

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 564

Das Vermieterpfandrecht de lege lata et ferenda

Eine kritische Revision
des gesetzlichen Sicherungsmusters

Von

Gerhard Maximilian Schraner



Duncker & Humblot · Berlin

GERHARD MAXIMILIAN SCHRANNER

Das Vermieterpfandrecht de lege lata et ferenda

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 564

Das Vermieterpfandrecht de lege lata et ferenda

Eine kritische Revision
des gesetzlichen Sicherungsmusters

Von

Gerhard Maximilian Schraner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit
im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-18988-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58988-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Passau im Wintersemester 2022/2023 als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 18. April 2023 statt. Für die fachlich und menschlich förderliche und jederzeit wohlwollende Betreuung dieser Arbeit danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Markus Würdinger, den ich bereits als Prüfer im Rahmen meiner Ersten Staatsprüfung kennenlernen durfte, aufs Herzlichste. Die gewährten mannigfaltigen Freiheiten am Lehrstuhl während der Forschungsphase und auch die warme und angenehme Menschenführung von Professor Würdinger stellten letztlich eine *conditio sine qua non* für die Fertigstellung meiner Schrift dar. Professor Würdinger war nicht nur ein Lehrer und Mentor, sondern wusste stets durch kleinere Hinweise und Anregungen die Arbeit in eine fruchtbare und zielführende Bahn zu lenken. Nicht unerwähnt soll die rekordverdächtig schnelle Erstellung des Erstgutachtens bleiben. Auch hierfür möchte ich Herrn Prof. Dr. Markus Würdinger herzlichen Dank aussprechen!

Gleichfalls danke ich Herrn Prof. Dr. Tomas Kuhn für die Fertigstellung des Zweitgutachtens. Besonderer Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Moritz Henneemann für die freundliche Leitung der Disputation und die kritischen und übergeordneten Fragen im Umfeld meines Forschungsthemas.

Last but not least möchte ich meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, die mich immerwährend unterstützt und gefördert haben, und meinen Freunden am Lehrstuhl meinen Dank aussprechen. Hervorzuheben sind hier zunächst meine Schwester und Germanistin Daniela Trautmannsberger und mein Schwager Herr Regierungsrat Martin Trautmannsberger, die sich in ihrer Freizeit unermüdlich durch meine Sätze und Ausführungen quälen mussten. Ebenfalls möchte ich mich bei meinem ehemaligen Lateinlehrer in der Oberstufe am Gymnasium Waldkraiburg, Herrn Studiendirektor a. D. Anton Trautmannsberger, für seine sprachlichen – insbesondere lateinischen – Anmerkungen bedanken. Anteil gebührt auch Herrn Rechtsassessor Marco Zimmermann und Herrn Rechtsreferendar Lukas Lackner, die sich kritisch und akribisch durch die Gedankenführung meiner Arbeit wühlen mussten. Zu guter Letzt sollen auch nicht Frau Dr. Carolin Maus und Sabine Cichon, die beide nicht minder als das „Herz und Seele des Lehrstuhls“ betitelt werden können, unerwähnt bleiben. Beide wussten mir stets durch ihre freundliche, fröhliche und responsive Natur durch den akademischen Alltag zu verhelfen. Ohne Euch allen wäre das Vermieterpfandrecht und seine eigentümliche Dogmatik wohl noch im staubigen Regal verborgen geblieben.

Kraiburg am Inn, im Juli 2023

Gerhard Schranner

Inhaltsübersicht

§ 1 Prolegomena	21
-----------------------	----

Erster Teil

Die Architektur und Rechtfertigung des Vermieterpfandrechts innerhalb der Privatrechtsordnung	31
--	----

§ 2 Dogmatische Eckpfeiler des Vermieterpfandrechts	33
---	----

§ 3 <i>Ratio legis</i> und Rechtfertigung des Vermieterpfandrechts	78
--	----

Zweiter Teil

Das Vermieterpfandrecht im Spannungsverhältnis der mietrechtlichen Absicherung: Die normative und faktische Insuffizienz des gesetzlichen Sicherungsmusters	91
--	----

§ 4 Analyse des Vermieterpfandrechts außerhalb der Krise und Insolvenz	93
--	----

