

DIE EINSTWEILIGE VERFÜGUNG ZUR RÄUMUNG VON WOHNRAUM NACH § 940a ABS. 2 DER DEUTSCHEN ZPO

*Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER**

Bei dem Thema geht es um eine Problematik aus dem einstweiligen Rechtsschutz und aus dem Zwangsvollstreckungsrecht. Beide Rechtgebiete gehören zu den Arbeitsgebieten von *Hakan Pekcanitez*. Ihm ist der folgende Betrag in langjähriger freundschaftlicher Verbundenheit gewidmet.

I. Praktische Relevanz der Räumungsvollstreckung

Die Räumungsvollstreckung wird in der Regel vom Vermieter betrieben, wenn der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses trotz einer entsprechenden Verurteilung nicht freiwillig aus der Wohnung auszieht. Sie spielt ferner eine Rolle, wenn der Eigentümer eines Hauses oder einer Wohnung einen Räumungstitel gegen Hausbesetzer erstritten hat. Schließlich ist der Erwerber einer Immobilie in der Zwangsversteigerung auf die Räumungsvollstreckung angewiesen, wenn der bisherige Eigentümer die versteigerte Wohnung nicht freiwillig übergibt.

II. Durchführung der Räumungsvollstreckung

Die Zwangsräumung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher. Dieser hat den Schuldner aus dem Besitz zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen (§ 885 ZPO). Dazu fordert der Gerichtsvollzieher den Schuldner auf, die Wohnung endgültig zu verlassen. Das wird notfalls mit Gewalt durchgesetzt. Wenn der Schuldner dem Gerichtsvollzieher den

* Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht an der juristischen Fakultät der Justus-Liebig-Universität Gießen

Zutritt zur Wohnung verweigert, darf dieser die Wohnung auch gegen den Widerstand des Schuldners gewaltsam öffnen lassen (§ 758 Abs. 2 ZPO). Dafür braucht er keine besondere richterliche Erlaubnis (§ 758a Abs. 2 ZPO). Ferner nimmt der Gerichtsvollzieher dem Schuldner alle Schlüssel weg und baut gegebenenfalls ein neues Türschloss ein, von dem der Schuldner keinen Schlüssel erhält. Bewegliche Sachen des Schuldners werden vom Gerichtsvollzieher weggeschafft und dem Schuldner oder einem Bevollmächtigten oder einem erwachsenen Familienangehörigen des Schuldners zur Verfügung gestellt. Wenn das nicht möglich ist, werden die beweglichen Sachen vom Gerichtsvollzieher aufbewahrt oder anderweitig in Verwahrung gebracht (§ 885 Abs. 2, 3 ZPO).

Die Besitzeinweisung des Gläubigers erfolgt dadurch, dass ihm die Möglichkeit verschafft wird, die tatsächliche Gewalt über die Räume auszuüben. Zu diesem Zweck werden ihm etwa die Schlüssel für die geräumte Wohnung übergeben. Die Einzelheiten der Vollstreckung nach § 885 ZPO sind für den Gerichtsvollzieher in §§ 128-131 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) konkretisiert. Dabei handelt es sich zwar nicht um ein Gesetz, sondern nur um eine verwaltungsinterne Anweisung. Ihre Beachtung gehört aber zu den Amtspflichten des Gerichtsvollziehers (§ 1 Satz 4 GVGA). Die GVGA soll dem Gerichtsvollzieher das Verständnis der gesetzlichen Vorschriften erleichtern.

III. Möglichkeiten zur Verhinderung oder Verzögerung der Räumungsvollstreckung

Der Räumungsschuldner hat verschiedene Möglichkeiten, die Räumungsvollstreckung zu verhindern oder jedenfalls zu verzögern.

1. Rechtliche Möglichkeiten des Schuldners

Schon im Erkenntnisverfahren kann er sich gem. § 721 ZPO vom Prozessgericht eine angemessene Räumungsfrist von höchstens einem Jahr gewähren lassen und dadurch zunächst einmal einen befristeten Räumungsschutz erreichen. Im Vollstreckungsverfahren kann er nach § 765a ZPO allgemeinen Vollstreckungsschutz beantragen, wenn die Räumung für

ihn auch unter Würdigung der Interessen des Gläubigers eine sittenwidrige Härte bedeuten würde. Das ist etwa dann anzunehmen, wenn für kranke, altersschwache oder suizidgefährdete Schuldner bei der Räumung konkrete Gefahren für Leib oder Leben bestehen. Solche Vollstreckungsschutzanträge von Räumungsschuldnern sind gar nicht selten. Wenn zu erwarten ist, dass der Räumungsschuldner durch die Vollstreckung des Räumungstitels obdachlos wird, benachrichtigt der Gerichtsvollzieher unverzüglich die für die Unterbringung von Obdachlosen zuständige Verwaltungsbehörde (§ 130 Abs. 3 GVGA). Diese kann den Schuldner zur Vermeidung von Obdachlosigkeit auf ihre Kosten wieder in die zu räumende Wohnung einweisen. In diesem Fall unterlässt der Gerichtsvollzieher die Räumungsvollstreckung (§ 130 Abs. 4 GVGA). Alle genannten Möglichkeiten haben zur Folge, dass die Räumungsvollstreckung für den Gläubiger ein schwieriges Geschäft sein kann.

