

Das Mietrechtsänderungsgesetz – Überblick zum Referentenentwurf vom 25.10.2011

Fortsetzung von ZMR 2012, 241

Von Dr. Ralf Dietrich, AG Stuttgart¹⁾

- C. Erleichterte Räumung
 - I. Neuer Kündigungsgrund Kautionsrückstand – § 569 Abs. 2 a BGB-E
 - II. Einmietbetrug, „Mietnomaden“ und „Berliner Räumung“
 - a) Hintergrund, Regelungswürdigkeit
 - b) Hinterlegungsanordnung und einstweilige Verfügung
 - c) Erleichterte Räumung auch gegenüber Dritten
 - d) Kodifizierung der „Berliner Räumung“
- D. „Münchener Modell“ – § 577 a BGB-E
- E. Weiterer Reformbedarf
- F. Fazit

C. Erleichterte Räumung

I. Neuer Kündigungsgrund Kautionsrückstand – § 569 Abs. 2 a BGB-E

Bislang war nicht gesetzlich klar geregelt, wann der Vermieter wegen Rückstandes mit der Kautionszahlung kündigen kann. Der BGH hatte zur Gewerberaummiene entschieden, dass bei Verzug mit der vollen Kautionszahlung und nach Abmahnung ein Recht zur fristlosen Kündigung besteht.²⁾ Für die Wohnraummiene war keine eindeutige Linie erkennbar, auch wenn Rechtsprechung und Literatur o. g. Grundsätze auf das Wohnraummietrecht übertragen wollten.³⁾

Der Gesetzgeber will nun einen neuen Kündigungsgrund kodifizieren, nachdem auch bei Zahlungsverzug mit der Mietkaution fristlos und ohne vorherige (Ab-)Mahnung gekündigt werden kann. Dies soll Konsistenz mit dem Mietzahlungsverzug schaffen.

Nach dem Entwurf muss der Rückstand in der Höhe nicht dem Kautionsbetrag entsprechen. Vielmehr kommt es darauf an, dass ein Rückstand in einer Höhe vorliegt, der zwei Monatsmieten beträgt. Diese Regelung ist vorausschauend und vermeidet Unklarheiten, ob nun die Kautionszahlung oder die Miete bezahlt wurde, denn „unter dem Strich“ zählt der Verzug in Höhe von zwei Monatsmieten. Jedenfalls nach den Novellenmotiven sollen allerdings Betriebskostenpauschalen/-vorauszahlungen nicht angerechnet werden, der Rückstand in Höhe von zwei Kaltmieten soll also reichen. Beim klassischen Mietrückstand werden

dagegen nach herrschender Meinung Bruttomieten zu Grunde gelegt.⁴⁾ Weiter bleibt unklar, was mit dem über die Zweimonatsmiete hinausgehenden Kautionsanspruch geschehen soll. Eine gesetzgeberische Klarstellung wäre sinnvoll. Dass nach den Motiven nur der ursprüngliche Kautionsanspruch, nicht aber der Wiederauffüllungsanspruch abgedeckt sein soll, ist einleuchtend. Dort sollte jedenfalls eine Mahnung einer Kündigung vorweg gehen.

Grundsätzlich wäre der neue § 569 Abs. 2 a BGB-E sinnvoll. Zwar kann man einen Unterschied darin sehen, ob mit dem Leistungsanspruch der Mietzahlung oder mit der Kautionszahlung die „nur“ zur Sicherung dienen soll, im Verzug ist. Für letzteren Fall ließe sich daher durchaus *de lege ferenda* vertreten, dass der Kündigung doch eine Mahnung vorausgehen sollte. Dies auch, da gerade im „Umzugsstress“ bei Privatmietern neben erheblichem organisatorischem Aufwand, oft verbunden mit Arbeitsplatzwechsel, Bekanntgabe neuer Adressdaten, Versicherungswechsel, Schulwechsel der Kinder etc., der Rückstand möglicherweise nur auf einem Versehen beruht. In diesen Fällen wäre aufgrund der Heilungsmöglichkeit des § 569 Abs. 3 Ziffer 2 BGB, die auch für den Kautionsrückstand gelten soll, die Kündigung auf schwachen Beinen – das Mietverhältnis hätte aber sogleich konfliktbehaftet begonnen. Ein Gleichlauf vereinfacht die Handhabung aber jedenfalls, da die Abgrenzungsproblematik der Zahlung entfällt. Die Aufnahme genannter Präzisierungen wäre allerdings erfreulich.

II. Einmietbetrug, „Mietnomaden“ und „Berliner Räumung“

a) Hintergrund, Regelungswürdigkeit

Der Gesetzgeber nimmt sich der sog. Mietnomadenfälle an und will diesbezüglich vornehmlich die ZPO schärfen, um jener Thematik schneidig zu entgegnen. Umgangs-

1) Der Verfasser führt am AG Stuttgart ein Schwerpunktreferat für Mietrecht.

2) BGH vom 21.3.2007 – XII ZR 36/05 –, ZMR 2007, 525, zitiert nach juris.

3) LG Berlin – 61 T 23/00 –, GE 2000, 1475; K. Lützenkirchen, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 543 Rdn. 8; Blank, in: Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl. 2011, § 543 Rdn. 179; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 543 Rdn. 36.