§ 5 Analyse des Vermieterpfandrechts in der Krise und Insolvenz	181
---	-----

§ 6 Rechtsdurchsetzung	221
------------------------------	-----

§ 7 Die Kollisionsebene beim Vermieterpfandrecht	260
--	-----

Dritter Teil

Abschied vom geltenden Vermieterpfandrecht <i>de lege ferenda?</i>	287
---	-----

§ 8 Systematisierung und Bewertung des Vermieterpfandrechts	289
---	-----

§ 9 Reformüberlegungen <i>de lege ferenda</i>	303
---	-----

§ 10 Thesen und Schlussbemerkung	319
--	-----

Literaturverzeichnis	323
-----------------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	364
-----------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Prolegomena	21
A. Leitmotive und widerstreitende Interessen im Mietsicherungsrecht	21
B. Das Vermieterpfandrecht – Von politischen Ambitionen zur praktischen Bedeutungslosigkeit	24
C. Anspruch und Ziel der Untersuchung	26
D. Aufbau und Gang der Untersuchung	29

Erster Teil

Die Architektur und Rechtfertigung des Vermieterpfandrechts innerhalb der Privatrechtsordnung	31
--	----

§ 2 Dogmatische Eckpfeiler des Vermieterpfandrechts	33
A. Die historische Genese des Vermieterpfandrechts	35
I. Das Vermieterpfandrecht im römischen Rechtskreis	35
1. Meilensteine der römischen Realsicherung	35
a) Die zeitlichen Etappen der römischen Realsicherung: Vom pig- nus zur hypotheca	36
b) Die Funktionalität des römischen Mobiliarsicherungsrechts ...	40
2. Das römische Vermieterpfandrecht	41
a) Das Vermieterpfandrecht – pignus oder hypotheca?	42
b) Die Dogmatik des Vermieterpfandrechts im römischen Rechts- kreis	44
aa) Faktische Konnexität von Objekt und Machtbereich	44
bb) Elastizität und Kontinuität	46
II. Die Epoche des Verkehrsschutzes im 18. und 19. Jahrhundert	47
1. Das Ende der römisch-rechtlichen <i>hypotheca</i> und die Maxime des Publizitätsprinzips	47
2. Die Funktionalität des Publizitätsprinzips im Kreditsicherungsrecht	50
3. Das normative Erscheinungsbild des Vermieterpfandrechts inner- halb der Epoche des Faustpfandprinzips	53
a) Materiell-rechtliche Ebene	53
b) Konkursrechtliche Ebene	55
III. Der Geist des Vermieterpfandrechts im BGB	56
IV. Zusammenfassung	58
B. Das dogmatische Konzept <i>in nuce</i>	60
I. Der „Machtbereich“ des Vermieters als konzeptionelle Basis	60

II. Publizität	62
III. Kritische Würdigung und Entflechtung der konzeptionellen Vorstellungen	63
1. Der „Machtbereich“ des Vermieters als Trugbild	63
2. Der Publizitätsgedanke beim Modell der Illation	67
a) Erklärungsmodelle für den Publizitätsgedanken	67
b) Homogenität zwischen Vermieterpfandrecht und dem Publizitätsprinzip?	68
aa) Positive Publizität	69
bb) Negative Publizität	71
3. Konsequenzen und Zusammenfassung	73
a) Die Bindung an den „Machtbereich“ des Vermieters	73
b) Die verbliebene Funktion der Illation	74
c) Methodologische Folgen	76
§ 3 Ratio legis und Rechtfertigung des Vermieterpfandrechts	78
A. Das Vermieterpfandrecht als präventives Steuerungsinstrument	78
B. Das Vermieterpfandrecht als Instrument der Räumungsvollstreckung	80
C. Das Vermieterpfandrecht als antizipiertes Verhandlungsergebnis	83
D. Das Vermieterpfandrecht als Instrument eines berechtigten Sicherungsinteresses	86
E. Ergebnis	89

Zweiter Teil

Das Vermieterpfandrecht im Spannungsverhältnis der mietrechtlichen Absicherung: Die normative und faktische Insuffizienz des gesetzlichen Sicherungsmusters