2. Notwendigkeit eines Räumungstitels gegen alle Mitbesitzer

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass nach der inzwischen ständigen Rechtsprechung ein Räumungstitel nicht nur gegen den bisherigen Mieter, Hausbesetzer oder Voreigentümer vorliegen muss, sondern auch gegen alle Mitbesitzer an der Wohnung¹. Deshalb darf die Räumung gegen einen Untermieter², den Ehepartner³, den mitbewohnenden Lebenspartner⁴ oder einen sonstigen Mitbewohner⁵ nur betrieben werden, wenn gegen diese Personen ein eigener Vollstreckungstitel vorliegt. Von diesen Personen hat der Gläubiger aber oft keine Kenntnis, zumindest kennt er nicht ihren Namen. Deshalb kann er sie auch nicht im Räumungsprozess mit verklagen. Wenn der Gerichtsvollzieher im Räumungstermin neben dem im Titel genannten Schuldner weitere Personen in der Wohnung antrifft,

¹ BGH, 25.06.2004 – IXa ZB 29/04, NJW 2004, 3041; 19.03.2008 – I ZB 56/07, NJW 2008, 1956.

² BGH, 18.07.2003 – IXa ZB 116/03, Rpfleger 2003, 596.

³ BGH, 25.06.2004 – IXa ZB 29/04, NJW 2004, 3041.

⁴ BGH, 19.03.2008 – I ZB 56/07, NJW 2008, 1959 f.

⁵ LG Heilbronn, 29.03.2004 – 1 T 308/04 St, DGVZ 2005, 167 ff.; *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl. 2011, § 885 Rn. 19.

gegen die aber kein Räumungstitel vorliegt, darf er gegen sie nicht vollstrecken. Der Gläubiger muss auch die Mitbesitzer dann erst in einem Erkenntnisverfahren auf Räumung verklagen und gegen sie einen Räumungstitel erstreiten. Damit kann ein großer Zeitverlust verbunden sein. Und wenn dann endlich auch gegen die Mitbesitzer ein Räumungstitel vorliegt, werden dem Gerichtsvollzieher beim folgenden Vollstreckungsversuch möglicherweise neue Mitbewohner präsentiert. Dieses „böse Spiel“ lässt sich theoretisch unendlich lange fortsetzen, so dass dem Gläubiger die Räumungsvollstreckung versperrt bleibt. Zwar könnte man überlegen, ob der Gläubiger nicht einen auf die Wohnung bezogenen Räumungstitel erstreiten kann, der dann gegen alle jeweiligen Mitbesitzer an der Wohnung wirkt⁶. Dieser Vorschlag hat sich jedoch nicht durchgesetzt. Eine solche Lösung soll mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) unvereinbar sein⁷.

IV. Vollstreckungserleichterung durch einstweilige Räumungsverfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO

Die Möglichkeiten des Schuldners, eine Räumungsvollstreckung insbesondere durch den Vermieter zu vereiteln, beeinträchtigen dessen verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf effektiven Rechtsschutz⁸. Da Selbsthilfe grundsätzlich verboten ist und der Staat ein Vollstreckungsmonopol hat, muss dieser dafür sorgen, dass ein materieller Anspruch auf Räumung auch durchgesetzt werden kann. Deshalb wurde durch das so genannte Mietrechtsänderungsgesetz vom 11.03.2013⁹ ein neuer § 940a Abs. 2 in die ZPO eingefügt. Danach kann unter bestimmten Voraussetzungen die Räumung von Wohnraum gegen einen Mitbesitzer an der Wohnung auch durch einstweilige Verfügung angeordnet werden. Diese Regelung bringt insofern etwas Neues, als vorher die Räumung von Wohnraum grundsätzlich durch einstweilige Verfügung nur wegen verbotener Eigenmacht oder bei einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben

⁶ Dötsch, ZMR 2012, 83, 84; Schuschke, NZM 2005, 10, 12.

⁷ BT-Drs. 17/10485, S. 33 f.

⁸ Dötsch, ZMR 2012, 83.

⁹ BGBl. I S. 434.

angeordnet werden durfte (§ 940a Abs. 1 ZPO). Es bleibt zwar auch nach Einfügung des neuen Abs. 2 in § 940a ZPO dabei, dass der Gläubiger gegen jeden Mitbewohner einen eigenen Vollstreckungstitel benötigt. Aber er muss dafür kein zeitaufwendiges Hauptsacheverfahren gegen den Mitbewohner durchführen, sondern er kann einen Vollstreckungstitel deutlich schneller im einstweiligen Rechtsschutz erwirken¹⁰.

