubigers enthalte.

*bb) Anfechtbarkeit einer Pfändung oder Zession*

Ob der Rechtserwerb des Grundpfandgläubigers im Fall einer Pfändung bzw. Zession vor Verfahrenseröffnung darüber hinaus der Insolvenzanfechtung unterliegt, ist im Hinblick auf die womöglich fehlende objektive Gläubigerbenachteiligung ebenfalls problematisch. Soweit eine Schmälerung der Haftungsmasse unter Hinweis darauf verneint wird, dass die Mieten ohnehin in den Haftungsverband des Grundpfandrechts fielen, ist dem freilich richtiger Ansicht nach entgegen zu halten, dass die Haftung für das Grundpfandrecht zunächst lediglich eine potentielle ist und noch der Aktualisierung durch die Beschlagnahme in der Zwangsverwaltung bedarf; solange die Beschlagnahme nicht erfolgt ist, unterliegen die Mieten der freien Verfügung des Grundstückseigentümers und haften uneingeschränkt seinen Gläubigern.<sup>28</sup>

*c) Gesellschaftsinterne Gebrauchsüberlassung (§ 135 Abs. 3 InsO)*

Zu erwähnen ist schließlich das einjährige Nutzungsrecht im Fall der (früher sog. „kapitalersetzenden“) gesellschaftsinternen Gebrauchsüberlassung (§ 135 Abs. 3 InsO), das hier in der Konstellation relevant wird, dass sich sowohl der Gesellschafter-Vermieter als auch die mietende Gesellschaft im Insolvenzverfahren befinden. Anders als nach der vor dem MoMiG geltenden Rechtslage<sup>29</sup> ist davon auszugehen, dass der nach neuem Recht geschuldete Ausgleich das für sich genommen unentgeltliche einjährige Nutzungsrecht hinreichend kompensiert, so dass kein Anlass mehr zu Korrekturen besteht.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Vgl. BGH IX ZB 301/04 BGHZ 168, 339, 343 = NZM 2006, 873 (Rn. 3 ff.); BGH IX ZB 177/05 (Rn. 5 ff.) NJW-RR 2008, 1008; BGH IX ZR 133/05 NZI 2007, 98, 99 (Rn. 17); zust. Eckardt, in: Jaeger, InsO, § 89, Rn. 23; Mylich, WM 2010, 1923, 1926; a.A. z. B. Eickmann, ZfIR 2006, 273, 278; Zipperer, ZfIR 2006, 395, 400 ff.

<sup>27</sup> BGH IX ZR 301/04 BGHZ 168, 339, 343 = NZM 2006, 873 (Rn. 6); Eckert, in: MünchKomm, InsO, § 110 Rn. 19; a.A. Marotzke, in: HeidKomm, InsO, § 110 Rn. 10; Berscheid, in: Uhlenbruck, InsO, § 110 Rn. 8.

<sup>28</sup> Ebenso jetzt BGH IX ZR 106/08 BGHZ 182, 264 = NZM 2010, 164 (Rn. 17 f.) (unter Aufgabe von BGH IX ZR 133/05 NZI 2007, 98, 99 (Rn. 8 ff.)); zust. Jacoby, LMK 2010, 299366; vgl. zuvor bereits Gaunter, in: MünchKomm-InsO, § 49 Rn. 28 a.E.; Henckel, in: Jaeger, InsO, § 129 Rn. 86; Eickmann, ZfIR 2006, 273, 274 f., 277; Hofmann/Vendolsky, ZfIR 2006, 403, 405; Mittelhner, ZIP 2007, 804, 806; a.A. z. B. Bräuer, ZInsO 2006, 742, 749 f.

<sup>29</sup> Dazu BGH II ZR 207/06 NZI 2008, 510, 511 (Rn. 16 f.); Rendels, ZIP 2006, 1273 ff.

<sup>30</sup> S. etwa Bitter, ZIP 2010, 1, 13 f.; Göcke/Henkel, ZInsO 2009, 170, 173 f.; ausführlich Göcke, Wechselwirkungen bei der Insolvenz von Gesellschaft, Gesellschafter und Organwalter, 2009, S. 278 ff.

