

# Die Räumung von Wohnraum im einstweiligen Rechtsschutz nach § 940a ZPO

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge), München\*

*Obwohl im einstweiligen Rechtsschutz der Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache gilt, kann über die Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung (nach § 940 ZPO) ein Anspruch ausnahmsweise bereits im Eilrechtsschutz vollständig durchgesetzt werden. Für die durchaus prüfungs-relevante Räumung von Wohnraum hat der Gesetzgeber in § 940a ZPO Spezialregelungen erlassen, die im Folgenden skizziert werden.*

## I. Leistungs- und Befriedigungsverfügungen als Ausnahme

Der einstweilige Rechtsschutz hat die Aufgabe, die Zwangsvollstreckung zu sichern, nicht aber den Rechtsstreit selbst zu entscheiden. Im Grundsatz gilt daher: Die Hauptsache darf nicht vorweggenommen werden. Während der Arrest (§§ 916 ff. ZPO) dazu dient, die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung zu sichern,<sup>1</sup> bezweckt die einstweilige Verfügung die Sicherung sonstiger Ansprüche (Sicherungsverfügung, § 935 ZPO) bzw. die vorläufige Regelung von Rechtsverhältnissen (Regelungsverfügung, § 940 ZPO).<sup>2</sup> Ausnahmsweise kann allerdings auch die Anordnung der begehrten Leistung selbst gerichtlich verfügt werden. Eine solche (ebenfalls auf § 940 ZPO gestützte) Leistungs- oder Befriedigungsverfügung kommt in Betracht, wenn der Antragsteller auf die sofortige Erfüllung so dringend angewiesen ist, dass er ein ordentliches Verfahren nicht abwarten kann, ohne unverhältnismäßig großen, irreparablen oder existenzgefährdenden Schaden zu erleiden.<sup>3</sup> Praktische Bedeutung haben Unterhaltsfälle (die allerdings über §§ 119 Abs. 1, 246 FamFG speziell geregelt sind) und Unterlassungsansprüche im Wettbewerbsrecht.<sup>4</sup> Auch die Räumung von Wohnraum kann mittels Eilrechtsschutzes vorbereitet werden. Ein entsprechender Räumungstitel als Voraussetzung für die Vollstreckung (§§ 936, 928 ff., 885 ZPO) kann gem. § 940a ZPO im einstweiligen Rechtsschutz zügig erwirkt werden. Die dort jeweils in einem eigenen Absatz geregelten drei Fallgruppen sind Gegenstand dieser Übersicht. Genau genommen geht es dabei nicht um die Räumung selbst, sondern um deren Vorbereitung. Systemwidrig ist dies – wie die Existenz weiterer Fallgruppen jenseits von § 940a ZPO zeigt – nicht,<sup>5</sup> wenn auch Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügungen Ausnahmen

darstellen. Es müssen freilich strenge Anforderungen gelten, schließlich wird der Antragsgegner um die im Hauptsacheverfahren anwendbaren Verfahrensvorschriften (insbesondere zur Beweisaufnahme) gebracht. Auch Belange des sozialen Mietrechts verlangen Beachtung im Prozess.

## II. Einstweilige Räumungsverfügung bei verbotener Eigenmacht oder bei Gefahr für Leib und Leben (§ 940a Abs. 1 ZPO)

Eine einstweilige Verfügung hat auch in der Form einer Leistungsverfügung zwei Voraussetzungen: Es bedarf der Darlegung und Glaubhaftmachung eines (1) Verfügungsanspruchs und eines (2) Verfügungsgrundes (vgl. §§ 920 Abs. 2, 936 ZPO). Bei Räumungssachen (vgl. § 272 Abs. 4 ZPO) kommen als Verfügungsanspruch die materiellen Ansprüche des Vermieters aus §§ 546 Abs. 1, 2, 861, 869, 1007 Abs. 1, 2 BGB oder § 985 BGB in Betracht. Ein Verfügungsgrund liegt im Allgemeinen vor, wenn die besondere Dringlichkeit auf Basis einer Interessenabwägung dargetan ist.<sup>6</sup> § 940a Abs. 1 ZPO begrenzt den Verfügungsgrund dahingehend, als dass die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung neben den in § 940a Abs. 2 ZPO und § 940a Abs. 3 ZPO geregelten Fällen *nur* (1) wegen verbotener Eigenmacht oder (2) bei einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben angeordnet werden darf. Zugleich wird damit indirekt klargestellt, dass eine Vorwegnahme der Hauptsache insoweit hinzunehmen ist.<sup>7</sup>