4) Weidenkaff, in: Palandt, a. a. O., § 543 Rdn. 23.

sprachlich als Mietnomaden, rechtstechnisch als Einmietbetrüger werden Personen bezeichnet, die von vornherein mit betrügerischer Absicht, also bewusst ohne Zahlungswilligen Wohnungen anmieten. Abzugrenzen sind dagegen Fälle anderen Zahlungsverzugs, etwa wegen Insolvenz, Arbeitslosigkeit, Scheidung, Krankheit o.ä. Verhindern kann das „Mietnomadentum“ naturgemäß kein Gesetz, sondern es allenfalls die Vorsicht und Vorsorge der Vermieter eindämmen⁵⁾ Neben der strafrechtlichen Ahndung (§263 StGB) kann der Gesetzgeber allerdings zivilrechtliche Mittel zur Verfügung stellen, damit der einmal eingetretene Schaden sich nicht weiter vertieft, *ergo* die Mietbetrüger rasch aus der Wohnung zu geringen Kosten entfernt werden können. Diese Mittel bestehen im Wesentlichen bereits mit den Möglichkeiten des BGB zur fristlosen Kündigung bei Zahlungsverzug. Der Gesetzgeber entnimmt aber Fällen, bei denen sich die sog. Mietnomaden der Vollstreckung entziehen wollen, die Notwendigkeit, zivilprozessual jene Mittel weiter zu schärfen.

Der hiesige Aufsatz möchte zwar vornehmlich die avisierten Änderungen berichten und nur an ausgewählten Orten *de lege ferenda* Stellung beziehen. Hier allerdings ist Kritik angezeigt.⁶⁾ Wird der Entwurf im Übrigen grundsätzlich sehr begrüßt, so kann zu diesem Passus Zustimmung allenfalls zögernd erfolgen. Zwar sehen Medien und Politik beim Thema „Mietnomadentum“ großen Handlungsbedarf, mit der Materie befasste Richter und auch etliche Anwälte, selbst die der Vermieterseite nahestehende, rezipieren das faktische Geschehen aber regelmäßig anders. Dabei steht weniger die normative Bewältigung als die empirische Bedeutung der Fälle in unterschiedlicher Wahrnehmung. Wenn sogar die sonst nicht als für übermäßig aufbauschende Äußerungen bekannte ZEIT unter dem Stichwort Mietnomadentum berichtet, es solle im Jahr ca. 15 000 Fälle von Mietern geben, die nicht zahlten,⁷⁾ aber an jener Stelle mit keinem Wort erwähnt, dass der ganz überwiegende Teil jener 15 000 Fälle nicht auf Mietnomaden im o. g. Sinne zurück zu führen ist – dann steht dies stellvertretend für die verbreitete Berichterstattung, die ein überzeichnetes Bild abgibt. Keine Frage: Kündigungen wegen Zahlungsverzugs sind häufig anzutreffen. Von Mietnomadentum kann aber nur bei zahlenmäßig sehr geringen Fällen gesprochen werden. Interessanterweise übt nicht nur der Mieterbund erhebliche Kritik an der Regelungswürdigkeit,⁸⁾ sondern gerade auch die Wissenschaft zeichnet ein zurückhaltendes Bild der empirischen Häufigkeit und faktischen Phänomenologie, also sowohl in quantitativer wie qualitativer Hinsicht.⁹⁾ Dieser Eindruck bestätigt sich, fragt man bei Tagungen und anderen Gelegenheiten zum Gedankenaustausch mit Mietrecht zentral befasste Richter nicht nur aus Stuttgart, sondern gerade auch aus Köln, Berlin und Hamburg, Metropolen also, die oft im Zusammenhang mit dem sog. Mietnomadentum genannt werden. Kurz gefasst mag der Einzelfall regelungsbedürftig sein, ob Regelungswürdigkeit vorliegt, ist aber eine andere Frage. Man sollte Vorsicht walten lassen, dass nicht andere Fälle nunmehr mit geändertem Maßnahmenkatalog falsch angefasst werden. Denn sonst wäre für die Praxis wenig gewonnen, aber viel riskiert. Jene Befürchtungen, die mancher ob des gesetzgeberischen Eifers hegt, seien hier allerdings mildernd etwas zerstreut. „Kollateralschäden“ und Überzogenes werden sich am Ende hoffentlich nur am Rande zeigen und

die Praxis wird im Einzelfall wissen, wie man mit den neuen geschärften Waffen umgeht. Die Risiken im Umgang mit jenen Mitteln werden anzureißen sein.

Geht man nun aber einmal von der Regelungswürdigkeit aus, so hält der Referentenentwurf einige jedenfalls in der Ausgangsüberlegung überzeugende Werkzeuge parat. Konsequenterweise könnten diese sogar noch etwas weiter geschärft werden, zumindest, wenn man mit dem Referentenentwurf konsistent von Mietnomaden als rechtlich durchaus versierten und damit zu juristischen Winkelzügen faktisch befähigten und dazu auch unbedingt willigen Personen ausgeht.

b) Hinterlegungsanordnung und einstweilige Verfügung

Ein wirtschaftliches Problem von Räumungsverfahren wegen Zahlungsverzugs ist, dass der Vermieter das Insolvenzrisiko des Mieters trägt. Je länger sich das Verfahren hinzieht, respektive je stärker der Mieter es verzögert, desto größer wird der Schaden für den Vermieter. Der Reformentwurf will das Verfahren daher für den Fall abkürzen, dass der Mieter nicht seine Solvenz zeigen und die vermietertischen Ansprüche absichern kann. Er sieht daher vor, dass der Mieter im laufenden Gerichtsverfahren die Miete hinterlegt und anderenfalls beschleunigt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu räumen hat. Dies soll die konzertierte Änderung von §302 a ZPO-E (Hinterlegungsanordnung) und §940 a Abs.3 ZPO-E (einstweilige Räumungsvollstreckung) ermöglichen.¹⁰⁾ Dazu wird das Gericht gemäß §302 a ZPO-E prüfen, ob die klägerische Forderung „hohe Aussicht auf Erfolg“ hat, und nach Interessenabwägung und Glaubhaftmachung die Hinterlegung auf Antrag anordnen. Nach Abs.4 der Norm ist die Anordnung dabei nach dem Fortgang der Erkenntnisse inklusive der aktuellen Erfolgsaussichten anzupassen und gegebenenfalls aufzuheben.

