

## ■ Neue Regelungen zur vereinfachten Räumung von Wohnraum

von RA Dr. *Hans Reinold Horst*, Hannover/Solingen

---

*Aus dem Bundesjustizministerium ist am 11.5.2011 ein Referenten-Entwurf für ein „Gesetz für die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz – MietRÄndG)“ bekannt geworden. Es darf erwartet werden, dass er in Form eines Kabinettsbeschlusses die Basis eines Regierungsentwurfs bilden wird. Im Moment befindet sich der Entwurf in der Ressortabstimmung.*

*Der Entwurf sieht u.a. die vereinfachte Räumung von Wohnraum vor.*

### I. Übersicht

Insgesamt lassen sich die Kernpunkte wie folgt zusammentragen:

- Für Vermieter wird ein zusätzlicher fristloser Kündigungsgrund im Falle eines Kautionsverzugs eingefügt. Vermietern ist die Kündigung möglich, wenn der Mieter mit der Kaution in Höhe eines Betrages in Verzug gerät, der zwei Nettomieten entspricht (§ 569 Abs. 3 a BGB-E).
- Die Fälligkeit der zweiten und dritten Rate der Mietkaution wird geregelt und an die Fälligkeit der Miete angeknüpft (§ 551 BGB-E).
- Der Vermieter kann bezüglich Geldforderungen, die nach Rechtshängigkeit fällig werden und die er im Wege der Klageerweiterung geltend macht, eine gerichtliche Hinterlegungsanordnung beantragen. Diese Hinterlegungsanordnung darf jedoch nur dann ergehen, wenn die Klageerweiterung hohe Aussicht auf Erfolg hat und die Anordnung nach Abwägung beiderseitiger Interessen gerechtfertigt ist. Streitigkeiten über Mieterhöhungen werden von der Hinterlegungsanordnung nicht umfasst. Der zu hinterlegende Betrag muss binnen zwei Wochen bei der Hinterlegungsstelle eingezahlt werden. Falls sich die maßgeblichen Verhältnisse ändern, auf denen die Hinterlegungsanordnung beruht, ist sie aufzuheben oder abzuändern. Sie tritt außer Kraft, wenn der Rechtsstreit beendet wird (§ 302a ZPO-E). Diese Vorschrift soll neben der Miete auf alle Dauerschuldverhältnisse anzuwenden sein.
- Die „Berliner Räumung“ wird kodifiziert. Die zurückgelassenen beweglichen Sachen des Mieters kann der Vermieter wegschaffen und verwahren oder ggf. vernichten. Bezüglich dieser Maßnahmen trifft ihn nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§§ 885, 885a ZPO-E).
- Soweit ein Räumungstitel gegen den Mieter vorliegt, kann die Räumung gegen Personen, die ohne Kenntnis des Vermieters Besitz an den Räumen begründet haben, auch durch eine einstweilige Verfügung angeordnet werden (§ 940a Abs. 2 ZPO-E).
- Bei einer Räumungsklage wegen Zahlungsverzuges darf die Räumung auch durch eine einstweilige Verfügung angeordnet werden, wenn der Mieter der Hinterlegungsanordnung nicht Folge geleistet hat (§ 940a Abs. 3 ZPO-E).

### II. Fristlose Kündigung bei Kautionsverzug (§ 569 Abs. 3a BGB-E)

Um auch im Bereich der Wohnungsmiete ein fristloses Kündigungsrecht des Vermieters wegen Kautionsverzugs auf eine sichere Grundlage stellen zu können, wird der für die zahlungsverzugsbedingt fristlose Kündigung von Mietwohnraum eingreifende § 569 Abs. 3 BGB um einen neuen Abs. 3 a ergänzt. Gleichzeitig wird als Grundlage eine Fälligkeitsregelung für die Zahlung der zweiten und dritten Kautionsrate in § 551 BGB-E aufgenommen.

Nach den Vorstellungen des Entwurfs (§ 569 Abs. 3 a BGB-E) kann der Vermieter bei einem Kautionsverzug i.H.v. 2 Monatsmieten ohne vorherige Abmahnung

fristlos kündigen.<sup>1</sup> Im Gleichklang mit der zahlungsverzugsbedingten Kündigung wegen offener Mietforderungen wird die fristlose Kündigung wegen eines Zahlungsrückstands bei der Kautionsunwirksamkeit, wenn der Vermieter spätestens zwei Monate nach Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs befriedigt wird oder eine öffentliche Stelle sich zur Befriedigung verpflichtet. Dieses Ergebnis folgt aus der angeordneten sinngemäßen Anwendung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB durch § 569 Abs. 3a S. 4 BGB.

Für die fristlose Kündigung wegen Kautionsverzugs soll auch § 543 Abs. 2 S. 3 BGB gelten. Die Kündigung wird also auch dann unwirksam, wenn der Mieter sich von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt. Auch hier wird das Prinzip der zahlungsverzugsbedingten fristlosen Kündigung wegen offener Mietforderungen übernommen.

Schon durch ein geringfügiges unterschreiten des kündigungsrelevanten Betrages kann das geplante neue Kündigungsrecht des Vermieters unterlaufen werden.<sup>2</sup> Es muss unterstellt werden, dass sich diese simple Abwehrreaktion schnell herumsprechen wird.

Nach den Vorstellungen des Entwurfs kann der Mieter eine außerordentliche Kündigung wegen Kautionszahlungsverzuges zu Fall bringen, wenn er unverzüglich nach deren Erhalt mit Gegenforderungen aufrechnet. Das wurde bis jetzt nach überwiegender Auffassung verwehrt, um die Kautionszahlung in jedem zweckentsprechend dem Vermieter zukommen zu lassen.<sup>3</sup>

### **III. Zulässigkeit einer einstweiligen Räumungsverfügung bei Wohnraum**

#### **1. Verbotene Eigenmacht und Gewaltfälle**

Die geltende Rechtslage wird in § 940a Abs. 1 ZPO-E zusammengefasst. Verbotene Eigenmacht und Gewaltfälle bilden die Ausnahmen zum Grundsatz, dass eine einstweilige Verfügung zur Räumung von Wohnraum grundsätzlich nicht zulässig ist.

