

Rechtsvergleichende Forschung zur Reform des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

Eine Studie im Auftrag des Bundesministeriums
der Justiz und für Verbraucherschutz

– Schlußbericht –

IV/2017

Prof. Dr. Klaus Bartels
Professur für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht,
Insolvenzrecht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht
klaus.bartels-2@uni-hamburg.de

Marie-Louise Noll
Wissenschaftliche Mitarbeiterin
marie-louise.noll@uni-hamburg.de

Fakultät für Rechtswissenschaft
Universität Hamburg
Rothenbaumchaussee 33 – 20148 Hamburg
phone +49 (0)40 - 428 38 43 82 (Skr.)
www.jura.uni-hamburg.de/personen/bartels

Einleitung

A. Das Grundpfandrecht

- I. Das Grundpfandrecht und seine Durchsetzung in der Zwangsversteigerung
- II. Die Beschränkung auf akzessorische Grundpfandrechte
- III. Das Deckungsprinzip und seine Durchführung

B. Schuldnerbelange

- IV. Der Grundsatz des aufgeschobenen Gehörs
- V. Die Rechte prozeßunfähiger Personen in der Versteigerung
- VI. Der *gradus executionis* sowie Schutz vor Überpfändung
- VII. Bieterabsprachen
- VIII. Verschleuderungsschutz

C. Gläubigerbelange

- IX. Schuldnerobstruktion (Mietverträge)
- X. Schuldnerobstruktion (Besichtigung der Liegenschaft)

D. Bieterbelange

- XI. Vorleistung des Meistbietenden vs. Sicherheitsleistung
- XII. Die Gewährleistung
- XIII. Der Umfang des Eigentumserwerbs
- XIV. Versteigerung via Internet
- XV. Das Nachgebot (Überbot/*surenchère*)
- XVI. Die freihändige Veräußerung

E. Die Zwangsverwaltung

- XVII. Der Verteilungsschlüssel für die Verwaltungsüberschüsse
- XVIII. Nutzungseffektuiierung durch den Verwalter

F. Schlußbemerkung

Einleitung

Die Verwertung von Immobiliarsicherheiten ist kein allein deutsches Phänomen. Das Institut des Grundpfandrechts ist vielmehr ein international weitverbreitetes Instrument der Kreditsicherung, das im Krisenfall grundsätzlich durch Zwang realisiert wird. Die Studie geht der Frage nach, ob und gegebenenfalls wie die vollstreckungsgestützte Verwertung beschlagnahmten Grundeigentums im geltenden Recht weiter optimiert werden kann und ob Rechtsregeln des europäischen Auslands hier partiell als Vorlage dienen mögen. Dabei werden zum Vergleich herangezogene Vollstreckungsrechte (sowie die damit verknüpften Regeln des Kreditsicherungsrechts) nicht »flächig« abgeschöpft. Es geht vielmehr um die jeweils punktuelle Überprüfung, im Sinne *Ernst Rabels* um »Streifgänge«¹. Dabei liegen erste überschaubare Teilergebnisse vor, die Anleihen im Recht Österreichs, der Schweiz sowie Frankreichs machen², Fragen der Zwangsverwaltung allerdings aussparen.

Der Text leitet jeweils zunächst knapp in die deutsche Regelung ein, um sodann in regelmäßig sehr konzentrierter Form ausländische Lösungen daneben zu halten³. Dabei übergeht die Darstellung manche Details und nimmt sich die Freiheit, die fremden Rechtsregeln eigennützig auf bereichernde Ideen durchzumustern. Eine paßgenaue »Transplantation«⁴ des ausländischen Gesetzesmaterials schließlich ist nicht beabsichtigt, jedenfalls nicht erforderlich. Jede vergleichende Übersicht wird mit einer Empfehlung abgeschlossen, der gegebenenfalls ein Gesetzgebungsvorschlag folgt. Verbindlich geprüft werden die Vollstreckungsordnungen der Schweiz, Österreichs, Frankreichs, der Niederlande sowie Polens und Schwedens. Sofern Rechtsakte der Europäischen Union einschlägig sind, werden diese berücksichtigt.

¹ *Rabel* RheinZ 2 (1910), 308 (322 ff.); *ders.* RheinZ 4 (1912), 135 ff.; zur Rechtsvergleichung im Dienste der Gesetzgebung auch *Kischel* Rechtsvergleichung (2015), § 2 Rz. 22 ff.; *Basedow* Max Planck Private Law Research Paper No. 14/2 = SSRN id2391171, S. 20 ff. = *The American Journal of Comparative Law* 62 (2014), 821 (842 ff.): »Legislatures as Clients of Comparative Law«.

² Siehe *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 337 f.

³ Die Herangehensweise unterscheidet sich so z.B. von *Hess* Study on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union (2004).

⁴ Zum Projekt der Rechtsübernahme (»legal transplants«) s. *Kischel* Rechtsvergleichung (2015), § 2 Rz. 34 ff.

A. Das Grundpfandrecht

I. Das Grundpfandrecht und seine Durchsetzung in der Zwangsversteigerung

1. Das deutsche Recht

Für den Fall der Uneinbringlichkeit lassen sich die Kreditinstitute am Grundbesitz des Schuldners, gegebenenfalls aber auch an Liegenschaften Dritter Grundpfandrechte einräumen, die ihnen für den Verwertungsfall den Rang des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG sichern⁵. Neben den Darlehensvertrag (sowie gegebenenfalls das titulierte Schuldversprechen) tritt die notariell beglaubigte Grundpfandbestellungsurkunde.

a) Das Grundpfandrecht als Verwertungsrecht

Das deutsche Pfandrecht ist im Kreis der beschränkten dinglichen Rechte nicht Erwerbs- oder Nutzungs-, sondern Verwertungsrecht⁶. Während § 1204 Abs. 1 BGB für das Faustpfand deutlich von der Berechtigung des Gläubigers spricht, Befriedigung aus der Sache zu suchen, drücken §§ 1113 Abs. 1, 1191 Abs. 1 BGB sich weniger klar aus: An den Hypothekar bzw. Grundschuldinhaber ist danach »eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung [wegen der ihm zustehenden Forderung] aus dem Grundstück zu zahlen«. Erst § 1147 BGB formuliert die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung. Im Fokus steht damit die rechtliche *Befugnis* des Pfandgläubigers, nicht etwa eine (dingliche) Verpflichtung des Eigentümers. Beides ist bis heute umstritten⁷.

b) Der Duldungstenor

Am deutlichsten tritt die dogmatische Zerrissenheit zutage, wenn der Pfandgläubiger sein Recht klagweise⁸ durchsetzen muß. Aus §§ 1277 und 1147 BGB sowie teils auch aus § 1233 Abs. 2 BGB ist die Schwierigkeit geläufig, die Rechtslage in einem Antrag im Sinne des § 253 ZPO resp. im Tenor eines vollstreckbaren Titels abzubilden. Darauf ist das auf Verurteilung des Beklagten setzende und somit an den vollstreckbaren *Anspruch* anknüpfende Programm der Leistungsklage nicht eingerichtet. Ergebnis der Bemühungen ist die *Verurteilung* des Eigentümers *zur Duldung* der Zwangsvollstreckung, also ein Tenor, der sich um die mutmaßliche Verpflichtung des Eigentümers und so vice versa um

⁵ Siehe etwa *Baur/Stürner SachenR*¹⁸ (2009), § 36 Rz. 3, 7 ff.; *Reinicke/Tiedtke Kreditsicherung*⁵ (2006), Rz. 1055; *Nußbaum Deutsches Hypothekenwesen*² (1921), S. 213 ff.

⁶ Krit. zum Begriff v. *Bar* *Gemeineuropäisches SachenR I* (2015), Rz. 413.

⁷ Siehe etwa *Ernst Wolf SachenR*² (1979), § 11 A II 1: Lehre vom dinglichen Zahlungsanspruch; ferner *Heck SachenR* (1930), § 109, mit dem Ansatz der Doppelnatur der Pfandrechte »als obligatorische Sachenrechte« sowie zugleich als »dinglich geschützte Obligationen«.

⁸ Gegen ein Titelerfordernis bei § 1147 BGB *Stamm Die Prinzipien und Grundstrukturen* (2007), S. 455.

einen *Anspruch* des Pfandgläubigers kümmert. Dessen dingliche *Rechtsmacht* ist nicht Gegenstand des Titels^{9,10}.

Nach ganz herrschender Ansicht läßt das Verwertungsrecht – trotz des Gesetzeswortlauts (»eine bestimmte Geldsumme [...] zu zahlen ist«) keine *Erfüllung* im schuldrechtlichen Sinne zu¹¹. Der Anspruchsgedanke ist also bei den (auf Haftung ausgerichteten) Pfandrechten ein Fremdkörper. Zwar mag man sich den Duldungsanspruch als Ausfluß des (weitergehenden) absoluten Verwertungsrechts vorstellen¹², grob vergleichbar mit der *rei vindicatio* des Volleigentums, nur erforderlich ist eine Duldung in der Immobilienvollstreckung gerade nicht. Auch im Recht der Sachpfändung wird die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher über dessen hoheitliche Stellung als Organ der Rechtspflege geordnet¹³, nicht mit Hilfe eines privaten Duldungsanspruchs.

2. Das schweizerische Recht

Die Grundpfandregeln der Schweiz – für die Grundpfandverschreibung (Artt. 824 f. chZGB) wie für den Schuldbrief (Artt. 842 ff. chZGB)¹⁴ – verlangen die Angabe eines bestimmten Betrages für die Forderung (Art. 794 Abs. 1 chZGB), verhalten sich aber zur eigentlichen *Rechtsmacht* des Pfandgläubigers nicht näher. Erst im Rahmen der Erlösverteilung heißt es unter »Art der Befriedigung«, der Gläubiger habe im Falle der Nichtbefriedigung ein Recht darauf, »sich aus dem Erlöse des Grundstückes bezahlt zu machen« (Art. 816 Abs. 1 chZGB).

Für die Vollstreckung benötigt der Pfandgläubiger keinen Titel. Er erwirkt mit geeignetem Antrag (Artt. 67, 151 SchKG) vielmehr leichthändig einen »Zahlungsbefehl«¹⁵. Das Verfahren ähnelt insofern etwas dem deutschen

⁹ *Habersack* in: *Soergel BGB*¹³ (2002), § 1277 Rz. 2, hält neben dem Tenor der Duldung der Zwangsvollstreckung auch den der Gestattung der Befriedigung aus dem verpfändeten Recht für möglich. Korrigierend auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilprozessR*¹⁷ (2010), § 89 Rz. 11: Haftungsklage als besondere Unterart der Leistungsklage.

¹⁰ Die Begrifflichkeit, hier von Haftung ohne Schuld zu sprechen, weist *Gernhuber Das Schuldverhältnis* (1989), § 4 VI 2, zurück.

¹¹ So *RGZ* 93, 234 (236); *Soergel/Konzen BGB*¹³ (2002), § 1147 Rz. 1; *H. J. Wieling SachenR*⁵ (2007), § 26 I 1; *Baur/Stürmer SachenR*¹⁸ (2009), § 36 Rz. 62 ff.; v. *Bar* *Gemeineuropäisches SachenR I* (2015), Rz. 415; *Westermann SachenR*⁵ (1966), § 94 II 3/4; *Wolff/Raiser SachenR*¹⁰ (1957), § 131 I, § 139 I; *Schapp* in: 1. Festschrift Söllner (1990), S. 477 (493 ff., 498 ff.); wohl auch *J. Wilhelm SachenR*⁵ (2016), Rz. 1418, 1435; anders *Ernst Wolf SachenR*² (1979), § 11 A II 1, und ihm folgend *Staudinger/Wolfsteiner* (2015), Einl zu §§ 1113 ff Rz. 37 ff.; *MünchKomm/Eickmann BGB*⁶ (2013), § 1147 Rz. 4 a ff.; anders auch *Heck SachenR* (1930), § 109, 4 f.; *Jost Jura* 2001, 153 (154).

¹² Ähnlich *H. J. Wieling SachenR*⁵ (2007), § 26 I 1: » ... Verwertungsrecht, kraft dessen [der Rechtsinhaber] die Duldung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung verlangen kann.«

¹³ Siehe *Wieczorek/Schütze/W. Lüke ZPO*⁴ (2015), § 808 Rz. 35; *MünchKomm/Gruber ZPO*⁴ (2012), § 808 Rz. 26.

¹⁴ Hier besteht Typenzwang, s. Art. 793 Abs. 2 chZGB.

¹⁵ In der (französisch geprägten) Westschweiz seinerzeit aufgekommene Bedenken hat das Bundesrecht ausräumen können, s. *Fritzsche/Walder SchKR I*³ (1984), § 16 Rz. 3.

Mahnverfahren nach §§ 688 ff. ZPO. Ohne Gegenwehr des Schuldners nimmt die Rechtsverfolgung ihren Lauf.

Bei *Spühler*¹⁶ liest man, der »Befriedigungsanspruch« des Gläubigers sei ein rein vermögensrechtlicher. Daraus könne lediglich Verfahrensdurchführung und Erlösteilhabe verlangt werden. Ähnlich erläutert *Kren Kostkiewicz*¹⁷, das Pfandrecht befähige seinen Inhaber, »auf dem Vollstreckungsweg auf das Pfandobjekt zuzugreifen, wenn die gesicherte Forderung unbefriedigt bleibt.« Da das Verfahren hier Ähnlichkeiten mit einem Verwaltungsverfahren zeigt¹⁸, sah sich die eidgenössische Rechtswissenschaft offenbar nicht zu vergleichbaren Anstrengungen veranlaßt wie die Lehre in Österreich und Deutschland¹⁹.

3. Das österreichische Recht

Für die österreichische Hypothek bestimmen §§ 447 S. 1, 448 S. 2 Hs. 2 ABGB, dieselbe sei das Recht des Gläubigers, aus einem Grundstück, »wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen.« Obschon hier nicht von »Zahlung« die Rede ist, haben sich ebenfalls zwei Lager gebildet, die um die Deutung als »Zahlung« oder »Duldung« streiten – wenngleich ebenbürtig und mit ungewissem Ausgang²⁰. *Nunner-Krautgasser*²¹ geht in ihrer grundlegenden Studie davon aus, daß der Hypothekar zwar einen besonderen »Haftungsanspruch« habe²², den Eigentümer aber keine Leistungsverpflichtung treffe.

4. Das französische Recht

Der französische *Code civil* denkt die Dinge zunächst ganz von der gesicherten Forderung her, an der das Grundpfandrecht hängt. Die Doktrin arbeitet aber offenbar durchaus mit der Vorstellung einer Realobligation (»*obligation réelle*«), die sie von der »*obligation personnelle*« trennt²³. Die Vorstellung

¹⁶ *Spühler* SchKR I⁶ (2014), Rz. 540.

¹⁷ *Kren Kostkiewicz* SchKR² (2014), Rz. 939.

¹⁸ Noch pointierter *Stamm* Die Prinzipien und Grundstrukturen (2007), S. 21 f. (für die Schweiz) sowie S. 142 f., 664 und passim (für das deutsche Recht – scharf dagegen *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* Lb¹² [2010], § 2 Rz. 3 und passim; *Schilken* AcP 208 [2008], 850 ff.).

¹⁹ Auch *Jent-Sørensen* Die Rechtsdurchsetzung (2003), behandelt die Fragen nicht näher.

²⁰ Ausf. Nachw. bei *Nunner-Krautgasser* Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007), S. 183 Fn. 2.

²¹ *Nunner-Krautgasser* Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007), S. 185.

²² *Nunner-Krautgasser* (wie vorige Fn.), S. 185 Fn. 7, geht es um das materielle Haftungsrecht, nicht um einen Anspruch auf Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner.

²³ Entsprechende Deutungen bei *v. Bar* Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 414 Fn. 684.

einer Zahlungsverpflichtung des Eigentümers wird damit (wohl) vermieden. Die dogmatische Verortung bleibt vage.

Art. L. 311-2 *Code des procédures civiles d'exécution* [Cpce] macht sodann für jede auf Verwertung unbeweglicher Sachen ausgerichtete Vollstreckung einen *titre exécutoire* erforderlich, der eine fällige Forderung feststellt (sic!), regelt damit indessen nicht abweichend vom sonst üblichen Verfahren²⁴.

5. Das niederländische Recht

Das Sachenrecht der Niederlande arbeitet allein mit der *hypotheek* (Art. 3:227 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BW)²⁵. Sie soll der rangsicheren Befriedigung eines Zahlungsanspruchs aus dem Grundstück dienen (Art. 3:227 Abs. 1 S. 1 BW). Art. 3:268 Abs. 1 BW gewährt dem Hypothekar im Fall der Verwertungsreife (»Verzug«) die Rechtsmacht, das Grundstück zu veräußern. Ob der Hypothekar Inhaber eines Zahlungs- oder Duldungsanspruchs ist, wird, soweit ersichtlich, nicht näher behandelt. *Jansen* schreibt dem *hypotheekhouder* ein »*executierecht*« zu²⁶. Anders als nach Art. 1223 Abs. 2 BW aF. (und etwa nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) braucht der Hypothekar für die Verwertung des Grundstücks nun keinen Titel mehr²⁷.

6. Das schwedische Recht

a) Das »*panträtt*« als Standardpfandrecht an Grundstücken

Das Immobiliarsachenrecht des Königreichs führt als Pfandrecht allein das »*panträtt*«. Dieses ist zwingend Briefpfandrecht. Das *panträtt* startet offenbar stets als Eigentümerpfandrecht²⁸ nach den Regeln des 6:1 (1) des Grundstücksgesetzbuchs (»*Jordabalk*« [JB] v. 1970). Der Eigentümer erwirkt so zunächst die Eintragung einer betragsmäßig bezifferten Belastung (»*inteckning*«) seines Grundstücks. Der korrespondierende Pfandbrief (»*pantbrev*«) ist entweder schriftliches Dokument oder auf Basis einer digitalen Registrierung ein »EDV-Pfandbrief« (6:1 (1, 3) JB)²⁹. Erst im zweiten Schritt entsteht das

²⁴ Siehe *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 792.

²⁵ Siehe *Ploeger/van Velten/Zevenbergen Real Property Law and Procedure – The Netherlands* (2005), S. 6; *Nieper/Ploeger* in: v. Bar (Hg.), *SachenR in Europa III* (1999), S. 217 ff.

²⁶ *Jansen Executie- en Beslagrecht*⁴ (1990), S. 143.

²⁷ Siehe etwa *Schwabe Das niederländische ZwangsvollstreckungsR* (2010), S. 46 f.; *Ploeger/van Velten/Zevenbergen Real Property Law and Procedure – The Netherlands* (2005), S. 38.

²⁸ *Zutr. v. Bar Gemeineuropäisches SachenR I* (2015), Rz. 425 Fn. 757: »Eigentümerhypotheek«.

²⁹ *Stempel* in: *Hadding/Welter* (Hg.), *Realkredit und Grundstücksverkehr in Europäischen Ländern II* (1998), S. 137 (141), bezeichnet diesen Schritt als »lediglich ein Vorstadium der Entstehung eines Grundpfandrechts«.

panträtt, indem der Eigentümer dem Gläubiger den *pantbrev* (aus deutscher Sicht rätselhaft) verpfändet³⁰. Die Verpfändung erfolgt gemäß 6:2 JB durch eine Sicherungsvereinbarung mit dem verfügungsbefugten Grundstückseigentümer und Übergabe des Pfandbriefs (6:2 (1) JB) oder Eintragung des Gläubigers im EDV-Pfandrechtsregister (6:2 (2) JB)³¹. Erst jetzt, erst durch Verknüpfung mit der zu sichernden Forderung ist das *panträtt* akzessorisches Recht. In der Startphase dagegen ist es (ohne Forderung) durchaus der deutschen Grundschuld vergleichbar. Dieses Nebeneinander erschwert die dogmatische Erfassung (dazu unten II 6).

b) Inhalt / Durchsetzung

6:3 (1, 1) JB begründet das Recht des pfandrechtsgesicherten Forderungsinhabers, rangentsprechend Befriedigung aus dem Erlös zu verlangen³². Betreibt der gesicherte Gläubiger die Zwangsverwertung, so ist Grundlage dessen – eigentümlich – nicht das dingliche Recht, sondern das durch Schuldbrief (*»skuldebrev«*) verkörperte obligatorische Recht des Gläubigers³³. Gemäß 1:1 *Utsökningsbalk* (UB) bedarf es zur Initiierung des Verfahrens eines Vollstreckungstitels im Sinne des 3:1 UB. Unter den Gläubigern sind die dinglich gesicherten zusätzlich privilegiert. Denn stellt ein Gericht oder die Vollstreckungsbehörde (*»Kronofogdemyndighet«*) die Fälligkeit einer pfandrechtslich gesicherten Forderung förmlich fest, so gilt das belastete Grundstück unverzüglich als beschlagnahmt (4:27 (1) UB)³⁴ und wird in diesem Fall als *»dömd i mät«* bezeichnet³⁵. Diese Privilegien kann der gesicherte Gläubiger jedoch schließlich nur dann nutzen, wenn er bei der *Kronofogden* binnen zweier Monate ab Rechtskraft der Feststellungsentscheidung einen gesonderten An-

³⁰ Zu der Frage, ob nun das Grundstück oder der Pfandbrief verpfändet wird, *Wunsch Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits* (2009), S. 181, Fn. 998: Verpfändung des Pfandbriefs. Auch *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 53 und *Stempel* in: *Hadding/Welter* (Hg.), *Realkredit und Grundstücksverkehr in Europäischen Ländern II* (1998), S. 137 (141, 145), spricht von der Verpfändung des Pfandbriefs.

³¹ *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 58 ff.; *Stempel* in: *Hadding/Welter* (Hg.), *Realkredit und Grundstücksverkehr in Europäischen Ländern II* (1998), S. 137 (145).

³² Siehe auch *Jensen Real Property Law and Procedure – Sweden* (2005), 7.1.2 (S. 37); *Herrmann/Westermann* in: *v. Bar* (Hg.) *SachenR in Europa I* (2000), S. 493 (535).

³³ So *Ring/Olsen-Ring Einführung in das skandinavische Recht*² (2014), Rz. 842, 849.

³⁴ Eingängig *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 227: »Utsläget är på en gång exekutionstitel och utmätingsbeslut.«; auf deutsch: »Die Entscheidung ist zugleich Vollstreckungstitel und Pfändungsbeschluss«. Siehe auch *Walin Utsökningsbalken*⁴ (2009), Kap 4 § 27 (S. 190).

³⁵ Siehe *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 7.8 (S. 244); ferner *Ring/Olsen-Ring Einführung in das skandinavische Recht*² (2014), Rz. 877; *Jensen Real Property Law and Procedure – Sweden* (2005), 7.4 Frage 1 Nr. 2.

trag auf Zwangsverkauf stellt. Versäumt er dies, gerät die Beschlagnahmewirkung in Wegfall³⁶.

Schon hier fällt auf, daß das Verfahren sehr pragmatische Züge trägt. Und nicht umsonst verbindet man mit der schwedischen Rechtsordnung den »skandinavischen Pragmatismus«³⁷. Die gesetzlichen Tatbestände arbeiten häufig mit unbestimmten Rechtsbegriffen; viele Rechtsfolgen liegen im Ermessen der *Kronofogden*. Die Behörde hat dadurch die Möglichkeit, »nach gesundem Menschenverstand im Hinblick auf die jeweils vorgefundenen Umstände, eben »gerade recht« zu handeln«³⁸. Diese Eigenheit ist weiter beim *gradus executionis* (VI 6), bei der Verschleuderungskontrolle (VIII 5), in der Frage der Mietverträge (IX 6 b cc und c) sowie bei der freihändigen Veräußerung (XVI 6) zu beobachten. Darauf wird zurückzukommen sein.

7. Das polnische Recht

a) Die »hipoteka« als Standardpfandrecht an Grundstücken

Trotz beharrlicher und langewährender Versuche, ein der deutschen Grundschuld vergleichbares Institut einzuführen³⁹, führt das polnische Grundstücksrecht bis heute allein die *hipoteka*⁴⁰. Sie ist im »*ustawa o księgiach wieczystych i hipotece*«, dem Gesetz über Grundbücher und die Hypothek (GbHyG), geregelt⁴¹. Als Eingangsnorm des Hypothekenrechts erläutert Art. 65 Abs. 1 GbHyG das Pfandrecht dahin, daß es »zur Sicherung einer bestimmten Forderung aus einem bezeichneten Rechtsverhältnis« eine Liegenschaft derart belastet, daß der Gläubiger die Befriedigung daraus ohne Rücksicht auf die Eigentumslage vor den *persönlichen* Gläubigern des Grundstückseigentümers verlangen kann.« Konsequenter wird die Hypothek als *Befriedigungsvorrecht* begriffen⁴².

³⁶ Siehe *Kronofogden* Handbok Utmätning (2015), 7.8 (S. 244).

³⁷ Hierzu ausführlich *Kischel* Rechtsvergleichung (2015), § 7 Rz. 108. – Die Forschungsgattungen der »Rechtskultur« und der »Rechtsanthropologie« gehen hierauf bislang nicht (näher) ein, vgl. *Mankowski* Rechtskultur (2016) und *Fikentscher* Law and Anthropology² (2016).

³⁸ *Kischel* Rechtsvergleichung (2015), § 7 Rz. 108.

³⁹ Siehe unten A II 7.

⁴⁰ Daneben besteht als weiteres Kreditsicherungsmittel an Immobilien in Polen grundsätzlich die Möglichkeit der Sicherungsübereignung der Liegenschaft. Diese wurde vom *Obersten Gerichtshof* (*Sd najwyzszy*) mit Urt. v. 26. 9. 2007 – IV CSK 118/07 ausdrücklich akzeptiert; s. *Hempel* ZBB 2009, 236 (237). Sie verliert in der Praxis aber immer mehr an Bedeutung, s. *Cierpień-Magnor/Domanska-Moldawa* in: *Winner/Cierpień-Magnor* (Hg.), *Dingliche Kreditsicherheiten* (2016), S. 177 (248 f. und 257).

⁴¹ Siehe zur deutschen Übersetzung *Wenner/Czarnowska/Gralla* in: *Breidenbach* (Hg.), *Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa II*, PL 250.

⁴² *Cierpień-Magnor/Domanska-Moldawa* in: *Winner/Cierpień-Magnor* (Hg.), *Dingliche Kreditsicherheiten* (2016), S. 177 (247); *Hempel* ZBB 2009, 236 (247 Fn. 128); für einen Zahlungsanspruch des Hypothekars gegen den Eigentümer wohl *Brockhuis* *Recht der Kreditsicherheiten* TI IX: Polen (2000), S. 218.

b) Die Rechtsnatur

Auf eine bestimmte Rechtsnatur der Hypothek legt sich das GbHyG indessen nicht fest. Es ergibt sich nicht, ob die Befriedigung mit Hilfe eines *Duldungsanspruchs* gegen den Eigentümer oder – beschränkt auf das Grundstück – mittels eines *Zahlungsanspruchs* gegen den Eigentümer erfolgt. Die Rechtsprechung⁴³ sowie die überwiegende Ansicht in der polnischen Literatur⁴⁴ vertreten die zweite Ansicht. Danach muß eine auf Verwertung gerichtete Klage als *Zahlungsklage* ›auftreten‹. Das stattgebende Urteil hat die damit eröffnete Zwangsvollstreckung auf das belastete Grundstück zu beschränken⁴⁵.

c) Bestellung der hipoteka

Die rechtsgeschäftliche Bestellung einer Hypothek erfolgt durch Einigung der Parteien (Artt. 245 Abs. 1, 155 Abs. 1 *kodeks cywilny* [kc]) und konstitutive Grundbucheintragung (Art. 67 GbHyG)⁴⁶. Die Willenserklärung des Grundstückseigentümers bedarf hierbei grundsätzlich der notariellen Beurkundung (Art. 245 § 2 S. 2 kc). Allerdings genügen nach Art. 95 Bankengesetz auch bestimmte Urkunden des Kreditinstituts dem Formerfordernis⁴⁷. Daneben kennt das polnische Recht auch die durch Vollstreckung erwirkte Hypothek (Artt. 109 ff. GbHyG: Zwangshypothek).

d) Vollstreckung aus der hipoteka

Für die Vollstreckung in das belastete Grundstück ist ein Vollstreckungstitel des Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer erforderlich (Art. 776 S. 1 *Kodeks postępowania cywilnego* [kpc])⁴⁸. Dies gilt auch bzw. erst recht, wenn

⁴³ Oberster Gerichtshof Urt. v. 6. 3. 1997 – I CKU 78/96, Prokuratura i Prawo 1997, Heft 6, 38 sowie Appellationsgericht Warschau Urt. v. 28. 7. 1998 – I Aca 436/98, Wokanda 1999, Heft 6, 42 (zitiert nach Hempel ZBB 2009, 236 [247 Fn. 128]).

⁴⁴ Siehe Brockhuis *Recht der Kreditsicherheiten*, TI IX: Polen (2000), S. 218; Hempel ZBB 2009, 236 [247]

⁴⁵ Hempel ZBB 2009, 236 (247).

⁴⁶ Siehe ausführlich zur Einigung und Eintragung Hempel ZBB 2009, 234 (238 ff.).

⁴⁷ Siehe auch de Vries in: *Derleder/Knops/Bamberger* (Hg.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*² (2009), § 78 Rz. 22; ausführlich auch Hempel ZBB 2009, 236 (239).

⁴⁸ Kuglarz/Pawlak in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen* (2009), S. 371 und 377 ff. Zum Privileg der Banken, sich selbst spezielle eigene Vollstreckungstitel erteilen zu können (»Bankenvollstreckungstitel«) siehe *dies.* (aaO.), S. 379 f.

der Eigentümer des Grundstücks nicht zugleich persönlicher Schuldner ist (Divergenzfall)⁴⁹.

Gemäß Art. 75 GbHyG erfolgt die Befriedigung der Hypothekengläubiger aus der Liegenschaft nach den Vorschriften über das gerichtliche Vollstreckungsverfahren durch Zwangsversteigerung (§§ 921 ff. kpc). Etwas anderes gilt nur, wenn eine Verwaltungsvollstreckungsbehörde in die Liegenschaft des Schuldners vollstreckt. In diesem Fall gilt das Gesetz über Vollstreckungsverfahren in der Verwaltung. Vereinbarung, die hiervon abweichen, sind nichtig⁵⁰.

e) Rangfragen

Bemerkenswert sind die Unterschiede zwischen den polnischen Befriedigungsrängen (Art. 1025 § 1 kpc) und der deutschen Privilegienordnung nach § 10 Abs. 1 ZVG. So werden Hypothekengläubiger im polnischen Recht im fünften Rang etwa *nach* Unterhaltsansprüchen (Nr. 2), sodann *nach* kurzfristigen Lohn- und Gehaltsforderungen, ferner *nach* Renten, welche auf Schadensersatz für Krankheit, Arbeitsunfähigkeit, Gebrechen und Tod beruhen, sowie schließlich *nach* Kosten eines einfachen Begräbnisses des Schuldners (Nr. 3) bedient⁵¹. Reicht der erzielte Erlös nicht vollständig zur Befriedigung der Forderungen desselben Ranges aus, werden die Forderungen der Hypothekengläubiger im fünften Rang gemäß Art. 1026 § 1 kpc in der Reihenfolge ihres grundbuchlichen Hypothekenrangs befriedigt. Maßgebliche Normen des materiellen Rechts sind § 12 Abs. 1 in Verb. mit § 29 GbHyG. Danach kommt es auf den Zeitpunkt des Eintragungsantrags an.

8. Handlungsempfehlung: Feststellung statt Duldung

Die in Deutschland übliche Verurteilung des Eigentümers zur Duldung der Zwangsvollstreckung ist eine Verlegenheitslösung. Allein das Recht Österreichs stellt vergleichbare Überlegungen an. Zur Autorisierung des betreibenden Gläubigers nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG eignet sich *der* gerichtliche Titel am besten, der vor dem Hintergrund der aktualisierten Haftung die

⁴⁹ Oberster Gerichtshof Urt. v. 25. 8. 2004 – IV CK 606/03 (zitiert nach Kuglarz/Pawlak in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 371 Fn. 844).

⁵⁰ Brockhuis *Recht der Kreditsicherheiten – TI IX: Polen* (2000), S. 220; Hempel ZBB, 236 (247); Kuglarz/Pawlak in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 369; Kuglarz/Lehmann in: *v. Bar/Wudarski* (Hg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft (2012), S. 351, 369 a.E.; Link *Kreditsicherungsrecht in Polen* (2012), S. 45.

⁵¹ Siehe ausführlich Kuglarz/Pawlak in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 403 f.

Verwertungsbefugnis des Pfandgläubigers *feststellend* ausspricht, auch wenn der Feststellungstitel nach traditioneller Vorstellung nicht auf Vollstreckung angelegt ist⁵².

⁵² Prinzipiell findet die Vollstreckung nur aufgrund von Leistungsurteilen statt, s. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Lb¹² (2010), § 10 Rz. 4 ff.

II. Die Beschränkung auf akzessorische Grundpfandrechte

1. Das deutsche Recht

Das deutsche Immobilienvollstreckungsrecht ist auf den Einsatz materiell-rechtlicher Grundpfandrechte oder der Zwangshypothek nicht angewiesen. Aus Gründen der Rangicherung beherrschen sie jedoch das Kreditwesen, dieses wiederum die Zwangsversteigerung. Obgleich das BGB die akzessorische Hypothek viel aufwendiger geregelt hat (§§ 1113 - 1190 BGB), ist rechtstatisch doch seit langem die nicht-akzessorische (Sicherungs-)Grundschuld (§§ 1191 ff. BGB) weit führend⁵³. Die Kreditwirtschaft schätzt das Institut wegen seiner hohen Flexibilität. Da die Grundschuld so stets zur Besicherung von Kapitalrückgewähr- und Zinsansprüchen genutzt wird, muß die fehlende Akzessorietät kautelarjuristisch ausgeglichen, also eine vertragliche Forderungsgebundenheit⁵⁴ hergestellt werden. Dies gelingt nicht durchweg zufriedenstellend. Das Recht der Sicherungsgrundschuld gilt vielmehr zu Recht als ganz besonders kompliziert. Im vorliegenden Zusammenhang gilt: Das deutsche (Deckungs- und) Übernahmeprinzip (§§ 44 Abs. 1, 52 Abs. 1, 90 f. ZVG) trägt mit Zuzahlung⁵⁵ und Schuldübernahme⁵⁶ schwer an der fehlenden Akzessorietät (s. unten III 1). Auch Tilgungsfragen sind unübersichtlich, vor allem dann, wenn Schuldner und Grundstückseigentümer nicht personenidentisch sind, also im sogenannten »Divergenzfall«⁵⁷.

2. Das schweizerische Recht

a) Die Grundpfandverschreibung

Unter den Grundpfandrechten des schweizerischen Rechts dominiert die Grundpfandverschreibung der Artt. 824 ff. chZGB⁵⁸. Sie entspricht der deutschen Hypothek, ist damit begründungs- sowie entwicklungsakzessorisch⁵⁹ und geht als »Nebenrecht« mit der Forderung gemeinsam auf den Zessionar

⁵³ Siehe zur Statistik *Baur/Stürner SachenR*¹⁸ (2009), § 44 Rz. 5: rund 4/5 der Grundpfandrechte sind Grundschulden; deutlicher noch *Staudinger/Wolfsteiner* (2015), Einl zu §§ 1113 ff. Rz. 39: » ... hat die Hypothek ... ihre Bedeutung zugunsten der Grundschuld fast vollständig verloren«; ähnlich *Schoppmeyer* in: *Keller Hdb* (2011), § 15 Rz. 324.

⁵⁴ Zum Begriff grdl. *Becker-Eberhard* Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte (1993).

⁵⁵ Siehe *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 266 f., 268 ff.

⁵⁶ Siehe *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 261 ff.

⁵⁷ Siehe ausf. *Rupp* Grundpfandrechte (2015), S. 163 ff.; ferner *Bartels* Der vertragliche Schuldbeitritt (2003), S. 261 ff.; *ders.* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 480 ff.

⁵⁸ Siehe etwa *BaslerKomm/Schmid-Tschirren ZGB*⁵ (2015), Rz. 5 vor Art. 793 - 823. – Die »Gült« kann seit dem 1.1.2012 nicht mehr neu begründet werden.

⁵⁹ Siehe *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo Lb ZGB*¹³ (2009), § 112 Rz. 4, 13 ff.; *Basler Komm/Trauffer/Schmid-Tschirren ZGB*⁴ (2011), Rz. 16 vor Artt. 793 – 823; ausf. *Rupp* Grundpfandrechte (2015), S. 299 ff.

über (Art. 170 Abs. 1 OR)⁶⁰. So sprechen auch Art. 135 Abs. 1 S. 3 SchKG, Art. 46 Abs. 1 VZG treffend (und dem deutschen Hypothekenrecht vergleichbar⁶¹) von »fälligen grundpfandgesicherten Schulden«.

b) Der Schuldbrief

Mit dem Schuldbrief dagegen wird eine (weitere) persönliche Forderung begründet und sodann »grundpfändlich sichergestellt« (Art. 842 Abs. 1 chZGB). Diese sowie die im Ausgang eigentlich zu besichernde Forderung stehen fortan nebeneinander (Art. 842 Abs. 2 chZGB). Das so gewonnene Pfandrecht wird vielfach als nicht-akzessorisch begriffen⁶². In der Begründungsphase sind die Rechte indessen nicht zu separieren, ein dingliches Recht ohne zu sicherndes Recht wohl nicht vorstellbar⁶³. Noch eindeutiger präsentiert sich Art. 863 Abs. 1 chZGB mit der Anordnung des Mitlaufgebots (»Wandergemeinschaft«⁶⁴). Erst für die Tilgung der Schuldbriefforderung vermittelt das chZGB dem Eigentümer allein *obligatorische* Rechte, indem es den dinglichen Gläubiger zur Herausgabe der Urkunde (Art. 853 Nr. 2 chZGB) oder zur Mitwirkung an Weiterübertragung verpflichtet (Art. 853 Nr. 2 chZGB). Nur dies scheint uns in eine nicht-akzessorische Richtung zu weisen.

3. Das österreichische Recht

Soll im Zivilrecht Österreichs eine Forderung durch Verwertungsrechte an Sachen gesichert werden, so bietet § 447 S. 1 ABGB das Pfandrecht an. Handelt es sich um Immobilien, so spricht § 448 S. 2 Hs. 2 ABGB von Hypothek oder Grundpfand. Allen Pfandrechtsarten ist gemeinsam, daß sie *accessio* der Forderung sind (§ 449 ABGB)⁶⁵. Auch die Exekutionsordnung findet somit nur akzessorische Grundpfandrechte vor. Die Tücken der nicht-akzessorischen Besicherung sind der österreichischen Immobiliervollstreckung somit fremd.

⁶⁰ Siehe BG v. 19.3.2002 – 5C. 13/2002 bei C 2a; Basler Komm/Girsberger OR⁵ (2011), Art. 170 Rz. 8; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo Lb ZGB¹³ (2009), § 112 Rz. 4, 13 ff.

⁶¹ Im deutschen Recht wird freilich oftmals von der Hypothek in einer Weise gesprochen, als sei sie isoliert verkehrsfähig. Die Formel von der »hypothekarisch gesicherten Forderung« prägt den Sprachgebrauch leider nicht.

⁶² Vgl. Dumoulin RabelsZ 58 (1994), 367 (369); auch J. Wilhelm SachenR⁵ (2016), Rz. 1429 und Fn. 2374.

⁶³ So auch Rupp Grundpfandrechte (2015), S. 333 ff.

⁶⁴ Begriff nach Heck SachenR (1930), § 78 III 3.

⁶⁵ Ausf. Rupp Grundpfandrechte (2015), S. 222 ff.

4. Das französische Recht

Auch das französische Recht arbeitet im Bereich der Realsicherheiten vor allem mit der »*hypothèque*« (Artt. 2393 - 2425 Cc fr)⁶⁶. Diese ist ausdrücklich forderungsbezogen (Art. 2393 Abs. 1 Cc fr: »*droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation*«)⁶⁷. Für die Übertragung spricht Art. 2424 Abs. 1 S. 1 Cc fr dies aus (»*L'hypothèque est transmise de plein droit avec la créance garantie.*«)⁶⁸. Das Schrifttum⁶⁹ will dem Art. 2424 Abs. 1 Cc fr neben der »*transmission à titre accessoire*« den weiteren Modus der »*transmission à titre principal*« entnehmen, einen solchen also, der die direkte Übertragung (nur) der Hypothek zum Gegenstand hat. Gedacht ist indessen offenbar nur an die Übertragung des Ranges an einen anderen (bis dato rangschlechteren) Grundpfandgläubiger (»*cession d'antériorité*«). Wiederum ganz entwicklungsakzessorisch erlischt die Hypothek mit Erfüllung der gesicherten »*obligation principale*« (Art. 2488 Abs. 1, 1°Cc fr). Vermeiden läßt sich dies durch (bereits anfängliche) Wahl einer wiederaufladbaren »*hypothèque rechargeable*« (Art. 2422 Cc fr)⁷⁰, die seit Ende 2014 jedoch nur noch professionellen Gläubigern offensteht⁷¹. Ein nicht-akzessorisches Recht ist auch dieser Typus nicht⁷². Auch dem französischen Grundstücksrecht ist damit ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht fremd⁷³.

5. Das niederländische Recht

Auch das Sachenrecht der Niederlande legt sich hinsichtlich der dinglichen Verwertungsrechte an Grundstücken fest: Hier kommt nach Art des deutschen Typenzwangs allein die *hypotheek* in Betracht (Art. 3:227 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BW)⁷⁴. Sie soll der rangsicheren Befriedigung eines Zahlungsanspruchs

⁶⁶ Einen knappen Überblick über die neue Rechtslage der Kreditsicherheiten gibt v. Bar Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 411 Fn. 663.