1. Anwendungsbereich des § 940a Abs. 2 ZPO

§ 940a Abs. 2 ZPO hilft dem Gläubiger nicht bei jeder Räumungsvollstreckung. Die Vorschrift hat vielmehr in mehrfacher Hinsicht einen eingeschränkten Anwendungsbereich.

a. Räumung von Wohnraum

Zunächst gilt die Regelung nur bei der Räumung von Wohnraum. Das ist bemerkenswert, weil die Vollstreckungsprobleme bei der Räumung von Gewerberaum nicht anders liegen. Eine erweiternde Auslegung des § 940a Abs. 2 ZPO oder eine analoge Anwendung bei gewerblichen Räumen ist nicht möglich¹¹, weil der klare Gesetzeswortlaut und die Terminologie in der Gesetzesbegründung¹² auf eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung schließen lassen.

b. Vollstreckung durch den Vermieter

Zweitens kommt eine einstweilige Räumungsverfügung nur für den Vermieter¹³ gegen den Mitbesitzer des Mieters in Betracht. Es muss sich also um vermieteten Wohnraum handeln, und der Kläger muss als Vermieter

¹⁰ Zu diesem Zweck des neuen § 940a Abs. 2 ZPO siehe die amtliche Begründung in BT-Drs. 17/10485, S. 34.

¹¹ Ebenso KG, 05.09.2013 – 8 W 64/13, NJW 2013, 3588 f.; LG Köln, 12.06.2013, 1 T 147/13, NJW 2013, 3589; *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225, 2226; a.M. LG Hamburg, 27.06.2013 – 334 O 104/13, NJW 2013, 3666.

¹² BT-Drs. 17/10485, S. 34.

¹³ LG Arnsberg, 25.02.2014 – 3 S 11/14, NJW-RR 2014, 970; *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225.

Partei des Mietvertrags sein¹⁴. § 940a Abs. 2 ZPO hilft somit nicht bei der Räumungsvollstreckung gegen Hausbesetzer sowie dann, wenn der Erwerber in der Zwangsversteigerung aus dem Zuschlagsbeschluss die Räumungsvollstreckung gegen den Voreigentümer betreibt.

c. Räumungsurteil gegen den Mieter

Außerdem reicht nicht jeder Vollstreckungstitel gegen den Mieter aus. Eine einstweilige Verfügung gegen den Mitbesitzer setzt vielmehr einen im Urteilsverfahren erstrittenen Titel gegen den Mieter voraus. Das ergibt sich aus § 940a Abs. 2, letzter Halbsatz ZPO, wonach der Vermieter vom Mitbesitz des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangen darf. Damit ist die mündliche Verhandlung in einem auf Räumung gerichteten Erkenntnisverfahren gemeint. Eine vollstreckbare Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) und ein für vollstreckbar erklärter Anwaltsvergleich (§§ 794 Abs. 1 Nr. 4b, 796b, 796c ZPO) reichen als Räumungstitel gegen den Mieter nicht aus, um gegen den Mitbesitzer eine einstweilige Räumungsverfügung erwirken zu können.

d. Vollstreckung gegen einen dritten Besitzer

Der Mitbesitzer, gegen den eine Räumungsverfügung erstritten werden soll, darf nicht selbst Mieter sein. Andernfalls ist er nicht Dritter im Sinne von § 940a Abs. 2 ZPO. Gegen den Mieter muss immer ein Räumungstitel im Hauptsacheverfahren ergangen sein. Falls mehrere Personen Mieter sind, muss gegen mindestens einen von ihnen ein Hauptsachetitel vorliegen, um gegen weitere Mitbesitzer, die nicht Mieter sind, nach § 940a Abs. 2 vorgehen zu können. Der Sinn eines notwendigen Hauptsacheverfahrens besteht darin, dass die Beendigung des Mietverhältnisses in einem nicht nur einstweiligen Verfahren geklärt werden soll. Ein Hauptsacheverfahren gegen einen Mieter ist immer erforderlich. Es reicht nicht aus, wenn der oder die Mieter zur freiwilligen Räumung bereit sind, nicht aber ein Dritter als Mitbesitzer¹⁵.

¹⁴ LG Arnsberg, 25.02.2014 – 3 S 11/14, NJW-RR 2014, 970.

¹⁵ *Streyll*, NZM 2012, 249, 252.

2. Verfügungsart

Bei § 940a Abs. 2 ZPO handelt es sich um einen gesetzlichen Fall einer Leistungs- oder Befriedigungsverfügung¹⁶. Der materielle Verfügungsanspruch des Vermieters soll nicht nur gesichert, sondern erfüllt werden. § 940a Abs. 2 ZPO ist gerade darauf angelegt, dass der Vermieter gegen einen Dritten als Besitzer der Wohnung in einem schnellen Verfügungsverfahren genau einen solchen Vollstreckungstitel erlangt, wie er ihn zuvor gegen seinen Mieter in einem Hauptsacheverfahren erstreiten musste.