#### **2. Der „ausgewechselte“ Untermieter**

Abs. 2 der Vorschrift betrifft den „vorgeschobenen Untermieter“. Nach geltendem Vollstreckungsrecht (§ 750 Abs. 1 S. 1 ZPO) ist ein Titel gegen sämtliche volljährigen Wohnungsmitbesitzer erforderlich. Das sind:

- der Ehegatte des Mieters, der selbst nicht Mietvertragspartei ist,<sup>4</sup>
- der nichteheliche Lebensgefährte des Mieters, wobei es auf die tatsächlichen Besitzverhältnisse im Einzelfall ankommt; die bloße Aufnahme in die Wohnung genügt noch nicht,<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Mit der Neuregelung ist der Streit, ob die Rechtsprechung im Fall der Geschäftsraummiete, wonach der Vermieter bei Nichtzahlung jedenfalls der gesamten Kautionszahlung zur fristlosen Kündigung berechtigt ist (BGH, Urt. v. 12.3.2007 – XII ZR 36/05, MDR 2007, 1009 = MietRB 2007, 168), auf Wohnraummietverhältnisse übertragen werden kann, geklärt (dafür: *Blank* in Schmidt-Futterer, 10. Aufl. 2011, § 543 Rz. 179; dagegen: *Weidenkaff* in Palandt, 70. Aufl. 2011, § 551 Rz. 5) und ebenso, dass eine vorherige Abmahnung nicht erforderlich ist. Diese wurde bislang von den Befürwortern eines entsprechenden fristlosen Kündigungsgrundes für unverzichtbar gehalten.

<sup>2</sup> So auch *Aufderhaar/Jäger*, ZfIR 2011, 169 (178).

<sup>3</sup> LG Baden-Baden v. 9.3.1987 – 2 T 8/87, WuM 1989, 73; *Blank* in Schmidt-Futterer, 10. Aufl. 2011, § 551 Rz. 64; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rz. III 160, jeweils m.w.N.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 25.6.2004 – IXa ZB 29/04, BGHZ 159, 383 = MDR 2004, 1257 = MietRB 2005, 2 = NJW 2004, 3041.

- Untermieter,<sup>6</sup>
- sonstige nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommene Dritte wie z.B. Angehörige des Mieters,<sup>7</sup>
- Kinder,
- jeder Dritte, der Mitbesitz an der Wohnung oder Teilen davon begründet hat.

Es wird selbst dann ein Räumungstitel für erforderlich gehalten, wenn der Besitz an der Wohnung einem Dritten ohne Kenntnis des Vermieters und erkennbar allein zur Vereitelung der Zwangsvollstreckung eingeräumt wurde („vorgeschobener Untermieter“).<sup>8</sup> Daraus folgt:

Der Vermieter darf nicht nur lediglich seine Mietvertragspartei verklagen, sondern muss sich erkundigen, welche Personen sonst noch Mitbesitz an der Wohnung haben. Dies stößt auf (unüberwindbare) Schwierigkeiten, wenn der Vermieter trotz vorheriger Erkundigungen die jeweils angetroffenen Personen in der Wohnung nicht kennt und auch nicht kennen musste oder konnte.

Mit § 940a Abs. 2 ZPO-E will der Entwurf in solchen Fällen durch eine einstweilige Räumungsverfügung gegen jede bei Beginn der Vollstreckungsmaßnahme in der Wohnung angetroffene Person helfen, auch wenn ein rechtskräftiger Räumungstitel nur gegen den Mieter selbst vorliegt. § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO wird dadurch aufgeweicht. Die Unkenntnis muss im Antrag auf Räumungsanordnung glaubhaft gemacht werden (§ 294 ZPO). Ohne Belang ist, ob der Vermieter der Besitzbegründung hätte zustimmen müssen, wie z.B. im Falle der Untervermietung bei Wohnraum.<sup>9</sup>

Dies mag gut gemeint sein, doch kann der Mieter mit einer beliebigen Anzahl von „Freunden und Helfern“ weiter mit dem Vermieter sowie mit dem Gerichtsvollzieher „Bäumchen wechsel dich“ oder „Katz und Maus“ spielen, auch wenn dem Entwurf zuzugeben ist, dass eine einstweilige Verfügung in der Praxis meist binnen 12 Stunden und damit schnell zu erhalten ist. Der nicht auszugsbereite Mieter muss in diesem Fall nur „seine Hilfstruppen“ in der Anzahl verstärken, um dem schnelleren Verfahrensablauf Rechnung zu tragen.

Vor allem aber sieht sich der Vermieter der Schwierigkeit gegenüber, dass er den Namen des unbekanntem Dritten nicht kennt. Für seinen Verfügungsantrag benötigt er diesen Namen. Insoweit steht ihm sicherlich ein Auskunftsanspruch gegen den ihm bekannten Besitzer zu, gegen den er bereits einen vollstreckbaren Räumungstitel hat. Folgenrichtig wirft Hannemann<sup>10</sup> die Frage auf, ob dieser Auskunftsanspruch – und nur so würde ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren Sinn machen – ebenfalls im Wege einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann. Das Problem könnte im Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache liegen.<sup>11</sup> Das OLG Karlsruhe<sup>12</sup> hat ausnahmsweise eine einstweilige Verfügung auf

<sup>5</sup> BGH v. 19.3.2008 – I ZB 56/07, MDR 2008, 824 = MietRB 2008, 228 = NJW 2008, 1959.

<sup>6</sup> BGH v. 18.7.2003 – IXa ZB 116/03, MDR 2004, 53.

<sup>7</sup> Gruber in MünchKomm/ZPO, 3. Aufl., § 885 ZPO Rz. 15 ff.; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 885 ZPO Rz. 5 ff.

