



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 29/11

Verkündet am:
23. Februar 2012
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

InsO § 109 Abs. 1 Satz 2; BGB §§ 412, 407 Abs. 1, §§ 566, 566c

Die Erklärung des Insolvenzverwalters/Treuhänders, für Ansprüche aus dem Wohnraummietverhältnis des Schuldners nach Ablauf der dreimonatigen gesetzlichen Kündigungsfrist nicht mehr mit der Insolvenzmasse aufzukommen, wirkt auch gegenüber dem Erwerber, auf den das Mietverhältnis infolge Veräußerung des Grundstücks übergegangen ist, wenn sie in Unkenntnis des Eigentumsübergangs dem alten Vermieter gegenüber abgegeben worden ist.

BGH, Urteil vom 23. Februar 2012 - IX ZR 29/11 - AG Schöneberg

LG Berlin

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 2011 durch den Richter Vill als Vorsitzenden, den Richter Raebel, die Richterin Lohmann und die Richter Dr. Fischer und Dr. Pape

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden das Urteil der 63. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 28. Januar 2011 und das Urteil des Amtsgerichts Schöneberg vom 16. Februar 2010 teilweise aufgehoben und insgesamt neu gefasst.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 612 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz ab dem 6. Januar 2009 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Rechtsmittel gegen die vorbezeichneten Urteile werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 90 vom Hundert und der Beklagte 10 vom Hundert zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte ist Treuhänder in dem am 1. Oktober 2008 eröffneten vereinfachten Insolvenzverfahren über das Vermögen des Y. C. (nachfolgend: Schuldner). Dieser hatte gemeinsam mit seiner Ehefrau im Jahre 2005 von einer Zwischenmieterin eine Wohnung im Haus W. Straße in B. gemietet. Nach Beendigung des Zwischenmietvertrages zum Jahresende 2005 ging das Mietverhältnis auf die früheren Eigentümer des Grundstücks über. Diese verkauften das Grundstück mit notariellem Vertrag vom 21. Dezember 2006 an die Klägerin, die am 15. Oktober 2008 als neue Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen wurde.

- 2 Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklärte der Beklagte mit Schreiben vom 18. Oktober 2008 gegenüber der Hausverwaltung der früheren Eigentümer und Vermieter, dass nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehende Ansprüche auf Mietzins nicht gegen die Masse geltend gemacht werden könnten. Die Klägerin erstritt gegen den Schuldner und dessen Ehefrau ein Versäumnisurteil vom 23. September 2009, in dem diese zur Räumung und Herausgabe der Wohnung sowie zur Mietzahlung für die Monate Januar bis Juli 2009 verurteilt wurden. Nach Erlass dieses Urteils informierte der Beklagte mit Schreiben vom 30. September 2009 die Klägerin über die am 1. Oktober 2008 erfolgte Eröffnung des Insolvenzverfahrens und erklärte ihr gegenüber, dass er für den Mietzins nicht mit der Insolvenzmasse aufkomme. Der Beklagte behauptet erstmals im Revisionsverfahren, dem Insolvenzgericht mit Schriftsatz vom 16. Februar 2010 Masseunzulänglichkeit angezeigt zu haben.

3 Nunmehr nimmt die Klägerin den Beklagten auf Mietzahlung für die Monate Januar bis Oktober 2009 in Anspruch. Das Amtsgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Die Berufung des Beklagten gegen die Entscheidung des Amtsgerichts ist erfolglos geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Abweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision des Beklagten führt zur teilweisen Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen und zur Abweisung der Klage, soweit der Beklagte verurteilt worden ist, Miete für die Monate Februar bis Oktober 2009 zu zahlen.

