

**VOLLSTRECKUNGSRECHTSDOGMATIK UND
VOLLSTRECKUNGSREFORM**

**Zur Rolle der Prozeßrechtswissenschaft
bei aktuellen deutschen Vollstreckungsrechtsreformen**

Prof. Dr. Nikolaj FISCHER^{,**}*

I. Einleitung: ZPO-Reformen, zivilprozessuale Forschung und Lehre

Das grundsätzliche Verhältnis von Verfahrensrechtsgesetzgebung - hier auf dem Gebiet des Vollstreckungsrechts - und der Zivilprozeßrechtswissenschaft ist besonders in Zeiten reformfreudiger Gesetzgeber ein dogmatisch wie rechtspolitisch spannendes (General-) Thema. Zugleich ist es ein Topos, der den Jubilar - ausweislich seines wissenschaftlichen wie rechtspolitischen Wirkens - bewegt hat, dessen Schaffen zwar weite Bereiche des Zivilprozeßrechts umfaßt, aber zugleich nicht nur auf die reine Rechtswissenschaft beschränkt ist¹. Demzufolge ist

* J.W. Goethe-Universität Frankfurt a.M./Universität Kassel

** Der Verfasser lehrt als apl. Professor am Institut für Internationales und Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung am FB Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/M. (vgl. <http://www.jura.uni-frankfurt.de/41075263/Fischer>) und ist (u.a.) ständiger Kanzlervertreter an der Universität Kassel. Der Stand der Nachweise (und Abrufdatum für die folgenden Internetverweise) ist der 31.10.2014.

¹ Der Verf. dankt daher einem der (vielen) Schüler von *Hakan Pekcanitez* für die wertvollen Hinweise auf das weitreichende Wirken des Jubilars gerade auf dem Gebiet des türkischen Zivilprozeß-, Schuldbetreibungs- und Insolvenzrechts: Man denke hier insbesondere an die zum 01.10.2011 in Kraft getretene neue türkische Zivilprozeßordnung, die unter seiner Leitung von einer Expertenkommission erstellt wurde, sowie an den Auftrag des türkischen Justizministeriums für den Entwurf einer

der vorliegende Festschriftbeitrag² einem Thema aus dem Schnittfeld von (Verfahrens-) Rechtspolitik und Rechtsdogmatik gewidmet. Wie dem Jubilar aus seinen Besuchen am Frankfurter Fachbereich Rechtswissenschaft³ bekannt ist, liegt der Fokus der dortigen (hier so genannten) „Frankfurter Schule des Zivilprozeßrechts“ typischerweise auf der Verbindung von (Zivilprozeß-) Rechtsdogmatik und (Verfahrens-) Rechtspolitik (vgl. dazu II.). So mag es auch den Jubilar nicht überraschen, daß der vorliegende Beitrag aus Frankfurter Feder die jüngsten beiden Reformen des deutschen Vollstreckungsrechts (dazu III.) fokussiert. Der Ausblick zu diesem Beitrag ist auf mögliche (verfahrens-) rechtspolitische Folgerungen gerichtet angesichts der zu konstatierenden (zivilprozeß-) rechtsdogmatischen Schwächen der Reform (vgl. IV.).

II. Zum Generalthema: Verfahrensrechtsreform und Prozeßrechtswissenschaft

Den rechtspolitischen Anlaß für einen vertieften Blick auf das deutsche Vollstreckungsrecht bieten die beiden jüngsten Reform des deutschen Vollstreckungsrechts, zum einen das - im wesentlichen zum 01.01.2013 in Kraft getretene - „Gesetz zur Reform der Sachaufklärung“⁴, zum anderen das

Neufassung des Schuldbeitreibungs- und Konkursgesetzes an den Jubilar und weitere türkische Prozessualisten.

² Siehe zum „Festschriften(un)wesen“ z.B. von *Münch*, NJW 2000, S. 3253 ff.; siehe zum Wert von Festschriften und Tagungsbänden auch die Kontroverse zwischen *Hoeren*, NJW 2001, S. 2229 f.; und *Lorenz*, NJW 2001, S. 3241 f. Siehe allg. auch *Sendler*, NJW 2002, S. 1177 f.; *Schulze-Fielitz*, DVBl. 2000, S. 1260 ff. („Festschriften im Dienst der Wissenschaft“).

³ Dieser feiert mit der Johann Wolfgang Goethe-Universität im Jahr 2014 seinen einhundertjährigen Geburtstag, s. dazu FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014.

⁴ Das am 18.06.2009 vom Deutschen Bundestag beschlossene „Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung“ ist im wesentlichen zum 01.01.2013 in Kraft getreten, vgl. das Gesetz vom 29.07.2009, BGBl. I S. 2258. Siehe zur Gesetzgebungshistorie insb. den (BMJ-) „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung“ (Stand: 01.01.2006), S. 1 ff. (im folgenden hier „Diskussionsentwurf“, DiskE genannt); den Gesetzentwurf des Bundesrates v.

„Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln“ (kurz: MietRÄndG) zum 01.05.2013⁵.

Vor einer diesbezüglichen Betrachtung soll das Spezialthema der aktuellen Vollstreckungsrechtsreformen jedoch in einen etwas größeren Zusammenhang eingeordnet werden⁶. Dieser betrifft das Verhältnis von Verfahrensrechtsreformen und Zivilprozeßrechtswissenschaft – hier am Beispiel der beiden jüngsten Reformen des deutschen Vollstreckungsrechts. Von grundsätzlichem Interesse ist dabei die Rolle der Prozeßrechtswissenschaft bei der Entstehung und Begleitung dieser Reformen⁷. In historischer Sicht ist hier zunächst an die Beiträge der Prozeßrechtswissenschaft bei der Weiterentwicklung der Zivilprozeßordnung seit ihrer Entstehung als (Reichs-) Civilprozeßordnung vom 30.01.1877⁸ zu denken⁹. In diesem Zusammenhang soll jedoch nicht von den Verdiensten um die Prozeßrechtsentwicklung der von *Gerhard Schiedermair* begründeten (hier so genannten) „Frankfurter Schule des Prozeßrechts“ die Rede sein, zumal deren Bedeutung (insbesondere seit den

30.07.2008 (samt der Stellungnahme der Bundesregierung auf S. 55 ff.), BT-Dr. 16/10069 (hier kurz „Entwurf“, E, genannt) sowie die Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 17.06.2009, BT-Dr. 16/13432. Vgl. zum Diskussionsentwurf m.w.N. *N. Fischer*, DGVZ 2007, S. 111 ff., 114 ff.; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff.

⁵ Das MietRÄndG vom 11.03.2013 ist am 18.03.2013 (BGBl. I 434) verkündet worden und (mit kleineren Ausnahmen, vgl. dessen Art. 9 Abs. 2) zum 01.05.2013 in Kraft getreten, s. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff. m.w.N.

⁶ Vgl. dazu bereits *N. Fischer*, Prozeßrechtswissenschaft und Prozeßrechtsgesetzgebung, in: FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff. m.w.N.

⁷ Siehe zur „Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz“ nur *Larenz*, JuS 1971, S. 449 ff., sowie zum „praktischen Nutzen der Jurisprudenz“ *Hoeren*, ZRP 1996, S. 284 ff.; jeweils m.w.N.

⁸ Vgl. den Überblick bei *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 30 f., 43 m.w.N.

⁹ Zu den „Entwicklungslinien“ im dt. Zivilprozeßrecht vgl. m.w.N. insb. *Baur*, NJW 1987, S. 2636 ff.

späten fünfziger Jahren¹⁰) bereits andernorts ausführlich beschrieben wurde¹¹. Auch die seit dem Ende der sechziger Jahre von der Frankfurter Fakultät ausgehenden Impulse für ein (damals) sehr modernes, insbesondere soziologische Fragestellungen berücksichtigendes Verständnis des Verfahrensrechts¹² sollen hier bereits als bekannt zugrundegelegt werden¹³. Für die Rolle der Zivilprozeßrechtswissenschaft bei der Entwicklung des deutschen (Zivil-) Verfahrensrechts in jüngerer Zeit ist exemplarisch die sog. Große ZPO-Reform des Jahres 2002 zu nennen: Beiträge der Prozeßrechtswissenschaft haben einerseits Anstöße zu wichtigen Reforminhalten gegeben, man denke hier besonders an die Reform des Rechtsmittelrechts¹⁴ einschließlich des Instanzenzuges in Zivilsachen¹⁵. Andererseits haben (kritische) Diskussionsbeiträge der Prozessualistik auch dazu geführt, daß es zu erheblichen Reformmodifikationen gekommen ist¹⁶.

¹⁰ Siehe dazu näher *Arens/W. Müller-Freienfels*, in ihrem Geleitwort (S. VIII), in G. Lüke/Jauernig (Hg.), FS Schiedermaier, 1976.

¹¹ Dazu näher *Gilles*, in Diestelkamp/Stolleis (Hg.), Frankfurter Juristen, S. 292 ff. m.w.N.

¹² Vgl. für die Offenheit von *Schiedermaier* für „sozialwissenschaftliche, berufspraktische, rechtspolitische oder rechtsvergleichende Aspekte“ hier nur *Gilles*, in Diestelkamp/Stolleis (Hg.) Frankfurter Juristen, S. 292 ff., 299 f.

¹³ Siehe etwa zu „Verfahrensfunktionen und Legitimitätsproblemen richterlicher Entscheidungen im Zivilprozeß“ *Gilles*, in G. Lüke/Jauernig (Hg.), FS Schiedermaier, 1976, S. 183 ff. m.w.N.

¹⁴ Vgl. zur „Rechtsmittelreformproblematik“ allg. und m.w.N. *Gilles*, Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1972; *Gilles*, Rechtsmittel im Zivilprozeß aus juristischer Sicht. Kurzüberblick über Entwicklungen, Stand und Reformanliegen der Rechtsmitteldiskussion in Theorie, Praxis und Politik, in: *Gilles/Röhl/Stempel/Schuster* (Hg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß – unter besonderer Berücksichtigung der Berufung, 1985, S. 11 ff., 15 f.; *Gilles*, JZ 1985, S. 253 ff., 254; *Gilles*, Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik. Vorstudie zur Analyse und Reform der Rechtsmittel in der Zivilgerichtsbarkeit, 1992, S. 148 ff. Siehe zur „Reformgeschichte der ZPO“ und zum „Reformprozeß der Prozeßreform“ anschaulich Stein/Jonas, 20. Aufl., *Schumann*, Einleitung, Rn. 105 ff.; sowie zur Reformierung im Rahmen des ZPO-RG m.w.N. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 22 ff.

¹⁵ Siehe dazu (mit weiteren Literaturnachweisen) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 951 ff.; s.a. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 22 ff.; jeweils m.w.N.

¹⁶ Vgl. m.w.N. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 19 ff.

So ist etwa die völlige Neuregelung des Instanzenzuges in Zivilsachen¹⁷ bis heute unterblieben, auch eine vorgesehene „Experimentierklausel“¹⁸ blieb ungenutzt. Selbst nach dem Inkrafttreten des (sog.) ZPO-Reformgesetzes (ZPO-RG) zum 01.01.2002¹⁹ sind die damaligen Neuregelungen immer wieder Gegenstand rechtswissenschaftlicher Kontroversen gewesen, wie insbesondere zum reformierten Berufungs- (§§ 511 ff. ZPO) oder Revisionsrecht gem. §§ 542 ff. ZPO²⁰.

Wie diese Beispiele verdeutlichen, ist es damals wie heute Aufgabe und Anliegen der (Prozeß-) Rechtswissenschaft, (Prozeßrechts-) Rechtspraxis und Rechtssetzung kritisch zu begleiten. Diese Aufgabe hat *Wilhelm Sirp* - allgemein für die Rechtswissenschaft - zutreffend wie folgt umschrieben²¹: Als anwendungsbezogene Wissenschaft hat die Rechtswissenschaft die Aufgabe, Entscheidungen der Rechtspraxis vorzubereiten. Zudem schafft sie als Norm- und Interpretationswissenschaft „in vermittelnder Funktion zwischen Gesetz und der Praxis durch ihre dogmatischen und methodischen Lehren und Hilfen unentbehrliche Voraussetzungen dafür, daß die Rechtspraxis ihre Aufgaben sachgerecht erfüllen kann“²². Damit gehört es zu den Aufgaben der (Zivil-) Prozeßrechtswissenschaft, auch die „Funktionsweise“ neuer zivilprozessualer Rechtsinstitute kritisch-konstruktiv zu untersuchen – mit dem Ziel, vermeidbare Störungen im grundsätzlich austarierten (zivilprozessualen) Rechtsschutz- und Vollstreckungssystem möglichst gar nicht entstehen zu lassen. Dies gilt gerade dann, wenn (rechtsdogmatisch wie verfahrensrechtspolitisch) nicht gerechtfertigte Asymmetrien bei der gesetzlichen Stellung der grundsätzlich

¹⁷ Siehe z.B. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 34, 929 ff.; *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 24 ff.; jeweils m.w.N.

¹⁸ Vgl. dazu nur *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 25 m.w.N.

¹⁹ Siehe *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 34 f., 43; s.a. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 2; jeweils m.w.N.

²⁰ Vgl. zu beidem m.w.N. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 22 ff.

²¹ So (nahezu wörtlich für die Rechtswissenschaft allg.) *W. Sirp*, in seinem Beitrag „Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in der Juristenausbildung“ in Prütting (Hg.), Festschrift Baumgärtel, 1990, S. 515 ff., 518.

²² *W. Sirp*, in Prütting (Hg.), Festschrift Baumgärtel, 1990, S. 515 ff., 518.

„waffengleichen“²³ Verfahrensbeteiligten im Rechtsschutzsystem drohen. Es ist jedoch die Frage zu stellen, ob und inwieweit die Zivilprozeßrechtswissenschaft dieser Aufgabe im Hinblick auf die o.g. beiden jüngsten Reformen des Zwangsvollstreckungsrechts in Deutschland gerecht geworden ist. Zur Bestimmung des diesbezüglichen Beitrags der Wissenschaft liegt es nahe, zunächst die Beratungsgegenstände der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer der letzten Jahre in den Blick zu nehmen²⁴. Jedenfalls auf der Agenda der (iü. sehr ertragreichen) Hallenser Tagung des Jahres 2012 findet sich etwa das MietRÄndG (als jüngste Vollstreckungsrechtsreform) nicht als Tagesordnungspunkt²⁵. Dasselbe gilt für die Wiener Tagung der Zivilprozeßrechtslehrer im Jahr 2010²⁶. Das deutet zumindest darauf hin, daß zumindest das MietRÄndG ungeachtet der rechtspolitischen Aktualität seiner zivilprozessualen Komponenten (diesbezüglich) bisher nicht Gegenstand breiterer wissenschaftlicher Erörterung gewesen ist²⁷. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man den Fokus auf die zivilprozessualen Diskussionsbeiträge im Rahmen der

²³ Vgl. zum (verfassungsrechtlichen) Gebot „prozessualer Waffengleichheit“ hier nur *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 8 f. m.w.N.

²⁴ Siehe unter <http://www.zivilprozessrechtslehrer.de/> (unter „Vorangegangene Tagungen“).

²⁵ Vgl. unter <http://www.zivilprozessrechtslehrer.de/> (unter „Vorangegangene Tagungen“: Halle 2012: Insolvenz im Umbruch / Die Revision der EuGVVO / Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa? / Mindeststandards im Zivilprozessrecht).

²⁶ Siehe unter <http://www.zivilprozessrechtslehrer.de/> (unter „Vorangegangene Tagungen“: Wien 2010: Geheimnisschutz im Zivilrecht aus deutscher, österreichischer und schweizerischer Sicht / Grundfragen und aktuelle Probleme der Mediation).

²⁷ Hier einmal rein „formal“ unterschieden nach Praktikerbeiträgen (ungeachtet ihrer Wissenschaftlichkeit) und Beiträgen von im wes. hauptamtlich tätigen Hochschullehrern. Bezüglich der (damaligen) Beratungen zum Vollstreckungsrecht (vgl. zum diesbzgl. Diskussionsbericht *McGuire*, ZZP 121 (2008), S. 503 ff.) auf der Osnabrücker Tagung des Jahres 2008 ist anzumerken, daß das MietRÄndG erstmals mit dem sog. Initiator- (Diskussions-) Entwurf des BMJ im November 2010 vorgestellt wurde; s. zur Osnabrücker Tagung unter <http://www.zivilprozessrechtslehrer.de/> (unter „Vorangegangene Tagungen“: Osnabrück 2008: Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts).

Reformdiskussion richtet²⁸. Im Gegensatz zu den Diskussionen im Vorfeld des (o.g.) ZPO-RG²⁹ ist festzuhalten, daß insbesondere die zivilprozessualen Neuerungen des MietRÄndG bisher nicht zu einer intensiven Befassung oder gar zu einer breiteren Diskussion innerhalb der Zivilprozeßrechtswissenschaft³⁰ geführt haben. Dies mag man auch dem Umstand zuschreiben, daß das Miet- und Mietprozeßrecht - ungeachtet der berufspraktischen Bedeutung dieser Rechtsmaterien - in Deutschland bisher eher wissenschaftliche „Spezialmaterien“ darstellen, die ohnehin nicht zum „klassischen“ Kanon der rechtswissenschaftlichen Lehre gehören³¹. Dieser Befund ist jedoch deswegen bemerkenswert, da es gerade auch zu den Verdiensten der Zivilprozeßrechtswissenschaft in jüngerer Zeit³² gehört, daß das im akademischen Unterricht zu vermittelnde Verfahrensrecht nicht mehr

²⁸ Vgl. zu den die Diskussion prägenden Beiträgen von Prozeßrechtspraktikern (insb. Richter und Rechtsanwälte) etwa diejenigen von *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff.; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff.; *Streyll*, NZM 2012, S. 249 ff.; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff.; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff.; *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff.; *Dötsch*, NZM 2012, S. 73 ff., zum RegE *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff.; zur endg. Gesetzesfassung m.w.N. *Zehelein*, WuM 2013, S. 133 ff.; *Flatow*, NJW 2013, S. 1185 ff.; jew. m.w.N.