3. Verfügungsvoraussetzungen

Wie jede einstweilige Verfügung setzt auch diejenige nach § 940a Abs. 2 ZPO einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund voraus.

a. Verfügungsanspruch

Als Verfügungsanspruch kommt jeder materielle Anspruch des Vermieters gegen einen Dritten als Mitbesitzer in Betracht, der auf Räumung von Wohnraum gerichtet ist.

aa. Räumungsanspruch gegen den Besitzer gem. § 546 Abs. 2 BGB

Das ist in erster Linie der Anspruch des Vermieters gegen einen Dritten aus § 546 Abs. 2 BGB. Danach kann der Vermieter dann, wenn der Mieter den Gebrauch der Mietsache einem Dritten überlassen hat, die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern. Der Anspruch ist wie derjenige gegen den Mieter selbst aus § 546 Abs. 1 BGB auf Herausgabe der Mietsache in geräumtem und gereinigtem Zustand gerichtet¹⁷.

bb. Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB

Wenn der Vermieter Eigentümer der vermieteten Wohnung ist, hat er daneben auch einen Herausgabeanspruch gegen den Mitbesitzer aus § 985

¹⁶ Ebenso *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225; *Streyll*, NZM 2012, 249, 253; a.A. *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 940a Rn. 6.

¹⁷ *Jauernig/Teichmann*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 546 Rn. 3, 2; *Streyll*, NZM 2012, 249, 252.

BGB. Denn mit Beendigung des Mietverhältnisses endet auch die von dem Dritten zum Vermieter führende Besitzrechtskette und damit ein Recht zum Besitz. Falls der Dritte den Besitz gar nicht vom Vermieter erlangt hat, ist § 985 BGB sogar der einzige Anspruch des Vermieters beziehungsweise Eigentümers, weil dann die Voraussetzungen für einen Rückforderungsanspruch gegen den Mitbesitzer nach § 546 Abs. 2 BGB gar nicht vorliegen.

Zwar ist der Anspruch aus § 985 BGB nur auf Herausgabe, nicht dagegen auf Räumung gerichtet, wie es der § 940a Abs. 2 ZPO voraussetzt. Der Dritte muss also nur den Besitz aufgeben und auf den Eigentümer übertragen, nicht dagegen die beweglichen Gegenstände entfernen. Trotzdem reicht nach allgemeiner Ansicht auch der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB als Verfügungsanspruch aus¹⁸. Denn das vorrangige Interesse des Vermieters, der durch § 940a Abs. 2 ZPO geschützt werden soll, besteht darin, die tatsächliche Verfügungsbefugnis über die Wohnung zu erlangen. Falls diese nicht ordnungsgemäß geräumt ist, mag das für den Vermieter ärgerlich sein, aber die Räumung kann er dann notfalls selbst vornehmen oder veranlassen¹⁹.

b. Verfügungsgrund

Da es sich bei § 940a Abs. 2 ZPO um eine Leistungs- oder Befriedigungsverfügung handelt, die nicht nur auf Sicherung, sondern auf Erfüllung des materiellen Räumungsanspruchs gerichtet ist, kommt sie nach allgemeiner Ansicht nur unter besonders strengen Voraussetzungen in Betracht. Diese sind – ebenso wie bei anderen spezialgesetzlich geregelten Leistungsverfügungen – in erster Linie ihrer Rechtsgrundlage (hier also § 940a Abs. 2 ZPO) zu entnehmen²⁰.

¹⁸ Börstinghaus, NJW 2014, 2225; Fleindl, ZMR 2013, 677.

¹⁹ Streyll, NZM 2012, 249, 252.

²⁰ Börstinghaus, NJW 2014, 2225, 2227; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 1611; a.M. offenbar Zöller/Vollkommer, § 940a Rn. 6 (Verfügungsgrund sei die fehlende Besitzberechtigung des Dritten).

aa. *Gefahr eines endgültigen Rechtsverlustes*

Nach allgemeinen Regeln kommt eine Leistungs- oder Befriedigungsverfügung nur in Betracht, wenn sie – insbesondere wegen der Gefahr eines endgültigen Rechtsverlustes für den Antragsteller – nötig erscheint. Wenn der Vermieter einen Räumungstitel gegen den Schuldner hat, entsteht für ihn so lange ein endgültiger Rechtsverlust, wie er den Besitz an der vollständig geräumten Wohnung nicht erlangen kann. Deshalb ist eine Räumungsverfügung zur Vermeidung eines endgültigen Rechtsverlustes nötig.

