

## **Dr. Winfried Schuschke**

Vorsitzender Richter am OLG Köln a. D.

### **Aktuelle Fragen der Räumungsvollstreckung.**

- Kostensenkungsmodelle im Rahmen der Durchführung einer Zwangsäumung -  
sowie
- Vollstreckung gegen Personen, die ohne eigenen Mietvertrag die Wohnung zusammen mit dem Mieter bewohnen. -

#### **A. Zur Bewertung der verschiedenen Versuche, die Räumungskosten durch Beschränkung des Räumungsaufwandes zu senken.**

Da der häufigste Grund, Wohnraummietverhältnisse zu kündigen und die Räumung einer Wohnung zu betreiben, nach wie vor in erheblichen Mietrückständen liegt und diese Mietrückstände trotz Titulierung sehr oft nicht oder nur mit Mühe beigetrieben werden können, ist es verständlich, dass viele Vermieter die Kosten einer Zwangsäumung, auf denen sie letztlich ebenfalls sitzen bleiben, so gering wie möglich halten wollen. Da eine „klassische“ Räumung meist mehrere tausend € kostet, sind die Versuche, durch „alternative“ Räumungsmodelle Kosten einzusparen, vom Ansatz her legitim. Die derzeit diskutierten Modelle bergen allerdings alle auch Gefahren für den Gläubiger, den Schuldner oder den Gerichtsvollzieher. Um die Modelle und ihre Gefahren besser zu verstehen, ist es angezeigt, zunächst einmal die gesetzliche Regelung der „klassischen“ Räumung darzustellen.

#### **I. Vorstellungen des Gesetzgebers über die Durchführung der Räumungsvollstreckung. 1. Der Ablauf der „klassischen“ Räumungsvollstreckung**

Wie nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die Räumungsvollstreckung im Regelfall ablaufen soll, ist den §§ 885 ZPO, 180, 181 GVGA zu entnehmen<sup>1</sup>: Nachdem der Gerichtsvollzieher den Räumungstermin dem Schuldner mindestens 3 Wochen vorher angekündigt ( § 180 Nr. 2 Abs. 2 GVGA ) und sich vergewissert hat, ob der Schuldner etwa freiwillig auszieht oder ob umgekehrt dem Schuldner im Falle einer Räumung Obdachlosigkeit drohen würde, sodass die zuständigen Sozialbehörden zur Behebung dieser Gefahr zu benachrichtigen sind, erscheint er am festgesetzten Räumungstag, um

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu auch die Darstellung aus Gerichtsvollziehersicht: Hüermann, WuM 2004, 135

den Schuldner aus dem Besitz der Räume zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen. Der Besitzentzug des Schuldners ist beendet, wenn der Schuldner keine tatsächliche Möglichkeit mehr hat, über die Räumlichkeiten Sachherrschaft auszuüben. Das ist etwa der Fall, wenn dem Schuldner alle Schlüssel zur Wohnung endgültig abgenommen wurden oder wenn ein neues Schloss eingebaut wurde, ohne dem Schuldner Schlüssel hierzu auszuhändigen, oder wenn ein vom Gläubiger organisierter Sicherheitsdienst dem Schuldner jeglichen Zugang zur Wohnung verwehrt<sup>2</sup>. Ob sich dann noch Gegenstände des Schuldners in der Wohnung befinden oder nicht, ist für die Frage des Besitzentzuges ohne Bedeutung. Denn das bloße Zurücklassen von Sachen, über die keine Sachherrschaft ausgeübt werden kann, begründet keinen Besitz über die Räumlichkeiten.

Der Gläubiger ist dagegen erst in den Besitz eingewiesen, wenn ihm die Sachherrschaft über die Räumlichkeiten übertragen wurde, wenn er also wieder nach seinem Belieben Zugang zu den Räumen hat bzw. andere vom Zugang nach seinem Belieben ausschließen kann. Dies ist der Fall, wenn dem Gläubiger alle Schlüssel zur Wohnung und den mitvermieteten Räumen übergeben wurden. Wenn der Besitzentzug und die Besitzeinweisung beendet sind, ist auch die Zwangsvollstreckung beendet und der Räumungstitel verbraucht<sup>3</sup>. Für weitere Vollstreckungshandlungen nach dem Verbrauch des Titels ist kein Raum mehr.

Verweigert der Schuldner dem Gerichtsvollzieher den Zutritt zur Wohnung, so bedarf es gem. § 758a Abs. 2 ZPO keiner weiteren richterlichen Durchsuchungsanordnung neben dem Räumungstitel, um im Rahmen des § 758 ZPO Gewalt anwenden und die Wohnung auch gegen den Widerstand des Schuldners öffnen und räumen zu lassen. Das gilt nach dem eindeutigen Wortlaut des § 758a Abs. 2 ZPO unabhängig davon, ob die Vollstreckung aus einem richterlichen Titel (Urteil, Beschluss) oder aus einem Beschluss des Rechtspflegers (z.B. nach § 90 ZVG) oder aus einem Prozessvergleich betrieben wird.

§ 850 Abs. 2 S. 1 ZPO überträgt dem Gerichtsvollzieher im Rahmen der Räumungsvollstreckung über die Besitzentziehung des Schuldners bzw. die Besitzeinweisung des Gläubigers hinaus die weitere Aufgabe, bewegliche Sachen, die sich in den herauszugebenden Räumlichkeiten befinden und die nicht ihrerseits Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, aus der Wohnung wegzuschaffen und dem Schuldner oder

---

<sup>2</sup> So der Sachverhalt im Falle des KG, NZM 2005, 422

<sup>3</sup> BGH, NZM 2005, 193 mit Anm. durch Jäckel, JA 2005, 409 und durch Scheff. MietRB 2005, 149.

seinen Angehörigen zu übergeben. Ist niemand auf Seiten des Schuldners bei der Räumung anwesend, um das Räumungsgut in Empfang zu nehmen, oder verweigert der Schuldner die Empfangnahme der Sachen, so darf sie der Gerichtsvollzieher nicht einfach auf der Straße oder sonst im Freien abstellen<sup>4</sup>. Ein solches Verhalten wäre rechtswidrig und würde Amtshaftungsansprüche auslösen. Der Gerichtsvollzieher muss die Sachen vielmehr in sein Pfandlokal schaffen oder, wenn dort keine Unterstellmöglichkeit besteht, sie anderweit in Verwahrung bringen (vgl. auch § 180 Nr. 5 Abs. 1 GVGA).

Ausgenommen hiervon sind Müll und Gerümpel. Diese Dinge kann der Gerichtsvollzieher, um unnötige und auf den Gläubiger deshalb nicht abwälzbare Kosten zu ersparen<sup>5</sup>, sogleich zur Müllkippe schaffen lassen.<sup>6</sup> Das gilt allerdings nicht für sonstiges nur auf dem Markt wertloses und deshalb regelmäßig im Rahmen eines Veräußerungsversuches unverwertbares Räumungsgut ( stark abgenutzte, aber noch benutzbare Möbel; getragene Kleidung; persönliche Erinnerungsgegenstände ). Dieses muss der Gerichtsvollzieher im Hinblick auf Art. 14 GG während der Verwahrungsfrist für den Schuldner zur Abholung bereithalten und diesem auf sein Verlangen hin kostenlos herausgeben ( § 180 Nr. 5 Abs. 1 GVGA). Es ist gefährlich, im Protokoll über die Bestandsaufnahme in der zu räumenden Wohnung derartige Gegenstände pauschal mit dem Sammelbegriff „Sperrmüll“ zu bezeichnen, wie *Riecke* dies von einer verbreiteten Übung in Hamburg berichtet<sup>7</sup>. Denn eine solche Bezeichnung kann den mit der Durchführung der Räumung beauftragten Unternehmer und seine Leute hinsichtlich der Sorgfalt, mit der sie auch mit diesen Gegenständen verfahren müssen, in die Irre führen. In einer solchen Bezeichnung tritt zudem ein gewisser „amtlicher Hochmut“ gegenüber der Privatsphäre anderer zu Tage.

Ist der Schuldner an sich annahmefähig, aber infolge von Mittellosigkeit nicht in der Lage, einen Spediteur mit dem Abtransport der Möbel zu beauftragen, so darf der

---

<sup>4</sup> OLG Karlsruhe, Rpfleger 1974, 408; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 885 Rdn. 21; Schuschke/ Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., § 885 ZPO Rdn. 18.