²⁹ Siehe dazu z.B. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., S. 34, 929 ff.; s.a. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 1 ff.; jeweils m.w.N.

³⁰ Vgl. dagegen die Beratungen zur „Großen Justizreform“ auf der Heidelberger Tagung des Jahres 2006, s. unter <http://www.zivilprozessrechtslehrer.de/> (unter „Vorangegangene Tagungen“: Heidelberg 2006: Die Große Justizreform in Deutschland).

³¹ Dies spiegelt zwar den Alltag an vielen rechtswissenschaftlichen Fakultäten in Deutschland wieder, dieser ist jedoch angesichts einer Juristenausbildung, die de lege lata die „Berufsfeldorientierung“ fordert, vgl. §§ 5a Abs. 3, 5d Abs. 1 S. 1 DRiG, zumindest begründungsbedürftig, s. m.w.N. *Gilles/N. Fischer*, NJW 2003, S. 707 ff. Dagegen findet sich die These, wonach die Prozeßrechtslehre ohnehin in die Praxis bzw. in das Referendariat, nicht aber an die Universität gehöre, mittlerweile kaum noch wieder. Vgl. zum Thema auch den (im Internet unter <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/28805> zu findenden) Beitrag (Arbeitspapier) von *N. Fischer/Kuntze-Kaufhold*, „Hören, Sehen, Sprechen“: Schlüsselqualifikationen als Katalysator rechtswissenschaftlicher Lehre und Forschung.

³² Siehe zu den „Herausforderungen an die zivilprozessuale Ausbildung“ bereits die Antrittsvorlesung des Verf. am Frankfurter Fachbereich Rechtswissenschaft vom 15.12.2004; dazu *N. Fischer*, ZJP 119 (2006), S. 39 ff. m.w.N.

länger als bloße Normwissenschaft, sondern auch als „Wirklichkeitswissenschaft“ zu verstehen ist, die die Prozeßrechtspraxis selbst zum Untersuchungsgegenstand macht³³. Insgesamt ist jedoch festzuhalten, daß die prozessualen Neuregelungen des MietRÄndG überwiegend nicht positiv aufgenommen worden sind. Jedoch hat hier insbesondere die Prozeßrechtspraxis Grundsatz- wie Detailkritik geübt, während nur sehr wenige Stimmen aus der (Prozeß-) Rechtswissenschaft in der Reformdiskussion überhaupt deutlich wahrnehmbar waren³⁴.

III. Zum Spezialthema: Sachaufklärungsreform und MietRÄndG als jüngste Vollstreckungsreformgesetze in Deutschland

Der vorliegende (Festschrift-) Beitrag kann das (o.g.) wissenschaftliche Diskussionsdefizit zwar nicht kompensieren, jedoch sollen hier wenigstens skizzenhaft Beispiele für die Bedeutung einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den Neuerungen der beiden letzten Reformen des deutschen Vollstreckungsrechts geboten werden. Dabei hat insbesondere die jüngste Reform des Vollstreckungsrechts (in Gestalt des MietRÄndG³⁵) bisher längst nicht die Beachtung erfahren³⁶, die ihre möglichen

³³ Vgl. zur „Verwissenschaftlichung von Zivilprozeßrechtswissenschaft“ m.w.N. *N. Fischer*, ZZP 119 (2006), S. 39 ff., 54 m.w.N.

³⁴ Korrespondierend (und im Gegensatz) dazu haben sich die (nach wie vor stets praktikerdominierten) Mietgerichtstage besonders der Jahre 2011, 2012 und 2013 als rechtsdogmatische wie verfahrensrechtspolitische Diskussionsforen erwiesen, siehe dazu die Vorträge und Diskussionen auf den Mietgerichtstagen 2011 sowie 2012 sowie den Mietgerichtstag des Jahres 2013, s. dazu jeweils unter <http://www.mietgerichtstag.de/programme-frueherer-mietgerichtstage/>.

³⁵ Vgl. für eine erste Kritik *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff. m.w.N.

³⁶ Dies gilt ungeachtet des Umstandes, daß die damit verbundenen Fragen um das Verhältnis von Gläubigermacht und Vollstreckungsschutz jüngst auch Gegenstand des deutschen Nationalberichts („Verfassung, Grundrechte und Vollstreckung - Vollstreckungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht?“, Nationalreporter: *N. Fischer*, zum Generalthema „The Conflicts between the Fundamental Rights of the Creditor and the Debtor“) der IAPL-Jahrestagung vom 01.-04.10.2014 in Seoul/Korea gewesen ist, vgl. dazu auch den Generalbericht von *A. Perez Ragone* (Chile), siehe zur Konferenz unter: www.iapl-seoul.com/.

Auswirkungen auf das Zivilprozeß- und Vollstreckungsrecht und die Prozeßrechtspraxis vermuten lassen.

1. Zur Reform der Sachaufklärung und ihrer Kritik

Das „Gesetz zur Reform der Sachaufklärung“ ist für das deutsche Vollstreckungsrecht von großer Bedeutung, hat es doch erheblich in den Aufbau des Achten Buches der ZPO eingegriffen³⁷, wie der nachfolgende Überblick belegt³⁸. Nach der Zielsetzung der Reform greifen die Möglichkeiten der Informationsbeschaffung für den Vollstreckungsgläubiger frühzeitig ein³⁹ und werden durch Regelungen zur Einholung von Auskünften bei Dritten flankiert⁴⁰. Bekanntlich haben die damit verbundenen Umstellungen einen beträchtlichen Aufwand verursacht, der die Vollstreckungspraxis bis heute beschäftigt⁴¹ - und auch literarische Kritik

³⁷ Vgl. dazu *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 1 sowie S. 7 (bzgl. des unnötigen Eingriffs in die bestehende Gesetzssystematik). An diesem Gesetzesentwurf, der die Vermögensoffenbarung in „Vermögensauskunft“ umbenennt, ist bereits seit dem Jahr 2003 gearbeitet worden, vgl. *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 567; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 113.

³⁸ Siehe (u.a. krit.) *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 1 und S. 7; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2007, S. 111 ff., 114.

³⁹ Vgl. zu dem Argument der raschen tatsächlichen „Überholung“ eines Vermögensverzeichnisses hier nur *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 2. Wie *Seip* (a.a.O., S. 2 f.) hervorhebt, kommt die Verkürzung der Schutzfrist von bislang drei Jahren (vgl. § 903 S. 1 ZPO) auf 12 Monate den Vollstreckungsgläubigern entgegen, die bisher oft mit wiederholten Nachbesserungsanträgen (unter „konstruierten“ Begründungen) den Schuldnern vor Ablauf der Schutzpflicht zu einer wdh. eidesstattlichen Versicherung heranziehen wollen.

⁴⁰ Siehe zur Reform der Sachaufklärung z.B. *Mroß*, DGVZ 2013, S. 69 ff.; *Gietmann*, DGVZ 2013, 121 ff.; *Harnacke/Bungardt*, DGVZ 2013, S. 1 ff.; *Wasserl*, DGVZ 2013, S. 61 ff.; *ders.*, DGVZ 2013, S. 85 ff.; *Puppe*, DGVZ 2013, S. 73 f.; *Seip*, DGVZ 2013, S. 67 f.; *ders.*, DGVZ 2013, S. 74; *Büttner*, DGVZ 2013, S. 123 ff.; *Mroß*, DGVZ 2012, S. 169 ff.; *Harnacke*, DGVZ 2012, S. 197 ff.; *Kessel*, DGVZ 2012, S. 213 ff.; *Graetz*, DGVZ 2012, S. 220 ff.; *Mroß*, DGVZ 2010, S. 181 ff.; *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff.; jeweils m.w.N.

⁴¹ Vgl. dazu z.B. *Mroß*, DGVZ 2014, S. 228 („zumal die Rechtsprechung zur Reform der Sachaufklärung teilweise noch völlig konträr und im Fluss ist“).

provoziert hat: Insbesondere sind hier die Auswertung der teilweise komplexen Vollstreckungsaufträge⁴² sowie das Verfahren nach Abgabe oder Verweigerung einer Vermögensauskunft (§§ 802c ff. ZPO) mit folgenden Eintragungsanordnungen im Schuldnerverzeichnis (§§ 882b ff. ZPO)⁴³ einschließlich der Beachtung der damit zusammenhängenden Fristen⁴⁴ zu nennen. Weiterhin ist es - trotz der über dreijährigen Zeitspanne zwischen Verabschiedung und Inkrafttreten des Gesetzes - bis heute überwiegend nicht gelungen, ein problemlos funktionierendes elektronisches Kommunikationssystem zwischen Gerichtsvollziehern, den zentralen Vollstreckungsgerichten (§ 882h Abs. 1 S. 1 ZPO) und dem bundesweiten Vollstreckungsportal (siehe § 882h Abs. 1 S. 2 ZPO) aufzubauen⁴⁵. Entsprechendes gilt für Anfragen an die in § 802l Abs. 1 ZPO genannten Behörden, die häufig noch in Papierform erfolgen müssen⁴⁶. Die wesentlichen Änderungen des normierten Vollstreckungsrechts durch die Reform der Sachaufklärung betreffen die nachfolgenden Bereiche⁴⁷: Die Informationsbeschaffung des Gläubigers bei Vollstreckungsbeginn (§ 802c ZPO), die Modernisierung des Verfahrens zur Abnahme der Vermögensauskunft (§ 802f ZPO), die Neukonzeption des Schuldnerverzeichnisses (siehe §§ 882b ff. ZPO) sowie Novellierungen im allgemeinen Vollstreckungsrecht (vgl. insbesondere §§ 755, 802a ff. ZPO).

⁴² Siehe dazu nur *Mroß*, DGVZ 2012, S. 169 ff., 171 f.

⁴³ Vgl. *Mroß*, DGVZ 2012, S. 169 ff., 173 ff.; s. zur diesbzgl. Terminüberwachung insb. *Mroß*, DGVZ 2010, S. 181 ff., 184.

⁴⁴ Siehe dazu *Gietmann*, DGVZ 2013, S. 121 ff., 121; s.a. *Mroß*, DGVZ 2010, S. 181 ff., 184.

⁴⁵ Vgl. zur unzureichenden EDV-Umsetzung hier insb. *Mroß*, DGVZ 2013, S. 41 f., 41; *Gietmann*, DGVZ 2013, S. 121 ff., 121.

⁴⁶ Mittlerweile zeichnet sich diesbzgl. bereits eine Verbesserung der Situation ab, soweit zumindest die Auskünfte nach dem Arbeitgeber bei der Deutschen Rentenversicherung (§ 802l Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO) seit kurzem auch flächendeckend elektronisch durchgeführt werden können - mit der Folge der Verkürzung der Antwortzeiten von 4-12 Wochen auf Tagesfrist, s. dazu aktuell *Mroß*, DGVZ 2014, S. 248. Siehe zuvor *Gietmann*, DGVZ 2013, S. 121 ff., 121; *Mroß*, DGVZ 2010, S. 181 ff., 185; *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 115.

⁴⁷ Siehe m.w.N. etwa *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 114 ff.

a) *Verbesserte Informationsmöglichkeiten für den Vollstreckungsgläubiger*

Grundsätzlich sollen mit der Reform der Sachaufklärung die Informationsmöglichkeiten für den Vollstreckungsgläubiger verbessert werden. Dies stärkt nicht nur seine Rechtsstellung in der Vollstreckung, sondern soll diese zugleich effektiver gestalten⁴⁸. Insbesondere soll dem Gläubiger ermöglicht werden, schon vor Einleitung konkreter Vollstreckungsmaßnahmen Informationen hinsichtlich der Vermögensverhältnisse seines (Vollstreckungs-) Schuldners zu gewinnen. Dies stellt eine Durchbrechung der bisherigen Systematik des deutschen Vollstreckungsrechts dar, die dem Prinzip „Sachaufklärung anlässlich der Vollstreckung“ gefolgt ist (siehe § 807 ZPO a.F. sowie den neugefaßten § 807 ZPO). Die Verbesserung der Informationsmöglichkeiten für den Gläubiger bei Vollstreckungsbeginn soll dabei insbesondere durch den Vollstreckungsschuldner selbst erfolgen - durch dessen Vermögensauskunft gemäß § 802c ZPO. Bei Nichterfüllung oder prognostizierter Unergiebigkeit dieser Auskunft bestehen Auskunftsrechte des Gerichtsvollziehers gegenüber Dritten gemäß § 802l Abs. 1 S. 1 ZPO, wobei insbesondere Arbeitgeber, Träger der gesetzlichen Rentenversicherung, das Bundeszentralamt für Steuern sowie das Kraftfahrt-Bundesamt als Auskunftsstellen explizit genannt sind.

Trotz dieses gläubigerfokussierten Ansatzes sind jedoch auch die mit Drittauskünften verbundenen Gefahren und Probleme - gerade auch für den Vollstreckungsgläubiger - zu sehen: So wird bisher z.B. der Umstand zu wenig beachtet, daß eine - unbedachte - Anfrage beim Arbeitgeber des Schuldners (nach erfolgter Auskunft an den Gerichtsvollzieher gem. § 802l Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO) dazu führen kann, daß sich der Gläubiger damit weitere Befriedigungsmöglichkeiten verschließt. Man denke hier nur an den Fall einer (begründungslosen) Nichtverlängerung eines (häufig anzutreffenden) befristeten Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber von wirtschaftlichen Problemen seines Arbeitnehmers (Schuldners) erfährt - mit dem Endergebnis schlechterer Befriedigungsmöglichkeiten für den

⁴⁸ Vgl. zum Reformbedarf z.B. *Sternal* in *Wolf/Grote/Netzer*, Zwangsvollstreckungsrecht aktuell, S. 173 ff., 173 f.

anfragenden (und andere) Gläubiger⁴⁹. Nicht unbedenklich ist auch die tatbestandliche Ausgestaltung des Auskunftsanspruchs selbst: Das Ersuchen bezüglich der Drittauskünfte steht sowohl unter dem Vorbehalt der „Erforderlichkeit“ als auch einer „Bagatellschwelle“ von zu vollstreckenden Ansprüchen von mindestens 500 Euro, § 802l Abs. 1 S. 2 1. Hs. ZPO. Während mit der ersten Prämisse (Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit) auf einen Teilaspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (mit allen seinen Problemen)⁵⁰ abgestellt wird, rekurriert die zweite Prämisse auf das Problem einer rechtsstaatlich und rechtspolitisch gleichermaßen fragwürdigen Benachteiligung der Vollstreckung von „Bagatellforderungen“⁵¹. Zu kritisieren ist insbesondere, daß damit die Vollstreckung von Bagatellforderungen erschwert wird. Damit werden Gläubiger „kleinerer“ Forderungen (z.B. Kleingewerbetreibende) erneut schlechtergestellt als andere Gläubiger. Bekanntlich können auch die Gläubiger von (nicht betreibbaren) Kleinforderungen künftig ihrerseits zu (Vollstreckungs-) Schuldnern werden⁵². Folglich stärkt die Optimierung der Informationsmöglichkeiten die Gläubigerstellung nicht insgesamt, sondern die Gläubiger von „Bagatellforderungen“ werden vielmehr ausgenommen. Dies ist im Hinblick auf den für alle Gläubiger gleichermaßen geltenden Rechtsschutz- und damit Vollstreckungsanspruch sowie im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG bedenklich.

Diese fragwürdige Ausnahme findet ihre Entsprechung bei den Kompetenzen des Gerichtsvollziehers bezüglich der „Ermittlung des Aufenthaltsorts des Schuldners“: Der Gerichtsvollzieher hat gem. § 755 Abs.

⁴⁹ Dazu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 115.

⁵⁰ Siehe m.w.N. *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 111 ff., 252 ff.

⁵¹ Vgl. zur „Kleingläubigerdiskriminierung“ für die Rspr. hier nur LG Köln DGVZ 1991, S. 75 (keine Vollstreckung eines Haftbefehls wegen 2, 10 DM); krit. *Jauernig*, Zwangsvollstreckungsrecht, 21. Aufl., S. 8 f.; s.a. m.w.N. *N. Fischer*, Rpfleger 2004, S. 599 ff., 603; s.a. *N. Fischer*, WuM 2007, S. 239 ff., 243.

⁵² Siehe die Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 17.06.2009 (BT-Dr. 16/13432, dort S. 2) zum Antrag der Abgeordneten *Leutheusser-Schnarrenberger* u.a. (BT-Dr. 16/7179): „Zwangsvollstreckung beschleunigen – Gläubigerrechte stärken“.

2 S. 1 ZPO Erhebungsrechte hinsichtlich Aufenthalts- und Halterdaten bei bestimmten öffentlichen Stellen (Ausländerzentralregister, Ausländerbehörden, Träger der gesetzlichen Rentenversicherung, Kraftfahrt-Bundesamt), soweit der Aufenthaltsort des Vollstreckungsschuldners nicht zu ermitteln ist. Dies gilt jedoch nur soweit die zu vollstreckenden Ansprüche mindestens 500 Euro betragen (eine Ausnahme gilt für die Erhebungsrechte nach § 755 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, vgl. dessen Abs. 2 S. 4 1. Hs. ZPO). Positiv ist dagegen zu bewerten, daß die Befugnisse zur Auskunftseinholung, d.h. eine Vermögensauskunft des Schuldners sowie Auskünfte Dritter über das Schuldnervermögen, §§ 802c, 802l ZPO, nunmehr vom Vollstreckungsantrag mit umfaßt sind, § 802a Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 3 ZPO⁵³.