Leuchtet der Grundgedanke zwar ein, wirft seine geplante Umsetzung aber etliche Fragen auf: §302 a ZPO-E startet als eine sehr weite Regelung, die sich bspw. nicht einmal auf wiederkehrende Leistungen beschränkt. Auch bleibt die Abgrenzung zu §246 FamFG unklar. Dann aber verengt sich der Trichter erheblich, sodass am Ende der Anwendungsbereich gering sein dürfte. Der reformerische Ansatz erfährt beispielsweise zwei Eingrenzungen, die die Begründung des Entwurfs leider nicht aufgreift. Weshalb etwa bezieht sich die gewünschte Verschärfung auf den Wohnraummieter, nicht aber auf den Gewerbemieter?¹¹⁾

5) Vgl. dazu *Artz*, Fn. 33.

6) Vgl. schon zum Entwurfsstand vom 11.5.2011 sehr kritisch *Selk*, in: ZMR 2011, 854 ff.; grds. zustimmend dagegen *Schwieren*, ebda., S. 765.

7) *Salchert*, Die Zeit, 8.12.2011, Nr. 50, S. 20, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2011/50/WOS-Mietnomade>.

8) Pressemeldung des Deutschen Mieterbundes (DMB) vom 17.11.2011 – abrufbar unter der Pressemitteilungseite von www.mieterbund.de.

9) Die Universität Bielefeld hat sich unter dem Mietrechtsexperten *Artz* der Sache auch empirisch angenommen und ein eigenes Forschungsvorhaben „Mietnomaden“ begründet, vgl. die sehr lehrreiche, leider zu wenig beachtete Studie „Sondergutachten ‚Mieterschutz und Investitionsbereitschaft im Wohnungsbau Mietausfälle durch sog. Mietnomaden‘“, u. a. von *Artz*, abrufbar unter <http://www.jura.uni-bielefeld.de/forschung/institute/fir/mietnomaden>.

10) Kritisch zum Entwurfsstand vom 11.5.2011 bereits *Selk*, in: ZMR 2011, 854 ff. Zustimmend dazu hingegen *Schwieren*, ZMR 2011, 765, im Wesentlichen der Begründung des seinerzeitigen Entwurfs folgend.

11) Zu bislang ungehörten Forderungen der Vermieterseite vgl. dazu bereits die Forderung des IVD vom 16.9.2008, abrufbar unter http://ivd.net/uploads/media/Klimaschutz_Broschue.pdf.

§ 940 a Abs. 3 ZPO-E bezieht sich jedenfalls nur auf erseren. Und weshalb grenzt § 302 a Abs. 1 ZPO-E auf Forderungen ein, die nach Rechtshängigkeit fällig geworden sind? Sind jene Begrenzungen normativ nicht direkt einleuchtend, erschweren sie aufgrund ihrer Eindeutigkeit zumindest nicht die Anwendung.

Etwas anderes dürfte allerdings für das Erfordernis der Prüfung der Erfolgsaussichten gelten. Dieses Erfordernis könnte sich als ein schwer zu schließendes Einfallstor für mieterische Gegenwehr erweisen. Es ist sicherlich kein taktisches Geheimnis, dass der Mieter an jener Stelle nur glaubhaft machen müsste, ein erhebliches Minderungs- oder Zurückbehaltungsrecht zu haben, möglicherweise kulminiert auf mehrere Monatsmieten wegen schon lange im Vorfeld erklärter vorbehaltlicher Mietzahlung, worauf nun die Mietzahlung voll einbehalten werde. Glaubhaft zu machen dürften Mängel leicht sein; etwa Schimmel, Heizungsprobleme und dergleichen mehr. Mängelinwände würden also geradezu provoziert, die Sach- und Rechtslage nicht einfacher, sondern schwieriger, der Prozess möglicherweise gar länger. Weiter wären zur Aufklärung der behaupteten Mängel oft Sachverständigengutachten nötig. Diese kosten bekanntlich nicht nur erheblich Zeit, sondern auch Geld. Etlichen „Mietnomaden“ dürfte dabei – wohl oder übel – noch Prozesskostenhilfe zu gewähren sein. Bedürftig jedenfalls sind die „Mietnomaden“ oft. Und auch wenn die Verteidigung am Ende nicht gelingt, ist sie durch den Richter kaum ohne weitere Sachaufklärung schon *ex ante* als offensichtlich aussichtslos zu werten und damit Prozesskostenhilfe zu versagen und die Hinterlegungspflicht zu bejahen. Auch für die Gerichte bestünde erheblicher Mehraufwand. Zwar soll der Beschluss gemäß § 302 a Abs. 7 ZPO-E nur kurz zu begründen sein. Da aber, v.a. wenn der zu erwartende Mängelinwand kommt, ohne weitere Beweisaufnahme das Vorliegen der Mängel, die Höhe des jeweiligen Minderungsbetrages und dann noch die Interessen der Parteien abzuwägen sind und zugleich der Eindruck der Befangenheit des Richters zu vermeiden ist, dürfte dies gesetzgeberische Hoffnung bleiben.