Hinter der ersten Alternative des § 940a Abs. 1 ZPO stehen die Wertungen des Selbsthilferechts aus § 859 BGB und der Gedanke, dass bei einer Besitzentziehung oder Besitzstörung ohne den Willen des Besitzers (§ 858 Abs. 1 BGB) die Besitzschutzansprüche ohne die Möglichkeit einstweiliger Durchsetzung entwertet würden.<sup>8</sup> Die zweite Alternative verlangt eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben. Bloße Beschimpfungen oder auch die Androhung von Gewalt sind nicht ausreichend. Nach Ansicht des AG Bremen beispielsweise stellt die Aussage „Ich schlage dir gleich ins Gesicht und zertrümmere deine Brille“ vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung von Wohnraum und der systembedingten Vorwegnahme der Hauptsache keinen ausreichenden Verfügungsgrund dar.<sup>9</sup> Für die praktisch häufigsten Fälle finden sich allerdings Spezialregelungen (§§ 210, 214 FamFG, §§ 1, 2 GewSchG; §§ 49, 200 FamFG, §§ 1361b, 1568a BGB, § 14 LPartG).

\* Der Autor ist Akad. Rat a.Z. und Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

<sup>1</sup> Mertins, JuS 2008, 692.

<sup>2</sup> Mertins, JuS 2009, 911.

<sup>3</sup> Seiler, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 36. Aufl. 2015, § 940 Rn. 6; OLG Celle NJW 2015, 711 Rn. 10 f.

<sup>4</sup> Vgl. Holzapfel, GRUR 2003, 287; im UWG gilt freilich § 12 Abs. 2 UWG.

<sup>5</sup> Fleindl, ZMR 2013, 677; a.A. Schuschke, in: Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, Rechtslage – Rechtskenntnis – Rechtsdurchsetzung, 2015, S. 799.

<sup>6</sup> Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 76 Rn. 12.

<sup>7</sup> Börstinghaus, NJW 2014, 2225 (2226).

<sup>8</sup> Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 6), § 76 Rn. 20.

<sup>9</sup> AG Bremen NJOZ 2015, 897 (898).

### III. Einstweilige Räumungsverfügung gegen Dritte (§ 940a Abs. 2 ZPO)

#### 1. Ausgangslage

Die Zwangsvollstreckung kann nur gegen Personen erfolgen, die im Titel genannt sind (§ 750 Abs. 1 S. 1 ZPO). Selbst wenn der Vermieter einen Räumungstitel erlangt hat, scheidet die Räumung praktisch häufig daran, dass zwischenzeitlich weitere Personen in die zu räumende Wohnung eingezogen sind. Der Gerichtsvollzieher kann diese aber ohne ihre Erwähnung im Titel nicht aus dem Besitz setzen. Er kann im Räumungsverfahren nur die tatsächlichen Besitzverhältnisse beurteilen. Ob gegen die weiteren Besitzer materielle Herausgabeansprüche des Vollstreckungsgläubigers bestehen, muss im Erkenntnisverfahren, nicht im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren geprüft werden.<sup>10</sup> Dies gilt auch, wenn der Anspruch gegen den Untermieter auf Herausgabe gem. § 546 Abs. 2 BGB evident gegeben ist. Der Grundsatz, wonach die Zwangsvollstreckung einen Titel voraussetzt, hat sogar dann Vorrang, wenn die Untervermietung letztlich nur dazu dient, die Räumung zu verschleppen.<sup>11</sup>

Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ist indes unzulässig, wenn der Dritte lediglich Besitztzeiger ist. Mangels Besitz kann er nicht gem. § 885 ZPO aus dem Besitz gesetzt werden. Lehnt der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung beispielsweise mit der Begründung ab, dass die in der Wohnung lebenden volljährigen Kinder des Vollstreckungsschuldners nicht im Titel genannt sind, kann der Vollstreckungsgläubiger Erinnerung nach § 766 Abs. 2 ZPO einlegen. Minderjährige Kinder, die mit ihren Eltern zusammenleben sind faktisch regelmäßig Besitztzeiger nach § 855 BGB. Wird das Kind volljährig wird allein dadurch Mitbesitz nicht begründet; es bleibt bei einer sozialen Abhängigkeit.<sup>12</sup> Ein Antrag nach § 940a Abs. 2 ZPO ist demgegenüber unbegründet. Der Dritte muss nach dem Wortlaut im Besitz der Mietsache sein. Gegen eine entsprechende Anwendbarkeit von § 940a Abs. 2 ZPO spricht, dass in einem solchen Fall ein Vollstreckungstitel gegen den (Allein-)Besitzer ausreicht.<sup>13</sup>

Soweit Dritte Mitbesitz an der Wohnung haben, muss der Vermieter damit einen Titel gegen auch diese Personen erwirken. Er ist gut beraten, vor einem Prozess zu klären, wer noch im Besitz der Wohnung ist, um die weiteren Besitzer mitzuverklagen. Erfährt er davon erst während des Prozesses, kann er die Klage auch auf die oder den Dritten erstrecken. Konstruktiv handelt es sich bei der Parteierweiterung auf Beklagtenseite – wenn auch nach bestrittener Ansicht – um den Fall einer sachdienlichen Klageänderung.<sup>14</sup> In der Beru-

fungsinanz ist diese freilich ohne Zustimmung des neuen Beklagten regelmäßig nicht mehr möglich.<sup>15</sup> Erfährt der Vermieter ferner erst nach dem ersten Prozess (genauer: nach Schluss der mündlichen Verhandlung) von weiteren Untermietern, muss der Vermieter einen neuen Prozess anstrengen. Die Räumung lässt sich so torpedieren.<sup>16</sup>

#### 2. Neuregelung des § 940a Abs. 2 ZPO

Um diesem Dilemma zu entgehen, hat der Gesetzgeber reagiert. Gem. § 940a Abs. 2 ZPO kann die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung auch gegen einen Dritten angeordnet werden, der im Besitz der Mietsache ist, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat. Ein Räumungstitel kann damit zügig erlangt werden. Auch insoweit handelt es sich um eine Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung<sup>17</sup> und nicht nur um einen Fall der vereinfachten Erstreckung der Vollstreckbarkeit des gegen den Mieter ergangenen Räumungstitels auf einen Dritten.<sup>18</sup> § 940a Abs. 2 ZPO stellt lediglich eine Spezialregelung für den Verfügungsgrund dar.<sup>19</sup> Auf die zusätzliche Prüfung eines Verfügungsanspruchs kann nicht verzichtet werden.<sup>20</sup>

Während sich der Verfügungsanspruch meist unproblematisch aus § 546 Abs. 2 BGB (oder § 985 BGB) ergibt, bedarf es im Rahmen des Verfügungsgrundes der Prüfung von vier Voraussetzungen, die wiederum durch den Antragssteller glaubhaft zu machen sind: (1) Der Dritte muss im Besitz der Mietsache sein. Bloße Besitztzeigerschaft ist nicht ausreichend. (2) Gegen den Mieter muss ein vollstreckbarer (zumindest ein gem. §§ 704 Alt. 2, 708 ff. ZPO vorläufig vollstreckbarer) Räumungstitel vorliegen. Ob dieser materiell-rechtlich auf § 546 BGB oder §§ 985, 861, 1007 Abs. 1 BGB fußt, ist unerheblich.<sup>21</sup> (3) Weiter darf der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt haben. Fahrlässige Unkenntnis genügt nach vorherrschender Ansicht ausweislich des Wortlauts nicht.<sup>22</sup>

