

Professor Dr. Christoph G. Paulus, LL.M., Berlin

## Die Privatisierung der „Zwangsvollstreckung“ – oder: Wie der Rechtsstaat an seinem Fundament erodiert\*

*Im Recht der Zwangsvollstreckung – und damit an vorderster Front der Rechtsrealisierung – spaltet sich derzeit ein „Law in action“ von dem „Law in books“ der ZPO in einer Weise ab, die die Grundfeste des Rechtsstaates wegzuziehen droht: Man greift zur kommerziell und kriminell vermittelten Selbsthilfe.*

### I. Grundsätzliches

In der Jurisprudenz gibt es einen Streit um die Frage, wem das Primat gebührt – dem Prozessrecht oder dem materiellen Recht? Während unter der Ägide des aktionsrechtlichen Denkens dieser Lorbeer – gewissermaßen per definitionem – ersterem zukam, trat das materielle Recht seit der durch Windscheids bahnbrechendes Buch „Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts“ eingeleiteten Trennung der beiden Rechtsmaterien seinen Siegeszug an, der das Prozessrecht schließlich zu einer Dienerin des materiellen Rechts werden ließ. Dieser Zug ging – oder besser: geht – so weit, dass sich besonnene Stimmen zu Wort zu melden beginnen, die auf die wechselseitige Verwobenheit und Abhängigkeit beider Rechtsmaterien verweisen und den Zivilrechtlern eine stärkere Berücksichtigung der prozessualen Durchsetzbarkeit anmahnen<sup>1</sup>.

Diesem auf hohem intellektuellen Niveau geführten Disput wollen die nachfolgenden Ausführungen ein Abbild des Rechtslebens entgegenhalten, das bereits in einigen Teilen Deutschlands – insbesondere in den neuen Bundesländern – zur Wirklichkeit geworden ist und zunehmend weitere Kreise zieht. Diese Entwicklung, das ist die Quintessenz des Nachfolgenden, ist nicht nur geeignet, den besagten Streit der Gelehrten obsolet werden zu lassen, sondern – weit dramatischer noch – den Rechtsstaat in seinen Grundfesten zu unterminieren. Diese Gefahr ist in der Tat ganz handgreiflich und sie spielt sich derzeit (noch) im Bereich der Zwangsvollstreckung ab, wo sich eine alarmierende Form der Privatisierung der Rechtsdurchsetzung<sup>2</sup> nicht nur verbreitet, sondern durchzusetzen beginnt: nämlich eine solche mit Hilfe der Mafia.

### II. Beispiele aus der Rechtswirklichkeit

Einer der frühen Versuche von Seiten der Gläubiger, an das Ihnen Gebührende oder Zugesprochene heranzukommen, waren die so genannten „schwarzen Männer“, d. h. in schwarz gekleidete Personen, die den Schuldner auf Schritt und Tritt verfolgten und nichts weiter taten, als durch die bloße Präsenz das Schamgefühl des Schuldners zu erregen und ihn dadurch zur Leistungserbringung anzuhalten. Dieses Vorgehen haben die Gerichte als einen Verstoß gegen die Würde des Schuldners untersagt<sup>3</sup>. Wie kaum anders zu erwarten, fügen sich die Gläubiger jedoch nicht darein, sondern sinnen auf andere Wege, um das ihnen Gebührende von ihren Schuldnern zu erhalten.

Wie sie das tun, erfährt man immer häufiger aus Anwaltsberichten. So werden die Anwälte trotz ihres heftigen Abratens von einem weiteren Vorgehen gegen den Schuldner, bei dem nichts zu holen sei, nachdrücklich dazu angehalten, etwa ein Mahnverfahren oder eine Klage einzuleiten. Auf die verdutzte Nachfrage hin