Der gut gemeinte Reformentwurf des Gesetzgebers könnte sich also als Danaergeschenk erweisen. Das Gros der Fälle von mieterischem Zahlungsverzug wird mit den jetzigen Mitteln ausreichend adressiert. Wenn dann allerdings „echte Mietnomaden“ auftreten, wie sie Medien und Gesetzgeber vor Augen habe, also rechtlich versierte, taktisch geschickte Akteure, dann darf die Reform nicht konsequenterweise auch noch Gegenwehr provozieren, für die sie dann wiederum keine wirksame Reaktion parat hält. Vielmehr wäre dann eine weitere Schärfung konsequent: Es könnte auf die Prüfung der Erfolgsaussichten der Verteidigung verzichtet werden. Der Mieter hätte die vertraglich vereinbarte Miete in dem Teil, den er nicht an den Vermieter zahlt, zu hinterlegen – ungeachtet etwaiger Minderung. Geschützt werden soll schließlich sein Minderungsanspruch, nicht seine temporäre Liquidität verbessert werden. Es würde ihm dadurch auch nicht Liquidität entzogen, sondern das Mehr an Liquidität, das er als Reflex der Mietminderung erhalten hat, lediglich neutralisiert. Um den Mieterschutz nicht zu sehr zu kupieren, könnte bei Missbrauch der Hinterlegung durch den Vermieter auf Schadenersatzansprüche oder Verzinsung der hinterlegten Summe verwiesen werden. Will man soweit

nicht gehen, so könnte kodifiziert werden, dass die Erfolgsaussichtenprüfung jedenfalls unbeachtlich von Minderungsrechten erfolgen kann.

Dabei soll nicht einer generellen Verschärfung das Wort geredet werden. Denn selbst wenn man hier weiter verschärfen wollte, wird von Manchem nachvollziehbar bezweifelt, dass der Zeitgewinn wirklich nennenswert wäre, denn auch das weitere Hinterlegungs- und Vollstreckungsverfahren kostet selbst bei wenig Gegenwehr des Mieters aufgrund der verschiedenen Zwischenschritte Zeit.¹²⁾ Aber wenn schon der Reformweg mit politischer Zielrichtung eingeschlagen wird, dann sollte man nicht auf halbem Wege stehen bleiben, sondern zu Ende gehen zu normativer Konsistenz sowie praktischer Effizienz und Effektivität.

Insgesamt bleibt dieser Reformteil kritisch zu betrachten, gerade vor dem Hintergrund der Regelung des § 940 a Abs. 3 ZPO-E, nachdem bei Nicht-Hinterlegung im Wege der einstweiligen Verfügung geräumt werden soll. Was da noch „einstweilen“ sein soll, bleibt fraglich. Ohne Urteil und nur nach gesetzgeberisch gewünschter kurzer Begründung und summarischer Prüfung soll der Mieter aus der Wohnung gesetzt werden. Dies ist höchst bedenklich. Der auf den ersten Blick bestechende Ansatz ist daher aus praktischen und rechtsstaatlichen Bedenken grundsätzlich zu überprüfen.

c) Erleichterte Räumung auch gegenüber Dritten

Der Gesetzgeber will nicht nur den Weg zum Vollstreckungstitel verkürzen, er will auch Vollstreckungshindernisse beseitigen. Ein zentrales Beispiel dafür ist § 940 a Abs. 2 ZPO-E. Danach soll im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Räumung nach erlangtem Titel gegen den Mieter auch gegen jene Personen angeordnet werden, die ohne Kenntnis des Vermieters Besitz an den Wohnräumen begründet haben. Denn nicht nur der Vertragspartner des Mieters kann dem Vermieter ein Besitzrecht entgegenhalten, sondern auch andere (Mit-)Besitzer, so der BGH.¹³⁾ Die Ausnutzung dessen will der Gesetzgeber verhindern und der Gefahr entgegen treten, dass „Mietnomaden“ die Vollstreckung vereiteln, in dem sie bislang prozessual unbeteiligte Dritte behaupten lassen, dass diese (auch) in der Wohnung leben würden und vom Mieter ein Besitzrecht ableiten könnten (v.a. in Form der Untermiete). Da Urteile nur *inter partes* gelten, muss gegen bislang nicht Verurteilte zunächst ein neuer Titel im Hauptverfahren geschaffen werden. Gelingt dies, wird befürchtet, dass dann wiederum ein Vierter die Wohnungstür beim Räumungsvollstreckungsversuch öffnet und jenem entgegentritt, mit der Behauptung, (auch) er wohne nunmehr dort, worauf sich ein endloses Klagekarussell eröffne. Der Gedanke, dass daher Räumungstitel *inter omnes* gelten sollten, hat sich dogmatisch nicht durchgesetzt, wird aber in der faktischen Stoßrichtung nun aufgegriffen. Die Entwurfsbegründung meint, der Prozess gegen den angeblichen Mitbesitzer sei zwar „reine Formsache“, geht aber dennoch davon aus, dass

12) Vgl. zur nach wie vor grds. gültigen Kritik, instruktiv anhand von Fallbeispielen *Selk*, in: ZMR 2001, 854 ff.

13) BGH, Beschluss vom 18.7.2003 – IXa ZB 116/03 – (LG Stuttgart). Zur Übersicht zu Rspr. und Lit. vgl. MünchKomm.-Gruber, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 885 Rdn. 15 ff; *Riecke*, in: DGVZ 2006, 81.

das Hauptsacheverfahren gegen ihn „zeitaufwändig“ sein wird,¹⁴⁾ und will über den Weg des einstweiligen Rechtsschutzes stark verkürzen. Richtig ist jedenfalls, dass der einstweilige Rechtsschutz schneller sein dürfte, auch wenn der Entwurf, wie Abs. 4 der Norm vorsieht, die Anhörung des Mitbesitzers vorsieht.