⁶⁷ Ausf. Rupp Grundpfandrechte (2015), S. 392 ff.

⁶⁸ Siehe *Albiges/Dumont-Lefrand Droit des sûretés*⁴ (2013), Tz. 663; *Aynès/Crocq Les sûretés*⁸ (2014), Tz. 696 pr. Es handelt sich um die Wandergemeinschaft von Forderung und Hypothek im Sinne *Philipp Hecks* (SachenR [1930], § 78 III 3).

⁶⁹ *Albiges/Dumont-Lefrand Droit des sûretés*⁴ (2013), Tz. 664; *Aynès/Crocq Les sûretés*⁸ (2014), Tz. 698.

⁷⁰ Siehe dazu Rupp Grundpfandrechte (2015), S. 401 ff.; *Leutner/Lehberg ZfIR* 2006, 817 ff.; *Klein/Tietz RIW* 2007, 101 (106).

⁷¹ Siehe näher v. Bar Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 426 und Fn. 763; Rupp Grundpfandrechte (2015), S. 401 f.

⁷² Zutr. v. Bar Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 426.

⁷³ Siehe auch *Klein/Tietz RIW* 2007, 101 (105).

⁷⁴ Siehe *Ploeger/van Velten/Zevenbergen Real Property Law and Procedure – The Netherlands* (2005), S. 6; zur treuhänderisch verwalteten und hypothekarisch gesicherten »parallel debt« s. *Kemper* in: *Lassen/Luckow/Thurner Grundpfandrechte 2016 in Europa* (2016), S. 113 (116); *Stürner aaO.*, S. 51 (52).

aus dem Grundstück dienen (Art. 3:227 Abs. 1 S. 1 BW) und wird als akzessorisch begriffen⁷⁵. Artt. 3:7, 3:81 Abs. 2 und 3:82 BW beschreiben zwar die *Wirkungsweise* der Akzessorietät; die entsprechende Zuordnung der *hypotheek* wird aber offenbar Art. 3:231 Abs. 1 S. 1 BW entnommen⁷⁶. Eine Herleitung aus Art. 260 Abs. 1 S. 2 BW wäre unseres Erachtens überzeugender (»*De akte moet een aanduiding bevatten van de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt*«).

6. Das schwedische Recht

Das schwedische *Jordabalk* meidet wiederum eine ausdrückliche Positionierung zur Akzessorietätsfrage. Aus den bestehenden Regelungen des JB läßt sich jedoch mittelbar – gegen *Jensen*⁷⁷ – durchaus auf eine strenge Akzessorietät des Grundpfandrechts schließen. Auch *v. Bar*⁷⁸ klassifiziert entsprechend. Denn übersteigt in der Zwangsversteigerung der Betrag des *pantbrev* die Höhe der gesicherten Forderung, so kann der Eigentümer aus dem Erlös Zahlung des überschießenden Betrages verlangen (6:9 (s. 2) JB), nicht etwa der Grundpfandrechtsinhaber! Auch im übrigen ist das *panträtt* vom rechtlichen Schicksal der gesicherten Schuld abhängig. Nach 6:9 (S. 2) JB wird das *panträtt* mit Tilgung der Schuld *ipso iure* zur Eigentümerhypothek (»*ägarhypotek*«). Die (Fehl-)Einschätzung, das *panträtt* sei der deutschen Grundschuld strukturell verwandt, mag darauf beruhen, daß für die Entstehung des Grundpfandrechts eine Sicherungsabrede erforderlich ist, die die Verbindung zwischen *pantbrev* und gesicherter Forderung knüpft⁷⁹. In dieser Begründungsphase ist das bereits bestehende (!) Eigentümerpfandrecht (weil ohne Forderung) ein nicht-akzessorisches Recht (s. oben I 6a). Dieses Ne-

⁷⁵ Siehe *Ploeger/van Velten/Zevenbergen Real Property Law and Procedure – The Netherlands* (2005), S. 6, 35, 37; *v. Bar* Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 496 u. Fn. 1262; wohl auch *Nieper/Ploeger* in: *v. Bar* (Hg.), *SachenR in Europa III* (1999), S. 218.

⁷⁶ *v. Bar* Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 425 Fn. 758; *Ploeger/van Velten/Zevenbergen Real Property Law and Procedure – The Netherlands* (2005), S. 35.

⁷⁷ Wenn *Jensen Real Property Law and Procedure – Sweden* (2005), 7.1.1 Frage 1, schreibt: »There is only one type of mortgage in Sweden. It resembles the German Grundschuld.«, erweckt dies den Anschein, bei dem *panträtt* handele es sich um ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht. Dies ist jedoch ein Trugschluß.

⁷⁸ *v. Bar* Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 425 und Fn. 757; auch bereits *Herrmann/Westermann* in: *v. Bar* (Hg.), *SachenR in Europa I* (2000), S. 534; *Stempel* in: *Hadding/Welter* (Hg.), *Realkredit und Grundstücksverkehr in Europäischen Ländern II* (1998), S. 137 (145), und *Wunsch* *Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits* (2009), S. 112.

⁷⁹ Diese Voraussetzung ergibt sich mittelbar aus 6:2 (1) JB, nachdem das Pfandrecht bestellt wird, indem der Eigentümer des Grundstücks den Pfandbrief als Pfand für eine Forderung übergibt. Siehe auch *Jensen Real Property Law and Procedure – Sweden* (2005), 7.1.1 Frage 1 Nr. 3; *Herrmann/Westermann* in: *v. Bar* (Hg.), *SachenR in Europa I* (2000), S. 534.

beneinander folgt dem gesetzgeberischen Konzept, flexible Eintragung und strenge Forderungsanbindung im Verkehr (\Rightarrow keine Mehrfach-Haftung) zu vereinen.

7. Das polnische Recht

a) Die *hipoteka* als akzessorisches Recht

Auch die polnische *hipoteka* ist ein traditionell akzessorisches Recht⁸⁰. Für die Begründungsakzessorietät helfen die allgemeinen Vorschriften der Artt. 56 – 78 GbHyG indessen wenig⁸¹. Anders sieht es mit Übertragungsakzessorietät (Art. 79 Abs. 1 GbHyG) und Entwicklungsakzessorietät (Art. 94 GbHyG) aus. Beide Eigenschaften ordnet das polnische GbHyG unmißverständlich an. Bemerkenswert ist schließlich, daß die *hipoteka*, ähnlich dem deutschen Recht (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB), nach Erledigung des Sicherungszwecks eine Rangstelle für den Eigentümer des ehemals belasteten Grundstücks freihalten will, dies jedoch mit dem neuen Art. 101¹ GbHyG anders fädelt. Der Eigentümer kann den frei gewordenen Rang für eine neu zu bestellende oder eine erst hinzuzuerwerbende Hypothek nutzen (Art. 101¹ Abs. 1 S. 2 GbHyG)⁸².

b) Die Reformdebatte zu den Grundpfandrechten

Bereits 1998 hatte die *Polnische Stiftung für den Hypothekarkredit* die Einführung eines neuen, nicht-akzessorischen Grundpfandrechts angeregt⁸³. Hintergrund der über Jahrzehnte geführten Debatte war die einmütige Kritik an den Unzulänglichkeiten des alten polnischen Hypothekenrechts. Nachdem im Jahr 2001 bereits in großer Zahl staatliche Privilegien sozialistischen Ursprungs abgeschafft wurden⁸⁴, geriet in der Folgezeit die Flexibilisierung der *hipoteka* reformpolitisch in den Blick. Die »starre Verbundenheit der Hypothek mit *nur einer* bestimmten Forderung⁸⁵« wurde kreditsicherungsrechtlich als Hemmnis für ein modernes marktwirtschaftliches Wirt-

⁸⁰ Siehe Zembala Die Akzessorietät der polnischen Hypothek (2016), passim; ferner Poczobut in: v. Bar (Hg.), SachenR in Europa II (2000), S. 53 ff.

⁸¹ Zembala Die Akzessorietät der polnischen Hypothek (2016), S. 56 f., stützt sich auf Art. 65 Abs. 1 GbHyG, verkennt aber, daß der gesetzliche Tatbestand ganz genauso für die nicht-akzessorische Grundsuld gilt bzw. gelten würde.

⁸² Nutzt der Eigentümer diese Neubelegungsmöglichkeit nicht sogleich, so kann er eine berechtigungswahrende Eintragung erwirken (Art. 101⁴ Abs. 1 GbHyG); s. auch Zembala Die Akzessorietät der polnischen Hypothek (2016), S. 26.

⁸³ Drewicz-Tułodziecka/Soergel/Stöcker WM 2002, 891 (895).

⁸⁴ Siehe hierzu Drewicz-Tułodziecka/Soergel/Stöcker WM 2002, 891.

⁸⁵ Zembala Die Akzessorietät der polnischen Hypothek (2016), S. 22.

schaftssystem identifiziert⁸⁶. Zugleich hatte die polnische Regierung eine Kommission eingesetzt, die bereits mit Entwurf aus März 2000 auf Kodifizierung einer Grundschuld («*Dług gruntowy*») nach deutschem Vorbild drängte⁸⁷. Die Ansichten in der Literatur hierzu gingen weit auseinander⁸⁸. Im November 2004 wurde dem polnischen Parlament ein überarbeiteter Entwurf zugeleitet⁸⁹, der jedoch über eine erste Lesung am 19. 1. 2005 nicht hinauskam⁹⁰. Es wird vermutet, daß kritische Stimmen der Rechtswissenschaft, wohl angeführt von *Pisuliński*, erheblich auf den Gesetzgeber eingewirkt haben. Kern der Kritik war die (mit einer Reform drohende) Vernachlässigung des Eigentümerschutzes⁹¹.

c) *Das Ergebnis der Reformbestrebungen: Novellierung der polnischen hipoteka*

Die statt dessen verabschiedete Novelle 2011⁹² des polnischen Hypothekenrechts⁹³ wird nun auch von ehemaligen Grundschuldapologeten als gelungener Kompromiß zwischen kreditwirtschaftlichen Bedürfnissen und dem Schutz des Grundstückseigentümers begrüßt⁹⁴. Zwar wurde die Akzessorietät der polnischen Hypothek beibehalten⁹⁵, jedoch wird sie nun – insbesondere durch Änderung bzw. Einführung der Artt. 68 – 68⁴ sowie 69 GbHyG –

⁸⁶ Siehe *Drewicz-Tułodziecka/Soergel/Stöcker* WM 2002, 891, 892 und 895; *Hempel* ZBB 2010, 236 (250 f.); *Zembala* Die Akzessorietät der polnischen Hypothek (2016), S. 21 f.

⁸⁷ Eine deutsche Übersetzung des Entwurfs und ausführliche Darstellung des Gesetzesvorhabens enthält *Jaschinska* Polnische und deutsche Grundpfandrechte im Vergleich (2004), S. 82 ff.; *Drewicz-Tułodziecka/Soergel/Stöcker* WM 2002, 891 (895).

⁸⁸ Zu Nachweisen aus der polnischen Literatur siehe *Zembala* Die Akzessorietät der polnischen Hypothek (2016), S. 21 f, Fn. 12. Der Verband der deutschen Pfandbriefbanken e.V. befürwortete die Einführung eines nicht-akzessorischen Grundpfandrechts, *ders.* S. 22. Siehe auch die Kritik bei *Jaschinska* Polnische und deutsche Grundpfandrechte im Vergleich (2004), S. 59 f.

⁸⁹ Siehe ausführlich *Drewicz-Tułodziecka/Gregorowicz* Länderbericht Polen in: *Stöcker* (Hg.), Flexibilität der Grundpfandrecht in Europa I (2006), S. 241ff.

⁹⁰ *Hempel* ZBB 2009, 236 (237).

⁹¹ *Zembala* Die Akzessorietät der polnischen Hypothek (2016), S. 23 (Fn. 17 und 19) sowie *Cierpiat-Magnor/Domanska-Moldawa* in *Winner/Cierpiat-Magnor*, Dingliche Kreditsicherheiten (2016), S. 177 (247).

⁹² Ausführlich zu den Hintergründen, dem Gang und den Ergebnissen der Reformbestrebungen *Zembala* Die Akzessorietät der polnischen Hypothek (2016), S. 21ff.

⁹³ Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Grundbücher und die Hypothek v. 16. 6. 2009, das am 20. 2. 2011 in Kraft getreten ist.

⁹⁴ *Cierpiat-Magnor/Domanska-Moldawa* in: *Winner/Cierpiat-Magnor*, Dingliche Kreditsicherheiten (2016), S. 177 (247): »So ist eine moderne Regelung entstanden, welche die Kritik der Lehre und der Wirtschaft gegenüber dem alten Gesetz in vollem Umfang berücksichtigt hat.«.

⁹⁵ Besonders betonend *Pisuliński* in: *v. Bar/Wudarski* (Hg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft (2012), S. 393 (398, 402, 406). – Es gilt nach Art. 79 GbHyG ebenso Übertragungsakzessorietät, s.a. *v. Bar* Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 443 Fn. 879.

gelockert⁹⁶. Während für die Hypothek nach altem Recht der Satz »Eine Hypothek – eine Forderung« galt⁹⁷, ermöglicht das neue Recht eine deutliche Flexibilisierung⁹⁸.

Nach Art. 68 Abs. 1 GbHyG können jetzt auch *künftige* Forderungen besichert werden. Die genaue Bezifferung der Forderung ist nicht mehr erforderlich. Vielmehr genügen die Angabe eines Rechtsverhältnisses sowie die Nennung eines Höchstbetrages (Art. 68 Abs. 2 S. 1 GbHyG, wobei Satz 2 der Vorschrift vor Übersicherung schützt). Als bahnbrechend wird empfunden, daß eine Hypothek nach neuem Recht ausdrücklich mehrere Forderungen absichern kann (Art. 68¹ Abs. 1 GbHyG)⁹⁹. Im Falle der Sicherung eines Konsortialkredits durch eine einheitliche Hypothek wird gemäß Art. 68² Abs. 1 GbHyG ein Hypothekenverwalter bestimmt¹⁰⁰. Mit Art. 68³ GbHyG ermöglicht das reformierte Gesetz eine rangwahrende Ersetzung der gesicherten Forderung durch eine andere, ohne daß es einer neuen Hypothek bedürfte. Nach Art. 69 sichert die Hypothek endlich auch Zinsen, Verfahrenskosten und vertraglich vereinbarte Nebenforderungen, sofern sie den Höchstbetrag nicht überschreiten. Schließlich sorgt eine Änderung des Art. 94 GbHyG dafür, daß die Hypothek nicht mehr mit gesicherter Forderung erlischt, sondern fortbesteht, wenn aus dem Rechtsverhältnis weitere Forderungen entstehen können.

8. Nicht-akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa

Eine sogenannte »gemischte Kommission«¹⁰¹ hat in den 1990er Jahren Vorarbeiten zum Projekt der »Eurohypothek« aufgegriffen und nach Beratungen einen konkreten Gesetzesentwurf vorgelegt¹⁰², der in unterschiedliche Rechtsordnungen übernommen werden kann. Während die Kommission *allein* ein *nicht*-akzessorisches Pfandrecht (nach Art der deutschen Grund-

⁹⁶ Siehe hierzu *Cierpiat-Magnor/Domanska-Moldawa* in: *Winner/Cierpiat-Magnor*, Dingliche Kreditsicherheiten (2016), S. 177 (247); *Diedrich/Asfandia* in: *Breidenbach* (Hg.), Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa II, PL Kapitel D III – Immobilienrecht Rz. 24–25 (Stand: August 2014); *Kuglarz/Lehmann* in: v. *Bar/Wudarski* (Hg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft (2012), S. 351 ff.; *Pisuliński* in: v. *Bar/Wudarski*, Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft (2012), S. 393 (398 ff.).

⁹⁷ Siehe *Kuglarz/Lehmann* in: v. *Bar/Wudarski* (Hg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft (2012), S. 351 (352); *Pisuliński* in: v. *Bar/Wudarski* (Hg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft (2012), S. 393 (398).

⁹⁸ Besonders eingehend zum Ganzen *Zembala* Die Akzessorietät der polnischen Hypothek (2016).

⁹⁹ *Kuglarz/Lehmann* in: v. *Bar/Wudarski* (Hg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft (2012), S. 351 (353).

¹⁰⁰ Hierzu kritisch *Kuglarz/Lehmann* in: v. *Bar/Wudarski* (Hg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft (2012), S. 351 (378).

¹⁰¹ Der Kommission bzw. Arbeitsgruppe gehörten an: *Johannes Beutler*, *Ulrich Drobnig*, *Klaus-Peter Follak*, *Peter Heller*, *Peter Neubauer*, *Otto Soergel*, *Otmar Stöcker*, *Rolf Stürmer* und *Hans Wolfsteiner*.

¹⁰² Siehe *Wolfsteiner/Stöcker* DNotZ 1999, 451 ff.

schuld bzw. [mutmaßlich] des eidgenössischen Schuldbriefs) anstrebt, haben Wissenschaft¹⁰³ und Praxis¹⁰⁴ teils ein akzessorisches Recht gefordert, teils für ein Nebeneinander wie im geltenden Recht plädiert¹⁰⁵.

9. Handlungsempfehlung: Strenge Akzessorietät

Die Grundsuld ist für viele aus dem deutschen Recht nicht wegzudenken. Dennoch hat erst kürzlich *Jähne*¹⁰⁶ die Aufwertung der Hypothek zur (Haupt-)Immobilienkreditsicherheit vorgeschlagen. Zugleich favorisiert *Rupp*¹⁰⁷ für Europa ein »gelockert akzessorisches Grundpfandrecht«. Und *v. Bar* hat – weit über die oben dargestellten Rechtsordnungen hinaus – gezeigt, daß die Grundsuld in Europa ein Alleinstellungsmerkmal des deutschen Liegenschaftsverkehrs ist¹⁰⁸. Dies besagt für sich genommen noch nicht viel. Aber es würde das Kreditsicherungswesen und vor allem auch die nachgeschaltete Immobilienvollstreckung beträchtlich vereinfachen, wenn die Hypothek (ihrer Anlage in BGB und ZVG folgend) jedenfalls die typische, im Normalfall gebräuchliche Grundpfandvariante wäre. Indessen (und somit gegen *Jähne*): Da sich die Praxis ihre Mittel sucht, wäre mit beharrlichem (Weiter-)Gebrauch der Grundsuld zu rechnen, solange die Rechtsordnung das Institut noch anerkennt. Nur die radikale Abschaffung der Grundsuld könnte, mit Hilfe des Typenzwangs, den Grundpfandverkehr verändern und also vereinfachen.

¹⁰³ So *Stürner* Festschrift Serick (1992), S. 377 ff.; *Habersack* JZ 1997, 857 (861 f.) und jetzt *Rupp* Grundpfandrechte (2015), S. 692 f. und passim.

¹⁰⁴ So *Wachter* WM 1999, 49 (60 ff.).

¹⁰⁵ So *J. Wilhelm* SachenR⁵ (2016), Rz. 1429.

¹⁰⁶ *Jähne* Immobilienvollstreckung² (2015), S. 13 ff., 18.

¹⁰⁷ *Rupp* Grundpfandrechte (2015), S. 574 ff., 692 f.

¹⁰⁸ *v. Bar* Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 424 ff.; stärker einschränkend *Stürner* in: *Lassen/Luckow/Thurner* Grundpfandrechte 2016 in Europa (2016), S. 51 (52), der zugleich von der Tendenz »akzessorisch geprägter« Rechtskulturen berichtet, auf die Sicherungsübereignung von Grundstücken auszuweichen.

III. Das Deckungsprinzip und seine Durchführung

1. Das deutsche Recht

Während ein funktionierendes Rangsystem ohne das Deckungsprinzip gar nicht denkbar scheint, versteht sich das Übernahmeprinzip des deutschen ZVG keineswegs von selbst. Seine Einführung folgte einer Strömung im 19. Jahrhundert. Weit älter aber ist freilich das »Löschungs- und Barzahlungsprinzip«. Wie die Begrifflichkeit zu zeigen versucht, erwirbt der Ersteher dort umfassend lastenfrei, ohne daß die Belange des vorgehenden Gläubigers beeinträchtigt würden. Dessen Pfandrecht setzt sich kraft Surrogation an der Erlösforderung und sodann am Erlös fort¹⁰⁹.

Der historische Gesetzgeber versprach sich vom Übernahmeprinzip zusätzliche Anreize für das »bietlustige Publikum«¹¹⁰, da der Bieter bei vorgehenden Rechten weniger Liquidität bieten muß. Die Ausgleichs- bzw. Zahlungsforderungen im Falle nur noch teilvalutierter Grundpfandrechte¹¹¹ sind jedoch zahlreich, besonders schwierig und damit ein *disincentive* für Erwerbsinteressenten. *Münchmeyer*¹¹² hat die Regelung bereits kurz nach Inkrafttreten stark angegriffen.

2. Das schweizerische Recht

a) Deckung durch Übernahme

Dennoch arbeitet das Vollstreckungsrecht der Schweiz – dem deutschen Recht vergleichbar – ebenso mit Deckungs-¹¹³ und Übernahmeprinzip¹¹⁴. So ist zuschlagsfähig nur ein Gebot, das die *vorgehenden* Rechte betragsmäßig als sogenanntes »Mindestangebot« abdeckt (Artt. 126 Abs. 1, 142 a SchKG¹¹⁵, Art. 54 Abs. 1 VZG)¹¹⁶. In Art. 135 Abs. 1 S. 1 SchKG heißt es ferner: »Die Steigerungsbestimmungen bestimmen, daß Grundstücke mit allen darauf haftenden Belastungen (Dienstbarkeiten [...], Grundpfandrechte [...], vorgemerkte persönliche

¹⁰⁹ Vgl. für die Lösung nach § 59 ZVG geltenden Rechts *Stöber ZVG*²¹ (2016), § 59 Rz. 5.6.

¹¹⁰ Siehe zum Begriff etwa *Münchmeyer Gefahren in der Zwangsversteigerung* (1901), S. 1.

¹¹¹ Siehe ausf. *Bartels Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 257 ff., 266 ff.

¹¹² *Münchmeyer Gefahren in der Zwangsversteigerung* (1901).

¹¹³ Siehe *Fritzsche/Walder SchKR I*³ (1984), § 31 Rz. 27.

¹¹⁴ Auch bei *Fritzsche/Walder SchKR I*³ (1984), § 31 Rz. 9, findet sich der aus der deutschen Debatte geläufige Hinweis, der Gläubiger sei regelmäßig an dauernder Anlage interessiert, nicht an der vorzeitigen Rückgewähr des Darlehens. Zum rechtspolitischen Diskurs des 19. Jhds. in Deutschland *Bartels Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 247 f.

¹¹⁵ Siehe *BG v. 23. 11. 1978 = BGE 104 III 79* (81); *BG v. 1. 6. 2006 – 5C.36/2006* bei 3.4.3; *Basler Komm/Känzig/Bernheim SchKG*² (2010), Art. 156 Rz. 5; *Hunkeler/Amberg SchKG*² (2014), Art. 126 Rz. 11; *Kren Kostkiewicz SchKR*² (2014), Rz. 854.

¹¹⁶ Das *BG v. 23. 11. 1978 = BGE 104 III 79* (81), vermerkt, der Grundsatz verstehe sich von selbst.

Rechte etwa aus Mietvertrag [...] versteigert werden und damit verbundene persönliche Schuldpflichten auf den Erwerber übergehen.«¹¹⁷ Es findet die sogenannte »Überbindung« der Grundpfandrechte statt. Art. 46 Abs. 1 VZG rechnet diese »pfandgesicherten Forderungen« konsequent vom bar zu zahlenden Steigerungspreis ab. Rechte, die dem betreibenden Gläubiger nachgehen, sind trotz des Wortlauts von Art. 135 Abs. 1 S. 1 SchKG nur zu überbinden, wenn und soweit das Meistgebot dies hergibt (Art. 45 Abs. 1 lit. a VZG^{118,119}), sie im Lastenverzeichnis geführt werden und bislang keine Fälligkeit eingetreten ist¹²⁰.

Um Gläubiger konsequent vor (bisweilen schwer prognostizierbaren) Nachteilen aus nachträglich begründeten (und mithin rangschlechteren) Belastungen zu schützen (⇒ Art. 812 Abs. 2 chZGB), gewährt das Vollstreckungsrecht dem besserrangigen Gläubiger die Möglichkeit, einen sogenannten Doppelaufruf zu erwirken (Art. 142 Abs. 1 SchKG). Steht der betreibende Gläubiger nicht zugleich an erster Rangstelle, ergeben sich Schwierigkeiten in der Subsumtion. So ist umstritten, ob der Doppelaufruf nur von ihm selbst sowie nachgehenden Rechtsinhabern¹²¹ oder weitergehend auch von vorgehenden Pfandrechtsgläubigern¹²² betrieben werden kann. *Häberlin*¹²³ weist überzeugend darauf hin, daß den vorgehenden Gläubigern aufgrund (zwingender) Deckung und Überbindung gemäß Art. 126 Abs. 1 SchKG keine Gefahr drohe und das Recht auf Durchführung eines Doppelaufrufs zur Wahrung ihrer Interessen im Sinne des Art. 812 Abs. 2 chZGB nicht von Nöten sei¹²⁴.

Schaut man – mit *Häberlin* – allein auf den betreibenden sowie ihm nachgehende Rechtsinhaber, so fügt sich das »rangsichernde« Konzept des Art. 142 Abs. 1 SchKG im Grunde vor allem für die folgende Fallgruppe:

¹¹⁷ Interveniert der Gläubiger nicht fristgerecht, so wird der (Vollstreckungs-)Schuldner frei (Art. 135 Abs. 1 S. 2 SchKG, Artt. 832, 834 chZGB).

¹¹⁸ KBKS/*Kuhn* VZG (2011), Art. 46 Rz. 5; *Jent-Sørensen* Die Rechtsdurchsetzung (2003), Rz. 730; *Moser* BJM 2011, 1 (14, 21), sieht dies (für uns nicht nachvollziehbar) »explizit« in Art. 45 Abs. 1 lit. a VZG angeordnet. Auch die Verweisung auf Art. 135 SchKG kann dies indes nicht leisten. – Eine Ausnahme von der »Überbindung« besteht für Bauhandwerkerpfandrechte (Art. 106 VZG).

¹¹⁹ Noch deutlicher spricht dies der österreichische § 150 Abs. 1 S. 2 EO für bestehenbleibende Dienstbarkeiten aus.

¹²⁰ Siehe *BG* v. 12. 11. 1980 = *BGE* 106 II 183 (189); *Foëx* in: *Dallèves/Foëx/Jeandin* Poursuite et faillite (2005), Art. 156 SchKG Rz. 4; *Hunkeler/Käser/Häcki* SchKG² (2014), Art. 156 Rz. 26; *Jent-Sørensen* Die Rechtsdurchsetzung (2003), Rz. 693; *Moser* BJM 2011, 1 (14, 21).

¹²¹ So KBKS/*Häberlin* VZG (2011), Art. 56 Rz. 2.

¹²² So offenbar *BG* v. 14. 5. 2002, Die Praxis 91 (2002), Nr. 13; *Jent-Sørensen* Die Rechtsdurchsetzung (2003), Rz. 783; *Amonn/Walther* SchKR⁹ (2013), § 28 Rz. 56.

¹²³ KBKS/*Häberlin* VZG (2011), Art. 56 Rz. 2.

¹²⁴ Die Rechtsprechung behandelt vorwiegend Fälle, in denen betreibende Gläubiger eine Schwächung ihrer Interessen aufgrund nachgehender (gegebenenfalls vorgemerakter) Mieter fürchten, s. *BG* v. 7. 1. 1998 = *BGE* 124 II 37 ff.; *BG* v. 14. 4. 2000 – 7B.61/2000 = *BGE* 126 III 290 ff.; ferner Überblick bei *Brügger* SchKG Gerichtspraxis 1946 - 2005, Art. 142 Rz. 7 - 10.

Geht dem betreibenden Gläubiger etwa ein Wegeberechtigter nach – gleichviel, ob dem Betreibenden auch Rechte *vorgehen* –, so mag er argwöhnen, die Existenz des Wegerechts beeinträchtigt die Neigung der Bieter – ein höheres Meistgebot komme also nur dann zustande, wenn das Wegerecht gelöscht wird. Um diesen Verdacht rechtlich belastbar zu erhärten und so gegebenenfalls eine Löschung durchzusetzen¹²⁵, kann der betreibende Gläubiger den Doppelaufwurf nach Art. 142 Abs. 1 SchKG, Art. 56 VZG erwirken¹²⁶. Ob ihm also durch das nachgehende Recht in der Tat eine Schädigung im Sinne des Art. 812 Abs. 2 chZGB droht, soll durch die alternierende Ausbietung ermittelt werden¹²⁷. Möglich ist demnach, daß das betriebene Recht bei Zuschlag *ohne* Wegerecht vollständig bedient wird, *mit* der Last indessen nicht. Der Einwand, jeder Bieter habe doch die Möglichkeit, sich rechtzeitig aus dem Bieterwettbewerb zurückzuziehen, wenn die Überbindung auch des Wegerechts droht, scheint nicht zu tragen.

Irritierend ist jedoch, daß dem Meistbietenden bei Deckung und Überbindung auch des Wegerechts die Abrechnung nach Art. 46 Abs. 1 VZG winkt, das Ausgebot ohne Wegerecht daher im Grunde gar nicht attraktiver sein kann. In der Praxis mag es jedoch in manchen Fällen so sein, daß Bietinteressenten für die Löschung des Wegerechts durchaus auch höhere Erwerbskosten zu zahlen bereit sind – eben dort, wo sie *individuell* die Löschung des Wegerechts weit höher bewerten. Der Doppelaufwurf ist daher ein geeignetes Mittel, um Subsumtionsunsicherheiten bei Art. 812 Abs. 2 chZGB zu beseitigen. Es besteht eine gewisse Nähe zu § 59 chZGB, wenngleich dort das geringste Gebot abgewandelt wird und häufig vielmehr der Eigentümer und Vollstreckungsschuldner interveniert.

Soweit es schließlich an einer Deckung fehlt, erlischt das Pfandrecht (« ... geht unter») ¹²⁸ und ist im Grundbuch zu löschen¹²⁹. Der Löschung ausgesetzt sind ferner Belastungen, die zugunsten des betreibenden Gläubigers¹³⁰ bestanden¹³¹, sowie *fällige* grundpfandgesicherte Schulden¹³². Sie werden aus

¹²⁵ Siehe *BG* v. 13. 6. 2006 = *BGE* 132 III 539 (540 ff.); *Spühler* SchKR I⁶ (2014), Rz. 589 ff.; *Kren Kostkiewicz* SchKR² (2014), Rz. 860 ff.; *Fritzsche/Walder* SchKR I³ (1984), § 31 Rz. 31 ff.; *Jent-Sørensen* Die Rechtsdurchsetzung (2003), Rz. 778 ff.

¹²⁶ Das Institut kommt in der Praxis kaum zur Anwendung. Diesen Hinweis verdanken wir *Karl Spühler*, Zürich.

¹²⁷ Siehe *Fritzsche/Walder* SchKR I³ (1984), § 31 Rz. 37; *BaslerKomm/Schmid-Tschirren* ZGB⁵ (2015), Art. 812 Rz. 21.

¹²⁸ *Jent-Sørensen* Die Rechtsdurchsetzung (2003), Rz. 702; *Moser* BJM 2011, 1 (14); irritierend insofern *Basler Komm/Stöckli/Duc* SchKG² (2010), Art. 135 Rz. 22, die nachgehende Rechte offenbar nur dann nicht überbinden wollen, wenn diese fällig sind und eine Überbindung daher nach Art. 135 Abs. 1 S. 3 SchKG ausscheidet. In diesem Fall sei der Gläubiger auf einen gegebenenfalls unzureichenden Erlös verwiesen. Wie sich dies mit Art. 126 Abs. 1 SchKG verträgt, ist unklar.

¹²⁹ Siehe *BG* v. 12. 11. 1980 = *BGE* 106 II 183 (189); *Hunkeler/Käser/Häcki* SchKG² (2014), Art. 156 Rz. 26.

¹³⁰ Art. 105 Abs. 1 VZG (Legaldefinition); s.a. *KBKS/Kren Kostkiewicz* VZG (2011) Art. 105 Rz. 2.

¹³¹ Art. 156 Abs. 1 S. 3 SchKG.

dem Erlös bedient¹³³. Etwas anderes gilt allein bei geeigneter Vereinbarung mit dem Gläubiger¹³⁴.

b) Obligatorische Umsetzung der Übernahme

Die Grundpfandverschreibung ist begründungs- sowie entwicklungsakzessorisch¹³⁵ und geht als »Nebenrecht« mit der Forderung gemeinsam auf den Zessionar über (Art. 170 Abs. 1 OR)¹³⁶. Auch Art. 135 Abs. 1 S. 3 SchKG, Art. 46 Abs. 1 VZG sprechen so treffend von »fälligen grundpfandgesicherten Schulden« (s. bereits oben II 2 a). Die mit der Übernahme vorgehenden Rechte verbundenen Schwierigkeiten sind damit denen des deutschen Rechts¹³⁷ grundsätzlich nicht vergleichbar. Denn Zuzahlungen auslösende Abweichungen von persönlicher Schuld und Grundpfandrecht (wie bei der nicht-akzessorischen Grundschuld des BGB) sind nicht vorstellbar. Nur der förmliche Ausweis des Grundbuchs weicht bei Teilvalutierung ab.

In die persönliche Schuld rückt der Ersteher regelmäßig befreiend ein (Art. 135 Abs. 1 S. 1 SchKG). Der Gläubiger kann indessen ausnahmsweise am alten Schuldner festhalten, indem er binnen Jahresfrist nach Zuschlagserteilung eine entsprechende Beibehaltungserklärung abgibt (Art. 135 Abs. 1 S. 2 SchKG, Art. 832 Abs. 2 chZGB)¹³⁸.

3. Das österreichische Recht

a) Das Löschungs- und Barzahlungsprinzip

Anders als ZVG und SchKG folgt die österreichische Exekutionsordnung seit der Novelle 2000 dem »Löschungs- und Barzahlungsprinzip«¹³⁹. Nach § 223 Abs. 1 S. 1 EO nF. sind »alle pfandrechtlich sichergestellten Forderungen [...] durch Barzahlung zu berichtigen«, auch die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Rechte (§§ 216 Abs. 1 Nr. 4, 223 Abs. 1 S. 1 EO). Der

¹³² Art. 135 Abs. 1 S. 3 SchKG.

¹³³ Art. 135 Abs. 1 S. 3 SchKG [fällige Rechte]; Art. 156 Abs. 1 S. 2 SchKG [betreibender Gläubiger].

¹³⁴ Art. 47 Abs. 1 VZG; Art. 156 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 SchKG [betreibender Gläubiger].

¹³⁵ Siehe *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo* Lb ZGB¹³ (2009), § 112 Rz. 4, 13 ff.; Basler Komm/*Trauffer/Schmid-Tschirren* ZGB⁴ (2011), Rz. 16 vor Artt. 793 - 823.

¹³⁶ Siehe *BG* v. 19.3.2002 – 5C. 13/2002 bei C 2a; Basler Komm/*Girsberger* OR⁵ (2011), Art. 170 Rz. 8; *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo* Lb ZGB¹³ (2009), § 112 Rz. 4, 13 ff.

¹³⁷ Siehe dazu *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 257 ff., 266 ff.

¹³⁸ Siehe *Hunkeler/Bernheim/Känzig* SchKG² (2014), Art. 135 Rz. 25.

¹³⁹ Siehe RegE EO-Nov. 2000 (Begr), S. 95 f.; *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 223 Rz. 2. § 223 Abs. 2 S. 1 EO idFv 1896 lautete: »Mit anderen pfandrechtlich gesicherten Forderungen [...] sind [...] durch Übernahme der Schuld durch Anrechnung auf das Meistbot zu berücksichtigen.«

Gesetzgeber wollte damit der mittlerweile herrschenden Praxis nachgeben¹⁴⁰. »Zur Übernahme der Schuld unter Anrechnung auf das Meistbot« kommt es also nur noch dann, wenn der vorgehende Gläubiger einverstanden ist (§ 223 Abs. 1 S. 2 EO)¹⁴¹. Im gesetzlichen Regelfall kommen mithin Fragen nach Übertragung und Fortschreibung obligatorischer Beziehungen nicht auf.

b) Das Deckungsprinzip

Während die gesetzliche Positionierung (»Löschung statt Übernahme«) eindeutig ist, gerät das Deckungsprinzip gewissermaßen in Bewegung.

aa) Die Exekutionsordnung von 1896

In ihrer ursprünglichen Fassung sah die Exekutionsordnung die Möglichkeit vor, im Rahmen einer vorläufigen Feststellung des Lastenstandes Klarheit über die Rang- und Lastenverhältnisse des Grundstücks herzustellen (§ 164 Abs. 1 EO aF.). Ergab sich (vor diesem Hintergrund) im Zuge des Versteigerungsgeschäfts, daß das »zugeschlagene« Meistgebot solche Rechte nicht zu decken in der Lage war, die dem betreibenden Gläubiger vorgingen, und wollte der vorgehende Gläubiger eine solche (ihm nachteilige Verwertung) nicht hinnehmen, so war er auf den Widerspruch gegen den Zuschlagsbeschluß verwiesen (§§ 184 Abs. 1 Nr. 8, 190 Abs. 1 EO aF.)¹⁴². Diese Effektivierung des Deckungsprinzips ist den betroffenen Gläubigern durch Aufhebung der §§ 164 - 168, 184 Abs. 1 Nr. 8 sowie §§ 190 - 193 EO¹⁴³, jedenfalls soweit es das positive Recht angeht, genommen worden.

bb) Die Exekutionsordnung seit der Novelle 2000

Wie das Deckungsprinzip unter neuem Recht durchzuhalten ist, verrät die EO nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich¹⁴⁴. Und so geht etwa *Angst*¹⁴⁵ sogar von dessen Abschaffung aus, ohne jedoch zugleich das Prinzip des unlimitierten Mindestgebots zu formulieren bzw. einzuräumen. *Neumayr* erwägt, das bis zur Novelle 2000 in §§ 164 - 168 EO aF. abgebildete Deckungsprin-

¹⁴⁰ Siehe RegE EO-Nov. 2000 (Begr), S. 96.

¹⁴¹ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 223 Rz. 2 f.

¹⁴² Siehe *Heller/Berger/Stix* in: *Neumann/Lichtblau* EO⁴ (1972), Anm. zu §§ 190, 191 aF.; *Angst/ders.* EO² (2008), Rz. 1 ff. zu §§ 164 - 168.

¹⁴³ öBGB I 2000, S. 715 (722, 726, 727).

¹⁴⁴ Nur hinsichtlich der zu berücksichtigenden Lasten ist dies klar geregelt. Hier ordnet § 150 Abs. 1 S. 1 EO die Übernahme der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Gläubiger an.

¹⁴⁵ *Angst/ders.* EO² (2008), Rz. 3 zu §§ 164 - 168; zweifelnd *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 264; offen lassend *Neumayr/Nunner-Krautgasser* ExekutionsR³ (2011), S. 205.

zip¹⁴⁶ gelte möglicherweise trotz der Streichung (nach wie vor)¹⁴⁷, und stellt Überlegungen an, wie sich der vorgehende Gläubiger gegebenenfalls gegen den nachgehenden wegen mißbräuchlicher Rechtsausübung zur Wehr setzen könne¹⁴⁸.

4. Das französische Recht

a) Das Prinzip des unlimitierten Mindestgebots

Das französische Recht folgt fraglos dem Prinzip des »unlimitierten Mindestgebots«¹⁴⁹. Ist der betreibende Gläubiger (»*créancier poursuivant*«) ein nachrangiger, so sind die Rechte und Interessen der vorgehenden Gläubiger (»*les créanciers inscrits ayant en meilleur rang*«) nicht vor schlechter Verwertung sicher¹⁵⁰. Reicht der erzielte Erlös also nicht einmal für den bestrangigen Gläubiger aus, so ist das Meistgebot dennoch zuschlagsfähig und kann auch nicht von betroffenen Gläubigern abgewehrt werden. Abhilfe will die *surenchère* schaffen (s. unten XV 3); außerdem kann der *créancier poursuivant* bei derartigem Versteigerungsverlauf das Gericht um Widerruf respektive Rücknahme der Vollstreckungsmaßnahme ersuchen^{151, 152}. Das *cahier des conditions de vente* (Art. R. 322-10 Cpc) stellt hier keine gläubigerschützenden Anforderungen, etwa durch den Betrag des geschätzten Verkehrswerts (*montant de la mise à prix*). Art. L. 121-2 Cpc schließlich befähigt das Gericht zur Intervention bei mißbräuchlicher oder nutzloser Vollstreckung. Die Rechtsprechung geht insofern aber offenbar zurückhaltend vor¹⁵³.

¹⁴⁶ Siehe Heller/Berger/Stix in: Neumann/Lichtblau EO⁴ (1972) § 164 Anm. A; Rechberger/Simotta Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 445; Pollak System des Österr. ZivilprozeßR² (1932), § 187 I.

¹⁴⁷ Neumayr in: Burgstaller/Deixler-Hübner EO⁴ (2001), Rz. 5 zu §§ 164 - 168.

¹⁴⁸ Neumayr in: Burgstaller/Deixler-Hübner EO⁴ (2001), Rz. 7 zu §§ 164 - 168; s.a. vdp Runder Tisch Grundpfandrechte, Blatt V. 13.

¹⁴⁹ Siehe dazu typologisch Bartels Dogmatik und Effizienz (2010), S. 246 ff.

¹⁵⁰ Bei Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 782, liest man, die Versteigerung habe (vorgehende) dingliche Rechte zu respektieren. Dritte seien angehalten, für eine Publizität, vermutlich durch Registrierung, zu sorgen.

¹⁵¹ Siehe Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 357: »*demander la rétractation de la mesure*«. Das französische Recht geht also von einer Erwirkungshandlung aus.