5 1. Das Landgericht hat ausgeführt, der Beklagte sei gemäß § 535 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 108 Abs. 1 Satz 1, § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO zur Zahlung der Miete von Januar bis einschließlich Oktober 2009 verpflichtet. Die Vorschrift über das Wahlrecht des Insolvenzverwalters (§ 103 InsO) sei auf das Wohnraummietverhältnis nicht anzuwenden. Soweit der Beklagte mit Schreiben vom 18. Oktober 2008 gegenüber der Hausverwaltung der früheren Eigentümer und Vermieter nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO erklärt habe, für die Miete mit der Insolvenzmasse nicht aufzukommen, habe dies nicht zu einer Enthftung der Insolvenzmasse geführt. Im Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärung sei die Klägerin bereits als neue Vermieterin im Grundbuch eingetragen gewesen, so dass die an die früheren Vermieter gerichtete Erklärung ins Leere gegangen sei. Maßgeblich sei allein die am 30. September 2009 gegenüber der Klägerin abgegebene Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO.

6 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

7 a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Miete für den Wohnraum des Schuldners sei nach Verfahrenseröffnung aus der Masse zu bezahlen, sofern nicht der Insolvenzverwalter eine Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgebe, trifft zu. Ansprüche aus einem nach § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO fortbestehenden Mietverhältnis sind gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO Masseverbindlichkeiten, wenn ihre Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss (BGH, Urteil vom 3. April 2003 - IX ZR 163/02, ZInsO 2003, 412; Pape/Schaltke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2010, § 55 Rn. 150). Dies gilt auch im vereinfachten Insolvenzverfahren hinsichtlich des Wohnraummietverhältnisses des Schuldners. Eine Anwendung des § 103 InsO, wie sie in den Tatsacheninstanzen vom beklagten Treuhänder für richtig gehalten worden ist, kommt schon nach dem Wortlaut des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht in Betracht.

8 b) Die Pflicht des Treuhänders, die Wohnraummiete des Schuldners aus der Insolvenzmasse zu zahlen, endet nach Abgabe der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO mit Ablauf der Kündigungsfrist nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO. Die in dem Schreiben des Beklagten vom 18. Oktober 2008 an die Hausverwaltung der früheren Eigentümer und Vermieter des Schuldners abgegebene Enthftungserklärung muss die Klägerin - entgegen der Auffassung der Vorinstanzen - gegen sich gelten lassen. Sie ist zum Ablauf des Januar 2009 wirksam geworden, so dass der Beklagte mit Insolvenzmasse nicht für die ab 1. Februar 2009 entstandenen Mietschulden haftet.

9 aa) Die Erklärung des Beklagten vom 18. Oktober 2008 kann als Enthaf-
tungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO ausgelegt werden. Er hat zwar in
diesem Schreiben lediglich erklärt, dass nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO Ansprü-
che auf den Mietzins, die nach Verfahrenseröffnung möglicherweise gegen den
Mieter entstehen, nicht im Insolvenzverfahren gegen die Masse geltend ge-
macht werden können. Dies war inhaltlich falsch. Für den Empfänger der Erklä-
rung war aber erkennbar, dass eine Enthaltungserklärung jedenfalls zum
nächstmöglichen Zeitpunkt ausgesprochen werden sollte.

