

---

**Rechtsprechung zum Verfahrens- und Vollstreckungsrecht**

---

**BGB § 551 Abs. 3, § 273; ZVG § 152 Abs. 2**  
**Nichtangelegte Mietkaution und Zurückbehaltungs-**  
**recht des Mieters im Insolvenzverfahren gegenüber**  
**dem Zwangsverwalter**

Leitsatz des Gerichts:

**Zum Zurückbehaltungsrecht des Mieters gegenüber dem**  
**Zwangsverwalter wegen einer vom Vermieter nicht gemäß**  
**BGB § 551 Abs. 3 angelegten Kautions.**

**Tatbestand:**

[1] Der Kläger hat am 19. Januar 2004 eine Wohnung gemietet und an den Vermieter eine Kautionshöhe von 480 € entrichtet; eine vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage der Kautionshöhe unterblieb.

[2] Über das Vermögen des Vermieters wurde im April 2007 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Beklagte wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Lüneburg vom 5. Oktober 2007 zum Zwangsverwalter des u. a. vom Kläger bewohnten Hausgrundstücks bestellt. Der Beklagte hat die Kautionshöhe nicht erhalten.

[3] Der Kläger hat Feststellung seiner Befugnis begehrt, die Miete bis zu einem Betrag von 480 € nebst Zinsen einzubehalten, bis der Beklagte ihm die Anlage der Mietkaution auf einem Treuhandkonto zugunsten des Klägers nachweist. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter.

**Entscheidungsgründe:**

[4] Die Revision hat keinen Erfolg.

[5] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[6] Dem Kläger stehe ein Zurückbehaltungsrecht an der laufenden Miete bis zur Höhe des Kautionsbetrages nebst Zinsen zu, bis der Beklagte die vom Kläger geleistete Kautionshöhe gem. § 551 Abs. 3 BGB angelegt habe.

[7] Der Mieter sei bei nicht ordnungsgemäßer Anlage der Kautionshöhe zum Einbehalt der Miete berechtigt; dies gelte auch gegenüber dem Zwangsverwalter, der gem. § 152 ZVG anstelle des Schuldners die Vermieterrechte zu verfolgen und dessen Pflichten zu erfüllen habe. Der Verwalter werde im Hinblick auf die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag wie ein Vermieter behandelt und trete in sämtliche Pflichten des Vermieters aus dem Mietverhältnis ein. Diese Einstandspflicht erstrecke sich auch auf die Vermieterpflichten, die sich im Hinblick auf die Mietsicherheit aus vertraglichen Abreden oder gesetzlichen Bestimmungen ergäben. Hierzu gehöre auch die Pflicht, sich um die getrennte Anlage der Kautionshöhe zu kümmern, selbst wenn der Beklagte sie nicht ausgehändigt erhalten habe. Der Mieter werde durch die Zubilligung eines Zurückbehaltungsrechts auch nicht in unzulässiger Form gegenüber den übrigen Gläubigern der Zwangsverwaltung privilegiert; vielmehr sei die Besserstellung vom Gesetzgeber gewollt.

[8] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

[9] 1. Die Feststellungsklage ist zulässig. Entgegen der Auffassung der Revision handelt es sich bei dem vom Kläger geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB um ein Rechtsverhältnis, dessen Bestehen grundsätzlich im Rahmen einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO überprüft werden kann (RGZ 74, 292, 294 zu § 478 BGB a. F.; *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 3. Aufl., § 256 Rz. 79; *Münch-Komm-Becker-Eberhard*, BGB, 3. Aufl., § 256 Rz. 15). Der Kläger hat ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung seines Rechtes, weil es vom Beklagten bestritten wird und ihm deshalb eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht. Zu Unrecht meint die Revision, der Kläger müsse sich im Rahmen seines Feststellungsbegehrens bereits festlegen, gegenüber