erfährt der Anwalt sodann, dass es dem Mandanten entscheidend auf den Titel ankomme, weil er den für ca. 50% an die Mafia verkaufen könne. Wie die dann ihrerseits verfährt, sei anhand zweier Beispielfälle angedeutet und der weiterführenden Vorstellungskraft des Lesers anheimgestellt. Im ersten Fall fand man den Schuldner gerade noch lebendig. Er war an einem Baum aufgeknipt: die Füße nach oben, vollkommen nackt und übel zugerichtet. Im zweiten Fall erhielt der Schuldner ein Polaroidphoto zugesandt, auf dem eine Mauer mit (offenbar) blutverschmierten Einschusslöchern zu sehen war. Darunter stand: „Wir gehen davon aus, dass Sie und Ihre Familie solidarisch für die Schuld haften.“ Zur Beunruhigung des Lesers sei hinzugefügt, dass dies nicht etwa Einzelfälle sind! Vielmehr versichern die Anwälte gerade in Städten und Gemeinden in den neuen Bundesländern immer häufiger, dass auch die Wohlwollensten zwischenzeitlich ihr Vertrauen in die Durchsetzungsinstrumentarien des Rechtsstaates verloren haben.

### III. Zum rechtstatsächlichen Verhältnis des materiellen Rechts zum Prozessrecht

Sieht man vor dem Hintergrund dieser Fakten den eingangs geschilderten Streit der Gelehrten, ergibt sich sofort die folgende – im Grunde genommen banale – Einsicht: Wenn ein Gläubiger von der Rechtsordnung keine bzw. nur unzulängliche Mittel an die Hand bekommt, das ihm in einem Titel Zugesprochene mit Hilfe des Staates und somit im Rahmen des Rechts zu erlangen, weicht er nicht nur – logischerweise – auf andere Durchsetzungsmechanismen aus (dazu unten IV.), sondern er wird sich darüber hinaus als nächstes die Kosten für die Erlangung eines Titels sparen und auf die Durchführung eines Mahn- oder Erkenntnisverfahrens verzichten (erstaunlicherweise ist die Vorlage eines Titels, wie das erste der oben unter II. genannten Beispiele belegt, offenbar noch für den Verkauf der Forderung vorausgesetzt). Spätestens dann ist aber auch das materielle Recht eine vernachlässigbare Größe, die durch das Recht des Stärkeren und Brutaleren verdrängt wird. Dies kann nur denjenigen unberührt lassen, der einen Unterschied zwischen dem materiellen Recht im kleinen und dem im großen Wirtschaftsbereich macht, wo die Zwangsvollstreckung eine ungleich geringere Rolle als dort spielt. Welche Gefahr für den Rechtsstaat von diesem hier beschriebenen Phänomen ausgeht, braucht wohl nicht mehr eigens betont zu werden. Fallen ganze Bevölkerungsteile von dem durch Recht und Gesetz vorgeschriebenen Verbot der Selbsthilfe ab, erodiert das System insgesamt bis zu dem Punkt, an dem es zusammenstürzt.

### IV. Lösungsansätze

In dieser Situation ist es natürlich naheliegend, den Staat aufzufordern, sofort und unmittelbar das Vollstreckungspersonal beträchtlich aufzustocken und zugleich die große Schuldnerfreundlichkeit des Vollstreckungsrechts zurückzuschrauben (Schuldneranwälte bezeichnen Deutschland gern als „Paradies für Schuldner“). Schließlich ist das Gesetz im neuen Insolvenzrecht angesichts der extrem hohen Hürden für die Erlangung der Restschuldbefreiung und angesichts des dahinter drohenden § 201 InsO auch bei weitem nicht so schuldnere-

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Zivilprozessrecht und Römisches Recht an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

1) Vgl. dazu etwa Zöllner, AcP 1990, 471. Für einen speziellen Teilbereich eindrucksvoll Karger, Beweismittlung im deutschen und U.S.-amerikanischen Softwareverletzungsprozess, 1996.

2) Diese Charakterisierung verdanke ich Professor J. Stiglitz, Washington D. C. und Stanford University.

