# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

**IX ZR 69/14**

Verkündet am:
9. Oktober 2014
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Dauert ein Gewerbemietverhältnis mit dem Schuldner als Mieter nach Insolvenzeröffnung fort, ist der Insolvenzverwalter nicht berechtigt, den Erlös aus der Verwertung dem Vermieterpfandrecht unterliegender Gegenstände mit der Tilgungsbestimmung an den Vermieter auszukehren, die Zahlung vorrangig auf die nach Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeiten begründeten Mietforderungen und erst sodann auf die vor Verfahrenseröffnung als Insolvenzforderungen entstandenen Mietforderungen anzurechnen.

BGH, Urteil vom 9. Oktober 2014 - IX ZR 69/14 - OLG Karlsruhe
LG Offenburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 2014 durch die Richter Vill, Prof. Dr. Gehrlein, die Richterin Lohmann und die Richter Dr. Fischer und Grupp

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 14. März 2014 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte ist Verwalter in dem am 2. Dezember 2011 über das Vermögen der X. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) eröffneten Insolvenzverfahren.

2 Die Klägerin vermietete durch Vertrag vom 4. November 2003 Gewerbeflächen zu einer monatlichen Miete von 61.626,53 € zuzüglich Nebenkosten an die Schuldnerin. Die Mietrückstände der Schuldnerin beliefen sich im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung auf 793.575,21 €. Danach nutzte die Schuldnerin die Mietsache bis einschließlich April 2012 weiter. Für diesen Zeitraum sind Mieten und Nebenkosten in Höhe von 559.709,06 € angefallen, auf welche der Beklagte Zahlung in Höhe von 165.506,70 € leistete. Aus der Verwertung des dem

Vermieterpfandrecht der Klägerin unterliegenden Anlage- und Umlaufvermögens der Schuldnerin kehrte der Beklagte einen Betrag von 898.526 € an die Klägerin mit der Bestimmung aus, dass die Zahlung vorrangig auf die noch offenen Masseverbindlichkeiten von 394.202,36 € und sodann auf die Insolvenzforderungen von 793.575,21 € anzurechnen sei.

3 Die Klägerin, die diese Tilgungsbestimmung für unwirksam erachtet und die erhaltenen Zahlungen zuvörderst den vor Verfahrenseröffnung begründeten Mietrückständen gutbringt, verlangt mit der Klage Zahlung der im Zeitraum nach Verfahrenseröffnung angefallenen Miete in Höhe von insgesamt noch offenen 289.251,57 €. Das Berufungsgericht hat der erstinstanzlich abgewiesenen Klage stattgegeben. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

## Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat keinen Erfolg.

### I.

5 Das Berufungsgericht hat ausgeführt (vgl. ZInsO 2014, 1564), der Beklagte habe nicht aufgrund der von ihm erklärten Tilgungsbestimmung die hier eingeklagten, nach Verfahrenseröffnung entstandenen Mietforderungen beglichen. Die Tilgungsbestimmung sei unwirksam, weil die Verwertungsabrechnung zunächst auf die durch das Absonderungsrecht gesicherten Insolvenzforderun-

gen erfolgen müsse. Das Leistungsbestimmungsrecht des § 366 BGB stehe dem Schuldner bei der Verwertung von Sicherheiten nicht zu. Vielmehr sei bei der Befriedigung von durch ein Absonderungsrecht gesicherten Forderungen die Rangfolge des § 367 Abs. 1 BGB anzuwenden. Es bestehe kein Grund für eine abweichende Beurteilung eines Leistungsbestimmungsrechts des Insolvenzverwalters.

II.

6 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung stand. Die Klageforderung in Höhe von 289.251,57 €, die nach Verfahrenseröffnung entstandene Mietforderungen zum Gegenstand hat, ist nicht durch die vornehmlich auf die offenen Insolvenzforderungen anzurechnende Zahlung des Beklagten über 898.526 € erfüllt worden (§ 362 Abs. 1 BGB).