<sup>8</sup> So ausdrücklich: BGH, Beschl. v. 14.8.2008 – I ZB 39/08, MDR 2008, 1356 f. = NZM 2008, 805 = NJW 2008, 3287 = DWW 2008, S. 353 = ZMR 2009, 21.

<sup>9</sup> Begründung des Referentenentwurfs, S. 48.

<sup>10</sup> Hannemann, Was ändert sich durch die geplante Mietrechtsnovellierung?, IMR 2011, 261 (269).

<sup>11</sup> So jedenfalls die h.M., vgl. nur Drescher in MünchKomm/ZPO, 3. Aufl., § 938 Rz. 45 m.w.N. in Fn. 133).

<sup>12</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.3.1984 – 15 W 14/84, NJW 1984, 1905; vgl. auch: LG Kassel, Beschl. v. 9.7.1990 – 2 T 81/90, NJW-RR 1991, 381, wonach ist zulässig sein soll, im Falle einer Wohnungsbesetzung für den Erlas

Auskunftserteilung dann als zulässig beurteilt, „wenn der Gläubiger auf die Durchsetzung des Anspruchs im Eilverfahren aus existentiellen Gründen dringend angewiesen, effektiver Rechtsschutz durch Auskunftsklage nicht gewährleistet und die Entscheidung für den Hauptprozess nicht vorgreiflich ist“.

### 3. Unterlassene Hinterlegung der Miete trotz gerichtlicher Anordnung

#### a) Regelung des § 940a Abs. 3 ZPO-E

Die Regelung des § 940a Abs. 3 ZPO-E soll zukünftig die Räumung von Wohnraum per einstweiliger Verfügung gestatten, wenn

- eine Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs rechtshängig ist, und
- der Mieter eine in diesem Prozess erlassene Anordnung, die seit Rechtshängigkeit bis zur Rechtskraft einer Entscheidung während der Prozessdauer fällig werdende Miete zu hinterlegen (§ 302a ZPO-E), nicht befolgt.

#### b) Exkus: Hinterlegung der Miete

Die Hinterlegung der Miete (einschließlich von Nebenforderungen wie z.B. Betriebskostenvorauszahlungen), die ab Rechtshängigkeit des Zahlungs- und/oder Räumungsverfahrens fällig wird, kann erfolgreich beantragt werden (§ 302a ZPO-E), wenn

- die Zahlungsklage hohe Aussicht auf Erfolg hat, also die Einwendungen des Mieters wenig werthaltig sind; der Zahlungsanspruch darf nach dem bisherigen Sach- und Streitstand mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen berechtigten Einwendungen oder Einreden des Mieters ausgesetzt sein. Es gilt der Strengbeweis. Minderungs- und Zurückbehaltungsrechte des Mieters werden also gewahrt; und
- die Anordnung nach umfassender Interessenabwägung zur Abwendung besonderer Nachteile für den Vermieter gerechtfertigt ist.

**Beraterhinweis:** Die zu erwartende Dauer des Verfahrens und das abstrakte Risiko der späteren Zahlungsunfähigkeit des beklagten Mieters reichen nicht. Der klagende Vermieter muss konkret dartun, welche besonderen Nachteile er über einen Ausfall der Forderung hinaus zu erwarten hat. Von Bedeutung kann die Höhe des Zahlungsrückstandes und die wirtschaftliche Bedeutung der Forderung für den Vermieter sein. Für den Mieter kann zu berücksichtigen sein, welche Bedeutung der Verlust an Liquidität für ihn im Einzelfall hat. Schließlich wird auch das bisherige Prozessverhalten der Parteien zu berücksichtigen sein.<sup>13</sup> Hinsichtlich der abzuwägenden Interessen genügt die Glaubhaftmachung. ◀

**Beraterhinweis:** Der Vermieter sollte auf seine eigene Schadensersatzhaftung aus § 945 ZPO im Fall einer ungerechtfertigten oder aufgehobenen einstweiligen Verfügung hinweisen, um die Neigung des Richters zu Anordnung der Hinterlegung zu erhöhen. ◀

- Die Einzelheiten des Verfahrens bestimmen sich nach § 302a Abs. 2 ZPO-E in Verbindung mit den Hinterlegungsordnungen der einzelnen Bundesländer. Sollte eine Hinterlegungsanordnung ergehen, hat der Schuldner zwei Wochen nach der jeweiligen Fälligkeit Zeit, die Beträge bei der zuständigen Hinterlegungsstelle zu hinterlegen und die Hinterlegung dem Prozessgericht anzuzeigen. Sollten sich für den Erlass der Hinterlegungsanordnung maßgebliche Verhältnisse ändern, wird die Hinterlegungsanordnung aufgehoben. Bei Beendigung des Prozesses wird das hinterlegte Geld entsprechend des Ausgangs des Verfahrens an die Parteien ausgezahlt.
- Mieterhöhungsstreitigkeiten können nicht Grundlage einer Hinterlegungsanordnung sein.

---

einer einstweiligen Verfügung die Bezeichnung als unbekannte Besetzer der (konkret zu bezeichnenden) zu räumenden Wohnung zu wählen.

<sup>13</sup> Entwurfsbegründung, S. 40, 3. und 4. Abs.

- Ändern sich die Verhältnisse, aufgrund derer die Hinterlegung angeordnet wurde, wesentlich, so ist die Hinterlegungsanordnung auf Antrag abzuändern oder aufzuheben (§ 302a Abs. 4 ZPO-E). Der Gesetzgeber geht von einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse aus, wenn aufgrund der weiteren Entwicklungen die Hinterlegungsanordnung ganz oder teilweise nicht mehr gerechtfertigt ist. Das soll vor allem der Fall sein, wenn sich die Prognose über den Verfahrensausgang erheblich ändert.<sup>14</sup>
- Befolgt der beklagte Mieter die Hinterlegungsanordnung nicht, wird sie als vertretbare Handlung nach § 887 ZPO vollstreckt.

In den Fällen des Abs. 2 und 3 hat das Gericht den Verfügungsgegner vor Anlass der Räumungsverfügung anzuhören.