welchen Mietforderungen er sein Zurückbehaltungsrecht geltend machen wolle. Entgegen der Auffassung der Revision ist ein Rechtsschutzinteresse des Klägers auch nicht wegen der Möglichkeit einer (Leistungs-)Klage auf Anlage der Kautionshöhe zu verneinen. Der Vorrang der Leistungsklage gegenüber der Feststellungsklage wird damit begründet, dass bei Bestehen des bestrittenen Anspruchs das Rechtsschutzziel der Leistungsklage – Erlangung eines vollstreckungsfähigen Titels – mit der Feststellungsklage nicht erreicht werden kann (BGHZ 134, 201, 209 = *ZfR* 1997, 519, *dazu EWiR* 1997, 455 (*Geimer*)). Hier benötigt der Kläger jedoch keinen vollstreckungsfähigen Titel, weil er den Anspruch auf Anlage der Kautionshöhe im Wege eines Zurückbehaltungsrechts verfolgt.

[10] 2. Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, dass dem Kläger ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) an der laufenden Miete zusteht, weil er aus dem Mietverhältnis einen fälligen Gegenanspruch hat. Der Beklagte ist verpflichtet, einen Betrag in Höhe der vom Kläger gezahlten Mietkaution von 480 € gem. § 551 Abs. 3 BGB zugunsten des Klägers anzulegen; diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf die Zinsen, die bei gesetzeskonformer Anlage der Kautionshöhe angefallen wären und die Sicherheit erhöht hätten (§ 551 Abs. 3 Satz 4 BGB).

[11] Der im Jahr 2004 abgeschlossene Mietvertrag ist gegenüber dem Beklagten als Zwangsverwalter wirksam, weil dem Kläger die Wohnung vom Vermieter schon vor der Beschlagnahme des Grundstücks überlassen war. Nach § 152 Abs. 2 ZVG hat der Verwalter anstelle des Schuldners dessen Vermieterrechte zu verfolgen und dessen Pflichten zu erfüllen, weil der Schuldner dazu aufgrund der Beschlagnahme und der damit verbundenen Entziehung der Verwaltung und Benutzung des Grundstücks nicht mehr in der Lage ist. Der Zwangsverwalter wird deshalb, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, in allen Fällen, in denen Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis berührt sind, wie ein Vermieter behandelt; dies gilt auch im Hinblick auf die Kautionsvereinbarung und selbst dann, wenn der Verwalter die Kautionshöhe vom Vermieter nicht erhalten hat (Senatsurt. v. 16. 7. 2003 – VIII ZR 11/03, *NJW* 2003, 3342, unter II 2; v. 9. 3. 2005 – VIII ZR 330/03, *NZM* 2005, 596, unter II 3, sowie v. 11. 3. 2009 – VIII ZR 184/08, *NZM* 2009, 481, Tz. 8 f.).

[12] Die Pflichten des Zwangsverwalters umfassen auch die den Vermieter gem. § 551 Abs. 3 BGB treffende Pflicht, eine vom Mieter geleistete Barkautionshöhe getrennt von seinem Vermögen bei einem Kreditinstitut anzulegen (BGH *ZfR* 2009, 332 (*m. Bespr. Wedekind/Wedekind*, S. 315) = *NZM* 2009, 481, Tz. 9). Diese Verpflichtung wurde vom Vermieter bisher nicht erfüllt und trifft deshalb nunmehr den Beklagten als Zwangsverwalter.

[13] Entgegen der Auffassung der Revision ist dies nicht – im Hinblick auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vermieters – deswegen anders zu beurteilen, weil dem Mieter gegenüber dem Zwangsverwalter keine weitergehenden Rechte als gegenüber dem ursprünglichen Vermieter zustehen könnten. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Mieter, dessen Mietverhältnis gem. § 108 Abs. 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbesteht, im Rahmen des In-