<sup>5</sup> LG Hamburg, MDR 1963, 854.

<sup>6</sup> OLG Zweibrücken, DGVZ 1998, 8, 9; 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 f.

<sup>7</sup> DGVZ 2005, 81, 83

Gerichtsvollzieher das Räumungsgut nicht einfach in die Ersatzwohnung des Schuldners schaffen lassen<sup>8</sup>, es sei denn, der Gläubiger stimmt dem zu und leistet einen ausreichenden Vorschuss für die zu erwartenden Kosten ( § 180 Nr. 4 Abs. 3 GVGA ). Denn, würde der Gerichtsvollzieher die Sachen der gesetzlichen Regel entsprechend einlagern, so dürfte er im Falle einer späteren Veräußerung der Sachen aus dem Erlös, bevor dieser hinterlegt wird, seine noch offenen, durch einen Vorschuss des Gläubigers nicht gedeckten Kosten für Räumung, Einlagerung und Verkauf (Versteigerung) unmittelbar abziehen ( § 180 Nr. 5 Abs. 4 GVGA). Diese Möglichkeit entfällt bei einem Umzug in die neue Wohnung des Schuldners.

§ 850 Abs. 3 ZPO ( Unterbringung der Sachen im Pfandlokal ) kann nicht uneingeschränkt auf Tiere des Schuldners angewendet werden. Für deren Unterbringung und Versorgung muss das Ordnungsamt im Rahmen der Gefahrenabwehr sorgen.<sup>9</sup>

Macht der Gläubiger an Gegenständen in der Wohnung ein Vermieterpfandrecht geltend, so kann er wirksam seinen Vollstreckungsauftrag dahingehend einschränken, dass diese Gegenstände nicht aus der Wohnung zu entfernen seien. Der Gerichtsvollzieher ist an diese Beschränkung zur „Teilräumung“ gebunden<sup>10</sup>. Er hat insoweit auch nicht zu überprüfen, ob die Gegenstände, die in der Wohnung verbleiben sollen, etwa nach § 811 Abs. 1 ZPO unpfändbar sind<sup>11</sup>, so dass nach materiellem Recht ( § 562 Abs. 1 S. 2 BGB) ein Vermieterpfandrecht an ihnen nicht entstehen kann. Er würde sogar rechtswidrig

---

<sup>8</sup> LG Essen, MDR 1974, 762.

<sup>9</sup> OLG Karlsruhe, DGVZ 1997, 41 f.; LG Oldenburg, DGVZ 1995, 44; a. M. Braun, JZ 1997, 574; Ferst, DGVZ 1997, 177, 178 f .

<sup>10</sup> LG Arnsberg, DGVZ 1984, 30; LG Darmstadt, DGVZ 1977, 89; AG Leverkusen und LG Köln, DGVZ 1996, 75; AG Offenbach, DGVZ 1977, 46; E. Schneider, MDR 1982, 984; Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rdn. 29; Zöller/Stöber, § 885 Rdn. 20; **a. A.** ( keine Beschränkung möglich ) LG Düsseldorf, DGVZ 1984, 74; LG Baden- Baden, DGVZ 2003, 24; LG Berlin, GE 2005, 243; Zimmermann, ZPO, 6. Aufl., § 885 Rdn. 4 (anders aber Rdn. 8).

<sup>11</sup> Auch § 180 Nr. 4 GVGA stellt allein darauf ab, dass der Gläubiger ein Pfandrecht „in Anspruch nimmt“ und räumt dem Gerichtsvollzieher kein Prüfungsrecht ein. Wie hier: AG Philippsburg, DGVZ 2005, 12; AG Berlin- Wedding, DGVZ 2004, 158. Vgl. auch Christmann, DGVZ 1986, 177. **A. A.** (§ 811 sei zu beachten) AG Königswinter, MDR 1982, 1028; AG Berlin- Lichtenberg, DGVZ 2005, 11; LG Berlin, GE 2005, 243; E. Schneider, MDR 1982, 984 und DGVZ 1982, 73.

handeln, wenn er gegen den Willen des Vollstreckungsgläubigers, der mit der Berufung auf sein angebliches Vermieterpfandrecht von diesen Gegenständen Besitz ergriffen hat, derartige Sachen einfach aus der Wohnung entfernen würde. Es ist allein Sache des Schuldners, seine materiellrechtlichen Ansprüche, etwa aus §§ 861, 985 BGB, gegen den Gläubiger geltend zu machen, notfalls durch Klage oder einstweilige Verfügung. Im Zurückhalten von Gegenständen des Mieters, an denen der Vermieter kein Vermieterpfandrecht hat, gegen dessen Willen läge verbotene Eigenmacht, die es rechtfertigen würde, ausnahmsweise auch eine den Herausgabeanspruch des Mieters bereits voll erfüllende einstweilige Verfügung zu erlassen<sup>12</sup>. Umgekehrt beginge allerdings auch ein Mieter verbotene Eigenmacht, wenn er, nachdem er bereits aus dem Besitz der Wohnung gesetzt und der Vermieter in den Besitz eingewiesen worden war, zurückkäme, um sich Gegenstände, die der Vermieter ohne Vermieterpfandrecht zurückbehalten hatte, eigenmächtig herauszuholen<sup>13</sup>.

Die Verwertung der Gegenstände, an denen der Gläubiger sein Vermieterpfandrecht geltend macht, hat auf Veranlassung des Gläubigers nach den Regeln der §§ 1233 ff BGB durch die dazu befugten Personen zu erfolgen, hat also mit der Räumungsvollstreckung nichts mehr zu tun: Der Verkauf findet durch öffentliche Versteigerung statt. Zur öffentlichen Versteigerung berechtigt sind entweder ein Versteigerer gem. § 34c GewO oder der Gerichtsvollzieher ( §§ 237 – 241 GVGA mit § 21 GVO ). Nach Anordnung durch das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist eine anderweitige Verwertung ( z. B. freihändiger Verkauf ) möglich ( § 1246 Abs. 2 BGB i. V. § 166 FGG )

Die Auswahl und Beauftragung des Spediteurs, der das Räumungsgut fortschaffen soll, und des Lagerhalters, bei dem es untergestellt werden soll, wenn in der Pfandkammer kein Platz ist, ist grundsätzlich Aufgabe des Gerichtsvollziehers<sup>14</sup>. Er ist nicht in jedem Falle verpflichtet, einen vom Gläubiger beauftragten Spediteur tätig werden zu lassen<sup>15</sup> oder auf das Angebot des Gläubigers einzugehen, die Räumung mit einem eigenen LKW und eigenen Arbeitskräften durchzuführen<sup>16</sup>. Entsprechend muss er auch nicht den vom

---

<sup>12</sup> Einzelheiten: Schuschke/ Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. 2, 3. Aufl., Vorbem. zu § 935 Rdn. 20.

<sup>13</sup> OLG Rostock, NZM 2005, 440

<sup>14</sup> AG Herne, DGVZ 1980, 30; AG Westerbürg u. LG Koblenz, DGVZ 1997, 29; AG Rastatt, DGVZ 2002, 46.

<sup>15</sup> LG Düsseldorf, JurBüro 1987, 464 mit Anm. Mümmler.

<sup>16</sup> AG Hannover, DGVZ 1975, 124; Ricke, DGVZ 2004, 145.

Gläubiger zu leistenden Kostenvorschuss automatisch reduzieren, wenn der Gläubiger anbietet, die Räumung der Wohnung mit eigenen Leuten durchzuführen<sup>17</sup>. Andererseits sind derartige Entscheidungen dem Gerichtsvollzieher auch nicht grundsätzlich und in jedem Falle verboten. Der Gerichtsvollzieher trifft seine Entscheidung über das zu Veranlassende vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen. Dabei hat er die Interessen des Gläubigers und des Schuldners, aber auch sein eigenes Interesse bzw. das des Staates zu berücksichtigen, Sicherheit für die durch die Räumung verursachten Gebühren, Kosten und Auslagen zu erhalten und das Haftungsrisiko des Staates auf ein Minimum zu reduzieren.. Im Einzelfall kann es also durchaus auch im Rahmen dieses pflichtgemäßen Ermessens liegen, die Sachen dem Gläubiger zur Verwahrung zu überlassen, wenn dieser dazu bereit ist<sup>18</sup> oder die Sachen durch Leute des Gläubigers in die neue Wohnung des Schuldners schaffen zu lassen. In jedem Falle hat der Gerichtsvollzieher durch entsprechende Vorbereitung und Aufsicht dafür zu sorgen, dass keine überhöhten Transport- und Lagerkosten<sup>19</sup>, aber auch keine sonstigen Kosten entstehen, die nicht für die Vollstreckung des Räumungstitels notwendig sind<sup>20</sup>. Sind mehrere gleich effektive Maßnahmen gesetzlich zulässig und auch unter Haftungsaspekten gleichwertig, muss die kostengünstigere gewählt werden.