7 1. Das Mietverhältnis zwischen der Klägerin als Vermieterin und der Schuldnerin als Mieterin dauerte über die Verfahrenseröffnung hinaus vereinbarungsgemäß bis zum 30. April 2012 an. Darum schuldet der Beklagte als Masseverbindlichkeit Zahlung der ausbedungenen Miete bis Vertragsende.

8 Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume bestehen gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Das Mietverhältnis wird folglich nicht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet (BGH, Urteil vom 3. April 2003 - IX ZR 163/02, WM 2003, 984, 985; vom 22. Mai 2014 - IX ZR 136/13, WM 2014, 1239 Rn. 8). § 108 Abs. 1 InsO verdrängt insoweit § 103 Abs. 1 InsO (BGH, Urteil vom 22. Mai 2014, aaO). Ansprüche aus einem gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1

InsO nach Insolvenzeröffnung fortbestehenden Mietverhältnis sind Masseverbindlichkeiten, wenn ihre Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO; BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 - IX ZR 9/12, WM 2013, 138 Rn. 10). Da das Mietverhältnis fortwirkt, kann die Klägerin von dem Beklagten die Begleichung der nach Verfahrenseröffnung entstandenen Mietforderungen beanspruchen.

9 2. Diese Verbindlichkeiten über noch offene 289.251,57 € sind nicht durch die Zahlungen von insgesamt 898.526 € erfüllt worden (§ 362 Abs. 1 BGB). Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, im Wege einer Tilgungsbestimmung (§ 366 Abs. 1 BGB) die nach Verfahrenseröffnung begründeten, mit der Klage verfolgten Mietforderungen berichtigt zu haben.

10 a) Dem Schuldner steht das Tilgungsbestimmungsrecht des § 366 Abs. 1 BGB nicht zu, wenn der Gläubiger entweder im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch Verwertung einer von dem Schuldner gestellten Sicherung befriedigt wird.

11 aa) Die Befugnis zur Tilgungsbestimmung stellt eine Vergünstigung für den Schuldner dar, deren Grund seine freiwillige Leistung bildet. Zugleich zieht § 366 Abs. 1 BGB die praktische Konsequenz daraus, dass die Zahlung vom Schuldner ausgeht. Bereits der Wortlaut des § 366 Abs. 1 BGB lässt erkennen, dass die Befugnis zur Tilgungsbestimmung nur dem Schuldner zustehen soll, der zur Erfüllung seiner Pflichten tätig wird, wobei der Zeitpunkt der Ausübung grundsätzlich mit dem Zeitpunkt dieser Tätigkeit ("bei der Leistung") übereinstimmen muss. Diese Auslegung der Vorschrift erscheint auch unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten angemessen. Es wäre schwer verständlich, wenn die in dem Tilgungsbestimmungsrecht liegende Vergünstigung nicht nur dem Schuld-

ner zugute käme, der wenigstens einen Teil der geschuldeten Leistungen erbringt, sondern auch demjenigen, der pflichtwidrig nicht leistet und daher im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen werden muss. Das Tilgungsbestimmungsrecht steht deshalb nur dem Schuldner zu, der zur Erfüllung seiner Pflichten tätig wird, nicht aber dem, gegen den die Zwangsvollstreckung betrieben werden muss (BGH, Urteil vom 23. Februar 1999 - XI ZR 49/98, BGHZ 140, 391, 394; vom 3. Juni 2008 - XI ZR 353/07, WM 2008, 1298 Rn. 22; MünchKomm-BGB/Fetzer, 6. Aufl., § 366 Rn. 5; Bamberger/Roth/Dennhardt, BGB, 3. Aufl., § 366 Rn. 4; Soergel/Schreiber, BGB, 13. Aufl., § 366 Rn. 7, 9; Erman/Buck-Heeb, BGB, 14. Aufl., § 366 Rn. 6a; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 366 Rn. 3; Pfeiffer, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 9. Aufl., § 366 Rn. 10; aA Staudinger/Olzen, BGB, 2011, § 366 Rn. 5). Der Bundesgerichthof hat es deshalb auch abgelehnt, dem Schuldner das Recht zuzubilligen, gegenüber dem vollstreckenden Grundschuldgläubiger zu bestimmen, welche von mehreren durch die Grundschuld gesicherten Forderungen des Gläubigers mit dem Erlös aus der Zwangsversteigerung des Grundstücks befriedigt werden sollen (BGH, Urteil vom 23. Februar 1999, aaO S. 391, 393 ff; vom 28. Juni 2000 - XII ZR 55/98, nv, Umdruck S. 7 f).