Darüber hinaus ist auch die Frage zu stellen, ob und inwieweit der reformbedingte Systemwechsel hin zu einer Vermögensauskunft als eine die Zwangsvollstreckung einleitende Maßnahme stets anzuraten ist. So kann unter vollstreckungstaktischen Gesichtspunkten etwa ein vorheriger Sachpfändungsversuch vorteilhaft für den Vollstreckungsgläubiger sein, soweit durch das persönliche Erscheinen des Gerichtsvollziehers beim Schuldner ein „Vollstreckungsdruck“ durch physische Präsenz erzeugt wird, der geeignet ist, den Vollstreckungserfolg zu befördern⁵⁴. Angesichts dessen kann es sogar nachteilig sein, daß eine persönliche Zustellung der Zahlungsaufforderung⁵⁵ nebst Terminladung durch die Reform der

⁵³ Dem Gläubiger verbleiben dennoch die Möglichkeiten sofortiger Sachpfändung, § 807 ZPO. In diesem Kontext ist auch das Verfahren des Gerichtsvollziehers zur Abnahme der Vermögensauskunft des Vollstreckungsschuldners neuregelt worden (§ 802f ZPO), wobei jedenfalls die Erzwingungshaft auch weiterhin statthaft ist, §§ 802g ff. ZPO.

⁵⁴ Vgl. dazu das Papier des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB) zur „Reform der Zwangsvollstreckung“ (zu § 802a ZPO), S. 1.

⁵⁵ Die Bedeutung eines persönlichen Kontaktes in der Vollstreckung verdeutlicht auch § 802f Abs. 1-4 ZPO: Danach sind dem Vollstreckungsschuldner die Zahlungsaufforderung, die Ladung, die amtlichen Vordrucke zur Abgabe der Vermögensauskunft sowie die erforderlichen Hinweise und Belehrungen (Androhung von Haft) gleichzeitig auch dann zuzustellen, wenn dieser einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, § 802f Abs. 4 S. 1 ZPO. Dabei ist dem Schuldner eine Zahlungsfrist von zwei Wochen zu setzen und für den Fall, daß diese erfolglos bleibt, zugleich ein Termin

Sachaufklärung nicht ausdrücklich vorgesehen ist⁵⁶. Nicht nur im Hinblick auf die Konkurrenz staatlicher und „privater“ Vollstreckung⁵⁷ ist es rechtsstaatlich wünschenswert, den persönlichen Kontakt des Vollstreckungsschuldners mit dem Gerichtsvollzieher (als „Außendienstmitarbeiter der Justiz“) noch zu steigern. Für die Reform der Sachaufklärung ist jedoch auch hervorzuheben, daß zwar §§ 802a Abs. 2 Nr. 2, 802c ZPO eine „automatische“ Vermögensauskunft vorsehen, daneben aber dem Vollstreckungsgläubiger auch ermöglicht wird, den Vollstreckungsantrag auf einzelne Maßnahmen zu beschränken, siehe dazu § 802a Abs. 2 S. 2 ZPO⁵⁸. Dies stärkt grundsätzlich die Wahlfreiheit des Vollstreckungsgläubigers, da dieser nach wie vor „nur“ einen Sachpfändungsantrag stellen oder (wie bisher auch) einen Sachpfändungsantrag mit einem Antrag auf Einholung der Vermögensauskunft verbinden kann. Zu beachten ist auch, daß sich eine solche Wahlmöglichkeit im „Wettlauf der Vollstreckungsgläubiger“ jedoch nachteilig auswirken kann, wenn z.B. ein Gläubiger nur einen Antrag auf Einholung der Vermögensauskunft stellt, während ein anderer zur gleichen Zeit schon die Sachpfändung begehrt. Zu bedenken sind aber auch mögliche Probleme für den Gerichtsvollzieher, dessen Befugnisse mit der „Reform der Sachaufklärung“ gestärkt worden sind⁵⁹: Wenn der Gerichtsvollzieher einen unbeschränkten Vollstreckungsantrag ausführt und dabei zunächst eine (ex post) nicht erfolgreiche Maßnahme (nach seiner Wahl) ergreift, besteht die

zur Abgabe der Vermögensauskunft in den Geschäftsräumen des Gerichtsvollziehers zu bestimmen, der alsbald nach Fristablauf liegen soll, vgl. § 802f Abs. 1 S. 1 und 2 ZPO. Nicht nachvollziehbar ist jedoch, wieso es einer Mitteilung an einen bestellten Prozeßbevollmächtigten nicht bedarf, da dies kaum mit der Stellung eines Prozeßbevollmächtigten im Vollstreckungsverfahren in Einklang zu bringen ist.

⁵⁶ Erfahrungsgemäß erzeugen postalische Zusendungen bei zahlungsunwilligen Vollstreckungsschuldnern weitaus weniger Druck. Nachteilig ist zudem, daß der Gerichtsvollzieher bei der Übersendung viel weniger mit dem Schuldner in Kontakt kommt und von dessen persönlichen Verhältnissen geringere Kenntnisse erlangt, *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 23.

⁵⁷ Vgl. zu den Gefahren „privatisierter“ Vollstreckung z.B. *N. Fischer*, DGVZ 2014, S. 49 ff., 54 f. m.w.N.

⁵⁸ Siehe zu § 802a ZPO die Einzelbegründung des Gesetzes, BT-Dr. 16/10069, S. 24.

⁵⁹ Vgl. dazu m.w.N. nur *N. Fischer*, DGVZ 2014, S. 49 ff., 50 f.

Gefahr, daß der (zunächst, oft aber faktisch endgültig) die Kosten tragende Vollstreckungsgläubiger die Wahl der Mittel moniert (im Wege der Erinnerung gem. § 766 ZPO)⁶⁰. Angesichts dieses Risikos ist es unter praktischem Aspekt ratsam, einen - bereits bisher möglichen (und der überwiegenden Formularpraxis entsprechenden) - kombinierten Auftrag zur Sachpfändung und (bei deren Erfolglosigkeit) zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung zu stellen.

b) Modernisiertes Verfahren zur Abnahme der Vermögensauskunft

Eine weiterer Eckpunkt der Reform der Sachaufklärung ist die Modernisierung des Verfahrens zur Abnahme der Vermögensauskunft nach § 802f ZPO⁶¹. Das Ergebnis der Vermögensauskunft des Vollstreckungsschuldners (das funktional dem bisherigen Vermögensverzeichnis iSv. § 807 ZPO a.F. entspricht) soll vom Gerichtsvollzieher als elektronisches Dokument (§ 130b ZPO)⁶² aufgenommen und in die Datenbank eines (einzurichtenden) zentralen Vollstreckungsgerichts eingestellt werden, § 802f Abs. 5, 6 ZPO. Hiervon erhält der Vollstreckungsgläubiger vom Gerichtsvollzieher einen Ausdruck mit dem Vermerk der Übereinstimmung mit dem Inhalt des Vermögensverzeichnisses nach § 802f Abs. 6 ZPO. Der Vollstreckungsschuldner erhält diesen Ausdruck auf Verlangen, vgl. § 802f Abs. 5 S. 3 ZPO. Positiv ist dabei zu bewerten, daß der Gerichtsvollzieher damit weiteren Gläubigern den Inhalt des Verzeichnisses zu

⁶⁰ Siehe *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 23 f.; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2007, S. 111 ff., 115.

⁶¹ Vgl. dazu *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 567, der darauf hinweist, daß die Vermögensauskunft im Hinblick auf die vollstreckungsrelevanten Ergebnisse praktisch oft überschätzt werde. Von Bedeutung sei das Offenbarungsverfahren daher vor allem als „Druckmittel“, das insbesondere dann erfolgreich sei, wenn der Vollstreckungsschuldner die negativen Folgen der Eintragung in das Schuldnerverzeichnis mittels Zahlung abwenden will.

⁶² Siehe zur Elektronifizierung des Zivilprozeßrechts m.w.N. *N. Fischer*, Justiz-Kommunikation, 2004, dort insb. S. 11 ff. zu ersten Schritten der Elektronifizierung der Vollstreckung (E-Vollstreckungsrecht, e-execution law); s.a. für den Verweis auf das „Justizkommunikationsgesetz“ auch die Gesetzesbegründung (zur Änderung von § 802d ZPO-E), BT-Dr. 16/10069, S. 37.

Vollstreckungszwecken zugänglich machen kann, § 802k Abs. 2 S. 1 ZPO. Weiterhin sind auch diejenigen (staatlichen) Stellen, die schon bisher auf Vermögensverzeichnisse zugreifen konnten, im Rahmen ihrer Aufgaben einsichtsbefugt nach § 802k Abs. 2 S. 2 ZPO. Dies gilt gemäß § 802k Abs. 2 S. 3 ZPO auch für Vollstreckungs-, Insolvenz- und Registergerichte sowie für Strafverfolgungsbehörden, soweit es zur diesbezüglichen Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Grundsätzlich ist das Vermögensverzeichnis für zwei Jahre abrufbar, da es nach Ablauf von zwei Jahren seit Abgabe der Auskunft oder eines neuen Vermögensverzeichnisses zu löschen ist gem. § 802k Abs. 1 S. 4 ZPO⁶³. § 802d Abs. 1 S. 1 ZPO korrespondiert hiermit: Danach ist ein Vollstreckungsschuldner, der eine Vermögensauskunft innerhalb der letzten zwei Jahre abgegeben hat, nur dann zu erneuter Abgabe verpflichtet, wenn eine - vom Vollstreckungsgläubiger glaubhaft zu machende - Veränderung der Vermögensverhältnisse vorliegt⁶⁴.

c) Neugestaltetes Schuldnerverzeichnis

Ein weiteres Anliegen der Sachaufklärungsnovelle betrifft die Neukonzeption des Schuldnerverzeichnisses. Danach ist ein landesweites Zentralverzeichnis einzurichten, das in jedem deutschen Bundesland durch ein zentrales Vollstreckungsgericht geführt wird, § 882h Abs. 1 S. 1 ZPO⁶⁵. Das zentrale Vollstreckungsgericht des Bundeslandes wird durch

⁶³ Zu beachten ist jedoch eine abweichende Wirkungsdauer (drei Jahre) in der Gesetzesbegründung zu § 802k ZPO-E und § 802d ZPO-E, vgl. BT-Dr. 16/10069, S. 29-31 sowie S. 25 f.

⁶⁴ Diesbezüglich ist bereits gefordert worden, daß sowohl die Zustellung einer Zahlungsaufforderung, als auch die Zustellung der Ladung zur Abgabe der Vermögensauskunft vom Gerichtsvollzieher persönlich vorzunehmen sei. Dies wird einerseits mit der Bedeutung und den Folgen der Abnahme einer Vermögensauskunft begründet, andererseits mit Klagen aus der Praxis über Probleme der Zustellung durch die Post AG oder andere private Unternehmen; s. dazu das Papier des DGVB zur „Reform der Zwangsvollstreckung“ (zu § 802f ZPO-E), S. 1; sowie *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 3.

⁶⁵ Deklaratorischen Charakter hat die Bestimmung, wonach die Führung des Schuldnerverzeichnisses eine Maßnahme der Justizverwaltung darstellt, § 882h Abs. 2 S. 3 ZPO; vgl. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 116 f. (dort Fn. 36).

Rechtsverordnung der jeweiligen Landesregierung bestimmt gem. § 882h Abs. 2 S. 1 ZPO. Der Inhalt des Schuldnerverzeichnisses soll dabei über eine länderübergreifende Abfrage im Internet⁶⁶ eingesehen werden können, § 882h Abs. 1 S. 2 ZPO⁶⁷. Positiv ist daran zu bewerten, daß die Einrichtung einer zentralen Datenbank zu einer Entlastung der Vollstreckungsgerichte von der bisherigen Aufgabe der Verwaltung der Vermögens- und Schuldnerverzeichnisse führt. Damit ist eine Erleichterung für Vollstreckungsrichter und Rechtspfleger (vgl. § 20 Nr. 17 RPflG) verbunden. Zudem bedeutet dies auch einen großen (praktischen) Vorteil für Vollstreckungsgläubiger: Dies gilt insbesondere für die intendierte bundesweite Vernetzung dieser Datenbanken durch die Länder gemäß § 882h Abs. 1 S. 2 ZPO, denn damit können Vollstreckungsgläubiger mit relativ geringem Aufwand landesweit gültige und aktuelle Informationen erhalten. Weiterhin wurde die Voraussetzung für eine Eintragung im Schuldnerverzeichnis mit der Reform der Sachaufklärung geändert⁶⁸. Über die Eintragung entscheidet grundsätzlich der zuständige Gerichtsvollzieher von Amts wegen nach § 882c ZPO, bzw. in den Fällen der §§ 26 Abs. 2 InsO, 882b Abs. 1 Nr. 3 ZPO das zuständige Insolvenzgericht oder die Vollstreckungsbehörde iSd. Abgabenordnung (AO), vgl. § 882b Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Daraus folgt, daß diesbezüglich nicht mehr - wie bisher (vgl. den mittlerweile aufgehobenen § 915 Abs. 1 ZPO a.F.) - die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO a.F. oder die Haftanordnung gem. § 901 Abs. 1 ZPO a.F., sondern die fehlende oder unzureichende Erfüllung vollstreckungsrechtlicher Auskunftspflichten durch den Vollstreckungsschuldner (§ 882c Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 ZPO) sowie die Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung (§ 882c Abs. 1 Nr. 2 ZPO)

⁶⁶ Man denke hier auch an die (gläubigerfreundliche) Einrichtung einer zentralen Internetseite für Insolvenzeröffnungen, vgl. unter <https://www.insolvenzbekanntmachungen.de/>. Auf dieser Internetseite veröffentlichen die Insolvenzgerichte in Deutschland die Bekanntmachungen, die vorzunehmen sind, wenn ein Insolvenzverfahren beantragt worden ist.

⁶⁷ Eine weitere Zentralisierungsmöglichkeiten für Gebühreneinzug und -verteilung bezüglich der Abfrage bietet die Regelungskompetenz des § 882h Abs. 1 S. 3 ZPO.

⁶⁸ Vgl. die Einzelbegründung (zu § 882b ZPO-E) des Entwurfs, BT-Dr. 16/10069, S. 35-37.

maßgebend ist⁶⁹. Außerdem ist geregelt, daß alle diejenigen Personen Einsicht in das Schuldnerverzeichnis nehmen können, die eine Informationsberechtigung nach § 882f S. 1 Nr. 1-6 ZPO haben.

Praxisprobleme können sich jedoch aus der (datenschutzrechtlich nötigen) Einschränkung ergeben, wonach Informationen aus dem Schuldnerverzeichnis nur für den Zweck verwendet werden dürfen, für den sie übermittelt worden sind und eine Löschung nach Zweckerreichung obligatorisch ist, § 882f S. 2 ZPO. Während sich diese Zweckbindung bei öffentlichen Stellen bereits aus den (zwingenden, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) Vorgaben des Datenschutzes⁷⁰ ergibt, ist zu hinterfragen, ob der verpflichtende Hinweis an nichtöffentliche Stellen bei Übermittlung von Informationen aus dem Schuldnerverzeichnis (§ 882f S. 3 ZPO) ausreicht, um den Anforderungen des Datenschutzes nachzukommen⁷¹. Denn auch diesbezüglich ist der empirischen Vermutung und Praxiserfahrung vieler Datenschützer in Deutschland zu folgen: Was einmal an Daten gesammelt wurde, ist nur mühsam wieder aus der (Daten-) Welt zu entfernen. Nicht nur in jüngerer Zeit in Deutschland virulente Fälle des Mißbrauchs von Arbeitnehmer- und Verbraucherdaten lassen dies befürchten. Auch ist es nicht unwahrscheinlich, daß Gläubiger die nur zu oft geringen Anhaltspunkte auf ihre säumigen Schuldner nicht (freiwillig) wieder

⁶⁹ Siehe krit. *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 7. Positiv für den Vollstreckungsgläubiger ist jedenfalls, daß der säumige Vollstreckungsschuldner damit früher als bisher vom Schuldnerverzeichnis erfaßt wird. Zu beachten ist jedoch auch, daß die Eintragung von Vollstreckungsschuldnern, die eine Vermögensauskunft abgegeben haben, künftig deutlich später als bisher erfolgen wird, da diesen mit § 882c Abs. 1 Nr. 3 S. 1 ZPO grds. eine weitere Frist von einem Monat zur Begleichung der Schuld (mit der Folge der Abwendung der Eintragung) eingeräumt wird.

⁷⁰ Vgl. zu Zivilprozeß und Datenschutz hier insb. *G. Wagner*, ZZP 108 (1995), S. 193 ff. m.w.N.; s.a. *N. Fischer*, Justiz-Kommunikation, 2004, S. 50 ff. (zur „Datenvertraulichkeit“).

⁷¹ Nach wie vor werden die grundsätzlichen Fragen im Hinblick auf den Zivilprozeß als „Informations- und Kommunikationssystem“ und die daraus folgende Rolle des Datenschutzes im Zivilprozeß nicht angemessen berücksichtigt (vgl. dazu m.w.N. *Werner*, NJW 1997, S. 293 ff.; *Gilles*, in Kiss/Varga (Hg.), FS Németh, 2003, S. 557 ff., 567), ganz zu schweigen von der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung.

aufgeben wollen⁷². Bei der Neukonzeption des Schuldnerverzeichnisses ist schließlich noch auf die Neuregelungen zu Erzwingungshaft und Haftvollstreckung nach § 802g und § 802h ZPO hinzuweisen: Damit ist eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Gläubigers verbunden, denn ungeachtet der Kritik aus Theorie und Praxis wurde die Verkürzung der Wirkungsdauer eines Haftbefehls (und der Vermögensauskunft) von bisher drei Jahren auf nunmehr zwei Jahre realisiert, § 802h Abs. 1 und § 802d Abs. 1 S. 1 ZPO⁷³.

d) Gestärkte Kompetenzen des Gerichtsvollziehers

Schließlich umfaßt die Reform der Sachaufklärung weitere Änderungen des allgemeinen Vollstreckungsrechts. Diesen ist gemeinsam, daß sie ausweislich der Reformbegründung jeweils zu einer effektiveren Vollstreckung - und damit zu einer verbesserten Beitreibung (§ 802a Abs. 1 ZPO) - beitragen sollen⁷⁴. Hervorhebenswert ist dabei die Normierung eines Grundsatzes der „effektiven Vollstreckung“ in § 802a Abs. 1 ZPO. Dieser Grundsatz, der die bisher verstreuten Einzelvorschriften zur gütlichen Erledigung des Vollstreckungsauftrages zusammenfasst⁷⁵, kann bei Entscheidungsspielräumen und Abwägungsfragen für Gerichtsvollzieher und Gläubiger gleichermaßen hilfreich sein. Die erweiterten Regelbefugnisse des Gerichtsvollziehers gem. § 802a Abs. 2 ZPO können wiederum dazu beitragen, Vollstreckungsverzögerungen durch nötige weitere Anträge bzw. Rückfragen des Vollstreckungsgläubigers zu verhindern. Zu den Änderungen des allgemeinen Vollstreckungsrechts gehört z.B. die Novellierung von § 755 ZPO: Diese weist dem Gerichtsvollzieher die Befugnis zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Schuldners durch Einholung von Auskünften aus dem Melderegister (vgl. § 21

⁷² Vgl. dazu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 117.