91

§ 4 Analyse des Vermieterpfandrechts außerhalb der Krise und Insolvenz ...	93
A. Methodische Blickrichtung	94
B. Strukturbedingungen für ein Pfandrecht des Vermieters	94
I. Gebrauchsgewährung auf Zeit	95
II. Qualität des Vertragsobjekts	97
III. Entgeltlichkeit als Kennzeichen der „Schutzbedürftigkeit“	100
IV. Fazit	102
C. Materiellrechtliche Dimensionierung	102
I. Die Begründung der Bestandskraft des Vermieterpfandrechts	102
1. Der Illationsvorgang	103
a) Konturierung und Rechtscharakter	103
b) Restriktionen	105
aa) Temporale Eingrenzung	106
bb) Teleologische Eingrenzung	108

c)	Kritische Stellungnahme und eigener Ansatz	108
aa)	Fehlende historische und dogmatische Fundierung	109
bb)	Rechtsunsicherheit	111
cc)	Keine wirtschaftliche Güterzuordnung nach § 97 Abs. 1 BGB bzw. § 1120 BGB	111
dd)	Ergebnis	113
2.	Allgemeine Determinanten	113
a)	Sicherungszweck	113
aa)	Wirksamkeit der causa	113
bb)	Akzessorium	116
(1)	Charakteristik der Forderung	116
(2)	Restriktionen	119
(a)	Künftige Mietzinsforderungen	119
(b)	Künftige Entschädigungsforderungen	121
b)	Sicherungsobjekt	123
aa)	Restriktionen	124
(1)	Substanzlose Verwertungsobjekte	124
(2)	Pfändungsschutz	126
(a)	Dogmatisches Profil	126
(b)	Reichweite	127
bb)	Erweiterung durch Vertrauensschutz?	128
cc)	Erweiterung durch Zustimmung (§ 185 BGB)?	131
(1)	Grundsatz	131
(2)	Ausschluss beim Vermieterpfandrecht	132
3.	Fazit	134
II.	Der Verlust der Bestandskraft des Vermieterpfandrechts	135
1.	§ 562a BGB	137
a)	Konzeption	137
b)	Disharmonie zwischen § 562a S. 1 BGB und § 562a S. 2 BGB?	139
c)	Temporale Eingrenzung des Entfernungsbegriffs	141
aa)	Kontinuität des Vermieterpfandrechts	142
bb)	„Karlsruhe locuta, causa finita?“ – Ein Plädoyer für ein diskontinuierliches Pfandrecht	143
cc)	Differenzierende Ansicht: Konturierung entlang des „Machtbereichs“	145
dd)	Kritische Stellungnahme und eigene Bewertung	145
(1)	Rechtsfindung <i>secundum legem</i>	147
(a)	Historischer Wortlaut	147
(b)	Systematische Auslegung	148
(c)	Teleologische Auslegung und dogmatisches Profil	150
(d)	Wertungswiderspruch mit § 647 BGB	152

(e) Zwischenfazit	154
(2) Analoge Anwendung des § 1122 BGB a.E.	155
d) Wertungswiderspruch zwischen § 936 BGB und § 562a BGB ..	158
aa) Teleologische Reduktion des § 562a S. 2 BGB	159
bb) Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB	161
cc) Fazit	163
e) Sonderfall: Die Entfernung im Vollstreckungswege	163
aa) Materiell-rechtliche Betrachtung	163
bb) Vollstreckungsrechtliche Betrachtung	164
cc) Fazit	166
2. § 936 BGB	166
a) Korrektur der Rechtsscheinbasis über das subjektive Element ..	167
b) Konkret-individueller Maßstab	169
c) Kritische Stellungnahme	170
aa) Vorstellungsbild des Gesetzgebers	170
bb) Rechtfertigung einer Nachforschungspflicht	171
(1) Scheinkonflikt zwischen besitzlosem Vermieterpfand-	
recht und Rechtsscheinlehre	172
(2) Methodische Bedenken	173
cc) Der konkrete Maßstab etwaiger Nachforschungspflichten	
beim Vermieterpfandrecht	176
dd) Ergebnis und Folgerungen	178
3. Zusammenfassung	179
§ 5 Analyse des Vermieterpfandrechts in der Krise und Insolvenz	181
A. Die Auswirkungen der Insolvenz des Mieters	181
I. Die Rechtsstellung des gesicherten Vermieters	182
1. Absonderungsbefugnis und Legitimation	182
2. Schranken	184
II. Insolvenzrechtliche Vertragsbindung	185
1. Kontinuität und Vertragsbindung	185
2. Teleologische Reduktion im Wohnraummietrecht?	186
III. Der verkappte Vermieterschutz im Insolvenzeröffnungsverfahren	188
1. Porträt	188
2. Methodische Ansätze und das Vermieterpfandrecht	189
B. Die Dynamik des Vermieterpfandrechts in der Insolvenz	191
I. Die Entstehung des Vermieterpfandrechts innerhalb der Insolvenz	191
1. Insolvenzeröffnungsverfahren	191
a) Die Illation als Verfügung nach § 81 InsO	192
b) „Starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter	193
c) „Schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter	193