Aufgrund der sehr hohen Hürden für die gerichtliche Anordnung zur Hinterlegung fällig werdender Mieten seit Rechtshängigkeit (§ 302a ZPO muss erwartet werden, dass dieses Sicherungsmittel für den Vermieter innerhalb des Räumungs- und Zahlungsverfahrens rein theoretischer Natur bleiben wird.) Das gilt dann in gleicher Weise auch für die darauf aufbauende Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung aus § 940a Abs. 3 ZPO im Falle unterlassener Befolgung einer ausgesprochenen Hinterlegungsanordnung. Für diese These sprechen folgende Überlegungen:

Im Falle behaupteter Mietminderungen fehlt es schon von vornherein an der Annahme einer hohen Erfolgsaussicht. Denn der Ausgang des Rechtsstreits ist hier entscheidend von dem Ergebnis einer Beweisaufnahme und einer Beweiswürdigung abhängig, wobei die Einholung und Bewertung von Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten sowie auch die Durchführung von Ortsterminen notwendig werden kann. Vor dem Hintergrund, dass allein der Strengbeweis zulässig ist, dürfte sich in einem derartigen Fall bei den Gerichten keine erforderliche Überzeugung hierfür nach § 286 ZPO bilden. Man kennt dies in der zumindest strukturell vergleichbaren Situation eines Prozesskostenhilfverfahrens (vgl. § 114 ZPO).<sup>15</sup>

Für Mieterhöhungsstreitigkeiten scheidet schon aufgrund gesetzlicher Anordnung die Hinterlegungsanordnung aus (§ 302a Abs. 1 S. 2 ZPO).

Dann aber bleiben nur noch die Fälle, in denen bereits eine im Mietvertrag selbst ausgewiesene Miethöhe eingeklagt wird oder in denen die über einen langen Zeitraum gezahlte Miethöhe unstrittig ist. Mit behaupteten Sachmängeln und daraus abgeleiteten Gegenrechten und Ansprüchen kann der Mieter die für die Hinterlegungsanordnung verlangte richterliche Prognose einer hohen Aussicht auf Erfolg des Rechtsstreits immer zu Fall bringen, seien diese Behauptungen gerechtfertigt oder nur vorgeschoben. Vor allem bleibt dem Mieter hier das Instrument der Widerklage.

Zusätzlich bleibt als zweite Hürde die Abwägung der beiderseitigen Interessen von Mieter und Vermieter zur Abwendung nur besonderer Nachteile für den klagenden Vermieter. Die Dauer des Verfahrens und sein Forderungsbeitreibungsrisiko sollen dabei nicht entscheidend sein. Ausweislich der Gesetzesbegründung muss der Vermieter konkret dartun, welche besonderen Nachteile er über einen Ausfall der Forderung hinaus zu erwarten hat.<sup>16</sup> Seines Vortragsmöglichkeiten dazu sind begrenzt (s. oben). Neben der Höhe der Forderung wird der Vermieter eingehend zur wirtschaftlichen Bedeutung eines Forderungsausfalls vortragen müssen. Das kommt einem wirtschaftlich-finanziellen „Striptease“ gleich. Die Gegenseite erhält dadurch wertvolle Informationen zur Unterfütterung der eigenen Prozess(hinhalte)taktik. Der Vermieter wird also gezwungen, seinen Prozessgegner „schlau zu machen“.

Entsprechend gering dürften schon in der Praxis die Zahl erlassener einstweiliger Verfügungen nach § 940 a. Abs. 3 ZPO ausfallen. Selbst wenn aber eine einstweilige Verfügung nach dieser Vorschrift wegen Verletzung der Hinterlegungsanordnung durch den Mieter ergehen könnte, bringt dem Vermieter

<sup>14</sup> Entwurfsbegründung, S. 40, letzter Abs.

<sup>15</sup> Zu Recht: *Hannemann*, IMR 2011, 261 (266 f.).

<sup>16</sup> Begründung des Referentenentwurfs, S. 40, 3. Abs.

das wenig. Denn dem Mieter als Verfügungsbeklagten stehen alle Rechtsmittel gegen die erlassene Verfügung einschließlich der vorherigen Fertigung einer Schutzschrift zu, im Einzelnen:<sup>17</sup>

- Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung zwar auch ohne Suspensiveffekt, aber mündliche Verhandlung erzwingbar und § 924 Abs. 3 ZPO: einstweilige Einstellung der ZV möglich;
- Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 936 ZPO);
- Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung (§ 939 ZPO);
- Anregung einer Richtervorlage nach Art. 100 GG (Normenkontrollverfahren).

Daneben geht der Vermieter mit solchen Verfügungsanträgen ein sehr hohes Risiko ein. Denn er haftet dem verfügungsbeklagten Mieter auf Schadensersatz nach § 945 ZPO, wenn die Verfügung aufgehoben wird oder sich sonst als unrechtmäßig erweist. Hier kommt § 302a ZPO Abs. 4 ins Spiel, wonach die Verfügung nach Bekanntwerden von wesentlich ändernden Umständen von Amtswegen geändert oder aufgehoben werden kann. Entsprechend hoch ist das Risiko seiner Schadensersatzhaftung aus § 945 ZPO anzusetzen.

Der Vermieter könnte auch ohne einstweilige Verfügung z.B. ein Versäumnisurteil erwirken, gegen das dann wieder die Möglichkeit des Einspruchs besteht. Zumindest wenn der beklagte Mieter im Gerichtstermin nicht anwesend ist oder in der Verhandlung nicht auftritt, kann der Vermieter also ebenso leicht einen Titel erlangen.

#### **IV. Neuerungen bei der Herausgabevollstreckung von Grundstücken**

Durch § 885 Abs. 3 Satz 1 ZPO-E kann der Gerichtsvollzieher den Abtransport und die Einlagerung der beweglichen Sachen des Schuldners nicht nur dann durchführen, wenn dieser oder eine der bezeichneten Personen beim Räumungstermin abwesend ist, sondern auch dann, wenn die Entgegennahme verweigert wird. Weiter wird klargestellt, dass nur solche Gegenstände zu verwahren sind, die nicht als Zubehör oder sonst gleichzeitig Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind (z.B. wegen einer Geldforderung).