3) LG Leipzig, NJW 1995, 3190; LG Bonn, NJW-RR 1995, 1515. Zur Problematik derartiger Beschämungsanktionen höchst aufschlussreich J. Whitman, What is wrong with Inflicting Shame Sanctions?, 107 Yale L. J. 1055 (1998).

freundlich, wie es in § 1 InsO programmatisch auftritt<sup>4</sup>. Diese Forderungen sind an sich um so naheliegender, als die der ZPO zugrundeliegende Konzeption die des Gesellschaftsvertrages ist, die in ihrer von John Locke propagierten Form dem einzelnen Staatsbürger einen im Synallagma stehenden Anspruch auf Hilfe bei der Rechtsdurchsetzung gewährt, nachdem er das Recht auf Selbsthilfe an den Souverän abgetreten hat<sup>5</sup>.

Gerade angesichts der Bedrohlichkeit der aufgezeigten Gefahr sollte man aber – wenigstens für den Moment – realistisch bleiben und eine derartige Hilfe von Seiten des Staates nicht erwarten. Statt aber angesichts dessen in Resignation zu verfallen und der aufgezeigten Entwicklung ihren verhängnisvollen Lauf zu lassen, ist es vorzugswürdig, auf anderweitige Abhilfe zu sinnen, die auch bei notorisch leeren Kassen des Staates in Gang gesetzt werden kann. Das oben bereits ausgesprochene Wort von der „Privatisierung“ weist immerhin auf eine Möglichkeit, die im Bereich des bereits geltenden Erkenntnisverfahrens, Art. 15 a EGZPO, wie auch verstärkt in einem reformierten Erkenntnisverfahren<sup>6</sup> realisiert ist bzw. werden soll. Wie diese Vorgaben zeigen, kann eine Privatisierung der Zwangsvollstreckung natürlich nicht in die Hände einer staatlich vollkommen unkontrollierten, kriminellen Vereinigung gelegt werden oder etwa als Aufgabe im Wege der Versteigerung an die meistbietende Eintreibungsfirma verschachert werden. Aber die aus dem öffentlichen Recht her vertraute Figur des beliebigen Unternehmers könnte – wie gesagt: nur als Schnell-Abhilfe für die unmittelbare und akute Not der Situation – eine Lösung sein. Wer hierfür in Frage kommt (Wachschutz, Objektschutzvereine usw.), muss natürlich genau geprüft werden. Freilich ist die alles entscheidende Frage auch hierbei selbst dann, wenn man fündig wird, die der Bezahlbarkeit. Ob die tatsächlichen Kosten unter § 788 ZPO subsumiert werden können, bedarf wohl einer gründlichen Prüfung, und ob der Staat die eventuell entstehende Differenz aufbringen kann bzw. aufzubringen geneigt ist, erscheint fraglich.

Zwar kann hier kein goldener Lösungsweg aufgezeigt werden; doch hat dieser Beitrag sein intendiertes Ziel erreicht, wenn er zum Gewährwerden einer elementaren Gefahr führt und wenn er einen Anstoß zum Nachdenken über – schleunigst erforderliche – Abhilfe gibt.

4) In dieser Diskrepanz s. auch Paulus, in: Festschr. f. Uhlenbruck, unter II 1 (erscheint demnächst).

5) Vgl. Paulus, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. (2000), Rdnr. 19.

6) Vgl. Däubler-Gmelin, Reform des Zivilprozesses, ZRP 2000, 33 (36).

recht, das die Rechtsbeziehungen zwischen den Teilnehmern am europäischen Markt regelt, weiterhin in wesentlichen Teilen national geprägt. Den einen scheint daher eine möglichst rasche Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts die richtige Konsequenz zu sein, während andere versuchen, das vertraute nationale Recht zu bewahren und vor vermeintlich störenden Einflüssen aus Brüssel zu schützen. Der „goldene“ Mittelweg kann nur in einem langfristigen und behutsamen Harmonisierungskonzept gefunden werden.

## I. Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung

„Europarecht“ betrifft längst nicht mehr allein das öffentliche Recht. Auch weite Teile des Privatrechts sind zum Gegenstand gemeinschaftsrechtlicher Regelungen geworden. Die Auswirkungen der EG-Vertragsbestimmungen über Warenverkehrs-, Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, über Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkungen, die Richtlinien und Verordnungen der Gemeinschaft vom Handels-<sup>1</sup> und Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> bis zum Bank- und Börsenrecht<sup>3</sup>, die Rechtsprechung des EuGH vom Lauterkeitsrecht<sup>4</sup> bis zur Gleichstellung von Mann und Frau im Arbeitsleben<sup>5</sup> – dies alles ist für viele Unternehmensjuristen und Rechtsanwälte zum täglichen Brot geworden.