d) Vorläufiger Sachwalter (§ 270b InsO)	194
2. Insolvenzverfahren	195
a) „Einbringung“ durch den Insolvenzverwalter	195
b) „Mehraktiger“ Erwerbsvorgang	196
3. Die Zielrichtung des Insolvenzverfahrens als teleologisch-konstruktive Schranke	198
II. Das Erlöschen des Vermieterpfandrechts innerhalb der Insolvenz	199
1. Die Entfernung in der Insolvenz	199
2. Labilität des Vermieterpfandrechts	201
3. Der regelmäßige Geschäftsgang in der Insolvenz	202
a) Materiell-rechtliche Grundlegung	203
b) Insolvenzrechtliche Betrachtung	204
c) Unternehmensrestrukturierung: Kollision zwischen Gläubiger- und Vermieterinteressen	206
aa) Insolvenzrechtlicher Ansatz: Vorrang des Sanierungsgedankens	207
bb) Eigene Bewertung	207
III. Insolvenzanfechtung	209
1. Anfechtbarkeit der <i>Illation</i>	210
2. Gläubigerbenachteiligung und teleologische Reduktion bei zirkulierenden Sachgegenständen?	211
3. Kongruente oder inkongruente Deckung	213
a) Die scheinbar fehlende tatbestandliche Inklusion gesetzlicher Pfandrechte	214
b) Teleologische Extension	214
4. Anfechtung bei „mehraktigen“ Vorgängen	215
a) § 140 Abs. 3 InsO als Gradmesser für das Vermieterpfandrecht?	216
b) Formale oder wirtschaftliche Betrachtungsweise: Die Anfechtung von Sicherheiten für künftige Forderungen	218
IV. Fazit und Zusammenfassung	219
§ 6 Rechtsdurchsetzung	221
A. Informationsasymmetrie	221
B. § 562b BGB	224
I. Das Selbsthilferecht in § 562b Abs. 1 BGB	225
1. Rechtspolitische Diskussion und das Proprium des Selbsthilferechts	225
a) § 562b BGB als „Fremdkörper“ der Rechtsordnung	226
b) § 562b BGB als analoges Instrument zum possessorischen Selbsthilfeschutz	227
2. Das Obsoletwerden der Selbsthilfe in § 562b Abs. 1 BGB	229
a) Normative Schranken der Selbsthilfe	229
aa) Tatbestandliche Grenzen	230