Weiß der Vermieter um den Dritten, kann er aber dessen Namen vom Hauptmieter nicht erlangen, wird für eine ent-

<sup>10</sup> BGH NJW 2008, 1959 Rn. 12 und Rn. 16; BGHZ 159, 383 = NJW 2004, 3041 f.

<sup>11</sup> BGH NJW 2008, 3287 f.

<sup>12</sup> BGH NJW 2008, 1959 Rn. 20 f.; AG Wiesbaden, Beschl. v. 27.7.2015 – 65 M 5414/15 = BeckRS 2015, 16958; kritisch Schuschke, NJW 2008, 1960 (1961).

<sup>13</sup> AG Wiesbaden NJW-RR 2015, 1424; AG Hofgeismar, Urt. v. 18.6.2015 – 40 C 243/15 (20) = BeckRS 2015, 20153.

<sup>14</sup> Vgl. Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 84.

<sup>15</sup> BGH NJW 1997, 2885 (2886).

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drs. 17/10485, S. 34; zur Möglichkeit der Titelumschreibung Streyl, NZM 2012, 249 (251 f.).

<sup>17</sup> Fleindl, ZMR 2013, 677 (679); Schuschke (Fn. 5), S. 807; ausführlich zu § 940a Abs. 2 ZPO Wendt, Die einstweilige Räumungsverfügung des § 940a Abs. 2 ZPO, 2015.

<sup>18</sup> So aber Vollkommer, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 31. Aufl. 2016, § 940a Rn. 6; siehe auch Fischer, NZM 2013, 249 (251 f.).

<sup>19</sup> Vgl. Fleindl, ZMR 2013, 677 (679).

<sup>20</sup> Fleindl, ZMR 2013, 677 (679); Schuschke (Fn. 5), S. 806 f.; Streyl, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 940a ZPO Rn. 16 ff.; unzutreffend daher AG Hanau NZM 2013, 728.

<sup>21</sup> Zehelein, WuM 2013, 133 (141).

<sup>22</sup> Börstinghaus, NJW 2014, 2225 (2227); a.A. Seiler (Fn. 3), § 940a Rn. 3.

sprechende Anwendung von § 940a Abs. 2 ZPO plädiert. Argumentiert wird mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Letztlich soll die Vereitelung der Zwangsvollstreckung durch die willkürliche Aufnahme weiterer Personen verhindert werden.<sup>23</sup> Nach der Gesetzesbegründung kann die Räumung im Falle, dass ein dritter Besitzer seinen Namen nicht zu nennen bereit ist, mit dem Argument des Rechtsmissbrauchs fortgesetzt werden.<sup>24</sup> Eines Antrags nach § 940a Abs. 2 ZPO bedarf es dann nicht.

Problematisch ist außerdem der Fall, dass der Vermieter erst in der Berufungsinstanz Kenntnis erlangt. Einerseits könnte man argumentieren, dass es nach dem Wortlaut nicht auf die mündliche Verhandlung in erster Instanz ankommt.<sup>25</sup> Andererseits kann der Kläger den Prozess in der Berufungsinstanz nicht mehr ohne dessen Zustimmung auf den Dritten erstrecken. Dies spricht für die Statthaftigkeit von § 940a Abs. 2 ZPO.<sup>26</sup> Letztlich muss es dem Kläger möglich und zumutbar gewesen sein, den Besitzer im Räumungsprozess gegen den Mieter mitzuverklagen.<sup>27</sup> Überzeugend ist eine wertende, nicht eine rein formale Auslegung. (4) Als ungeschriebene Voraussetzung wird schließlich verlangt, dass der Dritte keine Besitzberechtigung gegenüber dem Vermieter hat.<sup>28</sup> Einer weitergehenden Interessenabwägung bedarf es hingegen nicht. Der Verfügungsgrund ist typisierend geregelt.<sup>29</sup> Auch eine Räumungsfrist nach § 721 ZPO kann im einstweiligen Rechtsschutz nicht gewährt werden (vgl. aber § 765a ZPO). Dies ist einer der Gründe, warum § 940a Abs. 2 ZPO als rechtsstaatlich bedenklich kritisiert wird. Sozialen Belangen würde nicht hinreichend Rechnung getragen.<sup>30</sup>