10 bb) Ist Gegenstand des Mietverhältnisses die Wohnung des Schuldners,
so kann der Insolvenzverwalter/Treuhänder nach § 109 Abs. 1 Satz 2, § 313
InsO die Erklärung abgeben, dass Ansprüche, die erst nach Ablauf der in § 109
Abs. 1 Satz 1 InsO genannten Frist fällig werden, nicht im Insolvenzverfahren
geltend gemacht werden können. Durch diese Erklärung wird der Mietvertrag
nicht beendet, sondern vom Schuldner fortgesetzt. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO
verdrängt hinsichtlich der schuldnerischen Wohnung das Kündigungsrecht des
Insolvenzverwalters (vgl. die Begründung BT-Drucks. 14/5680 S. 27). Die Re-
gelung dient der Enthaltung der Masse für Ansprüche aus dem Mietverhältnis,
denen sie durch dessen in § 108 Abs. 1 InsO angeordneten Fortbestand aus-
gesetzt ist. Sie soll zugleich verhindern, dass der Schuldner infolge der Eröff-
nung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen obdachlos wird. Der Mieter
wird insoweit geschützt, als der Verwalter/Treuhänder nicht zur Kündigung des
Mietverhältnisses berechtigt ist, sondern lediglich - mit der für die Kündigung
geltenden Frist - durch die Enthaltungserklärung erreichen kann, dass die Mas-
se ab dem Wirksamwerden der Erklärung nicht mehr für die danach fällig wer-
denden Ansprüche des Vermieters haftet (BGH, Urteil vom 13. April 2011
- VIII ZR 295/10, ZInsO 2011, 968 Rn. 15; vgl. auch BGH, Urteil vom 19. Juni

2008 - IX ZR 84/07, ZInsO 2008, 808 Rn. 22; vom 17. September 2009 - IX ZR 63/09, ZInsO 2009, 2104 Rn. 9).

11 cc) Völlig unberührt von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bleibt das Wohnraummietverhältnis des Schuldners damit nicht. Zwar wird vereinzelt die von der Revisionsbegründung zitierte Auffassung vertreten, die auf die Zeit nach Verfahrenseröffnung entfallenden Mietforderungen seien bei der Wohnraummiete von vornherein als Insolvenzforderungen zu qualifizieren (HK-InsO/Marotzke, 6. Aufl. § 109 Rn. 11). Diese Ansicht wird überwiegend abgelehnt (Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO 2. Aufl., § 109 Rn. 10; Tintelnot in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2007, § 108 Rn. 16a, § 109 Rn. 11; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 13. Aufl., § 109 Rn. 19; Homann in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., § 7 Rn. 85). Sie ist mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren. Ohne eine Enthaltungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO wäre die für die Zeit nach Verfahrenseröffnung anfallende Miete wegen § 108 Abs. 1, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO als Masseverbindlichkeit zu befriedigen. Der Gesetzgeber hat die in § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO vorgesehene Erklärung, die bei Wohnraummietverhältnissen an die Stelle des Sonderkündigungsrechts aus § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO tritt, gerade damit begründet, dass eine Möglichkeit geschaffen werden sollte, dem Mieter die Wohnung zu erhalten, aber die Masse gleichwohl nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist nicht mehr für "neu entstehende Mietzinsforderungen" haften zu lassen (BT-Drucks. 14/5680, S. 27). Wären Mietforderungen aus der Zeit nach Verfahrenseröffnung von vornherein nur als Insolvenzforderungen zu befriedigen, hätte es einer solchen Regelung nicht bedurft.

- 12 c) Unzutreffend ist die Auffassung des Berufungsgerichts, das Schreiben des Treuhänders vom 18. Oktober 2008, mit dem dieser gegenüber der Hausverwaltung des vormaligen Eigentümers und Vermieters die Enthftungserklärung abgegeben hat, könne keine rechtlichen Wirkungen gegenüber der Klägerin entfaltet haben, weil diese im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung schon als neue Vermieterin im Grundbuch eingetragen gewesen sei. Dabei wird übersehen, dass entsprechend §§ 412, 407 Abs. 1 BGB der neue Gläubiger jedes Rechtsgeschäft, das nach dem Forderungsübergang zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen muss, es sei denn, der Schuldner kennt den Forderungsübergang bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts.
- 13 aa) Unmittelbar ist die Erklärung des Beklagten vom 18. Oktober 2008 nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht gegenüber der Klägerin wirksam geworden. Soweit die Revision meint, es handele sich um eine "Erklärung gegen den, den es angehe", kann dem nicht gefolgt werden. Die Wirkungen der Erklärung für die Masse stehen denen einer Kündigung gleich. Abzugeben ist sie deshalb gegenüber dem Vermieter des Schuldners (Graf-Schlicker/Breitenbücher, aaO; HmbKomm-InsO/Ahrendt, 3. Aufl., § 109 Rn. 22; Uhlenbruck/Wegener, aaO Rn. 18; Homann in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, aaO). Dies war zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung die Klägerin, auf die das Mietverhältnis am 15. Oktober 2008 gemäß § 566 BGB übergegangen ist. In Unkenntnis dieses Übergangs war die Erklärung vom 18. Oktober 2008 an die ursprünglichen Vermieter gerichtet, so dass sie gegenüber dem neuen Eigentümer keine Wirkungen entfalten konnte. Im Übrigen ist offen geblieben, ob sie der Klägerin zugegangen ist. Diese bestreitet, das Schreiben von der Verwalterin der Voreigentümer erhalten zu haben. Hieraus kommt es letztlich nicht an.