Zur Empirie gilt das bereits Gesagte. Es kommt durchaus vor, dass bislang unverklagte erwachsene Mitbewohner (oft Familienangehörige des Mieters) nicht vom Vollstreckungstitel erfasst sind. In jenen nicht-missbräuchlichen Fällen mag die Vollstreckungsverzögerung den Vermieter belasten, sie ist aber angezeigt. Echte „Mietnomaden“ sind, im Verhältnis zu anderen säumigen Mietschuldern, glücklicherweise weit seltener. Dies gilt vor allem in der hier maßgeblichen Variante von „Nomaden“, die sich hinter angeblich ebenfalls in der Wohnung Lebenden verstecken. Und selbst in jenen, hier auch aus Tagungen, Vorträgen und anderen Berichten bekannten Fällen, war aber jedenfalls nach einer weiteren „Runde“ eine Räumungsmöglichkeit gegeben.

Will man dennoch eine Regelung treffen, so dürfte die gesetzgeberische Technik faktisch oft wirkungsvoll sein, könnte dann aber noch verstärkt werden. Rechtsstaatlichen Bedenken soll Abs. 4 der neuen Norm entgegen treten, nach dem der Gegner vor Erlass der einstweiligen Räumungsverfügung anzuhören ist. Unerheblich soll sein, ob der Vermieter der Mitbesitzbegründung hätte zustimmen können. Allerdings erfasst die Norm nur die Bewohner, die der Vermieter nicht kannte. Das ist stimmig, denn die anderen hätte er ja schon im Verfahren gegen den Mieter mitverklagen können. Dies gilt aber freilich nur bis zum Ende der mündlichen Verhandlung. Es wäre also denkbar, bezüglich der Kenntnis des Vermieters auf jenen Zeitpunkt abzustellen. Hat man den taktisch versierten „Mietnomaden“ vor Augen, so wäre diskutabel, gesetzgeberisch die Pflicht, Mitbewohner an den Vermieter zu melden, konsequent klarer zu kodifizieren und/oder von Vermieterseite eine solche Pflicht in Mietverträge aufzunehmen. Kritisch wäre dagegen, die Dritten nur von der Vollstreckung auszunehmen, wenn sie eine gewisse Zeit vorher dem Vermieter genannt wurden. Es wäre aber denkbar, amtlich nicht gemeldete Personen vom Vollstreckungsschutz auszunehmen. Auch wäre denkbar, dem Vermieter einen flankierenden Auskunftsanspruch zu geben. Dabei könnte die Auskunftsverweigerung durch den weiteren Besitzer über den Gedanken des widersprüchlichen Verhaltens, § 242 BGB, dazu führen, dass dieser dann der Räumung nicht entgegen treten kann. Denn auch hier gilt: Geht man von „Mietnomaden“ aus, die rechtlich beschlagen und gewiefte Taktiker sind, sollten deren Reaktionsmuster antizipiert und vorsorglich beantwortet werden. Ansonsten drohte die „nächste Runde“ im Wettlauf zwischen Vermietern und „Mietnomaden“, die die Vollstreckung verhindern könnten, in dem sie kurzfristig den Vermieter in Kenntnis setzen, dass es eine ganze Liste von Mitbewohnern gebe. Es hülfe dann dem Vermieter bei der oft finanzschwachen Gegenseite wenig, wenn er jene Liste von Personen verklagen müsste und einen faktisch wertlosen Prozesskostenersatzanspruch gegen den Mieter wegen Täuschung hätte. Freilich bleibt zu hoffen, dass der Wettkampf so weit nicht gedeiht. Doch sollte eine Reform ein in sich stimmiges Bild zeichnen. Neben den praktischen

Erwägungen stimmt aus normativ-rechtsstaatlicher Sicht bedenklich, dass aus dem einstweiligen Rechtsschutz ein vollendeter wird. Ein Hauptsacheverfahren ist nicht mehr vorgesehen. Es dürfte sich denn auch mit der Räumung erledigt haben.

d) Kodifizierung der „Berliner Räumung“

Es stellt sich nicht nur in Fällen von sog. Mietnomadentum, sondern allgemein v.a. bei finanzschwachen Mietern ein weiteres Vollstreckungsproblem, dessen sich der Gesetzgeber annimmt: der Vollstreckungsaufwand. Hält der Vermieter ein Räumungsurteil in den Händen und tritt ihm auch kein Mitbesitzer in den Weg, so hat er doch erheblichen Aufwand bei der Räumung. Ist der Mieter nicht solvent, so bleibt der Vermieter auf den Kosten sitzen.¹⁵⁾ Neben Kosten für den Gerichtsvollzieher und die Auswechslung der Schlösser muss er noch das Hab und Gut des Mieters ausräumen. Verschiedene Räumungsmodi wurden in der Praxis entwickelt, von der „Hamburger“ über die „Frankfurter“ zur „Berliner Räumung“.¹⁶⁾ Letztere sieht vor, dass der Vermieter den Mieter aus der Wohnung setzt, die Sachen des Mieters aber in der Wohnung verbleiben. Rechtstechnisch macht dazu der Vermieter von seinem Vermieterpfandrecht Gebrauch. Der Vermieter kann dann den Abfall entsorgen und anderes gemäß §§ 1233 ff. BGB im Wege öffentlicher Versteigerung verwerten. Das Pfandrecht dient allerdings weniger dazu, die meist wirtschaftlich uninteressante Verwertung der Sachen des Mieters zu sichern, als vielmehr dem Vermieter zu ersparen, die Wohnung räumen und die Gegenstände einlagern zu müssen. Denn dazu bedarf er regelmäßig eines Umzugsunternehmens, dessen Beauftragung meist Hauptkostenfaktor der Vollstreckung ist.¹⁷⁾ Der BGH hat das „Berliner“ Vollstreckungsmodell im Wesentlichen bestätigt,¹⁸⁾ es wird regelmäßig bundesweit in der Praxis eingesetzt.