⁷³ § 802h ZPO-DiskE hatte noch eine Wirkungsdauer von nur einem Jahr vorgesehen, s. dazu das Papier des DGVB zur „Reform der Zwangsvollstreckung“ (zu § 802h ZPO-E), S. 1 f.; sowie krit. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 117.

⁷⁴ Siehe den „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung“, BT-Dr. 16/10069, s. z.B. S. 21; s. dazu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 117 f. m.w.N.

⁷⁵ Vgl. zu § 802a ZPO-E die Einzelbegründung, BT-Dr. 16/10069, S. 24.

Melderechtsrahmengesetz, MRRG) zu⁷⁶. Ebenfalls vorteilhaft für eine effektive Vollstreckung sind die erweiterten Regelbefugnisse des Gerichtsvollziehers für die Vollstreckung von Zahlungstiteln (§ 802a Abs. 2 ZPO). Zu diesen Regelbefugnissen zählen nach § 802a Abs. 2 S. 1 Nr. 1-5 ZPO (u.a.) die gütliche Erledigung (§ 802b ZPO), die Einholung einer Vermögensauskunft (§ 802c ZPO) und von Drittauskünften über das Schuldnervermögen (§ 802l ZPO) sowie eine erleichterte Vorpfändung (ohne Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und Zustellung des Schuldtitels, vgl. § 845 ZPO). Vorteilhaft für die Vollstreckung ist schließlich auch die mit dem reformierten § 802b ZPO eingeräumte Kompetenz des Gerichtsvollziehers, dem Schuldner eine Zahlungsfrist einzuräumen oder eine Schuldtilgung im Wege der Ratenzahlung zu gestatten.

e) „Gütliche Erledigung“ im Zwangsvollstreckungsrecht

Im Zuge der ZPO-Reform 2002 (ZPO-RG) hat das deutsche Bundesjustizministerium (BMJ) die Einführung der obligatorischen gerichtlichen Güteverhandlung im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren (§ 278 Abs. 2 ZPO)⁷⁷ mit dem Schlagwort „Schlichten statt Richten“ propagiert. Darüber hinaus ist die verstärkte Zunahme von Elementen der ADR (Alternative Dispute Resolution)⁷⁸ als neuer „Trend“ im staatlichen

⁷⁶ Siehe Art. 1 Nr. 4 des „Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung“. Dies ist insbesondere für Gläubiger von Zahlungstiteln (bzgl. Miete, Schadensersatz) sinnvoll (Zeitvorteil), da häufige Ortwechsel ehemaliger Mieter mit Schulden die Vollstreckung oft verzögern oder den Vollstreckungserfolg ganz in Frage stellen. Ein zentrales Problem hierbei ist, daß der Meldeort nicht identisch mit dem tatsächlichen Wohnort (vgl. §§ 7-11 BGB) ist, der iSv. § 13 ZPO relevant ist (vgl. m.w.N. nur Zöller, 30. Aufl., *Vollkommer* zu § 13 ZPO, Rn. 3 f.).

⁷⁷ Vgl. zum „Schlichtungszwang“ nach § 278 Abs. 2 S. 1 ZPO z.B. E. Schneider, ZAP 11/2002, S. 641 ff., 644 (Fach 13, S. 1147 ff., 1150); s.a. N. Fischer/R. Schmidtbleicher, AnwBl 2005, S. 233 ff.

⁷⁸ Siehe zu Alternative Dispute Resolution (ADR) und speziell zu Mediation z.B. Henssler/Koch (Hg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, 2000; Duve, *Mediation und Vergleich im Prozeß*, 1999; Stempel (Hg.), *Mediation für die Praxis*, 1998; Ponschab/Schweizer, *Kooperation statt Konfrontation*, 1997; Breidenbach, *Mediation*,

Vollstreckungsrecht festzustellen⁷⁹. Gerade in der wirtschaftsrechtlichen Praxis haben Streitvermeidung und außergerichtliche Streitschlichtung in den letzten Jahren eine immer größere Bedeutung erlangt - und damit rechtsberatende und rechtsgestaltende Tätigkeiten insgesamt⁸⁰. Für den beispielhaften Bereich des Verfahrensrechts ist hier insbesondere an die verstärkte Inanspruchnahme von Alternativen zur Justiz zu denken. Vor allem gilt es außergerichtliche Konfliktlösungsmöglichkeiten zu berücksichtigen, die mit Streitschlichtung im allgemeinen und Mediation im besonderen angesprochen sind⁸¹. Dies ist auch für die Gerichtsvollzieherpraxis zu beachten – man denke hier nur an den Gerichtsvollzieher als Vermittler zwischen Gläubiger und Schuldner⁸². Diese Entwicklung zeigt sich besonders deutlich bei den (nachfolgend skizzierten) Neuregelungen zur „gütlichen Erledigung“ iSv. § 802b Abs. 1 ZPO des Vollstreckungsauftrages durch den Gerichtsvollzieher im Rahmen der Reform der Sachaufklärung⁸³.

1995; *Haft*, Verhandeln, 1992; *Fisher/Ury/Patton*, Das Harvard-Konzept, 23. Aufl., 2009.

⁷⁹ Vgl. dazu m.w.N. *N. Fischer*, DGVZ 2008, S. 49 ff., 52.

⁸⁰ Siehe m.w.N. *Gilles*, Seoul Law Journal, Vol. XLV, No. 2 (6/2004), S. 207 ff., 213 f.; *H. Koch*, JuS 2000, S. 320 ff., 321, 323 f.; *Däubler*, Verhandeln und Gestalten – der Kern der neuen Schlüsselqualifikationen, 2003; sowie *Gilles*, JuS 1981, S. 402 ff., 408 f.

⁸¹ Wie gerade die wirtschaftsrechtliche Praxis zeigt, haben auch die Schlüsselqualifikationen (sog. soft skills, vgl. § 5a Abs. 3 S. 1 DRiG) eine besondere Bedeutung gewonnen. Im Rahmen der Juristenausbildungsdebatte wird bereits berücksichtigt, daß das klassische konflikt- und streitentscheidungsgeprägte Denken und Handeln zunehmend durch Strategien einer außergerichtlichen Konfliktbereinigung ergänzt oder sogar ersetzt wird. Vgl. *N. Fischer*, DGVZ 2008, S. 49 ff., 52 m.w.N. Vgl. zur wachsenden Bedeutung der Mediation auch das Mediationsgesetz (MediationsG) v. 21.07.2012, BGBl. I S. 1577.

⁸² Vgl. zur „Zukunft der gütlichen Vollstreckung“ den gleichnamigen Beitrag von *Schwörer*, DGVZ 2011, S. 77 ff. m.w.N.; krit. zur Schlichtung durch Gerichtsvollzieher *Bruns*, DGVZ 2010, S. 24 ff., 28 f.

⁸³ Siehe zur „Vollstreckungsvereinbarung im System der Zwangsvollstreckung“ den gleichnamigen Beitrag von *Hergenröder*, DGVZ 2013, S. 145 ff. m.w.N.; zur „gütlichen Erledigung der Zwangsvollstreckung als Leitprinzip“ ebenfalls m.w.N. *Hergenröder*, DGVZ 2012, S. 105 ff. (Teil 1); S. 129 ff. (Teil 2).

Hilfreich für die praktische Arbeit des Gerichtsvollziehers ist die ihm mit § 802b ZPO eingeräumte Kompetenz, dem Vollstreckungsschuldner eine Zahlungsfrist einzuräumen oder eine Schuldtilgung im Wege der Ratenzahlung zu gestatten, wenn der Vollstreckungsgläubiger eine Zahlungsvereinbarung nicht ausgeschlossen hat. Im Vergleich zur bisherigen Regelung einer „gütlichen und zügigen Erledigung“ in § 806b ZPO (a.F.)⁸⁴ stellt dies eine eindeutige Verbesserung dar, gerade bezüglich der Verlängerung der Soll-Tilgungsfrist von sechs auf zwölf Monate, § 802b Abs. 2 S. 3 ZPO. Insbesondere ist es sachgerecht, mit dem Vollstreckungsantrag die gesetzliche Befugnis vorzusehen, daß der Gerichtsvollzieher mit Wirkung für den Vollstreckungsgläubiger Stundungsvereinbarungen treffen kann (siehe § 802b Abs. 2 ZPO als Konkretisierung des Grundsatzes nach dessen Abs. 1)⁸⁵: Aus der Vollstreckungspraxis ist bekannt, daß der Gerichtsvollzieher vor Ort die aktuelle finanzielle Situation des Schuldners und dessen Lebensumstände regelmäßig besser als der Gläubiger beurteilen kann. Die Interessen des Vollstreckungsgläubigers sind dennoch gewahrt, da er nach dem (austarierten) Regelungsmechanismus des § 802b Abs. 3 ZPO die Möglichkeit hat, dem Zahlungsplan zu widersprechen – und damit auch den Vollstreckungsaufschub nach § 802b Abs. 2 S. 2 ZPO zu beenden: Gemäß § 802b Abs. 3 S. 1 ZPO hat der Gerichtsvollzieher⁸⁶ die Verpflichtung zur unverzüglichen Unterrichtung des Vollstreckungsgläubigers über Zahlungsplan und Vollstreckungsaufschub. Der Vollstreckungsgläubiger

⁸⁴ Vgl. dazu Zöller, 23. Aufl., *Stöber* zu § 806b ZPO, Rn. 1 m.w.N.

⁸⁵ Siehe auch *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 118; zuvor zum DiskE *N. Fischer*, WuM 2007, S. 239 ff., 244; jeweils m.w.N.

⁸⁶ Vgl. den Wortlaut von § 802b Abs. 3 S. 1 ZPO („Der Gerichtsvollzieher unterrichtet den Gläubiger unverzüglich...“) und die Legaldefinition des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB. Nicht gesetzlich geregelt ist der Fall, daß diese Unterrichtung unterbleibt. Folgt man der Systematik von § 802b Abs. 3 ZPO, wäre es konsequent, den Vollstreckungsaufschub dann als fortbestehend zu betrachten – mit der Möglichkeit eines jederzeit möglichen späteren Widerspruchs des Vollstreckungsgläubigers, der zur Beendigung des Vollstreckungsaufschubs führt. Fern liegt dagegen die Auffassung, den Vollstreckungsaufschub in einem solchem Fall a priori zu negieren, vgl. § 802b Abs. 2 S. 2 ZPO einerseits und § 802b Abs. 3 ZPO andererseits.

kann durch seinen unverzüglichen Widerspruch den Zahlungsplan „hinfällig“ werden lassen. Daran knüpft § 802b Abs. 3 S. 2 2. Hs. ZPO das Ende des Vollstreckungsaufschubs nach § 802b Abs. 2 S. 2 ZPO. Zu kritisieren ist zwar, daß diese „Hinfalligkeit“ tatbestandlich unklar ist. Jedoch darf angenommen werden, daß damit (ex lege) die Bindung des Vollstreckungsgläubigers an den vom Gerichtsvollzieher mit dem Schuldner vereinbarten Zahlungsplan erlischt⁸⁷. Die Regelung in § 802b Abs. 3 S. 3 ZPO ist jedenfalls konsequent: Danach treten die (o.g.) Wirkungen der „Hinfalligkeit“ des Zahlungsplanes und des Endes des Vollstreckungsaufschubes auch dann ein, wenn der Vollstreckungsschuldner mit einer festgesetzten (Raten-) Zahlung ganz oder teilweise länger als sechs Wochen in Rückstand gerät. Positiv ist zu bewerten, daß nachteilige Wirkungen aufgrund von (denkbaren) Verzögerungstaktiken des Vollstreckungsschuldners damit limitiert werden können. Es ist jedoch unvorteilhaft und wenig praxisnah, daß auch eine einmalige Abweichung bei einzelnen Raten, die die Frist von zwei Wochen überschreitet, eine - für beide Parteien wirtschaftlich sinnvolle - gütliche Lösung leicht zunichte machen kann⁸⁸. Aus Sicht von Theorie und Praxis wäre diesbezüglich jedenfalls eine flexiblere Regelung mit einem Ermessensspielraum des Gerichtsvollziehers vorzugswürdiger gewesen⁸⁹.

⁸⁷ Siehe auch *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 118.

⁸⁸ Die (Neu-) Regelung sieht nach ihrem Tatbestand nämlich keinen Ermessensspielraum vor, siehe § 802b Abs. 3 S. 3 ZPO („Dieselben Wirkungen treten ein...“). Positiv ist dies im Sinne einer gleichmäßigen und berechenbaren Rechtsanwendung, ungünstig ist dies im Hinblick auf den - im Ergebnis u.U. gerade auch für den Vollstreckungsgläubiger - nachteiligen Automatismus im Sinne eines nach § 802b Abs. 3 S. 3 ZPO erheblichen „Zahlungsrückstandes“. Im Vorfeld der Novelle ist bereits angeraten worden, für Ratenzahlungsvereinbarungen keine gesetzliche Zeitbegrenzung, sondern die Möglichkeit vorzusehen, daß diese Frage von den Gerichtsvollziehern grundsätzlich in Absprache mit den Parteien individuell geregelt werden kann. Dies galt insbesondere dem ursprünglichen Wortlaut des Reformgesetzes in § 802b Abs. 3 S. 3 ZPO-DiskE (relevant war danach ein Zahlungsrückstand von sieben Tagen). Vgl. dazu das Papier des DGVB zur „Reform der Zwangsvollstreckung“ (zu § 802b ZPO n.F.), S. 1 sowie die Einzelbegründung zu § 802b ZPO-E, BT-Dr. 16/10069, S. 24 f.

⁸⁹ Nicht unbeachtet bleibt, daß auch eine solche Lösung ebenfalls zu Unwägbarkeiten für alle Beteiligten führen kann, vgl. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 118.

Eine weitere Kritik an den reformbedingten Neuregelungen betrifft den Verlust an Flexibilität bei der „gütlichen Erledigung“⁹⁰: Dies gilt besonders für die Einschränkung der Teilzahlungsgewährung gemäß § 802b Abs. 2 S. 1 1. Hs. ZPO⁹¹. Gemäß der Intention des Gesetzgebers der Reform der Sachaufklärung werden die bisherigen Regelungen der §§ 806b, 813a, 900 Abs. 3 ZPO a.F. durch § 802b ZPO ersetzt⁹². Danach kann der Gerichtsvollzieher dem Vollstreckungsschuldner eine Zahlungsfrist einräumen oder eine Tilgung durch Teilleistungen (in bis zu zwölf Monatsraten) gestatten, wenn dieser glaubhaft darlegen kann, die nach Höhe und Zeitpunkt festzusetzenden Zahlungen erbringen zu können. Aufgrund des expliziten Vorbehalts des fehlenden Ausschlusses einer Zahlungsvereinbarung ist der Vollstreckungsschuldner jedoch (anders als bisher) diesbezüglich zwingend auf das Wohlwollen des Vollstreckungsgläubigers angewiesen⁹³. Damit ist eine Verschlechterung der Rechtslage für den Vollstreckungsschuldner verbunden: Bis zur Reform der Sachaufklärung haben §§ 813b, 900 Abs. 3 ZPO a.F. ermöglicht, daß der Vollstreckungsschuldner (unter Abwägung der beiderseitigen Interessen) auch dann seine Schuld in Raten tilgen darf, wenn der Vollstreckungsgläubiger dem nicht zustimmt⁹⁴. Diese Verschlechterung der Rechtsposition des Vollstreckungsschuldners ist zwar unter Berücksichtigung der Aufgabe des Vollstreckungsrechts und des Vollstreckungsanspruchs des Gläubigers rechtsstaatlich (noch) vertretbar. Fraglich ist jedoch, ob sie auch systematisch sinnvoll und praxistauglich ist.

⁹⁰ Vgl. dazu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 118 f.; noch zum DiskE *N. Fischer*, WuM 2007, S. 239 ff., 244; jeweils m.w.N.

⁹¹ Siehe den Wortlaut des 1. Halbsatzes: „Hat der Gläubiger eine Zahlungsvereinbarung nicht ausgeschlossen“; s.a. *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 24 f. m.w.N.

⁹² Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 802b ZPO-E, BT-Dr. 16/10069, S. 24 f.

⁹³ Siehe auch *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 5; *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 570; jew. m.w.N.

⁹⁴ Ausnahme vom Grundsatz gemäß § 266 BGB. Wie *Seip* mit Blick auf den historischen Gesetzgeber feststellt, sind die Regelungen der § 813b ZPO (a.F.) sowie § 900 Abs. 3 ZPO (a.F.) zeitgleich mit § 765a ZPO geschaffen worden, was wiederum Rückschlüsse auf deren unterschiedliche Regelungsaufgaben zuläßt; vgl. *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 24 f. m.w.N.