## 2. Grundsätze der Berechnung des Kostenvorschusses

### a) Der Kostenvorschuss im Regelfall

Damit die notwendigen Kosten des Abtransportes und der zunächst erforderlichen Einlagerung in jedem Falle gedeckt sind, hat der Gerichtsvollzieher vor Ansetzung des Räumungstermins vom Gläubiger, der insoweit nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 GvKostG Kostenschuldner ist, einen entsprechenden **Vorschuss** gem. § 4 GvKostG zu verlangen.<sup>21</sup> Dieser Vorschuss ist so zu bemessen, dass er die gewöhnlichen Transportkosten

---

<sup>17</sup> LG Köln, DGVZ 2002, 169

<sup>18</sup> OLG Stuttgart, Justiz 1965, 238; LG Detmold, DGVZ 1996, 171; LG Ulm, DGVZ 1990, 123.

<sup>19</sup> LG Frankfurt, DGVZ 1972, 136.

<sup>20</sup> LG Hamburg, DGVZ 1999, 185; OLG Hamburg, NZM 2000, 575

<sup>21</sup> LG Berlin, JurBüro 1965, 759; LG Hamburg, DGVZ 1983, 124; Alisch, DGVZ 1979, 6; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 885 Rdn. 30; Brosette, NJW 1989, 965; Zöller/Stöber, § 885 Rdn. 33.

einschließlich der Kosten der notwendigen Verpackung der Sachen und der Kosten der Möbelpacker umfasst wie auch die Kosten einer kurzfristigen<sup>22</sup>, jedenfalls die in § 885 Abs. 4 ZPO genannte 2- Monatsfrist nur geringfügig überschreitende Einlagerung<sup>23</sup>. Durch die ständige Zusammenarbeit mit bestimmten Räumungsunternehmen wird es einem erfahrenen Gerichtsvollzieher gelingen, die Kosten auf das vertretbar geringste Niveau herunterzuschrauben.

Zahlt der Gläubiger den festgesetzten Vorschuss nicht, kann der Gerichtsvollzieher die Durchführung der Räumung ganz ablehnen<sup>24</sup>.

Fordert der Schuldner die eingelagerten Gegenstände nicht innerhalb von zwei Monaten vom Gerichtsvollzieher unter Erstattung der noch offenen Einlagerungskosten heraus, hat der Gerichtsvollzieher sie gem. § 885 Abs. 4 ZPO zu verkaufen, bzw. Unverkäufliches zu vernichten. Unterlässt er dies, so haftet der Gläubiger nicht für weitere Lagerkosten<sup>25</sup>, kann also auch nicht zu einem weiteren Kostenvorschuss verpflichtet werden.

#### **b) Sonderprobleme**

Streitig ist, ob der Gerichtsvollzieher einen die Lagerung innerhalb der Zweimonatsfrist deutlich überschreitenden Vorschuss verlangen kann, wenn Geschäftsunterlagen des Schuldners in Verwahrung genommen werden sollen ( - es kann sich oft um mehrere Regale von Aktenordnern handeln - ), die nach den für sie geltenden Aufbewahrungsfristen nicht nach diesen zwei Monaten vernichtet werden dürfen<sup>26</sup>. M. E. muss der Gläubiger in diesem Falle für eine die Zweimonatsfrist überschreitende Zeit weiterhaften<sup>27</sup>, also auch einen entsprechend höheren Vorschuss leisten. Der Gerichtsvollzieher kann diese Kosten nicht durch anderes pflichtgemäßes Verhalten

---

<sup>22</sup> Zur vertretbaren Dauer der Einlagerung siehe LG Koblenz, JurBüro 1995, 551 f.

<sup>23</sup> OLG Frankfurt, Rpfleger 1979, 350; OLG Hamburg, MDR 1966, 933; OLG Karlsruhe, Rpfleger 1974, 408; LG Hamburg, JurBüro 1983, 1728; LG Osnabrück, NdsRpfl. 1979, 225; LG Waldshut-Tiengen, DGVZ 1990, 93; AG Frankfurt, DGVZ 1975, 78; AG Hamburg-Harburg, DGVZ 1973, 122.

<sup>24</sup> LG Berlin, JurBüro 1965, 759; AG Brakel, DGVZ 1984, 158; AG Schönau, DGVZ 1989, 45.

<sup>25</sup> LG Berlin, Rpfleger 2004, 431

<sup>26</sup> Für die Haftungsbefreiung des Gläubigers in diesen Fällen: LG Frankfurt, DGVZ 2002, 76

<sup>27</sup> Wie hier: AG Bad Schwalbach, DGVZ 2002, 169

reduzieren. Es besteht in der Regel ein öffentlich- rechtliches Interesse an der weiteren Aufbewahrung.

Nimmt der Gläubiger vor der Beendigung der Räumung, also bevor er selbst wieder in den Besitz der Räumlichkeiten eingewiesen wurde, seinen Vollstreckungsantrag zurück, weil sich die Räumung dadurch erledigt hat, dass der Schuldner zwischenzeitlich freiwillig ausgezogen ist, so kann der Gerichtsvollzieher den angemessenen Ausfallbetrag, den der bereits beauftragte Spediteur geltend machen kann<sup>28</sup>, aus dem Vorschuss begleichen. Diese Ausfallkosten sind keine notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung, die der Gläubiger nach § 788 ZPO beim Schuldner ohne gesonderten Titel wieder betreiben könnte. Er muss einen eventuellen materiellrechtlichen Schadensersatzanspruch erneut gerichtlich einklagen.

### **3. Beitreibung der vorgestreckten Räumungskosten**

Die notwendigen Räumungskosten sind Kosten der Zwangsvollstreckung und daher gem. § 788 Abs. 1 ZPO beitreibar, ohne dass es einer zusätzlichen Titulierung bedürfte. Der Gläubiger kann deshalb den Gerichtsvollzieher damit beauftragen, die von ihm geleisteten Vorschüsse bereits im Rahmen der Räumung durch Pfändung zu sichern. Denn der Räumungsgläubiger hat wegen der von ihm geleisteten Vorschüsse nur dann einen Anspruch auf Auszahlung des Versteigerungserlöses im Falle der Veräußerung des Räumungsgutes durch den Gerichtsvollzieher, wenn er zuvor ein Pfandrecht an diesen Sachen erworben oder wenn er – ebenfalls im Rahmen des § 788 ZPO - einen entsprechenden Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hinsichtlich des – gegebenenfalls künftigen - Veräußerungserlöses erwirkt hatte<sup>29</sup>. Einer Pfändung des Veräußerungserlöses steht nicht entgegen, dass sich unter den zur Beendigung der Einlagerung verkauften Sachen auch nach § 811 Abs. 1 ZPO unpfändbare Gegenstände befanden<sup>30</sup>. Da § 811 Abs. 1 ZPO schon nicht den Verkauf oder die Versteigerung im Rahmen des § 885 Abs. 4 ZPO verhinderte, hindert er auch einen Zugriff auf den Erlös nicht.

## **II. Modelle zur Begrenzung der Räumungskosten und des Kostenvorschusses**

### **1. Die „Hamburger Räumung“**

Der Ablauf der Räumungsvollstreckung, der mit dem Schlagwort „Hamburger Räumung“

---

<sup>28</sup> LG Kassel, DGVZ 2003, 42 und 140.

<sup>29</sup> LG Kassel, DGVZ 1982, 9; *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rdn. 46.