solvenzverfahrens wegen seiner Ansprüche aus der Kautions nach § 108 Abs. 3, § 87 InsO auf eine einfache Insolvenzforderung verwiesen ist. Denn vorliegend geht es nicht um die Rechtsstellung des Mieters in der Insolvenz seines Vermieters, sondern um die Pflichten des Beklagten als Zwangsverwalter gegenüber einem Mieter, dem die Wohnung schon vor der Beschlagnahme überlassen war. Der Zwangsverwalter tritt in diesem Fall, wie ausgeführt, nach § 152 Abs. 2 ZVG in die Rechte und Pflichten des Vermieters ein und hat deshalb auch die aus der Kautions folgenden Pflichten des Vermieters zu erfüllen. Darauf, dass der Vermieter selbst dazu während des laufenden Insolvenzverfahrens nicht mehr in der Lage ist, kommt es nicht an. Die Bevorzugung des Mieters gegenüber den Gläubigern in der Zwangsverwaltung hinsichtlich der Kautions ist wegen des einer Treuhand ähnlichen Verhältnisses gerechtfertigt und vom Gesetzgeber gewollt (BGH *ZfR* 2009, 332 (m. Bespr. *Wedekind/Wedekind*, S. 315) = *NZM* 2009, 481, Tz. 9). Sie wird deshalb nicht davon berührt, dass neben der Zwangsverwaltung über das Mietobjekt auch ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners anhängig ist.

### Anmerkung von Peter Depré

1. In Fortsetzung seiner von der früheren Rechtsprechung abweichenden, im Jahre 2003 begonnenen Rechtsprechungsserie zur Mietkautions in der Zwangsverwaltung (BGH, *Urt. v. 16. 7. 2003* – VIII ZR 11/03, *ZfR* 2003, 1012 = *ZIP* 2003, 1899, BGH, *Urt. v. 9. 3. 2005* – VIII ZR 330/03, *ZfR* 2005, 769 (m. Anm. *Wedekind*, S. 772) und BGH, *Urt. v. 11. 3. 2009* – VIII ZR 184/08, *ZfR* 2009, 332 (m. Bespr. *Wedekind/Wedekind*, S. 315)) hat der BGH in seinem jüngsten Urteil nunmehr ausdrücklich entschieden, dass dem Mieter gegenüber dem Zwangsverwalter ein Zurückbehaltungsrecht an der laufenden Miete bis zur Höhe des Kautionsbetrages nebst Zinsen zusteht, solange der Zwangsverwalter nicht die vom Mieter bereits an den Schuldner geleistete Kautions gemäß § 551 Abs. 3 BGB angelegt hat. Die Pflicht des Zwangsverwalters zur getrennten Anlage der Kautions ist dabei unabhängig davon, ob er die Mietkautions vom Vermieter erhalten hat oder nicht.

2. Diesem Urteil kann nicht zugestimmt werden. Es beruht wie auch die vorausgegangenen Entscheidungen auf einer zu weitgehenden Auslegung des § 152 Abs. 2 ZVG. Entgegen der Rechtsauffassung des BGH bewirkt diese Vorschrift nicht, dass der Zwangsverwalter ausnahmslos in alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag eintritt. Hätte der Gesetzgeber einen solch umfassenden Eintritt des Zwangsverwalters in das Mietverhältnis anordnen wollen, hätte er eine dem § 566 Abs. 1 BGB entsprechende Formulierung gewählt. Stattdessen spricht § 152 Abs. 2 ZVG lediglich davon, dass der Mietvertrag „dem Verwalter gegenüber wirksam“ ist. Auch der BGH erkennt die abweichende Formulierung und folgert daraus, dass es sich bei der Vorschrift des § 152 Abs. 2 ZVG nicht um einen „Rechtsübergang“, sondern lediglich eine „Änderung der Verwaltungsbefugnis“ handele (BGH, *Urt. v. 9. 3. 2005* – VIII ZR 330/03, *ZfR* 2005, 769 (m. Anm. *Wedekind*, S. 772), unter II 3.a)). Diese Feststellung des BGH ist zwar insofern missverständlich als auch der Übergang der Verwaltungsbefugnis den Übergang eines Rechts darstellt, in der Sache gesteht er damit

jedoch zu, dass ein Unterschied zwischen dem Eintritt in die Stellung des Vermieters und der Regelung des § 152 Abs. 2 ZVG besteht. § 152 Abs. 2 ZVG ist daher so zu verstehen, dass der Zwangsverwalter nicht selbst die Stellung des Vermieters einnimmt, sondern er lediglich bei der Geltendmachung der Rechte des Vermieters nach § 152 Abs. 1 ZVG das Bestehen des Mietvertrages zu beachten hat.