Dieses Verfahren will der Gesetzgeber im Wesentlichen beibehalten; den Weg allerdings vereinfachen. Er möchte dazu in § 885 ZPO die beiden Absätze Nr. 3 und 4 durch drei Absätze ersetzen und einen neuen § 885a ZPO einführen. Danach sollen zunächst Dinge, „an deren Aufbewahrung offensichtlich kein Interesse besteht“, so der Wortlaut, unverzüglich vernichtet werden können, wenn sie nicht von Schuldnerseite sogleich entgegengenommen werden. Alles Übrige ist zu verwahren, wozu das Belassen in der Wohnung ausreicht. Wenn dann innerhalb eines Monats (§ 885 Abs. 4 und § 885a Abs. 4 ZPO-E) der Schuldner nicht die übrigen Sachen „abfordert“, so der Sprachgebrauch, dann kann der Gerichtsvollzieher verwerten und Unverwertbares vernichten. Der Schuldner kann jederzeit Unpfändbares und voraussichtlich Unverwertbares heraus verlangen. § 885a ZPO-E regelt, dass der Vermieter die Vollstreckung auf dieses Vorgehen beschränken kann. Verkürzt gesagt vollstreckt der Vermieter zunächst nur die Herausgabe der Mietsache, nicht aber deren Räumung. Gerade auch um Folgestreitigkeiten über den Ver-

14) Vgl. S. 53 des Referentenentwurfs.

15) Zu den Kosten vgl. die statistische Erhebung von Artz, „Sondergutachten, Mieterschutz und Investitionsbereitschaft im Wohnungsbau, Mietausfälle durch sog. Mietnomaden“, a. a. O., Fn. 33, dort S. 20.

16) Vgl. einen Überblick zu diesen Modellen Streyll, in: Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl. 2011, § 546 Rdn. 135 ff. m. w. Nachw.

17) Vgl. Fn. 33, dort S. 20.

18) BGH, Beschluss vom 17.11.2005 – I ZB 45/05 –, ZMR 2006, 199.

bleib (angeblicher) Sachen des Mieters zu vermeiden, hat der Gerichtsvollzieher im Protokoll gemäß § 762 ZPO das Inventar zu dokumentieren. Er kann sich dazu digitaler Fotografie bedienen. Zudem soll die Haftung des Vermieters beschränkt werden. Er, der Vollstreckungsgläubiger, soll bezüglich der Vernichtung von Gegenständen, an denen offensichtlich kein Aufbewahrungsinteresse besteht und die er daher jederzeit vernichten kann, nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen haben (Abs. 3 des § 885 a ZPO-E).

Nachdem die Berliner Räumung bislang schon *usus* war, ist die faktische Novität gering. Allerdings ist die Verkürzung der Aufbewahrungsdauer auf einen Monat recht scharf. Jedenfalls aber schafft die Kodifizierung mehr Klarheit, als es die Praxis naturgemäß zu geben vermag. Bezüglich normativer Klarheit zu überdenken wäre aber, ob es nicht in Satz 1 des § 885 a Abs. 4 ZPO-E „hinterlegen“ statt „verwerten“ lauten sollte und konsequent in Satz 4 nicht „verwertet“, sondern „verwertet oder hinterlegt“ aufgrund der §§ 372 ff., 1204 ff., 1257 BGB. Vor allem aber sind die Fragen um die Vernichtung und die Bestimmung der diesbezüglichen Haftungsbeschränkung wichtig. Daher ist auch zu überlegen, eine solche Haftungserleichterung auf den Gerichtsvollzieher auszudehnen, etwa in § 885 Abs. 3 Satz 3 ZPO-E. Denn die Vernichtung ist riskant. In der Praxis könnte sich mancher Folgerechtsstreit abzeichnen, da die Wertung, woran nun offensichtlich kein Aufbewahrungsinteresse besteht, eine subjektive ist. In manchem Fall hat der Mieter die Wohnung im Wesentlichen geräumt, in der Tat nur Wertloses zurück gelassen und macht keine Ansprüche geltend. Dies kann aber auch anders sein. *De lege ferenda* könnte zunächst statt der bisherigen Variante, die von die Formulierung „offensichtlich vom Schuldner aufgegebenen Sachen“ diskussionswürdig sein. Dass der Vermieter bezüglich der Vernichtung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften soll, entschärft die Problematik nämlich nur bedingt. Denn geht der Vermieter über das Ziel hinaus, hat er nach der Rechtsprechung des BGH schlechte Karten. Um den Mieter nicht rechtlos zu stellen, hat der BGH dem Mieter ganz erhebliche Vortrags- und Beweiserleichterungen zugestanden.¹⁹⁾ Daher wird die ordnungsgemäße Dokumentation des Vernichtungsguts durch den Vermieter wesentlich sein. Wird sie ernsthaft durchgeführt, bedeutet sie allerdings wiederum einen so hohen Aufwand, dass die Vorteile der vereinfachten Räumung dahin sein könnten. Sollte es zum Prozess kommen, so dürfte dieser für alle Beteiligten äußerst unangenehm sein. Der Mieter sieht sich regelmäßig dem Vorwurf ausgesetzt, er behaupte fälschlich die Vernichtung wertvoller Dinge, um sich zu bereichern. Der Vermieter muss sich manches Mal als „rücksichtsloser Wertvernichter“ angreifen lassen. Die Parteien werden die Vernichtung daher oft als eine Konfliktvertiefung erleben, bei der die Beweislage oft schwierig ist, die Emotionalität hoch und die Vergleichsneigung gering. Der Richter hat den Schaden am Ende zu schätzen – aber regelmäßig am Vortrag beider Seiten größte Bedenken und alles andere als eine valide Schätzgrundlage.