## d) Konkurrenz mit Sicherungsglobalzession und Pfändung in den Fällen des § 110 Abs. 1 InsO

## aa) Grundsatz

In beiden eben genannten Fällen stellt sich die Frage, wie die Konkurrenz zwischen dem Grundpfandgläubiger und einem Sicherungsglobalzessionar bzw. Pfändungsgläubiger aufzulösen ist, soweit letztere im Hinblick auf § 110 Abs. 1 InsO für die ersten ein bzw. zwei Monate nach Verfahrenseröffnung ein insolvenzfestes Absonderungsrecht erworben haben (s. o. 3. c., d., S. 880 ff.). Hierfür müssen die allgemeinen Regeln gelten, d. h. dem Grundpfandgläubiger ist die Vorausverfügung ebenfalls nur bzw. immerhin für die ersten ein bzw. zwei Monate wirksam, wenngleich hier bezogen auf die Anordnung der Zwangsverwaltung („Beschlagnahme“, s. § 1124 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB).<sup>31</sup> Erfolgt die Anordnung der Zwangsverwaltung erst nach Verfahrenseröffnung, so bleibt dem Sicherungsglobalzessionar bzw. Pfandgläubiger seine im Verhältnis zur Masse erlangte „insolvenzfeste“ (und „anfechtungsfeste“) Rechtsstellung deshalb notwendigerweise auch gegenüber dem Grundpfandgläubiger erhalten.

## bb) Konsequenzen für die Anfechtbarkeit

Das Vorhandensein von Grundpfandgläubigern verlangt auch die Frage der Anfechtbarkeit des Rechtserwerbs der Globalzessionare bzw. Pfändungsgläubiger an den Mieten neu zu beantworten: Ist nicht statt der Insolvenzmasse in diesem Fall der Grundpfandgläubiger benachteiligt, so dass er auch derjenige wäre, der – dann natürlich im Wege der Einzelgläubigeranfechtung – die Anfechtbarkeit geltend machen könnte und müsste (während dies dem Insolvenzverwalter gerade mangels Gläubigerbenachteiligung versagt bliebe)? Überwiegend wurde dies bislang angenommen.<sup>32</sup> Indessen dürfte sich auch an dieser Stelle die Einsicht auswirken, dass die Mieten dem Grundpfandgläubiger vor der Beschlagnahme lediglich „latent“ oder „potentiell“ zugewiesen sind; ob und ggf. wann der Gläubiger von diesem Potential Gebrauch macht, ist nicht prognostizierbar (s. o. b. bb., S. 884). Folgerichtig muss der Insolvenzverwalter zur Anfechtung berechtigt bleiben, es sei denn, der Grundpfandgläubiger hatte zum maßgeblichen Zeitpunkt bereits die Zwangsverwaltung betrieben.

### III. Rechtserwerb an Mieten für vor Verfahrenseröffnung liegende Zeitabschnitte

Wirtschaftlich von beachtlicher Bedeutung kann im Insolvenzverfahren auch die Frage nach der Rückabwicklung derjenigen Mietzahlungen sein, die für vor Verfahrenseröffnung liegende Zeitabschnitte geleistet worden sind. Die maßgeblichen Aspekte sind hier indessen durchweg bereits genannt worden; es genügt deshalb, sie kurz zu rekapitulieren.

<sup>31</sup> Vgl. BGH IX ZR 160/04 BGHZ 163, 201, 204 ff. = NZM 2005, 915; Mylich, WM 2010, 1923, 1929.

<sup>32</sup> BGH VIII ZR 228/88 BGHZ 109, 240, 249; Henckel, in: Jaeger, InsO, § 129 Rn. 291.