12 bb) Mangels einer freiwilligen Zahlung gilt in Fällen der Verwertung einer Sicherung grundsätzlich nichts anderes als für die Beitreibung im Wege der Zwangsvollstreckung (BGH, Urteil vom 3. Juni 2008, aaO Rn. 22; vom 17. Februar 2011 - IX ZR 83/10, WM 2011, 561 Rn. 15; LG Darmstadt, ZIP 2005, 456 f; MünchKomm-BGB/Fetzer, aaO; Bamberger/Roth/Dennhardt, aaO; Soergel/Schreiber, aaO; Erman/Buck-Heeb, aaO; Palandt/Grüneberg, aaO; Pfeiffer, aaO; zustimmend auch Staudinger/Olzen, aaO § 366 Rn. 10). Darum ist § 366 Abs. 1 BGB bei einer Befriedigung des Vermieters durch Zugriff auf eine Mietkaution nicht anwendbar (BGH, Urteil vom 12. Januar 1972 - VIII ZR

26/71, WM 1972, 335, 337; OLG Hamburg, ZMR 2008, 714, 715 f; Staudinger/Olzen, aaO). Eine einseitige Tilgungsbestimmung ist mithin im Fall der Auskehr des Erlöses einer Sicherheit an den Sicherungsnehmer nicht zulässig (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011, aaO).

13 b) Nach diesen Maßstäben ist die von dem Beklagten getroffene Leistungsbestimmung unbeachtlich, weil die Befriedigung einmal im Rahmen eines der Einzelzwangsvollstreckung insoweit gleichstehenden Insolvenzverfahrens erfolgte und zum anderen aus dem Erlös der Verwertung einer der Klägerin gewährten Sicherung herrührt.

14 aa) Scheidet bei Beitreibungen in der Einzelzwangsvollstreckung ein Leistungsbestimmungsrecht des Schuldners aus, hat dies bei Leistungen im Rahmen einer Insolvenz als Gesamtvollstreckungsverfahren ebenfalls zu gelten.

15 (1) Das Insolvenzverfahren bildet gemäß § 1 Satz 1 InsO ein Gesamtvollstreckungsverfahren zur gemeinschaftlichen Befriedigung sämtlicher Gläubiger, indem das Schuldnervermögen verwertet und sein Erlös an die Gläubiger verteilt wird (Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 1 Rn. 4). Zur Verwirklichung dieses Zwecks wird das Schuldnervermögen mit der Verfahrenseröffnung haftungsrechtlich der Gläubigergesamtheit zugeordnet (Uhlenbruck/Pape, InsO, 13. Aufl., § 1 Rn. 2). Den Verfahrensgläubigern sind nicht nur die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), sondern auch die Massegläubiger (§§ 53 ff InsO) zuzurechnen (Jaeger/Henckel, InsO, § 1 Rn. 4). Das Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckungsverfahren unterscheidet sich von der Einzelvollstreckung im Wesentlichen darin, dass an die Stelle des Prioritätsgrundsatzes der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung tritt (HK-InsO/Kirchhof, 7. Aufl., § 1 Rn. 4;

MünchKomm-InsO/Stürner, 3. Aufl., Einleitung Rn. 1). Folgerichtig können Insolvenzgläubiger gemäß § 87 InsO ihre Forderungen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur noch nach den Vorschriften des Insolvenzrechts durch Anmeldung zur Insolvenztabelle verfolgen. Zwangsvollstreckungen sind gemäß § 89 Abs. 1 InsO weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners zulässig (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 92/12, WM 2013, 574 Rn. 21).