¹⁵² Man spürt das Kopfschütteln des französischen Juristen angesichts der deutschen und der schweizerischen Lösung, da doch kein betreibender (nachgehender) Gläubiger an einem solchen Ergebnis ein Interesse haben könne, vielmehr einem »Kamikaze« gleichen würde.

¹⁵³ Siehe etwa Cour de cassation v. 27. 2. 2014 – 13-11865, zum Merkmal »*inutile*«.

b) (Teil-)Deckung durch Barzahlung/Hinterlegung (*consignation*)

In dem Umfang, den das Meistgebot zuläßt, werden die Gläubiger ihrem Rang gemäß in bar aus dem Erlös bedient (»*distribution des deniers*«, vgl. Art. R. 334-1 Cpc) ¹⁵⁴. Bereits mit Berichtigung des Meistgebots erlöschen – Umfang hin oder her – sämtliche »*hypothèques et privilèges*« zugunsten des Erstehers (Art. L. 322-14 Cpc) ¹⁵⁵ und werden auf Anordnung des Gerichts im Register gelöscht (Art. R. 322-65 Cpc). Das französische Vollstreckungsrecht reagiert so mit (gegebenenfalls nur partieller) Zahlung und (vollständiger) Löschung, nicht mit Übernahme vorgehender Rechte durch den Ersteher. Dies ergab sich zuvor schon aus Art. 673 des *ancien Code de procédure civile* [aCpc].

c) Vorrechte der eingetragenen Gläubiger

Gläubiger, die den Erwerb ihrer Rechtsposition haben eintragen ¹⁵⁶ lassen, genießen Vorrechte ¹⁵⁷, genauer: vermeiden Nachteile ¹⁵⁸. Vor allem können sie, sofern der betreibende Gläubiger seinen Antrag zurücknimmt, im Wege der *subrogation* die Nachfolge ¹⁵⁹ in diese Verfahrensrolle betreiben (Art. R. 311-9 Cpc) ¹⁶⁰. Weitere Fallgruppen sind *négligence*, *fraud* oder *collusion* (Art. R. 311-9 Abs. 2 Cpc). Ferner ist ihre Löschung aus dem Grundbuch nach Art. R. 322-9 Abs. 2 Cpc nur möglich, wenn alle *créanciers inscrits* zustimmen (*droit de s'opposer à la radiation de la saisie*) oder wenn das Gericht diese Zustimmung durch Beschluß ersetzt ¹⁶¹.

5. Das niederländische Recht

Auch das Vollstreckungsrecht der Niederlande verhält sich nicht ausdrücklich zum Deckungsprinzip. Zwangsversteigerungen können zwar ebenso von nachgehenden Gläubigern betrieben werden (Art. 3:268 Abs. 1

¹⁵⁴ Zur Rangfrage s. Artt. 2325 ff., 2332 ff. Cc fr; Sonnenberger in: *Sonnenberger/Classen Einführung in das französische Recht* ⁴ (2012), Nr. 114, S. 230.

¹⁵⁵ »*Le versement du prix ... purgent la plein droit limmeuble de toute hypothèque ...*«; s. auch *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution* ³ (2013), Tz. 993; *Leborgne/Salati Cpc* ³ (2015), Art. R. 332-65 Anm. III, S. 462; *dies. aaO.*, App. »*Saisie immobilière*«, 4.2.6, S. 1203.

¹⁵⁶ Die Eintragung ist nicht konstitutiv, befähigt aber den materiell (bereits) Berechtigten, seine Rechtsposition in Konkurrenz mit Dritten geltend zu machen, s. *Sonnenberger in: Sonnenberger/Classen Einführung in das französische Recht* ⁴ (2012), Nr. 112, S. 225.

¹⁵⁷ *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution* ³ (2013), Tz. 798 und Fn. 1.

¹⁵⁸ Zum System näher *Rupp AcP* 214 (2014), 567 (577, 588 f.)

¹⁵⁹ Näher *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution* ³ (2013), Tz. 804.

¹⁶⁰ *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution* ³ (2013), Tz. 802; s.a. *Sillard Recueil Dalloz* 2011, 402 bei I.

¹⁶¹ Siehe *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution* ³ (2013), Tz. 798, 876.

BW)¹⁶². Ob in Fällen dieser Art aber auch dann der Zuschlag erteilt bzw. Abschluß (\Rightarrow *gunning*) und Durchführung (\Rightarrow *levering*) des Kaufs stattfinden können, wenn vorgehende Gläubiger aus dem so erzielten Erlös keine vollständige Befriedigung erlangen, behandelt das niederländische Recht nicht unmittelbar. Art. 544 Abs. 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [WBRv] gewährt dem besserrangigen Hypothekar aber die Möglichkeit, die Zwangsversteigerung zu übernehmen, also offenbar die Rolle als betreibender Gläubiger auszufüllen. Nach Art. 3:270 Abs. 3 Burgerlijk Wetboek [BW] kann dieser sich so in der Erlösverteilung durchsetzen¹⁶³. Dies ist freilich ein Angebot an die vigilanten (vorgehenden) Gläubiger. Wer im besseren Rang die Dinge treiben läßt, ist nicht durch ein »geringstes Gebot« im engeren Sinne geschützt.

Kommt es zum *levering von de registergoed* zugunsten des Meistbietenden, so ordnet Art. 3:273 Abs. 1 BW das Erlöschen aller Hypotheken, Pfändungspfand- bzw. Beschlagsrechte sowie solcher beschränkter Rechte an, die nicht gegen den Ersteher geltend gemacht werden können. Zu einer (partiellen) Übernahme anfänglich bestehender Rechte (*»bijzondere lasten en beperkingen«*) kommt es nur exceptionell bei Geltung besonderer Versteigerungsbedingungen (Art. 15 Abs. 1 S. 4 Algemene Veilingvoorwaarden Voor Executieveilingen 2006 [AVVE 2006]).

6. Das schwedische Recht

a) Das Deckungsprinzip

Auch im schwedischen Recht kann ein im Grundbuch nachgehender Grundpfandgläubiger (§ 9 S. 3 FRL) ohne Zustimmung anderer Beteiligter die Zwangsversteigerung betreiben¹⁶⁴. Zugunsten der besserrangigen Gläubi-

¹⁶² Siehe etwa Nieper/Ploeger in: v. Bar (Hg.), SachenR in Europa III (1999), S. 220.

¹⁶³ Art. 3:270 BW:

»(3) ¹ Zijn er meer hypotheekhouders [...], dan stort de notaris de netto-opbrengst on-
verwijld bij een door hem aangewezen bewaarder die aan de eisen van art. 445 WBRv
voldoet. ² Wanneer het goed door de eerste hypotheekhouder is verkocht en deze vóór of
op de betaaldag aan de notaris een verklaring heeft overgelegd van hetgeen hem van de
opbrengst toekomt krachtens de door de eerste hypotheek verzekerde vordering of andere
vorderingen die eveneens door hypotheek zijn verzekerd en in rang onmiddellijk bij de
eerste aansluiten, met vermelding van schuldeisers wier vordering boven de zijne rang
neemt, blijft de storting nochtans achterwege voor hetgeen aan de verkoper blijkens deze
verklaring toekomt, en keert de notaris dit aan deze uit. ³ Deze verklaring moet zijn voor-
zien van een aantekening van de voorzieningenrechter van de rechtbank binnen welker
rechtsgebied het verbonden goed zich geheel of grotendeels bevindt, inhoudende dat hij de
verklaring heeft goedgekeurd, nadat hem summierlijk van de juistheid ervan is gebleken.
[...]

¹⁶⁴ Siehe Jensen Real Property Law and Procedure – Sweden (2005), 7.9 Frage 1.

ger gilt hier aber ausdrücklich das Deckungsprinzip (»täckningsgrundsats«¹⁶⁵). So setzt ein annahmefähiges Gebot u.a. voraus, daß der Deckungsbetrag (»skyddsbelopp«) erreicht wird, also die den Verfahrenskosten und der Forderung des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte vom Meistgebot betragsmäßig umfaßt werden (12:32 UB in Verb. mit 12:29 (1, Nr. 1) UB)¹⁶⁶. Die *Kronofogden* prüft dies und läßt Unterschreitungen nur bei Einverständnis aller betroffenen Beteiligten zu (12:40 (2, 1) UB). Entsprechendes verfährt sie für freihändige Verkäufe (12:58 (2) UB). Als Besonderheit gegenüber dem deutschen Deckungsprinzip gilt, daß der betreibende Gläubiger sowohl ein Meistgebot ablehnen kann, durch das seine eigene Forderung nicht vollständig befriedigt wird (12:40 (3) UB), als auch ein solches akzeptieren kann, das die Verfahrenskosten nicht abdeckt (12:40 (2, 2) UB). In beiden Fällen hat er selbstverständlich die Kosten des Verfahrens zu tragen¹⁶⁷.

b) Das Übernahmeprinzip

Das schwedische Recht regelt hier zurückhaltend. Ohne das Übernahmeprinzip ausdrücklich anzuordnen, verfügt es eine Anrechnung auf den zu entrichtenden Kaufpreis in Höhe des *skyddsbelopp* (12:34 (1, 1) UB), sofern der noch nicht zur Zahlung fällige Betrag durch ein *panträtt* gesichert ist. Der Ersteher wird bei Begleichung des Steigpreises um diesen Betrag entlastet¹⁶⁸. Zugleich werden nach 6:12 (1) JB solche Grundpfandrechte mit Zuschlag unwirksam, die *nicht* durch den Kaufpreis gedeckt sein müssen. Dies ist als Schlußfolgerungsbasis nicht gerade komfortabel. Im schwedischen Recht entnimmt man dem aber einmütig die Geltung des Übernahmepinzips (»övertagandepincipen«)¹⁶⁹.

In Zeiten zurückhaltender Kreditvergabe galt das Übernahmeprinzip als gewisses *incentive* für den Vollstreckungserwerb¹⁷⁰. *Jensen* weist aber mit Recht darauf hin, dass sich Banken in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich das Recht zur Kündigung des Darlehensvertrages im Falle der

¹⁶⁵ *Walén* Utsökningsbalken⁴ (2009), Vorbem zu Kap 12 (S. 405 f.); *Ring/Ring-Olsen* Einführung in das skandinavische Recht² (2014), Rz. 879.

¹⁶⁶ Siehe ausführlich zum (auch im schwedischen Recht) so genannten geringsten Gebot (»lågsta budet«) mit Beispiel *Jensen* Panträtt i fast egendom¹⁰ (2016), S. 248 ff.

¹⁶⁷ Siehe mit Verweis auf 17:2 (1) UB *Jensen* Panträtt i fast egendom¹⁰ (2016), S. 248 dort Fn. 19.

¹⁶⁸ Siehe ausführlich und mit Beispiel *Jensen* Panträtt i fast egendom¹⁰ (2016), S. 251 f.

¹⁶⁹ Siehe *Walén* Utsökningsbalken⁴ (2009), Vorbem zu Kap 12 (S. 405 f.); *Jensen* Real Property Law and Procedure – Sweden (2005), 7.9; *Stempel* in: *Hadding/Welter* (Hg.), Realkredit und Grundstücksverkehr in Europäischen Ländern II (1998), S. 137 (153 aE.); *Wunsch* Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits (2009), S. 259.

¹⁷⁰ So *Jensen* Real Property Law and Procedure – Sweden (2005), 7.9; *ders.* Panträtt i fast egendom¹⁰ (2016), S. 251 aE.

Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks vorbehalten¹⁷¹. Zur Übernahme kommt es daher in der Praxis grundsätzlich allein zu Lasten des Erstehers, nämlich in den Fällen, in denen die Zinsen für ein neu aufzunehmendes Darlehen niedriger wären, als es die mit dem Vollstreckungsschuldner vereinbarten sind. Insofern zweifelt *Jensen* die Wirksamkeit solcher Bestimmungen an.

c) Die obligatorische Umsetzung

Die schuldrechtliche Umsetzung profitiert stark von dem Umstand, daß das *panträtt* ein akzessorisches Recht ist. Die das deutsche Recht belastenden Anschlußprobleme sind auch dem schwedischen Recht mithin fremd. Nach 12:45 (3, 1) UB übernimmt der Ersteher befreiend die obligatorische Verpflichtung des Eigentümers im Umfang der nach 12:34 (1) UB gewährten Anrechnung auf den Kaufpreis. Voraussetzung ist jedoch auch hier, daß der Gläubiger mit der privativen Übernahme einverstanden ist, also eine dahingehende Vereinbarung (»överenskommelse«) mit den Beteiligten trifft¹⁷². Vermutlich kann er statt dessen auch den Darlehnsvertrag kündigen. Aufgezwungen wird dem Gläubiger der Ersteher als neuer Partner, neuer Schuldner nicht¹⁷³.

7. Das polnische Recht

a) Das Deckungsprinzip

Auch ein nachrangiger Hypothekengläubiger kann die polnische Zwangsversteigerung betreiben¹⁷⁴. In diesem Fall werden vorrangige Hypothekengläubiger kraft Gesetzes zu Beteiligten des Verfahrens¹⁷⁵. Kc und kpc führen zwar kein geringstes Gebot im Sinne eines Deckungsprinzips. Ist jedoch eine Liegenschaft mit mehreren dinglichen Rechten belastet, so kann das später entstandene Recht nicht mit Nachteil für das früher entstandene Recht ausgeübt werden (Art. 249 § 1 kc – Vorrang)¹⁷⁶. Mit Blick auf nachgehende Rechte verbietet Art. 72 GbHyG jedoch konsequent jeden vertragli-

¹⁷¹ *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 252.

¹⁷² Vgl. *Walén Utsökningsbalken*⁴ (2009), Kap 12 § 45 (S. 499) und aaO. Vorbem zu Kap 12 (S. 406 f.).

¹⁷³ Siehe *Kommission* SOU 1968:64, S. 100. Irritierend insofern *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 251 aE.: Die Vorschrift über die Anrechnung ist im Grunde eine Regel, durch die der Gläubiger zum Schuldnerwechsel gezwungen werden kann (»*Stadgandet om avräkning är i grund och botten en regel om att borgenärer kan tvingas till gäldenärsbyte*«).

¹⁷⁴ *Brockhuis* Recht der Kreditsicherheiten, TI IX: Polen (2000), S. 171; *Drewicz-Tułodziecka/Gregorowicz* in: *Stöcker* (Hg.), Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa I (2006), S. 241 (295); *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 370.

¹⁷⁵ Siehe *Szafarz* Real Property Law and Procedure – Poland (2005), 7.9.

¹⁷⁶ Siehe *Tułodziecka/Gregorowicz* in: *Stöcker* (Hg.), Flexibilität der Grundpfandrecht in Europa I (2006), S. 241 (277).

chen Vorbehalt zum Nachteil des Eigentümers, das Grundstück vor Erlöschen der Hypothek [nicht zu veräußern oder] erneut zu belasten.

b) Das Barzahlungs- und Lösungsprinzip

Eindeutig aber folgt der polnische kpc dem Barzahlungs- und Lösungsprinzip¹⁷⁷. Im Zeitpunkt der Zuerkennung des Eigentums (*»przy-sądzenie własności«*) erlöschen alle auf dem Grundstück lastenden dinglichen wie persönlichen Rechte, die im Grundbuch eingetragen wurden (Art. 1000 § 1 S. 1 kpc). Sie verwandeln sich, ähnlich § 37 Nr. 5 ZVG, in ein Verwertungsrecht am Vollstreckungserlös (Art. 1000 § 1 S. 2 kpc). Das Lösungsprinzip wird als für die Zwangsverwertung geeigneter begriffen, da die Verwertung einer von Belastungen freien Immobilie leichter falle¹⁷⁸. An der Erlösverteilung nehmen auch diejenigen Hypothekengläubiger teil, deren Forderungen noch nicht zur Zahlung fällig sind. Dies jedenfalls dann, wenn die gesicherte Rechtsstellung vor Beschlagnahme des Grundstücks erworben und bei der Bewertung des Grundstücks festgestellt oder spätestens bei Inkrafttreten der Zuerkennung des Eigentums nachgewiesen wurde (Art. 1036 § 1 kpc)¹⁷⁹. Eine entsprechende Abzinsung aufgrund der vorzeitigen Befriedigung sieht das Gesetz hingegen nicht vor¹⁸⁰.

Ausnahmen vom Grundsatz des lastenfreien Eigentumserwerbs gewährt Art. 1000 § 2 kpc. Die eigentumszuerkennende Entscheidung gibt in diesen Fällen statt umfassender Barzahlung eine Anrechnung ungelöschter Rechte vor; das entsprechende Recht bleibt also bestehen (Art. 1000 §§ 2, 3 kpc)¹⁸¹. Dies gilt insbesondere für gesetzliche Belastungen, Notwegerechte, überbaubedingte Dienstbarkeiten sowie für *vorrangige* Nießbrauchrechte, Dienstbarkeiten und Leibrenten¹⁸². Ihr Wert wird auf das Meistgebot angerechnet (Art. 1000 § 3 S. 2 kpc).

¹⁷⁷ Ausdrücklich *Brockhuis* Recht der Kreditsicherheiten, TI IX: Polen (2000), S. 171 Fn. 117 und S. 223 f.; s. auch *Pilarska* Polnisches Sachenrecht (2010), Rz. 677; *Szafarz* Real Property Law and Procedure – Poland (2005), 7.9.

¹⁷⁸ *Drewicz-Tułodziecka/Gregorowicz* in: *Stöcker* (Hg.), Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa I (2006), S. 241 (307).

¹⁷⁹ *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 410; *Link* Kreditsicherungsrecht in Polen (2012), S. 45; *Pilarska* Polnisches Sachenrecht (2010), Rz. 677.

¹⁸⁰ *Cierpiat-Magnor/Domanska-Moldawa* in: *Winner/Cierpiat-Magnor* (Hg.), Dingliche Kreditsicherheiten (2016), S. 177 (245).

¹⁸¹ Siehe auch *Kuglarz/Lehmann* in: *v. Bar/Wudarski* (Hg.) Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft (2012), S. 351 (373); *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 403 f.

¹⁸² Siehe *Cierpiat-Magnor/Domanska-Moldawa* in: *Winner/Cierpiat-Magnor* (Hg.), Dingliche Kreditsicherheiten (2016), S. 177, 244; *Hempel* ZBB 2009. 236 (250); *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 404.

8. Handlungsempfehlung: Abkehr vom deutschen Übernahmeprinzip

Das Übernahmeprinzip hat viele Gründe gegen sich: Die Verdunkelung des Bietgeschäfts für juristische Laien¹⁸³, daraus folgende Irrtümer bei der Gebotsabgabe¹⁸⁴ sowie Probleme bei der zutreffenden Bewertung der vorgehenden Rechte, verbunden mit Zuzahlungsschwierigkeiten¹⁸⁵. Bei Licht besehen vermag das Übernahmeprinzip aber in der Regel auch nicht die Vorteile zu bieten, für deren Verschaffung es angetreten ist. Die Kreditverträge der vorgehenden Gläubiger sind, auch wenn sie eben keine betreibenden sind, zumeist bereits gekündigt und somit kein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Schuldübernahme. Sind sie noch intakt, hat jedenfalls die Übernahme bei Grundschuldensicherung auch die Sicherungsabrede zu bedenken. Auch darauf ist die Dogmatik bislang nicht eingerichtet¹⁸⁶. Es empfiehlt sich demnach die Umstellung auf das Deckungs- und Barzahlungs-/Löschungsprinzip. Eine Streichung der Übernahme darf freilich die verlässliche Deckung durch geeignetes Mindestgebot – anders als AGBG/EO, Cc/Cpce, BW/WBRv und kp/kpc – nicht aus dem Blick verlieren.

Einer Abschaffung unseres Übernahmepinzips mag man entgegenhalten, daß ein solches Ergebnis bereits nach den geltenden Regeln mit Hilfe abweichender Versteigerungsbedingungen (§ 59 ZVG) herbeigeführt werden kann¹⁸⁷. Indessen braucht es dazu die Initiative Beteiligter und die Billigung der Betroffenen, mit der regelmäßig nicht gerechnet werden kann¹⁸⁸. Denkbar ist freilich, daß der vorgehende Gläubiger eine Fortsetzung des besicherten Darlehensverhältnisses mit dem Ersteher vermeiden will¹⁸⁹. Denkbar ist ferner, daß betreibende nachgehende Gläubiger angesichts besonders unerfreulicher (dinglicher wie vor allem obligatorischer) Verhältnisse im vorgehenden (⇒ grundsätzlich bestehenbleibenden) Rang eine günstigere Verwertbarkeit darin sehen, auf Löschung und Barzahlung umzustellen. Initiativen dieser Art werden jedoch die Ausnahme sein. Überwiegend fehlt ein ausreichend *qualifiziertes* Interesse an dieser Umsteuerung, so daß sich eine

¹⁸³ Siehe dazu *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 253 f.

¹⁸⁴ Siehe dazu *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 39 ff., 252 ff.

¹⁸⁵ Siehe dazu *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 266 ff.

¹⁸⁶ Siehe dazu *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 257 ff.

¹⁸⁷ Siehe *LG Rostock* Rpfleger 2001, 509 f.; *LG Arnsberg* Rpfleger 2005, 42; *Reinhard/Müller* ZVG^{3/4} (1931), § 59 Anm. II 3; *Steiner/Storz* ZVG⁹ (1984), § 59 Rz. 32; *Hintzen* in: *Dassler/Schiffhauer* ZVG¹⁵ (2016), § 59 Rz. 47; *Depré/Bachmann* ZVG (2014), § 59 Rz. 30; *Löhnig/Siwonia* ZVG (2010), § 59 Rz. 23; *Stöber* ZVG²¹ (2016), § 59 Rz. 5.6; *von der Pfordten* ZVG (1905), § 59 Anm. 1; *Henle/Henle* ZVG⁴ (1928), § 59 Anm. 2; wohl auch *Jaেকে/Güthe* ZVG⁷ (1937), § 59 Rz. 1 (S. 308); *Gay* Feststellung abweichender Versteigerungsbedingungen gemäß § 59 ZVG (2002), S. 15 ff., 94; *Hartenstein* Bestehenbleibende Grundschulden (2008), S. 107 ff.; *ders.* FPR 2013, 362 (365 f.); *ders.* ZfIR 2014, 1 (3 f.).

¹⁸⁸ Skeptisch auch *Hintzen* in: *Dassler/Schiffhauer* ZVG¹⁵ (2016), § 59 Rz. 47.

¹⁸⁹ *Zutr. von der Pfordten* ZVG (1905), § 59 Anm. 1.

gesetzgeberische Tätigkeit keineswegs erübrigt. Um jedem Vorwurf eines unangebrachten Paternalismus zu entgehen, wäre für das neue Recht *umgekehrt* die individuelle Abweichung nach § 59 ZVG zu nutzen – weg vom (neuen) Löschungs-/Barzahlungsprinzip hin zum (alten) Übernahme-/Anrechnungsprinzip. – Auch *Hartenstein* hat in neuerer Zeit das deutsche Übernahmeprinzip angegriffen¹⁹⁰. Zur Überwindung *lege lata* empfiehlt auch er abweichende Versteigerungsbedingungen (§ 59 ZVG) und hält dabei die Eigentümermitwirkung für entbehrlich¹⁹¹.

Es bieten sich nach allem folgende Streichungen und Ergänzungen an:

§ 49 ZVG [Bargebot]

(1) Das *Meistgebot* [...] ist von dem Ersteher vor dem Verteilungstermin zu berichtigen.

(2) Das *Meistgebot* ist von dem Zuschlag an zu verzinsen.

(3) Das *Meistgebot* ist so rechtzeitig durch Überweisung oder Einzahlung auf ein Konto der Gerichtskasse zu entrichten, dass der Betrag der Gerichtskasse vor dem Verteilungstermin gutgeschrieben ist und ein Nachweis hierüber im Termin vorliegt.

§ 50 ZVG [Erhöhung des zu zahlenden Betrages]

[entfällt]

§ 51 ZVG [Erhöhung bei Nichthypothekenrechten]

[entfällt]

§ 52 ZVG [Bestehenbleibende Rechte]

(1) *[entfällt]*

(2)¹ Das Recht auf eine der in den §§ 912 bis 917 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Renten bleibt [...]. bestehen [...] ²Satz 1 ist entsprechend anzuwenden auf

a) den Erbbauzins, wenn nach § 9 Abs. 3 des Erbbaurechtsgesetzes das Bestehenbleiben des Erbbauzinses als Inhalt der Reallast vereinbart worden ist;

b) Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, die auf dem Grundstück als Ganzem lasten, wenn in ein Wohnungseigentum mit dem Rang nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 vollstreckt wird und diesen kein anderes Recht der Rangklasse 4 vorgeht, aus dem die Versteigerung betrieben werden kann.

§ 53 ZVG [Schuldübernahme]

[entfällt]

§ 54 ZVG [Kündigung von Grundpfandrechten]

[entfällt]

¹⁹⁰ *Hartenstein ZfIR* 2014, 1 ff. sowie für die Teilungsversteigerung *Hartenstein Bestehenbleibende Grundschulden in der Teilungsversteigerung* (2008); *ders.* FPR 2013, 362 ff.

¹⁹¹ *Hartenstein ZfIR* 2014, 1 (3 ff.).

§ 59 ZVG [Abweichende Feststellung des geringsten Gebots]

(3) *[entfällt]*

§ 68 ZVG [Höhe der Sicherheit]

(1) [...] ²Übersteigt die Sicherheit nach Satz 1 das *Meistgebot*, ist der überschießende Betrag freizugeben. [...]

(2) *[entfällt]*

§ 74a ZVG [Antrag auf Versagung des Zuschlags]

(1) ¹Bleibt das abgegebene Meistgebot [...] unter sieben Zehnteilen des Grundstückswertes, so kann ein Berechtigter, dessen Anspruch ganz oder teilweise durch das Meistgebot nicht gedeckt ist, aber bei einem Gebot in der genannten Höhe voraussichtlich gedeckt sein würde, die Versagung des Zuschlags beantragen.

§ 85 a ZVG [Versagung bei zu geringem Meistgebot]

(1) Der Zuschlag ist ferner zu versagen, wenn das abgegebene Meistgebot [...] die Hälfte des Grundstückswertes nicht erreicht.

§ 91 ZVG [Erlöschen von Rechten]

(1) Durch den Zuschlag erlöschen unter der im § 90 Abs. 1 bestimmten Voraussetzung *alle Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstücke gemäß § 10 Abs. 1*.

(2) Ein Recht an dem Grundstück bleibt jedoch bestehen, wenn dies zwischen dem Berechtigten und dem Ersterer vereinbart ist und die Erklärungen entweder im Verteilungstermin abgegeben oder, bevor das Grundbuchamt um Berichtigung des Grundbuchs ersucht ist, durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden.

§ 94 ZVG [Gerichtliche Verwaltung]

(1) ¹Auf Antrag eines Beteiligten, der Befriedigung aus dem *Meistgebot* zu erwarten hat, ist das Grundstück für Rechnung des Ersterers in gerichtliche Verwaltung zu nehmen, solange nicht die Zahlung oder Hinterlegung erfolgt ist. [...]

§ 112 ZVG [Gesamtausgebot]

(1) Ist bei der Versteigerung mehrerer Grundstücke der Zuschlag auf Grund eines Gesamtausgebots erteilt und wird eine Verteilung des Erlöses auf die einzelnen Grundstücke notwendig, so wird aus dem Erlös zunächst der Betrag entnommen, welcher zur Deckung der Kosten sowie zur Befriedigung derjenigen bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten [...] Rechte erforderlich ist, für welche die Grundstücke ungeteilt haften.

(2) ¹Der Überschuß wird auf die einzelnen Grundstücke nach dem Verhältnis des Wertes der Grundstücke verteilt. ² *[entfällt]* [...]

(3) Reicht der nach Absatz 2 auf das einzelne Grundstück entfallende Anteil am Erlös nicht zur Befriedigung derjenigen Ansprüche aus, welche nach Maßgabe des geringsten Gebots [...] zu berichtigen sind oder welche durch das bei dem Einzelausgebot für das Grundstück erzielte Meistgebot gedeckt werden, so erhöht sich der Anteil um den Fehlbetrag.

§ 114 a ZVG [Kein Anspruch des Erstehers unter 7/10-Grenze]

¹ Ist der Zuschlag einem zur Befriedigung aus dem Grundstück Berechtigten zu einem Gebot erteilt, das [...] hinter sieben Zehnteilen des Grundstückswertes zurückbleibt, so gilt der Ersteher auch insoweit als aus dem Grundstück befriedigt, als sein Anspruch durch das abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist, aber bei einem Gebot zum Betrage der Sieben-Zehnteile-Grenze gedeckt sein würde.

§ 118 ZVG [Ausführung bei Nichtzahlung des Versteigerungserlöses]

(1) Soweit das *Meistgebot* nicht berichtet wird, ist der Teilungsplan dadurch auszuführen, daß die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten übertragen und im Falle des § 69 Abs. 3 gegen den für mithaftend erklärten Bürgen auf die Berechtigten mitübertragen wird; [...]

§ 128 ZVG [Eintragung einer Sicherungshypothek]

(4) Wird das Grundstück von neuem versteigert, ist der zur Deckung der Hypothek erforderliche Betrag als Teil des *Meistgebots* zu berücksichtigen.

§ 145 a ZVG [Grundpfandrechte in ausländischer Währung]

Für die Zwangsversteigerung eines Grundstücks, das mit einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld in einer nach § 28 Satz 2 der Grundbuchordnung zugelassenen Währung belastet ist, gelten folgende Sonderbestimmungen:

3. Die Höhe des *Meistgebots* wird in Euro festgestellt. Die Gebote sind in Euro abzugeben.

§ 168 c ZVG [Schiffshypothek in ausländischer Währung]

Für die Zwangsversteigerung eines Schiffs, das mit einer Schiffshypothek in ausländischer Währung belastet ist, gelten folgende Sonderbestimmungen:

3. Die Höhe des *Meistgebots* wird in Euro festgestellt. Die Gebote sind in Euro abzugeben.

§ 169 ZVG [Vorausverfügungen über Miet- und Pachtzins etc.]

(2) ¹ Soweit das *Meistgebot* bis zum Verteilungstermin nicht berichtet wird, ist für die Forderung gegen den Ersteher eine Schiffshypothek an dem Schiff in das Schiffsregister einzutragen.

§ 169 a ZVG [Kein Antrag auf Versagung des Zuschlags bei Seeschiffen]

(2) § 68 findet mit der Maßgabe Anwendung, daß Sicherheit für ein Zehntel des *Meistgebots* zu leisten ist.

§ 171 e ZVG [Registerpfandrechte in ausländischer Währung]

Für die Zwangsversteigerung eines Luftfahrzeugs, das mit einem Registerpfandrecht in ausländischer Währung belastet ist, gelten folgende Sonderbestimmungen:

3. Die Höhe des *Meistgebots* wird in Euro festgestellt. Die Gebote sind in Euro abzugeben.

B. Schuldnerbelange

IV. Der Grundsatz des aufgeschobenen Gehörs

1. Das deutsche Recht

Dem Vollstreckungsschuldner wird vor Erlaß der Versteigerungsanordnung (trotz Art. 103 Abs. 1 GG¹⁹²) kein rechtliches Gehör gewährt¹⁹³. Hier wie in allen übrigen Fällen des Vollstreckungszugriffs kommt es der Rechtsordnung auf die *Überraschung*¹⁹⁴ des Schuldners an. Es soll jede Zugriffsvereitelung vermieden werden¹⁹⁵. Am deutlichsten spricht dies das Recht der Forderungspfändung aus (§ 834 ZPO), das es zugleich mit besonders flüchtigen Zugriffsobjekten zu tun hat¹⁹⁶. Es gilt der *Grundsatz des aufgeschobenen rechtlichen Gehörs*¹⁹⁷, und zwar aufgeschoben in das Rechtsbehelfsverfahren. Die Gewährung rechtlichen Gehörs verliert damit ganz erheblich an Wert¹⁹⁸.

2. Das schweizerische Recht

Das SchKG dagegen stellt dem eigentlichen Pfändungszugriff (Artt. 89, 91 ff. SchKG) grundsätzlich eine Ankündigung desselben voran (Art. 89 SchKG). Dies gilt auch für die Pfändung von Grundstücken (Artt. 133 ff. SchKG)¹⁹⁹.

Der Vollstreckungsschuldner wird vom Betreibungsamt in Kenntnis gesetzt und zugleich auf seine Pflichten aus Art. 92 SchKG hingewiesen²⁰⁰. Bei *Kren Kostkiewicz*²⁰¹ liest man, die Ankündigung folge der Überlegung, daß

¹⁹² Da der Rechtspfleger zuständig ist, kommt statt Art. 103 Abs. 1 GG das Rechtsstaatsprinzip (fairer Verfahren) zur Anwendung, s. *BVerfGE* 101, 397 (404 f.); abl. *Hess/G. Vollkommer* JZ 2000, 785 (786). Das Schrifttum hat sich zumeist mit einer weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals »Vor Gericht ... « beholfen, s. etwa *Stehmann* Zum rechtlichen Gehör in der *ZV* (1973), S. 8 ff.

¹⁹³ Siehe *BGH* Rpfleger 1984, 363; *Stein/Jonas/Leipold* ZPO²² (2004), Rz. 82 vor § 128; *Steiner/Hagemann* ZVG⁹ (1984), §§ 15, 16 Rz. 203; *Böttcher* ZVG⁶ (2016), §§ 15, 16 Rz. 102; *Eickmann*, Rpfleger 1982, 449 (456 f.).

¹⁹⁴ Siehe *BayObLG* Rpfleger 1974, 167 f.; *Eickmann* Rpfleger 1982, 449 (456 f.).

¹⁹⁵ So *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* Lb¹² (2010), § 5 Rz. 17 ff., *Becker-Eberhard* aaO. § 28 Rz. 6 ff.; *Baur/Stürner/Bruns* Lb¹³ (2006), Rz. 2.4, 6.28 f.; a limine die Anwendung des Art. 103 Abs. 1 GG ablehnend *A. Blomeyer* Lb (1975), § 21 pr, S. 70; etwas schuldnerfreundlicher *G. Lüke* in: *MünchKomm, ZPO*² (2000), Einl Rz. 368.

¹⁹⁶ Siehe etwa *Wieczorek/Schütze/W. Lüke* ZPO⁴ (2015), § 834 Rz. 1.

¹⁹⁷ So *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* Lb¹² (2010), § 5 Rz. 78; ähnlich *BK/Rüping* GG² (1980), Art. 103 Abs. 1 Rz. 62: nachträgliches Gehör; vgl. ferner *Remmert* in: *Maunz/Dürig* GG⁷⁸ (2016), Art. 103 Abs. 1 Rz. 74.

¹⁹⁸ Siehe zutr. *Stein/Jonas/Leipold* ZPO²² (2004), Rz. 79 vor § 128: »Es macht einen grundlegenden Unterschied (und zwar erfahrungsgemäß auch in der Wirksamkeit des Vorbringens), ob man sich zu einer bevorstehenden Entscheidung äußern oder nur nachträglich versuchen kann, ihre Aufhebung zu erreichen.«

¹⁹⁹ Siehe *Basler Komm/Lebreicht* SchKG² (2010), Art. 89 Rz. 9; *Hunkeler/Winkler* SchKG² (2014), Art. 89 Rz. 6.

²⁰⁰ Siehe *Spühler* SchKR I⁶ (2014), Rz. 455 ff.

²⁰¹ *Kren Kostkiewicz* SchKR² (2014), Rz. 630.

der Schuldner »von der Pfändung unmittelbar betroffen wird«. *Fritzsche/Walder*²⁰² betonen, die Pfändung erfolge so »nicht überfallartig«. Der Schuldner habe Anspruch auf diese Vorwarnung, »weil ihm vom Gesetz gewisse Möglichkeiten eröffnet sind, auf schonende Durchführung der Pfändung hinzuwirken«. Für Sicherungsmaßnahmen ohne vorherige Ankündigung ist man jedoch dann offen, wenn die Gläubigerinteressen dies erfordern²⁰³, also eine Zugriffsvereitelung droht.

*Stamm*²⁰⁴ dagegen hat die Regelung des § 90 SchKG im Kern der Sachaufklärung zugeschrieben (Art. 91 Abs. 1 Nr. 2 SchKG) und das rechtliche Gehör lediglich als »angenehmen Nebeneffekt« begriffen. Zugleich hat er angeregt, von der durch Art. 90 SchKG statisch vorgegebenen Zahlungsaufforderung aus Gründen der Effizienz abzusehen; der Schuldner sei so unnötig versucht, wertvolle Vermögensbestandteile beiseite zu schaffen²⁰⁵. Diese Haltung hat *Stamm*²⁰⁶ später für die deutsche Debatte abgeschwächt, sofern es um Titel ohne vorheriges Erkenntnisverfahren geht.

3. Das österreichische Recht

In Österreich geschieht die Einleitung der Zwangsvollstreckung durch Anbringen eines Exekutionsantrages. Der betreibende Gläubiger erwirkt so die Bewilligung nach § 3 Abs. 1 und 2 S. 1 EO. Daran schließt sich *im Vollzug* die Pfändung einer im Grundbuch eingetragenen Liegenschaft an (§§ 87, 88 EO), so daß in die Verwertung durch Zwangsversteigerung eingetreten werden kann. Über den Bewilligungsantrag wird nach § 3 Abs. 2 S. 2 EO prinzipiell »ohne vorhergehende mündliche Verhandlung und ohne Einvernehmung des Gegners« entschieden. Die Immobiliervollstreckung macht hierfür keine Ausnahme²⁰⁷. *Neumayer/Nunner-Krautgasser*²⁰⁸ betonen das Ziel eines raschen Vorantreibens des Verfahrens; *Pollak*²⁰⁹ lehrte, der Vollstreckungsschuldner »soll[e] vom Vollzug überrascht werden«²¹⁰. Im Vollzugsver-

²⁰² *Fritzsche/Walder* SchKR I³ (1984), § 23 Rz. 10.

²⁰³ *Fritzsche/Walder* SchKR I³ (1984), § 23 Rz. 10 Fn. 21.

²⁰⁴ *Stamm* Die Prinzipien und Grundstrukturen (2007), S. 146.

²⁰⁵ *Stamm* Die Prinzipien und Grundstrukturen (2007), S. 146.

²⁰⁶ *Stamm* ZZP 125 (2012), 513 (514), unter Auseinandersetzung mit *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 153 ff., 157 f.

²⁰⁷ § 91 S. 2 EO verlangt ein »Einvernehmen« des Vollstreckungsschuldners, wenn die Liegenschaft nicht im Register geführt wird und die Besitzverhältnisse unklar sind, vgl. *Jakusch* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 3 Rz. 14.

²⁰⁸ *Neumayer/Nunner-Krautgasser* ExekutionsR³ (2011), S. 31.

²⁰⁹ *Pollak* System des Österr. ZivilprozeßR² (1932), § 166 II: » ... nur das Geheimnis sichert einigermaßen dessen Erfolg«; ebenso *Rechberger/Simotta* Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 232.

²¹⁰ Zum nachträglichen rechtlichen Gehör i.e. *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR³ (2009), Rz. 43 ff.

fahren schwächt der *OGH* die Einseitigkeit des Verfahrens indessen zunehmend ab²¹¹.

4. Das französische Recht

a) Mobilier

Die französische Mobiliarvollstreckung kennt statt einer Ankündigung das »*commandement de payer*«, das der Gläubiger dem Schuldner acht Tage vor Eintritt in die *vente forcée* zustellen muß (Art. R. 221 Cpce). Auch hier gewährt nicht etwa das Gericht dem Schuldner Gelegenheit zur Stellungnahme im Verfahren. Der Schuldner hat aber vor endgültigem Beginn der Vollstreckungsmaßnahmen faktisch entsprechenden Spielraum, durch Befriedigung oder durch (andere) geeignete Einwendungen den Zugriff abzuwehren²¹².

b) Immobilier

Vergleichbar verfährt die Immobiliervollstreckung mit dem »*commandement de payer valant saisie*« (Art. R. 321-1 Cpce)²¹³. Auch hier gilt eine Frist von acht Tagen (Art. R. 321-3, 4° Cpce). Das *commandement* hat einen entsprechenden Warnhinweis zu enthalten²¹⁴. Ähnlich wie im deutschen, eidgenössischen und (wiederum deutlich) im österreichischen Vollstreckungsrecht versucht man dem Bedenken Rechnung zu tragen, der Schuldner könne bei einer Warnung vor dem Vollstreckungszugriff die Rechtsdurchsetzung durch rasche Vermögensverschiebungen vereiteln²¹⁵. Der *Code des procédures civiles d'exécution* begegnet dem prinzipiell mit dem Sicherungsinstitut der »*saisie conservatoire*«, hat eine Einführung im Recht der *saisie immobilière* aber nicht für nötig gehalten. Bereits im deutschen Recht fällt es schwer, zugriffsgefährdende Strategien zu finden (s. unten IV 9 a).

²¹¹ *OGH* v. 30. 8. 1995 – 3 Ob 185/94, *ecolex* 1995, 907 (908 f.) [indessen zur Unterlassungsvollstreckung, §§ 355, 358 Abs. 2 EO]; *OGH* v. 26. 4. 1995 – 3 Ob 42/95, *EvBl* 1995/125, 624 f.; *OGH* v. 25. 2. 2004 – 3 Ob 208/03 i, *JB1* 2004, 529; teils krit. *Jakusch* in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 55 Rz. 1.

²¹² Siehe *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 622 ff.; aus dem deutschen Schrifttum *Stamm Die Prinzipien und Grundstrukturen* (2007), S. 144; *Traichel Die Reform des französischen Zwangsvollstreckungsrechts* (1995), S. 108 f.; *Bunge Zivilprozeß und ZV* (2008), S. 102 f.