### 1. Anfechtbarkeit des Rechtserwerbs in der Krise

#### a) Gläubigerbenachteiligung

Zu erörtern ist zunächst die insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewähr. Soweit einem Grundpfandgläubiger Mietforderungen zur Sicherheit abgetreten worden sind oder er in diese vollstreckt, ist die für die Anfechtung erforderliche Schmälerung des haftenden Vermögens („objektive Benachteiligung der Insolvenzgläubiger“, § 129 Abs. 1 InsO) nach dem bereits Entwickelten nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Mieten dem Grundpfandgläubiger ohnehin verhaftet sind, solange dieser die zunächst nur „latente“, „potentielle“ Haftung nicht durch Beschlagnahme des Grundstücks in der Zwangsverwaltung „aktualisiert“ und „konkretisiert hat“ (s. o. II. 4. b. bb., S. 884). Für die Anfechtung des Rechtserwerbs von Zessionaren und Pfändungsgläubigern ergibt sich aus dem Vorgesagten, dass der Insolvenzverwalter ungeachtet der Zugehörigkeit der Mieten zum Haftungsverband des Grundpfandrechts selbst zur Anfechtung berechtigt bleibt, es sei denn, der Grundpfandgläubiger hatte zum maßgeblichen Zeitpunkt bereits die Zwangsverwaltung betrieben (s. o. II. 4. d. bb., S. 885).

#### b) Der betroffene Nutzungszeitraum als Anknüpfungspunkt für die Fristberechnung

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich zudem eine bisher vernachlässigte Bedeutung des § 110 Abs. 1 InsO: Richtigerweise schließt die in dieser Bestimmung zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertung es aus, als zeitlichen Anknüpfungspunkt dafür, dass der Rechtserwerb an einer Mietforderung in die tatbestandlichen Anfechtungszeiträume fällt, auf den Nutzungszeitraum abzustellen, für den die Mietforderung das Entgelt darstellt (s. o. II. 3. d. aa., S. 880 f.). Dass der Bundesgerichtshof dies offenbar anders sieht – ohne allerdings bisher je explizit auf diese Frage eingegangen zu sein –, lässt sich daraus folgern, dass das Gericht für die Anfechtbarkeit des Vorauserwerbs von Mietforderungen in Anwendung von § 140 Abs. 1 InsO sehr wohl auf die jeweiligen Nutzungszeiträume abstellt.<sup>33</sup> Blendet man das Verhältnis zu § 110 Abs. 1 InsO einmal aus, folgt man in diesem Punkt also im Ergebnis dem BGH, so ist das Abstellen auf den Nutzungszeitraum nach den bisherigen Ausführungen allerdings zweifellos überzeugend (s. o. II. 3. b., S. 878 f.), wenngleich es vorzuziehen wäre, hier nicht, wie der Bundesgerichtshof das tut, auf den Beginn der jeweiligen Nutzungsperiode abzustellen, sondern statt dessen gewissermaßen taggenau abzurechnen und die Nutzungsperiode, in die der maßgebliche Zeitpunkt fällt (also 3 Monate vor Antragstellung bzw. der ggf. spätere Zeitpunkt, zu dem die subjektiven Anfechtungserfordernisse erfüllt sind), verhältnismäßig aufzuteilen (a.a.O. S. 879 f.). Der hierfür in teleologischer Hinsicht maßgebliche Gedanke ist zudem – insofern wiederum gegen den Bundesgerichtshof<sup>34</sup> – nicht in begrifflichen Deduktionen

<sup>33</sup> Vgl. zuletzt BGH IX ZR 106/08 BGHZ 182, 264, 266 ff. = NZM 2010, 164 (Rn. 8 ff.); s. a. BGH IX ZR 89/96 ZIP 1997, 513, 514; *Dobmeier*, NZI 2006, 144, 147; *Ehricke*, ZInsO 2008, 1058, 1063 f.; *Flöther/Bräuer*, NZI 2006, 136, 139.