16 (2) Soweit die Rechtsausübung des Schuldners in der Einzelzwangsvollstreckung Beschränkungen unterliegt, gelten diese erst recht auch für das insolvenzrechtliche Gesamtvollstreckungsverfahren, das Ausdruck einer umfassenden Leistungsunfähigkeit des Schuldners ist. Ein Tilgungsbestimmungsrecht nach § 366 Abs. 1 BGB kommt in der Zwangsvollstreckung und dementsprechend in der Insolvenz als Gesamtvollstreckungsverfahren nicht zum Tragen (Obermüller, NZI 2011, 663; Lütcke, NZI 2012, 262, 263 f), weil in einem Insolvenzverfahren ebenso wie bei einer Zwangsvollstreckung von einer freiwilligen Leistung des Schuldners, ohne dass es der Ausübung eines Vollstreckungsdrucks auf den Insolvenzverwalter bedarf (unzutreffend OLG Dresden, ZIP 2011, 2266, 2267), keine Rede sein kann (Obermüller, aaO; Lütcke, aaO). Mit Rücksicht auf den Vollstreckungscharakter der insolvenzrechtlichen Verwertung ist der Insolvenzverwalter darum nicht befugt, bei der Erlösverteilung eine Tilgungsbestimmung nach § 366 Abs. 1 BGB zu treffen (BGH, Urteil vom 12. Februar 1985 - VI ZR 68/83, ZIP 1985, 487, 489 f; Schmidt/Jungmann, aaO § 187 Rn. 5; Wagner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 187 Rn. 7). Schon alleine aus dieser Erwägung ging die von dem Beklagten als Insolvenzverwalter bei seiner Zahlung mit Wirkung für den Schuldner verlautbarte Tilgungsbestimmung ins Leere.

17 bb) Ferner war für eine Tilgungsbestimmung des Beklagten kein Raum, weil die Klägerin aus dem Erlös der Verwertung einer ihr zustehenden Sicherung befriedigt wurde.

18 (1) Die Klägerin war als Vermieterin Inhaberin eines Vermieterpfandrechts (§ 562 Abs. 1 BGB), das sich auf die vor und nach Verfahrenseröffnung fällig werdenden Mietforderungen erstreckte (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 - IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 Rn. 11; MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., § 50 Rn. 90; HK-InsO/Lohmann, 7. Aufl., § 50 Rn. 22). Infolge seines unmittelbaren Besitzes waren die dem Vermieterpfandrecht der Klägerin unterliegenden Gegenstände durch den Beklagten als Insolvenzverwalter zu verwerten (§ 166 Abs. 1, § 50 InsO, § 562 BGB; BT-Drucks. 12/2443, S. 178). Auch bei Verwertung einer Sicherheit in der Insolvenz ist dem Insolvenzverwalter - hier dem Beklagten - eine Tilgungsbestimmung verwehrt (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - IX ZR 83/10, WM 2011, 561 Rn. 15).

19 Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil der Beklagte gemäß § 166 Abs. 1 InsO ein eigenes Verwertungsrecht wahrnimmt und mit seiner Tilgungsbestimmung die Befriedigungsinteressen der Gläubigergesamtheit verfolgt (so aber OLG Dresden ZIP 2011, 2266, 2267 f). Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters dient dem Zweck, eine Fortführung und Sanierung des Unternehmens zu ermöglichen und durch eine vorteilhafte Gesamtveräußerung die Interessen der gesicherten Gläubiger zu fördern (BT-Drucks., aaO). Nachteile zu Lasten des Absonderungsberechtigten sollen, wie die Pflicht des § 168 InsO zur Wahrnehmung einer günstigen Verwertungsmöglichkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 22. April 2010 - IX ZR 208/08, WM 2010, 1038 Rn. 3; vom 4. Juli 2013 - IX ZR 264/12, WM 2013, 1723 Rn. 4) und die Pflicht des § 169 InsO zur Verzinsung bei einer verzögerten Verwertung (BGH, Urteil vom