²¹³ Siehe *Leborgne* in: *Guinchard/Moussa Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 1361.05, 1361.11 ff, 1361.21 ff.; *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 826; *Bunge Zivilprozeß und ZV* (2008), S. 117.

²¹⁴ Siehe *Leborgne* in: *Guinchard/Moussa Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 1361.13.

²¹⁵ Siehe *Traichel Die Reform des französischen Zwangsvollstreckungsrechts* (1995), S. 108 f., für die Mobiliarvollstreckung.

5. Das niederländische Recht

Das niederländische WBRv knüpft die Vollstreckung wegen Geldforderungen in das unbewegliche Vermögen an die Zustellung einer Pfändungsurkunde sowie an die einer Zahlungsaufforderung (Art. 502 WBRv). Während die Pfändungsurkunde (vorratsartig) durchaus lange vor der Pfändung zugestellt worden sein mag, verhält es sich mit der Zahlungsaufforderung anders. Folgt die Pfändung nicht binnen Jahresfrist (*»een jaar na het bevel heeft laten verlopen«*), so ist die Zahlungsaufforderung an den Vollstreckungsschuldner zu erneuern (Art. 503 WBRv)²¹⁶ und durchkreuzt alle Überraschungsbemühungen des Gläubigers.

Wiederum gewährt so zwar nicht das Gericht dem Schuldner Gelegenheit zur Stellungnahme im Verfahren. Dieser aber hat vor der Pfändung faktisch entsprechenden Spielraum, um durch Befriedigung oder durch (andere) geeignete Einwendungen den Zugriff abzuwehren.

6. Das schwedische Recht

Auch das schwedische Recht scheint jedenfalls *prima facie* mit dem Interesse an schuldnerüberraschendem Vollstreckungshandeln nur begrenzt etwas anfangen zu können. 4:12 (1) UB erhebt die Benachrichtigung des Schuldners vor Pfändung bzw. Beschlagnahme grundsätzlich zur Vollstreckungsvoraussetzung. Das Prinzip des (gläubigerfreundlichen) aufgeschobenen Gehörs gilt gerade nicht. Das *Handbok Utmätning* spricht offenbar mit Blick auf die schriftliche Ankündigung pointiert von einem reinen Schreibtischverfahren (*rent skrivbordsförfarande*)²¹⁷.

Allein für Fälle einer Vollstreckungsgefährdung (Beiseiteschaffen, Zerstören) oder anders begründeter Eilbedürftigkeit ist die Benachrichtigung entbehrlich (4:12 (2) UB) und die ›Vertagung‹ des Gehörs auf später zulässig. Das schwedische Recht will ein vorgeschaltetes Gehör also auf solche Fälle beschränken, in denen es betreibenden Gläubiger auf eine Überraschung des Schuldners vernünftigerweise nicht ankommt. Ob die Glaubhaftmachung indessen ausreichend leicht fällt, scheint zweifelhaft.

7. Das polnische Recht

Das polnische Zwangsversteigerungsverfahren schließlich beginnt mit der letztmaligen Zahlungsaufforderung des Gerichtsvollziehers an den Schuldner. Dies geschieht unter Anordnung einer zweiwöchigen Frist, verbunden mit der Androhung, daß es bei ergebnislosem Verstreichen zu Beschlagnahme

²¹⁶ Siehe *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 20.

²¹⁷ Siehe *Kronofogden* Handbok Utmätning (2015), 7.5 (S. 238).

und anschließender versteigerungsgerechter Bewertung des Grundstücks komme (Art. 923 kpc)²¹⁸. Obgleich dies den Eindruck einer ungeschickten Warnung des Schuldners erweckt, bietet diesem die Aufforderung gleichwohl keine Gelegenheit, Vermögenswerte noch rechtzeitig vor »Zugriff« beiseite zu schaffen. Denn im Verhältnis zum Schuldner wird die Beschlagnahme bereits im Zeitpunkt der Zustellung der Zahlungsaufforderung wirksam (Art. 925 § 1 kpc). Sowohl allgemein nach Art. 763 kpc²¹⁹ für die Gewährung rechtlichen Gehörs als auch speziell für die Möglichkeit des Schuldners, Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers anzufechten (Art. 767 kpc), ist das rechtliche Gehör des Schuldners mithin in das Rechtsmittelverfahren verschoben²²⁰.

8. Das Internationale Zivilverfahrensrecht

Der Möglichkeit, den Schuldner in Zwangsvollstreckung und einstweiligem Rechtsschutz mit dem Zugriff zu überraschen (»Überraschungseffekt«), wird auch im Internationalen Zivilverfahrensrecht ganz zentrale Bedeutung zugeschrieben²²¹. Sie ist durch Europäische Rechtsakte jüngst teils vereitelt, teils wieder gestärkt worden.

a) Die EuVTVO 2004

Die europäische Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen v. 21. 4. 2004²²² sieht, gewissermaßen in Deckung mit der alten Brüssel I-VO, keine Zustellung der Bestätigung des Titels (als europäischem Vollstreckungstitel) vor Beginn der Vollstreckungsmaßnahmen vor²²³, verbietet sie aber natürlich auch nicht. Im deutschen Recht wird mit Blick auf § 1080 Abs. 1 S. 2 ZPO eine *simultane*

²¹⁸ Siehe auch *Hempel ZBB* 2009, 236 (249); *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen* (2009), S. 392 f.; *Zadworny Rpfleger* 2012, 4 (5).

²¹⁹ Art. 763: »Der Gerichtsvollzieher benachrichtigt die Parteien über jede vorgenommene Handlung über derer Termin sie nicht informiert wurde und bei der sie nicht anwesend war, und erteilt auf ihr Verlangen Auskünfte über den Stand der Sache.« (Übersetzung nach *Wowerka* *Sicherungs- und Zwangsvollstreckungsverfahren* aus dem *Zivilverfahrensgesetzbuch* (2013), S. 45).

²²⁰ Siehe auch *Weitz* in: *Kengyel/Harsági* (Hg.), *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union* (2011), S. 181, 204 f.

²²¹ Siehe nur *Schack Internationales ZivilverfahrensR*⁶ (2014), Rz. 916, 1042.

²²² Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen v. 21. 4. 2004 (ABl. EU Nr. L, 143, S. 15).

²²³ Siehe *AG Augsburg IPRax* 2013, 269 (270); *Rauscher/Pabst EuZPR/EuIPR*⁴ (2015) Art. 9 EG-VollstrTitelVO Rz. 6; *Strasser Rpfleger* 2007, 249 (250 f.); *Herb. Roth IPRax* 2013, 239 (241); vgl. krit. auch *Stadler IPRax* 2004, 2 (7 f.).

Zustellung von Titel und Bestätigung teils für zulässig gehalten²²⁴, teils wird die amtswegige Zustellung im Rahmen des Bestätigungsverfahrens (im Ursprungsland) hervorgehoben²²⁵, zu der Simultanproblematik aber nicht ausdrücklich Stellung genommen.

Insgesamt zeigt sich – autonom wie national – eine erhebliche Stärkung des für die Zwangsvollstreckung so zentralen Überraschungseffekts.

b) Die EuGVVO 2012 (Brüssel Ia-VO)

Während Art. 41 S. 2 EuGVVO idFv. 22. 12. 2000 (Brüssel I-VO) ausdrücklich davon absah, den Schuldner am ursprünglich erforderlichen Verfahren der Vollstreckbarerklärung²²⁶ zu beteiligen (⇒ »keine Gelegenheit, eine Erklärung abzugeben ... «)²²⁷, und auch im weiteren keine Informationen an den Schuldner gelangten, ist diesem nun nach Art. 43 Abs. 1 EuGVVO idFv. 12. 12. 2012 (Brüssel Ia-VO) die Bescheinigung gemäß Art. 53 vor Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme zuzustellen²²⁸. Der Schuldner erfährt damit vor der Pfändungsmaßnahme von den Bestrebungen des Gläubigers – dies jedenfalls, sofern es sich nicht nur um eine bloße Sicherungsmaßnahme handelt (Art. 43 Abs. 3 iVm. Art. 40 Brüssel Ia-VO). Dies erhöht das Risiko einer Zugriffsvereitelung massiv²²⁹. Die abweichende Bewertung *Stamms*²³⁰ bezieht sich unseres Erachtens allein auf die Verbesserungen im einstweiligen Rechtsschutz, blendet Art. 43 Abs. 1 Brüssel Ia aber aus. Eine Überraschung des Schuldners ist damit im Regelfall nicht möglich²³¹, die Position des Voll-

²²⁴ So *Zöller/Geimer ZPO*³¹ (2016) § 1080 Rz. 3; *Hüßtege* in: *Thomas/Putzo ZPO*³⁷ (2016) § 1080 Rz. 2; *Strasser Rpfleger* 2007, 249 (251); *ders. Rpfleger* 2008, 547 (548) gegen *Rauscher/Pabst EuZPR/EuIPR*⁴ (2015) Art. 9 EG-VollstrTitelVO Rz. 17.

²²⁵ So *MünchKomm/Adolphsen ZPO*⁴ (2013) § 1080 Rz. 8; *Schütze* in: *Wieczorek/Schütze ZPO*³ (2006) § 1080 Rz. 2; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO*⁷³ (2015) § 1080 Rz. 5; *Lackmann* in: *Musielak/Voit ZPO*¹³ (2016) § 1080 Rz. 3; *Jennissen* in: *Schuschke/Walker ZPO*⁹ (2016) § 1080 Rz. 2; *Ptak* *Der Europäische Vollstreckungstitel* (2014), S. 61.

²²⁶ Das sog. Exequaturverfahren der Artt. 38 ff. EuGVVO aF. ist mit der neuen EuGVVO (Art. 39) abgeschafft worden; s. dazu *Domej RabelsZ* 78 (2014), 508 (510 ff.); *Fawzy DGVZ* 2015, 1 (2 ff.); *Pohl IPRax* 2013, 109 (113 f.).

²²⁷ Deutlich zust. *Stein/Jonas/Oberhammer ZPO*²² (2011), Artt. 40, 41 EuGVVO aF. Rz. 38; s.a. *MünchKomm/Gottwald ZPO*⁴ (2013), Art. 41 EuGVVO aF. Rz. 3; *Schack Internationales ZivilverfahrensR*⁶ (2014), Rz. 1044 (zum alten Recht).

²²⁸ Siehe *Rauscher/Mankowski EuZPR/EuIPR*⁴ (2016), Art. 43 Rz. 2 (Bescheinigung plus erststaatliche Entscheidung); *Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO*⁷³ (2015), Art. 43 EuGVVO nF. Rz. 1, 3; *Hüßtege* in: *Thomas/Putzo ZPO*³⁶ (2015), Art. 43 EuGVVO nF. Rz. 1; *Adolphsen Europäisches ZivilverfahrensR*² (2015), § 5 Rz. 105, 107.

²²⁹ So *Hess* in: *Festschrift Gottwald* (2014), S. 273 (280); *Hess/Raffelsieper IPRax* 2015, 46 (51 f.); s.a. *Domej Internationale ZV* (2016), S. 307 f. mit Hinweis auf Art. 2 lit. a UAbs. 2 EuGVVO); *Rauscher/Mankowski EuZPR/EuIPR*⁴ (2015), Art. 43 Brüssel Ia-VO Rz. 5.

²³⁰ *Stamm IPRax* 2014, 124 (126): »Überraschungseffekt auch im bestehenden System [der EuGVVO nF.] gewährleistet«.

²³¹ So auch (offenbar krit.) *M. Stürner DGVZ* 2016, 215 (217 f.).

streckungsgläubigers also – Art. 43 Abs. 3 Brüssel I a-VO hin oder her – gegenüber dem alten Rechtszustand geschwächt²³².

c) *Die Europäische Kontenpfändungsverordnung*

Die Europäische Kontenpfändungsverordnung²³³ ist umgekehrt gerade auf die Überraschung des Schuldners aus (Art. 11 EuKpfVO)²³⁴. Die vorbereitende Diskussion war geprägt von der Haltung »*First strike and discuss later*«²³⁵.

Die Verordnung eröffnet zwei verschiedene Strategien für Gläubiger, die (nach Lage des Falles) *ohne* einen Pfändungsbeschuß nach Artt. 19 f. EuKpfVO Erschwerung oder Scheitern ihrer Rechtsverfolgung (»Vollstreckung der Forderung«) hinnehmen müßten (Art. 7 Abs. 1 EuKpfVO)²³⁶: Gläubiger, die bereits einen Titel erwirkt haben, können unter Darlegung und Glaubhaftmachung des Eilbedürfnisses die vorläufige Kontenpfändung erwirken (Art. 7 Abs. 1 EuKpfVO)²³⁷. Gläubiger in vergleichbarer Verlegenheit, aber noch ohne Titel, können den Beschuß selbst trotz dieses Mangels erwirken, wenn ihnen Darlegung und Glaubhaftmachung ihrer Erfolgsaussichten im Erkenntnisverfahren (Hauptsache) gelingt (Art. 7 Abs. 2 EuKpfVO). Damit ähnelt die erste Strategie derjenigen nach § 845 ZPO²³⁸, obgleich dort kein Eilbedürfnis von Nöten ist. Die zweite Strategie dagegen ist dem dinglichen Arrest nach §§ 916 ff. ZPO verwandt²³⁹. Mit Blick auf Art. 20 EuKpfVO ist das Schlagwort der »Vorläufigkeit« jedenfalls für die erstgenannte Strategie irreführend²⁴⁰.

²³² Krit. auch *Hess/Raffelsieper* in: *Hess VVIntVerfR* 21 (2014), S. 214 (221); *dies.* IPRax 2015, 46 (51 f.); »Überraschungseffekt unnötigerweise aufgehoben«; *M. Stürner* DGVZ 2016, 215 (217 f.).

²³³ Verordnung (EU) Nr. 655/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15. 5. 2014 zur Einführung eines Verfahrens für einen Europäischen Beschuß zur vorläufigen Kontenpfändung im Hinblick auf die Erleichterung der grenzüberschreitenden Eintreibung von Forderungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2014 L 189/59.

²³⁴ *ErwG* 15; *Rauscher/ders./Wiedemann* EuZPR/EuIPR⁴ (2015), Art. 11 EuKpfVO Rz. 1; *Wolber* Schuldnerschutz (2015), S. 196; *Nunner-Krautgasser* in: *Hess VVIntVerfR* 21 (2014), S. 125 (133); *Hess* DGVZ 2012, 69 (70); *Mansel/Thorn/Wagner* IPRax 2015, 1 (6); s.a. *Lüttringhaus* ZZP 129 (2016), 187 (214 ff.); *Domej* Internationale ZV (2016), S. 313; *dies.* RabelsZ 78 (2014), 508 (543 f.).

²³⁵ *Hess* DGVZ 2012, 69 (70 Fn. 17).

²³⁶ Siehe etwa *Fawzy* DGVZ 2015, 141 (143).

²³⁷ Siehe *Lüttringhaus* ZZP 129 (2016), 187 (197 f.).

²³⁸ *Lüttringhaus* ZZP 129 (2016), 187 (190).

²³⁹ *Rauscher/ders./Wiedemann* EuZPR/EuIPR⁴ (2015), Art. 7 EuKpfVO Rz. 1; *Hess* DGVZ 2012, 69 (70); *Fawzy* DGVZ 2015, 141 (142); *Lüttringhaus* ZZP 129 (2016), 187 (190).

²⁴⁰ Zur »Zwitterstellung« des Verfahrens auch *Junker* Internationales ZivilprozessR³ (2016), § 31 Rz. 31

9. Handlungsempfehlung: Gewährung rechtlichen Gehörs

Auch das europäische Vollstreckungsrecht zielt auf den sicherungsorientierten Überraschungseffekt. Sowohl das schweizerische, das französische wie auch das niederländische Recht nehmen dem Schuldner gegenüber jedoch *in der Immobilienvollstreckung* größere Rücksichten. Das deutsche Recht sollte sich dem anschließen. Dies bietet sich ergänzend aus folgenden Gründen an:

a) Die drohende Zugriffsvereitelung

Der vergleichsweise behäbige Transfer von Grundstücksrechten erscheint weit weniger geeignet, am Vorabend der Beschlagnahme noch Gläubigerbenachteiligung zu betreiben, als dies bei Übertragung von beweglichen Sachen oder Forderungen der Fall ist. Wollte der Eigentümer, nachdem er von dem anhängigen Anordnungsantrag erfahren hat, das Eigentum (gewissermaßen während seiner Stellungnahmefrist und also vor Beschlagnahme) auf einen Dritten übertragen oder diesem eine Grundschuld bestellen, so käme ein absolut wirksamer Erwerb nur unter sehr engen Voraussetzungen in Frage. Folgende (seltene) Verläufe sind denkbar:

aa) Eintragungsantrag vor Beschlagnahme

Verfügt der Eigentümer unverzüglich (formgültig) und bringen er oder der erwerbswillige Dritte den Eintragungsantrag noch vor wirksamer Beschlagnahme (§ 22 Abs. 1 ZVG) beim Grundbuchamt an, so kann die nachfolgende Beschlagnahme den vom Dritten angestrebten (absolut wirksamen) Erwerb durch Eintragung nicht mehr durchkreuzen (§ 878 BGB)²⁴¹. Hier droht den (persönlichen) Gläubigern Gefahr.

bb) Eintragungsantrag nach Beschlagnahme, aber vor Versteigerungsvermerk

Gelingt die Einreichung des Eintragungsantrages nicht mehr vor Beschlagnahme, sondern liegt dem Grundbuchamt das Gesuch des Vollstreckungsgerichts (§ 22 Abs. 1 S. 2 ZVG) bei Eingang des Eintragungsantrages schon vor, so ist mit § 878 BGB nichts mehr zu gewinnen. Und da den Eigentümer nun bereits das gesetzliche Veräußerungsverbot des § 23 ZVG trifft und eine dennoch durchgeführte Eintragung des Dritten *prinzipiell* nur einen relativ unwirksamen Erwerb herbeiführen kann, sind die Gläubigerinteressen gesichert.

Möglich bleibt nur der *gutgläubige* (»Weg-«)Erwerb. Ist der Versteigerungsvermerk bei Einreichung des Antrages schon eingetragen, so gelingt ein redlicher Grundstückserwerb nicht mehr (§ 892 Abs. 1 S. 2 BGB). Nur wenn die Verfügungsbeschränkung bei Eingang des Erwerberantrages (und vorangegangener Einigung) noch nicht ersichtlich war²⁴² und der Erwerbswillige weder das

²⁴¹ Siehe Steiner/Teufel ZVG⁹ (1984), § 23 Rz. 24 f.

²⁴² Eine eher fernliegende Möglichkeit, die nur dann eintritt, wenn die Beschlagnahme vorweg durch Zustellung des Anordnungsbeschlusses an den Schuldner stattgefunden hat (§ 22 Abs. 1 S. 1 ZVG).

Veräußerungsverbot, also die Anordnung der Zwangsversteigerung (§ 892 Abs. 1 S. 2 BGB), noch auch nur die Anbringung des Versteigerungsantrages kannte (§ 23 Abs. 2 S. 1 ZVG)²⁴³, kann eine gläubigerschädliche Verfügung des Eigentümers gelingen.

cc) *Zwischenergebnis*

Der umfangreiche Handel mit dinglich gesicherten Darlehensforderungen und die damit verbundene Gefahr mißbräuchlicher Vollstreckung²⁴⁴ hat die Frage der GehörsGewährung an Bedeutung gewinnen lassen. Auch bleibt im Falle einer abgewehrten Verwertung ein gelöschter Versteigerungsvermerk dauerhaft im Grundbuch und wirkt noch über lange Zeit äußerst irritierend auf Kreditinstitute. Dies kann künftige Verhandlungen des Eigentümers erheblich erschweren²⁴⁵. Ferner lassen die aufgezeigten²⁴⁶ Benachteiligungsstrategien des Schuldners den Gläubiger nicht schutzlos: Den Inhabern von Grundpfandrechten droht durch Verfügungen der oben beschriebenen Art kein Rechtsverlust. Und für den persönlichen Gläubiger stehen schließlich die Mittel des Anfechtungsgesetzes offen. Dies alles spricht für einen Abschied vom aufgeschobenen Gehör bei Anordnung der Zwangsversteigerung. Zugleich aber haben sich (oben) Restrisiken einer (*lege ferenda* denkbaren) Stellungnahmefrist ergeben. Das Gehör kann durchaus für gläubigerschädigende Verfügungen mißbraucht werden. Die Gefahren eines dolosen Zubehörtransfers kommen hinzu. Und schließlich belasten geeignete Abwehrmaßnahmen die Gläubiger zusätzlich mit Kosten und Zeitaufwand²⁴⁷. Auch die ganz herrschende Behandlung des Anordnungsantrags im sogenannten einseitigen Verfahren hat mithin Argumente für sich.

b) *Die Wertungen des einstweiligen Rechtsschutzes (dinglicher Arrest)*

Der Verfassungsrang des rechtlichen Gehörs legt einen Abgleich mit dem gerichtlichen Arrestverfahren nahe²⁴⁸. Dieses ist zwar der Sache nach summarisches Erkenntnisverfahren²⁴⁹, aber (als komprimierter Vorlauf des Zugriffs) gleichermaßen auf Schnelligkeit angewiesen. Obwohl die Frage nach der mündlichen Verhandlung von der ZPO für das Arrestverfahren mit §§ 922 Abs. 1 S. 1, 128 Abs. 4 noch zurückhaltender beantwortet wird²⁵⁰ als für die einst-

²⁴³ Siehe etwa *BayObLG Rpfleger* 1974, 167 f.

²⁴⁴ Siehe Antwort der BReg auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion, BT-Drucks. 16/2927, S. 3, 5 ff.; *Balzli/Pauly Der Spiegel* 41/2006, S. 110 ff.

²⁴⁵ Siehe etwa NRW-Faltblatt »Was Sie über das Grundbuch wissen sollten« bei »Löschung«, Stand 2005.

²⁴⁶ Siehe oben IV 9 a aa und bb.

²⁴⁷ Im übrigen kann sich der Gläubiger gegen den Verfügungsempfänger nur dann durchsetzen, wenn er Benachteiligungsabsicht nachweist (§ 3 Abs. 1 AnfG).

²⁴⁸ Siehe ausf. *Walker Der einstweilige Rechtsschutz* (1994), Rz. 284 ff.

²⁴⁹ Das Arrestverfahren kombiniert gerichtliches Erkenntnis (§§ 916 - 927 ZPO) und Vollstreckung (§§ 928 - 934 ZPO: »Vollziehung«), s. *Zöller/Vollkommer ZPO*³¹ (2014), § 928 Rz. 1; *Leipold Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes* (1971), S. 18 f.; *Walker Der einstweilige Rechtsschutz* (1994), Rz. 14, 74. Die Unterbringung des Instituts im 8. Buch der ZPO wird daher heftig kritisiert, s. etwa *Schuschke/Walker ZPO*⁶ (2016), Rz. 10 vor §§ 916 - 945: Systembruch.

²⁵⁰ Siehe *Stein/Jonas/Grunsky ZPO*²² (2002), § 921 Rz. 1; *Zöller/Vollkommer ZPO*³¹ (2014), § 921 Rz. 1.

weilige Verfügung (§ 937 Abs. 2), wendet die ganz herrschende Auffassung das großzügigere Muster des § 937 Abs. 2 ZPO auf *alle* Eilverfahren an²⁵¹. Auch der Arrestantrag ist also regelmäßig mündlich zu verhandeln. Für die gerichtliche Prüfung, ob der Antragsgegner *ausnahmsweise* übergangen werden kann, ist neben dem dort häufig relevanten Bedürfnis nach besonders zügiger, das Hauptverfahren zunächst überspringender Lösung (Beschleunigungsinteresse) wiederum die Gefahr der Zugriffsvereitelung von Bedeutung (Sicherungsinteresse), die eben regelmäßig eine Überraschung des Gegners erforderlich macht. Gleicht man dieses bereits geläufige Argument mit der Anordnung der Zwangsversteigerung ab, so fragt sich, ob nicht richtigerweise auch hier von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis ausgegangen, das rechtliche Gehör also im Normalfall durchaus gewährt werden muß.

c) Unterscheidung nach der Art des Titels

Dafür spricht folgendes: Vernachlässigt der Arrestrichter das Gehör des Antragsgegners und erläßt den stattgebenden Beschluß sofort, so schneidet er zwar dem Gegner (vorläufig) nicht nur Einwände gegen die Vollstreckung ab (§§ 766, 767 ZPO); er schließt diesen weitergehend von seiner das Erkenntnisverfahren²⁵² summarisch ersetzenden Entscheidung aus, sofern eine rechtzeitige Schutzschrift fehlt. Der sich anbietende Einwand, gerade die für das rechtliche Gehör so zentrale Funktion der Richtigkeitsgewähr gerichtlicher Entscheidung²⁵³ trete im Vollstreckungsverfahren stark zurück, da ein Titel bereits vorliege, trifft hier regelmäßig nicht. Denn im Recht der Zwangsversteigerung stützt sich der Anordnungsantrag zumeist auf Duldungstitel, die vorratsartig im Wege der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung entstanden sind (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Hier ist der Titulierung des Anspruchs mithin kein Erkenntnisverfahren, sondern lediglich ein Beurkundungstermin vorausgegangen. Da Einwendungen so nicht mehr der Sperre des § 767 Abs. 2 ZPO unterliegen (§ 797 Abs. 4 ZPO), wird dem Eigentümer faktisch und in der Mehrzahl der Fälle weit mehr genommen als nur das vollstreckungsrechtliche Einwendungsrepertoire.

²⁵¹ Siehe MünchKomm/Heinze ZPO² (2001), § 921 Rz. 1; Zöller/Vollkommer ZPO³¹ (2014), § 921 Rz. 1; Walker Der einstweilige Rechtsschutz (1994), Rz. 288; auch Stein/Jonas/Grunsky ZPO²² (2002), § 921 Rz. 1.

²⁵² Siehe Zöller/Vollkommer ZPO³¹ (2014), § 928 Rz. 1.

²⁵³ Siehe Stein/Jonas/Leipold ZPO²² (2005), Rz. 13 vor § 128; MünchKomm/Heinze ZPO² (2001), § 921 Rz. 2; A. Blomeyer Erkenntnisverfahren² (1985), § 16 I 1; Kollhoser Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten (1970), S. 92 ff., 102 f.; Walker Der einstweilige Rechtsschutz (1994), Rz. 279; einschränkend BonnerKomm/Rüping GG² (1980), Art. 103 Rz. 4 f.

d) Ergebnis

Bestärkt durch schuldnerfreundlichere Lösungen in Frankreich und der Schweiz wird man richtigerweise unterscheiden müssen: Findet der Rechtspfleger einen Titel vor, dem ein Erkenntnisverfahren vorausgegangen ist – also Schlußurteil sowie (wegen der Präklusion auch) Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil –, so ist die Gewährung rechtlichen Gehörs entbehrlich, da es allein um vollstreckungsrechtliche Einwendungen gehen kann. Handelt es sich dagegen um eine notarielle Urkunde oder um einen gerichtlichen Vergleich, so ist der Rechtspfleger schon zur Meidung von Wertungswidersprüchen verpflichtet, dem Eigentümer und potentiellen Vollstreckungsschuldner Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben²⁵⁴.

Es bietet sich daher die Ergänzung eines § 16 Abs. 3 ZVG an, und zwar mit dem Wortlaut:

§ 16 ZVG [Antrag]

...

(3) Beruht der vollstreckbare Titel des Gläubigers nicht auf einem gerichtlichen Erkenntnisverfahren, so soll dem Schuldner vor Anordnung der Zwangsversteigerung rechtliches Gehör gewährt werden.

²⁵⁴ Ebenso schon Bartels Dogmatik und Effizienz (2010), S. 153 ff., 157 f.; ihm folgend Stamm ZZP 125 (2012), 513 (514).

V. Die Rechte prozeßunfähiger Vollstreckungsschuldner

1. Das deutsche Recht

Das deutsche Recht der Zwangsvollstreckung hat sich lange darauf beschränkt, eine Prozeßfähigkeit allein vom Gläubiger zu verlangen, da man in ihm den aktiven Teil sah²⁵⁵. Den Schuldner bezog man nur ein, wenn er selbst handelte bzw. handeln sollte. Von dieser Dichotomie haben sich Rechtsprechung²⁵⁶ und Prozessualistik²⁵⁷ abgewandt. Die Zwangsversteigerung indessen kam (mit Hinweis auf § 869 ZPO) auch schon nach älterer Ansicht nicht ohne einen prozeßfähigen Vollstreckungsschuldner aus²⁵⁸. Dies ist unverändert²⁵⁹. Fehlende Prozeßfähigkeit des Vollstreckungsschuldners wird als Zuschlagsversagungsgrund (§ 83 Nr. 6 ZVG)²⁶⁰ und mithin (bei dennoch erteiltem Zuschlag) als Beschwerdegrund (§ 100 Abs. 1 ZVG) behandelt. Ist der prozeßunfähige Eigentümer im Versteigerungstermin erschienen und ergeht der Zuschlag, beginnt die Beschwerdefrist nur dann sogleich – § 98 S. 2 ZVG –, wenn auch sein gesetzlicher Vertreter anwesend ist²⁶¹. Ist der Vertreter nicht erschienen, so wird die Frist durch Zustellung *allein an diesen* in Lauf gesetzt. Eine Rechtsbehelfsbelehrung sah das ZVG (unter anfänglicher Billigung des *BVerfG*²⁶²) grundsätzlich nicht vor²⁶³, steht jetzt vermittels § 869 ZPO jedoch auch unter der Geltung des § 232 ZPO²⁶⁴.

²⁵⁵ Siehe etwa *Rosenberg ZivilprozeßR*⁹ (1961), § 179 IV.

²⁵⁶ So *OLG Koblenz FamRZ* 2003, 1486; *OLG Stuttgart Rpfleger* 1996, 36.

²⁵⁷ So *Stein/Jonas/Münzberg ZPO*²² (2002), Rz. 80 vor § 704; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Lb*¹² (2010), § 23 Rz. 23 ff.; *A. Blomeyer Lb* (1975), § 8 II 2; *Brox/Walker Lb*¹⁰ (2014), Rz. 25.

²⁵⁸ Siehe *OLG Frankfurt HRR* 1929, 433; *Reinhard/Müller ZVG*^{3/4} (1931), § 16 Anm. I; *Korintenberg/Wenz ZVG*⁹ (1935), Einf Kap. I 2; *von der Pfordten ZVG* (1905), §§ 15 - 17 Anm. 2c; *Wilhelmi/Vogel ZVG*⁵ (1959), § 16 Anm. 4.

²⁵⁹ Siehe *BVerfG NJW* 1993, 51; *OLG Hamm Rpfleger* 1990, 131 f.; *Steiner/Hagemann ZVG*⁹ (1984), §§ 15, 16 Rz. 51 ff.; *Hintzen in: Dassler/Schiffhauer ZVG*¹⁵ (2016), Rz. 22 vor § 15; *Böttcher ZVG*⁶ (2016), §§ 15, 16 Rz. 21; *Depré/Cranshaw ZVG* (2014), § 15 Rz. 42; *Löhnig/Bluhm ZVG* (2010), § 15 Rz. 7; *Eickmann/Böttcher Lb*³ (2013), § 8 I 4.

²⁶⁰ Siehe *OLG Stuttgart Rpfleger* 1996, 36 f.; *OLG Köln v. 17.12.1929 – 8 W 241/28*; *Steiner/Storz ZVG*⁹ (1984), § 83 Rz. 20; *Hintzen in: Dassler/Schiffhauer ZVG*¹⁵ (2016), § 83 Rz. 22; *Böttcher ZVG*⁶ (2016), § 83 Rz. 7; *Depré/Bachmann ZVG* (2014), § 83 Rz. 18; *Löhnig/Cranshaw ZVG* (2010), § 15 Rz. 25; anders aber ausf. *Reinhard/Müller ZVG*^{3/4} (1931), § 83 Anm. II 6: Schuldnerschutz überspannt.

²⁶¹ Siehe *OLG Hamm Rpfleger* 1991, 262 f.; *Stöber ZVG*²¹ (2016), § 98 Rz. 2.1a; *Böttcher ZVG*⁶ (2016), § 98 Rz. 3; *Meyer-Stolte Rpfleger* 1991, 263.

²⁶² *BVerfGE* 93, 99 (107 ff.); anders dann *BVerfG Rpfleger* 2009, 405 (406).

²⁶³ Siehe noch *Stöber ZVG*²⁰ (2012), § 95 Rz. 5.2b.

²⁶⁴ Siehe etwa *Depré/Popp ZVG* (2014), § 95 Rz. 18; § 98 Rz. 6; *Böttcher ZVG*⁶ (2016), § 95 Rz. 4, § 98 Rz. 1.

2. Das schweizerische Recht

Das Recht der Schweiz spricht in der Vollstreckung statt von einer Prozeßfähigkeit von der »Betreibungsfähigkeit« und zwar auch für den Vollstreckungsschuldner (»passive Betreibungsfähigkeit«)²⁶⁵. Dem deutschen Recht vergleichbar ist die Betreibungsfähigkeit das Seitenstück zur materiellrechtlichen »Handlungsfähigkeit« (Artt. 12 - 19 chZGB), die unserer Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) entspricht. Betreibungshandlungen, die sich gegen eine handlungsunfähige (= betreibungsunfähige) Person richten, werden als (amtswegig oder auf Beschwerde) aufhebbar betrachtet²⁶⁶.

3. Das österreichische Recht

Das österreichische Recht bietet eine ungewöhnlich intensive Diskussion der Problematik. Während das überwiegende Schrifttum²⁶⁷ nach alter Rechtslage einen »Rekurs« gemäß § 187 EO (mit Hilfe teleologischer Reduktion) erst dann für unzulässig hielt, wenn der Zuschlagsbeschluß dem gesetzlichen Vertreter des prozeßunfähigen Vollstreckungsschuldners zugestellt ist (und vierzehn Tage verstrichen sind), nahm der OGH²⁶⁸ in ständiger Rechtsprechung (ganz dem Wortlaut des § 187 Abs. 1 S. 4 EO folgend) einen Beginn der Beschwerdefrist bereits mit Schluß des Versteigerungstermins bzw. Verkündung des Zuschlagsbeschlusses an. Der EGMR²⁶⁹ hat die OGH-Rechtsprechung in seiner Entscheidung »Zehentner«, gestützt auf Art. 8 Abs. 1 EMRK²⁷⁰ und Art. 1 Abs. 1 1. ZPMRK²⁷¹, beanstandet und die Republik Österreich zum Ersatz immateriellen Schadens (»feelings of anxiety, distress and humiliation«) in Höhe von € 30.000 verurteilt²⁷². Der prozedurale

²⁶⁵ Siehe *Fritzsche/Walder* SchKR I³ (1984), § 9 Rz. 9; *Spühler* SchKR I⁶ (2014), Rz. 36 f.; *Kren Kostkiewicz* SchKR² (2014), Rz. 383 f.

²⁶⁶ Siehe *Fritzsche/Walder* SchKR I³ (1984), § 9 Rz. 9.

²⁶⁷ So *Neumann/Lichtblau* EO³ (1928), Anm. zu § 189; *Lehmann* Die Zwangsversteigerung (1906), S. 272; *Rechberger* Die fehlerhafte Exekution (1978), S. 185 f.; *Holzhammer* Österr. ZwangsvollstreckungsR³ (1989), S. 20, 173; *Rechberger/Simotta* Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 106, 508; *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 302; Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren); anders aber *Angst* in: *Angst* EO² (2008), § 189 Rz. 2 ff.

²⁶⁸ OGH v. 16. 11. 1972 – 3 Ob 128/72; OGH v. 19. 6. 1991 – 3 Ob 1527/91.

²⁶⁹ Siehe *EGMR* v. 16. 7. 2009 – 20082/02, ÖJZ 2010, 92 ff. – *Zehentner*.

²⁷⁰ Art. 8 Abs. 1 EMRK (Recht auf Achtung der Wohnung).

²⁷¹ Art. 1 Abs. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK (Recht auf Achtung des Eigentums).

²⁷² *EGMR* ÖJZ 2010, 92 (94) – *Zehentner*. Den Ersatz materiellen Schadens (in Höhe begehrter weiterer € 191.575) hat der EGMR überwiegend mangels Kausalität in Gänze abgelehnt. Die Richter *Malinverni* und *Kovler* halten indessen (»dissenting«) auch den Ersatz materiellen Schadens für geboten, den zugesprochen Ersatz immateriellen Schadens im übrigen für defizitär (»auf keinen Fall ausreichend«), aaO, S. 94.

Mechanismus der EO biete, so der *Gerichtshof*²⁷³, keinen ausreichenden Schutz für Personen, denen die Handlungsfähigkeit fehlt.

Darauf hat der Gesetzgeber mit § 187 a der EO-Nov. 2014 reagiert, in dessen nur zurückhaltend Abhilfe geschaffen²⁷⁴. Seit der Änderung hat der prozeßunfähige Vollstreckungsschuldner nun die Möglichkeit, den zu seinem Nachteil ergangenen Zuschlagsbeschluß anzugreifen, sofern er während des Verfahrens ohne die gebotene gesetzliche Vertretung war (§ 187 a Abs. 1 Nr. 1 EO), die »Liegenschaft der Befriedigung [seines] dringenden Wohnbedürfnisses dient« (aaO. Nr. 2) *und* die betriebene Forderung (unterdessen) erfüllt worden ist (aaO. Nr. 3). Die Antragsfrist beträgt, beginnend mit wirksamer Zustellung²⁷⁵ an den Vollstreckungsschuldner, jetzt vier Wochen (§ 187 a Abs. 4 S. 1 EO), längstens drei Monate (§ 187 a Abs. 4 S. 3 EO). Damit hat der Nationalrat für den typischen Fall die Interventionsmöglichkeit auf drei Monate erstreckt, schränkt sie aber über die Nrn. 1 - 3 des § 187 a EO zugleich sehr ein. Mit Nr. 2 nimmt er dabei Rücksicht auf die »streitgegenständliche« Verletzung des Art. 8 EMRK. Die Beschränkung auf Fälle nunmehr eingetretener Gläubigerbefriedigung dagegen entwertet den neugeschaffenen Schuldnerschutz stark. Der Gesetzgeber will den Verfahrensfehler dann nicht berücksichtigen, wenn der Schuldner angesichts seiner Vermögensverhältnisse die Liegenschaft erkennbar doch nicht halten können und neuerliche Versteigerung droht²⁷⁶.

4. Das französische Recht

Das französische Verfahrensrecht befaßt sich offenbar nicht mit dem Fall eines prozeßunfähigen Schuldners, der im Versteigerungsverfahren ohne die gebotene gesetzliche Vertretung bleibt. Geregelt sind Erleichterungen für den gesetzlichen Vertreter im Rahmen des Verfahrens (Art. 505 Abs. 2 S. 2 Cc fr)²⁷⁷. Dieser braucht hier keine externe Genehmigung (»*autorisation*«) durch Gericht oder *conseil de famille*²⁷⁸. Vor allem aber führt Art. L. 311-8 Cpce einen *gradus executionis* ein (dazu sogleich), indem der Immobilienvollstreckung bei Schuldnern unter Vormundschaft hier die Mobilienvollstreck-

²⁷³ EGMR ÖJZ 2010, 92 (94) – *Zehentner*.

²⁷⁴ Siehe *Mohr* ÖJZ 2014, 947 (949 ff.); zu Rückabwicklungsfragen *Angst* *ecolex* 2015, 202 ff.

²⁷⁵ Wirksam ist die Zustellung nur dann, wenn sie sich an den gesetzlichen Vertreter richtet, s. *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 187 a Rz. 8. An dem fehlt es in den kritischen Fällen gerade.

²⁷⁶ Siehe RegE (EO-Nov. 2014), Beilage 180 der XXV. GP, S. 8.

²⁷⁷ Siehe *Perrot/Théry* *Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 806; *Leborgne* in: *Guinchard/Moussa* *Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 131.121.

²⁷⁸ Siehe dazu *Venandet/Ancel/Henry/Tisserand-Martin/Wiederkehr* Cc fr¹¹⁵ (2015), Anm. 5 zu Art. 505.

kung, richtiger: die Erörterung derselben (*»discussion préalable«*) voranzugehen hat²⁷⁹.

5. Das polnische Recht

Das polnische Verfahren ist amtswegig auszusetzen, sobald sich eine der Vollstreckungsparteien als prozeßunfähig erweist und dennoch ohne gesetzlichen Vertreter bleibt. Dies trifft etwa zu, wenn gegen den Schuldner ein Insolvenzverfahren eröffnet wird und die Vollstreckungsbeschlagnahme einen Massebestandteil betrifft²⁸⁰.

6. Handlungsempfehlung: Feststellende Ergänzung

Es ist zu überlegen, ob vor dem Hintergrund der EGMR-Rechtsprechung die Regelung des § 98 S. 2 ZVG zu ergänzen ist. Zwar gab das deutsche Recht hier keinen Anlaß zur Kritik. Die Unsicherheiten des § 98 S. 2 ZVG indessen könnten zum Wohle prozeßunfähiger Eigentümer wie auch der auf sichere Resultate setzenden Ersteher vermieden werden, indem es für den Beginn der Beschwerdefrist künftig umfassend und ausschließlich auf die Zustellung ankommt. Die Rechtsprechung zur Wiedereinsetzung legt dies schon jetzt nahe. Auch wenn die Praxis dies bereits *praeter legem* so handhabt, wäre mit einer entsprechenden Novelle eine Vereinheitlichung abgesichert. Stellt das Gericht dann einem prozeßunfähigen Eigentümer zu, ist freilich wieder nichts gewonnen, das Maß der Unsicherheit jedoch verringert. An geschäfts- und prozeßunfähigen Personen bricht sich nun einmal jedes Vertrauens- und Effizienzinteresse. Die Einschränkungen der österreichischen Exekutionsordnung (Wohnraum sowie Tilgung) scheinen uns unangebracht.