Von Bedeutung ist hierbei, daß nach der Vorstellung des Reformgesetzgebers die Regelungsaufgaben der früheren §§ 813b, 900 Abs. 3 ZPO a.F. durch §§ 765a, 766 ZPO mit übernommen werden sollen⁹⁵ - und zwar ungeachtet der verschiedenen Funktionen von §§ 806b, 813a, 813b, 900 Abs. 3 ZPO (a.F.) einerseits und von §§ 765a, 766 ZPO⁹⁶ andererseits. Insbesondere kann Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO ausweislich des restriktiven Normtatbestandes nur dann gewährt werden, wenn die Vollstreckungsmaßnahme auf Grund „ganz besonderer Umstände eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist“⁹⁷. Dementsprechend ist § 765a ZPO im Fall der Versteigerung gepfändeter Gegenstände regelmäßig nicht anwendbar: Fraglich ist, wieso diese Vollstreckungsmaßnahme grundsätzlich nicht mit „den guten Sitten“ vereinbar sein soll. Daher ist bereits rechtssystematisch fraglich, wie die vom Reformgesetzgeber intendierte „Aufgabenübertragung“ von § 813b ZPO (a.F.) auf § 765a ZPO bewirkt werden soll. Zudem wird der Wegfall von § 813b ZPO (a.F.) als Schuldnerschutznorm nicht vollständig kompensiert. Entsprechendes gilt für die bisherige Regelung zur Terminvertagung zur Abgabe der Vermögensauskunft⁹⁸: Bis zur Reform der Sachaufklärung ist Terminvertagung und Ratenzahlung dann möglich gewesen, wenn der Vollstreckungsschuldner glaubhaft machen konnte, daß er die Forderung binnen einer Frist von sechs Monaten tilgen werde (vgl. § 900 Abs. 3 S. 1 ZPO a.F.). In einem solchen Fall wird die Gewährung von Vollstreckungsschutz gemäß § 765a ZPO typischerweise nicht möglich sein, da alleine die Abgabe der Vermögensauskunft typischerweise keine „unbillige Härte“ begründet. Rechtsdogmatisch ungeklärt ist schließlich auch die (intendierte) Übertragung von Regelungsaufgaben auf die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO: Ausweislich des Wortlauts von § 766 ZPO sind für die Begründetheit einer Vollstreckungserinnerung nur Fehler relevant, die Art und Weise der Zwangsvollstreckung sowie das vom

⁹⁵ Vgl. BT-Dr. 16/10069, S. 32 f.

⁹⁶ Siehe zu der für den Vollstreckungsschuldner bestehenden Schwierigkeit der zutreffenden Auswahl zwischen beiden Rechtsbehelfen hier nur *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 571.

⁹⁷ Vgl. zur Auslegung nur Zöllner, 30. Aufl., *Stöber* zu § 765a ZPO, Rn. 1 ff. m.w.N.

⁹⁸ Siehe dazu *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 119 m.w.N.

Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen. Da eine Versagung der ratenweisen Schuldentilgung durch den Vollstreckungsgläubiger nach reformiertem Vollstreckungsrecht stets gerechtfertigt ist (vgl. § 802b Abs. 2 S. 1 1. Hs. ZPO), stellt die Versagung von Ratenzahlung keinen Fehler (im o.g. Sinn) dar; vielmehr ist dieses Ergebnis sogar vom geltenden Vollstreckungsrecht gedeckt. Ungeachtet ihrer Existenzberechtigung sind die speziellen Schutzbestimmungen der §§ 806b, 813a, 813b, 900 Abs. 3 ZPO a.F. jedoch mit der Reform der Sachaufklärung weggefallen. Festzuhalten ist damit, daß die Regelung der „gütlichen Erledigung“ gemäß § 802b ZPO zwar zu einer Stärkung der Rechtsstellung des Vollstreckungsgläubigers führt, aber insoweit zu weniger Flexibilität in der Vollstreckung – und im Ergebnis auch zu einer Beschneidung der Kompetenzen des Gerichtsvollziehers⁹⁹.

f) Verfassungskonformität der Reform der Sachaufklärung?

Den Überblick zur Reform der Sachaufklärung abschließend soll wenigstens noch kurz auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Voranstellung der Vermögensauskunft (als zentrales Reformanliegen) eingegangen werden¹⁰⁰. Verfassungsrechtliche Bedenken können sich insbesondere aus der Judikatur zur Erzwingungshaft für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung (§ 901 ZPO a.F.) ergeben¹⁰¹: Das Bundesverfassungsgericht bejahte damals die Verfassungsmäßigkeit des (früheren) § 901 ZPO (a.F.) im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 20 Abs. 3 GG, und zwar im wesentlichen deshalb, weil der

⁹⁹ Der Appell des vollstreckungsrechtlichen Schrifttums an den Gesetzgeber, vor dem Inkrafttreten des § 802b ZPO durch diesbezügliche Korrekturen der Sachaufklärungsnovelle die volle Flexibilität des bisherigen Rechtszustandes zu erhalten, ist jedoch folgenlos geblieben; vgl. m.w.N. z.B. *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 5; *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 119; *N. Fischer*, DGVZ 2007, S. 111 ff., 117.

¹⁰⁰ Vgl. *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 24; *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 6; *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 568 f.; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2007, S. 111 ff., 118; jew. m.w.N.

¹⁰¹ Siehe zur Rechtsprechung des BVerfG zum zivilprozessualen Vollstreckungsrecht allg. *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 62 ff.; vgl. zur Entscheidung des BVerfG vom 19.10.1982, Az.: 1 BvL 34, 55/80 (BVerfGE 61, 126 ff.) *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 135 ff. m.w.N.

Vollstreckungsschuldner jederzeit die eidesstattliche Versicherung abgeben und damit seine Inhaftierung abwenden könne. In dem damals entschiedenen Fall¹⁰² war jedoch der Ladung zur Vermögensoffenbarung gesetzeskonform eine erfolglose Sachpfändung vorausgegangen (siehe §§ 807, 900 ZPO a.F.). Nicht ausgeschlossen ist damit, daß sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Haftanordnung erneut stellen kann¹⁰³: Nach dem reformierten Vollstreckungsrecht kommt es zu einer sofortigen Erzwingung der Vermögensauskunft dadurch, daß es dem Vollstreckungsgläubiger freigestellt ist, die Vermögensauskunft als erste Maßnahme zu beantragen, vgl. §§ 802a Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 802c ZPO. Nach Ergebnis und Begründung der damaligen Entscheidung kann daher auch das reformierte Vollstreckungsrecht verfassungsrechtlich problematisiert werden, wenn das Bundesverfassungsgericht erneut den (methodologisch nicht unproblematischen) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁰⁴ als (abstrakten) Prüfungsmaßstab heranzieht. Insbesondere unter dem Gebot der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) unter dem Blickwinkel der praktischen Konkordanz (Abwägung zwischen dem Vollstreckungsanspruch des Gläubigers aus Art. 14 Abs. 1 GG gegenüber dem Schutz der Freiheit des Vollstreckungsschuldners aus Art. 2 Abs. 2 GG) können verfassungsrechtliche Probleme dann auftreten, wenn ein säumiger Vollstreckungsschuldner unmittelbar mit einer Zahlungsaufforderung und für den Fall der Nichtzahlung mit einer Ladung zur Vermögensauskunft konfrontiert wird, deren Nichtbefolgung Haft bis zu sechs Monaten zur Folge haben kann (vgl. § 913 ZPO a.F. sowie §§ 802g, 802j ZPO)¹⁰⁵. Für

¹⁰² Vgl. zum Sachverhalt der Entscheidung BVerfGE 61, 126 ff.; vgl. für eine Entscheidungsanalyse *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 135 ff. m.w.N.

¹⁰³ Siehe dazu m.w.N. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 119 f.; noch zum DiskE *N. Fischer*, WuM 2007, S. 239 ff., 245.

¹⁰⁴ Vgl. m.w.N. zur Kritik *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 136 f.; s.a. *N. Fischer*, Rpfleger 2004, S. 599 ff.

¹⁰⁵ Siehe *Seip*, ZRP 2007, S. 23 ff., 24. Vgl. auch den Vorschlag von *Seip*, wonach die Zustellung von Zahlungsaufforderung und Terminladung durch den Gerichtsvollzieher in persona zu erfolgen hat, weil dadurch gleich zu Beginn eine persönliche Kontaktaufnahme mit dem Vollstreckungsschuldner möglich sei. In historischer Sicht ist zudem anzumerken, daß die Voranstellung der Vermögensoffenbarung an den

eine verfassungsrechtliche Angemessenheit spricht jedoch, daß der zur Vermögensauskunft geladene Vollstreckungsschuldner die Haft (jederzeit) dadurch abwenden kann, daß er die geforderte Auskunft erteilt (siehe auch § 802i ZPO zur Vermögensauskunft des verhafteten Vollstreckungsschuldners). Letztlich unsicher ist jedoch, ob eine solche - am Zweck des zivilprozessualen Vollstreckungsrechts orientierte - Ansicht¹⁰⁶ für das Bundesverfassungsgericht leitend sein wird, falls dieses sich künftig erneut mit der Voranstellung der Vermögensauskunft an den Vollstreckungsbeginn befassen müßte. Noch fraglicher ist allerdings, ob der (Verfahrens-) Gesetzgeber dieses Kernstück der Reform der Sachaufklärung ohne verfassungsgerichtliche Entscheidung korrigiert¹⁰⁷. Damit wird auch hier folgendes deutlich: Die Kritik der Prozeßrechtswissenschaft verhält häufig ungehört, während die (typischerweise nachgelagerte) Verfassungsgerichtskontrolle den Prozeßrechtsgesetzgeber oft zum Handeln zwingt – und damit Reformen der (Prozeßrechts-) Reformen bedingt.

2. Zum MietRÄndG und seiner Kritik

Das deutsche Vollstreckungsrecht hat in jüngerer Zeit eine weitere Reformierung erfahren, und zwar - gerade für den ausländischen Beobachter - relativ unbemerkt, nämlich durch das „Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln“, kurz: MietRÄndG, das im wesentlichen zum 01.05.2013 in Kraft getreten ist.

Vollstreckungsbeginn schon bei Vorbereitung der Zweiten Zwangsvollstreckungsnovelle diskutiert, von der damaligen Arbeitsgruppe (s. den Schlußbericht der Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts vom 23.09.1992, S. 218) jedoch gerade wegen verfassungsrechtlicher Bedenken abgelehnt wurde (vgl. zur Diskussion z.B. *Behr*, Rpfleger 1981, S. 19 ff.; *Münzberg*, Rpfleger 1987, S. 269 ff., 275; jew. m.w.N.); s.a. *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 569.

¹⁰⁶ Vgl. allg. *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 62 ff.; sowie zur Entscheidung des BVerfG vom 19.10.1982, Az.: 1 BvL 34, 55/80 (BVerfGE 61, 126 ff.), S. 135 ff. m.w.N.

¹⁰⁷ Siehe m.w.N. *Seip*, DGVZ 2006, S. 1 ff., 6; *Seip*, JurBüro 2006, S. 567 ff., 570; s.a. *N. Fischer*, DGVZ 2010, S. 113 ff., 119 f.; zum DiskE noch *N. Fischer*, WuM 2007, S. 239 ff., 245.

a) Klärungsbedürftiges Regelungsanliegen

Mit dem MietRÄndG sollen Vereinbarungen aus dem Koalitionsvertrag der damaligen Regierungskoalition¹⁰⁸ realisiert werden. Danach soll das „Mietnomadentum“ mittels zivilprozessualer Maßnahmen bekämpft werden¹⁰⁹. Als „Mietnomaden“ werden Personen bezeichnet, die in der Absicht eine Mietwohnung anmieten und beziehen, die vereinbarte Miete nicht zu entrichten. Nachdem der Vermieter einen rechtskräftigen Räumungstitel erstritten (und u.U. bereits die Zwangsvollstreckung eingeleitet hat), verlassen sie schließlich die Mietwohnung, wobei sie stets erhebliche Mietschulden und nicht selten auch eine abgewohnte bis verwüstete Wohnung hinterlassen, und mieten anschließend die nächste Wohnung¹¹⁰. Aus wissenschaftlicher Perspektive ist anzumerken, daß das diesbezügliche Regelungsziel des MietRÄndG, die Bekämpfung des „Mietnomadentums“, bisher weder ausreichend empirisch erforscht, noch breiter literarisch diskutiert worden ist¹¹¹. Unumstrittene Statistiken zum „Mietnomadentum“ in Deutschland gibt es ebenfalls nicht. So wurde bereits darauf hingewiesen, daß sehr unterschiedliche Fallzahlen zum „Mietnomadentum“ genannt werden, und zwar je nachdem welche Seite

¹⁰⁸ Vgl. den Koalitionsvertrag der Regierungskoalition der letzten Legislaturperiode: „Wachstum, Bildung, Zusammenhalt“ vom 26.10.2009, S. 109 f. Das MietRÄndG wurde am 13.12.2012 vom Deutschen Bundestag in der Fassung der Beschlußvorlage des Rechtsausschusses vom 12.12.2012 beschlossen; darin sind Modifikationen gegenüber den im Rechtsausschuss von den Regierungsfractionen beschlossenen Änderungen enthalten, BT-Dr. 17/11894. Dem liegt der Regierungsentwurf gemäß Kabinettsbeschluß v. 23.05.2012 zugrunde, BT-Dr. 17/10485; s. noch zum RegE *N. Fischer*, DGVZ 2012, S. 151 ff. m.w.N.

¹⁰⁹ Siehe dazu m.w.N. *N. Fischer*, Prozeßrechtswissenschaft und Prozeßrechtsgesetzgebung, in: FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff.; s. zu § 940a ZPO auch *Börstinghaus*, NJW 2014, S. 2225 ff.; *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 250 ff.

¹¹⁰ So *Fedor Brunner*, Das Phänomen des Mietnomaden in der Rechtspraxis. Strukturelle Hintergründe, zivilrechtliche Mechanismen und Perspektiven, 2012, S. 20.

¹¹¹ Vgl. auch Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr. 17/11894, S. 30 (Bericht).

man fragt¹¹²: Während Mieterverbände 1000 Fälle pro Jahr annehmen, gehen einzelne Vermieterverbände von 22.000 Fällen pro Jahr aus. Zu kritisieren ist daher besonders, daß belastbare empirische Untersuchungen fehlen, die die generelle Reformnotwendigkeit nachweisen. Wo es empirische Untersuchungen (in Teilbereichen) gibt, besagen sie genau das Gegenteil¹¹³. Ungeachtet dessen ist im MietRÄndG das rechtstatsächlich kaum erforschte Phänomen „Mietnomadentum“ von der Rechtspolitik als gegeben unterstellt worden. Dies wurde zum Anlaß für weitreichende prozessuale Neuregelungen genommen. Der zweite grundlegende Aspekt betrifft die Geeignetheit und Angemessenheit der eingesetzten Mittel. Damit sind zwei Fragen verbunden: Zum einen ist zu fragen, ob das Zivilprozeßrecht die geeignete Rechtsmaterie ist, um das „Mietnomadentum“ zu bekämpfen. Zum anderen ist zu analysieren, ob und inwieweit die Änderungen selbst zielführend sind (vgl. dazu nachfolgend unter b.-c.). Das Strafrecht - und dort § 263 StGB - gewährleistet (jedenfalls normativ) die sachgerechte Behandlung von Mietnomaden als (regeltypische) Einmietbetrüger¹¹⁴. Im Gegensatz dazu ist das Zivilverfahrensrecht regelmäßig das falsche Mittel, um auf abweichendes Verhalten zu reagieren¹¹⁵. Die Antwort auf die zweite Frage lautet, daß die reformbedingten Änderungen keinesfalls nur Randkorrekturen darstellen, sondern erheblich in die Systematik des deutschen Zivilprozeßrechts eingreifen – und weitergehend sogar in die verfassungsmäßigen Rechte des Mieters. Auf beide Aspekte wird im folgenden noch einzugehen sein. Damit bleibt festzuhalten, daß sowohl die Notwendigkeit der Reform, als auch die Geeignetheit und Angemessenheit ihrer Mittel (hier in Gestalt von Änderungen der Räumungsvollstreckung

¹¹² Siehe m.w.N. *Fedor Brunner*, Das Phänomen des Mietnomaden in der Rechtspraxis, 2012, S. 21 (unter Berufung auf Zahlen des „Immobilienverbandes Deutschland (IVD e.V.)“ (22.000 Fälle p.a.), von „Haus&Grund“ (15.000 Fälle) sowie (nicht näher bezeichnete) „Mieterverbände“ (1000 Fälle).

¹¹³ Vgl. *Börstinghaus*, Stellungnahme aus amtsrichterlicher Sicht, S. 15 ff. m.w.N. (NZM 2012, S. 697 ff.).

¹¹⁴ So auch *Börstinghaus*, Stellungnahme aus amtsrichterlicher Sicht, S. 5 f. (NZM 2012, S. 697 ff.).

¹¹⁵ Abweichend dagegen *Fedor Brunner*, Das Phänomen des Mietnomaden in der Rechtspraxis, 2012, S. 55 ff., 215.

sowie der Ermöglichung der Räumung von Wohnraum im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes) in Frage stehen¹¹⁶.

b) Vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln, §§ 885, 885a ZPO

Eines der rechtspolitischen Anliegen des MietRÄndG ist die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln¹¹⁷. Diese Vereinfachung soll (unter anderem¹¹⁸) durch Änderungen bei der „klassischen“ Vollstreckung gemäß § 885 ZPO erfolgen (dort in den Abs. 2-5) sowie durch eine neue Variante der Räumungsvollstreckung (in § 885a ZPO)¹¹⁹.

Hintergrund der Änderungen im Recht der Räumungsvollstreckung ist gemäß der Reformbegründung der Umstand, daß die bisherigen Regelungen der Räumungsvollstreckung von Wohnraum seit einiger Zeit in Rechtswissenschaft¹²⁰, Rechtspraxis¹²¹ und Rechtspolitik problematisiert werden. Dies gilt insbesondere für den (praxisrelevanten) Aspekt der oft den Gläubiger belastenden (arg. ex § 13 Abs. 1 Nr. 1 GvKostG) Vollstreckungskosten - als faktisches Vollstreckungshindernis und damit als Verschlechterung der Rechtsposition des Vollstreckungsgläubigers. Dies folgt daraus, daß der Gerichtsvollzieher für die Räumung der Wohnung den Vollstreckungsschuldner aus dem Besitz der Wohnung setzen und den

¹¹⁶ So bereits m.w.N. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 259 ff., 250, 260.