Entgegen der Auffassung des BGH obliegen daher dem Zwangsverwalter im Rahmen des § 152 Abs. 2 ZVG nicht per se sämtliche Pflichten eines Vermieters, denn dies würde im Ergebnis gerade einem vom Gesetzgeber nicht gewollten Eintritt des Zwangsverwalters in den Mietvertrag gleichstehen. Damit erübrigt sich auch die Argumentation des BGH, es gebe keine Ausnahmevorschrift, die den Zwangsverwalter von der Pflicht zur Anlage der Kautions befreit. Unbestreitbar ist andererseits, dass dem Zwangsverwalter nicht ausschließlich Rechte zugestanden werden können. Anders als der BGH annimmt, stellt sich jedoch nicht die Frage, von welchen Pflichten eines Vermieters der Zwangsverwalter aufgrund gesetzlicher Regelung ausgenommen ist, sondern es ist richtigerweise umgekehrt für jede einzelne Pflicht eines Vermieters zu prüfen, ob diese dem Zwangsverwalter auf Grundlage des dinglichen Rechtsverhältnisses aufzuerlegen ist. Dabei ist insbesondere der Sinn und Zweck des Zwangsverwaltungsverfahrens zu berücksichtigen, wie er sich in § 152 Abs. 1 ZVG darstellt. Danach besteht etwa eine Pflicht zur Instandhaltung des Mietobjektes, worunter auch die Pflicht zur Überlassung der Mietsache in gebrauchstauglichem Zustand zu fassen ist sowie z. B. im Winter eine funktionierende Heizung.

Ebenso leitet sich auch die Pflicht des Verwalters zur Abrechnung einer erlangten Kautions aus dem dinglichen Recht ab und nicht aus der Behandlung des Zwangsverwalters als Vermieter. Dies ergibt sich daraus, dass der Zwangsverwalter bereits aus dem Anordnungsbeschluss ohne besondere Klausel die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner auf Herausgabe der Kautions betreiben kann und der Zwangsverwalter umgekehrt verpflichtet ist, die erlangte Kautions an den Zwangsverwaltungsschuldner zurückzugewähren, sofern die Zwangsverwaltung aufgrund Antragsrücknahme aufgehoben wird. Die Pflichten des Zwangsverwalters betreffend das Mietverhältnis haben aber jedenfalls ihre Grenze dort, wo die Interessen der Gläubiger der Zwangsverwaltung an einem ungeschmälernten Erhalt der Zwangsverwaltungsmasse berührt sind (*Aiff/Hintzen*, *Rpfleger* 2003, 635, 636; *Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen*, § 155 Rz. 10, 11). Folglich lässt sich § 152 Abs. 2 ZVG keine Pflicht des Zwangsverwalters zur erstmaligen Anlage der Mietkautions entnehmen, wenn er die Mietsicherheit vom Schuldner nicht erhalten hat. Ebenso wenig lässt sich aus § 152 Abs. 2 ZVG die vom BGH in einem anderen Urteil (BGH, *Urt. v. 3. 5. 2006* – VIII ZR 168/05, *ZfR* 2006, 689 (m. Anm. *Zipperer*, S. 691) = *ZIP* 2006, 1556 (LS)) angenommenen Pflicht des Zwangsverwalters zur nachträglichen Nebenkostenabrechnung ableiten.