### 3. Exkurs: Übertragung auf Gewerberaum

Umstritten ist, ob der Gedanke des § 940a Abs. 2 ZPO auf Gewerberaummietverhältnisse übertragbar ist. Eine analoge Anwendung scheitert nach h.M. aber daran, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Der Gesetzgeber hat die Vorschrift ausdrücklich auf Wohnraummietverhältnisse beschränkt, obwohl im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens die Erstreckung auf Gewerberäume diskutiert wurde.<sup>31</sup> Weni-

ger weitreichend wird vertreten, dass zumindest die Wertungen des § 940a Abs. 2 ZPO (und § 940a Abs. 3 ZPO) im Rahmen einer herkömmlichen Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung herangezogen werden könnten. Läge der Verfügungsgrund aus § 940a Abs. 2 ZPO vor und könne selbst der grundrechtssensible Wohnraum geräumt werden, müsse erst recht eine Anordnung mit Blick auf Gewerberäume zulässig sein.<sup>32</sup> Die Gegenansicht verweist auf den gesetzgeberischen Willen, den teleologischen Zuschnitt des § 940a ZPO auf Wohnraum und den Ausnahmecharakter von Räumungsanordnungen im summarischen Eilrechtsschutz.<sup>33</sup> Erstere Ansicht überzeugt schon aus Gleichbehandlungsgründen. Ein sachlicher Grund für eine Schlechterstellung liegt nicht vor, während zugleich soziale Belange weniger wiegen. Ein Unterschied zu einer analogen Anwendung liegt im Übrigen darin, dass es anders als bei der direkten Anwendung von § 940a Abs. 2 ZPO nicht ausgeschlossen ist, zusätzliche Interessen auch *gegen* die Anordnung zu berücksichtigen. Da nur der Rechtsgedanke aus § 940a Abs. 2 ZPO übertragen wird, bleibt Raum für weitere Erwägungen mit Blick auf den Verfügungsgrund.<sup>34</sup>

Dessen ungeachtet kann auch nach den allgemeinen Regeln eine Interessenabwägung ergeben, dass eine Leistungsverfügung gem. §§ 935, 940 ZPO (ausnahmsweise) statthaft ist. Das ist der Fall, wenn neben Fällen der Existenzgefährdung und Notlage „die geschuldete Handlung oder Leistung so kurzfristig zu erbringen ist, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht (mehr) möglich ist, das heißt, wenn ohne Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung anders nicht abwendbare Nachteile für den Antragsteller entstünden, ferner die Erwirkung eines Titels im Hauptsacheverfahren irreversible Fakten schaffen würde und der Verweis auf das ordentliche Verfahren praktisch einer Rechtsverweigerung gleichkäme.“<sup>35</sup> Ein bloß finanzielles Interesse (das jedem Zahlungsanspruch zugrunde liegt) reicht nicht aus.<sup>36</sup> Praktisch scheitert daher ein Antrag ohne Rückgriff auf die Wertungen des § 940a Abs. 2 ZPO (§ 940a Abs. 3 ZPO) regelmäßig.