14 bb) Soweit die Revision meint, die Klägerin müsse die in ihren Wirkungen für die Masse der Kündigung gleichstehende Erklärung des Beklagten schon nach § 566c BGB gegen sich wirken lassen, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Nach dieser Vorschrift ist ein Rechtsgeschäft, das zwischen dem Mieter und dem Vermieter über die Mietforderung, insbesondere die Entrichtung der Miete, vorgenommen wird, gegenüber dem Erwerber wirksam, soweit es sich nicht auf die Miete für eine spätere Zeit als den Kalendermonat bezieht, in welchem der Mieter von dem Übergang des Eigentums Kenntnis erlangt. Zwar wird vereinzelt die Auffassung vertreten, die Vorschrift sei auch auf die Kündigung des Mieters, die in Unkenntnis des Eigentumsübergangs erfolgt, entsprechend anzuwenden (LG Duisburg, NJW-RR 1997, 1171 zu § 574 BGB aF entsprechend § 566c BGB nF). Zutreffend wird ganz überwiegend eine Anwendung der Regelung abgelehnt, soweit es um einseitige Erklärungen des Mieters geht, etwa um Kündigungen, und um auf Dauer angelegte Vertragsänderungen (BGH, Urteil vom 28. November 2001 - XII ZR 197/99, NJW-RR 2002, 730; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 566c Rn. 4; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearbeitung 2011, § 566c Rn. 2 mwN; MünchKomm-BGB/Häublein, 6. Aufl., § 566c Rn. 4 f; Riecke in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 6. Aufl., § 566c Rn. 2). Entsprechend kommt eine Anwendung auf die Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters nicht in Betracht, weil mit dieser die Mietzahlung aus der Masse für die Zukunft insgesamt beendet werden soll und es damit wie bei einer Kündigung um auf Dauer angelegte Vertragsänderung geht.

15 cc) Die gegenüber dem ursprünglichen Vermieter in Unkenntnis des Eigentumsübergangs abgegebene Enthftungserklärung ist aber in entsprechender Anwendung der Vorschriften der §§ 412, 407 Abs. 1 BGB zu beachten.