Im Übrigen missachtet der BGH die Wirkung der Beschlagnahme des Grundstücks. Nach §§ 148 Abs. 1, 21 Abs. 2 ZVG werden von der Beschlagnahme auch Miet- und Pachtforderungen erfasst und eine Aufrechnung gegen diese Forderungen

mit Ansprüchen des Mieters gegen den Vermieter ist wegen §§ 146 Abs. 1, 20 ZVG, § 1125 BGB ausgeschlossen. Auf diese Weise sollen Miet- und Pachtforderungen den dinglich gesicherten Gläubigern möglichst umfassend erhalten bleiben. Aus § 1125 BGB ergibt sich daher auch, dass der Gesetzgeber den Mieter gerade nicht gegenüber den übrigen Gläubigern einer Zwangsverwaltung privilegieren wollte.

Die dinglichen Wirkungen der Beschlagnahme können auch nicht durch die den schuldrechtlichen Mietvertrag zwischen Schuldner und Mieter betreffende Regelung des § 551 Abs. 3 BGB ausgehebelt werden. Es ist – wie bereits ausgeführt – zu trennen zwischen dem schuldvertraglichen Verhältnis zwischen Zwangsverwaltungsschuldner (=Vermieter) und Mieter auf der einen Seite und der durch die Beschlagnahme und die Anordnung der Zwangsverwaltung begründete Befugnis des Zwangsverwalters, die Mietforderungen des Schuldners einzuziehen, auf der anderen Seite. Die Rechtsauffassung des BGH führt demgegenüber zu einem Wertungswiderspruch zwischen dem nach allgemeiner Ansicht bestehenden Verbot einer Aufrechnung durch den Mieter mit Verwendungsersatzansprüchen gegen die Mietforderungen nach § 1125 BGB und dem vom BGH angenommenen Zurückbehaltungsrecht des Mieters wegen eines Anspruchs auf gesonderte Anlage einer Kautions, welches in der Wirkung einer Aufrechnung gleichkommt.

Auch die Form, in der der BGH dem Mieter die Durchsetzung des angenommenen Anspruchs zubilligt, ist nicht nachvollziehbar. Das Zurückbehaltungsrecht hat konkret zur Folge, dass der Zwangsverwalter nicht die Möglichkeit erhält, die Kautions aus den Einnahmen anzusammeln und dann getrennt anzulegen. Da die Mietkaution vom BGH unter § 155 Abs. 1 ZVG gefasst wird (BGH, Urt. v. 9. 3. 2005 – VIII ZR 330/03, ZfR 2005, 769 (m. Anm. *Wedekind*, S. 772), unter II 5.), ist daher ein Vorschuss des Gläubigers nach § 161 Abs. 3 ZVG erforderlich, wenn dieser die Aufhebung der Zwangsverwaltung verhindern möchte. Damit erfüllt der Gläubiger bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Pflicht, die er nicht schuldet, nur um seine Forderung im Vollstreckungsverfahren überhaupt durchsetzen zu können. Dies wird die Gläubiger in vielen Fällen davon abhalten, die Zwangsverwaltung überhaupt zu beantragen oder sie dazu bewegen, einen entsprechenden Antrag zurückzunehmen, so dass ihnen das Mittel der Zwangsverwaltung als Vollstreckungsmaßnahme im Ergebnis genommen wird. Dingliche Sicherheiten werden auf diese Weise entwertet. Es steht zu vermuten, dass der BGH diesen Zusammenhang zwischen § 155 Abs. 1 und § 161 Abs. 3 BGB nicht bedacht hat. Jedenfalls ist dies kaum in Einklang zu bringen mit dem verfassungsrechtlichen Schutz des Gläubigers durch Art. 14 GG (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 4. 5. 2005 – I ZB 10/05, BGHZ 163, 66 = ZVI 2005, 361). Daher bietet es sich an, eine verfassungsgerichtliche Klärung herbeizuführen, indem ein Vorschuss nur für die Rückzahlung einer nicht erlangten Kautions verweigert und gegen die Aufhebungsentcheidung des Gerichts nach Erschöpfung des Rechtswegs Verfassungsbeschwerden erhoben wird. Vor einem Verlust der Beschlagnahmewirkung wird der Gläubiger dabei dadurch geschützt, dass die Aufhebung der Zwangsverwaltung erst mit

der Rechtskraft der Entscheidung wirksam wird, wenn das Gericht dies bei der Entscheidung anordnet (*Depré/Mayer*, Die Praxis der Zwangsverwaltung, 5. Auflage 2009, Rz. 567, 142).