bb) Das konkrete Anforderungsprofil der Judikative	231
b) Haftungsfragen als praktische Schranke der Selbsthilfe	233
c) Fazit	235
II. Pfandklage und Ausschlussfrist	235
C. Die Rechtsschutzebene beim Vermieterpfandrecht	236
I. Prozessuale Standortbestimmung	236
II. Informationsdefizite und Bestimmtheit des Rechtsschutzbegehrens	237
III. Einstweiliger Rechtsschutz	240
1. Verfügungsgrund bei Unterlassungsbegehren	240
2. Verfügungsgrund bei Verfolgungsbegehren	240
3. Arrestverfahren	241
IV. Die Beweislast beim Vermieterpfandrecht	243
1. Rekurs auf § 1006 BGB	244
2. Ungeschriebene prozessuale Hilfsinstrumente	246
a) Prima facie-Beweis	247
b) Sekundäre Darlegungslast	247
V. Vollstreckungsebene	249
1. Vollstreckung wegen Geldforderungen	249
2. Herausgabevollstreckung	251
3. Schutz der tatsächlichen Vermieterposition über das formelle Recht?	252
D. Sozialkontrolle durch strafrechtliche Sanktionen	253
E. Materiell-rechtliche Verwertung	255
F. Zusammenfassung	258
§ 7 Die Kollisionsebene beim Vermieterpfandrecht	260
A. Konkurrenzen außerhalb der „Mietsicherheiten“	260
I. Das Vermieterpfandrecht im Lichte des Prioritätsprinzips	261
II. Der materiell-rechtliche Vorrang des Vermieterpfandrechts	262
1. Die Aushöhlung des Vermieterpfandrechts	264
2. Das Vermieterpfandrecht als privilegiertes Sicherungsmittel	265
3. Fazit	267
III. Dignität einer richterlichen Rechtsfortbildung	267
1. Ökonomische Analyse	268
2. Werterhöhung	269
3. Alternativlose Haftungsgrundlage?	270
4. Fazit	270
B. Konkurrenzen innerhalb der „Mietsicherheiten“	271
I. Der Umgang der Judikative mit § 551 Abs. 1 BGB	272
II. Teleologische Grundlegung des Kumulationsverbotes	275
III. Das Verhältnis von Vermieterpfandrecht zu § 551 BGB	279
1. Systematische Betrachtung	280

2. Wertungswidersprüche zu anderen Sicherungsformen	282
3. Die zutreffende Handhabung der mietrechtlichen Sicherungsformen im wohnraumrechtlichen Sektor	284
C. Zusammenfassung	285

Dritter Teil

Abschied vom geltenden Vermieterpfandrecht <i>de lege ferenda</i>?	287
---	-----

§ 8 Systematisierung und Bewertung des Vermieterpfandrechts	289
A. Die Legitimität einer heteronomen Rechtssetzung	289
B. Systemkonformität und normative Isolation	291
C. Das methodologische Postulat einer restriktiven Auslegungsmaxime	292
D. Rechtspolitische Bewertung	294
I. Die Grenzen des gesetzlichen Sicherungsmusters	294
1. Bindung an das Kapitalbindungsrisiko des Vermieters	294
2. Dogmatische Grenzen	295
II. Die konzeptionellen Schwächen des gesetzlichen Sicherungsmusters	296
1. Der Anwendungsbereich des Vermieterpfandrechts	296
2. Architektur und funktionelle Einkleidung	297
a) Die räumliche Bindung als konzeptionelle Insuffizienz	298
b) Das Selbsthilferecht als obsoletere Regelungsmaterie	299
3. Verkehrsschutz	300
4. Fehlende Harmonisierung der Sicherungsvorschriften innerhalb der Wohnraummiete	302
§ 9 Reformüberlegungen <i>de lege ferenda</i>	303
A. Regelungskonzeption innerhalb der Geschäftsraumvermietung	304
I. Bestandskraft auf materiell-rechtlicher Ebene	305
1. Konzeption des Vermieterpfandrechts <i>de lege ferenda</i>	305
2. Publizität im Fahrnisrecht und europäische Harmonisierung des Mobiliarsicherungsrechts	308
II. Bestandskraft und Sanierungsprognose	310
III. Verkehrsschutz	312
IV. Beweislastverteilung	313
B. Regelungskonzeption innerhalb der Wohnraumvermietung	314
I. Das Vermieterpfandrecht als <i>Opt-In-Modell</i>	314
II. Der disponible Gestaltungsrahmen <i>de lege ferenda</i>	316
§ 10 Thesen und Schlussbemerkung	319
Literaturverzeichnis	323
Stichwortverzeichnis	364

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AUR	Agrar- und Umweltrecht (Zeitschrift für das gesamte Recht der Landwirtschaft, der Agrarmärkte und des ländlichen Raumes)
BB	Betriebs-Berater
Bekl.	Beklagte(r)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BT	Bundestag/Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
dies.	dieselbe
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
Drs.	Drucksache
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera

EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f. (ff.)	folgende (mehrere folgende) Seiten oder Paragraphen
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FK	Fachanwaltskommentar
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GE	Das Grundeigentum
GG	Grundgesetz
GVKostG	Gesetz über Kosten der Gerichtsvollzieher
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Heidelberger Kommentar
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber; herausgegeben
HS	Halbsatz
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. S.	im Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jher. Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das Juristische Büro
jurisPK-BGB	juris Praxiskommentar BGB
jurisPR-MietR	juris PraxisReport Mietrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
Kl.	Kläger
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LA	Liber Amicorum
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MietRB	Miet-Rechtsberater
Mot.	Motive

MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
PiG	Partner im Gespräch: Schriftenreihe des Evangelischen Bundesverbandes für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis
Prot.	Protokolle
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKO	Reichskonkursordnung
Rn.	Randnummer
S.	Seite; bei Gesetzeszitat: Satz
SchuldR	Schuldrecht
SeuffA	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
s. u.	siehe unten
u.	unten/und
u. a.	unter anderem
v.	von, vor
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WE	Wohnungseigentum, Mietrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuB	Entscheidungsanmerkung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
ZFC	Zeitschrift für französisches Civilrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZNotP	Zeitschrift für notarielle Praxis
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend(er)
ZVI	Zeitschrift für Verbraucher- und Privat- und Nachlassinsolvenzrecht

„Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort.“

Johann Wolfgang von Goethe, Faust, I. Teil

§ 1 Prolegomena

A. Leitmotive und widerstreitende Interessen im Mietsicherungsrecht

Das Mietrecht gilt mitunter als ein „existenzielles“ Schuldverhältnis.¹ Das liegt vor allem daran, dass nicht nur in der Wohnraummiete, sondern auch innerhalb der Geschäftsraummiete der angemietete Raum häufig den zentralen Mittelpunkt der Lebens- und Geschäftsführung bildet.² Für den Immobilienmieter ist das Mietverhältnis eine Möglichkeit, sich ohne erheblichen finanziellen Aufwand eine Räumlichkeit zu verschaffen.³ Demgegenüber sind die Interessen des Immobilienvermieters auf ein werthaltiges Renditeobjekt gerichtet. Die Miete fungiert dabei zunächst als sukzessive Amortisation der geleisteten Investition; später realisiert diese auch eine lukrative Verzinsung des gebundenen Kapitals.⁴

In Deutschland lebten im Jahre 2018 knapp 60% der Bevölkerung in Mietwohnungen.⁵ Die Zahl der Vermieter ist dabei erheblich kleiner, wobei nahezu über ein Drittel der Immobilien von gewerblichen und kommunalen Unternehmen vermietet werden.⁶ Wie die Corona-Pandemie schonungslos in Erinnerung gerufen hat, besteht bei nahezu jedem Mietverhältnis ein Risiko, dass der Mieter seiner schuldrechtlichen Verpflichtung aus § 535 Abs. 2 BGB nicht (mehr) nachkommen kann.⁷ Das belegen auch Zahlen. Die von *Börstinghaus* geschätzten

¹ Siehe nur *Bison*, S. 103 ff.; *Paschke*, S. 159; *Wolter*, S. 399 ff. und *Weller*, JZ 2012, 881 zum Wohnungsmietrecht. Aber auch für den gewerblichen Mieter können Raum, Lage, Örtlichkeit und eine ungestörte Nutzung des Mietobjekts existenzielle Ausmaße annehmen, vgl. *Horst*, NZM 2018, 889 (890 ff.).

² Vgl. *BVerfG* v. 01.07.1964 – 1 BvR 375/62, NJW 1964, 1848 (1850) zum Wohnraummietrecht.

³ *Larenz*, SchuldR II/1, § 48, S. 213.

⁴ *Mooser*, in: *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummiete, Kap. 12, Rn. 1; *Mohr*, ZMR 2010, 413.

⁵ *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 15 Sonderheft 1, Wohnverhältnisse privater Haushalte (2018), S. 17.

⁶ *Warnecke*, in: 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, S. 48; ebenso *Dorn*, in: FS Blank, S. 691 (692).