<sup>30</sup> *Noack*, Rpfleger 1968, 42; *E. Schneider*, JurBüro 1974, 437; *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rdn. 46.

umschrieben wird, hat sich im Laufe der Jahre offensichtlich ein wenig verändert, wenn man die variantenreiche Beschreibung von *Nies*<sup>31</sup> aus dem Jahre 1999 mit der aktuellen Beschreibung von *Riecke*<sup>32</sup> aus dem Jahre 2005 vergleicht. Das heutige Modell sieht vor, dass der Gerichtsvollzieher zunächst nur den Schuldner persönlich aus der Wohnung setzt und ihm durch den Einbau eines neuen Schlosses den Zutritt zur Wohnung verwehrt. Die neuen Schlüssel händigt der Gerichtsvollzieher nicht dem Gläubiger aus, um auf diese Weise die Zwangsvollstreckung noch nicht zu beenden, sondern übergibt sie den Mitarbeitern einer von ihm beauftragten Spedition, der er die weitere Veranlassung hinsichtlich des Räumungsgutes überlässt. Diese räumt die Wohnung nicht sogleich, sondern wartet etwa zwei Wochen zu. Meldet sich in dieser Zeit der Schuldner, dass er eine neue Wohnung gefunden hat und dass die Wohnung in diese Wohnung transportiert werden sollen, verweist der Gerichtsvollzieher ihn an den beauftragten Spediteur und weist diesen im Rahmen des § 180 Nr. 4 Abs.3 GVGA an, wenn der Kostenvorschuss dies zulässt oder der Schuldner selbst die Kosten vorstreckt, die Möbel und den weiteren Hausrat des Schuldners in dessen neue Wohnung zu verbringen<sup>33</sup>. Geschieht von Seiten des Schuldners nichts, sichtet der beauftragte Unternehmer die in der Wohnung befindlichen Sachen, entsorgt den Müll und nimmt die verbliebenen Möbel und Hausratsgegenstände auf sein Lager, damit der Gerichtsvollzieher wie im Falle der „klassischen Räumung“ mit ihnen verfahren kann. Der Unternehmer kann, da die Organisation des Transports in seinen Händen liegt, diesen Transport mit anderen verbinden und dadurch die Kosten deutlich reduzieren.

## **2. Das Modell des AG Frankfurt**

Das AG Frankfurt hat es in einer jüngeren Entscheidung<sup>34</sup> gebilligt, dass der Gläubiger – unter Beachtung strenger Auflagen des Gerichtsvollziehers - im Rahmen der Zwangsäumung das Mobiliar des Schuldners mit seinem eigenen Personal in eigene verschließbare, für den Gerichtsvollzieher aber zugängliche Kellerräume zur

---

<sup>31</sup> MDR 1999, 113

<sup>32</sup> DGVZ 2005, 81

<sup>33</sup> Riecke, DGVZ 2005, 81, 84.

<sup>34</sup> NZM 2004, 359 mit sehr kritischer Anmerkung durch Riecke, DGVZ 2004, 145

Einlagerung verbringen lassen wollte<sup>35</sup> und für diesen Fall einen deutlich geringeren Kostenvorschuss für angemessen erachtet.

### **3. Die verschiedenen „Berliner Modelle“**

Einige Berliner Amtsgerichte<sup>36</sup> sehen einen gangbaren Weg der Kostenersparnis im Räumungsverfahren darin, dass der Gläubiger an allen Gegenständen in der Wohnung des Schuldners sein Vermieterpfandrecht geltend macht, der Gerichtsvollzieher daraufhin nur den Schuldner persönlich aus dem Besitz der Wohnung setzt, und der Gläubiger selbst danach im Wege der Pfandverwertung bzw. der Entrümpelung die Wohnung leert. Nicht alle Berliner Amtsgerichte haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen<sup>37</sup>. Das LG Berlin hat sie ausdrücklich missbilligt<sup>38</sup>. Auch das Kammergericht hat indirekt Bedenken angemeldet<sup>39</sup>.

### **III. Bewertung der Kostensenkungsmodelle**

Bei allen dargestellten Modellen muss zunächst einmal beachtet werden, dass die Räumungsvollstreckung staatliche Zwangsvollstreckung ist und bleiben muss. Der Gerichtsvollzieher muss also in allen Phasen die Aufsicht über das Geschehen behalten und gegebenenfalls auch durch Weisungen ausüben. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Zwangsvollstreckung mit all ihren Möglichkeiten beendet ist, wenn sämtliche Schlüssel zur Wohnung dem Gläubiger zum Zwecke der Besitzeinweisung (- Übernahme der tatsächlichen Sachherrschaft - ) übergeben wurden<sup>40</sup>. Der Titel ist dann verbraucht. Kehrt der Schuldner in die alte Wohnung, in der sich noch seine Möbel befinden, zurück, und nimmt sie, etwa durch erneutes Auswechseln des Schlosses, wieder in Besitz, so bedarf es eines erneuten Räumungstitels. Der Gläubiger kann zudem, wenn er den Besitz

---

<sup>35</sup> In der Sache ähnlich wie das AG Frankfurt hatte auch schon das AG Memmingen, NJWE-MietR 1997, 77 entschieden.

<sup>36</sup> AG Berlin- Mitte, GE 2005, 243; AG Berlin- Wedding, NJW- RR 2005, 162; AG Philippsburg, DGVZ 2005, 12. Dieser Rechtsprechung zustimmend: Körner, GE 2005, 536 und 598 ( jeweils mit weiteren seine Auffassung teilenden AG- Entscheidungen ).

<sup>37</sup> So etwa das AG Berlin- Charlottenburg, GE 2005, 243

<sup>38</sup> GE 2005, 243

<sup>39</sup> NZM 2005, 422

<sup>40</sup> BGH, NZM 2005, 193

zurückerlangt hat, vom Schuldner weder eine mietrechtliche Nutzungsentschädigung noch eine solche aus dem Eigentümer- Besitzer- Verhältnis mehr verlangen, wenn sich noch Gegenstände des Schuldners in der Wohnung befinden<sup>41</sup>. Entschließt sich der Schuldner innerhalb der ihm nach dem Hamburger Modell eingeräumten Zweiwochenfrist, um seinerseits Kosten zu sparen, die Räumung selbst unter Zuhilfenahme von Angehörigen und Freunden durchzuführen, kann der Gläubiger an den Sachen in der Wohnung, soweit es sich um ( - sei es nach § 803 Abs. 2 ZPO, sei es nach § 811 ZPO - ) unpfändbare Gegenstände handelt, kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Der Gerichtsvollzieher hätte diese Gegenstände dem Schuldner, hätte er die Räumung uno actu durchgeführt, gem. § 180 Nr. 2 Abs. 2 GVGA kostenlos aushändigen müssen. Ein Zugriff des Gläubigers auf diese Sachen wäre verbotene Eigenmacht, der mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung begegnet werden könnte. Der Räumungsunternehmer hat kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Mieter, da er mit diesem nicht in Vertragsbeziehungen steht. Partner des Vertrages, den der Gerichtsvollzieher mit dem Unternehmen geschlossen hat, ist regelmäßig der Justizfiskus des jeweiligen Bundeslandes<sup>42</sup>.

Hat der Vermieter an allen Gegenständen in der Wohnung sein Vermieterpfandrecht geltend gemacht, auch an solchen, an denen mangels Pfändbarkeit kein Vermieterpfandrecht entstehen kann, und hat er die Räumung allein dadurch betrieben, dass er den Schuldner aus der Wohnung setzen und sich danach durch Aushändigung aller Schlüssel in den Besitz einweisen ließ<sup>43</sup>, kann er vom Schuldner, wenn sich die Unveräußerlichkeit der zurückgebliebenen Habe des Schuldners herausstellt, nicht mehr die geräumte Herausgabe der Wohnung verlangen – der Räumungsanspruch ist vielmehr erfüllt<sup>44</sup>. Er muss seinerseits dem Schuldner die mittels verbotener Eigenmacht zurückgehaltenen Sachen herausgeben, und zwar am – neuen – Wohnsitz des Schuldners; denn er ist zur Wiederherstellung des Besitzes des Schuldners

---

<sup>41</sup> KG, NZM 2005, 422

<sup>42</sup> BGH, NJW 1999, 2597

<sup>43</sup> Dass der Gerichtsvollzieher einen solchen Räumungsauftrag nicht ablehnen darf, ist oben AI1 dargestellt worden. Es ist Sache allein des Schuldners, seine materiell-rechtlichen Herausgabeansprüche geltend zu machen.

<sup>44</sup> KG, NJW 2005, 422

verpflichtet. Der Schuldner kann seinen Herausgabeanspruch im einstweiligen Rechtsschutz titulieren lassen, da es um die Wiederherstellung des durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitzes geht<sup>45</sup>.