Es bietet sich daher die Änderung des § 98 S. 2 ZVG an, und zwar mit dem Wortlaut:

§ 98 ZVG [Antrag]

¹ Die Frist für die Beschwerde gegen einen Beschluß des Vollstreckungsgerichts, durch welchen der Zuschlag versagt wird, beginnt mit der Verkündung des Beschlusses. ² *Im Falle der Erteilung des Zuschlags beginnt die Frist mit der Zustellung des Beschlusses.*

²⁷⁹ Siehe Perrot/Théry *Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 806; Leborgne/Salati *Cpce*³ (2015), Anm. zu Art. L. 311-8.

²⁸⁰ Kuglarz/Pawlak in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen* (2009), S. 387.

VI. Der *gradus executionis* sowie Schutz vor Überpfändung

1. Das deutsche Recht

Statt dem Inhaber einer vollstreckbaren Bagatellforderung das Rechtsschutzinteresse für die Versteigerung *in toto* abzusprechen, kommt der Verweis auf zunächst mildere Vollstreckungsarten in Betracht, also ein vorläufiges Abdrängen in die Mobiliarpfändung. Dies entspräche dem gemeinrechtlichen *gradus executionis*²⁸¹, der die Vollstreckungsabfolge ›Mobilien – Immobilien – Forderungen‹ vorsah. Diese Zugriffsregeln sind dem geltenden Recht in Deutschland indessen fremd^{282, 283}, wenn man einmal von der Sollvorschrift des § 322 Abs. 4 AO absieht²⁸⁴. Das Gesetz hat sich vielmehr mit § 866 Abs. 2 ZPO gegen den *gradus* entschieden. Dem Gläubiger wird ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, *neben* einer für den Schuldner deutlich milderen Zwangsverwaltung auch eine Zwangsversteigerung zu betreiben. Unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit baut sich jedoch bei Instanzgerichten und Lehre gegen das legislatorische Konzept Widerstand auf²⁸⁵.

2. Das schweizerische Recht

Das Vollstreckungsrecht der Schweiz arbeitet dagegen durchaus mit dem *gradus executionis*, indem Art. 95 Abs. 1 SchKG den Vollstreckungsgläubiger primär auf *bewegliche* Sachen sowie auf Forderungen verweist²⁸⁶. Der Zugriff auf Immobilien ist nur zulässig, *soweit* die Mobilien nach Abs. 1 zur Deckung

²⁸¹ Siehe *Wetzell* System des ordentlichen Civilprocesses³ (1878), S. 635 ff.; *Bülow* Gemeines Deutsches ZivilprozeßR (1868/69), S. 254 ff. Zum insofern übereinstimmenden römischen Recht s. *Ulpian* D. 42, 1, 15, 2; *Kaser/Hackl* Das römische ZivilprozeßR² (1996), § 76 II 2.

²⁸² Siehe *MünchKomm/G. Lüke* ZPO² (2000), Einl Rz. 370; *Schuschke/Walker* ZPO⁶ (2016), § 866 Rz. 5; *Steiner/Hagemann* ZVG⁹ (1984), §§ 15, 16 Rz. 132; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* Lb¹² (2010), § 5 Rz. 27 ff.; *Baur/Stürmer/Bruns* Lb¹³ (2006), Rz. 6.14 f., 22.7; *Gaul* JZ 1973, 473, 481; *ders.* JZ 1974, 279 (281); *Vollkommer* Rpfleger 1982, 1 (8 f.); *Gerhardt* in: Festschrift Weber (1975), S. 181 (191).

²⁸³ Zur Rechtsvergleichung s. *Stürmer* ZZP 99 (1986), 291 (303 f.).

²⁸⁴ Siehe dazu *Tipke/Kruse* AO¹²⁶ (2011), § 322 Rz. 50; *Zöllner* in: *Koenig* AO³ (2014), § 322 Rz. 24 ff.; *Gaul* JZ 1974, 279 (281).

²⁸⁵ Für eine an Verhältnismäßigkeit orientierte Vollstreckungsreihenfolge *LG Frankenthal* Rpfleger 1979, 433; *AG Mainz* Rpfleger 1981, 26 (27); *LG Oldenburg* Rpfleger 1981, 492 f.; *Böhmer* Sondervotum in: BVerfGE 49, 228 (234); *Hintzen/Wolf* Hdb (2006), Rz. 11.196; *Kirchner* Rpfleger 2004, 395 (399 ff.); *ausdr. abl. aber Stamm* Die Prinzipien und Grundstrukturen (2007), S. 92 ff.; *Götte* ZZP 100 (1987), 412 (416 f.); *Stürmer* ZZP 99 (1986), 291 (304 f.); *Vollkommer* Rpfleger 1982, 1 (8 f.); *N. Fischer* Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff (2006), S. 254 ff.; *ders.* Rpfleger 2004, 599 (602 ff.); *MünchKomm/Eickmann* ZPO⁴ (2013), § 866 Rz. 9; *Fahland* VOP 1981, 328 (332): aber fehlendes Rechtsschutzinteresse.

²⁸⁶ Siehe *Kren Kostkiewicz* SchKR² (2014), Rz. 717 ff., 720 f.; *Fritzsche/Walder* SchKR I³ (1984), § 23 Rz. 19.

der zu betreibenden Forderung nicht ausreichen (Art. 95 Abs. 2 SchKG)²⁸⁷ oder freilich bei Zustimmung beider Vollstreckungsparteien²⁸⁸. Mit der Zusammenfassung von beweglichen Sachen und Forderungen, also nach deutscher Terminologie »Mobilien«, in den ersten Zugriff weicht das SchKG vom historischen *gradus* ab, der die Forderungen vielmehr in den »letzten Rang« brachte (»bewegliche Sachen – Grundstücke – Forderungen«)²⁸⁹.

Beachtlich ist ferner, daß Art. 95 Abs. 3 SchKG solche beweglichen Sachen »in letzter Linie« der Pfändung zugänglich macht, die Drittansprüchen ausgesetzt sind²⁹⁰, also mit Pfandrechten belastet sind oder weitergehend noch im Eigentum des Vorbehaltsverkäufers stehen²⁹¹. Umstände, die das deutsche Recht einstweilen billigt und nur drittgläubigerinitiativ mit Intervention (§ 771 ZPO) oder mit vorzugsweiser Befriedigung (§ 805 ZPO) beantworten läßt, werden vom SchKG mithin *a limine* in den »(aller-)letzten Rang« gesetzt.

3. Das österreichische Recht

Das österreichische Recht folgt vordergründig dem Grundsatz des freien Vollstreckungszugriffs (§ 14 Abs. 1 Hs. 1 EO)²⁹², gewährt jedoch verschiedene Ausnahmen. Diese wollen indessen zumeist eine »schonende Vollstreckung« gewährleisten, Überpfändung vermeiden helfen, ohne dabei aber – gegen Bewertungen des Schrifttums²⁹³ – einen starren *gradus executionis* zu bieten.

²⁸⁷ Liegt ein solcher Fall unzureichenden Fahrnisvermögens vor, so wird der Zugriff auf Liegenschaften auch dann nicht als unverhältnismäßig beanstandet, wenn die betriebene Forderung weit hinter dem Grundstückswert zurückbleibt, s. *AB Solothurn* v. 28. 1. 1983, BLSchK 1986, 228, zit. nach *Burger* SchKG Gerichtspraxis 1946 - 2005, S. 347.

²⁸⁸ Siehe *AB Aargau* v. 12. 7. 1957, BLSchK 1959, 51, zit. nach *Burger* SchKG Gerichtspraxis 1946 - 2005, S. 347.

²⁸⁹ Siehe *Wetzell* System des ordentlichen Civilprocesses³ (1878), S. 635 ff.; *Bülow* Allgemeines Deutsches ZivilprozeßR (1868/69), S. 254 ff. Zum insofern übereinstimmenden römischen Recht s. *Ulpian* D. 42, 1, 15, 2; *Kaser/Hackl* Das römische ZivilprozeßR² (1996), § 76 II 2.

²⁹⁰ Siehe *Kren Kostkiewicz* SchKR² (2014), Rz. 728 f.

²⁹¹ Siehe *BG* Urt. v. 6.2.1953 = *BGE* 79 III, 18 (19 f.); *Kren Kostkiewicz* SchKR² (2014), Rz. 729.

²⁹² Siehe *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 37; *Neumayr/Nunner-Krautgasser* ExekutionsR³ (2011), S. 35 f. und schon *Rechberger/Simotta* Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 149 ff. für das alte Recht.

²⁹³ *Rechberger/Simotta* Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 149 ff.; *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 37; zurückhaltender *Neumayr/Nunner-Krautgasser* ExekutionsR³ (2011), S. 36: »[...] gewisse Elemente eines *gradus executionis*, die dem Verhältnismäßigkeit der Exekutionsmittel verpflichtet sind«.

a) *Allgemeines Schonungsgebot*

Der *parallele* Einsatz verschiedener Zugriffsarten wird nur eingeschränkt, also unter partieller Zurückweisung bewilligt, wenn sich aus dem Exekutionsantrag bereits anfänglich ergibt, daß auch eine minder umfassende Zugriffsstrategie zur »Befriedigung des betreibenden Gläubigers hinreich[t]« (§ 14 Abs. 1 Hs. 2 EO). Es geht in aller Grundsätzlichkeit um eine möglichst schonende Behandlung des Schuldners und seiner Belange. Die Regeln folgen vor allem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Exekutionsmaßnahmen²⁹⁴, lassen also eine ergänzende Pfändung dort nicht zu, wo sie sich *ex ante* (zweifelsfrei²⁹⁵) als nicht erforderlich erweist.

b) *Vollstreckungsabfolge »Zwangsverwaltung – Zwangsversteigerung«*

Vergleichbare Rücksichten müssen auf Antrag des Schuldners genommen werden, wenn der betreibende Gläubiger die Zwangsversteigerung will, bereits die -verwaltung aber durchaus einen näher bezeichneten (auskömmlichen) Ertragsüberschuß aus der Bewirtschaftung p.a. zu bieten verspricht (§ 201 Abs. 1 EO)²⁹⁶. Die Zwangsversteigerung ist in diesen Fällen aufzuschieben. Dies kommt dem echten *gradus* nahe, wenngleich die Verwaltung nicht jeweils starr durchzuführen ist.

c) *Vollstreckungskombination »Forderungspfändung – Zwangsversteigerung«*

Die Zwangsversteigerung hat ebenso zurückzustehen, wenn eine *bereits laufende* Vollstreckung in Forderungen oder bewegliche Sachen voraussichtlich für die Deckung der betriebenen Forderung ausreicht (§ 203 EO)²⁹⁷. Diese Regeln stehen dem Überpfändungsverbot näher als dem echten *gradus executionis*. Letzterer gebietet die Abarbeitung einer starren Reihenfolge von Vollstreckungsarten, während § 201 EO (wie auch § 14 Abs. 1 Hs. 2 EO) dem Schuldner bei günstiger Prognose schonendere Alternativen eröffnet, *vice versa* dem Gläubiger aufzwingt²⁹⁸.

²⁹⁴ Siehe Jakusch in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 14 Rz. 5; *Neumayr/Nunner-Krautgasser ExekutionsR*³ (2011), S. 36.

²⁹⁵ Siehe Jakusch in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 14 Rz. 6.

²⁹⁶ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 201 Rz. 2; *Rechberger/Oberhammer ExekutionsR*⁵ (2009), Rz. 262; *Rechberger/Simotta Exekutionsverfahren*² (1992), Rz. 150; *Neumayr/Nunner-Krautgasser ExekutionsR*³ (2011), S. 203 f.

²⁹⁷ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 203 Rz. 3; *Rechberger/Oberhammer ExekutionsR*⁵ (2009), Rz. 262.

²⁹⁸ *Angst* in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 203 Rz. 5 spricht von »bedingtem *gradus executionis*«.

d) Kombination »Fahrnispfändung – Forderungspfändung«

aa) Forderungspfändung nach §§ 290a, 294a EO

Ist die Vollstreckung in bewegliche Sachen bereits bewilligt (§§ 3 ff. EO), so spricht gemäß § 14 Abs. 1 EO nichts gegen eine flankierende Forderungspfändung (s.o.). Geht es dem Gläubiger jedoch um den ergänzenden Zugriff auf nur beschränkt pfändbare Forderungen im Sinne des § 290a EO bei zugleich unbekanntem Drittschuldner (§ 294a EO)²⁹⁹, so zieht § 14 Abs. 3 EO auch hier Grenzen. Es muß die Bewilligung der Fahrnispfändung mindestens ein Jahr zurückliegen oder aber der betreibende Gläubiger belegt, daß er erst nach antragsgestützter Einleitung der Fahrnisvollstreckung Kenntnis von wiederkehrenden Geldforderungen des Schuldners erhalten hat³⁰⁰.

bb) Verwertungsphase

Ist die Vollstreckung in bewegliche Sachen bereits bis zur Verwertung geziehen, so ist diese (der Verkauf der gepfändeten Sache) dennoch aufzuschieben, wenn eine laufende Vollstreckung in wiederkehrende Geldforderungen vollständige Befriedigung binnen Jahresfrist verspricht (§ 264a EO)³⁰¹.

e) Kombination »Gehaltspfändung – Fahrnispfändung«

Bei bereits laufender Gehaltspfändung kann der betreibende Gläubiger *nur dann* eine Pfändung beweglicher Sachen hinzusetzen (»vollziehen«), wenn die Forderungspfändung bis dato aus enumerativ genannten Gründen erfolglos geblieben ist (§ 14 Abs. 2 EO)³⁰², vor allem also dann, wenn bei unbekanntem Drittschuldner (§ 294a EO) auch der österreichische Sozialversicherungsträger nicht weiterhelfen konnte (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 EO)³⁰³.

Dies ist »echter« *gradus executionis*, da die Regel *nicht ex ante* mit Prognosen arbeitet, so wie dies die Varianten unter a - d mit ihrem Tatbestandsmerkmal »voraussichtlich« tun³⁰⁴. Der *gradus* zeigt damit eine gewisse Verwandtschaft zur deutschen Einrede der Vorausklage (§ 771 S. 1 BGB³⁰⁵), die ebenfalls bloße Aussichten nicht ausreichen läßt³⁰⁶. Abweichend regelt auch § 14 Abs. 2 Nr. 1 EO die Dinge, indem eine bereits vergeblich durchgeführte (»erfolglos gebliebene«) Vollstreckung nach § 294a EO verlangt wird.

²⁹⁹ Siehe Oberhammer in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 294a Rz. 1; *Rechberger/Oberhammer ExekutionsR*⁵ (2009), Rz. 374.

³⁰⁰ Siehe Jakusch in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 14 Rz. 19 ff.; *Rechberger/Oberhammer ExekutionsR*⁵ (2009), Rz. 37, 3. Spiegelstrich.

³⁰¹ Vgl. Mohr in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 264a Rz. 1.

³⁰² Siehe Jakusch in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 14 Rz. 10 ff.

³⁰³ Siehe *Rechberger/Oberhammer ExekutionsR*⁵ (2009), Rz. 37, 5. Spiegelstrich; *Rechberger/Simotta Exekutionsverfahren*² (1992), Rz. 151.

³⁰⁴ Siehe §§ 203, 264a S. 1 EO, der Sache nach auch §§ 14 Abs. 1, 201 Abs. 1 S. 1 EO.

³⁰⁵ Vgl. auch §§ 1355 f. ABGB.

³⁰⁶ Näher *Staudinger/Horn* (2012), § 771 Rz. 7; *Soergel/Pecher BGB*¹² (2007), § 771 Rz. 3; *Reinicke/Tiedtke BürgschaftsR*³ (2008), Rz. 145.

f) Handlungs-/Unterlassungsvollstreckung

Ebenfalls einem echten *gradus executionis* entsprechend erlaubt die österreichische Exekutionsordnung bei Handlungs- wie Unterlassungsvollstreckung eine Anordnung von Haft erst dann, wenn der Schuldner bereits im ersten Zugriff eine Geldstrafe verwirkt hatte (§§ 354 Abs. 2 S. 1 und 2, 355 Abs. 1 S. 1 und 2 EO)³⁰⁷. Auch hier geht es nicht um Schonung bei günstiger Prognose. Die Abfolge der Beugemittel ist vielmehr starr einzuhalten, auch wenn an der Erfolglosigkeit des mildereren Mittels *ex ante* kein Zweifel besteht.

g) Bewertung

Die hier betonten Abweichungen vom »echten« *gradus executionis* dürfen nicht den Blick dafür verstellen, daß freilich auch der historische *gradus* um Schuldnerschutz bemüht war. Während *dieser* starre Eskalationsstufen vorsah, ist das österreichische Recht im Sinne einer Verhältnismäßigkeit³⁰⁸ regelmäßig bemüht, es zunächst bei einem (milderem) Eingriff zu belassen, weitere Vollstreckungsmaßnahmen also zu vermeiden, wenn Aussicht besteht, daß die bereits laufende Maßnahme für die Befriedigung in vertretbarer Zeit ausreichend sein werde.

4. Das französische Recht

a) Grundsatz

Ähnlich dem österreichischen Recht, das sorgfältig schaut, ob während bereits eingeleiteter Vollstreckungsmaßnahmen die Zulassung weiterer Zugriffe denn angemessen ist, sperrt Art. L. 311-5 Abs. 1 Cpce jede Immobiliervollstreckung, sofern bereits eine Zwangsversteigerung in andere Liegenschaften anhängig ist und sich diese bislang noch nicht als unzureichend erwiesen hat³⁰⁹. Ob es Sache des betreibenden Gläubigers ist, die *insuffisance* zu beweisen, oder ob die Wertbestimmung des Verfahrens dafür heranzuziehen ist, bleibt bislang kontrovers³¹⁰. Tritt (aufgrund einer *insuffisance*) doch ein Fall von *saisies simultanées* ein, so kann der Schuldner vom Gericht seine Einquartierung verlangen (Art. L. 321-6 Abs. 1 Cpce)³¹¹.

³⁰⁷ Siehe *Rechberger/Oberhammer ExekutionsR*⁵ (2009), Rz. 37, letzter Spiegelstrich.

³⁰⁸ Siehe auch *Bartels Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 152.

³⁰⁹ Siehe auch *Wolber Schuldnerschutz* (2015), S. 100 ff., 112 f. – In ähnliche Richtung und damit gegen die ganz herrschende Ansicht im deutschen Recht (§ 803 Abs. 1 S. 2 ZPO) *Bartels Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 143 f.

³¹⁰ Siehe dazu ausf. *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 787 und Fn. 1.

³¹¹ Siehe dazu *Leborgne/Salati Cpce*³ (2015), Art. L. 321-6 Anm. 1, S. 209; *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 788.

b) Vollstreckungsschutz für den Hauptwohnsitz des Schuldners

Das französische Recht eröffnet neben der klassischen Zwangsversteigerung auch die Befriedigung mit Hilfe der »*attribution judiciaire de l'immeuble*« (Art. 2458 Cc fr) sowie des »*pacte comissoire*« (Art. 2459 Cc fr). Beide sind erst mit der Reform v. 23. 3. 2006 eingeführt worden³¹² und gelten nicht als Vollstreckungsmaßnahmen³¹³. Sie sehen für den Fall der Verwertungsreife einen Grundstückserwerb des Gläubigers vor, gestützt auf einen gerichtlichen Gestaltungsakt³¹⁴ oder auf bloße vorausgegangene Vereinbarung der Parteien (»*convention d'hypothèque*«). Bei Wertdifferenzen treffen den Gläubiger Zuzahlungspflichten (Art. 2460 Abs. 2 Cc fr)³¹⁵. v. Bar spricht für die *attribution* (aus deutscher Sicht) von gerichtlich veranlaßter Hingabe an Zahlungs Statt³¹⁶. Das *pacte comissoire* unterscheidet sich von der verfeimten Verfallsabrede (*lex commissoria*)³¹⁷ nur durch den Umstand des Wertausgleichs bei überschießendem Grundstückswert, ist damit aber auch um den eigentlichen Anstoß entschärft³¹⁸.

Pacte wie *attribution* sind jedoch dann unzulässig, wenn der Schuldner das Grundstück als Hauptwohnsitz (»*la résidence principale du débiteur*«) nutzt (Artt. 2458 S. 2, 2459 S. 2 Cc fr)³¹⁹. Dieses Privileg genießt er auch dann, wenn er die Liegenschaft erst nachträglich und unter Verstoß gegen eine Abmachung mit dem Gläubiger zu seinem Domizil gemacht hat³²⁰. Die *saisie vente* bietet diesen Schutz dagegen überraschend nur für den Einzelkaufmann³²¹. Dieser kann nach Artt. L. 526-1 S. 1 *Code de commerce* sein Grundstück, *où est fixée sa résidence principale*, gegenüber dem *bureau des hypothèques*³²² für unpfändbar

³¹² Siehe Aynès/Crocq Les sûretés⁸ (2014), Tz. 686 f.

³¹³ Siehe Albiges/Dumont-Lefrand Droit des sûretés⁴ (2013), Rz. 648 ff.; Aynès/Crocq Les sûretés⁸ (2014), Tz. 686 f.; Leborgne in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 1360.13; v. Bar Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 415 Fn. 688.

³¹⁴ Zum Erwerb durch einen Gläubiger im zweiten Rang vgl. Aynès/Crocq Les sûretés⁸ (2014), Tz. 686.

³¹⁵ Siehe Aynès/Crocq Les sûretés⁸ (2014), Tz. 686.

³¹⁶ v. Bar Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 415 Fn. 688.

³¹⁷ Vgl. historisch Kaser Das römische PrivatR II² (1975), § 252 I 2 b; Raape Die Verfallsklausel (1913); ferner Wieling SachenR I² (2006), § 15 VII 3 a bb für § 1229 BGB und im Recht der Schweiz schließlich Art. 816 Abs. 2 chZGB.

³¹⁸ Vgl. Kaser/Knüttel/Lohsse Römisches PrivatR²¹ (2017), § 31 Rz. 33. In der Antike versuchten Kreditgläubiger sich solches Pfandgut zu sichern, das die Kreditsumme deutlich überstieg, im Krisenfall aber dennoch übernommen werden durfte.

³¹⁹ Siehe Albiges/Dumont-Lefrand Droit des sûretés⁴ (2013), Rz. 648; v. Bar Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 415 Fn. 688.

³²⁰ So Aynès/Crocq Les sûretés⁸ (2014), Tz. 686 und Fn. 104.

³²¹ Für die *personne physique immatriculée à un registre publicité légale à caractère professionnel*.

³²² Siehe Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 230 und Fn. 4.

erklären (*«peut déclarer insaisissable»*)³²³, wengleich mit eingeschränkten Wirkungen³²⁴. Die *attribution* wird gerade *«sans faculté d'apprécier de l'intérêt du débiteur»* durchgeführt³²⁵.

c) Der Schutz für Minderjährige und prozeßunfähige Personen

Für Minderjährige und prozeßunfähige Personen schließlich bietet das französische Recht³²⁶ eine dem österreichischen § 201 Abs. 1 EO ähnliche und also dem echten *gradus executionis* entfernt verwandte Schutzvorschrift. Nach Art. L. 311-8 Cpce³²⁷ hat der Immobiliervollstreckung hier die Mobilienvollstreckung, richtiger: die Erörterung derselben (*«discussion préalable»*) stets voranzugehen³²⁸. Ein unmittelbarer Eintritt in die Grundstückszwangsversteigerung ist nicht zulässig. Verfährt der Gläubiger anders, übergeht er also die *discussion préalable*, so ist die Vollstreckung nichtig³²⁹.

In Rahmen dieser Erörterung soll mit dem Vollstreckungsschuldner unter Offenlegung seiner Vermögensverhältnisse die Vermeidbarkeit der Immobiliervollstreckung aufgeklärt werden³³⁰. Den Schuldner treffen Mitwirkungspflichten. Beklagt werden in der Literatur dennoch die Schwierigkeiten des *créancier*, denen er bei der Sachaufklärung begegnet³³¹.

5. Das niederländische Recht

a) Überblick

Auch das niederländische Recht kennt keinen freien Vollstreckungszugriff. Einschränkungen ergeben sich zunächst derart, wie das deutsche Recht sie in § 803 Abs. 1 S. 2 ZPO (für die Mobilienvollstreckung³³²) mit dem Verbot der Überpfändung führt. Vergleichbar regelt Art. 470 Abs. 1 WBRv

³²³ Die Erklärung bleibt ohne Wirkung gegenüber der Steuerverwaltung (Art. 526-1 S. 2 Code de commerce); dazu *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 230; *Salati in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 151.22; *Leborgne/Salati Cpce*³ (2015), Art. L. 112-3 Anm. V.

³²⁴ Siehe i.e. *Salati in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 151.22.

³²⁵ *Albiges/Dumont-Lefrand Droit des sûretés*⁴ (2013), Rz. 648.

³²⁶ Siehe grds. Artt. 1271 - 1281 Cpc.

³²⁷ Die Regelung ist aus Art. 2206 Cc fr idFv 1804 in den Cpce überführt worden; s. *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 806 II a.

³²⁸ Siehe *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 806; *Leborgne/Salati Cpce*³ (2015), Anm. zu Art. L. 311-8.

³²⁹ Siehe *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 806 II b; zweifelnd *Leborgne in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 1313.132.

³³⁰ Siehe näher *Leborgne in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 1313.135 - 37.

³³¹ So etwa *Leborgne in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 1313.137; *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 806 II c.

³³² Krit. zu dieser Beschränkung *Bartels Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 143 ff.

(»niet verder gaan dan nodig«) die Dinge³³³. Eine dem deutschen Verbot zweckloser Pfändung (§ 803 Abs. 2 ZPO) vergleichbare Schranke enthält ferner Art. 3:13 Abs. 2 BW³³⁴, wengleich auf höherem Abstraktionsniveau nach Art einer Bekämpfung rein schikanösen Gläubigerverhaltens. Beide Instrumente sind Vollstreckungshindernisse, nicht aber solche eines *gradus executionis*³³⁵.

b) Strikte Abfolge

Einem *gradus executionis* näher kommt die Regelung des Art. 521 WBRv, der den Vollstreckungsgläubiger primär auf solches Schuldnervermögen verweist, an dem ihm bereits ein Pfandrecht (*hypotheek*) zusteht³³⁶. Sind dem Gläubiger jedoch mehrere Vermögensgegenstände des Schuldners verpfändet, steht *ein* Gegenstand aber dem Schuldner nicht allein zu, so kann sich der Mitberechtigte gegen die Verwertung zur Wehr setzen, wenn der Erlös aus der Versilberung der übrigen assets für die Befriedigung des Gläubigers ausreicht (Art. 3:234 Abs. 2 BW)³³⁷. Die pfandrechtsorientierte Staffelung (Art. 521 WBRv) gilt vor allem dann nicht, wenn derartige Verwertungsrechte allein auf dem Vermögen lediglich haftender Dritter (⇒ Sicherungsgeber) lasten. Der Dritte kann den Vollstreckungsgläubiger bei dennoch erfolgtem Zugriff auch hier auf den Schuldner abdrängen (Art. 3:234 Abs. 1 WBRv).

Die Regelungen sind dem deutschen § 777 ZPO vergleichbar³³⁸ und so auch dem Anliegen des § 803 Abs. 1 S. 2 ZPO³³⁹. Dem *gradus executionis* sind Art. 521 WBRv, Art. 234 BW trotz Ähnlichkeiten – gegen *Schwabe*³⁴⁰ – dennoch nicht zuzuschlagen.

c) Wahlabfolge

Nach Art. 470 Abs. 2 WBRv schließlich kann der Vollstreckungsschuldner die Abfolge der Verwertung mehrerer gepfändeter Vermögensgegenstände bestimmen³⁴¹. Dies gilt ebenso für unbewegliches Vermögen. *Schwabe*³⁴² schreibt diese Regelung dem Umstand zu, daß der Vollstreckungsgläubiger als Ergebnis seiner Pfändung kein rangsicherndes Pfändungspfandrecht

³³³ *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 154. Art. 522 WBRv ordnet die Auskehrung von Überschüssen an den Vollstreckungsschuldner an.

³³⁴ *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 152 f.

³³⁵ Für Art. 3:13 Abs. 2 BW ebenso *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 152 f.

³³⁶ Siehe *Jansen* Executie- en Beslagrecht⁴ (1990), S. 151 f.

³³⁷ Siehe auch *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 154.

³³⁸ Ebenso *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 154 Fn. 70.

³³⁹ Vgl. *Raebel* in: *Schuschke/Walker* ZPO⁶ (2016), § 777 Rz. 1.

³⁴⁰ *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 154.

³⁴¹ Siehe *Jansen* Executie- en Beslagrecht⁴ (1990), S. 35 f.

³⁴² *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 154 f.

erwerbe, also nach dem niederländischen »Ausgleichsprinzip« ständig damit rechnen müsse, zwar nicht von konkurrierenden Gläubigern überholt, wohl aber bei der Verteilung bedrängt zu werden. Dies führe gewöhnlich zu recht umfassenden Vollstreckungsbemühungen, so daß das Wahlrecht des Art. 470 Abs. 2 WBRv ein Zugeständnis an den Schuldner bieten wolle.

6. Das schwedische Recht

a) *Der gradus executionis*

Eine echte, dem klassischen *gradus executionis* entsprechende, starre Abfolge von Vollstreckungsarten kennt das schwedische Vollstreckungsrecht nicht³⁴³. So sagt das *Handbok* der *Kronofogden* ausdrücklich, daß das Grundstück auch *vor* anderen Vermögensbestandteilen gepfändet bzw. beschlagnahmt werden könne³⁴⁴. Handelt es sich jedoch um das vom Schuldner persönlich wahrgenommene Recht an einer Wohnung (*»bostadsrätten«*), so kommen Beschlagnahme und Verwertung nicht in Betracht (5:1 Nr. 6 UB). Etwas anderes gilt nur, wenn das Vollstreckungshindernis mit Blick etwa auf ganz besonderer Werthaltigkeit der Liegenschaft unbillig (*»oskäligt«*) wäre³⁴⁵. Dies erfordert jeweils eine Schätzung über die Auswirkungen einer Verwertung³⁴⁶. Insgesamt ergibt sich eine gewisse Nähe zu den französischen Regeln der *pacte* und *attribution*³⁴⁷, sofern der Schuldner das Grundstück als Hauptwohnsitz (*»la résidence principale du débiteur«*) nutzt (Art. 2458 S. 2, 2459 S. 2 Cc fr)³⁴⁸.

b) *Der Schutz vor Überpfändung*

Im Sinne des deutschen § 803 Abs. 2 ZPO muß der zu erwartende Verwertungserlös jedoch die entstehenden Kosten übersteigen; es muß ein Überschuß (*»överskott«*) zu erwarten sein (4:3 (1) UB)³⁴⁹. Dieser muß einen Umfang haben, der die Maßnahme gerechtfertigt erscheinen läßt.

³⁴³ Siehe 2:2 (1) UB: Der Antragsteller gibt die von ihm geforderte Maßnahme an; ebenso Hess Comparative Analysis of the National Reports in: Adenas/Hess/Oberhammer (Hg.), Enforcement Agency Practice in Europe (2005), S. (43) Fn. 109

³⁴⁴ *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 7.3.2 (S. 234).

³⁴⁵ Siehe Schütz-Gårdén in: Holzhauser/Sutter (Hg.), Debt Recovery in Europe (2007), S. 394 (402).

³⁴⁶ Siehe *Högsta Domstolen* NJA 2004, 373 bei II, III.

³⁴⁷ Siehe oben VI 4 b.

³⁴⁸ Siehe *Albiges/Dumont-Lefrand Droit des sûretés*⁴ (2013), Rz. 648; v. Bar Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 415 Fn. 688.

³⁴⁹ *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 7.3. (S. 233 ff.); *Walén Utsökningsbalken*⁴ (2009), Kap 4 § 3 (S. 130).

7. Das polnische Recht

Das polnische Recht wiederum läßt dem Vollstreckungsgläubiger grundsätzlich freie Hand bei der Auswahl der Zugriffsart. Von ihm wird (gewissermaßen umgekehrt) erwartet, daß er sich bei Anbringen seines vollstreckungseinleitenden Antrags über die Art resp. die Arten der Vollstreckung (*»sposób egzekucji«*) erklärt (Artt. 797, 799 § 1 S. 1 kpc)³⁵⁰. Die Angabe ist für die Vollstreckungsorgane bindend. Je nach Verlauf der Exekution kann der Gläubiger weitere Maßnahmen ergänzen³⁵¹. Ob dies noch maßvoll ist, haben die Organe *grundsätzlich* nicht zu prüfen. Erst in Fällen offenkundiger Schikane oder mißbräuchlichen Einsatzes zusätzlicher Vollstreckungsmittel oder -arten setzt eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Kontrolle ein. Der Gläubiger soll bei der Wahl seiner Mittel (zur Meidung einer Schadensersatzhaftung gegenüber dem Schuldner) auf die mildeste Vollstreckungsstrategie (*»najmniej uciążliwy«*) setzen (Art. 799 § 1 Abs. 2 kpc)³⁵². Ist also die Verwertung des bereits gepfändeten Fahrzeugs allemal aussichtsreich, kann der *ergänzende* Zugriff auf ein Grundstück des Schuldners zu Schadensersatz verpflichtet. Genauere Ausprägung hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hier indessen noch nicht gewonnen³⁵³. Zusätzlich findet eine Kontrolle über das Kostenrecht statt. Für nicht erforderliche Maßnahmen kann der Gläubiger die Kosten trotz prinzipieller Veranlassung durch den Schuldner nicht auf diesen abwälzen³⁵⁴.

8. Handlungsempfehlung: *Gradus executionis* für Bagatellforderungen

Die europäischen Nachbarn sind bedeutend rühriger, wenn es um Schonung des Vollstreckungsschuldners geht. Dies will (über das Maß *lege lata* hinaus) mit der deutschen Vollstreckungsmentalität nicht recht harmonieren. Zu aufwendig und langwierig soll die Rechtsdurchsetzung nach den Mühen im Erkenntnisverfahren nicht sein.

Da es sich in der Immobilienvollstreckung indessen zumeist um Gläubiger handelt, die ihren Titel vor langer Zeit (gewissermaßen vorratsartig und im Zusammenwirken mit dem Schuldner) erlangt haben, erscheinen die Dinge hier in einem anderen Licht. Während für notarielle Urkunden bereits rechtliches Gehör eingefordert wurde (IV 9), könnten auch weitergehend Rücksichten nach Art eines österreichischen Schonungsgebots genommen werden. Zumindest die Staffelung des § 201 Abs. 1 EO, der einer Versteigerung grundsätzlich die

³⁵⁰ Siehe *Hellrigel Schuldnerschutz in Polen* (2007), S. 48 ff.

³⁵¹ Siehe *Hellrigel Schuldnerschutz in Polen* (2007), S. 48 ff.

³⁵² Für die Verwaltungsvollstreckung ergibt sich dies aus Art. 7 § 2 EgsAdmU.

³⁵³ So die Bewertung bei *Hellrigel Schuldnerschutz in Polen* (2007), S. 48 ff.

³⁵⁴ Siehe *Hellrigel Schuldnerschutz in Polen* (2007), S. 48 ff.

Zwangsverwaltung vorschaltet, scheint erwägenswert, wird im Text indessen einstweilen nicht weiterverfolgt.

Um den Beteiligten und den Vollstreckungsorganen Rechtssicherheit zu geben, ist vor allem die Formulierung einer Betragsgrenze zu prüfen, unterhalb derer ein Zugriff auf das Grundstück nur zulässig sein darf, wenn zuvor fruchtlos die Mobiliarpfändung versucht wurde³⁵⁵. Es steht der Rechtsordnung schlecht an, Kleinstforderungen zum Ausgangspunkt zwangsweiser Immobilienverwertung zu machen, wenn valide Aussicht besteht, mit Hilfe der Mobiliarpfändung zum Zuge zu kommen³⁵⁶. Zugleich geht es um den Aufwand des staatlichen Vollstreckungsapparats (*minima non curat praetor*³⁵⁷). Götte hat hier einen Betrag von € 750 vorgeschlagen³⁵⁸, oberhalb dessen eine Verweisung des Vollstreckungsgläubigers auf mildere Mittel gar nicht stattfinden soll. Schlagkräftig ist ein Reformvorschlag vermutlich nur dann, wenn der *gradus executionis* im Sinne der hier beschriebenen Maßnahmenreihenfolge allein für Bagatellforderungen eingeführt wird. Dabei sind die vorzuschaltenden Maßnahmen aus Gründen der Praktikabilität und Verfahrensstraffung auf die Vollstreckung in bewegliche *Sachen* zu beschränken.

Es bietet sich daher die Ergänzung des § 17 ZVG um einen Absatz 4 an, und zwar mit dem Wortlaut:

§ 17 ZVG [Eintragung des Schuldners etc.]

[...]

(4)¹ Die Zwangsversteigerung darf ferner nur angeordnet werden, wenn der vollstreckbare Titel den Betrag von € 750 übersteigt; Zinsen bleiben dabei unberücksichtigt, soweit sie als Nebenforderungen geltend gemacht sind.² Die betragsmäßige Beschränkung des Satz 1 entfällt, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, die Vollstreckung in bewegliche Sachen des Schuldners bereits ohne Erfolg unternommen zu haben.

³⁵⁵ Wird so verfahren, erübrigt sich eine umfangreiche Sachverhaltsaufklärung jedenfalls dann, wenn man das (Mobiliar-)Pfändungsprotokoll (Fruchtlosigkeitsbescheinigung) ausreichen läßt. Anders Stamm Die Prinzipien und Grundstrukturen (2007), S. 93 ff.

³⁵⁶ Es ist dies nicht so sehr eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses; es ist eine Frage der Verhältnismäßigkeit, s. ebenso Stamm Die Prinzipien und Grundstrukturen (2007), S. 89, mit Hinweis auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und den materiellrechtlichen Charakter des *gradus executionis*, die, vermittelt durch das Verbot unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) durchaus zivilrechtlicher Provenienz ist (anders [zu § 765 a ZPO] Gaul in: Festschrift Baumgärtel (1990), S. 75 (86 ff.). – Eine öffentlich-rechtliche Herangehensweise verbietet sich unseres Erachtens, da das Verhältnis der Vollstreckungsparteien ein gleichgeordnetes bleibt. Das Hinzutreten der staatlichen Vollstreckungsorgane ändert daran ebensowenig wie etwa die Mitwirkung des Notars bei Eingehung eines Grundstückskaufvertrages.

³⁵⁷ Siehe Callistrat D. 4, 1, 4; gegen eine allgemeine Regel aber Kaser/Hackl Das römische ZivilprozeßR² (1996), § 64 I 1, Fn. 8.

³⁵⁸ Götte ZVP 100 (1987), 412 (427, 429): DM 1.500,-. Die Übereinstimmung mit dem Mindestbetrag des § 866 Abs. 3 ZPO ist eine eher vordergründige, s. Bartels Dogmatik und Effizienz (2010), S. 148 ff.

VII. Bieterabsprachen

1. Das deutsche Recht

Durchaus wirksam und überdies zuschlagsfähig ist ein Meistgebot, das auf einem negativen Bietabkommen (*pactum de non licitando*) beruht, einer Vereinbarung also, mit der sich eine Vertragspartei verpflichtet, nicht am Bietgeschehen teilzunehmen³⁵⁹. Ein so zustande gekommenes Meistgebot bleibt oftmals hinter den ›Möglichkeiten des Marktes‹ zurück. Zwar kann eine Absprache dieser Art billigenwerte Gründe haben³⁶⁰. Regelmäßig aber ist es zwei Bietinteressenten verwehrt, an die Stelle eines (gesetzlich vorgesehenen) Wettbietens eine Lösung *inter partes* zu setzen, sofern dies zu Lasten der Vollstreckungsparteien geht bzw. gehen soll³⁶¹.

Auf keinen Fall hinnehmbar ist es, wenn sich Gläubiger vom Meistbietenden Sondervorteile dafür versprechen lassen, daß sie – je nach Verfahrensrolle, Rang und Höhe des Gebots – von einer Rücknahme des Anordnungsantrages (§ 29 ZVG), von einer Einstellungsbewilligung (§ 30 ZVG) bzw. von einem Versagungsantrag nach § 74 a Abs. 1 ZVG Abstand nehmen³⁶². Anstößig ist hier, daß die versprochenen Beträge ohne ›offizielle‹ Tilgungswirkung bleiben und Verfahrenszweck und Vollstreckungsschuldner so umgangen werden sollen.

Nach allgemeiner Meinung berührt die (gegebenenfalls vorhandene) Sittenwidrigkeit solcher Vereinbarungen jedoch nur deren Wirksamkeit selbst³⁶³, nicht aber die Wirksamkeit des darauf beruhenden (Meist-)Gebots³⁶⁴. Daran ist auch mit den Mitteln der sogenannten Fehleridentität nicht vorbeizukommen³⁶⁵.

³⁵⁹ Siehe etwa *LG Saarbrücken Rpfleger* 2000, 80 (81). – Das *pactum* wird in der Lehre nicht qualifiziert, im Ergebnis aber als bürgerlich-rechtlicher Vertrag behandelt. Da der Weg zum materiellen Erfolg des günstigen Erstehens jedoch nur über das Versteigerungsverfahren führt, wird man das Bietabkommen richtigerweise als (verpflichtenden) *Prozeßvertrag* begreifen müssen. Hinsichtlich der Sittenwidrigkeitskontrolle etwa ergeben sich daraus aber keine Unterschiede zur bisherigen Handhabung.

³⁶⁰ Siehe ausf. *Hintzen* in: *Dassler/Schiffhauer ZVG*¹⁵ (2016), § 71 Rz. 20; *Staudinger/Sack/Fischinger* (2011), § 138 Rz. 451; *MünchKomm/Armbrüster BGB*⁶ (2013), § 138 Rz. 109.