¹¹⁷ Positiv ist vor diesem Hintergrund besonders die Einführung eines Beschleunigungsgebotes für Räumungssachen in § 272 Abs. 4 ZPO zu bewerten. Siehe *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 260; s.a. die Beschlußfassung und Begründung des Rechtsausschusses v. 12.12.2012, BT-Dr. 17/11894, S. 4, 33; sowie § 155 FamFG: „Vorrang- und Beschleunigungsgebot“ für bestimmte Kindschaftssachen.

¹¹⁸ Siehe etwa zur Sicherungsanordnung gem. § 283a ZPO *Börstinghaus*, NJW 2013, S. 3265 ff. m.w.N.

¹¹⁹ Vgl. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 257 ff. Weiterhin ungelöst in diesem Zusammenhang bleibt das Problem des Umgangs mit Tieren, die in der zu räumenden Wohnung vorgefunden werden, dazu m.w.N. *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 72; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 212; *J. Leroy*, Mietnomaden – Möglichkeiten der Prävention und Reaktion, 2013, S. 264 ff.

¹²⁰ Siehe *Flatow*, NJW 2006, S. 1396 ff.; *Schuschke*, NJW 2006, S. 284 ff.; *N. Fischer*, WuM 2011, S. 403 ff.; jeweils m.w.N.

¹²¹ Vgl. nur die Stellungnahme des DGVB v. 24.01.2012, S. 2 ff.

Gläubiger in den Besitz einweisen muß nach § 885 Abs. 1 S. 1 ZPO. Dabei ist die bewegliche Habe des Schuldners aus der zu räumenden Wohnung zu entfernen, § 885 Abs. 2 ZPO. Wenn eine Herausgabe dieser Gegenstände an den Vollstreckungsschuldner (oder dessen Angehörige) nicht gelingt, ist gemäß § 885 Abs. 3 ZPO eine (oft kostenintensive) Verwahrung nötig. Eine öffentliche Versteigerung war bisher erst nach zwei Monaten zulässig (§ 885 Abs. 4 ZPO a.F.). Eine pragmatische Kostensenkungsmöglichkeit für den Vollstreckungsgläubiger wurde jedoch extra legem in Gestalt der sog. Berliner Räumung eröffnet, d.h. durch die Beschränkung der Räumungsvollstreckung auf die Herausgabe der Wohnung unter gleichzeitiger Geltendmachung des Vermieterpfandrechts (§ 562 BGB). Diese Räumungsvariante ist seit einigen Jahren in der höchstrichterlichen Judikatur anerkannt worden, wobei insbesondere die BGH-Entscheidung vom 16.07.2009¹²² richtungweisend war. Danach kann der Gläubiger die Vollstreckung auf eine Herausgabe der (zuvor vermieteten) Wohnung beschränken, wobei er an sämtlichen in den Räumen befindlichen Gegenständen ein Vermieterpfandrecht geltend macht¹²³. Nach jahrelanger Akzeptanz durch die Gerichte hat nunmehr der Verfassungsgesetzgeber die maßgebliche Gesetzeslage („law in books“) dieser Rechtsrealität („living law“) angepaßt: Das BMJ geht von einem diesbezüglichen Regelungsbedarf aus¹²⁴, wenn es die diesbezüglichen Neuregelungen des MietRÄndG damit

¹²² BGH, Beschluß vom 16.07.2009, Az.: I ZB 80/05, NJW-RR 2009, S. 1384 f.; s. N. Fischer, WuM 2011, S. 403 ff. m.w.N.; zur Rechtsprechungsentwicklung J. Leroy, Mietnomaden – Möglichkeiten der Prävention und Reaktion, 2013, S. 226 ff. m.w.N.

¹²³ Siehe dazu den Hinweis von Flatow, NJW 2006, S. 1396 ff., 1397, wonach es sich bei dem „Berliner Modell“ (dazu nur Schuschke, NJW 2006, S. 284 ff. m.w.N.) nicht um einen Fall einer „beschränkten“ Räumungsvollstreckung handele. Dieser Bewertung der „Berliner Räumung“ als „erweiterte“ Räumung ist zu folgen, da der Gläubiger auf diese Weise in den Besitz (§ 854 Abs. 1 BGB) aller Sachen in der Wohnung des Schuldners unabhängig von ihrer Pfändbarkeit (vgl. § 562 Abs. 1 S. 2 BGB) gelangt. Siehe zu weiteren Kostensenkungsmodellen m.w.N. Hippler, in Dierck/Morvilus/Vollkommer (Hg.), Handbuch des Zwangsvollstreckungsrechts, S. 662 ff.; Schwieren, DGVZ 2011, S. 41 ff.; J. Leroy, Mietnomaden – Möglichkeiten der Prävention und Reaktion, 2013, S. 214 ff.; zur Wohnungsräumung nach dem FamFG Schuschke, NZM 2010, S. 137 ff.

¹²⁴ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 2 f., 15, 31; s. zu den Neuregelungen der §§ 885, 885a ZPO (z.T. bezogen auf den RefE) Deutscher Mietgerichtstag, NZM 2012, S. 75 ff., 78; für das Schrifttum z.B. Hinz, ZMR 2012, S. 153 ff., 163 ff.; Fleindl,

begründet, die „Berliner Räumung“ nunmehr auf eine „gesetzliche Grundlage“ stellen zu wollen. Diese wurde mit § 885a ZPO („Beschränkter Vollstreckungsauftrag“) als neugeschaffene Variante der Räumungsvollstreckung geschaffen¹²⁵. Damit stellt § 885a ZPO die gesetzliche Möglichkeit für den Vermieter und Vollstreckungsgläubiger dar, eine auf die bloße Besitzverschaffung beschränkte Räumung durchzuführen. Da in § 885a ZPO nicht auf die gleichzeitige Geltendmachung des Vermieterpfandrechts (§§ 562 ff. BGB) abgestellt wird, weicht die Regelung insoweit von der - höchstrichterlich anerkannten - „Berliner Räumung“ ab¹²⁶. § 885a ZPO beschränkt sich vielmehr auf die „zwangsweise Durchsetzung des Herausgabeverlangens“¹²⁷.

Ungeachtet der grundsätzlich zu begrüßenden legislatorischen Maßnahme zur Lösung eines akuten Problems der Vollstreckungspraxis (und der damit verbundenen Angleichung von Gesetzeslage und Richterrecht) wirft die Vorschrift jedoch eine Reihe von rechtsdogmatischen und rechtspraktischen Fragen auf, auf die vorliegend nicht näher eingegangen werden kann¹²⁸ - abgesehen von folgender Anmerkung: Da § 885a ZPO die „Berliner Räumung“ gerade nicht vollumfänglich abbildet, stellt sich die

NZM 2012, S. 57 ff., 65 f.; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 213 ff.; *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 69; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 422 f.; *N. Fischer*, DGVZ 2012, S. 151 ff., 156 ff.; zu § 885a Abs. 2 ZPO-RefE *Dötsch*, NZM 2012, S. 73 ff.

¹²⁵ Diese Regelung stellt (so das BMJ) die „Berliner Räumung“ auf eine gesetzliche Grundlage, s. die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 2 f., 15, 31. Siehe dazu bereits *N. Fischer*, DGVZ 2012, S. 151 ff., 158 ff. m.w.N.

¹²⁶ § 885a Abs. 1 ZPO lautet: „Der Vollstreckungsauftrag kann auf die Maßnahmen nach § 885 Abs. 1 beschränkt werden.“ (BT-Dr. 17/10485, S. 11, zur Begründung S. 31 ff.). Die Gesetzesbegründung weist (z.T.) darauf hin, daß diese vereinfachte Räumung von der Konstruktion der „Berliner Räumung“ abweicht, soweit gerade nicht erforderlich ist, daß der Gläubiger sein Vermieterpfandrecht an dem in die Räume eingebrachten Schuldnermobiliar geltend macht, BT-Dr. 17/10485, S. 31. Siehe auch die DGVB-Stellungnahme v. 24.01.2012, S. 6; *Dötsch*, NZM 2012, S. 73 ff., 73; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 66.

¹²⁷ So BT-Dr. 17/10485, S. 31.

¹²⁸ Vgl. näher und m.w.N. *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 163 ff.; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 65 f.; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 213 ff.; *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 69; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 422 f.; s.a. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 257 ff.

Frage, ob neben dieser Neuregelung die bisherige „Berliner Räumung“ in ihrer richterrechtlichen Ausgestaltung auch weiterhin anwendbar ist – und damit insgesamt drei Varianten der Räumungsvollstreckung bestehen¹²⁹. Der Gesetzgeber - und auch die Judikatur - hat sich bisher hierzu explizit nicht geäußert. Angesichts unterschiedlicher Interessen in der Vollstreckung bleibt daher abzuwarten, wie die (Vollstreckungs-) Praxis und insbesondere die Rechtsprechung hiermit umgehen wird.

c) Räumungsverfügung nach § 940a ZPO

Während bei den Änderungen in der „neuen“ Räumungsvollstreckung gemäß §§ 885, 885a ZPO lediglich Auslegungs- und Anwendungsfragen des einfachen Vollstreckungsrechts erörtert werden, nicht dagegen originär verfassungsrechtliche Fragen¹³⁰, werden bei den neuen Räumungsmöglichkeiten in § 940a Abs. 2 und Abs. 3 ZPO neben prozeßrechtsdogmatischen auch verfassungsrechtliche Probleme diskutiert¹³¹, die nachfolgend wenigstens kurz skizziert werden sollen. Mit dem MietRÄndG¹³² wurde die bisherige Vorschrift (§ 940a ZPO a.F.) zu

¹²⁹ Soweit ersichtlich, hat diese Frage zuerst der Verf. in seiner Antrittsvorlesung am Frankfurter Fachbereich Rechtswissenschaft am 19.06.2013 aufgeworfen („Mietrechtsänderung’ und Prozeßrechtsreform - Anmerkungen zu den prozessualen Regelungen des neuen Mietrechtsänderungsgesetzes“); s. m.w.N. *N. Fischer*, DGVZ 2014, S. 49 ff., 53; abw. nunmehr *Lehmann-Richter*, NZM 2014, S. 257 ff., 260.

¹³⁰ Siehe z.B. Deutscher Mietgerichtstag, NZM 2012, S. 75 ff., 78; für das Schrifttum etwa *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 163 ff.; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 65 f.; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 213 ff.; *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 69; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 422 f.; *N. Fischer*, DGVZ 2012, S. 151 ff., 156 ff.; zu § 885a Abs. 2 ZPO-RefE *Dötsch*, NZM 2012, S. 73 ff.; s.a. m.w.N. *N. Fischer*, DGVZ 2014, S. 49 ff., 51 ff.

¹³¹ Vgl. m.w.N. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 250 ff.; sowie *N. Fischer*, Prozeßrechtswissenschaft und Prozeßrechtsgesetzgebung, in: FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff.; s. zu § 940a ZPO auch *Börstinghaus*, NJW 2014, S. 2225 ff. m.w.N.

¹³² Siehe zum Normtext BT-Dr. 17/10485, S. 11 sowie S. 15, 33 f. (Begründung). Vgl. zur Räumungsverfügung (gem. RefE) Deutscher Mietgerichtstag, NZM 2012, S. 75 ff., 77 f.; DAV, NZM 2012, S. 105 ff., 108 f. (gänzlich ablehnend); *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 165 f.; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 64 f.; *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 68 f.; *Streyll*, NZM 2012, S. 249 ff., 251 ff.; *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 210 f.

Abs. 1 der neugefaßten Norm, Abs. 2 ermöglicht nunmehr die Räumungsvollstreckung durch ergänzende einstweilige Verfügung gegen Dritte, Abs. 3 eröffnet die Räumungsvollstreckung gegen den Mieter als Vollstreckungsschuldner. § 940a Abs. 4 ZPO sieht die Verpflichtung zur (vorherigen) Anhörung des Antragsgegners in den Fällen des Abs. 2 und 3 vor¹³³.

aa) Räumungsverfügung gegen Dritte gem. § 940a Abs. 2 ZPO

§ 940a Abs. 2 ZPO ermöglicht nunmehr eine einstweilige Räumungsverfügung gegen Personen, die ohne Kenntnis des Vermieters Besitz (iSv. § 854 BGB) an der Wohnung erlangt haben¹³⁴. Voraussetzung ist dafür, daß gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter vom Besitzerwerb des „Dritten“ erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat¹³⁵. Hintergrund für diese Neuregelung des MietRÄndG ist der rechtstatsächliche Umstand, daß in Deutschland Gerichtsvollzieher bei der Räumungsvollstreckung häufig nicht (nur) den Mieter und Vollstreckungsschuldner antreffen, sondern dem Vollstreckungsgläubiger unbekannt Dritte, die behaupten, ebenfalls Sachbesitz zu haben¹³⁶. Da sich der Vollstreckungstitel regelmäßig nur

¹³³ Vgl. zur Reformbegründung BT-Dr. 17/10485, S. 35.

¹³⁴ Siehe bereits *N. Fischer*, in *FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.)*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff., 460 ff.

¹³⁵ Auch in der Reformbegründung zum MietRÄndG wird die Zuständigkeitsfrage nicht thematisiert: Hier ist mangels einer Spezialregelung und wegen fehlendem Zusammenhang zwischen der Erlangung des Räumungstitels gegen den Mieter und der Räumungsverfügung gegen den Dritten eine Zuständigkeit nach allgemeinen Vorschriften gegeben, §§ 23 Nr. 2a GVG, 29a ZPO, so *Zehelein*, *WuM* 2013, S. 133 ff., 141. Gegen eine Anwendung auf die Gewerberaumiete spricht jedoch der Wortlaut, vgl. *N. Fischer*, *NZM* 2013, S. 249 ff., 250, Fn. 12; s.a. *KG NJW* 2013, S. 3588 f.; *LG Köln NJW* 2013, S. 3589 f.

¹³⁶ Ohne an dieser Stelle empirische Aussagen zur Häufigkeit dieser Sachverhaltskonstellation treffen zu können (immerhin gehen nicht nur die Entwurfsverfasser hiervon aus, vgl. BT-Dr. 17/10485, S. 16, 34, sondern auch zahlreiche Vollstreckungspraktiker, siehe z.B. *Hinz*, *ZMR* 2012, S. 153 ff., 165), sei als Frankfurter Beispiel nur an das im Jahr 2013 nach langer Besetzung (zwangs-) geräumte

gegen den zuvor verklagten Schuldner richtet, nicht aber gegen den (einen unbekannt) Dritten, ist eine Räumung ohne Zustimmung dieses (besitzenden) Dritten nicht aus dem ursprünglichen Titel möglich, § 750 Abs. 1 ZPO. Vielmehr wird für die Räumungsvollstreckung¹³⁷ ein Titel gegen alle Mitbesitzer verlangt¹³⁸. Diese praxisbekannte Problematik will das MietRÄndG dadurch beseitigen, daß mit § 940a Abs. 2 ZPO eine Grundlage für eine einstweilige Räumungsverfügung gegen Dritte zur Verfügung steht. Die Eignung dieser Neuregelung für den vorgesehenen Zweck ist jedoch bereits in Frage gestellt worden¹³⁹. So wird z.B. vorgebracht, daß die Anhörung des Mieters und des Dritten gemäß § 940a Abs. 4 ZPO¹⁴⁰ eine Umgehungsgefahr dahingehend begründen soll, daß diese Kenntnis von der bevorstehenden Räumung erhalten. Dies provoziere die Gelegenheit, neue, bisher unbekannt Personen zu aktivieren, um eine

Institutsgebäude der J.W. Goethe-Universität erinnert, das unter dem Namen „Institut für vergleichende Irrelevanz“ (IvI) regional presse- und gerichtsbekannt wurde.

¹³⁷ Die Gesetzesbegründung verweist hier explizit auf Art. 13 GG sowie darauf, daß „jede Räumungsvollstreckung das Grundrecht des Mitbesitzers auf Unverletzlichkeit der Wohnung“ tangiere, so BT-Dr. 17/10485, S. 33; s. zur Bedeutung des Art. 13 GG für Recht und Praxis der Vollstreckung hier m.w.N. nur *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 124 ff., 230 ff.

¹³⁸ Das gilt nach der Rechtsprechung des BGH selbst für den Fall, daß der Mieter dem Dritten den Besitz nur deswegen eingeräumt hat, um die Zwangsräumung zu vereiteln, vgl. BGH, Beschluß v. 14.08.2008, Az.: I ZB 39/08, NJW 2008, S. 3287 f.; s.a. *Klüver*, DGVZ 2012, S. 116 ff. m.w.N.

¹³⁹ Trotz grds. vorhandener Zustimmung (vgl. z.B. *Hinz*, ZMR 2011, S. 153 ff., 165; s.a. die Stellungnahme des DGVB v. 24.01.2012, S. 2) überwiegt die Fundamental- und Detailkritik: *Schuschke*, NZM 2012, S. 209 ff., 210 f.; s.a. *Majer*, NZM 2012, S. 67 ff., 69; abwartend *Klüver*, DGVZ 2012, S. 116 ff., 118; siehe für einen Änderungsvorschlag Deutscher Mietgerichtstag, NZM 2012, S. 75 ff., 77 f.

¹⁴⁰ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 35, die allg. auf den (verfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verweist, ohne zu erwähnen, daß auch über die Gewährung nachträglichen rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) die Rechte der Betroffenen gewahrt werden können, s. zur Kritik an einem (isolierten) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Begründungstopos für die Annahme von Verfassungsrechtswidrigkeit *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 252 ff.