Eine besondere Gefahr für alle Beteiligten ergibt sich beim Hamburger wie beim Frankfurter Modell daraus, dass Hilfspersonen – sei es des Umzugsunternehmens, sei es des Gläubigers selbst – für eine gewisse Zeit ohne unmittelbare Aufsicht durch den Mieter selbst oder durch den Gerichtsvollzieher die Sachherrschaft über die Habe des Mieters ausüben. Fehlen dann Wertgegenstände oder sind Sachen beschädigt, stellen sich erhebliche Beweisführungs- und Beweislastprobleme und schwierige Haftungsfragen<sup>46</sup>. Der Mieter wird zunächst Schwierigkeiten haben, seinen früheren Besitz an diesen Gegenständen und den Erhaltungszustand der Sachen zu beweisen. Lebte er mit Angehörigen zusammen in der Wohnung, werden sie ihm in der Regel als Zeugen zur Verfügung stehen. Der Gläubiger oder der Umzugsunternehmer können ihr Personal als Zeugen aufbieten, dass sie die Gegenstände nicht gefunden haben oder dass diese sich in nicht mehr erhaltenswertem Zustande befanden. Es wird dann eine Frage der Beweiswürdigung im Einzelfall sein, ob das Gericht ihnen glaubt, dass so kleine Gegenstände wie Handys, MP3- Player, Schmuckstücke oder in einem Umschlag versteckte Geldscheine wirklich nicht vorhanden waren oder nur bei der Entrümpelung übersehen wurden. Selbst ein Bestandsaufnahmeprotokoll des Gerichtsvollziehers vor Übergabe des Besitzes an den Umzugsunternehmer wird selten so detailliert sein, dass es den Beweis erbringt, die genannten kleinen Gegenstände seien tatsächlich nicht vorhanden gewesen. Ähnliches wird für Beschädigungen an Möbeln, Unterhaltungselektronik oder technischen Haushaltsgeräten gelten. Auch hier steht eine schwierige Beweiswürdigung im Einzelfall an, deren Ergebnis nicht prognostiziert werden kann.

Als mögliche Anspruchsgegner etwaiger Schadensersatzansprüche stehen dem Mieter zwar, wenn feststeht, dass er im Zuge der Räumung schuldhaft geschädigt wurde, der Umzugsunternehmer oder im Falle des Frankfurter Modells der Gläubiger zur Verfügung

---

<sup>45</sup> Einzelheiten: Schuschke/ Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. 2, 3. Aufl., Vorbem. zu § 935 Rdn. 20.

<sup>46</sup> Dies verkennt auch Riecke in seiner Apologie der „Hamburger Räumung“, DGVZ 2005, 81, 89 nicht.

(Anspruchsgrundlage insoweit: § 823 Abs. 1 BGB<sup>47</sup> und gegebenenfalls § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung je nach Fallgestaltung mit §§ 242, 246 StGB ) sowie subsidiär ( § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ) der für seinen Gerichtsvollzieher einstandspflichtige Justizfiskus des Bundeslandes ( Anspruchsgrundlage: Art. 34 GG i. V. § 839 BGB ). Beide Anspruchsgrundlagen haben aber den Nachteil, dass der Unternehmer hinsichtlich seiner Angestellten ebenso wie das Land im Hinblick auf den vom Gerichtsvollzieher eingeschalteten Unternehmer sich auf § 831 BGB zur Exkulpation berufen können. Der von *Riecke*<sup>48</sup> darüber hinaus als diskutabel angesehene Anspruch gegen den Justizfiskus aus Schlechterfüllung ( § 280 BGB ) eines öffentlich- rechtlichen Verwahrungsverhältnisses, in dessen Rahmen weder § 839 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 BGB noch § 831 BGB , statt dessen aber § 278 BGB gelten sollen, erscheint dagegen recht zweifelhaft. Denn von einem öffentlich- rechtlichen Verwahrungsverhältnis kann nur gesprochen werden, wenn die Behörde selbst die Verwahrung durchführt bzw. zur Eigenverwahrung verpflichtet ist<sup>49</sup>. Ist die Behörde, wie gem. § 885 Abs. 3 ZPO, auch berechtigt, die Sache bei Privaten in Verwahrung zu geben, mag der Vertragsschluss mit dem privaten Verwahrer öffentlich- rechtliche Pflicht sein; die Verwahrung selbst ist dann aber ein privater Vorgang auf Grund des Verwahrungsvertrages.

#### IV. Zusammenfassung

Wenn Gläubiger und Schuldner mit einer Räumung nach einem der drei dargestellten Modelle zum Zwecke der Kostenersparnis einverstanden sind, bestehen keine Bedenken, entsprechend zu verfahren. Eine Räumung nach dem Berliner Modell kann zwar der Gerichtsvollzieher nach der hier vertretenen Auffassung auch bei Widerspruch des Schuldners nicht ablehnen. Dieses Modell erweist sich aber bei einem Widerspruch des Schuldners, wenn in der Wohnung nur unpfändbare Sachen zurückgeblieben sind – und dies dürfte leider den Regelfall darstellen -, für den Gläubiger recht kostspielig, zwar

---

<sup>47</sup> Der Unternehmer bzw. der die Räumung selbst durchführende Gläubiger werden, obwohl der Justizfiskus des Landes ihr Auftraggeber ist ( BGH, NJW 1999, 2597 ) nicht öffentlich- rechtlich tätig, sodass nicht § 839 BGB eingreift ( LG Berlin, NJW- RR 1998, 1327 ). Der mit ihnen geschlossene Vertrag ist privatrechtlicher Natur ( OLG Köln, DGVZ 1994, 171 ). Sie werden alsdann in Erfüllung dieses Vertrages, nicht als Verwaltungsgehilfen der Justiz tätig.

<sup>48</sup> DGVZ 2005, 81, 89

<sup>49</sup> OLG Köln, DGVZ 1994, 171

nicht im Hinblick auf die reinen Vollstreckungskosten, wohl aber im Hinblick auf die Kosten der Wiedergutmachung der verbotenen Eigenmacht. Wenn der Gerichtsvollzieher eine „Hamburger Räumung“ oder ein Vorgehen nach dem Frankfurter Modell dann ablehnt, wenn eine der Parteien dem widerspricht, dürfte er in Anbetracht der Haftungsschwierigkeiten nicht ermessensfehlerhaft handeln; denn er muss bei der Zwangsvollstreckung nicht nur isoliert die Kosten der Vollstreckung, sondern auch die berechtigten Interessen der Betroffenen im Übrigen im Auge behalten.

## **B. Die Räumungsvollstreckung gegen Mitbewohner der Mietwohnung des zur Räumung verpflichteten Mieters.**

### **I. Gegen wen muss ein Räumungstitel erwirkt werden?**

Ausgangspunkt der Überlegungen ist § 750 Abs. 1 ZPO. Der Gerichtsvollzieher darf die Zwangsvollstreckung nur gegen Personen betreiben, die im Titel oder einer den Titel ergänzenden Klausel als Vollstreckungsschuldner namentlich bezeichnet sind. Die gegen den Schuldner im Rahmen des § 885 Abs. 1 ZPO durchzuführende Vollstreckungshandlung ist es, wie bereits dargelegt, „ihn aus dem Besitz“ der Wohnung „zu setzen“. Besitz bedeutet – in Abgrenzung zur bloßen Besitzdienerschaft - die im eigenen Interesse ausgeübte tatsächliche Sachherrschaft über die Räumlichkeiten. Seit der BGH- Entscheidung vom 25. 6. 2004 – IXa ZB 29/04 -<sup>50</sup> ist für die Praxis geklärt<sup>51</sup>, dass deshalb gegen alle Personen, die Besitz an den herauszugebenden Räumlichkeiten haben, ein eigener Räumungstitel erforderlich ist, auch wenn es sich um die im § 885 Abs. 2 ZPO genannten nahen Angehörigen handelt<sup>52</sup>. Berühmen sich diese Personen, ein eigenes, nicht nur vom Besitzrecht des Schuldners abgeleitetes Besitzrecht gegenüber dem Gläubiger zu haben, etwa als Parteien eines eigenen Mietvertrages,

---

<sup>50</sup> NJW 2004, 3041 = NZM 2004, 701. Anmerkungen von Schuschke zu dieser Entscheidung: LMK 2004, 214 und NZM 2005, 10. Siehe ferner die ausführliche Besprechung der neueren BGH- Rechtsprechung durch Stichelbrock, ZZP 2005, 106; Pauly, ZMR 2005, 337.