Ob die Unternehmen und Bürger der Union durch deren Rechtsetzung im Einzelfall Brot oder Steine erhalten – darüber mag man streiten<sup>6</sup>. Nicht zu bezweifeln ist der Befund, dass das heutige Privatrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht mehr allein aus in sich geschlossenen nationalen Rechtssystemen besteht, sondern eine Mischung von jeweiligem mitgliedstaatlichen Recht und Gemeinschaftsrecht ist. Dies gilt nicht mehr nur für einzelne besondere Gebiete des Privatrechts (die

\* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag der Verfasserin beim Symposium des Wirtschaftsrats Brüssel „Die Konsistenz des Zivilrechts in der EU“ am 8. 4. 1999 in Brüssel. Die Rechtsprechungs- und Literaturzitate in den Fußnoten beschränken sich auf beispielhafte Hinweise und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

1) Vgl. dazu z. B. die Richtlinie 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter, ABIEG Nr. L 383, S. 17 EWG.

2) Vgl. dazu die einzelnen gesellschaftsrechtlichen Richtlinien: erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Publizitätsrichtlinie, Richtlinie 68/151/EWG, ABIEG Nr. L 65, S. 8; zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Kapitalrichtlinie, Richtlinie 77/91/EWG, ABIEG Nr. L 26, S. 1, geändert ABIEG Nr. L 347, S. 64; dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Fusionsrichtlinie, Richtlinie 78/855/EWG, ABIEG Nr. L 295, S. 36; vierte gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Bilanzrichtlinie, Richtlinie 78/660/EWG, ABIEG Nr. L 222, S. 11, geändert ABIEG Nr. L 317, S. 57 und Nr. L 317, S. 60; sechste gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Spaltungsrichtlinie, Richtlinie 82/891/EWG, ABIEG Nr. L 378, S. 47; siebte gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Konzernbilanz-Richtlinie, Richtlinie 83/349/EWG, ABIEG Nr. L 193, S. 1; achte gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Prüferbefähigungsrichtlinie, Richtlinie 84/253/EWG, ABIEG Nr. L 126, S. 20; elfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Zweigniederlassungsrichtlinie, ABIEG Nr. L 395, S. 36; zwölfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Einpersonenrichtlinie, ABIEG Nr. L 395, S. 40.

3) Z. B. die Richtlinie über Einlagensicherungssysteme, ABIEG Nr. L 135, S. 5. Richtlinie 94/182/EG zur Änderung 80/390 EWG zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung, Kontrolle und Verbreitung der Prospekte, die für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse zu veröffentlichen sind, ABIEG Nr. L 135, S. 1; Richtlinie 93/6/EWG über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABIEG Nr. L 141, S. 1; die Richtlinie 92/121/EWG über Überwachung und Kontrolle von Großkrediten von Kreditinstituten, ABIEG Nr. L 29, S. 1 und die Richtlinie 98/31/EG zur Änderung der Richtlinie 93/6/EWG über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten.

4) Beispielsweise EuGH, Slg. 1992, I-131 = EuZW 1993, 544 – Nissan.

5) Grundlegend EuGH, Slg. 1976, 455 = NJW 1976, 2086 – Defrenne II.

6) Vgl. Hauschka, JZ 1990, 321; Ulmer, JZ 1990, 1; Sandrock, JZ 1996, 1.

## Themen der Zeit

Staatsministerin Marlies Mosiek-Urbahn, Wiesbaden

### Rechtsvereinheitlichung durch europäisches Privatrecht – eine Herausforderung für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union\*

Während die Ökonomien in der EU in fortschreitendem Maß miteinander verschmelzen und die innereuropäischen Grenzen für den Verkehr von Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital kaum mehr als ein Hindernis darstellen, ist das Privat-