Räumung (erneut) zu verhindern¹⁴¹. Der Widerstreit zwischen Umgehungsgefahr und Gehörs-gewährleistung durch eine Anhörungspflicht ist aber nicht der einzige Aspekt, der Fragen nach der grundsätzlichen Eignung der Norm für den o.g. Zweck aufwirft, vielmehr stellen sich zahlreiche Auslegungsfragen bei Tatbestand und Rechtsfolge des § 940a Abs. 2 ZPO, von denen hier nachfolgend einige wenige skizziert werden sollen:

So stellt § 940a Abs. 1 ZPO keine eigene Verfügungsart dar, sondern eine Einschränkung des § 940 ZPO¹⁴². Dagegen erweitert § 940a Abs. 2 ZPO den Anwendungsbereich des § 940 ZPO durch neue, eigene Voraussetzungen¹⁴³. Umstritten ist daher bereits, ob es sich bei der Regelung um eine „eigenständige Verfügungsnorm“ - so vertreten von *Zehelein*¹⁴⁴ - handelt oder eine „gesetzlich geregelte Leistungsverfügung“ - so die Ansicht von *Streyl*¹⁴⁵. Ohne daß der Streit um die dogmatische Einordnung hier abschließend entschieden werden kann, ist festzuhalten, daß in gesetzessystematischer Hinsicht mit § 940a Abs. 2 ZPO keine reine Zusatzregelung zu § 940 ZPO geschaffen wird. § 940a Abs. 2 ZPO kann (nach hier vertretener Auffassung) jedenfalls nicht ohne weiteres in die bekannte Systematik des einstweiligen Rechtsschutzes - mit Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund - eingeordnet werden. Dies gilt ungeachtet der diesbezüglichen argumentativen Bemühungen des BMJ in der Gesetzesbegründung¹⁴⁶. Folglich bleibt nach Wortlaut und Systematik

¹⁴¹ Vgl. (zum RefE) *Hinz*, ZMR 2011, S. 153 ff., 166; vgl. auch *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 65.

¹⁴² Siehe zum früheren Recht z.B. *Zöller*, 27. Aufl., *Vollkommer* zu § 940a ZPO, Rn. 2 m.w.N.

¹⁴³ Vgl. m.w.N. *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253 f. („geschriebene“ und „ungeschriebene“ Bedingungen).

¹⁴⁴ Dies wird damit begründet, daß § 940a Abs. 2 ZPO weder die möglichen Tatbestandsvoraussetzungen eines Verfügungsanspruchs gem. § 940 ZPO limitiert, sondern selbst Voraussetzungen schafft, die von denjenigen des materiellen Rechts unabhängig sind, siehe *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424; s.a. *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253 („einzige und typisierte Bedingungen“); dazu *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 251 m.w.N.

¹⁴⁵ So *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253.

¹⁴⁶ Siehe BT-Dr. 17/10485, S. 34.

offen, ob es sich bei der Regelung um eine besondere gesetzliche Ausprägung der Leistungsverfügung handelt¹⁴⁷, eine spezielle Ausprägung der Regelungsverfügung (§ 940 ZPO), oder eine eigene, neue Verfügungsart¹⁴⁸ geschaffen werden soll. Für letzteres spricht jedoch, daß die Norm für den Erlaß einer einstweiligen Räumungsverfügung auf eigene Tatbestandsmerkmale abstellt. Gemäß deren Wortlaut lauten diese wie folgt: Vollstreckbarer Räumungstitel gegen den Mieter, Besitz des Dritten an Wohnraum, Unkenntnis des Vermieters als Antragsteller von Besitzerlangung bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung. Aus dogmatischer Sicht handelt sich dabei um die Verbindung einer einstweiligen Rechtsschutzmaßnahme mit einem eigenständigen („materiellen“) Tatbestand. In der Systematik des einstweiligen Rechtsschutzes stellt eine solche Verbindung eine Ausnahmeerscheinung dar¹⁴⁹, sieht man einmal von den Regelungen in §§ 300, 301 FamFG ab.

Hervorhebenswert ist weiterhin, daß der Tatbestand des § 940a Abs. 2 ZPO darüber hinaus auch nicht mit den (Herausgabe-) Vorschriften des materiellen Rechts harmoniert: So sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 940a Abs. 2 ZPO nicht mit den Voraussetzungen der materiellen Herausgabeansprüche gem. § 546 Abs. 1 BGB und § 985 BGB identisch oder auch nur kompatibel. Der Tatbestand des § 940a Abs. 2 ZPO knüpft an die Räumung an, nicht aber an einen Herausgabeanspruch gem. § 546 Abs. 1 BGB, der materiell-rechtlich ein (beendetes und zuvor bestehendes) Mietverhältnis voraussetzt. Auch der possessorische Herausgabeanspruch nach § 861 BGB ist danach nicht zwingend vorausgesetzt, da dieser eine verbotene Eigenmacht gemäß § 858 BGB sowie eine Entziehung des unmittelbaren Besitzes voraussetzt, so daß bereits die Anwendbarkeit gegenüber dem mittelbaren Besitzer fraglich erscheint. Auch der

¹⁴⁷ So (zum RefE) z.B. *Streyll*, NZM 2012, S. 249 ff., 253 („gesetzlich geregelte Leistungsverfügung“).

¹⁴⁸ Vgl. hierfür *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 423. Unklar ist, ob es sich bei den Tatbestandsmerkmalen der Norm um Voraussetzungen des Verfügungsanspruchs iSv. §§ 940, 936, 916 ZPO handelt.

¹⁴⁹ So *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 423; s.a. *Streyll*, NZM 2012, S. 249 ff., 252, der auf die Kriterien von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund abstellt („für § 940a II ZPO-E gilt nichts anderes“).

Herausgabeanspruch des Eigentümers gem. § 985 BGB gegen den nicht berechtigten Besitzer (§ 986 BGB) braucht hier nicht erfüllt zu sein, da diese Anspruchsgrundlage gerade eine Eigentümerstellung erfordert, die bei dem Vermieter und Räumungsgläubiger nicht gegeben sein muß. Der deliktische Herausgabeanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB paßt insoweit nicht, als die danach geforderte Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung sich nicht per se aus der Kenntnislosigkeit des Vermieters ergibt. Daraus folgt die - verfahrensrechtsdogmatisch fragwürdig erscheinende - Konsequenz, daß der Inhaber eines Räumungstitels gegen den Mieter über § 940a Abs. 2 ZPO einen weiteren Räumungstitel gegen eine dritte Person im Wege des Eilrechtsschutzes erhält, ohne daß diese Person materiell-rechtlich zur Herausgabe verpflichtet sein muß¹⁵⁰.

Doch die Tatbestandsmerkmale des § 940a Abs. 2 ZPO weisen noch weitere Ungereimtheiten auf¹⁵¹. Zunächst knüpft die Neuregelung tatbestandlich an einen „Räumungstitel“ (anstelle einer „Herausgabe“) gegen eine Person an, ohne den Berechtigten bzgl. des Titels zu nennen¹⁵². Nicht unproblematisch ist auch die Anknüpfung an „den Mieter“: Gemäß § 940a Abs. 2 ZPO ist das Vorliegen eines Räumungstitels gegen „den Mieter“ gefordert. Tatbestandlich unklar ist dabei, ob bei Mietermehrheit ein Titel gegen alle Mieter bestehen muß. Hierfür könnte sprechen, daß nach Sinn und Zweck dieser Norm die Räumungsverweigerung durch Besitzeinräumung an einen Dritten verhindert werden soll. Wenn bei Mietermehrheit jedoch bereits nicht alle Mieter zur Räumung verurteilt sind, besteht für eine (isolierte) Räumungsverfügung kein Bedürfnis mehr, da es noch besitzberechtigte Mieter gibt¹⁵³. Schließlich besteht auch Klärungsbedarf bezüglich des Verfügungsgrundes als Begründungselement für eine

¹⁵⁰ So auch *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 423, s.a. *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 252 (der im Rahmen des Verfügungsanspruchs zunächst keine grds. Probleme sieht, aber immerhin darauf hinweist, daß „der Herausgabeanspruch ein Minus zum Räumungsanspruch“ darstellt). Vgl. bereits *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 252.

¹⁵¹ Siehe m.w.N. auch *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424; *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 251 ff.

¹⁵² Vgl. zur Differenzierung m.w.N. auch *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 251, 252 f.

¹⁵³ Siehe auch *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424; abw. *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253.

Eilentscheidung¹⁵⁴. Fraglich ist, ob ein solcher Verfügungsgrund iSv. §§ 940, 936, 917, 918 ZPO (als Grund für eine Eilentscheidung) bei § 940a Abs. 2 ZPO überhaupt noch erforderlich ist, wenn doch allein der Normtatbestand für den Erlaß der Räumungsverfügung bereits ausreichend sein soll¹⁵⁵. Aufgrund der Autonomie dieses Tatbestandes ist insbesondere keine Beschränkung des richterlichen Prüfungsumfanges (wie bei § 940 ZPO) zu erkennen, da insoweit verschiedene Voraussetzungen bestehen¹⁵⁶. Entgegen der Gesetzesbegründung könnte daraus der Verzicht auf das (dogmatische) Erfordernis eines Verfügungsgrundes geschlossen werden¹⁵⁷.

Auf der Rechtsfolgenseite der Norm¹⁵⁸ ist ausweislich der bisher vorliegenden Stellungnahmen aus der Prozeßrechtspraxis¹⁵⁹ zum einen umstritten, ob man hier überhaupt ein Ermessen annehmen will, zum anderen sind auch die Kriterien für eine Ermessensausübung ungeklärt. Die Gesetzesbegründung zum MietRÄndG gibt auf keine der beiden Fragen Antworten¹⁶⁰. Angesichts dieser diversen dogmatischen Unklarheiten stellt

¹⁵⁴ Vgl. dazu *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424.

¹⁵⁵ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 33 f.; vgl. (noch) zu § 940a Abs. 3 ZPO-RefE m.w.N. *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 264 f.

¹⁵⁶ Vgl. *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424.

¹⁵⁷ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 34 („der erleichterte Weg zu einem Räumungstitel mit Hilfe der einstweiligen Verfügung ist gerechtfertigt“); s. dagegen *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253 f. („typisierte Bedingungen“ als „anderer Grund“ iSv. § 940 ZPO).

¹⁵⁸ Vgl. dazu insb. den Hinweis von *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 255 mit dem Hinweis auf den begrenzten Rechtszug in einstweiligen Verfügungsverfahren (siehe § 542 Abs. 2 ZPO). Krit. bzgl. einer Ermessensausübung *Zehelein*, WuM 2013, S. 133 f., 142.

¹⁵⁹ Siehe z.B. *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 423 f., 423 („Möglichkeit...positiv normiert“); dagegen wiederum *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 253, der als „ungeschriebene Bedingung“ des § 940a Abs. 2 ZPO-(Ref)E fordert, daß es „dem Vermieter nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen ist, den Besitzer im Räumungsprozeß gegen den Mieter mit zu verklagen.“ Dabei kritisiert *Streyl* (a.a.O., S. 253 f.) den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung als einerseits zu weit (wegen der Möglichkeit der Mieterbefragung) und andererseits als zu eng (wegen der Möglichkeit der Prozeßverzögerung) und stellt auf eine „Einzelfallbetrachtung“ ab.

¹⁶⁰ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 33 f., 34 („kann angeordnet werden“).

sich die Frage, ob das (an sich berechnigte) Regelungsanliegen des Gesetzgebers nicht anderweitig besser hätte umgesetzt werden können.

bb) Räumungsverfügung gegen den Mieter nach § 940a Abs. 3 ZPO

Von (verfahrens-) rechtsdogmatischem wie rechtspolitischem Interesse¹⁶¹ ist weiterhin die einstweilige Verfügung gegen den Mieter bei einem Verstoß gegen die Sicherungsanordnung (§ 283a ZPO) nach § 940a Abs. 3 ZPO¹⁶².

Mit dem MietRÄndG wurde in § 283a ZPO die Möglichkeit geschaffen, eine sog. Sicherungsanordnung als Sicherungsmaßnahme beim Prozeßgericht zu beantragen¹⁶³. Gemäß der Gesetzesbegründung dient das „Instrument der Sicherungsanordnung“ dazu, „den tatsächlichen Wert des Titels über die nach Rechtshängigkeit fällig werdenden und bis zum Urteil auflaufenden Forderungen nach deren Fälligkeit zu sichern“¹⁶⁴. Die

¹⁶¹ Siehe bereits *N. Fischer*, in *FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.)*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff., 463 ff.

¹⁶² Das gilt (ausweislich des Wortlautes) dann, wenn Räumungsklage wegen Zahlungsverzuges erhoben ist. Siehe dagegen die Begründung zu § 940a Abs. 3 ZPO, die ausdrücklich auf Verfügungsanspruch („Anspruch auf Räumung der Wohnung“) und Verfügungsgrund („Verstoß gegen die Sicherungsanordnung“) abstellt, BT-Dr. 17/10485, S. 34 f.

¹⁶³ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 2, 10, 15, 27 ff.; vgl. zur Hinterlegungsanordnung gem. § 302a ZPO-RefE Deutscher Mietgerichtstag, NZM 2012, S. 75 ff., 77 (auch zur systematischen Fehlstellung der Norm); DAV, NZM 2012, S. 105 ff., 108 (gänzlich ablehnend); *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 162 f.; *Fleindl*, NZM 2012, S. 57 ff., 63 f.; *Streyl*, NZM 2012, S. 249 ff., 256 ff.; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 420 ff.; *Börstinghaus*, NJW 2013, S. 3265 ff. Kaum thematisiert wird die Zuständigkeitsfrage: Hier ist sinnvollerweise das Gericht zuständig, das auch die Sicherungsanordnung erlassen hat (d.h. das örtlich und sachlich für die Räumungs- und Zahlungsklage zuständige Gericht). Dafür spricht nicht nur der tatbestandliche Zusammenhang zwischen beiden Normen, sondern auch die Regelungssystematik von § 283a Abs. 1 ZPO, da die Sicherungsanordnung auf Räumungssachen beschränkt worden ist (s.a. *Zehelein*, WuM 2013, S. 133 ff., 136).

¹⁶⁴ So die Gesetzesbegründung BT-Dr. 17/10485, S. 27 (zu § 283a ZPO). Diese verweist auch darauf, daß „gerade bei einer Klage auf künftige Leistung gemäß § 259 ZPO“ solche Sicherungsmaßnahmen „notwendig“ seien (S. 27); s.a. S. 34 f. (zu § 940a Abs. 3

Sicherungsanordnung nach § 283a ZPO ist vom Prozeßgericht dann anzuordnen, wenn „eine Räumungsklage mit einer Zahlungsklage aus demselben Rechtsverhältnis verbunden“ wird. Dies ist bezogen auf „die Geldforderungen, die nach Rechtshängigkeit der Klage fällig geworden sind“. Die Sicherungsanordnung ist ausweislich ihres Wortlautes und der Entwurfsbegründung explizit auf die Wohnraummiete iSv. § 549 BGB beschränkt¹⁶⁵. Nach der Intention des BMJ soll diese Bestimmung den wirtschaftlichen Schaden des Vermieters bei späterer Zahlungsunfähigkeit des Mieters begrenzen. Hier ist an die Fälle zu denken, bei denen mißbräuchlich auf (vermeintliche) Mängel und das Minderungsrecht des Mieters nach § 536 BGB abgestellt wird - und dem Vermieter durch die spätere Zahlungsunfähigkeit des die Miete zurückhaltenden Schuldners ein Schaden entsteht¹⁶⁶. Die Neuregelung des § 940a Abs. 3 ZPO ist bereits im Vorfeld des MietRÄndG im Schrifttum intensiv kritisiert worden¹⁶⁷. Fraglich ist insbesondere, ob der (Prozeßrechts-) Gesetzgeber mit § 940a Abs. 3 ZPO in noch verhältnismäßiger Weise in die (verfassungsmäßigen) Rechte des Mieters und Vollstreckungsschuldners eingreift. Hierfür ist gerade von Relevanz, daß die Folgen der Räumungsvollstreckung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes des im Gegensatz zu denjenigen des § 283a ZPO irreversibel sind. Im Ergebnis erhält der Vermieter damit die Möglichkeit, einen Räumungstitel gegen den Mieter im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu erlangen - und zwar unter eindeutiger und unbeschränkter Vorwegnahme der Hauptsache. Dies ist besonders unter verfassungsrechtlichem Aspekt problematisch: In den

ZPO). Vgl. zur Rechtshängigkeit §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO sowie zur Rückwirkung der Zustellung § 167 ZPO.

¹⁶⁵ Fraglich ist daher auch eine Anwendung des § 940a Abs. 3 ZPO bei der Gewerberaummieta unter den strengen Prämissen der (derzeitigen) OLG-Rechtsprechung, vgl. (noch zum RefE) *Hinz*, ZMR 2011, S. 153 ff., 163; für die Judikatur bzgl. der (engen) Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Räumungsverfügung in Gewerberaummietsachen z.B. OLG Hamm NJW-RR 1990, S. 1236 f., 1236; s.a. noch Zöller, 27. Aufl., *Vollkommer* zu § 940 ZPO, Rn. 8 m.w.N.

¹⁶⁶ Siehe dazu die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 2, 15, 27 f.

¹⁶⁷ Vgl. insb. *Hinz*, ZMR 2012, S. 153 ff., 162 f.; *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 424 ff.; s.a. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 250 ff.; jeweils m.w.N.