Besteht an der Aufbewahrung kein Interesse, sind die Sachen unverzüglich zu vernichten (§ 885 Abs. 3 Satz 2 ZPO-E). Dies gilt bei gewöhnlichem Abfall oder Unrat, soweit der Schuldner sein Interesse an der Aushändigung der Sache im Vorfeld der Räumung nicht substantiiert dargelegt hat. Wertlose oder im gegenwärtigen Zustand nicht (mehr) gebrauchsfähige Sachen, deren weitere Verwendung durch den Schuldner bei Betrachtung durch einen objektiven Dritten nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, sind von der unverzüglichen Vernichtung aber ausgenommen, also im Zweifel zu verwahren (vgl. auch § 885 Abs. 5 ZPO-E, bisher § 885 Abs. 3 Satz 2 ZPO).

Der Entwurf orientiert sich an der bisherigen Rechtslage, wenn sich auf dem herauszugebenden Grundstück sehr große Mengen Müll oder Altlasten befinden. Eine derartige aufwendige und kostenintensive unmittelbare Beseitigung wird vom Vollstreckungsauftrag nicht umfasst. Vielmehr bedarf es der Titulierung eines zivilrechtlichen Beseitigungsanspruchs, der in einer über die Herausgabepflicht hinausgehenden eigenständigen Handlungspflicht des Schuldners besteht und nach den §§ 887, 888 ZPO durchzusetzen ist.<sup>18</sup>

§ 885 Abs. 4 ZPO-E stellt zum einen klar, dass die Liquidation des Verwahrgutes künftig ohne weiteres in entsprechender Anwendung der Bestimmungen über die Pfandversteigerung, insbesondere die Versteigerung im Internet, erfolgen kann. Weiter wird ausdrücklich geregelt, dass die Veräußerung unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Pfandverwertung zu erfolgen hat, aber ohne

---

<sup>17</sup> Entwurfsbegründung, S. 49, 4. Abs.

<sup>18</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 14.2.2003 – IXa ZB 10/03; v. 19.3.2004 – IXa ZB 328/03, MDR 2004, 1021 f.; vgl. auch LG Limburg, Beschl. v. 20.4.2004 – 7 T 352/03.

dass es sich um eine echte Pfandverwertung handelt mit der Folge, dass die Vollstreckungsschutzbestimmungen der §§ 803 Abs. 2, 811, 812, 813a, 813b, 816 und 817a ZPO grundsätzlich nicht eingreifen.

### V. Gesetzliche Regelung der „Berliner Räumung“ (§ 885a ZPO-E)

Mit einem neuen § 885a ZPO soll eine kostensparende Räumungsvollstreckung für den Vermieter nach dem „Berliner Modell“<sup>19</sup> ermöglicht werden, ohne dass der Vermieter sich dafür ausdrücklich auf sein Vermieterpfandrecht stützen muss. Schon seit dem Jahre 2005 hat der BGH dieses Modell einer kostensparenden Räumungsvollstreckung vermieteten Wohnraums goutiert.<sup>20</sup> Dabei beschränkt der Vermieter den Vollstreckungsauftrag auf die Herausgabe der Wohnung. Die vorgefundenen Sachen hat der Gerichtsvollzieher zu Beweis Zwecken zu dokumentieren. Die Dokumentation soll im Rahmen des ohnehin über die Vornahme der Vollstreckungshandlung zu fertigenden Protokolls erfolgen (§ 762 ZPO i.V.m. § 180 Nr. 6 S. 3 GVGA.). Die Dokumentation muss einen zuverlässigen Überblick über den zurzeit der Räumung vorhandenen wesentlichen Bestand und den Zustand der beweglichen Sachen des Schuldners gewährleisten, muss aber keine vollständige Inventarisierung abbilden.

§ 760 ZPO gibt einen Anspruch auf Erteilung einer Abschrift des Protokolls. Als öffentliche Urkunde (§§ 415 ff. ZPO) begründet das Protokoll vollen Beweis seines Inhalts einschließlich gefertigter und zum Protokoll genommener Fotos zu Umfang und Zustand des Räumungsguts. Für das Gericht sind die Bilddateien im Rahmen des Augenscheinsbeweises (§ 371 ZPO) verwertbar.

**Beraterhinweis:** Davon sollte der Vermieter als Räumungsgläubiger immer Gebrauch machen, um Schadensersatzansprüchen seines ehemaligen Mieters und Räumungsschuldners zuvorzukommen. ◀

Der Vermieter kann die Sachen des Schuldners

- wegschaffen und einlagern, um die Wohnung frei zu bekommen und unmittelbar im Anschluss an die Vollstreckungsmaßnahme wieder in einen Zustand zu versetzen, in dem sie erneut vermietet werden kann,
- in der Wohnung belassen, wenn z.B. eine kurzfristige Weitervermietung nicht in Betracht kommt oder wenn es dem Vermieter als Räumungsgläubiger aus anderen Gründen (z.B. aus Kostengründen bei anzunehmender Insolvenz des Räumungsschuldners) vorzugswürdig erscheint, die Habe des ehemaligen Mieters zunächst nicht wegzuschaffen, oder schließlich
- bei „offensichtlich“ fehlendem Interesse des Mieters entsorgen bzw. vernichten. Dabei soll er jetzt bei Verschlechterung des zurückgelassenen Hausrats des ehemaligen Mieters nur für Vorsatz und für grobe Fahrlässigkeit (§ 885a Abs. 3 S. 3 ZPO-E) haften.<sup>21</sup> Diese Haftungsreduktion wird mit dem

---

<sup>19</sup> BGH, Beschl. v. 16.7.2009 – I ZB 80/05, MietRB 2010, 112 = WuM 2010, 98 = NZM 2009, 660 = NJW-RR 2009, 1384 = ZMR 2010, 98; Beschl. v. 10.8.2006 – I ZB 135/05, MDR 2007, 238 = NJW 2006, 3273; Urt. v. 17.11.2005 – I ZB 45/05, MDR 2006, 836 = MietRB 2006, 121 = NZM 2006, 149 = DWW 2006, 70 = ZMR 2006, 199 = NJW 2006, 848.