<sup>51</sup> Die Entscheidung wurde bestätigt durch die weitere Entscheidung des BGH – IXa ZB 51/04 – vom 5. 11. 2004, FamRZ 2005, 269. Für Mitbesitzer, die nicht zum im § 885 Abs. 2 ZPO genannten Personenkreis gehören, hatte der BGH dies schon früher so entschieden: BGH, ZMR 2003, 826.

<sup>52</sup> Zum Streitstand vor der BGH-Entscheidung vom Juni 2004 ausführlich: Schuschke, NZM 2004, 206.

bedurfte es schon immer eines gegen sie gerichteten Titels, um ihnen den Besitz an der Wohnung entziehen zu können. Insoweit bestand auch vor der neuesten BGH-Rechtssprechung Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur<sup>53</sup>. Da Besitz aber die tatsächliche Sachherrschaft über die Räumlichkeiten bedeutet unabhängig davon, ob diese Sachherrschaft auf Grund rechtlicher Gestattung durch den Eigentümer oder den sonst zur Nutzungsüberlassung Berechtigten ausgeübt wird oder ohne oder sogar gegen den Willen des vorgenannten Berechtigten, können auch Personen ohne jede vertragliche Rechtsbeziehung zum Vermieter Besitzer der Räumlichkeiten sein (- auch Hausbesetzer sind selbstverständlich Besitzer der Räumlichkeiten -). Die mit dem Mieter zusammen wohnenden Personen können dort aufgrund familienrechtlicher Bindungen zum Schuldner als dessen Ehegatte, Verlobter oder Lebenspartner i. S. des LPartG, erwachsene Kinder<sup>54</sup>, Eltern oder Geschwister usw. leben oder im Rahmen einer rechtlich nicht festgelegten zwischenmenschlichen Beziehung, etwa als Lebensgefährte oder Freund). Der Gläubiger mag den Mitbesitz dieser Personen an der Wohnung auch ohne eigene vertragliche Beziehungen zu ihnen und ohne Kenntnis ihrer Existenz solange dulden müssen, wie er den Besitz des Mieters an der Wohnung dulden muss, etwa im Falle der Aufnahme engster Familienangehöriger<sup>55</sup>, oder das Mitbenutzen der Wohnung durch diese Personen mag ihm gegenüber widerrechtlich sein, wie dies bei der dem Vermieter nicht angezeigten und von ihm nicht genehmigten

---

<sup>53</sup> Beispielhaft: OLG Düsseldorf, MDR 1960, 234; OLG Oldenburg, JurBüro 1991, 1276; Becker- Eberhard, FamRZ 1994, 1296; MüKo/ Schilken, § 885 ZPO Rdn.10 ; Schuschke, NZM 1998, 58, 62 und NZM 2004, 206; Schuschke/ Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. 1, § 885 ZPO Rdn. 11 und 14 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

<sup>54</sup> Ein besonderer Titel gegen in der Wohnung mit dem Schuldner zusammen lebende minderjährige Kinder, soweit diese nicht ihrerseits Mieter der Wohnung sind, wird heute noch allgemein, wenn auch mit teilweise unterschiedlicher Begründung, nicht für erforderlich gehalten: MüKo/ Schilken, § 885 ZPO Rdn.9; Schuschke, NZM 1998, 58 und NZM 2005, 10, 11; Zöller/ Stöber, § 885 ZPO Rdn. 7. Im Hinblick auf § 1626 Abs. 2 BGB ist dies aber bei etwas älteren Minderjährigen, die durchaus ein Recht auf eine auch gegenüber den Eltern geschützte Intimsphäre haben, schon zweifelhaft; siehe hierzu Schuschke, NZM 2005, 10,11.

<sup>55</sup> BGH, NJW 1991, 1750, 1751; Bamberger/ Roth/ Ehlert, § 540 BGB Rdn. 5; Erman/ Jendrek, 11. Aufl., § 540 BGB Rdn. 6.

Aufnahme von Lebensgefährten nach der neueren BGH- Rechtsprechung<sup>56</sup> der Fall ist<sup>57</sup>.

Wer von den mit dem Mieter zusammenlebenden Personen Besitzer und wer nur Besitzdiener ist, der nach wie vor auch ohne Titel zusammen mit dem Schuldner aus den Räumlichkeiten herausgesetzt werden kann, kann im Einzelfall sehr streitig sein<sup>58</sup> und ist noch lange nicht für alle denkbaren Fälle durch die Rechtsprechung geklärt. Hier spielen im Übrigen die gesellschaftlichen Anschauungen, die in einem ständigen Wandel begriffen sind, eine nicht unerhebliche Rolle. Um später in der Vollstreckung kein Risiko zu laufen, wird der Vermieter bei seiner Entscheidung, gegen wen er einen Räumungstitel erwirkt, im Zweifel vom Mitbesitz ausgehen, um die Räumung nicht unnötig zu verzögern.

Damit der Vermieter vor Einleitung eines Räumungsprozesses weiß, wer die Wohnung neben seinem Vertragspartner in Besitz hat, muss ihm der Mieter auf Verlangen diesbezügliche Auskunft erteilen. Es besteht aus dem Mietvertrag eine vertragliche Nebenverpflichtung des Mieters, dem Vermieter die Namen der die Wohnung mitbesitzenden Personen zu benennen, sodass der Vermieter sie im Rubrum seiner Räumungsklage namhaft machen kann. Eine Klage gegen die unbekanntes Mitbesitzer wäre ebenso unzulässig wie im Falle einer Wohnungsbesetzung gegen die unbekanntes Besetzer<sup>59</sup>.

Hat der Vermieter zunächst die Klageerhebung gegen die mitbesitzenden Dritten vergessen, bietet ein Räumungsvergleich im Rahmen des Räumungsprozesses gegen den Mieter die letzte Chance, noch im laufenden Verfahren einen Titel auch gegen diese Personen zu erwirken. Denn in einen gerichtlichen Vergleich können mit ihrem Einverständnis auch dritte Personen mit eigenen Verpflichtungen als Vollstreckungsschuldner mit einbezogen werden ( § 794 Abs.1 Nr. 1 ZPO ). Es dürfte kein einen Befangenheitsantrag begründendes Verhalten des Richters sein, wenn er im Rahmen seiner Vergleichsbemühungen von Amts wegen durch Befragen des Beklagten klärt, ob weitere Personen neben dem Mieter Besitz an der Wohnung haben. Denn der

---

<sup>56</sup> BGH, NJW 2004, 56.

<sup>57</sup> Hierzu auch Palandt/ Weidenkaff, § 553 BGB Rdn. 4

<sup>58</sup> Ausführlich hierzu Schuschke, NZM 2005, 10, 11.

<sup>59</sup> Schuschke/ Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. 1, 3. Aufl., vor §§ 704- 707 ZPO Rdn. 5 und Bd. 2, 3. Aufl., § 940a ZPO Rdn 7. A.A. insoweit allerdings Walker im gleichen Kommentar, Bd. 1, § 885 ZPO Rdn. 11.

Richter ist gehalten, im Rahmen seines Vergleichsgesprächs die praktische Durchsetzbarkeit der in einem Vergleich geregelten Verpflichtungen mit in Betracht zu ziehen.

Von den bisher angesprochenen Fällen des Mitbesitzes Dritter an den Räumlichkeiten neben dem Schuldner zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der Mieter die Räumlichkeiten selbst gar nicht mehr bewohnt, sondern bereits endgültig und vollständig aus ihnen ausgezogen ist ( - und damit den Besitz aufgegeben hat - ) und sie anderen, etwa seiner von ihm verlassenen Ehefrau, die sie nun vielleicht mit ihrem neuen Lebensgefährten bewohnt, und den Kindern oder einem gerade wohnungssuchenden Freund überlassen hat. Da es Aufgabe der Räumungsvollstreckung ist, den Schuldner aus dem Besitz der Wohnung zu setzen und „Besitz“ immer die tatsächliche Sachherrschaft über die Wohnung bedeutet, nicht nur die rechtliche Verpflichtung, Miete oder Nutzungsentschädigung für die Wohnung bezahlen zu müssen<sup>60</sup>, wäre hier eine Vollstreckung gegen den Mieter nicht mehr möglich. Für einen Räumungstitel gegen ihn nach seinem persönlichen endgültigen Auszug fehlte das Rechtsschutzinteresse. Um die neuen Bewohner zwangsweise aus der Wohnung zu setzen, bedarf es eines Titels<sup>61</sup> gegen diese als Räumungsschuldner<sup>62</sup>.