⁷ Plakativ sei hier nur die staatliche Schließung zahlreicher Gewerbebranchen in den Jahren 2020 und 2021 angeführt. Fehlen konkrete vertragliche Risikozuweisungen wird man gewöhnlich von einer paritätischen Risikoverteilung ausgehen können, dazu *Eckenga/Schirrmaier*, NZM 2020, 410 (414 f.), die aber diese nur innerhalb der ersten zwei Wochen annehmen möchten; *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481 (490); *Zehlelein*, NZM 2020, 390 (398 ff.). Siehe zudem die Beweislastregel in Art. 240 § 7 EGBGB für

Mietrückstände von ca. 2,2 Mrd. A⁸ dürften sich im Anlitz der Auswirkungen der Virus-Pandemie im Jahre 2022 weiter verschärft haben.

Ein Sicherungsinteresse wird beim Mietvertrag besonders virulent. Der Mietzins deckt erfahrungsgemäß lediglich den Gebrauchs- und nicht den mitunter hohen Sach- bzw. Marktwert ab.⁹ Aus der langfristig angelegten Ausgestaltung eines Raummietvertrags können auch nachhaltige Veränderungen der wirtschaftlichen Lage des Mieters evolieren, sodass Vertragsstörungen und Komplikationen in diesem Rechtsfeld zu regelmäßigen Erscheinungen mutieren. Eine wesentliche Gefahr besteht zudem darin, dass der Vermieter seinem Vertragspartner mittelbaren Einfluss auf einen hohen Teil seines gebundenen Kapitals gewährt.¹⁰ Es drohen Verschlechterungen, Schäden und ggf. zeit- sowie kostenintensive Räumungsprozesse. Auch weil das *BVerfG*¹¹ bereits seit Ende des vergangenen Jahrhunderts dem Besitz des Mieters an der Wohnung Verfassungsrang im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG einräumt, ist nicht zuletzt die Informations- und Einwirkungsmöglichkeit des Vermieters eng begrenzt. Die vermietete Räumlichkeit entpuppt sich in der konkreten Rechtspraxis in zahlreichen Fällen besonders während der obligatorischen Gebrauchsgewährung als ein opakes Gebilde. Auf Seiten des Mieters herrscht hingegen ein naturgemäßes Interesse an einer geringen finanziellen Belastung. Mietsicherheiten dürfen hier den privaten oder geschäftlichen Neubeginn des Mieters nicht übermäßig belasten.

Dieses, der *locatio conductio rei* eigene Moment der widerstreitenden Interessen,¹² gerät dabei seit jeher in das Blickfeld legislativer Bemühungen.¹³ Aus Sicht des historischen Gesetzgebers sollten mietrechtliche Sicherheiten einerseits die asymmetrische Risikoverteilung zulasten des Vermieters lindern; andererseits

den Zeitraum v. 31.12.2020 bis 30.09.2022. Art. 240 § 1 EGBGB ist wegen Abs. 4 für Mietverträge nicht anwendbar. Der Mieter kann in Zahlungsverzug geraten, ohne dass der Vermieter für die innerhalb der Viruspanemie angelaufenen Forderungen sein Kündigungsregime ausüben kann (Art. 240 § 2 EGBGB).

⁸ *Börstinghaus*, in: FS Blank, S. 77; *ders.*, NZM 2008, 558 im Jahre 2008.

⁹ *Oestmann*, KritV 86 (2003), 96; *ders.*, in: HKK, §§ 535–580a BGB, Rn. 113.

¹⁰ *Mohr*, ZMR 2010, 413.

¹¹ *BVerfG* v. 28.03.2000 – 1 BvR 1460/99, NJW 2000, 2658 (2659); v. 18.10.1993 – 1 BvR 1335/93, NJW 1994, 41. Das *BVerfG* v. 01.07.1964 – 1 BvR 375/62, NJW 1964, 1848 (1850) hat dies noch offengelassen.

¹² Plakativ auch *Börstinghaus*, NZM 2000, 583: „Das Mietrecht ist weit mehr als andere Rechtsgebiete Interessenrecht.“