<sup>34</sup> S. aber jetzt BGH IX ZR 106/08 BGHZ 182, 264 = NZM 2010, 164 (Rn. 11, 18); ferner *Christiansen*, KTS 2003, 353 ff., u. ZInsO 2010, 653 ff., 661.

zum Entstehungszeitpunkt dieser Forderung zu finden, sondern in dem Umstand, dass die Forderung zu einem bestimmten Zeitpunkt unter Einsatz des haftenden Vermögens „werthaltig“ wurde, hier durch Gewährung des geschuldeten Mietgebrauchs an einer massezugehörigen Sache (a.a.O. S. 878 f.).

## 2. Unwirksamkeit des Rechtserwerbs nach Anordnung von Verfügungsbeschränkungen im Eröffnungsverfahren?

Daneben ist hinsichtlich der Mieten für vor Verfahrenseröffnung liegende Zeitabschnitte vor allem die Unwirksamkeit als Folge von Verfügungsbeschränkungen in Betracht zu ziehen, die das Gericht im Eröffnungsverfahren angeordnet hat (§§ 24 Abs. 1, 81 InsO).

### a) Folgerungen aus § 110 Abs. 1 InsO

Verhängt das Gericht im Eröffnungsverfahren ein allgemeines Verfügungsverbot, so kann das Ergebnis jedenfalls kein weitergehendes sein als dasjenige, das sich als Folge des Verlusts der Verfügungsbefugnis im eröffneten Verfahren, d. h. bei Anwendung der §§ 81, 91, 110 InsO ergibt.<sup>35</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung (s. o. II. 3. d. aa., S. 880 f.) bedeutet das primär, dass die Wertung des § 110 Abs. 1 InsO verbietet darauf abzustellen, dass sich die betreffende Mietforderung auf einen Nutzungszeitraum nach dem Verlust der Verfügungsbefugnis bezieht. Soweit es um Mietforderungen geht, wirkt die Verfügungsbeschränkung deshalb richtigerweise nur dann, wenn auch der Verfügungstatbestand der Abtretung bzw. Pfändung während des Eröffnungsverfahrens vollendet wird, dagegen nicht allein aufgrund der Tatsache, dass ein Nutzungszeitraum während des Eröffnungsverfahrens betroffen ist.

### b) Vorausverfügungen bei Anordnung von Verfügungsbeschränkungen

Folgt man dem mit der ganz h.M. nicht, so kommt es auf die bereits angesprochene Frage an, ob das Verfügungsverbot auch zeitlich vorhergehende Vorausabtretungen über solche Forderungen erfasst, die erst während des Eröffnungsverfahrens im Rechtssinne „entstehen“ (s. o. II. 3. a., S. 877). Nach Ansicht des Verf. ist dies jedenfalls für den Fall zu bejahen, dass der Schuldner nach § 22 Abs. 1 InsO die Verfügungsbefugnis vollständig an den vorläufigen Verwalter verliert, weil die Existenz des Verfügungssubstrats zum Verfügungstatbestand gehört; rechtstechnisch ist dies dadurch zu legitimieren, dass dieser Sonderfall eines „gestreckten“ Rechtserwerbs richtigerweise – wenn auch zugegebenermaßen entgegen allem Herkommen – nicht § 91 InsO zuzuordnen ist, sondern der über § 24 Abs. 1 InsO auf die Verfügungsbeschränkungen anwendbaren Bestimmung des § 81 InsO.<sup>36</sup> Abgesehen davon, dass die Fälle der zum Verlust der Verfügungsbefugnis führen-

<sup>35</sup> Zutreffend LG Erfurt, NZI 2004, 599, 600; speziell gegen die Anwendbarkeit von § 110 InsO jedoch Marotzke, in: HeidKomm, InsO § 110 R.n. 5; Wegener, in: Uhlenbruck, InsO, § 110 R.n. 3.