## IV. Einstweilige Räumungsverfügung wegen unterlassener Sicherheitsleistung (§ 940a Abs. 3 ZPO)

### 1. Ausgangslage

Zahlungsunfähige Mieter belasten den Vermieter vielfach doppelt: Nicht nur gelingt es ihnen oft, die Räumung durch diverse Verfahrensanträge zu verschleppen (siehe oben III. 1.), sondern der geschuldete Mietzins (bzw. Nutzungser-

<sup>23</sup> *Fleindl*, ZMR 2013, 677 (682); ähnlich AG Hanau NZM 2013, 728.

<sup>24</sup> BT-Drs. 17/10485, S. 34.

<sup>25</sup> LG Berlin, Beschl. v. 28.5.2015 – 63 T 22/15 = BeckRS 2015, 12390; *Fleindl*, ZMR 2013, 677 (682).

<sup>26</sup> *Streyl* (Fn. 20), § 940a ZPO Rn. 27; *Schack*, jurisPR-MietR 20/2015 Anm. 4; a.A. LG Köln, Beschl. v. 31.5.2013 – 214 C 175/13 = BeckRS 2013, 18845; kritisch vgl. *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225 (2227).

<sup>27</sup> *Streyl*, NZM 2012, 250 (253 f.); AG Hanau NZM 2013, 728 (Kenntnis kurz vor Schluss der mündlichen Verhandlung sei zu kurzfristig).

<sup>28</sup> *Vollkommer* (Fn. 18), § 940a Rn. 5; selbst das rechtskräftige Räumungsurteil gegen den Vermieter entfaltet indes keine Bindungswirkung gegen den Dritten, BGH NJW 2010, 2208.

<sup>29</sup> LG Mönchengladbach NJW 2014, 950 (951).

<sup>30</sup> *Schuschke* (Fn. 5), S. 808, 813.

<sup>31</sup> OLG Celle NJW 2015, 711 Rn. 4 ff.

<sup>32</sup> LG Krefeld, Beschl. v. 8.3.2016 – 2 S 60/15 = BeckRS 2016, 05120; LG Hamburg, Urt. v. 10.12.2014 – 334 O 251/14 = BeckRS 2015, 10283; vgl. *Streyl* (Fn. 20), § 940a ZPO Rn. 57.

<sup>33</sup> KG Berlin NJW 2013, 3588 f.; LG Köln NJW 2013, 3589 (3590).

<sup>34</sup> LG Krefeld, Beschl. v. 8.3.2016 – 2 S 60/15 = BeckRS 2016, 05120.

<sup>35</sup> OLG Celle NJW 2015, 711 Rn. 11.

<sup>36</sup> OLG Celle NJW 2015, 711 Rn. 13.

satz) ist zudem mangels Vermögens nicht durchsetzbar. Der Vermieter hat daher in diesen Fällen ein gesteigertes Interesse entweder an einer hinreichenden Sicherheitsleistung oder einer beschleunigten Räumung. Beides kombinieren § 283a ZPO und § 940a Abs. 3 ZPO. Während über § 283a ZPO unter noch näher zu betrachtenden Voraussetzungen eine Sicherheitsleistung für nach Rechtshängigkeit der Klage fällig werdende Geldforderungen angeordnet werden kann (unten 2.), ermöglicht § 940a Abs. 3 ZPO die Anordnung der Räumung (genauer: den zügigen Erhalt eines Räumungstitels als Vollstreckungsvoraussetzung), wenn der Beklagten gegen die Sicherungsanordnung verstößt. Voraussetzung ist, dass Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs erhoben ist. Aufgrund der hohen Anforderungen wird bezweifelt, ob diese Instrumente größere praktische Bedeutung erlangen.<sup>37</sup> Für die Prüfungssituation sind die voraussetzungsreichen Tatbestände hingegen gut geeignet, da der Bearbeiter vornehmlich Subsumtionskompetenz im verfahrensrechtlichen Kontext beweisen muss.