bb. *Keine Kenntnis des Vermieters von der Existenz des Dritten bis zur letzten mündlichen Verhandlung im Räumungsprozess*

Nach § 940a Abs. 2 ZPO darf der Vermieter von dem Besitzerwerb des Dritten an der zu räumenden Wohnung erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Räumungsprozess gegen den Mieter Kenntnis erlangt haben. Hatte er diese Kenntnis schon vorher, hätte er den Mitbesitzer schon in den Räumungsprozess einbeziehen müssen. Dann hätte er auch gegen ihn von vornherein einen Räumungstitel erstreiten können. Diese Voraussetzung beruht auf der für alle einstweiligen Verfügungen geltenden Überlegung, dass es an einem Verfügungsgrund wegen so genannter Selbstwiderlegung fehlen kann²¹. Wenn der Vermieter Kenntnis von dritten Mitbesitzern hat und trotzdem nur einen Räumungsprozess gegen seinen unmittelbaren Mieter führt, begibt er sich sehenden Auges in eine Situation, in der er seinen Räumungsanspruch nicht vollständig durchsetzen kann. Das spricht dann gegen die für eine einstweilige Verfügung erforderliche Dringlichkeit.

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 940a Abs. 2 ZPO schadet dem Vermieter nur positive Kenntnis vom Besitzerwerb eines Dritten. Grob fahrlässige Unkenntnis genügt also nicht. Es kommt also grundsätzlich nicht darauf an, ob der Vermieter die Besitzerlangung durch einen Dritten hätte kennen müssen. Den Vermieter trifft mithin keine Erkundigungsobliegenheit. Das passt zum materiellen Mietrecht. Nach § 540

²¹ Brox/Walker, Rn. 1592.

Abs. 1 BGB darf der Mieter den Gebrauch an der Mietsache nur mit Erlaubnis des Vermieters einem Dritten überlassen. Um diese Erlaubnis muss der Mieter nachfragen. Er muss also dem Vermieter Kenntnis von der beabsichtigten Besitzüberlassung an Dritte verschaffen. Folglich braucht der Vermieter bis zu seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO nur vorzutragen und glaubhaft zu machen, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Räumungsprozess gegen den Mieter keine Kenntnis vom Besitz des Dritten an der Wohnung gehabt zu haben. Davon ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Vermieter offensichtliche Hinweise auf Mitbewohner des Mieters hat, denen er bewusst nicht nachgegangen ist²². In einem solchen Fall ist die Berufung auf fehlende Kenntnis nämlich rechtsmissbräuchlich, so dass es an der für die einstweilige Verfügung erforderlichen Dringlichkeit fehlt.

cc. Keine Notwendigkeit einer Interessenabwägung

Zwar kommt grundsätzlich eine Leistungs- oder Befriedigungsverfügung wegen der Vorwegnahme der Hauptsache nur in Betracht, wenn eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Antragstellers am Erlass der einstweiligen Verfügung und denjenigen des Antragsgegners am Unterbleiben der einstweiligen Verfügung zu Gunsten des Antragstellers ausgeht²³. Im Fall des § 940a Abs. 2 ZPO ist eine solche Interessenabwägung bei der Prüfung des Verfügungsgrundes jedoch nicht erforderlich²⁴. Diese Interessenabwägung hat der Gesetzgeber nämlich in den Tatbestandsvoraussetzungen des § 940a Abs. 2 ZPO bereits untergebracht²⁵. Wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen, ist davon auszugehen, dass die Interessen des Vermieters an einer schnellen Titulierung des Räumungsanspruchs gegenüber den Interessen des

²² Schuschke, NZM 2012, 209, 211; ders., Räumungsprozess und Räumungsvollstreckung, 3. Aufl. 2013, S. 97.

²³ Brox/Walker, Rn. 1611; Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993, Rn. 258 ff.

²⁴ Ebenso LG Mönchengladbach, 10.12.2013 – 2 T 62/13, NJW 2014, 950; Börstinghaus, NJW 2014, 2225, 2227; Fleindl, ZMR 2013, 677, 679.

²⁵ Brox/Walker, Rn. 1611.

Mitbewohners am Besitz der Wohnung überwiegen. Diese pauschalierende Lösung ist auch sachlich berechtigt. Eine Interessenabwägung ist nämlich vor allem von dem voraussichtlichen Ausgang eines hypothetischen Hauptsacheverfahrens abhängig²⁶. Da nach § 940a Abs. 2 ZPO der Vermieter bereits einen Räumungstitel gegen seinen Mieter erstritten haben muss, spricht alles dafür, dass er unproblematisch auch einen entsprechenden Titel gegen einen dritten Besitzer erlangen könnte. Die amtliche Gesetzesbegründung zu § 940a Abs. 2 ZPO geht ebenfalls davon aus, dass die Erlangung eines Titels gegen den Mitbesitzer „reine Formsache“ sei²⁷.