<sup>20</sup> BGH v. 17.11.2005, s. Fn. 19; v. 10.8.2006, s. Fn. 19; v. 16.7.2009, s. Fn. 19; dazu: *Flatow*, Herausgabevollstreckung nach dem Berliner Modell – Rechtslage und Risiken, NZM 2009, Heft 16, S. V–VI; *Horst*, Kostenminimierende Strategien bei der Räumungsvollstreckung von Mietwohnungen, MDR 2006, 249 ff.

<sup>21</sup> Zur Anspruchsgrundlage vergleiche: *Scholz*, Das Vermieterpfandrecht und seine Verwertung in der mietrechtlichen Praxis, ZMR 2010, 1 (3); *Both*, Die Berliner Räumung und das Vermieterpfandrecht, GE 2007, 192 (198); *Grißemeyer*, Im Überblick: Haftung für

Rechtsgedanken des Annahmeverzuges (§ 300 BGB i.V.m. § 181 Nr. 2 GVGA) gerechtfertigt.<sup>22</sup> Denn der Mieter hat trotz Aufforderung nicht geräumt.

- Davon zu unterscheiden ist § 885a Abs. 4 S. 4 ZPO-E; können die Sachen des Mieters nicht verwertet werden, sollen sie vernichtet werden (vergleiche für das geltende Recht bereits § 885 Abs. 4 S. 2 ZPO). Wie dort erfordert die Vernichtung nicht, dass zunächst ein erfolgloser Verwertungsversuch unternommen wurde.<sup>23</sup> Das gilt insbesondere dann, wenn die Unverwertbarkeit bereits vor einem Verwertungsversuch offenkundig erscheint.
- Von der Vernichtung auszunehmen sind persönliche Papiere, wie z.B. Familienurkunden, Zeugnisse, Alben oder Geschäftsunterlagen.<sup>24</sup>
- Von alledem zu unterscheiden sind Fälle, in denen der Vermieter durch verbotene Eigenmacht und durch unerlaubte Handlung den Wohnungsbesitz zurückerlangt hat. Dies wird regelmäßig bei eigenmächtigen Wohnungsräumung im Wege der Selbstjustiz anzunehmen sein. Hier gelten die dargestellten Haftungsprivilegien selbstverständlich nicht, im Gegenteil: der Vermieter haftet auch für den zufälligen Untergang oder für die zufällige Verschlechterung des Hausrats des Mieters in der Wohnung (§ 848 BGB).

Kommt es zwischen den Parteien zum Streit, etwa über den Umfang einer Herausgabeverpflichtung des Vermieters, so entscheidet nicht der Gerichtsvollzieher vor Ort, sondern das hierfür zuständige ordentliche Gericht.<sup>25</sup> Nach einer Verwahrungsdauer von einem Monat nach Besitzeinweisung in die Wohnung darf der Vermieter die Sachen des Mieters – ohne Androhung der Versteigerung – verwerten und nicht Verwertbares entsorgen.

Schon nach geltendem Recht (§ 885 ZPO i.V.m. § 561 ff. BGB) kann der Vermieter auf der Grundlage seines Vermieterpfandrechts entsprechend vorgehen und den Gerichtsvollzieher in seinem Räumungsauftrag beschränken. Der Gerichtsvollzieher hat nicht zu prüfen, ob die bei Durchführung der Herausgabevollstreckung in der Wohnung befindlichen Gegenstände des Mieters vom Vermieterpfandrecht erfasst werden.<sup>26</sup> Der Gesetzesentwurf bringt für dieses Vorgehen eine Klarstellung des Gesetzgebers dahin, dass die bloße Besitzverschaffung an den vermieteten Räumen als gleichwertige Alternative zur klassischen Wohnungsräumung anerkannt ist.

Der Vermieter kann also künftig zwischen der klassischen und der vereinfachten Räumung wählen. Er kann auch während des Vollstreckungsverfahrens durch entsprechende Anträge von der einen in die andere Verfahrensart wechseln.<sup>27</sup> Schließlich kann er nach Ausübung des Vermieterpfandrechts auf der Grundlage des Berliner Modells arbeiten.<sup>28</sup> Besonders in Fällen insolventer Räumungsschuldner und vermuteter Verwahrlosung der Räume kann die vereinfachte Räumung die schnellste und kostengünstigste Alternative sein. Die klassische Räumung liegt im Falle eines – in der Praxis wohl selteneren – solventen Räumungsschuldners oder eines vermuteten Räumungsguts von erheblichem wirtschaftlichem Wert näher. Denn dann muss der Vermieter als Vollstreckungsgläubiger im Rahmen der Verwahrung des (wertvollen) Räumungsguts nicht die Verantwortung für den qualitativ und quantitativ

---

Beschädigung oder Verlust von Räumungsgut, NZM 2007, 310 (322).

<sup>22</sup> Begründung zum Gesetzesentwurf, S. 46, 2. Abs. m.w.N.

<sup>23</sup> Begründung zum Referentenentwurf, S. 47, 3. Abs. m.w.N.

<sup>24</sup> Begründung zum Referentenentwurf, S. 47, 3. Abs. m.w.N.

<sup>25</sup> Begründung zum Gesetzesentwurf, S. 44, 5. Abs. m.w.N.

<sup>26</sup> BGH, s. Fn. 20.

<sup>27</sup> Begründung zum Referentenentwurf, Stand 11.5.2011, S. 24, letzter Abs.

<sup>28</sup> Begründung zum Referentenentwurf, Stand 11.5.2011, S. 44, 4. Abs.

ungeschmälernten Bestand übernehmen. Dagegen treffen ihn bei dem Berliner Modell und bei der neuen vereinfachten Wohnungsräumung entsprechende Obhuts- und im Falle ihrer Verletzung auch Schadensersatzpflichten.<sup>29</sup>

Dies birgt für den Vermieter und Vollstreckungsgläubiger<sup>30</sup> Risiken.