3. Richtig ist vielmehr Folgendes: Durch die Beschlagnahme des Grundstücks (!) erlangt der Zwangsverwalter die Befugnis, die auf Grund des Mietvertrages – dessen Existenz er zu beachten hat – geschuldeten Beträge an Stelle des Vermieters (Eigentümer/Zwangsverwaltungsschuldner) einzuziehen und gleichzeitig die Verpflichtung, diese gemäß § 155 ZVG zu verwenden, soweit sie beschlagnahmt sind (und sie gemäß ihrer Bestimmung zu verwenden, soweit sie nicht beschlagnahmt sind). Somit begrenzt § 155 Abs. 1 ZVG jede Verpflichtung aus § 152 Abs. 2 ZVG dahingehend, dass der Zwangsverwalter beschlagnahmte Gelder zunächst nur für die „Ausgaben der Verwaltung“ einsetzen darf. „Ausgaben der Verwaltung“ können aber begrifflich nur Aufwendungen sein, welche durch die Zwangsverwaltung anfallen, also zunächst einmal die Kosten der Verwaltung und dann jene Beträge, die durch das Handeln des Verwalters geschuldet sind oder die er pflichtgemäß aufwenden muss, z. B. um das Objekt im gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten (§ 152 Abs. 1 ZVG) oder auch um die nach § 156 ZVG wie Auslagen zu befriedigenden Beträge zu zahlen. Was dann übrig bleibt, fällt unter § 155 Abs. 2 ZVG. In keinem Fall aber können bisherige Schulden oder nicht erfüllte Verpflichtungen des Eigentümers gegenüber dem Mieter (fällige Nebenkostenabrechnung, Anlage einer Kautions) „Auslagen der Zwangsverwaltung“ sein, da sie nicht durch die Zwangsverwaltung begründet wurden. Im wirtschaftlichen Endergebnis hat der BGH (eindeutig „ergebnisorientiert“) dem Mieter durch den Verweis auf § 155 Abs. 1 ZVG gegen die geltende Rechtsordnung ein „Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück“ zugestanden, welches übrigens nur in der Zwangsverwaltung gelten soll.

Konsequent ergibt sich hieraus auch das von der Beschlagnahme (des Grundstücks!) abgeleitete Recht des Zwangsverwalters, eine Kautions in Händen des Zwangsverwaltungsschuldners einzuziehen oder gegen ihn einzuklagen. Da dieser Betrag – gelangt er in die Hände des Verwalters – nicht beschlagnahmt ist, sondern nur seiner Verwaltung unterliegt, darf er ihn nicht nach § 155 ZVG verwenden, sondern verfügt „bestimmungsgemäß“. Also: Abrechnung mit Mieter, wenn das Mietverhältnis während der Dauer der Zwangsverwaltung endet; Aushändigung an Ersteher, wenn das Grundstück versteigert wird oder Aushändigung an Zwangsverwaltungsschuldner, wenn die Zwangsverwaltung aufgehoben wird. Hierbei verwendet er – und das ist der entscheidende Unterschied gegenüber der Auffassung des BGH – kein „beschlagnahmtes“ Geld und verstößt somit durch diese Zahlung nicht gegen § 155 ZVG. Der BGH verpflichtet jedoch den Verwalter – systemwidrig und ausschließlich „ergebnisorientiert“ – dazu, beschlagnahmtes Geld außerhalb des § 155 ZVG zu verwenden. Das System des ZVG beruht nun einmal auf dem einfachen Grundsatz: Beschlagnahmtes Geld ist nur nach § 155 ZVG verwenden; nicht beschlagnahmtes Geld ist „bestimmungsgemäß“ zu verwenden.