4. Inhalt der einstweiligen Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO

Nach § 938 Abs. 1 ZPO entscheidet grundsätzlich das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen in der einstweiligen Verfügung zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind. Davon macht § 940a Abs. 2 ZPO nur scheinbar eine Ausnahme. Danach darf zwar nur die Räumung von Wohnraum angeordnet werden²⁸. Aber die Reduzierung des gerichtlichen Ermessens auf Null ergibt sich schon aus dem auch für § 938 Abs. 1 ZPO geltenden Grundsatz, dass die einstweilige Verfügung sich im Rahmen des gestellten Antrags halten muss. Dieser muss bei einer Leistungs- oder Befriedigungsverfügung so bestimmt sein, wie der Antrag bei einer Leistungsklage im Hauptsacheprozess²⁹. Und der Verfügungsantrag lautet im Fall des § 940a Abs. 2 ZPO eben auf Räumung.

Falls der Antrag auf Erlass einer Räumungsverfügung auf den Verfügungsanspruch des Vermieters aus § 985 BGB gestützt wird und deshalb der Antrag nicht auf Räumung, sondern „nur“ auf Herausgabe gerichtet ist, darf konsequenterweise auch in der einstweiligen Verfügung nur die Herausgabe der Wohnung angeordnet werden³⁰.

²⁶ Walker, Rn. 261 f.

²⁷ BT-Drs. 17/10485, S. 34.

²⁸ Abramenko, DGVZ 2013, 42, 43.

²⁹ Brox/Walker, Rn. 1618.

³⁰ Streyll, NZM 2012, 249, 252.

V. Verbleibende Hindernisse für eine effektive Räumungsvollstreckung

Mit § 940a Abs. 2 ZPO sind allerdings wesentliche Probleme des Gläubigers bei der Räumungsvollstreckung nicht gelöst³¹.

1. Unbekannter Mitbesitzer

Eine einstweilige Räumungsverfügung gegen den Besitzer kann der Vermieter nur dann beantragen, wenn er den Besitzer kennt. Allein dadurch, dass er nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Räumungsprozess gegen den Mieter, möglicherweise erst anlässlich des Vollstreckungsversuchs durch den Gerichtsvollzieher, von der Existenz eines dritten Besitzers erfährt, erlangt er noch keine Kenntnis vom Namen des Dritten. Zwar ist der Gerichtsvollzieher verpflichtet, den Namen der in der Wohnung angetroffenen Personen festzustellen, um deren Identität zu prüfen und damit zu verhindern, dass gegen die falschen Personen vollstreckt wird³². Probleme entstehen aber dann, wenn die in der zu räumenden Wohnung angetroffenen Personen ihren Namen nicht nennen. Es wird für den Gerichtsvollzieher keinesfalls immer möglich sein, den Namen des Mitbesitzers anhand der Tür- oder Briefkastenschilder sicher festzustellen, und Besitz an der Wohnung kann auch jemand haben, der nicht offiziell mit dieser Wohnungsanschrift beim Einwohnermeldeamt gemeldet ist³³. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll in einem solchen Fall ein Rechtsmissbrauch des Dritten vorliegen, der den Gerichtsvollzieher zur Räumung auch gegen den im Titel nicht genannten Besitzer berechtigt³⁴. Dabei stützt sich die amtliche Begründung zu § 940a Abs. 2 ZPO auf eine Entscheidung des Landgerichts Lübeck³⁵. Die Verfasser der amtlichen Begründung haben jedoch übersehen, dass der Bundesgerichtshof die

³¹ Kritisch auch *Dötsch*, ZMR 2012, 83 f.; *Fischer*, DGVZ 2012, 151, 154 ff.; *Flatow*, NJW 2013, 1185, 1191; *Schuschke*, NZM 2012, 209 ff.

³² *Schuschke/Walker*, § 750 Rn. 1, 2, 15 ff.; vgl. auch BT-Drs. 17/10485, S. 34.

³³ Zu optimistisch *Flatow*, NJW 2013, 1185, 1190.

³⁴ BT-Drs. 17/10485, S. 34.

³⁵ LG Lübeck, 23.04.2008 – 7 T 193/08, DGVZ 2008, 172 ff.

Entscheidung des Landgerichts Lübeck aufgehoben hat und selbst im Fall eines Rechtsmissbrauchs eine Vollstreckung ohne einen Räumungstitel gegen den im Titel nicht genannten Besitzer für unzulässig hält³⁶. Die Gerichtsvollzieher werden daher das Risiko einer Vollstreckung ohne Titel gegen den Besitzer, der seinen Namen nicht nennt, kaum eingehen, zumal ein solches Vorgehen in der GVGA nicht vorgesehen ist³⁷. Zwar kann der Gläubiger den Mieter gerichtlich auf Auskunft über die Person des Dritten in Anspruch nehmen, weil diese Auskunftserteilung zu den vertraglichen oder nachvertraglichen Nebenpflichten des Mieters gehört. Aber das kostet auch wieder Zeit, in der eine Räumungsvollstreckung gegen den Dritten nicht möglich ist. Davon abgesehen versagen solche Auskunftsbegehren im Zweifel, wenn der mitbesitzende Dritte sein Besitzrecht gar nicht vom Mieter, der möglicherweise vorher schon ausgezogen ist, ableitet. Das betrifft Hausbesetzer und andere unbekannte Alleinbesitzer³⁸.

2. Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Besitzers

Selbst wenn der Mitbesitzer identifiziert werden kann und der Vermieter gegen ihn eine einstweilige Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO erwirkt, kann der Mitbesitzer noch Rechtsmittel und Rechtsbehelfe gegen die einstweilige Verfügung einlegen. Insbesondere kann er nach §§ 936, 926 ZPO beim Gericht die Anordnung beantragen, dass der Vermieter gegen ihn Räumungsklage im Hauptsacheverfahren erheben muss. Bei nicht fristgerecht erhobener Hauptsacheklage kann der Mitbesitzer dann die Aufhebung der Räumungsverfügung erzwingen (§ 926 Abs. 2 ZPO). Durch den Aufhebungsantrag wird zwar die Vollziehung der einstweiligen Verfügung nicht sofort gehemmt. Aber schon während des Aufhebungsverfahrens kann das Gericht ihre Vollstreckung einstweilen einstellen. Die Einstellungsmöglichkeit ist zwar in § 924 Abs. 3 S. 2 ZPO

³⁶ BGH, 14.08.2008 – I ZB 39/08, NJW 2008, 3287; die Entscheidung ist sogar auf derselben Seite der Bundestagsdrucksache in anderem Zusammenhang zitiert.

³⁷ Kritisch auch *Fischer*, DGVZ 2012, 151, 154; dennoch für die Anwendung von § 242 BGB plädierend *Dötsch*, ZMR 2012, 83.

³⁸ Vgl. auch *Flatow*, NJW 2013, 1185, 1191.

unmittelbar nur für das Widerspruchsverfahren geregelt, das sich an eine ohne mündliche Verhandlung erlassene einstweilige Verfügung anschließen kann. Aber diese Vorschrift wird für das Aufhebungsverfahren nach § 926 Abs. 2 ZPO entsprechend angewendet³⁹; denn das Interesse des Verfügungsgegners, sich gegen eine einstweilige Verfügung zu wehren und schnellen Schutz vor deren Vollziehung zu erhalten, besteht unabhängig davon, ob er mit dem Widerspruch oder einem Aufhebungsantrag gegen die einstweilige Verfügung vorgeht⁴⁰. Auch dadurch kann die Räumungsvollstreckung hinausgezögert werden. Die gewünschte Beschleunigungswirkung hat § 940a Abs. 2 ZPO also nur gegenüber Dritten, die sich nicht verteidigen; diese werden aber in der Regel freiwillig räumen, wenn der Vermieter räumen muss⁴¹.

3. Ständig neue Besitzer

Vor allem hat ein böswilliger Mieter die Möglichkeit, dem Gerichtsvollzieher bei jedem Räumungsversuch immer wieder neue Mitbesitzer zu präsentieren. Gegen diese kann der Vermieter zwar ebenfalls eine einstweilige Verfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO erwirken, sofern sie identifizierbar sind. Aber dieses „Spiel“ kann lange fortgesetzt werden, und in dieser Zeit hat der Gerichtsvollzieher dann keine Möglichkeit zur vollständigen Räumung. Zwar wird ein Mieter in der Regel kaum auf so viele Personen zurückgreifen können, die sich als Wohnungsbesitzer zur Verfügung stellen, dass durch sie eine Räumung auf Dauer verhindert werden kann⁴². Aber in dieser Art von Rechtsmissbrauch liegt doch ein erhöhtes Verzögerungspotenzial⁴³.

³⁹ OLG Düsseldorf, 09.09.1969 – 3 W 266/69, NJW 1970, 254; MüKo/Drescher, 4. Aufl. 2013, § 926 Rn. 21; Schuschke/Walker, § 926 Rn. 23 m.w.N. inFn. 122; Walker, Rn. 602; Zöller/Vollkommer, § 926 Rn. 28.

⁴⁰ Schuschke/Walker, § 926 Rn. 23.

⁴¹ Schuschke, NZM 2012, 209, 211; ders., Räumungsprozess und Räumungsvollstreckung, S. 98.

⁴² So schon Streyll, NZM 2012, 249, 255.

⁴³ Ebenso Dötsch, ZMR 2012, 83, 84; Flatow, NJW 2013, 1185, 1191.