¹³ Siehe nur *Mugdan* II, S. 224 = Mot. II, S. 402: „Im Hinblick auf das geltende Recht kann kein Zweifel darüber bestehen, daß dem Vermieter zur Sicherung wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage gegen den Miether ein *besonderes Recht* an den von dem Miether eingebrachten Sachen einzuräumen ist“ (eigene Hervorhebung). Siehe auch BT-Drs. 9/2079, S. 10 zur Einführung der Mietkaution: „Der Entwurf will die unübersichtliche Rechtslage zur Mietkaution bereinigen und stellt einen Ausgleich zwischen dem Sicherungsbedürfnis des Vermieters auf der einen und dem Schutzbedürfnis des Mieters auf der anderen Seite her.“

den „Mietkredit“ des Vertragspartners in effizienter Weise fördern.¹⁴ Ein solches, aus dem Finanzierungsmarkt stammende Phänomen, dass insolvenzfeste Sicherheiten auch den Kredit- oder hier den Mietrahmen günstiger gestalten können,¹⁵ lässt sich auf dem Wohn- und Geschäftsraummarkt heute kaum empirisch belegen.¹⁶ Die im Lichtkegel der gesellschaftlichen und sozialpolitischen Diskussion stehende Preisregulierung in angespannten Wohnungslagen wird seit Jahren abseits dinglicher Sicherheiten geführt: Es geht primär um staatlichen Einfluss¹⁷ oder den Kerngedanken einer liberalen Marktwirtschaft.¹⁸ Als Teil einer gelenkten Privatautonomie ist es für Mietsicherheiten lediglich notwendig, in keinem Spannungsverhältnis zu einem verkehrserleichternden Geltungsrahmen zu stehen.¹⁹ So sollen diese keinesfalls weitreichende Mobilitätshemmnisse erzeugen. Für den Vermieter können Mietsicherheiten mitunter ein wichtiges psychologisches Mittel darstellen. Für ihn geht es darum, *ex ante*-Anreize zu schaffen, damit sich der Mieter innerhalb der gesamten kontraktlichen Spanne vertragskonform verhält. Dem Vertragspartner soll ein *ex-post*-Opportunismus genommen werden.²⁰ Auch deshalb spricht die neuere Institutionenökonomik bei der Implikation von dinglichen Sicherheiten plakativ von einem sich selbst durchsetzenden Vertragsmuster.²¹

Im Grundsatz handelt es sich beim „Mietsicherungsrecht“ um keine eigene Sondermaterie innerhalb der Privatrechtsordnung. Die partizipierenden Mietakteure sind bis auf wenige Schranken größtenteils darin frei, in welcher Form

¹⁴ Früher bereits *Boyens*, in: Gutachten aus dem Anwaltsstande (1890), S. 693 (729 ff.); *Lewinsohn*, in: Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages III, S. 207 (239 ff.); ebenso der Vorentwurf von *Struckmann*, in: Schubert, Vorlagen für die erste Kommission, S. 128 (Nachdruck, S. 378); siehe dazu auch die Denkschrift für den Reichstag (*Mugdan* II, S. 1251). Plakativ auch die Reden im Reichstag pro Vermieterpfandrecht (*Mugdan* II, S. 1319 ff.).

¹⁵ Dazu *Brinkmann*, S. 72; *Duttle*, S. 91 ff.

¹⁶ Siehe hierzu die „Housing and the Economy“-Studie der *OECD* in welcher untersucht wurde, ob bestimmte Faktoren wie beispielsweise auch der Mietzins mit dem Regulierungsgrad einzelner Mitgliedstaaten korreliert. Dabei stellte sich empirisch kein signifikanter Unterschied im Mietzinslevel heraus, vgl. *OECD*, *Housing and the Economy*, S. 18.

¹⁷ Vgl. dazu beispielsweise die „Mietpreisbremse“, eingeführt durch das „Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung“ – Mietrechtsnovellierungsgesetz (BGBl. 2015 I, S. 610). Daneben auch der „Berliner Mietendeckel“, der jüngst vom *BVerfG* v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20, 2 BvL 4/20, 2 BvL 5/20, NJW 2021, 1377 gekippt wurde.

¹⁸ Statt vieler *Kletečka*, AcP 220 (2020), 674 (691) et passim, der konstatiert, dass staatliche Eingriffe zwar kurzfristig Lösungen bereitstellen können, langfristig aber keine gewünschten Effekte erzeugt werden.

¹⁹ BT-Drs. 9/2079, S. 10.

²⁰ *Oestmann*, in: HKK, §§ 535–580a BGB, Rn. 113; aus ökonomischer Perspektive: *Eger*, S. 176 f.

²¹ *Eger*, S. 160 ff.