Schon in seinem ersten Beschluss aus dem Jahre 2005 zur Zulässigkeit des Berliner Modells betont der BGH,<sup>31</sup> anstelle der in § 885 Abs. 3 Satz 1 ZPO bestimmten Unterbringung der beweglichen Sachen des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher habe der Gläubiger die in der Wohnung verbliebenen Sachen zu verwahren, §§ 1215, 1257 BGB.<sup>32</sup> Auf Verlangen des Schuldners habe er die dem Vermieterpfandrecht nicht unterliegenden Sachen herauszugeben. Komme der Gläubiger diesen Pflichten nicht nach, mache er sich nach näherer Maßgabe des § 280 Abs. 1 BGB und des § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig.<sup>33</sup> Zudem könne der Schuldner auf Herausgabe der unpfändbaren beweglichen Sachen klagen und zur einstweiligen Regelung der Besitzverhältnisse vorläufigen Rechtsschutz nach §§ 935 ff. ZPO in Anspruch nehmen.

Ungelöst bleibt der Fall, dass der Mieter sein Räumungsgut nicht abholt und eine Verwertung nicht möglich oder nicht beabsichtigt ist.<sup>34</sup> Auszugehen ist davon, dass die Zwangsvollstreckung mit der Besitzeinweisung des Vermieters beendet und die Titel deshalb verbraucht ist. Der Gerichtsvollzieher kann also nicht mehr tätig werden. Auch der Vermieter ist nicht befugt, die Gegenstände des Mieters ohne weiteres zu vernichten. Der Vermieter wird den Mieter zur Abholung innerhalb angemessener Frist auffordern und deren Vernichtung nach Fristablauf androhen müssen. Sofern die Gegenstände nicht abgeholt werden, wird ein eventueller Schadensersatzanspruch des Mieters wegen der Vernichtung seines Eigentums regelmäßig eine Verletzung seiner Schadensminderungspflicht scheitern.

Zusätzlich kann sich der Mieter gegen diese Art der Räumung wehren, indem er z.B. die unpfändbaren Gegenstände vor Durchführung der Vollstreckung aus der Wohnung entfernt. Da sie nicht dem Vermieterpfandrecht unterliegen, kann weder der Gerichtsvollzieher, noch der Vermieter den Mieter daran hindern. Darüber hinaus könnte der Gerichtsvollzieher nach § 765a Abs. 2 ZPO die auf die Herausgabe der Wohnung beschränkte Vollstreckung nach § 885 Abs. 1 ZPO für die Dauer einer Woche aufschieben,<sup>35</sup> wenn der Schuldner glaubhaft macht, dass die Vollstreckungsmaßnahme gem. § 765a Abs. 1 Satz 1 ZPO mit den guten Sitten nicht vereinbar und die rechtzeitige Anrufung des Vollstreckungsgerichts nicht möglich gewesen sei. Dies könnte etwa in Betracht kommen, wenn ansonsten in der herauszugebenden Wohnung bewegliche Sachen des Schuldners verbleiben würden, die offensichtlich unpfändbar sind, und er glaubhaft macht, nicht in der Lage gewesen zu sein, für ihre Entfernung und Unterbringung zu sorgen.

Auszugehen ist zunächst davon, dass dann, wenn dem Gläubiger die Sachherrschaft über die Mietsache durch Übergabe sämtlicher Schlüssel eingeräumt wurde, der Räumungstitel verbraucht ist.<sup>36</sup> Der GV kann also nicht (mehr) beauftragt werden, doch noch das Räumungsgut aus der Wohnung zu schaffen und einzulagern. Würde

---

<sup>29</sup> Hinweisend bereits: Begründung zum Referentenentwurf, Stand 11.5.2011, S. 24, letzter Abs.; dazu sogleich unter 3.

<sup>30</sup> Grundlegend: *Flatow*, Herausgabevollstreckung nach dem Berliner Modell – Rechtslage und Risiken, NZM 2009 Heft 16, S. V; *Bosch*, Räumung des Mieters im Wege der Selbstjustiz, NZM 2009, 530 ff.

<sup>31</sup> BGH v. 17.11.2005, s. Fn. 19.

<sup>32</sup> Vgl. *Artz* in MünchKomm/BGB, 4. Aufl., § 562b Rz. 6; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 64. Aufl., § 562b Rz. 6.

<sup>33</sup> Vgl. jetzt auch LG Lübeck, Beschl. v. 31.5.2010 – 14 T 33/10, NZM 2010, 439.

<sup>34</sup> Hinweisend: *Aufderhaar/Jäger*, ZfIR 2011, 169 (179).

<sup>35</sup> Hinweisend: *Aufderhaar/Jäger*, ZfIR 2011, 169 (179).

<sup>36</sup> So beim Berliner, nicht aber bei den anderen Modellen – BGH, Beschl. v. 21.12.2004 – IXa ZB 324/03, MDR 2005, 648 = MietRB 2005, 149 = NZM 2005, 193.

der Schuldner zurückkehren und verbotene Eigenmacht begehen, bedarf es eines neuen Räumungstitels. Darauf wies unmittelbar zu Beginn des fachlichen Diskurses um kostensenkende Vollstreckungsmodelle im Jahre 2005 bereits Schuschke<sup>37</sup> hin. Mangels vorenthaltener Mietsache stehen dem Vermieter selbst Nutzungsentschädigungsansprüche aus § 546a BGB oder dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 ff. BGB) als Räumungsgläubiger nicht zu, wenn sich noch Gegenstände des Schuldner in der Wohnung befinden.<sup>38</sup> Diese zurecht betonten „Gefahren“ betreffen jedoch letztlich ausschließlich die eigene wirtschaftliche Interessenlage des Vermieters. Der Vermieter muss im Wege der eigenen Interessenabwägung selbst entscheiden, ob er an der Front der Räumungsvollstreckung sparen will und sich demgegenüber den betonten Gefahren aussetzen will. Ohne Risiko kein Geschäft. Aus der Erfahrung des Mietrechtspraktikers ist es immer sinnvoller, notleidende Mietverhältnisse möglichst schnell zu beenden und die Wohnung zu einer – hoffentlich – wirtschaftlich solideren Neuvermietung an einen solventen Mieter frei zu bekommen.