- 16 (1) Nach § 407 Abs. 1 BGB muss der neue Gläubiger eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, der Schuldner kennt die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Gemäß § 412 BGB ist diese Regelung auf den gesetzlichen Forderungsübergang entsprechend anwendbar. Die Vorschrift ist aufgrund ihrer weiten Fassung auf jede Art von Rechtshandlung anzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2001 - XII ZR 197/99, aaO für die Ausübung einer Verlängerungsoption gegenüber dem Vermieter). Dies gilt auch für die Kündigungserklärung (Emmerich/Sonnenschein, *Miete*, 10. Aufl., § 566 Rn. 28 mwN; Erman/H.P. Westermann, *BGB*, 13. Aufl. § 407 Rn. 3; MünchKomm-BGB/Roth, 5. Aufl., § 407 Rn. 7; MünchKomm-BGB/Häublein, 6. Aufl., § 566b Rn. 9; Palandt/Grüneberg, aaO § 407 Rn. 4; Palandt/Weidenkaff, aaO § 566 Rn. 19; Staudinger/Emmerich, aaO, § 566 Rn. 44 mwN; im Ergebnis auch Schmid/Riecke, *Fachanwaltskommentar Mietrecht*, 2. Aufl., § 566 Rn. 20 unter Verweis auf § 242 BGB).
- 17 (2) Von einer unmittelbaren Anwendung der §§ 412, 407 Abs. 1 BGB auf die Abgabe der Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO gegenüber dem ursprünglichen Vermieter kann allerdings nicht ausgegangen werden, weil § 566 BGB bewirkt, dass im Augenblick des Eigentumsübergangs durch Eintragung im Grundbuch (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 1988 - VIII ZR 22/88, NJW 1989, 451; vom 2. Februar 2006 - IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125 Rn. 14) kraft Gesetzes ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter entsteht, und zwar mit demselben Inhalt, den es zuvor mit dem Veräußerer besessen hat (BGH, Urteil vom 3. Mai 2000 - XII ZR 42/98, NJW 2000, 2346; vom 2. Februar 2006, aaO). Damit fehlt eine Rechtsnachfolge des

neuen Eigentümers, die Voraussetzung für die unmittelbare Anwendung der §§ 412, 407 Abs. 1 BGB ist.

18 (3) Die Situation, in der sich der Mieter befindet, wenn er in Unkenntnis des Übergangs des Mietverhältnisses auf einen Erwerber gegenüber dem ursprünglichen kündigt, unterscheidet sich aber nicht wesentlich von derjenigen des Schuldners, dem der Forderungsübergang unbekannt geblieben ist. Hat dieser gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger eine Rechtshandlung in Unkenntnis des Übergangs vorgenommen, muss sie der neue Gläubiger gegen sich wirken lassen. Dies gilt auch für die gegenüber dem ursprünglichen Vermieter erklärte Kündigung, die dem neuen gegenüber wirksam ist. Insoweit besteht eine planwidrige Regelungslücke, welche durch die entsprechende Anwendung der §§ 412, 407 Abs. 1 BGB zu schließen ist (so im Ergebnis auch BGH, Urteil vom 28. November 2001 - XII ZR 197/99, aaO). Auf die Frage, ob der ursprüngliche Vermieter die Erklärung an den Erwerber weiterleitet, kommt es dabei nicht an. Wusste der Mieter nichts von dem Eigentumsübergang, muss seine Kündigung als wirksam angesehen werden. Der neue Eigentümer kann sich nicht darauf berufen, ihm gegenüber sei keine Kündigung erklärt worden (Schmid/Riecke, Fachanwaltskommentar Mietrecht, aaO). Entsprechendes gilt auch für die Erklärung des Insolvenzverwalters/Treuhänders nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO. Auch diese wirkt gegenüber dem neuen Vermieter, sofern sie in Unkenntnis des Eigentumsüberganges gegenüber dem alten Vermieter abgegeben wird.

19 Soweit der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 2. Februar 2006 (IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125 Rn. 15) eine entsprechende Anwendung des § 404 BGB über § 412 BGB nicht in Betracht gezogen hat, steht dies der Analogie nicht entgegen. Nach § 566 BGB tritt der Grundstückserwerber tritt nur in

solche Rechte und Pflichten ein, die sich aus dem Mietverhältnis ergeben (BGH, Urteil vom 24. März 1999 - XII ZR 124/97, BGHZ 141, 160, 165 f), also in dem Mietvertrag selbst festgelegt sind oder auf einer Zusatzvereinbarung beruhen, die in einem unlösbaren Zusammenhang mit dem Mietvertrag steht. Vereinbarungen, die lediglich aus Anlass des Mietvertrages getroffen wurden oder in wirtschaftlichem Zusammenhang mit ihm stehen, fallen hierunter nicht (BGH, Urteil vom 21. September 1965 - V ZR 65/63, WM 1965, 1064, 1066; vom 24. März 1999, aaO S. 165 ff).