³⁶¹ Siehe *BGH NJW* 1979, 162 (163); *OLG Koblenz Rpfleger* 2002, 637 (638); *LG Saarbrücken Rpfleger* 2000, 80 (81); *Staudinger/Sack/Fischinger* (2011), § 138 Rz. 451; *MünchKomm/Armbrüster BGB*⁶ (2013), § 138 Rz. 109; *Baur/Stürmer/Bruns Lb*¹³ (2006), Rz. 36.8; *Hennings-Holtmann Hdb*⁵ (2007), Rz. 2.322 f.; *Eickmann/Böttcher Lb*³ (2013), § 15 IV 3.

³⁶² Siehe *Eickmann/Böttcher Lb*³ (2013), § 15 IV 4.

³⁶³ Siehe auch § 177 Abs. 4 S. 1 EO aF. = § 177 a Abs. 1 EO.

³⁶⁴ Siehe *LG Saarbrücken Rpfleger* 2000, 80 (81); *Steiner/Storz ZVG*⁹ (1984), § 71 Rz. 84; *Korintenberg/Wenz ZVG*⁶ (1935), § 71 Anm. 1; *Jaekel/Güthe ZVG*⁷ (1937), §§ 71, 72 Rz. 13; *Reinhard/Müller ZVG*^{3/4} (1931), § 71 Anm. II 3e; *Hintzen* in: *Dassler/Schiffhauer ZVG*¹⁵ (2016), § 71 Rz. 20 aE.; *Hennings-Holtmann Hdb*⁵ (2007), Rz. 2.324. Der Geschä-

2. Das österreichische Recht

Vor Inkrafttreten der Exekutionsordnung bekämpfte das österreichische Vollstreckungsrecht (negative) Bietabkommen zunächst mit den Regeln des Hofkanzleidekrets v. 6. 6. 1838³⁶⁶. Darin wurden beeinträchtigende Abkommen verboten. Versprochene Gegenleistungen waren nicht klagbar³⁶⁷. Der *OGH*³⁶⁸ gewährte bei verbotswidrigem Verhalten Schadenersatz. Anspruchsadressaten waren jedoch nur der Vollstreckungsschuldner (= Eigentümer) sowie Pfandrechtsgläubiger, nicht aber Beteiligte des Abkommens selbst, deren Bietverhalten schadensursächlich geworden war³⁶⁹.

Erst im Rahmen der Novelle 2000 übernahm die Exekutionsordnung die Regelung des Dekrets als Absatz 4 des § 177 EO und stellte nun auch solche Zahlungen rückforderbar, die zur Beeinflussung von Bietinteressenten gezahlt worden waren (§ 177 Abs. 4 S. 3 EO)³⁷⁰. Die EO-Novelle 2008 schließlich setzte den Richter in den Stand, verbotswidriges Verfahrensverhalten durch Ordnungsmittel, wie Ordnungsstrafe oder Ausschluß vom Verfahren, zu bekämpfen (§ 177 a Abs. 2 und 3 EO)³⁷¹.

3. Das niederländische Recht

Der »holländischen Auktion«, die nach Artt. 3 ff. AVVE 2006 das niederländische Zwangsversteigerungsrecht prägt, wird nachgesagt, daß sie aufgrund des *afmijning*-Verfahrens weit weniger anfällig sei für Manipulationen durch Bietabkommen. Die »Kartellstabilität [sei] reduziert«, da ein unter Verstoß gegen die Absprache abgegebenes Gebot (»cheating«) von den übrigen Kartellmitgliedern im selben Bietprozeß nicht mehr geahndet werden könne³⁷².

digte kann lediglich außerhalb des Vollstreckungsverfahrens Schadenersatz verlangen (§ 826 BGB).

³⁶⁵ Siehe dazu näher *Bartels Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 312 f.

³⁶⁶ JGS Nr. 277/1838.

³⁶⁷ Das Dekret ist im Einführungsgesetz zur EO v. 27. 5. 1896 nicht erwähnt, dennoch durch § 4 Abs. 1, Index 23.05.02, des Ersten Bundesrechtsbereinigungsgesetzes (BGBl I Nr. 191/1999) befristet aufrechterhalten.

³⁶⁸ Siehe *OGH* JBl 1949, 129.

³⁶⁹ Siehe auch Ministerialentwurf EO-Nov. 2000 (Begr), S. 84.

³⁷⁰ Siehe *Angst* in: *Angst EO*² (2008), § 177 Rz. 5 aE.

³⁷¹ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 177 a Rz. 2; RegE (EO-Nov. 2014), Beilage 180 der XXV. GP, S. 6 f.

³⁷² So *Martini* *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verkehrslenkung* (2008), S. 318. Sorgen macht man sich dagegen lauterkeitsrechtlich für privatrechtliche Austauschverhältnisse hinsichtlich möglicher Übereilungsgefahr, aaO., S. 316 Fn. 189. *Schwabe* *Das niederländische ZwangsvollstreckungsR* (2010), S. 25 – umgekehrt – sieht in diesem »auction fever« gerade den Vorzug des Verfahrens, der durch Aufteilung auf zwei Termine nicht geschmälert werden dürfe.

4. Handlungsempfehlung: Ergänzende Regelung zum Bietabkommen

In den Fokus gehören negative Bietabkommen sowie solche Absprachen, die auf Unterlassung grundsätzlich angemessener Interventionen etwa nach §§ 29 oder 74 a Abs. 1 ZVG zielen. Einer derartigen Kodifikation käme bereits eine ordnungsstiftende (Vor-)Wirkung zu. Zugleich wären Verstöße amtswegig nach § 83 Nr. 6 ZVG zu berücksichtigen und in Fällen dennoch erteilten Zuschlags vom Schuldner mit der Beschwerde angreifbar (§§ 96 ff., 100 ZVG). Auch ist die Einführung von Ordnungsmitteln geboten, um dem Gericht für Fälle erkennbaren Mißbrauchs sitzungspolizeiliche Mittel verfügbar zu machen.

Stellt man schließlich trotz sittenwidrigen Verhaltens des Empfängers die zur Beeinflussung gezahlten Beträge rückforderbar, vermeidet man zudem intrikate Fragen des § 817 S. 2 BGB, wie sie trotz sprachlicher Eindeutigkeit der Regelung etwa für Fälle der Schwarzarbeit geläufig sind³⁷³. Auch dies ist dringend erwägenswert. Es bietet sich daher das Hinzusetzen eines § 66 a ZVG an, und zwar mit dem Wortlaut:

§ 66 a [Unzulässige Bietabkommen]

(1) ¹Eine Vereinbarungen, mit der jemand gegen Entgelt verspricht, in einem Versteigerungstermin Gebote nur bis zu einer bestimmten Höhe abzugeben, die Abgabe von Geboten zu unterlassen oder dem Versteigerungstermin fernzubleiben, ist unwirksam. ²Das gleiche gilt für eine Vereinbarung, mit der ein Beteiligter gegen Entgelt die Rücknahme des Anordnungsantrages, die einer Einstellungsbewilligung oder die eines Versagungsantrages nach § 74 a Abs. 1 ZVG zu unterlassen verspricht. ³Der Empfänger einer dennoch erbrachten Gegenleistung ist zur Herausgabe verpflichtet.

(2) ¹Gegen Personen, die während der Zwangsversteigerung Vereinbarungen im Sinne des Absatz 1 schließen oder zu schließen versuchen, kann das Gericht vorbehaltlich der strafgerichtlichen Verfolgung ein Ordnungsgeld bis zu € 1.000 oder Ordnungshaft bis zu einer Woche festsetzen. ²Bei der Festsetzung eines Ordnungsgeldes ist zugleich für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, zu bestimmen, in welchem Maße Ordnungshaft an seine Stelle tritt.

(3) Das Gericht kann eine Person vom Bieten ausschließen, die vor oder während des Versteigerungstermins Vereinbarungen im Sinne des Abs.1 schließt oder zu schließen versucht.

³⁷³ Siehe BGHZ 111, 308 (312); BGHZ 201, 1 Tz. 17 ff.

VIII. Verschleuderungsschutz

1. Das deutsche Recht

Das deutsche Recht hat sich mit § 85 a ZVG erst spät auf einen Schuldnerschutz vor Verschleuderung eingerichtet. Anders als die schuldnerschützenden Regeln der §§ 30 a ff. ZVG sowie die gläubigerschützenden Normen der §§ 74 a und 114 a ZVG aus dem Jahre 1953 haben § 85 a ZVG (und § 817 a ZPO) keine provisorischen Vorläufer auf Verordnungsebene.

Das ZVG zwingt den Rechtspfleger im ersten Termin zur Zuschlagsver-sagung, sofern das Meistgebot einschließlich bestehenbleibender Rechte 5/10 des ermittelten Grundstückswerts nicht erreicht (§ 85 a Abs. 1 ZVG).

2. Das schweizerische Recht

Das Vollstreckungsrecht der Schweiz schaut dagegen allein auf den *Gläubigerschutz*. Sofern vorgehende Rechte gedeckt sind, setzt sich das Meistgebot stets durch (Artt. 142 a, 126 Abs. 1 SchKG). Nur daran mißt sich die Durchführbarkeit, selbst bei schwachen Meistgeboten³⁷⁴. Kann eine vollständige Deckung vorgehender Rechte nicht erzielt werden, »fällt die Betreibung« hinsichtlich Grundstück und Zubehör »dahin« (Art. 71 Abs. 1 VZG). Der Pfändungsbeschlagn erlischt also³⁷⁵.

3. Das österreichische Recht

Dem deutschen Recht insofern ähnlicher ist die Regelung des österreichischen § 151 Abs. 1 EO. Danach sind Gebote, ganz unabhängig vom Umfang vorgehender Rechte, nur dann zuschlagsfähig, wenn sie die Hälfte des Schätzwerts erreichen. Der Norm geht es also vor allem um schuldnorientierten Verschleuderungsschutz³⁷⁶. Auf Antrag (eines Gläubigers oder auch des Vollstreckungsschuldners) hat das Gericht jedoch einen höheren Betrag als Mindestgebot festzulegen, sofern dies voraussichtlich zu Erzielung eines besseren Erlöses führt³⁷⁷ und der *betreibende* Gläubiger dem zustimmt (§ 146 Abs. 1 Nr. 5 EO).

³⁷⁴ Etwas anderes gilt überraschend beim Freihandverkauf nach § 143 b Abs. 1 SchKG.

³⁷⁵ Vgl. *Kren Kostkiewicz* SchKR² (2014), Rz. 542.

³⁷⁶ So ausdr. *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EG³ (2015), § 146 Rz. 10/1; *Rechberger/Simotta* Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 444, 477; wohl auch *Neumayr/Nunner-Krautgasser* ExekutionsR³ (2011), S. 212; *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 287. *Pollak* System des Österr. ZivilprozeßR² (1932), § 187 V b, nennt Interessen der Gläubiger, des Schuldners sowie der Volkswirtschaft.

³⁷⁷ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 146 Rz. 10/1. Wie die Gerichte derartige Steigerungsmöglichkeiten prognostisch ermitteln, wird, soweit ersichtlich, nicht näher behandelt.

4. Das französische Recht

Was als betragsmäßig zulässiges Gebot zu gelten hat, richtet sich in der französischen Versteigerung nach dem »*montant de la mise à prix*«. Die Bestimmung dieses Betrages ist Aufgabe des betreibenden Gläubigers. Sie geschieht im Rahmen des verfahrensvorbereitenden »*cahier des conditions de vente*« (Art. R. 322-10 Nr. 5 Cpce). Dabei hat sich der betreibende Gläubiger an den Verkehrswert zu halten, genießt aber im Sinne einer günstigen Verwertbarkeit auch Freiheiten³⁷⁸. In Fällen eindeutiger Unterschreitung des Verkehrswerts (»*cas d'insuffisance manifeste du montant de la mise à prix*«) ist es Sache des Schuldners, beim Gericht die Festsetzung eines marktangemessenen Grundstückswerts zu erwirken (Art. L. 322-6 Abs. 2 Cpce)³⁷⁹. Gelingt ihm dies, bleiben aber zulässige Gebote aus, so kann der betreibende Gläubiger (sic!) das Grundstück am Ende dennoch zu seinen ursprünglichen (defizitären) Bedingungen erwerben³⁸⁰. Der *Conseil constitutionnel* hat diese Regelung mit Entscheidung v. 16. 12. 2011³⁸¹ als verfassungsgemäß gebilligt.

5. Das schwedische Recht

Auch das schwedische Recht führt eine Verschleuderungskontrolle. So kann nach 12:40 (1) UB ein Gebot trotz Zulässigkeit im übrigen abgelehnt werden, wenn durch Zuschlag – schon mit Blick auf den ermittelten Marktwert – die Verfehlung eines wesentlich höheren Gebots (»Verkaufspreises«) wahrscheinlich ist. Das Grundstück darf nicht zu einem offenkundigen »*underpris*« zugeschlagen werden³⁸². Bei der Wahrscheinlichkeitsprüfung genießt der Auktionator zwar einen großen Beurteilungsspielraum³⁸³. Unabhängig von der Prognose fordert die Rechtsprechung die Rückweisung solcher Gebote, die [50-]75% des geschätzten Marktwertes nicht erreichen³⁸⁴. Unterbleibt der Zuschlag, kommt es zu einer vollkommen neuen Terminie-

³⁷⁸ Siehe näher *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 879.

³⁷⁹ Siehe *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 879; *Leborgne Recueil Dalloz* 2012, 1509 (1518); *Wolber Schuldnerschutz* (2015), S. 112 f.

³⁸⁰ Siehe *Leborgne Recueil Dalloz* 2012, 1509 (1518); *Wolber Schuldnerschutz* (2015), S. 112 f.

³⁸¹ *Conseil constitutionnel Décision n° 2011-206 QPC Tz. 7.*

³⁸² Siehe *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.3.2 (S. 354 f.); *Walin Utsökningsbalken*⁴ (2009), Kap 12 § 20 (S. 490). Bevor diese Vorschrift 1967 12:40 UB eingeführt wurde, erfolgte der Zuschlag oft für wenige tausend Kronen (also im dreistelligen Eurobereich), und zwar meist zugunsten des Antragsstellers. Das geringste Gebot (s.o.) bot keinen Schutz, sofern der erstrangige Gläubiger die Vollstreckung betrieb, s. *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 250.

³⁸³ Siehe *Högsta domstolen NJA* 1969, 540; 1977, 823; *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.3.2 (S. 354 f.).

³⁸⁴ Siehe *Högsta domstolen NJA* 1969, 540; 1972, 75; 1977, 823 *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 250.

rung. Statt der (anfechtbaren³⁸⁵) Rückweisung eines defizitären Gebots sieht das *Handbok* indessen auch die Unterbrechung des Bietgeschäfts vor, um so die Verwertungsaussichten zu heben.

6. Das polnische Recht

Schließlich bietet auch das polnische Zwangsversteigerungsrecht einen ungewöhnlich starken Verschleuderungsschutz. So beträgt das Mindestgebot (*scena wywoławcza*) des ersten Versteigerungstermins von Amts wegen beträchtliche $\frac{3}{4}$ des »suma oszacowania« (Verkehrswerts – Art. 965 kpc), im zweiten Termin noch immer $\frac{2}{3}$ desselben (Art. 983 kpc)³⁸⁶. Verfehlt das Meistgebot in beiden Terminen die Mindesthöhe, so erhalten die betreibenden Gläubiger, die Hypothekengläubiger sowie die Miteigentümer die Möglichkeit, das Grundstück zu $\frac{2}{3}$ des festgesetzten Verkehrswertes (gegebenenfalls »restlich«) zu erwerben (Art. 984 § 1 S. 1 kpc). Diese Möglichkeit der Übernahme wird jedoch selten praktisch³⁸⁷. Bleibt die Versteigerung auch im zweiten Versteigerungstermin ohne hinreichendes Ergebnis und kommt es auch nicht zu einer Übernahme nach Art. 984 § 1 S. 1 kpc, so wird das Verfahren von Amts wegen eingestellt (Art. 985 § 1 S. 1 kpc)³⁸⁸. Während in Fällen dieser Art eine neuerliche Versteigerung ursprünglich nicht vor Ablauf eines Jahres zulässig war, hat die Reform 2011 die Frist auf sechs Monate verkürzt (Art. 985 § 1 S. 2 kpc).

Der starke polnische Schuldnerschutz durch Verschleuderungsgrenzen stellt das haftende Immobilienvermögen indessen allzuoft auch unverwertbar und mutet dem Vollstreckungsgläubiger damit einiges zu. Rechtspolitischer Hintergrund mag sein, daß die Eigenheimquote in Polen mit 84 %³⁸⁹ immens hoch ist, die Zwangsversteigerung von Hausgrundstücken also meist das »Wohnen«, gegebenenfalls die Menschenwürde des Schuldners berührt. Im Agrarbereich und für genossenschaftliches Wohnungseigentum ist der Schuldnerschutz nochmals stärker (Art. 982 §§ 1 ff. kpc).

³⁸⁵ Siehe *Högsta domstolen* NJA 1987, 457; *Kronofogden Handbok* Utmätning (2015), 11.3.2 (S. 354 f.).

³⁸⁶ Siehe auch *Cierpiat-Magnor/Domanska-Moldawa* in: *Winner/Cierpiat-Magnor* (Hg.), *Dingliche Kreditsicherheiten* (2016), S. 177 (243); *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen* (2009), S. 401f.; *Zadworny Rpfleger* 2012, 4 (5).

³⁸⁷ So jedenfalls *Kuglarz/Pawlak*, in: *Drewicz-Tułodziecka*, *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen* (2009), S. 402.

³⁸⁸ *Kuglarz/Pawlak*, in: *Drewicz-Tułodziecka*, *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen* (2009), S. 387f.

³⁸⁹ 16,5 % der Menschen in Polen wohnen zur Miete, 83,5 % sind Eigentümer der genutzten Räume, s. *eurostat* (2014), *Verteilung der Bevölkerung nach Art der Wohnstätte und nach Wohnbesitzverhältnissen, 2014*, abrufbar unter: ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7086104/3-23112015-AP-DE.pdf/b0d93d73-4285-47f5-a1f8-643eb3c12f90.

7. Handlungsempfehlung: Beibehaltung des Status Quo

Eine Beschränkung auf reinen Gläubigerschutz kommt – anders nur im eidgenössischen Recht – nicht in Betracht. Nicht erwägenswert ist wohl auch die Lösung Österreichs, das Mindestgebot auf Betreiben einer Partei gegebenenfalls (für den ersten Termin) höher anzusetzen, als das Gesetz dies vorsieht. Für die Gläubiger gibt es im deutschen Verfahren ohnehin die Möglichkeit, auf 7/10 zu dringen (§ 74 a Abs. 1 ZVG). Der Verschleuderungsschutz Polens paßt zur gesellschaftlichen Situation in der Bundesrepublik nicht. Daß der Vollstreckungsschuldner soll initiativ werden können, scheint nicht opportun. Die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Verkehrswertfeststellung sind ausreichend.

C. Gläubigerbelange

IX. Schuldnerobstruktion (Mietverträge)

1. Das deutsche Recht

a) Das Mietverhältnis im Versteigerungsverfahren

Nach § 57 ZVG iVm. § 566 Abs. 1 BGB tritt der Ersteher in alle das Grundstück betreffenden Mietverträge ein, die vor Verkündung³⁹⁰ des Zuschlagsbeschlusses geschlossen wurden, sofern auch die Überlassung der Mietsache bereits stattgefunden hat. Für den Inhalt solcher Verträge, die erst nach Beschlagnahme zustande gekommen sind, gilt die inhaltliche Vorgabe des § 24 ZVG im Sinne einer »ordnungsmäßigen Wirtschaft«. »Ungewöhnliche« Zugeständnisse etwa an Angehörige sind damit grundsätzlich versperrt (s. aber unten b).

Die zeitliche Verortung der fortschreibungsnotwendigen »Überlassung« (§ 57 ZVG) ist umstritten. Rechtsprechung und Schrifttum schwanken zwischen der Beschlagnahme³⁹¹, dem Beginn des Versteigerungstermins³⁹², dem Aufstellen der Versteigerungsbedingungen³⁹³, der Aufforderung zur Abgabe von Geboten³⁹⁴ sowie schließlich der Zuschlagserteilung selbst³⁹⁵. Wolff³⁹⁶, der eine Überlassung bereits nach Beschlagnahme für § 57 ZVG nicht mehr ausreichen lassen wollte, verkannte dabei, daß dem Vollstreckungsschuldner Benutzung und Verwaltung »innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft« erhalten bleiben (§ 24 ZVG). Diese Regel begrenzt freilich zugleich – wie eingangs erwähnt – die Möglichkeiten einer wirksamen Vermietung nach Eintritt der Beschlagnahme³⁹⁷. Über die relativen Wirkungen der Unwirksamkeit besteht wiederum Streit.

³⁹⁰ Siehe nur Steiner/Teufel ZVG⁹ (1984), §§ 57 - 57 d Rz. 16; Böttcher ZVG⁶ (2016), §§ 57 - 57 b Rz. 2.

³⁹¹ So Wolff ZVG³ (1909), § 57 Anm. 4.

³⁹² So Jaeckel/Güthe ZVG⁷ (1937), §§ 57 - 57 b Rz. 3; Korintenberg/Wenz ZVG⁶ (1935), §§ 57 - 57 b Anm. 1.

³⁹³ So Steiner/Teufel ZVG⁹ (1984), §§ 57 - 57 d Rz. 22; Dassler/Gerhardt ZVG¹² (1991), § 57 Rz. 4.

³⁹⁴ So Engels in: Dassler/Schiffhauer ZVG¹⁵ (2016), § 57 Rz. 8; Böttcher ZVG⁶ (2016), §§ 57 - 57 b Rz. 3; Stöber ZVG²¹ (2016), § 57 Rz. 3.2; Depré/Bachmann ZVG (2014), §§ 57 - 57 b Rz. 6; Eickmann/Böttcher Lb³ (2013), § 19 I 1.

³⁹⁵ So BGH DGVZ 2008, 170; Reinhard/Müller ZVG^{3/4} (1931) § 57 Anm. III 3: von der Pfordten ZVG (1905), § 57 Anm. 1; Stern/Mittelstein Die Miete⁴ (1932), § 118, 5; Löhnig/Gietl ZVG (2010), §§ 57, 57 a, 57 b Rz. 3. Bachmanns Zurückhaltung (vorige Fn. Rz. 6 Fn. 4), die hier angeführte BGH-Entscheidung entsprechend zu deuten, ist uns nicht verständlich.

³⁹⁶ So Wolff ZVG³ (1909), § 57 Anm. 4.

³⁹⁷ Siehe auch LG Kassel NJW-RR 1990, 976 (977); Steiner/Teufel ZVG⁹ (1984), §§ 57 - 57 d Rz. 23; Böttcher ZVG⁶ (2016), §§ 57 - 57 b Rz. 2.

Mit Hilfe der so gegebenenfalls erlangten (obligatorischen) Rechtsposition kann der Mieter einer Räumungsvollstreckung aus dem Zuschlag entgentreten (§ 93 Abs. 1 S. 2 ZVG). Der Ersteher (als Beteiligter der gesetzlichen Vertragsübernahme) ist zwar imstande, den übernommenen Vertrag binnen der gesetzlichen Frist zu kündigen (§ 57 a S. 1 ZVG), auch wenn dieser befristet oder individuell mit längeren Kündigungsfristen ausgestattet war. Im Rahmen der Wohnraummiete kommt der Erwerber jedoch ohne einen ausdrücklichen Kündigungsgrund nicht aus; zudem muß er den erstmöglichen Kündigungstermin nutzen (§ 57 a S. 2 ZVG). Ob Mietverträge bestehen, ist für den Bietinteressenten verfahrensförmig nur feststellbar, wenn dies im Sachverständigengutachten erwähnt ist (§ 74 a Abs. 5 ZVG) oder wenn der Mieter seine Rechte angemeldet hat (§ 9 Nr. 2 ZVG).

b) Effekte/Mißbräuche

Vor allem Wohnraummietverträge drücken so oftmals die Attraktivität des ausgebauten Objekts (deutlich), sofern der Bietinteressent nicht selbst auf Vermietung setzt und die Einheiten zu angemessenen Bedingungen vermietet sind. Manipulationen mit Hilfe von Scheinverträgen sind zwar nicht an der Tagesordnung, aber durchaus ein spürbares Phänomen³⁹⁸. Auch können dem Schuldner nahestehende Personen kollusiv versuchen, sich und mittelbar dem Schuldner frühzeitig die Gebrauchsüberlassung zu sichern, also rechtzeitig einen »echten«, aber gegebenenfalls schädlichen Vertrag zu begründen³⁹⁹. Ist es dafür aufgrund der Beschlagnahme bereits zu spät, kann also ein dem Mieter ungewöhnlich günstiger Vertrag wegen Verletzung der »ordnungsmäßigen Wirtschaft« (§ 24 ZVG) nicht mehr begründet werden, weichen Schuldner vermehrt auf eine Rückdatierung des Vertrages aus⁴⁰⁰.

Die gerichtliche Praxis behilft sich damit, dem Ersteher die Vollstreckungsklausel für die Räumungsvollstreckung nach § 93 Abs. 1 S. 1 ZVG großzügig zu gewähren, wenn Zweifel an der Seriosität der vorgelegten Kontrakte bestehen⁴⁰¹. Verfolgen die Besitzer offenbar das Ziel der Vollstreckungsvereitelung, soll aber der Mietvertrag – anders als in Fällen des § 117 BGB – tatsächlich durchgeführt werden, so hat dieser Vertrag den Schutz

³⁹⁸ Die Zweifel von *Stamm ZJP* 125 (2012), 513 (515), an dieser rechtstatsächlichen Feststellung sind unangebracht.

³⁹⁹ Siehe *BGH NZM* 2016, 852 Tz. 13; *BGH Rpfleger* 2017, 169 Tz. 10.

⁴⁰⁰ Siehe *BGH NZM* 2013, 854 Tz. 15; 2016, 852 Tz. 13; *BGH Rpfleger* 2017, 169 Tz. 10.

⁴⁰¹ Siehe *OLG Frankfurt Rpfleger* 1989, 209 f.; *OLG Hamm Rpfleger* 1989, 165 (166); *LG Freiburg Rpfleger* 1990, 266 (267); *LG Köln Rpfleger* 1996, 121; zust. *Hintzen/Wolf Hdb* (2006), Rz. 11.883; *Hennings-Holtmann Hdb*⁵ (2007), Rz. 2.356; *Meyer-Stolte Rpfleger* 1987, 259; s.a. *BGH Rpfleger* 2004, 368.

der Rechtsordnung nicht verdient. Entgegen vereinzelt vertretener Ansicht⁴⁰² sind Mietverträge dieser Art sittenwidrig⁴⁰³.

2. Das schweizerische Recht

Auch nach dem Recht der Schweiz tritt der Ersteher in den seinerzeit vom Eigentümer (= Vollstreckungsschuldner) geschlossenen Mietvertrag ein (Art. 261 Abs. 1 OR)⁴⁰⁴. Der Ersteher kann hier Wohn- wie auch Geschäftsräummietverträge nach den gesetzlichen Fristen kündigen, sofern er »einen dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerter« geltend machen kann (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR). Damit ähnelt die Rechtslage der deutschen und zwar auch mit Blick auf die Mißbrauchsrisiken.

3. Das österreichische Recht

Auch die österreichische Zwangsvollstreckung offeriert dem Bietinteressenten prinzipiell keine geräumten Grundstücke oder WE-Einheiten. Der Ersteher tritt vielmehr in bestehende (entgeltliche) Gebrauchsüberlassungsverträge (»Bestandsverträge«⁴⁰⁵) ein⁴⁰⁶.

a) Verbücherte Bestandsverträge

Ist der Bestandsvertrag im Grundbuch registriert (»verbüchert«), so ist er allgemein als dingliches Recht zu betrachten (§ 1095 ABGB) und im besonderen Fall der Zwangsversteigerung »gleich einer Dienstbarkeit zu behandeln« (§ 1121 S. 1 ABGB). Ist diese(r) als nachgehendes Recht (und mangels weitergehenden Meistgebots) vom Ersteher nicht zu übernehmen (§ 150 Abs. 1 S. 2 EO), so muß der Mieter (Bestandsnehmer) auf »gehörige Aufkündigung« hin räumen und zurückgeben (§ 1121 S. 2 ABGB)⁴⁰⁷. Ist das Recht dagegen vom

⁴⁰² Siehe *OLG Düsseldorf Rpfleger* 1996, 299 (300); zust. *Stöber ZVG*²¹ (2016), § 93 Rz. 3.2; wohl auch *Erman/Arnold BGB*¹⁴ (2014), § 138 Rz. 175.

⁴⁰³ Wohl ebenso *Böttcher ZVG*⁶ (2016), § 93 Rz. 6.

⁴⁰⁴ Siehe *BG v. 16.2.1999 – BGE* 125 III, 123 (126); *BG v. 26.11.2001 – BGE* 128 III 82 (84).

⁴⁰⁵ Legaldefinition in § 1090 ABGB: »Der Vertrag, wodurch jemand einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, heißt überhaupt Bestandsvertrag.«

⁴⁰⁶ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 156 Rz. 9; nach *Sailer JBl* 2010, 613 (621) im Wege einer schuldrechtlichen Vertragsübernahme.

⁴⁰⁷ Die Geltendmachung des Räumungsanspruchs ist dann »gehörige Aufkündigung«, wenn sie binnen »angemessener Frist« geschieht, s. *Iro* in: *Koziol/Bydlinski/Bollenberger ABGB*⁴ (2014), § 1121 Rz. 2.

Ersther zu übernehmen, so kommt eine Kündigung nicht bzw. nur nach den vertraglichen Regeln in Betracht⁴⁰⁸.

b) Nichtverbücherte Bestandsverträge

Ist schließlich das Bestandsrecht, wie wohl meist, nicht verbüchert, so geht man – offenbar in Anlehnung an § 1120 ABGB – von der Möglichkeit »gehöriger Aufkündbarkeit« aus⁴⁰⁹. Der Rechtslage zum erlöschenden verbücherten Recht (wie auch der zu §§ 57, 57 a ZVG) vergleichbar kann der Ersther nun vertraglich »verlängerte« Kündigungsfristen überwinden; Kündigungsbeschränkungen vor allem des Mietrechtsgesetzes⁴¹⁰ hat er indessen auch hier hinzunehmen.

c) Die EO-Nov. 2000

Trotz dieser (für Bietinteressenten recht günstigen) Rechtslage hat die EO-Nov. 2000 versucht, Mieterrechte weiter zurückzudrängen, vor allem aber Manipulationen entgegenzuwirken. Nach § 138 Abs. 2 EO bleiben Rechtshandlungen des Vollstreckungsschuldners, die dieser (das beschlagnahmte Grundstück betreffend) nach »Anmerkung der Verfahrenseinleitung« (⇒ § 137 EO) durchführt, gegenüber Gläubigern und Ersther ohne Wirksamkeit, sofern sie nicht in den Kreis der ordentlichen Verwaltung gehören⁴¹¹. Eine tatbestandsmäßige Rechtshandlung ist nach Vorstellung des Gesetzgebers auch die Begründung eines Mietvertrages durch den Schuldner⁴¹², es sei denn, der Kontrakt hat bereits den Einwand fehlender »Ernstlichkeit« (§ 869 S. 1 ABGB) gegen sich. Ob der Vertrag in doloser Absicht geschlossen ist, braucht nicht geprüft zu werden. Verträge außerhalb der Gattung »ordentliche Verwaltung« (aufgrund ungewöhnlich langer Befristung, ungewöhnlich niedrigen Mietzinses o.ä.) werden jedoch – zumal nach Anmerkung – oftmals in Vereitelungsabsicht geschlossen sein.

⁴⁰⁸ Siehe *OGH* v. 21. 6. 2000 – 1 Ob 344/99s, JBl 2000, 793 (794); *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 156 Rz. 9.

⁴⁰⁹ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 156 Rz. 9.

⁴¹⁰ Siehe §§ 30 ff. Mietrechtsgesetz v. 12. 11. 1981 (MRG), BGBl 1981/520.

⁴¹¹ Zur Tauglichkeit des Abgrenzungskriteriums der ordentlichen Verwaltung i.e. *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 138 Rz. 8 ff. – Hinsichtlich des Vertragsschlusszeitpunkts aber werden Täuschungsversuche häufig sein. Mit dem kontrollfähigen Zeitraum ab Anmerkung ist im übrigen auch zutreffend datierten Verträgen aus der Krise nicht beizukommen. Eine Bekämpfung doloser Verträge aus der Zeit vor Eintragung der Anmerkung ist aus dem österreichischen Recht nicht geläufig.

⁴¹² Siehe *RegE* (EO-Nov 2000), S. 43, 63; zust. *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 138 Rz. 8. – Die Norm bezieht sich also nicht nur auf *Verfügungen*. Zu den Dehnungsversuchen deutscher Dogmatik s. *BeckOGK/Muthorst* BGB (2012), § 135 Rz. 36 ff.

4. Das französische Recht

a) Kauf bricht nicht Miete

Nach Art. 1743 Abs. 1 Cc fr ist es dem Käufer eines vermieteten Grundstücks grundsätzlich nicht möglich, den (alten) Mieter schlicht zu verdrängen (»*expulser*«). Sofern jedoch das Objekt kein landwirtschaftlich genutztes ist, kann der Ersteher den Mieter jedenfalls *nach Maßgabe des Vertrages* zur Räumung zwingen (Art. 1743 Abs. 2 Cc fr).

b) Die Zwangsversteigerung

Auch wenn der Erwerb statt auf Kauf auf gerichtlichem Zuschlag der *saisie immobilière* beruht, können dem Ersteher Rechte aus Mietvertrag entgegengehalten werden. Handelt es sich um einen befristeten Vertrag von maximal zwölf Jahren Dauer, so kann sich der Mieter darauf unproblematisch berufen. Ist die Vertragsdauer länger, so gelingt der weitergehende Einwand (über zwölf Jahre hinaus) nur dann, wenn der Vertrag im »*service chargé de la publicité foncière de la situation des immeubles*«⁴¹³ registriert worden ist (Art. 28 Décret 55-22 v. 4. 1. 1955)⁴¹⁴.

Nicht einwenden kann der Mieter grundsätzlich Rechte aus Verträgen, die vom Vollstreckungsschuldner erst *nach* Einleitung des Versteigerungsverfahrens (»*après l'acte de saisie*«) begründet worden sind (Art. L. 321-4 Abs. 1 Cpce)⁴¹⁵. Art. L. 321-4 Abs. 1 Cpce hält es insofern mit dem Vorläufer aus Art. 684 aCpc. Zu diesem hatte der *Cour de cassation* jedoch entschieden, daß Rechte aus nachträglich geschlossenem Mietvertrag durchaus eingewendet werden können, sofern der Ersteher die Verträge schon vor Zuschlagserteilung kannte⁴¹⁶. Dies hat Art. L. 321-4 Cpce jedenfalls nicht kodifiziert.

Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Vertragseingehung trifft den Mieter (Art. L. 321-4 Abs. 2 Cpce). Diese Verlegenheiten kann der sorgfältige Mieter durch Registrierung im »*service chargé de la publicité foncière de la situation des immeubles*«⁴¹⁷ des grundsätzlich nicht formpflichtigen Mietvertrages (Art. 1714 Cc fr) vermeiden⁴¹⁸.

⁴¹³ Siehe Artt. 2426, 1°, 2427 ff. Cc fr.

⁴¹⁴ Siehe *Cour de cassation* (2° civ.) v. 6. 6. 2013 – 12-16.042; *Leborgne/Salati* Cpce³ (2015), Anm. zu Art. 28 Décret 55-22 [Anhang zu Art. L. 321-4]; *Perrot/Théry* Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 850 bei C; *Venandet/Ancel/Henry/Tisserand-Martin/Wiederkehr* Cc fr¹⁵ (2015), Art. 1743 Anm. 3.

⁴¹⁵ Ist der Mietvertrag wider Erwarten sehr vorteilhaft für den Ersteher, steht es diesem frei, den Schutz aus Art. L. 321-4 Cpce ungenutzt zu lassen, s. *Perrot/Théry* Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 850 bei C und noch Art. 684 aCpc.

⁴¹⁶ *Cour de cassation* (3° civ.) v. 23. 3. 2011, Bull. civ. III Nr. 43; zust. *Leborgne/Salati* Cpce³ (2015), Art. 684 aCpc Anm. 3.

⁴¹⁷ Siehe Artt. 2426, 1°, 2427 ff. Cc fr.

⁴¹⁸ Siehe *Perrot/Théry* Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 850 bei C.

Das französische Recht steht somit in gewisser Nähe zu § 138 Abs. 2 EO und § 24 ZVG. Art. L. 321-4 Abs. 1 Cpce ist aber restriktiver, indem er selbst Verträge im Rahmen ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht privilegiert. Er schöpft seine Möglichkeiten jedoch insofern nicht voll aus, als er nicht zugleich auch auf eine Überlassung der Mietsache vor Beschlagnahme besteht. Er setzt vielmehr auf die Beweislastregel.

5. Das niederländische Recht

a) Kauf bricht nicht Miete

Da das niederländische Recht den Erwerb des Meistbietenden nicht auf hoheitlichen Zuschlag stützt, sondern (materiell) kaufrechtlich organisiert (*»executoriale verkoop«*), gilt der Satz »Kauf bricht nicht Miete« somit auch hier (Art. 7:226 Abs. 1 BW⁴¹⁹; Art. 16 Abs. 3 S. 1 AVVE 2006). Dennoch ordnet Art. 20 Abs. 2 AVVE 2006 variantenreich den möglichen Inhalt besonderer Versteigerungsbedingungen. Dabei wird die Übernahme von Miet- oder Pachtverträgen als möglich, aber durchaus nicht als zwingend behandelt.

b) Die »huurbeding«

aa) Das Effizienzanliegen des Art. 3:264 BW

Die *hypothek* kann – für den Grundstückseigentümer beschränkend – mit registertauglichen Nebenabreden im Hypothekenbrief (*»hypothekakte«*) verbunden werden. Möglich ist der Ausschluß bzw. die Beschränkung der Vermietbarkeit des Grundstücks (Art. 3:264 Abs. 1 BW: *»huurbeding«*)⁴²⁰, sofern die Liegenschaft bei Bestellung der Hypothek unvermietet ist (Art. 3:264 Abs. 1 und 4 S. 2 BW). Ist eine *hypothek*, verbunden mit einer *huurbeding*, bestellt, ein Mietvertrag im weiteren dann aber doch geschlossen worden, ist dieser Kontrakt grundsätzlich gegenüber jedermann wirksam; seine *Unwirksamkeit* können allein der Hypothekar sowie gegebenenfalls ein späterer *koper* aus der *executieveilen* geltend machen⁴²¹, und zwar vor allem gegenüber den Mietern des Objekts (Art. 3:264 Abs. 1 BW). Mit einer *huurbeding* unvereinbare Mietverträge sind mithin *relativ unwirksam*⁴²². Der Käufer erlangt diese Rechtsposition (Artt. 7:271 - 7:277 BW) jedoch nur, wenn der Hypothekar die Ausübung der *huurbeding* nach Maßgabe der Verkaufs-/Versteigerungsbedingungen der *executieveilen* dem Käufer überlassen bzw. übertragen hat. Handelt es sich um

⁴¹⁹ Für den Verkauf der Liegenschaft durch einen Gläubiger des Vermieters gilt nach Art. 226 Abs. 2 BW nichts anderes.

⁴²⁰ Siehe Nieper/Ploeger in: v. Bar (Hg.), SachenR in Europa III (1999), S. 219.

⁴²¹ Voraussetzung der Geltendmachung ist nach Art. 3:264 Abs. 2 BW die Zustellung einer Ankündigungs- oder Übernahmeurkunde im Sinne des Art. 544 WBRv.

⁴²² Siehe Wouters Het wetsvoorstel Executieveilen (2013), S. 21, 24 f.

Wohnraummiete, so kann der *koper* die Räumung gegen den Mieter nur mit Erlaubnis des Präsidenten der *rechtbank* betreiben (Art. 3:264 Abs. 5 BW). Dieser erlaubt die zwangsweise Räumung, sofern nicht die Befriedigung aller Gläubiger durchaus auch bei Fortsetzung des Mietvertrages möglich ist (Art. 3:264 Abs. 6 BW). Schadensersatzansprüche des weichenden Mieters gegen den bisherigen Eigentümer (= Vermieter = Vollstreckungsschuldner) wegen Pflichtverletzung nehmen an der Erlösverteilung privilegiert teil (Art. 3:264 Abs. 7 BW)⁴²³.

Durch die Übernahme der *huurbeding* des Hypothekenbriefs in die öffentlichen Register (*»inschrijving in de daartoe bestemde openbare registers«*)⁴²⁴ sind offenbar strategisch einsetzbare, zweifelhafte Vertragszustände wie im deutschen Recht nicht möglich. Der Sicherungsnehmer kann über derart verdinglichte Nebenabreden eine wirksame Schuldnerobstruktion (\Rightarrow Scheinmietverträge) vermeiden, muß dazu aber freilich bei Zeiten tätig werden.

bb) Attraktivitätssteigerungen durch die Novelle 2015

Mit der Novelle 2015 ist Art. 3:264 Abs. 1 BW um einen zweiten Satz ergänzt worden. Der Hypothekengläubiger wird damit verpflichtet, sich vor Beginn der Versteigerung auf die *huurbeding* zu berufen bzw. diese ausdrücklich anzuzeigen, sofern die Liegenschaft zu Wohnzwecken vermietet ist⁴²⁵. Dies soll für Erwerbsinteressenten (vertriebsgünstig) eine zusätzliche Transparenz und Rechtssicherheit schaffen und Erlösaussichten steigern helfen⁴²⁶. Die Verpflichtung entfällt – gewissermaßen teleologisch begrenzt – nur dann, wenn die Vermietung offenbar verwertungsgünstig (lit. a)⁴²⁷ oder jedenfalls nicht verwertungsschädlich ist (lit. b)⁴²⁸ oder schließlich ein Nutzungskonflikt für förmliche Mieter aktuell nicht droht (lit. c)⁴²⁹. Denn für

⁴²³ Siehe *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 121.