<sup>36</sup> Vgl. zur Begründung Eckardt, ZIP 1997, 957, 962 f. (zur KO), 964 (zur InsO); s. ferner OLG Dresden ZInsO 2006, 1057, 1058; OLG Naumburg ZInsO 2008, 1022, 1023; Eickmann, in: Festschrift für Uhlenbruck, 2000, S. 149 ff., 151 f.; Häsemeyer, ZZP 111 (1998), 83 ff.

den „starken“ Insolvenzverwaltung in der Rechtspraxis mittlerweile die große Ausnahme geworden sind, wird man indessen akzeptieren müssen, dass sich die gegenteilige Ansicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mittlerweile derart verfestigt hat, dass ein Abweichen hiervon nicht mehr wahrscheinlich ist. Auszugehen ist mithin zum einen davon, dass der Bestimmung des § 81 InsO, die in § 24 Abs. 1 InsO für die Wirkungen der Verfügungsbeschränkung im Eröffnungsverfahren einzig in Bezug genommen wird, bei den Vorausverfügungen nur der eigentliche Verfügungstatbestand, bei der Vorauszession also die Einigung über die Abtretung, zugeordnet ist, während alle anderen Elemente der Vorausverfügung insolvenzrechtlich der Bestimmung des § 91 Abs. 1 InsO zuzuordnen sind. Letztere Bestimmung wiederum, auch dies kann für die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mittlerweile als geklärt gelten, ist auf die Verfügungsbeschränkungen des Eröffnungsverfahrens in Ermangelung einer Verweisung nicht, auch nicht entsprechend anzuwenden.<sup>37</sup> Die an sich wünschenswerte innerinsolvenzrechtliche Kohärenz – Gleichlauf der Wirkungen des Verlust der Verfügungsbefugnis als Folge des Insolvenzbeschlags mit der Insolvenzanfechtung und den Verfügungsbeschränkungen im Eröffnungsverfahren – ist damit freilich durchbrochen. Der Unterschied hat zugleich erhebliche praktische Auswirkungen, insbesondere prima facie unerquickliche Folgerungen für die Befugnis des vorläufigen Verwalters, solche Forderungen für die Masse einzuziehen, und damit für die Liquidität im Eröffnungsverfahren; dies kann hier aber nicht vertieft werden.<sup>38</sup>

#### IV. Wesentliche Ergebnisse

1. Die „latente“ haftungsrechtliche Zuweisung der Mieten an die Grundpfandgläubiger setzt sich im Insolvenzverfahren grundsätzlich dann und erst dann durch, wenn der Gläubiger die Zwangsverwaltung betreibt. Die bloße Zugehörigkeit der Mieten zum Haftungsverband führt folgerichtig auch nicht zur Insolvenz- bzw. Anfechtungsfestigkeit einer durch deren Abtretung oder Pfändung erlangten Befriedigung des Gläubigers.

2. Soweit die Mieten nicht dem Grundpfandgläubiger zufließen, gebühren sie bis zum Ende des ersten bzw. zweiten Monats nach Verfahrenseröffnung grundsätzlich demjenigen, der durch Vorauszession oder -pfändung ein Recht an der Forderung erworben hat. Diese Rechtsstellung unterliegt der Insolvenzanfechtung, die im Hinblick auf die gesetzliche Wertung des § 110 Abs. 1 InsO in zeitlicher Hinsicht jedoch nicht allein darauf gestützt werden kann, dass der jeweilige Nutzungszeitraum innerhalb der Anfechtungsfristen lag; auch von einem im Eröffnungsverfahren verhängten Verfügungsverbot wird die Vorausverfügung in diesem Fall nicht ergriffen.

<sup>37</sup> Vgl. zum Ganzen etwa BGH IX ZR 102/03 BGHZ 170, 196, 200f. = NZM 2007, 212 (R.n. 8); BGH IX ZR 217/07 ZIP 2009, 380 (R.n. 26); BGH IX ZR 90/08 NZI 2009, 888, 889 (R.n. 9 ff.); BGH IX ZR 1/09 NZI 2010, 138, 140 (R.n. 25, 27); OLG Köln NZI 2008, 373, 375 f.; Bork, in: Festschrift für Kirchhof, 2003, S. 60 ff.; Fricke, WM 2007, 1305, 1307 f.; Gehrlein, ZIP 2011, 5, 6.

<sup>38</sup> S. etwa Flöther/Wehner, NZI 2010, 554 ff.; Ganter, NZI 2010, 551 ff.