## 2. Sicherungsanordnung nach § 283a ZPO

Die Anordnung einer Sicherheitsleistung nach § 283a ZPO hat fünf Voraussetzungen. Der Anwendungsbereich ist zwar nicht auf Wohnraummietverhältnisse beschränkt, wird hier aber dennoch mit Blick auf die Durchsetzung über § 940a Abs. 3 ZPO dargestellt: (1) Erstens bedarf es eines Antrags des Klägers. (2) Zweitens muss dieser eine Räumungsklage mit einer Zahlungsklage aus demselben Rechtsverhältnis verbunden haben. In anderen Worten bedeutet dies regelmäßig: Der Kläger muss im Wege objektiver Klagehäufung nach § 260 ZPO sowohl einen Anspruch auf Rückgabe der Mietsache (§§ 546, 985 BGB) als auch einen Anspruch auf Zahlung von Mietzins (§ 535 Abs. 2 BGB) einschließlich künftig zu leistender Nutzungsentzündigungen (§ 259 ZPO, §§ 546a Abs. 1, 987 Abs. 1 BGB) mit Blick auf das streitgegenständliche Mietobjekt einklagen (siehe auch § 147 ZPO). (3) Drittens muss sich die Anordnung auf Geldforderungen beziehen, die nach (!) Rechtshängigkeit der Klage (§ 261 Abs. 1 ZPO) fällig geworden sind. Es geht also namentlich um Ansprüche aus §§ 546a Abs. 1, 987 Abs. 1 BGB. (4) Viertens muss die Klage auf diese Forderungen hohe Aussicht auf Erfolg haben (§ 283a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO). Es bedarf dafür einer Prognoseentscheidung des Gerichts. Eine Glaubhaftmachung ist für dieses dem Text der ZPO bis dato unbekanntes Beweismaß nicht genügend. Während die Grundlagen für die Prognose nur mittels Strengbeweises gewonnen werden dürfen, ist umstritten welches Maß an Überzeugung es für die „hohe Aussicht auf Erfolg“ bedarf.<sup>38</sup> In der Klausur stellen sich Beweisfragen freilich regelmäßig nicht. (5) Schließlich bedarf es fünftens gem. § 283a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO einer Interessenabwägung. Nicht ausreichend sind

<sup>37</sup> *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225 (2229); sehr kritisch wegen der Untergewichtung sozialer Belange *Schuschke* (Fn. 5), S. 812 f.

<sup>38</sup> Vgl. *Börstinghaus*, NJW 2013, 3265 (3266 f.); *Streyl* (Fn. 20), § 283a ZPO Rn. 19 ff.; *Greger*, in: *Zöller*, Kommentar zur ZPO, 31. Aufl. 2016, § 283a Rn. 3.

allgemeine Nachteile für den Gläubiger, beispielsweise das bei jedem Prozess bestehende Ausfallrisiko des Schuldners. Es müssen besondere Nachteile für den Kläger glaubhaft gemacht werden. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Kläger gerade Zahlungen aus § 546a Abs. 1 BGB zwingend benötigt, um Kreditraten zu bedienen oder er darauf zur Sicherung seiner Altersvorsorge angewiesen ist.<sup>39</sup> Die Praxis hat bei der Auslegung auch die über § 940a Abs. 3 ZPO möglichen Konsequenzen im Blick – aus dem Wortlaut ergibt sich dies allerdings nicht.<sup>40</sup> Die Sicherheitsleistung richtet sich nach Ansicht der einen nach § 232 Abs. 1 BGB, nach Ansicht der anderen gilt § 108 ZPO.<sup>41</sup> Die Befriedigungsmöglichkeit des Klägers folgt in jedem Falle aus § 283a Abs. 3 ZPO.

## 3. Räumungsanspruch als Verfügungsanspruch

Will der Kläger einen Räumungstitel im einstweiligen Rechtsschutz erwirken, bedarf es auch im Rahmen des § 940a Abs. 3 ZPO zunächst eines Verfügungsanspruchs. Der dafür glaubhaft zu machende Räumungsanspruch folgt regelmäßig aus § 546 Abs. 1 BGB (nicht aber aus der Nichtbefolgung einer Sicherungsanordnung).<sup>42</sup> Ob der Räumungsanspruch darauf basiert, dass das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs gekündigt wurde, braucht erst beim Verfügungsgrund thematisiert zu werden. Entscheidend ist, dass das Vorliegen eines Anspruchs auf § 546 Abs. 1 BGB hinreichend glaubhaft gemacht wird.