⁴²⁴ Siehe *Nieper/Ploeger* in: v. Bar (Hg.), SachenR in Europa III (1999), S. 219.

⁴²⁵ Art. 3:264 BW nF. (26. 11. 2015) lautet:

(1)² De hypotheekhouder roept het huurbeding in voorafgaand aan de openbare verkoop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak [...]; s.a. *Wouters* Het wetsvoorstel executieveilen (2013), S. 32 ff., 35 ff.

⁴²⁶ Siehe *Wouters* Het wetsvoorstel Executieveilen (2013), S. 32 ff.

⁴²⁷ Art. 3:264 BW nF. (26. 11. 2015) lautet:

(1)² [...] tenzij er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat:
a. de instandhouding van de huurovereenkomst in het belang is van de opbrengst bij de openbare verkoop;

⁴²⁸ Art. 3:264 BW nF. (26. 11. 2015) lautet:

(1)² [...] tenzij er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat:
b. ook met instandhouding van de huurovereenkomst kennelijk een voldoende opbrengst zal worden verkregen om alle hypotheekhouders die het beding hebben gemaakt en dit jegens de huurder kunnen invoeren, te voldoen;

⁴²⁹ Art. 3:264 BW nF. (26. 11. 2015) lautet:

(1)² [...] tenzij er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat:

diese Fälle bedarf es bei Wohnraumvermietung keines werbenden Hinweises auf die dem Ersterer günstige *huurbeding*.

cc) Erfahrungen der Praxis mit der huurbeding

Dem niederländischen Gesetzgeber ging es bereits 1995 bei Einführung des Instituts (und in Abkehr von Art. 1230 BW aF.) darum, die wertmindernden Effekte einer Vermietung für die Kreditinstitute beherrschbar zu machen, die Attraktivität der *hypotheek* also zu steigern⁴³⁰. In der Praxis hat sich jedoch die Berücksichtigung von Art. 3:264 Abs. 4 BW als schwierig erwiesen. Dem zur Darlehensvergabe bereiten Kreditinstitut sowie (in der Krise) dem »Versteigerungs-Notar« wie schließlich auch den Bietinteressenten muß daran gelegen sein, die aktuelle Nutzungssituation in Erfahrung zu bringen. Das Einwohnermelderegister ist hier eine Stütze; vollkommen verlässlich ist es nicht⁴³¹. Abhilfe soll eine Besichtigung des Hausgrundstücks durch den Notar schaffen⁴³², dessen nähere Eingriffskompetenzen aber rechtlich bislang im Dunkeln liegen. Sind der Eigentümer und weitere Personen als Bewohner des Grundstücks gemeldet und handelt es sich um Partner oder Familienangehörige des Eigentümers, so ist eine Interessenwahrung des Hypothekars wie des Meistbietenden (*kopers*) auch hier nur unter förmlicher Berufung auf die *huurbeding* möglich. Vor allem muß die Bank bei Kreditvergabe die Stärke der einzutragenden *huurbeding* bewerten, also feststellen, ob eine nach Art. 3:264 Abs. 4 BW unbedenkliche Nutzungssituation besteht. Der Umstand, daß der Mietvertrag im niederländischen Recht jedenfalls gewöhnlich der Schriftform genügt⁴³³, entschärft dieses Risiko nicht. Und schließlich: Daß die zuständigen Gerichte in Ausfüllung des Art. 3:264 Abs. 6 BW Räumungsfristen ganz unterschiedlicher Länge (zwischen drei Tagen und zwei Monaten) setzen, schwächt die Attraktivität des Instituts. Mit der raschen Beschaffung eines prinzipiell durchsetzbaren Titels hat das niederländische Recht indes dem deutschen viel voraus. Denn dort hat der Ersterer sich häufig auch mit solchen Mietverträgen auseinanderzusetzen, die mit Angehörigen nur zum Schein eingegangen wurden⁴³⁴.

c. er geen personen krachtens huurovereenkomst gebruik kunnen maken van het bezwaarde goed op het moment van bekendmaking van de executoriale verkoop, bedoeld in art. 516 WBRv.

⁴³⁰ Siehe *Kamerstukken II* (1981/82), 17 496, Nr. 2, S. 43; *Wouters* Het wetsvoorstel Executieveilen (2013), S. 16 ff. – Die Reform war durch eine Entscheidung des *Hoge Raad* v. 14. 5. 1976 angestoßen worden.

⁴³¹ Siehe *Wouters* Het wetsvoorstel Executieveilen (2013), S. 27.

⁴³² Siehe *Wouters* Het wetsvoorstel Executieveilen (2013), S. 27.

⁴³³ Vgl. *Wouters* Het wetsvoorstel Executieveilen (2013), S. 27.

⁴³⁴ Siehe etwa *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 196 ff., 200 ff., 392 f.

6. Das schwedische Recht

Die schwedische Regelung der Mieterrechte in der Zwangsversteigerung ist eigenwillig⁴³⁵ und für den deutschen Juristen durchaus gewöhnungsbedürftig.

a) Grundsatz: Kauf (durch Zwangsverwertung) bricht ›nichtprivilegierte‹ Miete

Ein den deutschen Regeln des § 57 ZVG in Verb. mit § 566 BGB ähnlichen Grundsatz kennt das schwedische Recht so nicht. Vielmehr enden solche Mietverhältnisse, denen ein besonderer Bestandsschutz sowie eine Registrierung in der Gläubigeraufstellung (»sakägarförteckning«) fehlt, mit der Versteigerung ohne Kündigung⁴³⁶. Dies ist jedoch, wie die weitere Darstellung zeigen wird, außerordentlich selten.

Um diese schädliche Rechtsfolge (durch Erfassung in der »sakägarförteckning« ›einstweilen‹) abwenden zu können, ist freilich die Kenntnis des Mieters vom anhängigen Verfahren unerlässlich. Das *Handbok* der *Kronofogden* sieht daher eine entsprechende Initiative der zuständigen Vollstreckungsbehörde vor⁴³⁷.

b) Kauf (durch Zwangsverwertung) bricht nicht Miete, sofern ...

aa) ... sie auf einem unbefristeten schriftlichen Wohnraummietvertrag beruht

Wohnraummietverträge, die schriftlich auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurden, unterliegen dem besonderen Schutz des 7:16 (1, 2) JB, sofern das Grundstück als Mietsache (»hyreshusenhet«) besteuert wird. Dies gilt faktisch für fast alle Wohnraummietverträge⁴³⁸. Sie gelten im Falle der Zwangsversteigerung unabhängig von den vollstreckungsrechtlichen Bestimmungen *stets* gegenüber dem Ersterher fort⁴³⁹. Auch gilt das Sonderkündigungsrecht aus 12:46 (2) UB in diesen Fällen nicht. Ein weitergehender Schutz der Mieter ist *hier* also entbehrlich. Gleichwohl erstrebte Grundbuchregistrierungen durch Mieter werden häufig durch entsprechende Vertragsbestimmungen abgewehrt⁴⁴⁰.

In den Gesetzgebungsmaterialien zu 7:16 (1, 2) JB⁴⁴¹ tritt die Zerrissenheit des schwedischen Gesetzgebers zwischen den Zielen des Mieterschutzes einer-

⁴³⁵ So auch *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 254.

⁴³⁶ Siehe *Högsta domstolen* NJA 1976, 478 = RIC 64/76: Versteigerung eines auf fünfzehn Jahre vermieteten Ferienhauses, indessen ohne Erfassung in der Gläubigeraufstellung.

⁴³⁷ Siehe *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.2.1 (S. 349 f.).

⁴³⁸ Diesen Hinweis verdanken wir *Fredrik Vinge*, Göteborg.

⁴³⁹ Siehe auch *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 254 aE.

⁴⁴⁰ *Stempel* in: *Hadding/Welter* (Hg.), Realkredit und Grundstücksverkehr in Europäischen Ländern II (1998), S. 137 (156).

⁴⁴¹ *Prop.* 1983/84:137, S. 107 (109 f.)

seits und der Abwehr von Mißbrauchsstrategien unredlicher Schuldner andererseits zutage. Vor allem die Beschränkung auf einschlägig besteuerte Grundstücke⁴⁴² sowie auf unbefristete Verträge⁴⁴³ zeigt die Bemühungen um einen interessengerechten Ausgleich.

bb) eine vorrangige Eintragung vorliegt

Mieter sind prinzipiell in der Lage, die Eintragung ihrer obligatorischen Rechte als sogenannte (quasidingliche⁴⁴⁴) »Nutzungsrechte« im Grundbuch zu erwirken (23 JB)⁴⁴⁵. Dies wird jedoch für (ohnehin stark geschützte) Wohnungen kaum praktisch. In der Praxis sind es eher die Gewerberaummietverträge, die zur Eintragung gebracht werden, etwa dann, wenn der Mieter erhebliche Verwendungen auf die Mietsache gemacht hat. Hat so eine Eintragung stattgefunden und gehen die obligatorischen Rechte dem betreibenden Gläubiger (»*exekutionsfordran*«) im Rang vor, so gelten diese zugunsten des Mieters auch nach dem Verkauf fort (12:33 (1) UB)⁴⁴⁶. Die Behörde nimmt eingetragene Rechte dieser Art ohne Angabe eines Betrages in die *sakägarförteckning* (Gläubigeraufstellung) auf (12:29 (1, 4) UB). Aufgrund der Vorrangigkeit ist dem Ersteher eine Kündigung verwehrt.

cc) ... ein behördlicher Vorbehalt vorliegt

Ist das Mietrecht nachrangig, hat die *Kronofogden* Gestaltungsspielräume bei der Anordnung »ausdrücklicher« Vorbehalte im Sinne einer Rechtswahrung, eines Bestandsschutzes⁴⁴⁷. Diese kann sie unter Eintragung in der *sa-*

⁴⁴² Prop. 1983/84:137, S. 109 (übersetzt): »Die Untersuchungskommission hat jedoch festgestellt, daß dieses Risiko [Abschluss mißbräuchlicher Mietverträge] zumindest, wenn es um Mietgrundstücke (»*hyresfastigheter*«) geht, gering ist. Die Kommission hat daher vorgeschlagen, es solle ein erhöhter Schutz von Mietrechten bei der Versteigerung von Mietgrundstücken gelten, d.h. bei der Versteigerung von Grundstücken, die als *andere Grundstücke* besteuert sind und dabei als Mietobjekt (»*hyreshusenhet*«) bezeichnet werden.«

⁴⁴³ Prop. 1983/84:137, S. 109 (übersetzt): »Ich habe deshalb beschlossen, den Vorschlag der Untersuchungskommission so dahin zu ergänzen, daß nur Mietrechte an befristet überlassenem Wohnungseigentum dem vollen Schutz bei Zwangsversteigerungen unterliegen.« Siehe auch Jensen Panträtt i fast egendom¹⁰ (2016), S. 255.

⁴⁴⁴ Siehe näher v. Bar Gemeineuropäisches SachenR I (2015), Rz. 377.

⁴⁴⁵ Siehe auch Stempel in: Hadding/Welter (Hg.), Realkredit und Grundstücksverkehr in Europäischen Ländern II (1998), S. 137 (156).

⁴⁴⁶ Siehe näher *Kronofogden* Handbok Utmätning (2015), 11.2.1 (S. 349 f.); Walin Utsökningsbalken⁴ (2009), Kap 12 § 33 (S. 469).

⁴⁴⁷ Walin Utsökningsbalken⁴ (2009), Kap 12 § 33 (S. 470); *Kronofogden* Handbok Utmätning (2015), 11.2.1 (S. 349 f.): Rechte, die üblicherweise nach 12:33 (2) UB vorbehalten werden können, sind etwa Mietverhältnisse über Wohnraum, der nicht unter 7:16 JB fällt. In neuerer Zeit geht es vor allem um die besonders nachteilsträchtigen Mietverhältnisse über Einfamilienhäuser. Siehe auch Jensen Panträtt i fast egendom¹⁰ (2016), S. 255 und Stempel in: Hadding/Welter (Hg.), Realkredit und Grundstücksverkehr in Europäischen Ländern II (1998), S. 137 (156).

kägarförteckning (Gläubigeraufstellung) einführen, sofern sie der Ansicht ist, daß der Vorbehalt zugunsten eines Mieters in der Verwertung besserrangigen Rechten nicht zum Nachteil gereicht, also den Inhabern privilegierter Rechte nicht schadet (12:33 (2) UB) (sog. Unbedenklichkeitsprüfung [*»oskadlighetsprövning«*]).

Ein Schaden droht, wenn der Kaufpreis *mit* Rechtsvorbehalt niedriger ist und die vorrangigen Gläubiger hierdurch weniger erhalten, als wenn das Recht nicht vorbehalten worden würde. Belange des Grundstückseigentümers bleiben dabei unberücksichtigt, da er selbst das Recht gewährt oder das mit diesem Recht belastete Grundstück erworben hat (*prop.* 1971:20 S.148). Stellt die *Kronofogden* eine entsprechende Prognose, so sind dabei die Bedingungen zu berücksichtigen, unter denen das Grundstück überlassen wurde. Die Behörde ist gehalten, den betroffenen Parteien rechtliches Gehör zu gewähren.

dd) ... ein erfolgreicher Vorbehaltsausruf erfolgt

Ist das (nicht im Sinne des oben IX 6 b aa privilegierte) Recht in die Gläubigeraufstellung (*»sakägarförteckning«*) aufgenommen, geht es aber der *exekutionsfordran* im Range nach und wird es nicht durch die *Kronofogden* für »unbedenklich« befunden, so bleibt als letzte Bestandsschutzchance der sogenannte Vorbehaltsausruf (*»förbehållsutrop«*) nach 12:39 UB. Bei diesem (dem deutschen § 59 ZVG grob vergleichbaren) Verfahren⁴⁴⁸ erfolgen jeweils mehrere Versteigerungsdurchgänge sowohl ohne als auch mit Fortbestehensvorbehalt des betroffenen (Miet-)Rechts. Führt ein Meistgebot *mit* Vorbehalt dazu, daß vorrangige Gläubiger nicht schlechter stehen als ohne das Bestehenbleiben dieses Recht, so setzt sich dieses durch⁴⁴⁹.

c) Kündigungsrecht des Erstehers bezüglich übriger in der Gläubigeraufstellung aufgeführter Mietverträge

Fehlen dem Mietvertrag Privilegien als unbefristete Wohnraummiete, als vorrangig eingetragenes Nutzungsrecht, aus behördlichem Vorbehalt oder schließlich aus erfolgreichem Vorbehaltsausruf, ist er aber in der *sakägarförteckning* (Gläubigeraufstellung) erfaßt, so gilt folgendes: Die Rechte aus (Gewerberaum-)Mietvertrag bestehen auch hier fort, sind aber nun dem Sonderkündigungsrecht des 12:46 UB ausgesetzt. Der Ersteher kann nach dem amtlich bekanntgemachten Termin der Erlösverteilung (*»tillträdesdagen«* =

⁴⁴⁸ Sehr verständlich (unter Anführung eines Beispiels) dargestellt bei *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 255-258.

⁴⁴⁹ Siehe auch *Stempel* in: *Hadding/Welter* (Hg.), *Realkredit und Grundstücksverkehr in Europäischen Ländern II* (1998), S. 137 (156).

Fertigstellungstermin⁴⁵⁰) binnen eines Monats kündigen (12:46 (2, 1) UB)⁴⁵¹ Versäumt er dies, »gilt der Vertrag gegen ihn« (12:46 (2, 2) UB). Auf die Kündigungsmöglichkeit weist die *Kronofogden* den Ersteher hin⁴⁵².

d) Anschlußproblem der Wiedereinweisung

Während sich im deutschen Recht bei drohender Obdachlosigkeit das öffentliche Recht mit der vorübergehenden Wiedereinweisung eines Räumungsschuldners befaßt (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)⁴⁵³, weist 12:36 (3) UB diese Aufgabe der *Kronofogden* Vollstreckungsbehörde zu (⇒ maximal für drei Monate). Dieses verlängerte Wohnrecht wird auf Anmeldung im Zuge der Schulden-Erörterung (»*sakägarförteckning*«) bereits Teil der Verkaufsbedingungen, kommt aber recht selten zum Einsatz⁴⁵⁴.

7. Das polnische Recht

a) Kauf bricht nicht Miete

Das polnische Recht folgt wiederum dem Grundsatz »Kauf bricht nicht Miete« und hält es damit auch in der Zwangsversteigerung so (Art. 1002 Abs. 1 kpc)⁴⁵⁵. Der Ersteher rückt in die Vermieter- bzw. Verpächterposition des Eigentümers ein und kann dem Mieter oder Pächter nach Maßgabe der gesetzlichen oder vertraglichen Regeln kündigen. Etwas anderes gilt dann, wenn das (formwirksam geschlossene) Dauerschuldverhältnis ein befristetes ist und die Miet- bzw. Pachtsache dem anderen Teil bereits überlassen wurde (Artt. 678, 694 kc). Seit 2012 ist der Mieterschutz jedoch gelockert. Ist der Mietvertrag auf mehr als zwei Jahre befristet, so kann der Ersteher jetzt binnen eines Monats ab Rechtskraft der eigentumszuerkennenden Entscheidung mit einjähriger Frist kündigen (Art. 1002 kpc).

b) Verwertungsvereitelung / Schuldnerstrategien

Eine Vermietung des Grundstücks *nach* Beschlagnahme ist relativ unwirksam (Art. 930 § 4 kpc). Dennoch werden befristete Vertragsverhältnisse von Vollstreckungsschuldnern – offenbar unter Rückdatierung – oft mißbräuchlich zu nur symbolischen Entgeltbeträgen geschlossen, um Bietinteressenten

⁴⁵⁰ Siehe 12:36 (3, 1) UB.

⁴⁵¹ Siehe näher *Walin* Utsökningsbalken⁴ (2009), Kap 12 § 46 (S. 501); *Kronofogden* Handbok Utmätning (2015), 11.4.2 (S. 362).

⁴⁵² Siehe näher *Kronofogden* Handbok Utmätning (2015), 11.4.2 (S. 362).

⁴⁵³ Siehe etwa *OVG Lüneburg* NJW 2010, 1094 (1095 f.); *VG Bayreuth* Urtr. v. 11.9.2015 – B 1 K 15.32, BeckRS 2015, 56492.

⁴⁵⁴ So *Kronofogden* Handbok Utmätning (2015), 11.4.3 (S. 363).

⁴⁵⁵ Siehe *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 404.

abzuschrecken und so den Steigerungserwerb zu vereiteln⁴⁵⁶. Selbst wenn ein hinreichendes Gebot den Zuschlag erhält, ist der Ersteher nicht dem deutschen § 93 ZVG vergleichbar ausgestattet. Denn handelt es sich um Wohnraummiete, ist der Mieter aber trotz Beendigung des Kontrakts durch Zeitablauf oder Kündigung nicht zur Rückgabe bereit, so ist eine Räumungsvollstreckung nur mit Hilfe eines separat im Erkenntnisverfahren erwirkten Titels möglich. Die Räumungstitel-Eigenschaft nach Art. 999 § 1 S. 2 kpc wird vom Mieterschutz überlagert⁴⁵⁷. Seit der kpc-Novelle 2005 kommt die Bereitstellung von Ersatzwohnraum für den ehemaligen Mieter hinzu⁴⁵⁸. Der Befund zeigt, daß pacht- und vor allem (wohnraum-)mietvertragliche Schuldnerobstruktion von der polnischen Zwangsversteigerung in noch stärkerem Maße ermöglicht (wenn nicht gar gefördert) wird als von der deutschen.

8. Handlungsempfehlung: Einschränkung des Schuldnerprivilegs »ordnungsgemäße Wirtschaft« (§ 24 ZVG) oder Nichtvermietbarkeits-Klausel (*huurbeding*)

a) *Kleine Lösung*

Lege ferenda würde es die Verwertbarkeit mit Hilfe deutscher Versteigerungsregeln stärken können, wenn § 57 ZVG sich – nach *Wolffscher* Deutung und an die französische Regel angelehnt – umfassend nur noch auf solche Verträge einließe, zu denen die Überlassung der Mietsache bereits vor der Beschlagnahme stattgefunden hat. So läßt sich Rückdatierungen am besten begegnen. Die substantielle Entscheidung, Verwaltung und Benutzung durch den Vollstreckungsschuldner einzuschränken, scheint (mit der französischen Haltung) angemessen.

Unabhängig von den Anregungen ausländischen Rechts könnte man den Bietinteressenten auch derart entgegenkommen, daß man für Mietverträge eine Anmeldeobliegenheit begründet. Eine solche Obliegenheit ist freilich nicht ohne Gefahr für »echte« (schützenswerte) Mieter, so daß der Verfasser dem seinerzeit (schweren Herzens) eine Absage erteilt hat⁴⁵⁹. Es will auch nicht gelingen, allen wahren Mietern nur dann die Rechte aus dem Vertrag zu nehmen, wenn sie *trotz vorherigen Hinweises* untätig geblieben sind. Derartige gerichtliche Hinweise (inklusive solcher Personen, die nur möglicherweise einen eigenen Mietvertrag unterhalten) sind *umfassend* kaum durchführbar. Es bleibt die Ermittlung

⁴⁵⁶ So Kuglarz/Pawlak in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 404, 430 f.

⁴⁵⁷ Anders *Zadworny Rpfleger* 2012, 4 (6)?

⁴⁵⁸ Siehe Kuglarz/Pawlak in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 425.

⁴⁵⁹ Siehe *Bartels Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 195 ff., 392 f.

durch den Sachverständigen und die entsprechende Erfassung festgestellter Mietverträge im Gutachten. Die Beschädigung der Verwertbarkeit durch tatsächlichen oder scheinbaren Abschluß von Mietverträgen ist damit natürlich nicht abgewendet. Zu beachten ist schließlich (wie oben bereits angeführt), daß auch solche Verträge Beanstandung verdienen, die zwar – anders als in Fällen des § 117 BGB – ernsthaft durchgeführt werden sollen, aber (gegebenenfalls gerade dadurch) den Zweck der Verwertungsvereitelung verfolgen⁴⁶⁰.

Im Rahmen einer kleinen Lösung böte sich daher die Ergänzung des § 57 ZVG an, und zwar mit dem Wortlaut:

§ 24 ZVG [Verwaltung und Benutzung durch den Schuldner]

¹ Die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks verbleibt dem Schuldner nur innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft. ² § 57 Abs. 1 bleibt davon unberührt.

§ 57 ZVG [Mieter, Pächter]

(1) Ist das Grundstück einem Mieter oder Pächter *bei Anordnung der Zwangsversteigerung bereits* überlassen, so finden die Vorschriften der §§ 566, 566 a, 566 b Abs. 1, §§ 566 c und 566 d des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach Maßgabe der §§ 57 a und 57 b entsprechende Anwendung.

b) Große Lösung

Die niederländische Lösung ermutigt freilich zu noch effizienterer Attraktivitätssteigerung. Gibt man bei Bestellung eines Grundpfandrechts dem Erwerber die Möglichkeit, eine in Brief und Grundbuch eingetragene *huurbeding*, also eine »Nichtvermietbarkeits-Klausel« aufnehmen zu lassen, so wäre dies im Versteigerungsfalle ohne Frage ein Vertriebs-Plus. Erwerbsinteressenten könnten davon ausgehen, daß dennoch vorhandene Mieter ihre Vertragsrechte (dem Grundpfandgläubiger, vor allem aber) *dem Ersteher gegenüber* nicht einzuwenden in der Lage wären. Es bedürfte keiner fristgerechten Kündigungen; es bedürfte auch keiner rechtlich aufwendigen Prüfung, ob ein Vertrag möglicherweise nur zum Schein oder – nach geltendem Recht von Belang – unter Rückdatierung abgeschlossen worden ist. Trotz der im niederländischen Recht vorgesehenen (privilegierten) Mieteransprüche auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung (des Vermieters) bliebe freilich das Mieter-Risiko, die Wohnung räumen zu müssen, wenn man sich bei Anmietung über die Rechtslage im Grundbuch nicht hinreichend informiert hat. Dies scheint uns, auch mit Blick auf günstige Unterstützung durch Mietervereine etc., jedoch kein triftiger Einwand zu sein. Anders als jetzt durch Art. 3:264 Abs. 1 S. 2 BW nF. mühsam aufgenommen, wäre die Eintragung einer *huurbeding*, also eine »Nichtvermietbarkeits-Klausel«, im Rahmen der

⁴⁶⁰ Siehe Bartels Dogmatik und Effizienz (2010), S. 393.

Bekanntmachung gemäß § 66 Abs. 1 ZVG vor Eintritt in die Bietstunde zu verlesen. Sie könnte ebenfalls in die amtliche Bekanntmachung nach §§ 38 ff. ZVG aufgenommen werden.

Im Rahmen einer großen Lösung böte sich daher das Hinzusetzen folgender Vorschriften an:

§ 1113 BGB Gesetzlicher Inhalt der Hypothek

(2) Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden.

(3)¹ *Zusammen mit der Hypothek kann das Grundstück derart belastet werden, daß sowohl Vermietung als auch Verpachtung desselben für die Dauer der Eintragung unzulässig sind.*² *Verbotswidrig abgeschlossene Miet- oder Pachtverträge sind gegenüber dem Hypothekar sowie gegenüber dem Ersteher in der Zwangsversteigerung unwirksam, sofern das Grundstück dem Mieter oder Pächter erst nach Eintragung überlassen worden ist.*

§ 1115 BGB Eintragung der Hypothek

(1) Bei der Eintragung der Hypothek müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag sowie *schließlich im Falle Nichtvermietbarkeitsvereinbarung deren Vorliegen* im Grundbuch angegeben werden.

§ 11 Grundbuchverfügung

(5)¹ In der Spalte 4 wird das Recht inhaltlich eingetragen, einschließlich der Beschränkungen des Berechtigten in der Verfügung über ein solches Recht *so wie der Nichtvermietbarkeit des Grundstücks.*

§ 38 ZVG [Weitere Angaben in der Terminbestimmung]

(1)¹ Die Terminbestimmung soll die Angabe des Grundbuchblatts, der Größe und des Verkehrswerts des Grundstücks enthalten.^{1a} *Sofern zusammen mit einem Grundpfandrecht eine Nichtvermietbarkeit eingetragen ist, soll dies ebenso angegeben werden.*² Ist in einem früheren Versteigerungstermin der Zuschlag aus den Gründen des § 74 a Abs. 1 oder des § 85 a Abs. 1 versagt worden, so soll auch diese Tatsache in der Terminbestimmung angegeben werden.

§ 57 ZVG [Mieter, Pächter]

Ist das Grundstück einem Mieter oder Pächter überlassen, so finden die Vorschriften der §§ 566, 566 a, 566 b Abs. 1, §§ 566 c, 566 d und § 1113 Abs. 3 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach Maßgabe der §§ 57 a und 57 b entsprechende Anwendung.

§ 66 ZVG [Verfahren im Termin]

(1)¹ In dem Versteigerungstermin werden nach dem Aufruf der Sache die das Grundstück betreffenden Nachweisungen, die das Verfahren betreibenden Gläubiger, deren Ansprüche, die Zeit der Beschlagnahme, der vom Gericht festgesetzte Wert des Grundstücks und die erfolgten Anmeldungen bekanntgemacht, hierauf das geringste Gebot und die Versteigerungsbedingungen nach Anhörung der anwesenden Beteiligten, nötigenfalls mit Hilfe eines Rechnungsverständigen, unter Bezeichnung der einzelnen Rechte festgestellt und die erfolgten Feststellungen verlesen.² *Zu den Nachweisungen im Sinne des Satzes 1 gehört auch der Umstand einer eingetragenen Nichtvermietbarkeit.*

X. Schuldnerobstruktion (Besichtigung der Liegenschaft)

1. Das deutsche Recht

Das ZVG gibt Gutachtern und Bietinteressenten bis heute keine Möglichkeit, beim Vollstreckungsgericht eine Besichtigung der beschlagnahmten Liegenschaft zu erwirken, diese also gegen den Willen des Vollstreckungsschuldners durchzusetzen. Oft verlegt sich der betreibende Gläubiger daher flankierend auf eine zusätzliche Zwangsverwaltung, die jedoch mangels Zwangsmitteln bei hartnäckiger Obstruktion des Schuldners auch nicht hilft. Gegen die Schwächen der Verfahrensordnung haben sich in der Literatur Bedenken erhoben⁴⁶¹. Es wird Abhilfe *lege ferenda* gefordert, teils auch Bewältigung durch analoge Anwendung des § 25 ZVG⁴⁶².

2. Das schweizerische Recht

In der Schweiz gehen Verwaltung und Bewirtschaftung des gepfändeten Grundstücks auf das Betreibungsamt über (Art. 102 Abs. 3 SchKG, Art. 16 Abs. 1 VZG), sofern sich dieses nicht im Besitz eines Dritten (»Drittansprechers«⁴⁶³) befindet. Die Verwaltung umfaßt einen Kreis ausdrücklich gelisteter Maßnahmen (Art. 17 VZG)⁴⁶⁴, ohne indessen auf die Besichtigung einzugehen. Ähnlich wie im deutschen Recht bedeutet die Verwaltung aber freilich auch die Möglichkeit, Dritten den Zugang zur Liegenschaft zu gewähren⁴⁶⁵. Vor allem für die Schätzung durch den Sachverständigen wird dies ausdrücklich angenommen (Artt. 9 Abs. 1, 17 VZG)⁴⁶⁶.

3. Das österreichische Recht

a) Die Besichtigung durch »Kauflustige«

Die wohl großzügigste Regelung führt die österreichische Exekutionsordnung. In der Zeit zwischen Bekanntmachung und Vornahme der Versteigerung hat der Vollstreckungsschuldner »Kauflustigen« die Besichtigung der Liegenschaft und des Zubehörs zu gestatten (§ 176 Abs. 1 S. 1 EO)⁴⁶⁷. Das Gericht wird indessen nur auf Antrag des betreibenden Gläubigers oder auch von Bietinteressenten tätig und setzt unter sorgfältiger (»tunlichster«) Berück-

⁴⁶¹ Jähne *Immobilienvollstreckung*² (2015), S. 39 f., 62, 64; Bartels *Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 216 ff.

⁴⁶² So Bartels *Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 222 ff.

⁴⁶³ Zum Begriff Kren Kostkiewicz *SchKR*² (2014), Rz. 768 ff.

⁴⁶⁴ Näher KBKS/Zopf *VZG* (2011) Art. 17 Rz. 3 ff.

⁴⁶⁵ Bartels *Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 224.

⁴⁶⁶ *AB Basel* *BlSchK* 2003, 231 f.; Brügger *SchKG Gerichtspraxis 1946 - 2005* (2006), S. 726.

⁴⁶⁷ Siehe auch Rechberger/Simotta *Exekutionsverfahren*² (1992), Rz. 486.

sichtigung der Schuldnerbelange geeignete Besichtigungszeiten fest (§ 176 Abs. 2 S. 1 EO). Diese sind umfänglich bekannt zu machen (§ 176 Abs. 2 S. 2 und 3 EO). Seit der EO-Novelle 2000 haben – anders als etwa in der Schweiz⁴⁶⁸ – auch Dritte die Besichtigung zu dulden (§ 176 Abs. 1 S. 2 EO)⁴⁶⁹. Die Novelle 2008 schließlich hat den zwangsweisen Zugriff bei Drittgewahrsam auch für den Fall eröffnet, daß es dazu gewaltsamer Öffnung von Haus- oder Wohnungstüren bedarf (§ 176 Abs. 3 EO)⁴⁷⁰. Für diese heiklen Fragen rekurriert die Norm auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 26, 26a EO. Funktional zuständig ist der Gerichtsvollzieher (»Vollstrecker«)⁴⁷¹.

b) Die Schätzung durch den Sachverständigen

Auch zum Zwecke der Wertermittlung sieht die Exekutionsordnung die gegebenenfalls zwangsweise Verschaffung eines Zutritts für Sachverständige und Gläubiger (Buchberechtigte) vor (§ 141 Abs. 3 EO), und zwar seit der Novelle 2008 wiederum auch dann, wenn die gewaltsame Öffnung von Haus- oder Wohnungstüren bei Drittgewahrsam erforderlich ist (§ 141 Abs. 3 a EO)⁴⁷². Obgleich die Schätzung unter Leitung des Sachverständigen geschieht, ist unmittelbarer Zwang vom Gerichtsvollzieher auszuüben⁴⁷³.

4. Das französische Recht

Auch das französische Recht bemüht sich um auskömmliche Regeln für die dringend erforderliche Besichtigung der Liegenschaft – auch gegen den Willen des Vollstreckungsschuldners. Kommt es zu einem *vente forcée*, so bestimmt das Gericht auf Antrag des betreibenden Gläubigers die Modalitäten einer Besichtigung des Grundstücks (Art. R. 322-26 Abs. 2 Cpce), also vor allem Tag und Stunde der Begehung⁴⁷⁴.

5. Das niederländische Recht

Das Recht der Niederlande war auf Fragen der Besichtigung lange Zeit nicht eingerichtet. Erst zum 26. November 2015 ist

⁴⁶⁸ Siehe Art. 16 Abs. 1 Hs. 2 VZG und oben X 2.

⁴⁶⁹ Näher Angst in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 176 Rz. 1.

⁴⁷⁰ Siehe Angst in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 176 Rz. 3; *Rechberger/Oberhammer ExekutionsR*⁵ (2009), Rz. 292.

⁴⁷¹ Siehe *Heller/Berger/Stix* in: *Neumann/Lichtblau* EO⁴ (1972), Anm. zu §§ 175, 176; *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 176 Rz. 3 iVm. § 141 Rz. 9/1.

⁴⁷² Siehe *Neumayr/Nunner-Krautgasser* *ExekutionsR*³ (2011), S. 201; *Rechberger/Oberhammer* *ExekutionsR*⁵ (2009), Rz. 273.

⁴⁷³ Siehe Angst in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 141 Rz. 9.

⁴⁷⁴ Siehe *Leborgne* in: *Guinchard/Moussa* *Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 1367.152; *Perrot/Théry* *Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 941.

Art. 3:267 a BW

(1) De *hypotheekgever*, alsmede eenieder die een tot bewoning bestemde onroerende zaak gebruikt, is *verplicht te dulden dat* aan de zaak de gebruikelijke kennisgevingen van het te koop zijn worden aangebracht, en *aan belangstellenden gelegenheid te geven tot bezichtiging*.

(2) De in lid 1 bedoelde verplichtingen gelden vanaf het moment van aanzegging van de executie, als bedoeld in art. 544 WBRv.

(3) De *hypotheekhouder kan* ingeval van weigering *de bezichtiging doen plaatsvinden met behulp van de sterke arm*.

in Kraft getreten, der die Eigentümerduldung einer Augenscheinnahme vorschreibt (Art. 3:267 a Abs. 1 BW) und diese auch gegen seinen Willen mit polizeilicher Hilfe durchsetzbar macht (Art. 3:267 a Abs. 3 BW). Die Duldungspflicht setzt mit der Anzeige der Zwangsversteigerung nach Art. 544 WBRv⁴⁷⁵ ein (Art. 3:267 a Abs. 2 BW). Auch die *tweede kamer* verfolgt mit dieser Novelle freilich den Zweck einer Erlössteigerung zum Wohle *beider* Vollstreckungsparteien⁴⁷⁶ und sieht die so begründete Eingriffsermächtigung als zulässige Ausfüllung der Schrankenbestimmung in Art. 10 Abs. 1 der niederländischen Verfassung (Grondwet⁴⁷⁷) und vereinbar mit Art. 8 EMRK⁴⁷⁸. Für die Duldung *durch Mieter* der Liegenschaft bietet Art. 3:267 a BW – anders als das österreichische Recht⁴⁷⁹ – keine Grundlage⁴⁸⁰ und ist dafür bereits im Gesetzgebungsverfahren kritisiert worden⁴⁸¹. Vermissen wurde im Verfahren ferner die Möglichkeit, im Rahmen einer ersten (wohl nichtöffentlichen) Besichtigung Photos aus dem Inneren des Hauses zu machen⁴⁸².

6. Das schwedische Recht

Auch das schwedische Recht mutet dem Vollstreckungsschuldner (= Eigentümer) deutlich mehr zu als das deutsche und ist nochmals zupackender als das Recht der Niederlande. So bürdet 12:18 (2) UB dem Grundstückseigentümer (sowie ebenso dem Mieter bzw. sonstigen Nutzern) die rechtliche

⁴⁷⁵ Siehe *Jansen Executie- en Beslagrecht*⁴ (1990), S. 144 f.

⁴⁷⁶ Siehe *Wouters Het wetsvoorstel Executieveilen* (2013), S. 56.

⁴⁷⁷ Art. 10 Abs. 1 Grondwet [Privacy] lautet: »(1) Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

⁴⁷⁸ *Kamerstukken II* (2012/13), 33 484, Nr. 3, S. 19; dazu auch *Wouters Het wetsvoorstel Executieveilen* (2013), S. 57 ff.

⁴⁷⁹ § 176 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EO.

⁴⁸⁰ Nicht recht klar ist die Äußerung der Entwurfsbegründung, *Kamerstukken II* (2012/13), 33 484, Nr. 3, S. 19, die als Adressat der Duldungspflicht offenbar auch andere Bewohner als den Eigentümer selbst meinen.

⁴⁸¹ Siehe *Wouters Het wetsvoorstel Executieveilen* (2013), S. 59 f.

⁴⁸² *Wiertsema/Bremer Vastgoed Fiscaal Civiel 18* (2013), Heft 6, S. 6 (11), räumen offenbar Friktionen ihres Vorschlags mit Art. 139f Strafvetboek ein.

Verantwortung dafür auf, daß die Liegenschaft zu einem geeigneten Zeitpunkt besichtigt werden kann⁴⁸³. Darüber ist der Schuldner zunächst förmlich zu unterrichten (12:17 (2) *utsökningsförförordningen*)⁴⁸⁴. Nach Verständigung⁴⁸⁵ mit diesem entscheidet die Vollstreckungsbehörde sodann, wann das Grundstück besichtigt werden soll (12:14 (2) UB).

Kommt es zur Besichtigung, so ist der Vollstreckungsbeamte in der Regel zugegen. Dies wird praktisch auch deshalb so gehandhabt, weil der freihändige (oder vollstreckungsbasierte) Verkauf der Liegenschaft oftmals sehr rasch (unmittelbar unter dem Eindruck der Besichtigung) durchgeführt wird und die den Schuldner beeinträchtigende Begehung so wegen Zweckerreichung dringend beendet werden muß. Dafür hat der Vollstreckungsbeamte durch Fernhalten weiterer (verspäteter) Interessenten Sorge zu tragen⁴⁸⁶.

Die Besichtigung ist Vollstreckungshandlung (Amtshandlung), über die ein Protokoll angefertigt wird. Verweigert der Schuldner den Zutritt, ist er trotz behördlicher Ankündigung der Besichtigung abwesend oder liegen zugunsten des Gläubigers (andere) besondere Gründe vor, so hat die Vollstreckungsbehörde das Recht, sich zwangsweise, praktisch also mit Hilfe eines Schlüsseldienstes, Zutritt zu verschaffen (2:17 (2) UB)⁴⁸⁷.

7. Das polnische Recht

Auch die polnische Zwangsversteigerung wird dadurch beeinträchtigt, daß der Vollstreckungsschuldner dem Sachverständigen den Zutritt und so die Feststellung wertbildender Faktoren verweigert oder zumindest erschwert. Bemühungen des Sachverständigen enden so »häufig bereits mit der Augenscheinnahme des Gebäudes von außen«⁴⁸⁸. Die Bewertung der Immobilie wird erheblich behindert, der obstruktive Einsatz von Rechtsbehelfen gegen dennoch vorgelegte Gutachten (Art. 950 kpc) entsprechend aussichtsreicher⁴⁸⁹. Die Praxis sucht gegen derartigen Mißbrauch Hilfe in der Anord-

⁴⁸³ In die Pflicht genommen wird ferner auch der Inhaber (dinglicher) Nutzungsrechte (12:18 (2) UB); *Walin Utsökningsbalken*⁴ (2009), Kap 12 § 18 (S. 442).

⁴⁸⁴ Siehe *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.1.4 (S. 343 f.).

⁴⁸⁵ In der Praxis erhält der Grundstückseigentümer etwa eine Nachricht mit dem vorläufigen Besichtigungszeitpunkt. Ebenso ist es üblich, den Eigentümer zur Kontaktaufnahme mit der Vollstreckungsbehörde aufzufordern und einen Besichtigungszeitpunkt mitzuteilen, s. *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.1.4 (S. 343 f.).

⁴⁸⁶ Siehe *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.1.4 (S. 343 f.).

⁴⁸⁷ Nach *Jensen Panträtt i fast egendom*¹⁰ (2016), S. 240, führte erst die Überführung der ehemals separaten Zwangsversteigerungsvorschriften in das UB (1981) dazu, daß die Besichtigung des Grundstücks mit dem von 2:17 UB erlaubten Zwang erfolgen kann.

⁴⁸⁸ *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 430.

⁴⁸⁹ Siehe *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 427, 430.

nung einer Zwangsverwaltung (Art. 931 § 2 kpc)⁴⁹⁰. Stört der Schuldner oder ein Angehöriger seines Haushalts die Ausübung der Verwaltung, so kann der betreibende Gläubiger die *Einweisung* des Verwalters *durch den Gerichtsvollzieher* erwirken (Art. 933 kpc)⁴⁹¹. Der stattgebende Beschluß des Vollstreckungsgerichts ordnet so etwa die »Öffnung des Gebäudes« oder »die Beseitigung des Widerstands einer bestimmten Person« durch den Gerichtsvollzieher an⁴⁹². – Die Behinderung von Bietinteressenten, die sich einen direkten Eindruck von der Immobilie verschaffen wollen, wird in der polnischen Literatur, soweit ersichtlich, nicht behandelt.