20 (4) Die Klägerin muss sich die Erklärung des Beklagten vom 18. Oktober 2008 zurechnen lassen. Der Beklagte hat diese in Unkenntnis des Übergangs des Mietverhältnisses auf die Klägerin, der mit der Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch am 15. Oktober 2008 eingetreten ist, abgegeben. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, den Schuldner oder den Beklagten selbst über ihre Eintragung in das Grundbuch zeitnah informiert zu haben. Zwar hatte die Hausverwaltung der Klägerin den Schuldner mit Schreiben vom 28. Dezember 2007 über den Verkauf an die Klägerin informiert und mitgeteilt, dass sie aufgrund des schuldrechtlich vereinbarten Nutzen- und Lastenwechsels zum 1. Dezember 2007 ihre neue Hausverwalterin sei. Diese Mitteilung reichte aber nicht aus, um dem Schuldner Kenntnis von dem Eigentumsübergang zu verschaffen. Dieser erfolgte erst gut zehn Monate später am 15. Oktober 2008. Bis zu diesem Zeitpunkt musste eine Kündigungserklärung - und damit auch eine Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO - gegenüber den ursprünglichen Eigentümern und Vermietern abgegeben werden. Die Veräußerungsanzeige vom 1. Dezember 2007 ist deshalb für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich. Eine Nachforschungspflicht des Beklagten, vor Abgabe der Erklärung festzustellen, ob die ursprüngliche Vermieterin noch Eigentümerin oder ein neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen war, bestand nicht. Dem Beklagten

würde nur die Kenntnis des Eigentumsübergangs schaden, die Kenntnis von Umständen, dass es zu einem solchen Übergang kommen könnte, ist unerheblich. Auf die Frage, ob der Beklagte überhaupt Kenntnis von der Mitteilung vom 28. Dezember 2007 an den Schuldner erhalten hat oder sich diese zurechnen lassen muss, kommt es nicht an. Damit konnte die Miete nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist ab 1. Februar 2009 nicht mehr als sonstige Masseverbindlichkeit geltend gemacht werden.

21 2. Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich auch gegen die Geltendmachung der Miete als Masseforderung für den Monat Januar 2009 wendet. Die Kündigungsfrist des § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO war im Januar 2009 noch nicht abgelaufen.

22 Bedenken gegen die Geltendmachung der Miete für Januar 2009 im Wege der Leistungsklage ergeben sich nicht. Zwar entfällt das Rechtsschutzbedürfnis für eine Leistungsklage, wenn der Insolvenzverwalter nach § 208 Abs. 1 InsO Masseunzulänglichkeit angezeigt hat (BGH, Urteil vom 3. April 2003 - IX ZR 101/02, BGHZ 154, 358, 360 ff). Hier hat der Beklagte jedoch erstmals im Revisionsverfahren behauptet, dem Insolvenzgericht mit Schreiben vom 16. März 2010 Masseunzulänglichkeit angezeigt zu haben. Die Klägerin hat diese, im Berufungsverfahren nicht mitgeteilte Anzeige mit Nichtwissen bestritten. Da die Anzeige bereits unmittelbar nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils erfolgt sein soll, handelt es sich um eine Tatsache, die der Beklagte im Berufungsverfahren hätte vortragen müssen. Eine Berücksichtigung im Revisions-

verfahren scheidet deshalb gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO aus (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08, NJW 2009, 3783 Rn. 26 f).

Vill

Raebel

Lohmann

Fischer

Pape

Vorinstanzen:

AG Berlin-Schöneberg, Entscheidung vom 16.02.2010 - 4 C 262/09 -

LG Berlin, Entscheidung vom 28.01.2011 - 63 S 192/10 -