Ebenfalls ein eigenes nicht nur vom Mieter abhängiges, sondern durch die Genehmigung der Untervermietung auch dem Vermieter gegenüber bestehendes Besitzrecht haben Untermieter, gegen die deshalb die Räumungsvollstreckung nicht mit einem nur gegen den Mieter erstrittenen Räumungstitel betrieben werden kann<sup>63</sup>. Selbst wenn die Untervermietung ohne Zustimmung des Vermieters erfolgt sein sollte<sup>64</sup>,

---

<sup>60</sup> Diese Verpflichtung geht auch durch den endgültigen Auszug des Schuldners aus der Wohnung, also die vollständige Besitzaufgabe durch den Schuldner, nicht unter, sondern erst durch die Rückgabe der Wohnung an den Vermieter

<sup>61</sup> Zur Möglichkeit einer Klausel gem. § 727 ZPO, wenn der Mieter zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit noch Besitzer der Wohnung war, zum Zeitpunkt der Räumungsvollstreckung aber bereits endgültig aus ihr ausgezogen ist, siehe unter B II 3.

<sup>62</sup> LG Stuttgart, DGVZ 2003, 121

<sup>63</sup> BGH, ZMR 2003, 826; MüKo/ Schilken, § 885 ZPO Rdn. 7.

<sup>64</sup> Für die Zulässigkeit der Räumungsvollstreckung aus dem Titel gegen den Hauptmieter allerdings KG, NZM 2003, 105

wären die Untermieter in jedem Falle Besitzer der ihnen überlassenen Räumlichkeiten. Gleiches gilt für Personen, die im Rahmen der dem Mieter gestatteten gewerblichen Nutzung des Grundstücks Räumlichkeiten auf dem Grundstück als Wohnung nutzen ( z. B. als Bewohner eines Altenheimes ). Sollen sie aus dem Besitz gesetzt werden und nicht nur der Grundstücksmieter, ist ein eigener, sie selbst als Räumungsschuldner ausweisender Räumungstitel erforderlich<sup>65</sup>.

Der Umstand, dass der Vermieter mehrere Personen ( Mieter, dessen Ehefrau, erwachsene Kinder des Mieters, Untermieter usw. ) gleichzeitig auf Räumung der Wohnung verklagt, erhöht den Streitwert der Räumungsklage nicht<sup>66</sup>.

## **II. Wann genügt eine den Titel ergänzende Vollstreckungsklausel?**

Nicht immer muss, wenn festgestellt wird, dass neben dem ursprünglichen Räumungsschuldner weitere Personen Besitz an der Wohnung haben, im Wege der Klage ein eigenes Räumungsurteil gegen diese Personen erstritten werden. In einigen Fällen genügt eine titelergänzende Klausel gegen die Mitbewohner.

### **1) Räumungsvollstreckung aus einem Zuschlagsbeschluss**

Der Zuschlagsbeschluss nach §§ 82, 93 ZVG ist Räumungstitel gegen den auf dem Grundstück wohnenden Eigentümer und dessen mitbesitzende Familienangehörigen; letztere müssen im Hinblick auf § 750 ZPO allerdings in der Vollstreckungsklausel ausdrücklich als Vollstreckungsschuldner mit aufgeführt werden<sup>67</sup>. Die Klauselerteilung ist analog § 726 ZPO vorzunehmen. Die Bescheinigung des Gerichtsvollziehers, dass diese Angehörigen das Grundstück mit besitzen, dürfte als Nachweis der Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 1 ZVG für den Rechtspfleger im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens ausreichen. Die gegen sie gerichtete Klausel ist den zusätzlichen Vollstreckungsschuldnern vor Beginn der Vollstreckung zuzustellen ( § 750 Abs. 1 ZPO ). Wegen § 93 Abs. 1 S. 2 ZVG i. V. §§ 57 ZVG, 566, 578 BGB kann aus dem Zuschlagsbeschluss die Räumungsvollstreckung aber

---

<sup>65</sup> So ausdrücklich im Hinblick auf die Bewohner eines zum Betrieb eines Altenheim vermieteten Grundstücks BGH, ZMR 2004, 734

<sup>66</sup> OLG Düsseldorf, NZM 2005, 240

<sup>67</sup> OLG Celle, Urt. Vom 11. 2. 2003 – 16 U 180/02 - .

nicht auch gegen auf dem Grundstück wohnende Mieter<sup>68</sup> betrieben werden. Insoweit bedarf es eines eigenen, gegen die Mieter erstrittenen Räumungsurteils. Wird gegen einen Mieter aus einem Zuschlagbeschluss die Räumungsvollstreckung betrieben, kann er sich hiergegen mit der Erinnerung gem. § 766 ZPO wehren. Er hat sein Mietrecht dann nicht nur zu behaupten, sondern muss dem Vollstreckungsgericht zumindest Anhaltspunkte dazunehmen, die sein Besitzrecht zum Zeitpunkt der Zuschlagerteilung nahe legen<sup>69</sup>.

## 2) Räumungsvollstreckung aus einem Urteil gem. § 19 WEG

Ein besonderer Räumungstitel findet sich in § 19 Abs. 1 S. 2 i. V. mit S. 3 WEG: Das Urteil nach § 19 Abs. 1 S. 1 WEG auf Veräußerung des Wohnungseigentums ist noch kein Räumungstitel für die Wohnungseigentümergeinschaft gegen den in der Wohnung lebenden – ihr unliebsamen - Wohnungseigentümer, sondern nur und erst für den Ersteher in der vom Notar durchgeführten freiwilligen Versteigerung nach §§ 53 ff WEG in Verbindung mit dem Versteigerungsprotokoll des Notars<sup>70</sup>. Der Ersteher bedarf im Übrigen zur Vollstreckung gegen den Eigentümer einer Vollstreckungsklausel zu diesem Titel<sup>71</sup>, bei deren Erteilung im Rahmen des § 726 ZPO<sup>72</sup> geprüft wird, ob ein ordnungsgemäßes Versteigerungsprotokoll vorliegt<sup>73</sup>. Dass das Eigentum im Wohnungsgrundbuch bereits auf den Ersteher umgeschrieben ist und er dies durch einen Grundbuchauszug nachweist, dürfte demgegenüber nicht zu verlangen sein<sup>74</sup>. Wohnen neben dem früheren Eigentümer auch noch dessen Angehörige, Lebensgefährten usw. mit in der Wohnung, bedarf es auch einer eigenen Klausel gem. § 726 ZPO gegen jeden von ihnen. Es gilt das oben schon im Rahmen des § 93 ZVG Gesagte entsprechend. Den Nachweis, dass sie die Wohnung mitbesitzen erbringt wieder eine entsprechende Bescheinigung des Gerichtsvollziehers.

---

<sup>68</sup> Böttcher, ZVG, 3. Aufl., § 93 Rdn. 6; Stöber, ZVG, 17. Aufl., § 93 Rdn. 3.

<sup>69</sup> BGH, Rpfleger 2004, 368

<sup>70</sup> Einzelheiten siehe Seip, DGVZ 2003, 7.

<sup>71</sup> A.A.: AG Fürth, DGVZ 2003, 13;

<sup>72</sup> nicht § 727 ZPO; denn der Ersteher ist nicht Rechtsnachfolger der Wohnungseigentümer, die geklagt hatten; sie konnten aus dem die Verkaufsverpflichtung aussprechenden Urteil nicht vollstrecken.

<sup>73</sup> Ebenso Bärmann/ Pick/ Merle, WEG, 9. Aufl., § 19 Rdn. 17; Seip, DGVZ 2003, 7

<sup>74</sup> A.A. insoweit: Pick, WEG, 15. Aufl., § 19 WEG Rdn. 9.