17. Februar 2011, aaO Rn. 13) belegen, tunlichst vermieden werden. Das Absonderungsrecht erfasst im Interesse des Absonderungsberechtigten nach Insolvenzeröffnung fällig werdende Ansprüche auf Kosten und Zinsen (BGH, Urteil vom 17. Juli 2008 - IX ZR 132/07, WM 2008, 1660 Rn. 7 ff). Die Tilgungsreihenfolge des § 367 Abs. 1 BGB gilt zu seinen Gunsten auch für die seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Zinsen (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011, aaO Rn. 13). Findet § 367 BGB in einem Insolvenzverfahren uneingeschränkte Anwendung, verleiht das Gesetz folgerichtig dem Insolvenzverwalter auch kein von dem allgemeinen Verständnis des § 366 Abs. 1 BGB abweichendes Tilgungsbestimmungsrecht (vgl. LG Darmstadt, ZIP 2005, 456 f; Mitlehner, EWiR 2011, 819, 820).

20 (2) Entgegen der von der Revision (im Anschluss an Zimmer, ZInsO 2010, 1261, 1266, 1268 f) vertretenen Auffassung lässt sich die Regelung des § 190 Abs. 3 Satz 1 InsO nach Inhalt und Zielsetzung nicht als lex specialis zu den §§ 366 ff BGB begreifen (Cranshaw, jurisPR-InsR 2/2012 Anm. 4). Die Bestimmung des § 190 Abs. 3 InsO entlastet die Gläubiger lediglich von den Obliegenheiten des § 190 Abs. 1 und 2 InsO, ohne dem Insolvenzverwalter, der den Ausfall des Gläubigers zu schätzen hat, ein Gestaltungsrecht nach § 366 Abs. 1 BGB zuzuweisen (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 186). War der Schuldner zu einer Tilgungsbestimmung nicht befugt, gilt gleiches für den Insolvenzverwalter, dem insoweit nicht mehr Rechte als dem Schuldner zugebilligt werden können (Obermüller, NZI 2011, 663, Lütcke, NZI 2012, 263, 264; aA Zimmer, aaO S. 1266).

21 3. Die Zahlungen des Beklagten über insgesamt 898.526 € sind darum gemäß § 366 Abs. 2 BGB zuvörderst auf die bis zur Verfahrenseröffnung ent-

standenen, ebenfalls offenen älteren Mietrückstände anzurechnen. Mithin ist die Klageforderung begründet.

22 Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird gemäß § 366 Abs. 1 BGB diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt. Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so gilt die gesetzliche Tilgungsreihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB. Danach wird insbesondere die zunächst fällige Schuld und unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, getilgt. Schuldet der Mieter - wie im Streitfall - mehrere Mietraten, ist § 366 BGB entsprechend anwendbar (BGH, Urteil vom 5. April 1965 - VIII ZR 10/64, NJW 1965, 1373 f; vom 20. Juni 1984 - VIII ZR 337/82, BGHZ 91, 375, 379). Danach wird die älteste Rate, die zuerst verjähren würde und daher der Klägerin geringere Sicherheit bietet, getilgt (BGH, Urteil vom 5. April 1965, aaO S. 1374; vom 19. November 2008 - XII ZR 123/07, BGHZ 179, 1 Rn. 19). Folglich ist die Zah-

lung über 898.526 € insbesondere auf die älteren, vor Verfahrenseröffnung begründeten Mietforderungen und nicht die später entstandene, weiter offene Klageforderung anzurechnen.

Vill Gehrlein Lohmann

Fischer Grupp

Vorinstanzen:
LG Offenburg, Entscheidung vom 12.10.2012 - 2 O 250/12 -
OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 14.03.2014 - 14 U 180/12 -