4. Kosten

Der Gesetzgeber geht davon aus, durch § 940a Abs. 2 ZPO dem Vermieter nicht nur eine schnelle, sondern auch eine kostengünstige Titulierung seines Räumungsanspruchs gegen mitbesitzende Dritte zu ermöglichen⁴⁴. Das trifft aber nur zu, so lange es bei dem Eilverfahren nach § 940a Abs. 2 ZPO bleibt. Wenn der Dritte nach Erlass einer Räumungsverfügung nach § 926 Abs. 1 ZPO die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens beantragt, sind die Kosten sogar höher als bei einer sofortigen Räumungsklage gegen den Dritten⁴⁵. Dieses zusätzliche Hauptsacheverfahren muss der Vermieter einleiten, wenn er nicht die Aufhebung der Räumungsverfügung nach § 926 Abs. 2 ZPO und eine Verurteilung zum Schadensersatz nach § 945 ZPO in Kauf nehmen will. Auf den Kosten des Verfügungsverfahrens und des Hauptsacheverfahrens bleibt der Vermieter auch dann sitzen, wenn er obsiegt, sofern der Mitbesitzer kein pfändbares Vermögen hat. Diese Gefahr ist groß, wenn schon das Mietverhältnis mit dem Mieter beendet wurde, weil dieser die Miete nicht mehr zahlen konnte; denn dann wird zumeist auch sein Mitmieter nicht zahlungsfähig sein⁴⁶.

VI. Zusammenfassung und Bewertung des § 940a Abs. 2 ZPO

Die Absicht des Gesetzgebers, die Räumungsvollstreckung durch den Vermieter im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes zu erleichtern, kann nur begrüßt werden. Das zu diesem Zweck gewählte Modell der einstweiligen Räumungsverfügung ist allerdings nur zum Teil geeignet, die Vollstreckungsprobleme des Vermieters zu lösen⁴⁷.

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 940a Abs. 2 ZPO auf die Räumungsvollstreckung durch den Vermieter ist nicht sachgerecht. Der Erwerber in der Zwangsversteigerung, der die Räumung gegen den

⁴⁴ BT-Drs. 17/10485, S. 34.

⁴⁵ *Dötsch*, ZMR 2012, 83, 84; *Schuschke*, Räumungsprozess und Räumungsvollstreckung, 3. Aufl. 2013, 98 f.; *ders.* NZM 2012, 209, 211.

⁴⁶ *Schuschke*, Räumungsprozess und Räumungsvollstreckung, S. 99.

⁴⁷ So schon *Schuschke*, NZM 2012, 209.

bisherigen Eigentümer betreibt, hat dasselbe berechnigte Räumungsinteresse wie der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses. Auch die fehlende Einbeziehung der Gewerberaummiete ist nicht berechnigt⁴⁸. Selbst wenn dort die praktische Relevanz von Räumungsproblemen weniger groß sein sollte, als bei der Wohnraummiete, kann die Vollstreckung auch bei der Gewerberaummiete an bisher nicht bekannten Mitbesitzern scheitern. Außerdem ist der nichtberechnigte Besitzer von Gewerberaum nicht schutzwürdiger als der Besitzer einer Wohnung. Zwar ist bei der Gewerberaummiete im Gegensatz zur Wohnraummiete eine einstweilige Verfügung nicht auf den Verfügungsgrund der verbotenen Eigenmacht oder der konkreten Gefahr für Leib oder Leben beschränkt (vgl. § 940a Abs. 1 ZPO); aber die allgemeinen Voraussetzungen für eine Leistungsverfügung sind so streng, dass die Anwendbarkeit des § 940a Abs. 2 ZPO auch die Räumungsvollstreckung bei der Gewerberaummiete erleichtern würde. Schließlich hilft § 940a Abs. 2 ZPO nicht bei der Räumungsvollstreckung gegen solche Besitzer, deren Namen nicht bekannt sind. Die Vorstellung des Gesetzgebers, die Räumung dürfe auch ohne Titel gegen den Besitzer betrieben werden, wenn dieser seinen Namen rechtsmissbräuchlich nicht preisgebe, würde nur dann zutreffen, wenn der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zur Notwendigkeit eines Titels auch bei rechtsmissbräuchlicher Vollstreckungsvereitelung ändern würde. Schließlich tragen auch die Verteidigungsmöglichkeiten des Dritten gegen die einstweilige Räumungsverfügung dazu bei, dass die Räumungsvollstreckung nicht so effektiv möglich ist, wie es wünschenswert wäre. Vor allem ist das Problem des böswilligen Räumungsschuldners, der ständig neue Mitbesitzer präsentiert, trotz § 940a Abs. 2 ZPO nur in den Griff zu bekommen, wenn die Rechtsprechung zur Notwendigkeit eines Titels selbst bei kollusivem Zusammenwirken von Mieter und Drittem zwecks rechtsmissbräuchlicher Vollstreckungsvereitelung sich ändert.

⁴⁸ Ebenso *Streyll*, NZM 2012, 249, 255 f.