## 4. Verfügungsgrund aus § 940a Abs. 3 ZPO

Nähere Aufmerksamkeit verdient damit vor allem der Verfügungsgrund. § 940a Abs. 3 ZPO regelt diesen wiederum abschließend und zeigt zugleich erneut, dass hier ausnahmsweise die Vorwegnahme der Hauptsache hingenommen werden muss.<sup>43</sup> Voraussetzung ist (1) erstens, dass Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs erhoben ist (§§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 569, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB; § 253 Abs. 1 ZPO). Die Kündigung wegen unpünktlicher Zahlungen ist nicht ausreichend.<sup>44</sup> (2) Zweitens muss eine durchsetzbare Sicherungsanordnung im Hauptsacheverfahren bestehen (IV. 2.). (3) Drit-

<sup>39</sup> *Börstinghaus*, NJW 2013, 3265 (3266); vgl. insgesamt zu § 283a ZPO OLG Celle NJW 2013, 3316.

<sup>40</sup> Vgl. *Börstinghaus*, NJW 2013, 3265 (3267); *ders.*, NJW 2013, 2225 (2227); *Emmerich*, NZM 2014, 881 (884); überlegenswert ist indes, besonders hohe Anforderungen an das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs bei einer Räumungsverfügung nach § 940a Abs. 3 ZPO zu stellen, vgl. *Fleindl*, ZMR 2013, 677 (684); *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225 (2227).

<sup>41</sup> Vgl. *Börstinghaus*, NJW 2013, 3265 (3268).

<sup>42</sup> *Schuschke* (Fn. 5), S. 811.

<sup>43</sup> *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225 (2226); vgl. aber *Vollkommer* (Fn. 18), § 940a Rn. 9.

<sup>44</sup> Manche wollen dies bereits beim Verfügungsanspruch prüfen, *Vollkommer* (Fn. 18), § 940a Rn. 9; vgl. *Börstinghaus*, NJW 2014, 2225 (2227 mit Fn. 49); siehe auch *Fleindl*, ZMR 2013, 677 (683 f.).

tens muss glaubhaft gemacht werden, dass der Beklagte dieser Sicherungsanordnung (beachte §§ 283a Abs. 1 S. 3, 570 Abs. 2 ZPO) nicht Folge leistet. Wegen der Anzeigepflichtung des Beklagten aus § 283a Abs. 2 ZPO ergibt sich dies aus den Gerichtsakten. Auf fehlendes Verschulden soll es nicht ankommen.<sup>45</sup> Da eine Sicherungsanordnung nur erlassen werden kann, wenn eine entsprechende Zahlungsklage erhoben ist, ist dies schließlich zumindest mittelbar Voraussetzung für eine einstweilige Räumungsverfügung nach § 940a Abs. 3 ZPO.

#### V. Fazit

Die vorgestellten Regelungen sind durchaus prüfungsrelevant. Grundkenntnisse des einstweiligen Rechtsschutzes können in den besprochenen Fällen übrigens gut mit materiellrechtlichen Fragen zu den Besitzverhältnissen (§§ 854 ff. BGB), mietrechtlichen Kündigungsgründen (z.B. 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und Herausgabeansprüchen (insbesondere § 546 Abs. 1, 2 BGB) verknüpft werden. Aufbautechnisch ist auch bei einer Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung nach §§ 940, 940a ZPO zwischen Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund zu trennen. Verfahrensrechtlich folgt die Zuständigkeit regelmäßig aus §§ 937 Abs. 1, 943 ZPO (vgl. § 29a ZPO, § 23 Nr. 2a GVG).

---

<sup>45</sup> *Fleindl*, ZMR 2013, 677 (685).