Entsprechende verfassungsrechtliche Bedenken bestehen auch im Hinblick auf die oben angesprochene Pflicht des Zwangs-

verwalters, rückständige Nebenkostenabrechnungen anstelle des Schuldners vorzunehmen. Hiermit sind für den Gläubiger unwägbare Risiken verbunden, da er die Höhe der möglicherweise erforderlichen Vorschussleistungen nicht abschätzen kann. Er wird daher sorgfältig überlegen, ob er einen Antrag auf Zwangsverwaltung stellt. Dies stellt eine über die Kautionsproblematik hinausgehende zusätzliche Entwertung von Realrediten dar, die vor dem Hintergrund des Art. 14 GG kaum akzeptabel ist. In diesem Zusammenhang ist auch ein Vergleich der Rechtsstellung des Mieters im und außerhalb eines Zwangsverwaltungsverfahrens angebracht: Wäre kein Zwangsverwalter bestellt worden, müsste sich der Mieter mit seinem (insolventen) Vermieter auseinandersetzen. In diesem Fall hätte er kaum eine Chance, seine überzahlten Nebenkostenabschlüsse zurückzuerhalten und auch seine Kautionsleistung zu erhalten. Die Gesetzesdogmatik bietet nun keine Anhaltspunkte dafür, dass der Mieter durch die Anordnung des Zwangsverwaltungsverfahrens besser gestellt werden sollte.

Das Urteil wirft darüber hinaus neue Fragen auf. Was passiert, wenn der Gläubiger den erforderlichen Vorschuss nach § 161 Abs. 3 ZVG nicht leistet und infolgedessen die Anordnung der Zwangsverwaltung aufgehoben wird? Besteht dann der Anspruch gegen den Zwangsverwalter fort? Richtigerweise kann das nicht der Fall sein, denn anders als der rechtsgeschäftliche Erwerber wird der Zwangsverwalter gerade nicht von § 566a BGB erfasst. Die Vorschrift findet auch keine entsprechende Anwendung auf den Zwangsverwalter (BGH, Urt. v. 9. 3. 2005 – VIII ZR 330/03, ZfR 2005, 769 (m. Anm. *Wedekind*, S. 772), unter II 2.). Auch der BGH sollte daher zu dem Ergebnis kommen, dass jedenfalls mit dem Wegfall der Zwangsverwaltereigenschaft die Pflicht zur Anlage der Kautionsleistung entfällt. So hat er bereits in einem anderen Fall (BGH, Urt. v. 25. 5. 2005 – VIII ZR 301/03, ZfR 2006, 484 (m. Kurzanm. *Hawelka*, S. 486) = ZIP 2005, 1659 (LS)) entschieden, dass der Zwangsverwalter nach Aufhebung der Zwangsverwaltung nicht mehr auf Rückzahlung der Kautionsleistung in Anspruch genommen werden kann.

4. Abschließend lässt sich folgendes Fazit ziehen: Überlegenswert erscheint eine verfassungsgerichtliche Klärung der Frage, ob die aufgrund der neuen Rechtsprechung des BGH bestehende Pflicht des bzw. der Gläubiger einer Zwangsverwaltung, Vorschuss für die Bildung einer Kautionsleistung zugunsten eines Mieters des zwangsverwalteten Objekts zu leisten, mit dem verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums der Gläubiger aus Art. 14 GG vereinbar ist. Die Rechtsanwendung des BGH verhindert die Haftungsverwirklichung durch das gesetzliche Instrumentarium der Zwangsverwaltung zugunsten der am Zwangsverwaltungsverfahren beteiligten Gläubiger. Dies führt zu einem nicht hinnehmbaren Funktionsverlust der Zwangsverwaltung. Da eine schnelle Korrektur der BGH-Rechtsprechung geboten ist, sollte der Gesetzgeber eine Klarstellung im Gesetz herbeiführen und nicht auf das Bundesverfassungsgericht warten.

*Peter Depré, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht,  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht Wirtschaftsmediator  
(cum) – Depré RECHTSANWALTS AG*