Den Gläubiger trifft eine Verwahrungspflicht bezogen auf die in der Wohnung verbliebenen Sachen, wenn auch nicht unbedingt in der Mietsache selbst (§§ 1215, 1257 BGB).

Der Gläubiger muss für – kostenfreie – Herausgabe der unpfändbaren Gegenstände an den Schuldner an dessen neuen Wohnsitz Sorge tragen. Der Schuldner haftet nicht, der Gläubiger hat auch kein Zurückbehaltungsrecht; Geschieht das nicht, haftet der Vermieter aus §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB. Für die Kosten der Einlagerung durch den Gerichtsvollzieher haftet dagegen der Schuldner. Der Gerichtsvollzieher – nicht aber der selbst einlagernde Gläubiger – darf nach Ablauf der Frist des § 885 Abs. 4 ZPO auch unpfändbare Sachen veräußern bzw. vernichten.

Der Gläubiger darf auf Kosten des Schuldners pfändbare und nicht wertlose/unveräußerliche Sachen durch den Gläubiger wie sonst beim Vermieterpfandrecht verwerten. § 788 ZPO ist nicht anwendbar.

Veräußert der Gläubiger unpfändbare Gegenstände oder vernichtet er unveräußerliche Sachen, die aber kein Müll sind, also für den Schuldner noch einen Wert haben, haftet er auf Schadensersatz aus dem Mietvertrag i.V.m. § 280 BGB sowie aus § 823 BGB.

Müll und Gerümpel darf der Gläubiger vernichten, allerdings auf eigenes Risiko.<sup>39</sup> Eine Kostenerstattung gegenüber dem Mieter aus § 788 ZPO ist nur denkbar, wenn der Gerichtsvollzieher gehandelt hat. Deshalb ist auf materiell-rechtliche Anspruchsgrundlagen zurückzugreifen. Wird das Vermieterpfandrecht zu Unrecht geltend gemacht, kommt eine Haftung des Vermieters als Verwahrer gegenüber dem Mieter aus § 280 BGB wegen Verletzung nachwirkender Pflichten aus dem Mietvertrag, aus einer analogen Anwendung der §§ 688 ff., 1215, 1257 BGB wegen Verletzung der Pflicht aus unentgeltlicher Verwahrung und schließlich aus § 823 BGB In Betracht.<sup>40</sup>

Sind Gegenstände abhanden gekommen oder beschädigt, macht sich der Gläubiger und ggf. der Spediteur haftbar nach § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 242, 246 StGB oder ggf. Schlechterfüllung des privatrechtlichen Verwahrungsvertrages; die Beweislast liegt allerdings zunächst beim Schuldner –

---

<sup>37</sup> *Schuschke*, NZM 2005, 681 (684).

<sup>38</sup> So ausdrücklich auch: KG, Urt. v. 14.2.2005 – 8 U 144/04, MietRB 2005, 288 = DWW 2005, 199 f. = NZM 2005, 422.

<sup>39</sup> Vgl. OLG Zweibrücken DGVZ 1998, 8; LG Berlin DGVZ 1980, 154; AG Berlin-Neukölln DGVZ 1980, 42; AG Bielefeld DGVZ 1974, 142; AG und LG Karlsruhe DGVZ 1980, 14; AG Leverkusen DGVZ 1996, 44; vgl. auch LG Hamburg MDR 1963, 854.

<sup>40</sup> S. dazu *Scholz*, ZMR 2010, 1 (3) und *Grüßemeyer*, NZM 2007, 310 (322).

dennoch ist eine detaillierte Bestandsliste ggf. mit Fotos bei Räumung auch für Gläubiger empfehlenswert. Diese Funktion kann künftig das Gerichtsvollzieherprotokoll übernehmen.

Standen Gegenstände im (Vorbehalts-, Sicherungs-)Eigentum Dritter, ist der Gläubiger – nach entsprechendem Nachweis – zur Herausgabe auch des Verwertungserlöses verpflichtet (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) bzw. sogar, wenn er Anhaltspunkte für ein derartiges Dritteigentum hatte, zum Schadensersatz.

Entgegen § 691 S. 1 BGB soll der Vermieter als Pfandgläubiger berechtigt sein, das Pfandgut (ehemaliger Hausrat des Mieters, an dem das Vermieterpfandrecht ausgeübt wurde) in Verwahrung Dritter zu geben. Er haftet nicht für das Verschulden des Dritten (§ 691 S. 2 BGB), weil der Mieter als Schuldner hinsichtlich der Verwahrung des Gutes kein besonderes Vertrauen in den Pfandgläubiger setzt. Der Verwahrer (Vermieter und Pfandgläubiger) kann aber aufgrund eines Vertragsverhältnisses mit dem Dritten die Schäden des Hinterlegers (Mieter und Räumungsvollstreckungsschuldner) im Wege der Drittschadensliquidation geltend machen. Denn der Mieter hat gegen den Vermieter entsprechend § 667 BGB einen Anspruch auf Abtretung des Anspruchs gegen den Dritten.<sup>41</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es durchaus legale Modelle zur Senkung von Räumungskosten gibt. Angesichts der aufgezeigten Kosten- und Haftungsrisiken „lohnt“ sich das Berliner Modell also nur in Ausnahmefällen und schon gar nicht beim Bestehen einer eintrittspflichtigen Rechtsschutzversicherung, worauf Hannemann<sup>42</sup> zutreffend hinweist.

---

<sup>41</sup> Im einzelnen: *Grüßemeyer*, NZM 2007, 310 (322), m.w.N.

<sup>42</sup> *Hannemann*, IMR 2011, 261 (266 f.).