D. „Münchener Modell“ – § 577 a BGB-E

Das sog. Münchener Modell sieht vor, dass eine Personengruppe ein Mehrfamilienhaus kauft, um dann für die ein-

zelnen Gruppenmitglieder Eigenbedarf geltend zu machen und dadurch die angestammten Mieter zu verdrängen. Diese „Usurpation“ war bislang möglich. Auch § 577 a BGB bot keinen Einhalt, da er nur die Konstellation erfasst, dass Wohnungen zunächst zu Eigentumswohnungen umgewandelt wurden, um dann Eigenbedarf geltend zu machen, nicht aber den Fall, in dem diese Reihenfolge schlicht umgekehrt bzw. direkt auf Eigenbedarf gedrungen wird. Der Gesetzgeber hat einzelne, konkrete Fälle, trotz geringer empirischer Häufigkeit, die aber in den Medien aufgegriffen wurden, zum Anlass für eine Regelung genommen. Nicht erfasst hat er den einzelnen Käufer. Dieser kann nach wie vor Eigentum kaufen und sogleich Eigenbedarf geltend machen.

Sieht man wie die Begründung des Referentenentwurfs²⁰⁾ die Bedrohung, dass die „angestammte Mieterschaft aus attraktiven Wohngebieten verdrängt wird“, und stellt damit die Regelungsbedürftigkeit fest, so ist die Norm probates Mittel. Sie dehnt die Drei-Jahresfrist des bisherigen § 577 a Abs. 1 BGB, nach der die Geltendmachung des Eigenbedarfs verzögert wird, auf o.g. Fälle aus. Begrüßenswert wäre allerdings eine Kommentierung in der Gesetzesbegründung, ob und wie die Realteilung von Grundstücken tangiert werden soll. Bislang ging die Rechtsprechung von einer unbewussten Regelungslücke aus.²¹⁾

Da ein „Münchener Modell“ erheblicher Planung und Koordination nebst rechtlicher Beratung bedarf, die Norm also bei Planung bekannt sein dürfte, wird sie ihre Wirkung weniger durch richterliche Anwendung als schon durch ihre bloße, abschreckende Existenz entfalten. Interessenten werden das bereits bestehende Risiko drohender Prozesse über den Instanzenzug bezüglich des materiellen Bestands des Eigenbedarfs, nun erweitert um das Risiko des drei-jährigen Zeitverzuges, kaum tragen wollen. Das „Münchener Modell“ dürfte – dem normativen Ziel entsprechend – damit gestorben sein.

E. Weiterer Reformbedarf

Reformwünsche an das Mietrecht gibt es viele. Naturgemäß haben die verschiedensten Gruppen eminente Vorstellungen an das Mietrecht und melden konkrete Reformgedanken an.²²⁾ V.a. Mieter und Vermieter stehen sich, verstärkt durch ihre Interessenverbände, nicht nur als Partner nahe, sondern teils auch als „Lager“ gegenüber. Grundlegenden wirtschafts- und sozialpolitisch motivierten Änderungen soll hier weniger nachgegangen werden. Die Verbände schaffen sich selbst Gehör. Indes sollte allen an der Materie generell und im konkreten Streitverfahren Beteiligten daran gelegen sein, dass die getroffenen Regelungen zumindest gesetzestechisch unmissverständlich, sauber und klar sind. Denn dies schafft Verlässlich- und Berechenbarkeit; Größen, die in der Gesetzestechnik nicht zu unterschätzen sind und ihr Eigenes zur Streitvermeidung und -klärung beitragen. Solche Gesetzesarbeit bietet weit weniger politischen Sprengstoff als die im Entwurf sonst behandelten Themen. Änderungen dürften also leichter

19) BGH, a. a. O., Fn. 18; LG Lübeck vom 21.4.2010 – 14 T 33/10 –; *Fla-tow*, jurisPR-MietR 10/2010, Anm. 5 und *Schuschke*, NZM 2006, 284–286, 285. Allg. zur Beweisvereitelung *Laumen*, MDR 2009, 177 ff.

20) A. a. O., dort S. 2 am Anfang.

21) BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 4.4.2011 – 1 BvR 1803/08 –.

22) Vgl. zur hiesigen Thematik allerdings *Selk*, ZMR 2011, 856.

durchsetzbar sein. Sie bieten allerdings auch weniger Echo in den Medien und weniger politische Meriten. Verbesserungsbedarf in dieser rechtstechnischen Hinsicht besteht durchaus. Ein paar zentrale Beispiele – neben den oben angebrachten – seien hier genannt.

Den Entwurf aufgreifend, schafft die grundsätzliche Ausdehnung des Kündigungsrechts auf den Kautionszahlungsverzug Konsistenz. Der Reform kann in diesem Punkt aber der Vorwurf gemacht werden, eine günstige Gelegenheit für weitere Klarstellungen auszulassen. Denn die Novelle erfasst in jenem Punkt nicht das Gewerberaummietrecht. Hier ist weiter auf die Entscheidung des BGH, Urteil vom 21.3.2007 – XII ZR 36/05 – zurück zu greifen.