„Räumungsvollstreckungsentscheidungen“¹⁶⁸ des Bundesverfassungsgerichts sind die Rechte des Mieters aus Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG und die Bedeutung einer verfassungsrechtskonformen Verfahrensgestaltung betont worden. Bei einer Abwägung des Räumungsinteresses des Vermieters gegenüber dem Besitzinteresse des Mieters sind daher diese Anforderungen maßgeblich zu berücksichtigen. Ausweislich seiner „Unterlassungsvollstreckungsentscheidungen“¹⁶⁹ sieht das Bundesverfassungsgericht jedenfalls verfassungsrechtliche Bedenken, wenn bereits ein schuldloser Verstoß gegen eine gerichtliche Anordnung zu gravierenden Sanktionen für den Vollstreckungsschuldner und Mieter führen kann. Dies ist hier für den Verlust des Sachbesitzes an der Wohnung zu berücksichtigen. Diese Anforderungen aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung können damit grundsätzlich auch für einen (schuldlosen) Verstoß gegen die Sicherungsanordnung gem. § 283a ZPO herangezogen werden, wie er in § 940a Abs. 3 ZPO zugrundegelegt wird. Von verfassungsrechtlicher Bedeutung ist daher insbesondere die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den Gesetzgeber. Ungeachtet des kurzen Hinweises in der Gesetzesbegründung¹⁷⁰ ist eine (solche) verfassungsdeterminierte Interessenabwägung im MietRÄndG jedoch gerade nicht evident, vielmehr soll nach der Systematik des § 940a Abs. 3 ZPO den Vermieterinteressen stets der Vorrang eingeräumt werden. Dies ist aus Sicht der Legislative gerechtfertigt, da für den Mieter bei Nichtbefolgung der Sicherungsanordnung ein „erhöhter Verdacht der Verzögerungsabsicht“¹⁷¹ gilt. Zweifelhaft ist jedoch, ob dies für eine verfassungsrechtlich geleitete Interessenabwägung ausreicht: So soll die Mißachtung der Sicherungsanordnung gem. § 940a Abs. 3 ZPO tatbestandlich bereits für die Rechtsfolge der Räumung ausreichen, wenn Räumungsklage wegen

¹⁶⁸ Siehe BVerfGE 52, 214 ff.; 89, 1 ff.; dazu näher und m.w.N. *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 115 ff.

¹⁶⁹ Vgl. BVerfGE 20, 323 ff.; 58, 159 ff.; 84, 82 ff.; dazu *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 140 ff. m.w.N., s.a. S. 230 ff. (zu Art. 13 GG), S. 232 ff. (zu Art. 14 GG).

¹⁷⁰ Siehe BT-Dr. 17/10485, S. 34 f.

¹⁷¹ So die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 17/10485, S. 34.

Zahlungsverzuges erhoben worden ist. Auch führt das Zusammenspiel von § 283a ZPO und § 940a Abs. 3 ZPO nicht dazu, daß der auf dem Mieter liegende „Verdacht“ noch ausgeräumt werden kann.

Weiterhin wirft auch das Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes systematische Probleme auf, die die verfassungsrechtlichen Zweifel verstärken: Die Räumungsverfügung gem. § 940a Abs. 3 ZPO stellt keine nur temporäre Sicherungsmaßnahme dar, weil diese vielmehr zur endgültigen Räumung außerhalb des vom Gesetzgeber vorgesehenen Klageverfahrens und ohne dessen verfahrensmäßige Sicherungen in Gestalt des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG nach einer mündlichen Verhandlung (§§ 128 Abs. 1, 279 ZPO) führt. Ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁷² hat sich zwar auch die Legislative Gedanken um das Problem des eingeschränkten Mieterrechts- und Vollstreckungsschutzes gemacht, wobei (u.a.) auf die obligatorische Anhörung nach § 940a Abs. 4 ZPO („In den Fällen der Absätze 2 und 3 hat das Gericht den Gegner vor Erlaß einer Räumungsverfügung anzuhören.“) verwiesen wird. Eine solche Anhörung gewährleistet jedoch nicht in gleicher Weise wie eine mündliche Verhandlung ein der Eingriffsschwere angemessenes rechtliches Gehör für den Mieter. Dies gilt gerade im Hinblick auf die fehlenden direkten Klärungs- und Vergleichsmöglichkeiten im Vergleich zu einer regulären mündlichen Verhandlung, siehe §§ 128 Abs. 1, 279 ZPO. Zwar ist denkbar, die verfahrensrechtlichen Defizite des Eilverfahrens gem. § 940a Abs. 3 ZPO im Wege eines Widerspruchs (seitens des Mieters) gegen die Räumungsverfügung zu beheben, da dieser zur mündlichen Verhandlung führt, §§ 924, 925, 936 ZPO. Denkbar ist auch, ob der Mieter nicht durch einen parallelen Antrag auf einstweilige Einstellung der Vollstreckung gemäß §§ 924 Abs. 3 S. 2, 936, 707 Abs. 1 S. 1 ZPO hinreichend geschützt ist. Jedoch ist der Schutz des Mieters und Vollstreckungsschuldners jeweils kein besserer, da zum einen die Vollziehung der Räumungsverfügung gegenüber dem Schuldner nicht durch den Widerspruch gehemmt wird, §§ 924 Abs. 3 S. 1, 936 ZPO. Zum anderen ist die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung stets vom Ermessen des Gerichts abhängig, dessen

¹⁷² Die Gesetzesbegründung verweist auf die nach § 940a Abs. 4 ZPO gebotene Anhörung, die mündlich, aber auch schriftlich erfolgen kann, siehe BT-Dr. 17/10485, S. 35.

Interessenabwägung aber von den (o.g.) Wertungen des Reformgesetzgebers nicht unbeeinflusst bleiben wird. Folglich ist der Mieter jeweils gezwungen Rechtsbehelfe einlegen, um die ihn vor Räumung schützenden Vorschriften auch geltend machen zu können – der materielle Mieterschutz wird folglich prozessual geschwächt¹⁷³.

Hinzu kommt, daß auch Tatbestand und Rechtsfolge des § 940a Abs. 3 ZPO Fragen und Probleme aufwerfen¹⁷⁴: So zwingt die Notwendigkeit, für die „hohen Erfolgsaussichten“ iSv. § 283a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO eine große Wahrscheinlichkeit für den Hauptprozeß zu verlangen, daß die vom Mieter behaupteten Mietmängel nicht vorliegen. Damit wird der Richter zu einer sehr frühzeitigen Prognose bezüglich der möglichen Beweisergebnisse gezwungen – und führt damit zu einer Wahl zwischen Scylla und Charybdis: Entweder das Gericht geht im Wege der Vorwegnahme der Beweiswürdigung (§§ 279 Abs. 3, 370 ZPO) davon aus, daß die Zahlungsansprüche des Vermieters durchgreifen - oder es stellt (zu) hohe prognostische Anforderungen an den Klageerfolg zu Lasten des Vermieters. In beiden Fällen ist ein Ablehnungsgesuch einer Partei wegen einer Besorgnis der Befangenheit (§ 42 ZPO) nicht unwahrscheinlich. Weiterhin findet gemäß dem Tatbestand von § 940a Abs. 3 ZPO die Prüfung einer zahlungsverzugsbedingten Kündigung nicht mehr statt: Ausweislich des Wortlautes von § 940a Abs. 3 ZPO ist gerade tatbestandsmäßig nicht von Bedeutung, ob das Mietverhältnis beendet wurde oder der Mieter kündigungserheblich in Verzug geraten ist¹⁷⁵. Die Norm erlaubt außerdem

¹⁷³ Die Begründung zum MietRÄndG argumentiert (kaum überzeugend) dahingehend, daß der Anreiz, „den Zivilprozeß als Instrument zu mißbrauchen“, gemindert werden soll, siehe BT-Dr. 17/10485, S. 15. Der Argumentationstopos weist letztlich auf das jedem Gerichtsverfahren immanente Problem der Gewährung von „Justizkredit“ hin. Es ist daher mehr als fraglich, ob dieses allgemeine Risiko eines jeden Gläubigers weitgehende Eingriffe in den effektiven Rechtsschutz eines Beklagten - hier des Mieters, dem die Verlust der Wohnung als Lebensmittelpunkt droht - verfassungsrechtlich rechtfertigen kann.

¹⁷⁴ Vgl. m.w.N. *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 425; s.a. *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 256 f.

¹⁷⁵ Es stellt sich daher die Frage nach einer Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 940a Abs. 3 ZPO zur Wahrung mieterschützender Regelungen, siehe m.w.N. *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 425 f.; *Hinz*, ZMR 2011, S. 153 ff., 163.

keine Unterscheidung zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung wegen Zahlungsverzuges. Folglich wäre auch eine Räumung nach Kündigung wegen Zahlungsrückstandes im Umfang knapp über einer Monatsmiete (siehe §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB) möglich¹⁷⁶. Bedeutung hat dies für § 543 Abs. 2 S. 2 BGB und für die sog. Schonfrist in § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB. Diese mietrechtlichen Schutzvorschriften könnten umgangen werden¹⁷⁷. Damit führt § 940a Abs. 3 ZPO zu einem systematischen Widerspruch zwischen einem verbesserten Rechtsschutz für den Vermieter und Vollstreckungsgläubiger und dem sozialen Mietrecht des BGB. Angesichts dieser Unwägbarkeiten sowohl im Tatbestand von § 283a ZPO als auch der (darauf bezogenen) Räumungsverfügung des § 940a Abs. 3 ZPO ist daher die Frage erlaubt, ob der (Verfahrensrechts-) Gesetzgeber seine Pflicht, die wesentlichen Anforderungen an eine solche Eingriffsregelung im Gesetz selbst zu bestimmen, hinreichend beachtet hat. Angesichts der grundrechtlichen Gewährleistungen von Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG ist eine verhältnismäßige Einschränkung der (verfassungsrechtlich geschützten) Rechtsposition des Mieters jedenfalls fraglich. Insbesondere angesichts der (o.g.) schuldner- und mieterschützenden Rechtsprechung zur Räumungsvollstreckung ist somit zu prognostizieren, daß die Frage der Verhältnismäßigkeit von § 940a Abs. 3 ZPO im Zweifel verneint werden dürfte, sollte das Bundesverfassungsgericht über diese einmal entscheiden müssen.

IV. Fazit und Ausblick: Verfahrensrechtspolitische Folgerungen

Der Ausblick dieses Beitrages der Prozeßrechtswissenschaft zu den beiden letzten Reformen des deutschen Vollstreckungsrechts, der die (notwendige) weitere Diskussion nicht ersetzen kann (und soll), eine solche

¹⁷⁶ Krit. zur Differenzierung zwischen ordentlicher (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und außerordentlicher Kündigung *Zehelein*, WuM 2013, S. 133 ff., 142 f.; a.A. *Hinz*, NZM 2012, S. 777 ff., 793.

¹⁷⁷ Siehe *Zehelein*, WuM 2012, S. 418 ff., 425 f.; s.a. *Zehelein*, WuM 2013, S. 133, 143 (zum Wegfall der Sicherungsanordnung bzw. zum Hindernis für die Räumungsverfügung bei Wahrung der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

aber anregen will, ist daher auf mögliche (verfahrens-) rechtspolitische Folgerungen gerichtet - angesichts der festzustellenden (zivilprozeß-) rechtsdogmatischen Schwächen der Reform¹⁷⁸. Als Fazit ist zu konstatieren, daß die Reform der Sachaufklärung insgesamt zwar viele Detailprobleme birgt¹⁷⁹, insgesamt aber die Rechtsstellung des Vollstreckungsgläubigers - ebenso wie die Kompetenzen des Gerichtsvollziehers¹⁸⁰ - stärkt. Dagegen sind die prozessualen Neuregelungen des MietRÄndG nur soweit brauchbar, als diese (praktisch) vorbereitet wurden, wie insbesondere die Neuerungen in §§ 885, 885a ZPO. Die Einführung eines Beschleunigungsgebotes für Räumungssachen in § 272 Abs. 4 ZPO ist ebenfalls positiv zu bewerten¹⁸¹. Hinsichtlich der Neuregelungen der § 940a Abs. 2 und Abs. 3 sowie § 283a ZPO hat bereits dieser kurze Überblick verdeutlicht, daß es sich um dogmatisch unausgereifte Bestimmungen handelt, die mehr Fragen aufwerfen als klären¹⁸². Bei § 940a Abs. 2 und 3 ZPO fehlt es jeweils an Tauglichkeit und Angemessenheit der Regelungen, von „handwerklichen“ (scil. dogmatischen) Schwächen ganz zu schweigen. Wie skizziert wurde, werfen diese Normen unter Vernachlässigung zivilprozessualer Systematik und verfahrensrechtspolitischer Kohärenz zahlreiche Probleme auf. Hinsichtlich der Sicherungsanordnung gem. § 283a ZPO sei hier nur an die damaligen Einwände der BRAK zu der „vorläufigen Zahlungsanordnung“ (im Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes)¹⁸³ erinnert, die damals nicht

¹⁷⁸ Vgl. dazu auch *N. Fischer*, in *FB Rechtswissenschaft der Goethe-Univ. (Hg.)*, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt: Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, 2014, S. 453 ff., 468 f. m.w.N.

¹⁷⁹ Siehe dazu m.w.N. *N. Fischer*, *DGVZ* 2010, S. 113 ff.

¹⁸⁰ Vgl. zu einer zeitgemäßen Gerichtsvollzieherausbildung *N. Fischer*, *DGVZ* 2014, S. 49 ff.; für ein Plädoyer für ein modernes Gerichtsvollzieherberufsrecht *N. Fischer*, *DGVZ* 2014, S. 229 ff.; jew. m.w.N.

¹⁸¹ Siehe die Beschlußfassung und Begründung des Rechtsausschusses v. 12.12.2012, BT-Dr. 17/11894, S. 4, 33; s.a. § 155 FamFG („Vorrang- und Beschleunigungsgebot“ für bestimmte Kindschaftssachen). Damit ist der Rechtsausschuß im wesentlichen dem Vorschlag von *Börstinghaus* im Rahmen der Sachverständigenanhörung gefolgt, vgl. *Börstinghaus* in seiner „Stellungnahme aus amtsrichterlicher Sicht“, 2012, S. 3, 26 f.

¹⁸² Vgl. für ein erstes (krit.) Fazit bereits *N. Fischer*, *NZM* 2013, S. 249 ff., 260 m.w.N.; positiver zu § 283a ZPO etwa *Börstinghaus*, *NJW* 2013, S. 3265 ff., 3269.

¹⁸³ Der (Bundesrats-) „Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen

mehr realisiert worden ist. Diese Einwände sind auch heute - gerade angesichts des geltenden § 283a ZPO - beachtlich. Es ist folglich nicht das erste Mal, daß der (Verfahrensrechts-) Gesetzgeber annimmt, die prozessuale Realität durch Regelungen zum (vermeintlichen) Gläubigerschutz verbessern zu können. Weniger und besser durchdachte Gesetze, gerade im Bereich des Vollstreckungsrechts, sind jedoch das (rechtspolitische) Gebot der Stunde. In verfahrensrechtspolitischer Hinsicht ist daher vorzuschlagen, die Neuregelungen des § 283a ZPO und § 940a ZPO de lege ferenda wieder zu streichen, zumindest aber nach kurzer Zeit wissenschaftlich zu evaluieren¹⁸⁴. Stattdessen sollte der bereits unterbreitete Vorschlag aufgegriffen werden, eine an § 93 ZVG orientierte Regelung zur Vollstreckungsmöglichkeit gegen Dritte einzuführen¹⁸⁵. Im Hinblick auf das Verhältnis von Vollstreckungsrechtsdogmatik und Vollstreckungsreform verstärken die beiden letzten Reformen des deutschen

(Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) enthielt in Art. 3 Nr. 5 eine „vorläufige Zahlungsanordnung“ nach § 302a ZPO-E, die bezwecken sollte, die Forderungen des Werkunternehmers effektiv zu sichern (vgl. BT-Dr. 16/511, S. 13). Bemerkenswert ist dabei, daß die „hohe Erfolgsaussicht“ ausweislich des damaligen § 302a Abs. 1 Nr. 1 ZPO-E ebenfalls Tatbestandsmerkmal war. In dem zum 01.01.2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetz vom 23.10.2008 (BGBl. I 2022) war diese vorläufige Zahlungsanordnung nicht mehr enthalten. Vgl. die BRAK-Stellungnahme Nr. 32/2004 vom September 2004, die das Tatbestandsmerkmal der „hohen Erfolgsaussicht“ kritisiert hat (vgl. S. 2, 11).

¹⁸⁴ Siehe den BR-Vorschlag, siehe BT-Dr. 17/10485, S. 38 ff., 41.

¹⁸⁵ An dieser Stelle soll nur auf einen bereits vorliegenden Diskussionsvorschlag verwiesen werden, der das Regelungsvorbild des § 93 ZVG (iVm. § 869 ZPO) aufgreift: Danach kann aus dem Zuschlagsbeschluß in der Zwangsversteigerung die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe gegen den Grundstücksbesitzer stattfinden. Wenn man eine solche Räumungsmöglichkeit gegenüber Dritten auch außerhalb der Zwangsversteigerung schaffen würde, wäre die problematische Neuregelung des § 940a Abs. 2 ZPO obsolet. In einem solchen Fall sollte zugleich eine Möglichkeit für Dritte vorgesehen werden, dem Räumungsrechtsstreit zwischen Vermieter und Mieter beizutreten, um sich bereits im Räumungsprozeß als Streithelfer des Mieters beteiligen zu können. Anzuraten ist zudem, zusätzlich in § 765a ZPO zu regeln, daß auch Belange dieser Personen der Räumung (zumindest temporär) entgegenstehen können; als Regelungsvorbild könnte insoweit § 758a Abs. 3 S. 2 ZPO dienen („Unbillige Härten gegenüber Mitgewahrsamsinhabern sind zu vermeiden.“). Vgl. dazu *N. Fischer*, NZM 2013, S. 249 ff., 252 m.w.N.

Zwangsvollstreckungsrechts (und dort insbesondere das MietRÄndG) die folgende Erkenntnis: Bei der Entwicklung des Verfahrensrechts sollten nicht nur Erfahrungen der (Prozeßrechts-) Praxis, sondern auch Lehren der (Prozeßrechts-) Wissenschaft beachtet werden, bevor (Verfahrens-) Gesetzgebung Neuregelungen schafft. Wird dies zu wenig beachtet oder kommt die wissenschaftliche Auseinandersetzung zu kurz, dann ergibt sich der folgende (zusammenfassende) Befund: Die zivilprozessualen Neuerungen (hier des MietRÄndG) enthalten viel Gutes und viel Neues - nur das Gute ist nicht neu und das Neue ist nicht gut. Dies bedeutet aber: Nach der Vollstreckungsrechtsreform ist vor der (nächsten) ZPO-Reform!