### 3) Räumungsvollstreckung gegen Besitznachfolger des Mieters

Haben andere Personen als der Schuldner den Besitz an der Wohnung erst zu einem Zeitpunkt erlangt, als der Räumungsprozess gegen den Mieter schon rechtshängig war, und besitzen sie die Wohnung zum Zeitpunkt der Räumung an Stelle des Mieters, kann der Vermieter zum Räumungsurteil gegen den Mieter Klausel gegen sie gem. § 727 Abs. 1 i. V. mit § 325 Abs. 1, Alt. 2 ZPO verlangen<sup>75</sup>. Hierher zählen insbesondere die Fälle, in denen ein Ehegatte an Stelle des anderen, der Alleinmieter der Ehewohnung ist, nach dessen Auszug die Wohnung, an der er bisher ehelichen Mitbesitz hatte, in Alleinbesitz nimmt. Das gegen den anderen Ehegatten erstrittene Räumungsurteil kann nunmehr gegen den in der Wohnung Zurückgebliebenen umgeschrieben werden.<sup>76</sup> Während der Umstand, dass der Ehegatte die Wohnung nunmehr allein in Besitz hat, durch die Mitteilung des Gerichtsvollziehers, dass sich nunmehr diese Person allein ( - oder mit einem neuen Partner, jedenfalls aber ohne den Schuldner - ) in der Wohnung befindet, bewiesen ist, wird es schwer sein, den Nachweis, wann dieser Besitz erlangt wurde, falls dieser Zeitpunkt nicht ausdrücklich zugestanden wird, in der gem. § 727 Abs. 1 ZPO erforderlichen Form zu erbringen. Die Vorlage des Scheidungsurteils der Eheleute mit der Angabe, wann diese sich getrennt haben, würde den Beweis nicht erbringen. Es wird deshalb regelmäßig Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gem. § 731 ZPO erforderlich sein. Im Rahmen dieses Prozesses stehen dem Vermieter dann alle Beweismittel der ZPO zur Verfügung. Die Klage gem. § 731 ZPO ist spezieller als eine etwaige neue Räumungsklage gegen die neuen Bewohner und verdrängt diese daher<sup>77</sup>.

### III. Keine Erinnerung der Dritten nach beendeter Zwangsvollstreckung

Ist ein Besitzer, der weder im Titel noch in der Klausel als Räumungsschuldner bezeichnet war, entgegen den Vorgaben der neueren BGH- Rechtsprechung dennoch

---

<sup>75</sup> Schuschke/ Walker, Bd. 1, § 727 ZPO Rdn. 23 m.w. Nachweisen.

<sup>76</sup> LG Mannheim, NJW 1962, 815 mit Anm. von Rheinspitz, NJW 1962, 1402; LG Münster, MDR 1973, 934.

<sup>77</sup> Wie hier: Stein/ Jonas/ Münzberg, 22. Aufl., Rdn. 6; Schuschke/ Walker, Bd. 1, § 731 ZPO Rdn.1; Thomas/ Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 731 Rdn. 1; Wieczorek/ Paulus, 3. Aufl., § 731 ZPO Rdn. 6. A.A. allerdings ( der Gläubiger habe die Wahl zwischen beiden Klagen ): BGH, NJW 1987, 2863; MüKo/ Wolfsteiner, ZPO, 2. Aufl., § 731 ZPO Rdn. 17.

ohne ihn selbst als Schuldner ausweisenden Titel aus dem Besitz der Wohnung gesetzt und der Gläubiger durch Schlüsselübergabe wieder in den Besitz der Räume eingewiesen worden, ist die Zwangsvollstreckung mit der Besitzübergabe beendet. Eine nachfolgende Erinnerung des Besitzers wäre unzulässig, da nach Beendigung der Zwangsvollstreckung das Rechtsschutzbedürfnis für vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe fehlt<sup>78</sup>. Dem Dritten bleiben allein materiellrechtliche Schadensersatzansprüche gegen den Gläubiger<sup>79</sup>.

#### **IV. In welchem Zeitpunkt muss der Räumungstitel gegen die Mitbewohner vorliegen?**

Um später in der Vollstreckung kein Risiko zu laufen, wird der Vermieter bei seiner Entscheidung, gegen wen er einen Räumungstitel erwirkt, im Zweifel vom Mitbesitz aller die Wohnung mitbewohnenden Personen - abgesehen von Kleinkindern, kurzzeitigen Besuchern und Dienstpersonal- ausgehen, um die Räumung nicht unnötig zu verzögern. Dass die Mitbesitzer dem Vermieter erklären, sie würden im Falle einer Zwangsäumung des Mieters freiwillig mit diesem zusammen ausziehen, enthebt den Vermieter nicht der Verpflichtung, sich einen Titel auch gegen diese Personen zu besorgen, da der BGH<sup>80</sup> es gebilligt hat, dass die Gerichtsvollzieher den Räumungsauftrag ablehnen, wenn ihnen nicht sogleich mit dem Vollstreckungsauftrag ein Räumungstitel gegen alle Mitbesitzer der Wohnung vorgelegt wird und sie von der Verpflichtung freigestellt hat, diese Personen zunächst einmal zur freiwilligen Räumung zu bewegen<sup>81</sup>. Auch eine schriftliche Erklärung der Mitbewohner, sie seien zum Auszug für den Fall bereit, dass der Mieter zwangsgeräumt werde, ersetzt keinen Räumungstitel, wenn sie am Räumungstage dann doch nicht mehr zum Auszug bereit sind. Ebenso wenig wird ein Räumungstitel dadurch entbehrlich, dass diese Personen

---

<sup>78</sup> BGH, NZM 2005, 193 mit Anm. durch Jäckel, JA 2005, 409 und durch Scheff, MietRB 2005, 149.

<sup>79</sup> Es gelten die in der Mobilienvollstreckung bei der Verwertung von Dritteigentum entwickelten Ansprüche entsprechend. Hierzu: Schuschke/ Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. 1, 3. Auflage, Anh. zu § 771 ZPO Rdn. 6. Auch durch die Anweisung, den Dritten aus dem Besitz zu setzen, wird ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und ihm begründet.

<sup>80</sup> NZM 2004, 701

<sup>81</sup> Ausführlich kritisch hierzu Schuschke, NZM 2005, 10

etwa erst kurz vor dem Räumungstermin in die Wohnung eingezogen sind und eine Lebensgemeinschaft mit dem Schuldner begründet haben. Eine Zwangsvollstreckung ohne Titel, selbst gegen treuwidrig oder arglistig handelnde Personen oder solche, die den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt haben, ist unserem Rechtssystem fremd.

#### **V. Zusammenfassung:**

Durch die neue BGH- Rechtsprechung ist einerseits hinsichtlich des möglichen Anwendungsbereichs des § 885 Abs. 2 ZPO weitgehende Klarheit geschaffen, andererseits sind für den Vermieter neue, nicht unerhebliche Kostenrisiken und für den beratenden Anwalt neue wichtige Hinweis- und Aufklärungspflichten begründet worden. Für unredliche Mieter ergeben sich neue Möglichkeiten, die Räumung zu verzögern. Die durch die BGH- Rechtsprechung geschützten Dritten haben keine wirklichen Vorteile, da sie nun mit den Kosten des Räumungsprozesses belastet werden. Ab Geltendmachung eines gegen sie gerichteten Räumungsverlangens, spätestens ab Einleitung des Räumungsprozesses dürfte gegen sie zudem ein Anspruch auf Zahlung von Nutzungsentgelt für die Wohnung aus §§ 990 ff BGB bestehen<sup>82</sup>. Da dem BGH der Mut fehlte, § 885 Abs. 2 ZPO als Norm zu interpretieren, die die Räumungsvollstreckung gegen die dort genannten Personen aus einem Titel allein gegen den Mieter ermöglicht, sollte der Gesetzgeber zur Kostendämpfung einerseits und zur Vorbeugung eines Missbrauchs der durch die Rechtsprechung geschaffenen Lage den § 885 ZPO im vorstehend genannte Sinne ausdrücklich klarstellen. Die derzeit vom Bundesministerium der Justiz und von einer Bund- Länder- Kommission vorbereitete weitere Zwangsvollstreckungsrechtsreform böte hierzu ebenso die Möglichkeit wie das vom BMJ geplante, derzeit in einem Referentenentwurf zur Diskussion gestellte Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ( FamFG ), in dessen Rahmen § 885 ZPO sowieso geändert werden soll. Eine solche Norm würde, insbesondere, wenn sie mit der Möglichkeit für den Dritten verbunden wäre, schon dem Räumungsrechtsstreit auf Wunsch beitreten zu können, keinen rechtsstaatlichen Bedenken begegnen<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Schuschke, NZM 2005, 10,

<sup>83</sup> Schuschke, NZM 2005, 10, 12