Wichtiger ist über den Verzug mit der Kautionsrückzahlung hinaus eine Klärung *de lege ferenda* dahingehend, ob eine ordentliche, fristgerechte Kündigung wegen Zahlungsverzugs auch von der Heilungsmöglichkeit des § 569 Abs. 3 Ziffer 2 BGB erfasst wird. Hier bestehen praktische Rechtsunsicherheiten. Falls die Heilungsmöglichkeit nicht auf ordentliche Kündigungen erstreckt werden soll, wäre es sehr dienlich, eine eindeutige Stellungnahme in den Gesetzesmotiven zu finden.

Weiter wäre günstiger Anlass, Grund besteht allemal, den zeitlichen Lauf eben genannter Heilungsfrist des § 569 BGB von zwei Monaten nach Rechtshängigkeit mit der Regelung über den Erlass von Versäumnisurteilen von zwei Wochen nach Klagezustellung zu konzertieren. Hier bestehen erhebliche Unsicherheiten in der Praxis unter allen Beteiligten.

Und wenn man sich schon mit der Beendigung des Mietverhältnisses befasst, wäre auch eine klarstellende Regelung dazu sinnvoll, ob die Vereinbarung eines Zeitmietvertrages zugleich Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit während der Laufzeit bedeutet. Eine dichotome Fragestellung, die sich aufgrund dazu oft schweigender Verträge praktisch kaum befriedigend lösen lässt.

F. Fazit

Mit den Randthemen der Novelle Contracting und Kündigungsgrund Kautionsverzug will der Gesetzgeber materiell wichtige Themen erfassen, deren Regelung nicht nur normativ nachvollziehbar ist, sondern auf der Hand liegt und überfällig ist. Bei der Verhinderung des „Münchener Modells“ dagegen ist der Gesetzgeber sehr schnell. Er nimmt einzelne Fälle bereits zum Anlass, eine breite Entwicklung anzunehmen, die er – nach deren Aufgreifen durch die Medien – sofort stoppt. Die Regelungswürdigkeit mag man diskutieren, im Ergebnis dürfte aber die gesetzgeberische Wertung und technische Ausgestaltung wenige Probleme bereiten. Zu jenen Punkten ist die Reform grundsätzlich zu begrüßen.

Auf den zentralen Themen energetische Modernisierung und Verfolgung des Einmietbetrugs liegt dagegen wirtschaftlich und rechtspolitisch mehr Gewicht, und damit besteht auch mehr Konfliktpotential. Insgesamt zeigt sich dort ein Entgegenkommen gegenüber den Vermieterinteressen. Allerdings ist dabei zu beachten, dass die Möglichkeit, Modernisierungen durchzusetzen und den Mieter an der Last zu beteiligen, zunächst ein teilweises Weiterreichen von Last ist, die der Gesetzgeber dem Vermieter (über Energieeinsparungsnormen etc.) vorab aufbürdet. Weiter sollen so Anreize auf Vermieterseite geschaffen werden – zum Vorteil aller und letztlich unabdingbar – den Hausbestand in Deutschland energetisch zu modernisieren. Mit Ausnahme des Minderungsausschlusses ist angesichts der komplexen Materie der Entwurf dazu sehr gelungen.

Bei der Verfolgung des Einmietbetrugs legt das empirische Aufkommen in seiner Häufigkeit trotz der Öffentlichkeitswirksamkeit des Themas die Regelungswürdigkeit nicht direkt nahe. Davon abgesehen ist der Entwurf inhaltlich teils zu begrüßen, begegnet aber teilweise auch erheblichen praktischen wie rechtsstaatlichen Bedenken. Werden die neuen Möglichkeiten von allen Beteiligten mit Augenmaß angewandt, können sie Vorteile bringen.

Einzelaspekte der Versorgungssperre im Wohnungseigentumsrecht

Von Richter am AG Dr. Michael Bonifacio, Oberhausen

I. Einleitung

Die Versorgungssperre ist das Absperren eines Sondereigentums von Versorgungszuleitungen. Etwas härter an der Realität formuliert wird sie z.T. auch als „Ausfrieren“ eines Wohnungseigentümers bezeichnet. Dieser Begriff bringt Sinn und Zweck der Versorgungssperre deutlich zum Ausdruck: Auf einen säumigen Hausgeldschuldner wird durch Absperren von Wärme und Wasser (z. T. auch von Strom, dazu noch unten) Druck ausgeübt. Dadurch soll einerseits erreicht werden, dass der Wohnungseigentümer seine Hausgeldzahlungen wieder aufnimmt, andererseits soll verhindert werden, dass der Schuldner ständig neue kostenpflichtige Leistungen bezieht ohne hierfür zu bezahlen. Rechtliche Grundlage der Versorgungssperre ist

das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB. Das OLG Celle hat 1991 überzeugend herausgearbeitet, dass der für alle Mitglieder der Gemeinschaft bestehenden Berechtigung zur Teilhabe an den gemeinschaftlichen Leistungen gemäß § 273 BGB eine Pflicht zur Erfüllung der jedem Mitglied gegenüber allen anderen Mitgliedern bestehenden Verpflichtungen korrespondiert.¹⁾ Die Wohnungseigentümergeinschaft ist keine Versorgungsgemeinschaft; sie hat nicht die Aufgabe Sozialleistungen oder ähnliche Hilfen einem ihrer Mitglieder dauernd zukommen zu lassen, zumal der Ausfall eines Wohnungseigentümers mit Hausgeldzahlungen von den anderen Wohnungseigentümern

1) OLG Celle, NJW-RR 1991, 1118 [1119].