8. Handlungsempfehlung: Einführung einer Duldungspflicht

a) Die österreichische Lösung als Vorbild

Die Möglichkeit einer Besichtigung der beschlagnahmten Liegenschaft ist ein Kernanliegen der Zwangsverwertung. Dies sehen die untersuchten Rechtsordnungen durchweg ebenso – mit Unterschieden im Detail. Fehlt eine Besichtigungsmöglichkeit, nimmt die Attraktivität des Ausgebots regelmäßig schweren Schaden. Die zupackende Lösung der österreichischen Exekutionsordnung bietet nicht nur die Möglichkeit, sich gegen den widerstrebenden Schuldner und Besitzer der Liegenschaft durchzusetzen. Sie geht vielmehr effizient darüber hinaus und eröffnet auch die zwangsweise Öffnung vermieteter Räume. Mit ihrer Ausführlichkeit hat sie der niederländischen, im Ergebnis vergleichbar druckvollen Lösung Entscheidendes voraus.

b) Verfassungsrechtliche Vorgaben – Eingriffsermächtigung

aa) Die tatbestandliche Enge des Art. 13 GG

Das deutsche Verfassungsrecht ist der Einführung einer Duldungspflicht, etwa über eine Ergänzung in § 25 ZVG, nicht günstig. Während Art. 115 Satz 2 der Weimarer Reichsverfassung einen bloßen Gesetzesvorbehalt führte und sich so allein gegen die Verwaltung, nicht gegen den Gesetzgeber richtete⁴⁹³, geht Art. 13 GG anders vor. Es ging dem Parlamentarischen Rat

⁴⁹⁰ Siehe Kuglarz/Pawlak in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 427.

⁴⁹¹ Kuglarz/Pawlak in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 397, sprechen von der Entziehung der »Herrschaftsgewalt« des Schuldners über die Liegenschaft (Art. 931 § 4 kpc).

⁴⁹² Siehe *Schlichte* Die Grundlage der ZV im polnischen Recht (2005), S. 230 f.

⁴⁹³ So treffend *Anschütz* Die Verfassung des Deutschen Reichs¹⁴ (1933), Art. 115 Anm. 2. Das geltende Verfassungsrecht adressiert mit dem (einfachen) Gesetzesvorbehalt freilich auch den Gesetzgeber, vgl. *Stern* Staatsrecht III/2 (1994), §§ 83 - 85; *Kloepfer* Verfassungsrecht II (2010), § 51 Rz. 80 ff.; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* Staatsrecht II³⁰ (2014), Rz. 285 ff.

ausdrücklich um die Begrenzung auf enumerative Eingriffsmöglichkeiten⁴⁹⁴. Die Fassung des Art. 13 Abs. 1, 2 und 7 GG Die Verfassungsnorm unterscheidet so – abgesehen von den neuen Regelungen zur akustischen Überwachung (Absätze 3 bis 6) – zwischen dem Eingriff mittels »Durchsuchung«⁴⁹⁵ (Abs. 2) und den »Eingriffen und Beschränkungen im übrigen« (Abs. 7). Erreicht ein Eingriff nicht die Qualität einer Durchsuchung, etwa weil er nicht auf ... gerichtet ist⁴⁹⁶, so kann er verfassungsrechtlich nur vor dem Hintergrund der besonderen Gefahrenabwehrtatbestände des Abs. 7 ›bestehen‹. Ob die gerichtlich angeordnete Wohnungsbegehung eines nach §§ 358 a, 402 ff. ZPO bestellten Sachverständigen unter Abs. 7 fällt, hat das BVerfG offengelassen, an dieser Subsumtion indessen gewisse Zweifel angemeldet⁴⁹⁷. Der Umstand, daß ein Eingriff ›unterhalb‹ einer Durchsuchung dennoch richterlich angeordnet ist, kann – gegen *Dagtolou*⁴⁹⁸ und andere⁴⁹⁹ – über Schwächen »bei« Absatz 7 nicht kompensatorisch hinweghelfen. So entscheidet die ganz herrschende Auffassung⁵⁰⁰ im Staatsrecht.

bb) Der Zuschnitt des Schutzbereichs des Art. 13 GG

Der Gedanke einer Schutzbereichsrestriktion *a limine* hat sich nur dort verlässlich durchsetzen können, wo es um rein berufliche Nutzung geht und die Besichtigungen während der gewöhnlichen Geschäfts- bzw. Öffnungszeit stattfindet⁵⁰¹. Erörtert werden unter diesem Aspekt aber ebenso *nicht-*

⁴⁹⁴ So namentlich v. Mangoldt und Carlo Schmid in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle V/1 (1993), S. 107; zusammengefaßt in: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR 1 (1951) 140. – Heute gilt die Norm dagegen allgemein als defizitär, s. dazu *Ennuschat* AöR 127 (2002), 252 (289) m. Nachw.

⁴⁹⁵ Dazu im vollstreckungsrechtlichen Kontext *N. Fischer* Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff (2006), S. 98 ff.

⁴⁹⁶ Siehe *BVerfGE* 76, 83 (89): »Dabei ist für den Begriff der Durchsuchung kennzeichnend das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.«; zust. *Papier* in: *Maunz/Dürig GG*⁷¹ (2014), Art. 13 Rz. 22; *Stern* Staatsrecht IV/1 (2006), § 99 VIII 3 b a, S. 274 f.; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* Staatsrecht II³⁰, Rz. 952.

⁴⁹⁷ *BVerfGE* 75, 318 (327 f.).

⁴⁹⁸ *BonnerKomm/Dagtolou GG*² (1966), Art. 13 Rz. 68 ff.

⁴⁹⁹ *AltKomm/Berkemann GG*³ (2001), Art. 13 Rz. 46; stärker der Eigenart des Art. 13 GG verhaftet will *Kühne* in: *Sachs GG*⁷ (2014), Art. 13 Rz. 52, aufgrund der schwachen Eingriffsintensität kompensatorisch die nachträgliche Richterkontrolle auf Antrag genügen lassen; (ohne Anknüpfung) wohl ebenso *BRat-E* BT-Drucks. 13/341, S. 16; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Lb*¹² (2010), § 3 Rz. 17; *N. Fischer* Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff (2006), S. 126.

⁵⁰⁰ Siehe *Hermes* in: *Dreier* (Hg.), *GG*³ (2013), Art. 13 Rz. 30; *Gornig* in: v. Mangoldt/Klein *GG*⁶ (2010), Art. 13 Rz. 57; *Figgener* Behördliche Begehungsrechte und Nachschaubefugnisse (2000), S. 70 ff.; *Ennuschat* AöR 127 (2002), 252 (287 ff.).

⁵⁰¹ *BVerfGE* 32, 55 (75 ff.); 97, 229 (265 f.); zust. *BonnerKomm/Herdegen GG*⁷¹ (1993), Art. 13 Rz. 72; *Papier* in: *Maunz/Dürig GG*⁷¹ (2014), Art. 13 Rz. 140; *Lübbe-Wolff*

gewerblich veranlaßte Fälle der Begehung, also vor allem Befugnisse »zum Betreten und Besichtigen von Räumen im Rahmen [...] der Aufsicht in Sozialversicherungsangelegenheiten (Aufsuchen von Kranken, Untersuchung von Unfällen u. ä.), der Aufsicht im Bereich des Immissionsschutz- und des Abfallrechts [...], der Gas- und Stromkontrolle durch öffentliche Anstalten, der Berufsausübung der Schornsteinfeger und der Brandüberwacher [...]«⁵⁰². Auch hier ist das Bestreben nach einer Schutzbereichsrestriktion groß⁵⁰³, aber bislang ohne vergleichbar klare Ergebnisse wie im gewerblichen Bereich.

cc) Der Befund im Prozeßrecht

Während sich die vermittelnde Kompensationslösung also im Verfassungsrecht nicht durchsetzen konnte, stehen im Zivilprozeß die Dinge anders. Prozeßrechtliche Gesetzgebung⁵⁰⁴, Rechtsprechung⁵⁰⁵ und Prozessualistik⁵⁰⁶ setzen sich fast durchgängig über den grundrechtsdogmatischen Blockade-Befund hinweg. Zwar hat das Erkenntnisverfahren mit der Reform 2001 einen grundrechtssensiblen⁵⁰⁷ § 144 Abs. 1 S. 3 ZPO⁵⁰⁸ erhalten. Für die Vollstreckung indessen gilt: Liegt eine gerichtliche Entscheidung vor, sind Eingriffe in Art. 13 Abs. 1 GG gerechtfertigt⁵⁰⁹.

Wie es sich bei der Zwangsräumung verhält, hat der Grundrechte-Senat des *BVerfG* recht knapp in einem *obiter dictum* v. 26.5.1993⁵¹⁰ skizziert. So

DVBl 1993, 762 (765); *Marcks* in: *Landmann/Rohmer GewO*⁷³ (2016), § 29 Rz. 14; *Hermes JZ* 2005, 461 (464); auch *Jarass/Pieroth GG*¹⁴ (2016), Art. 13 Rz. 38; zurückhaltender *Ennuschat AöR* 127 (2002), 252 (276 ff., 287 ff.); nochmals stärker *ders.* in: *Tettinger/Wank/Ennuschat GewO*⁸ (2011), § 29 Rz. 22.

⁵⁰² Aufzählung (ohne Wertung) bei *Papier* in: *Maunz/Dürig GG*⁷¹ (2014), Art. 13 Rz. 137.

⁵⁰³ Für die Bauaufsicht etwa *Lübbe-Wolff DVBl* 1993, 762 (767).

⁵⁰⁴ Siehe *BRat-E BT-Drucks.* 13/341, S. 16; anders aber *RegE BT-Drucks.* 14/4722, S. 79 zu § 144 Abs. 1 S. 3 ZPO.

⁵⁰⁵ Siehe *BGH NJW* 2006, 3352 (3353); auch *BVerfGE* 89, 1 (12 f.), dazu unten.

⁵⁰⁶ Siehe *Schuschke/Walker ZPO*⁶ (2016), § 758 a Rz. 23; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Lb*¹² (2010), § 3 Rz. 17; *N. Fischer* Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff (2006), S. 126; *H.-J. Ahrens* Der Beweis im Zivilprozess (2015), Kap. 7 Rz. 44 (*Ahrens* aaO. vermißt eine gesetzliche Eingriffsbefugnis, die er offenbar trotz der Enge des Art. 13 GG hier für möglich gehalten hätte); großzügig auch *Stamm ZZP* 125 (2012), 513 (515) für die gesetzliche Verankerung einer Duldungspflicht des Schuldners im ZVG.

⁵⁰⁷ Siehe dazu allerdings denkbar knapp *RegE BT-Drucks.* 14/4722, S. 79.

⁵⁰⁸ Nach *H.-J. Ahrens* Der Beweis im Zivilprozess (2015), Kap. 7 Rz. 44 hat der Gesetzgeber habe mit der Pauschalität des § 144 Abs. 1 S. 3 ZPO „die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten, die Art. 13 GG bei nichtpolizeilichen Aktivitäten eventuell eröffnet, nicht ausgelotet“; *ihn* referierend *Stein/Jonas/Althammer ZPO*²³ (2016) § 144 Rz. 25.

⁵⁰⁹ So etwa *BGH NJW* 2006, 3352 (3353); *Schuschke/Walker ZPO*⁶ (2016), § 758 a Rz. 23; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Lb*¹² (2010), § 3 Rz. 17; *N. Fischer* Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff (2006), S. 126.

⁵¹⁰ *BVerfGE* 89, 1 ff.; wohl zust. *N. Fischer* Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff (2006), S. 127 ff.

werde »der Schutzbereich des Art. 13 GG im Vollstreckungsverfahren berührt, wenn [...] der Gerichtsvollzieher in die Wohnung eindringt, um den Mieter zwangsweise zu entsetzen.«⁵¹¹ Dies wird vom *Senat* aber – ohne Durchsuchungsqualität (Art. 13 Abs. 2 GG) und ohne die tatbestandlichen Erfordernisse des Art. 13 Abs. 7 GG⁵¹² – hingenommen. Er hätte andernfalls annehmen müssen, daß die Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers mangels Vereinbarkeit mit Art. 13 Abs. 2 als auch 7 GG grundsätzlich verfassungswidrig sind. Vielmehr merkt das Gericht an, die dagegen angerufenen Gerichte hätten »bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen zivil- und prozeßrechtlichen Bestimmungen des einfachen Rechts Bedeutung und Tragweite des Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG zu beachten.«⁵¹³

dd) Die einfachgesetzliche Ausgestaltung

Vor dem Hintergrund dieser gewohnheitsrechtlich (zunehmend) verfestigten Dehnung scheint die praktisch dringend gebotene Einführung einer Duldungspflicht des Vollstreckungsschuldners als unmittelbarem Nutzer verfassungsrechtlich zulässig⁵¹⁴. Erforderlich ist jedoch eine geeignete gerichtliche Duldungsentscheidung. Um eine solche handelt es sich nicht bereits bei dem der Zwangsversteigerung zugrundeliegenden Zahlungs- oder (meist) Duldungstitel, sofern dieser überhaupt ein gerichtlicher ist. Hinreichend ist auch nicht der Anordnungsbeschluß des Vollstreckungsgerichts nach §§ 15, 16 ZVG. Erforderlich ist eine weitere Entscheidung eines Richters im Sinne des Art. 97 GG, aufgrund der Rechtsprechungstätigkeit etwa nach §§ 90, 91 ZVG also auch eine solche des im Versteigerungsverfahren tätigen Rechtspflegers⁵¹⁵. Die Lage ist insofern grob der Hinzufügung des § 758 a ZPO vergleichbar.

Es bietet sich daher die Ergänzung des § 25 ZVG an, und zwar mit dem Wortlaut:

§ 25 ZVG [Sicherung der ordnungsmäßigen Bewirtschaftung etc.]

(1) ¹ Ist zu besorgen, daß durch das Verhalten des Schuldners die ordnungsmäßige Wirtschaft gefährdet wird, so hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln

⁵¹¹ BVerfGE 89, 1 (12).

⁵¹² Wenn *Wißmann* JuS 2007, 324 (328), hier in Fragen der Räumungsvollstreckung Art. 13 Abs. 7 GG für ausreichend berücksichtigt hält, ordnet er das Eigentum des Räumungsklägers richtig der »öffentlichen Sicherheit« zu, verkennt aber das besondere Gewicht des Merkmals »Verhütung dringender Gefahren«; vgl. ausf. *Ennuschat* AöR 127 (2002), 252 (276 ff.).

⁵¹³ BVerfGE 89, 1 (12 f.).

⁵¹⁴ So offenbar auch *Stamm* ZZZP 125 (2012), 513 (515).

⁵¹⁵ Siehe dazu näher *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 104 ff.

anzuordnen. ²Das Gericht kann die Maßregeln aufheben, wenn der zu deren Fortsetzung erforderliche Geldbetrag nicht vorgeschossen wird.

(2) ¹Ist ferner zu besorgen, daß durch das Verhalten des Schuldners die Verwertung des Grundstücks beeinträchtigt wird, so hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Beeinträchtigung erforderlichen Maßregeln anzuordnen. ²Verweigert der Vollstreckungsschuldner die Besichtigung der von ihm genutzten Räume durch Sachverständige oder Bietinteressenten oder wirkt er an der Abstimmung eines Besichtigungstermins trotz mehrerer Vorschläge nicht fördernd mit, so gibt ihm das Gericht nach Prüfung der Sachlage die Duldung eines angemessenen Besichtigungstermins auf. ³Die Anordnung geschieht durch Beschluß. ⁴Der Beschluß ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.

(3) ¹Abs. 2 gilt entsprechend, wenn die Räume nicht vom Schuldner selbst bewohnt bzw. genutzt werden. ²Das Gericht erläßt einen Duldungsbeschluß in diesen Fällen gegen den oder die Bewohner.

D. Bieterbelange

XI. Vorleistung des Meistbietenden vs. Sicherheitsleistung

1. Das deutsche Recht

a) Die gegenwärtige Rechtslage

Das deutsche ZVG verlangt dem Meistbietenden bei entsprechender Beteiligteninitiative zwar eine Sicherheitsleistung ab (§§ 67 ff. ZVG)⁵¹⁶, kommt ihm aber bei der Eigentumsverschaffung weit entgegen. So wird der Meistbietende bereits mit Zuschlagserteilung zum Ersteher, erwirbt also das Eigentum an der Liegenschaft, obgleich die Berichtigung des Meistgebots noch aussteht. Die Eintragung des Erstehers im Grundbuch folgt dagegen erst nach Ausführung des Teilungsplans und Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses auf Ersuchen des Gerichts (§ 130 Abs. 1 S. 1 ZVG). Weiterverfügungen sind dem Ersteher also vor Aufbringung des Meistgebots (ohne bestehenbleibende Rechte) schon nach § 39 Abs. 1 GBO nicht möglich⁵¹⁷. Für vorzeitige Belastungen regelt § 130 Abs. 3 ZVG die teils sehr diffizilen Fragen näher⁵¹⁸.

Für die Phase zwischen Zuschlagsverkündung und Grundbuchberichtigung vermeidet § 130 Abs. 3 ZVG zwar rechtsgeschäftliche Verfügungen des Erstehers⁵¹⁹, läßt den Vollstreckungszugriff durch dessen Gläubiger aber offenbar zu. Rechtsprechung und Lehre begegnen dem mit einer analogen Anwendung des § 130 Abs. 3 ZVG^{520,521}.

Das Gesetz bemüht sich, das vorübergehende Ungleichgewicht im Leistungsaustausch (Eigentumserwerb ohne Berichtigung des Meistgebots) zugunsten der hebungsberechtigten Gläubiger auch dadurch auszugleichen, daß diese (ganz ohne Hinweis auf konkreten Ausfallverdacht) eine Sequestration erwirken können (§ 94 ZVG). Ferner findet für die Inbesitznahme des Grundstücks durch den Sequester die Räumungsvollstreckung nach § 93

⁵¹⁶ Siehe etwa *Bartels Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 319 ff.

⁵¹⁷ Siehe *Meikel/Böttcher GBO*¹¹ (2015), § 39 Rz. 9 f.; *Güthe/Triebe GBO*⁶ (1936), § 39 Rz. 5 ff.; *Volmer* in: *Keller/Munzig KEHE*⁷ (2015), § 39 GBO Rz. 24 ff., 27; einschränkend *Keller* in: *Keller/Munzig KEHE*⁷ (2015), Einl § 3 Rz. 5.

⁵¹⁸ Siehe *Steiner/Eickmann ZVG*⁹ (1986), § 130 Rz. 49 ff.; *Hintzen* in: *Dassler/Schiffhauer ZVG*¹⁵ (2016), § 130 Rz. 40 ff.; *Depré/Bachmann ZVG* (2014), § 130 Rz. 49 ff.

⁵¹⁹ Hier war § 90 Abs. 1 S. 2 E II noch erheblich deutlicher; s.a. *Denkschrift E II* in: *Hahn/Mugdan Materialien V* (1897), S. 55.

⁵²⁰ Siehe *LG Lahn-Gießen Rpfleger* 1979, 352 f.; *Steiner/Eickmann ZVG*⁹ (1986), § 130 Rz. 47; *Korintenberg/Wenz ZVG*⁶ (1935), § 130 Anm. 6; *Jaedel/Güthe ZVG*⁷ (1937), §§ 130, 131 Rz. 15; *Böttcher ZVG*⁶ (2016), § 130 Rz. 28; *Meyer-Stolte Rpfleger* 1983, 240 (242); s.a. *Reinhard/Müller ZVG*^{3/4} (1931), § 130 Anm. V 4; *Hintzen* in: *Dassler/Schiffhauer ZVG*¹⁵ (2016), § 130 Rz. 45; *Stöber ZVG*²¹ (2016), § 130 Rz. 2.9; *Kretzschmar Hdb.* (1904), S. 217 f.

⁵²¹ Aufgrund dieser Regeln kann die Eigentumsvorleistung nicht umgekehrt als Anreiz für den Markt gelten.

Abs. 1 S. 1 ZVG statt, sofern sich diese nicht gegen den Ersteher, sondern gegen den Schuldner oder Dritte richtet⁵²².

b) Rechtspolitische Diskussion

Mit dem Vorleistungsmodell ist das ZVG dem preußischen Recht gefolgt. Dagegen stand die Vorleistung des Meistbietenden, so wie sie etwa das gemeine Recht und (unter dessen Einfluß) das ZVG Sachsens⁵²³ führten und wie die ZPO die Dinge bei der Sachpfändung bis heute regelt (§ 817 Abs. 2).

Nach rechtspolitisch verhaltener Debatte (vor Inkrafttreten des ZVG)⁵²⁴ billigte *Nußbaum* sodann die reichsrechtliche Regelung ausdrücklich⁵²⁵. Hefige Kritik kam dagegen von *Münchmeyer*. Nach seiner Auffassung war die Regelung zu Unrecht aus dem insofern ebenso mißglückten preußischen ZVG übernommen worden⁵²⁶. Sie mache sehr zum Nachteil der Attraktivität des Verfahrens das Institut der Bietsicherheit überhaupt erst erforderlich⁵²⁷. Auch *Wondraschek* schlug später eine Aufweichung des Vorleistungsprinzips vor und berief sich dazu auf die Lösung der österreichischen Exekutionsordnung⁵²⁸. In neuester Zeit ist *Jähne* der gesetzlichen Regelung entgegengetreten, jedenfalls soweit sie auch die Besitzeinräumung schon mit Zuschlagserteilung vorsieht⁵²⁹.

2. Das schweizerische Recht

Während in der Schweiz der Grundstückserwerb im Rahmen *freiwilliger* Versteigerungen nur mit Zuschlag *und* Eintragung im Grundbuch gelingt (Art. 235 Abs. 1 OR)⁵³⁰, der Mobiliarerwerb dagegen schon mit Zuschlag eintritt, werden für Fälle der Zwangsversteigerung keine Unterschiede gemacht. Wie bei Fahrnis erwirbt der Meistbietende auch Liegenschaften bereits mit Zuschlag (Art. 66 Abs. 1 VZG, Art. 656 Abs. 2 chZGB)⁵³¹. Dies kann durchaus

⁵²² Siehe *Steiner/Eickmann* ZVG⁹ (1984), § 94 Rz. 12; *Korintenberg/Wenz* ZVG⁶ (1935), § 94 Anm. 4; *Jaekel/Güthe* ZVG⁷ (1937), § 94 Rz. 6; *Reinhard/Müller* ZVG^{3/4} (1931), § 94 III 3. *Wolff* ZVG³ (1909), § 94 Anm. 8, schränkt die Eignung des Titels auf Dritte ein.

⁵²³ Siehe § 169 sächsSubhastationsO.

⁵²⁴ Die Stellungnahmen von *Dernburg* und *Eccius* etwa sparen diese Frage aus.

⁵²⁵ *Nußbaum* Lb (1916), S. 136 f.

⁵²⁶ *Münchmeyer* Gefahren in der Zwangsversteigerung (1901), S. 156.

⁵²⁷ *Münchmeyer* Gefahren in der Zwangsversteigerung (1901), S. 155 ff.

⁵²⁸ *Wondraschek* Die Säumnis des Zahlungspflichtigen (1931), S. 101 ff., 125 ff.; sympathisierend *Oertmann* AcP 135 (1932), 191 (206 ff.).

⁵²⁹ *Jähne* Immobilienvollstreckung² (2015), S. 65.

⁵³⁰ Siehe *Laim* in: *Honsell/Vogt/Geiser* ZGB⁴ (2011), Art. 656 Rz. 44.

⁵³¹ Siehe *Laim* in: *Honsell/Vogt/Geiser* ZGB⁴ (2011), Art. 656 Rz. 44; *Kren Kostkiewicz* SchKR² (2014), Rz. 906; *Jent-Sørensen* Die Rechtsdurchsetzung (2003), Rz. 706. – Art. 235 Abs. 3 OR beläßt dem Vollstreckungsrecht hier seinen Sonderweg.

ohne vorherige Berichtigung des Meistgebots durch den Ersteher geschehen (Artt. 136 Abs. 1 Alt. 2, 143 Abs. 1 S. 1 SchKG, Art. 45 Abs. 1 lit. e VZG)⁵³². Für Verfügungen muß er jedoch seine Eintragung abwarten (Art. 656 Abs. 2 chZGB). Zahlt der Ersteher nicht »rechtzeitig«, so wird der Zuschlag vielmehr rückgängig gemacht und eine Wiederversteigerung unternommen (Art. 143 Abs. 1 SchKG).

3. Das österreichische Recht

Auch die österreichische EO sieht einen Eigentumserwerb bereits mit Zuschlagsbeschluß vor (§§ 189 Abs. 1, 237 Abs. 1 EO)⁵³³. Das Gesetz trennt den Zuschlag zeitlich vom »Erlegen des Meistbots« bei Gericht (§ 152 Abs. 1 S. 1 EO). Die Zahlung hat binnen zweier Monate ab Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses zu erfolgen (§ 152 Abs. 1 S. 1 EO). Trotz des (indessen nur auflösend bedingten⁵³⁴) Eigentumserwerbs gewährt das Gesetz die *Übergabe* des Grundstücks (und des veräußerten Zubehörs) erst *nach* Erfüllung aller Versteigerungsbedingungen⁵³⁵ (§ 156 Abs. 2 S. 1 EO), also auch dem Erlag des Meistbots (§ 152 Abs. 1 S. 1 EO)⁵³⁶. Anders als im deutschen Recht (§ 93 Abs. 1 S. 1 ZVG) hat der Ersteher zu diesem Zeitpunkt noch keine Möglichkeit, sich gegen den Besitzer (und zumeist Vollstreckungsschuldner) durchzusetzen.

4. Das französische Recht

Schließlich erwirbt der Meistbietende (*adjudicataire*) auch im französischen Recht das Eigentum am ausgetobenen Grundstück schon durch Zuschlagsurteil (Art. L. 322-10 Abs. 1 Cpce: *adjudication*)⁵³⁷. Dazu kommt es auch hier unabhängig von der Berichtigung des Meistgebots, für die dem Ersteher eine Frist von zwei Monaten zur Verfügung steht (Art. R. 322-56 Cpce). Ohne

⁵³² Siehe *Fritzsche/Walder* SchKR I³ (1984), § 31 Rz. 39.

⁵³³ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 156 Rz. 2 ff., § 237 Rz. 1 ff.; *Feil/Marent* EO (2008), § 237 Rz. 2; *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 308; *Neumayr/Nunner-Krautgasser* ExekutionsR³ (2011), S. 215 f.; *M. Roth* Exekutions- und InsolvenzR⁹ (2012), S. 73; *Rechberger/Simotta* Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 518.

⁵³⁴ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO⁴ (2015), § 156 Rz. 4; *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 309; *Neumayr/Nunner-Krautgasser* ExekutionsR³ (2011), S. 215 f.; *M. Roth* Exekutions- und InsolvenzR⁹ (2012), S. 73; *Rechberger/Simotta* Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 519.

⁵³⁵ Siehe zum Begriff *Neumayr/Nunner-Krautgasser* ExekutionsR³ (2011), S. 211 ff.; *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 282.

⁵³⁶ Siehe *Heller/Berger/Stix* in: *Neumann/Lichtblau* EO⁴ (1972), § 156 Anm. B 1; *Neumayr/Nunner-Krautgasser* ExekutionsR³ (2011), S. 212; ferner *M. Roth* Exekutions- und InsolvenzR⁹ (2012), S. 71.

⁵³⁷ Siehe *Perrot/Théry* Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 986; *Leborgne* in: *Guinchard/Moussa* Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 1371.240.

Zahlung wird freilich einstweilen keine Löschung (*purge*) der Grundstückslasten durchgeführt. Der Ersteher riskiert außerdem die Wiederversteigerung (Art. R. 322-56 Abs. 1 Cpce)⁵³⁸.

5. Das niederländische Recht

Die niederländischen Gesetze – vor allem BW und WBRv – sprechen Vorleistungsfragen für die Versteigerung nicht an. Die AVVE 2006 dagegen ordnen eine klare Abfolge im Leistungsaustausch. Die Zahlung ist danach spätestens sechs Tage nach Vertragsschluß (*»gunning«*) fällig (Art. 10 Abs. 1 lit. a AVVE 2006), während die Eigentumsverschaffung zugunsten des Meistbietenden erst im Anschluß daran stattfinden kann (Art. 17 Abs. 1 AVVE 2006)⁵³⁹. Anders als in den zuvor untersuchten Regimen fehlt hier (branchenüblich) eine Vorleistung zugunsten des Käufers, anders gewendet: muß der *executo-riale koper* vorleisten.

6. Das schwedische Recht

Das schwedische UB sieht grundsätzlich eine Bietstunde vor, in der Interessenten ganz ohne Sicherheit bieten können (vgl. 12:35). Der Meistbietende wird durch Zuschlag zum Ersteher. Noch am Ort des Versteigerungsgeschehens hat er eine Anzahlung in bar⁵⁴⁰ zu leisten, die jedenfalls die Kosten deckt, im übrigen an der Höhe des Steigpreises (10 %⁵⁴¹) orientiert ist (12:35 (1) UB). Zahlt der Ersteher diesen Betrag sogleich (oder nach kurzer Stundung), ist ihm seine Verfahrensposition einstweilen sicher⁵⁴². Eigentum am Grundstück erwirbt er bereits mit Zuschlag, indessen nur aufschiebend bedingt durch Unanfechtbarkeit des Zuschlags und Zahlung des Restbetrages. Erst mit der anschließenden Kaufpreisverteilung an die Gläubiger erlaubt das schwedische Verfahren dem Ersteher die Inbesitznahme (vgl. 12:46 (1) UB). Vor allem aber: Bringt der Ersteher die Anzahlung *nicht* sogleich auf, wird das Grundstück unverzüglich erneut ausgedungen (12:41 (1, 3) UB). Das schwedische Verfahren ist peinlich darauf bedacht, in dieser kritischen Phase

⁵³⁸ Siehe Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 1000 ff.; Leborgne in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 1371.241.

⁵³⁹ Zu den Voraussetzungen i.e. Art. 17 Abs. 2 AVVE 2006.

⁵⁴⁰ 12:35 (2) UB: Statt einer Barzahlung kommt auch die Erbringung einer Sicherheitsleistung nicht Betracht. Mittlerweile wird auch die Zahlung mittels Kreditkarte akzeptiert, s. Jensen Panträtt i fast egendom¹⁰ (2016), S. 252.

⁵⁴¹ Das Einfordern einer höheren Anzahlung ist nicht zulässig, s. Kronofogden Handbok Utmätning (2015), 11.3.2 (S. 356).

⁵⁴² Bringt der Ersteher den Restbetrag nicht bis zum Versteigerungstermin auf (⇒ 12:35 (4) UB), verliert er seine Verfahrensposition. Das erfolgreiche Gebot wird unwirksam (12:41 (3) UB).

nicht bereits Bietinteressenten zu verlieren. Gerade die Stundung wird so sehr zurückhaltend gewährt⁵⁴³.

7. Das polnische Recht

Das polnische Recht arbeitet sowohl mit einer Sicherheitsleistung als auch mit einer Vorleistung des Zuschlagsadressaten⁵⁴⁴.

a) Die Sicherheitsleistung (*»rękojnia«*)

Nach Art. 962 § 1 kpc werden nur solche Bieter (*»licytant«*) zur Abgabe von Geboten zugelassen, die spätestens am Vortag eine Sicherheit in Höhe von 10 % des festgesetzten Verkehrswertes aufgebracht haben⁵⁴⁵. Auf welche Weise die Sicherheit zu leisten ist, ordnet der Gerichtsvollzieher nach seinem Ermessen an. Dabei kann er neben Bargeld auch jede andere Form der Sicherheitsleistung akzeptieren⁵⁴⁶. Die Sicherheitsleistung des Erstehers (*»nabywca«*) wird auf sein Gebot angerechnet. Die übrigen Bieter erhalten ihre Sicherheit sofort zurück, selbst wenn sie den Termin vorzeitig verlassen (Art. 963 kpc)⁵⁴⁷.

b) Der Eigentumsübergang

aa) Der Zuschlag (*»przybicie«*)

Der Zuschlagsbeschluß (*»postanowienie o przybiciu«*) entfaltet keine eigentumsübertragende Wirkung⁵⁴⁸. Er wird im Anschluss an die Versteigerung in einer öffentlichen Sitzung des Gerichts erlassen und zwar nach Anhörung des Meistbietenden (*»osoba, która zaoferowała najwyższą cenę«*) und der anwesenden Beteiligten (Art. 987 kpc)⁵⁴⁹. Der Beschluß begründet lediglich einen (durch Zahlung) aufschiebend bedingten⁵⁵⁰ Anspruch des Zuschlagsadressaten

⁵⁴³ Kronofogden Handbok Utmätning (2015), 11.3.2 (S. 355 f.).

⁵⁴⁴ Im folgenden wird zwischen dem Meistbietendem, dem Zuschlagsadressaten und schließlich dem Ersteher unterschieden. Da der Meistbietende keineswegs den Zuschlag erhalten muß und der aus Zuschlag Begünstigte durchaus nicht zwingend das Eigentum an der beschlagnahmten Immobilie erlangt, empfiehlt sich die Dreiteilung.

⁵⁴⁵ Siehe auch Brockhuis Recht der Kreditsicherheiten, TI IX: Polen (2000), S. 222; Cierpień-Magnor/Domanska-Moldawa, in Winner/Cierpień-Magnor (Hg.), Dingliche Kreditsicherheiten (2016), S. 177 (243); Kuglarz/Pawlak in: Drewicz-Tułodziecka (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 401; Zadworny Rpfleger 2012, 4 (5).

⁵⁴⁶ Zadworny Rpfleger 2012, 4 (5).

⁵⁴⁷ Siehe auch Zadworny Rpfleger 2012, 4 (5).

⁵⁴⁸ Zadworny Rpfleger 2012, 4 (6).

⁵⁴⁹ Siehe auch Kuglarz/Pawlak in: Drewicz-Tułodziecka (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 402.

⁵⁵⁰ So überzeugend Zadworny Rpfleger 2012, 4 (6).

auf Übertragung des Grundstückseigentums (Art. 995 kpc)⁵⁵¹. Nach Rechtskrafterlangung des Zuschlags fordert das Gericht den Ersteher auf, das Meistgebot abzüglich der geleisteten Sicherheit binnen zweier Wochen aufzubringen (Art. 967 S. 1 kpc)⁵⁵². Entspricht der Zuschlagsadressat der Aufforderung, so wandelt sich seine bisherige (bedingte) Rechtsposition in einen bedingungsfreien Eigentumsverschaffungs- bzw. -zuerkennungsanspruch (Art. 995 kpc).

Kommt der Zuschlagsadressat der Zahlungsaufforderung nicht fristgerecht nach, verliert er sowohl die Rechte aus dem Zuschlagsbeschluß als auch seine eingezahlte Sicherheitsleistung (Art. 969 § 1 S. 1 kpc). Im übrigen findet auf Antrag des betreibenden Gläubigers eine erneute Versteigerung statt (Art. 970 kpc), von der er nun gesetzlich ausgeschlossen ist (Art. 976 § 2 S. 1 kpc)⁵⁵³. Aus der einbehaltenen Sicherheitsleistung werden zunächst die bisherigen Verfahrenskosten beglichen (Art. 969 § 3 S. 1 kpc). Wird die Sicherheit dabei nicht vollständig verbraucht, fällt der Überschuß (wiederum poenal) dem Fiskus zu (Art. 969 § 3 S. 2 kpc)⁵⁵⁴.

bb) Die Eigentumsübertragung

Zur Übertragung des Eigentums kommt es erst nach Berichtigung des Meistgebots durch den Zuschlagsadressaten. Das Gericht erlässt jetzt von Amts wegen eine Entscheidung über die Zuerkennung des Eigentums (Art. 998 § 1 kpc)⁵⁵⁵, der vom Schrifttum Rückwirkung auf den Tag des Zuschlags zugeschrieben wird⁵⁵⁶.

Zadworny glaubt die vorsichtige Lösung des polnischen Rechts von Gläubiger- wie von Schuldnerschutzanliegen geleitet⁵⁵⁷ und kritisiert verhalten die deutsche Regelung. Diese schaffe zwar vordergründig Sicherheit und eine belastbare Wiederversteigerung, biete dem Gläubiger jedoch Kostennachteile sowie einen fragwürdigen Schuldnerwechsel⁵⁵⁸. Umgekehrt erfährt die zweiaktige Lösung des kpc deutliche Kritik. *Kuglarz* und *Pawlak*⁵⁵⁹ bezeichnen die polni-

⁵⁵¹ Siehe auch *Brockhuis* *Recht der Kreditsicherheiten*, TI IX: Polen (2000), S. 223; *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen* (2009), S. 402 aE.; *Zadworny Rpfleger* 2012, 4 (6).

⁵⁵² *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen* (2009), S. 403. – Auf Antrag des Zuschlagsadressaten gewährt das Gericht eine Frist von bis zu einem Monat (Art. 967 S. 3 kpc).

⁵⁵³ Siehe auch *Zadworny Rpfleger* 2012, 4 (5).

⁵⁵⁴ *Zadworny Rpfleger* 2012, 4 (5).

⁵⁵⁵ Siehe auch *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen* (2009), S. 403; *Zadworny Rpfleger* 2012, 4 (6).

⁵⁵⁶ So etwa *Zadworny Rpfleger* 2012, 4 (6).

⁵⁵⁷ *Zadworny Rpfleger* 2012, 4 (6).

⁵⁵⁸ *Zadworny Rpfleger* 2012, 4 (6).

⁵⁵⁹ *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen* (2009), S. 427.

sche Grundstücksversteigerung als »eine der formalsten, kompliziertesten und dadurch zeitraubendsten Arten der Vollstreckung«. Sie beanstanden⁵⁶⁰, daß die polnische Immobilienvollstreckung neunmal länger dauere als die der Niederlande – indem sie regelmäßig zwölf (statt niederländisch fünf) selbständiger Prozesshandlungen bedürfe. Dauer und geringe Effizienz der Vollstreckung seien auch darauf zurück zu führen, daß der kpc häufig keine Fristen zur Ausführung einzelner Vollstreckungshandlungen vorschreibe.

8. Handlungsempfehlung: Beibehaltung der geltenden Regelung

Die Rechtsordnungen Deutschlands, Österreichs, Frankreichs und der Schweiz lassen mithin den Eigentumserwerb bereits mit Zuschlag zu, ohne daß der Ersteher zuvor das Bargebot aufgebracht haben muß. Bleibt die planmäßige Berichtigung des Meistgebots aus, so *müssen diese* Verfahrensordnungen einen neuen Anlauf nehmen, der Zeit kostet⁵⁶¹. Dies vermeidet die niederländische Regelung indessen nicht in Gänze. Bleibt die fristgerechte Zahlung des *koper* aus, so wird der Eigentumstransfer (*levering*) zwar vermieden. Zeitlicher Aufwand mit einem neuen Verwertungsversuch indessen entsteht gleichermaßen. Vermeidbar ist dieser nur, wenn man sogleich im Termin vollständige Berichtigung fordert und so – bei Ausbleiben der Zahlung – unverzüglich im Bietgeschäft fortfahren kann. Dies würde der Attraktivität der Zwangsverwertung indessen kaum bekommen. Schon jetzt sind die Sicherheitsleistungen als faktisches Verwertungshindernis verdächtig. Für die gesetzlich vorgesehene Vorleistung des Gerichts sprechen die besseren Gründe. An ihr sollte festgehalten werden.

⁵⁶⁰ Kuglarz/Pawlak in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 427, unter Bezugnahme auf einen Bericht der Weltbank aus dem Jahre 2006.

⁵⁶¹ Alternativ können die hebungsberechtigten Gläubiger versuchen, das offene Meistgebot mit Hilfe des Zuschlagsbeschlusses nach § 118 Abs. 1 ZVG beizutreiben.

XII. Die Gewährleistung

1. Das deutsche Recht

§ 56 S. 3 ZVG bestimmt, daß dem Ersteher Gewährleistungsansprüche nicht zustehen. Über dieses Ergebnis bestand nie Streit. Was die Gläubiger bei Verteilung des Erlöses erlangten, das sollten sie auch behalten dürfen⁵⁶².

Da Gewährleistungsansprüche richtigerweise nur entstehen können, wenn der Zustand der gelieferten Kaufsache von der *vertragsgemäßen* Beschaffenheit abweicht⁵⁶³, scheint die Regelung des § 56 S. 3 ZVG selbstverständlich und im Grunde überflüssig. Denn dieser umfassend *subjektive* Ansatz galt nach richtigem Verständnis nicht nur unter § 459 Abs. 1 S. 1 BGB aF.⁵⁶⁴; er hat auch mit § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB nF. keine Veränderung erfahren⁵⁶⁵. Ferner ist das Vorliegen von *Rechtsmängeln* nicht denkbar (§ 37 Nr. 5 ZVG).

Nach wie vor war der Gesetzgeber aber dem vertragsrechtlichen Gegenseitigkeitsgedanken verhaftet. Auch wenn die Zwangsversteigerung kein *Zwangsverkauf* mit Abreden zur Beschaffenheit ist, sind aber auch hier Störungen denkbar, die denen beim Kauf ähneln. So können Baulichkeiten ohne die erforderliche Genehmigung und in Widerspruch zu den baurechtlichen Anforderungen errichtet worden sein. Ebenso kann das Grundstück seit der Begehung Schaden genommen haben. In Fällen dieser Art weicht der Zustand der Liegenschaft durchaus von der vom Meistbietenden vorausgesetzten Beschaffenheit ab. Der um einen Gewährleistungsausschluß bemühte Gesetzgeber tat also *insofern* gut daran, hier mit § 56 S. 3 ZVG Klarheit zu schaffen⁵⁶⁶. Der Ausschluß spitzt sich besonders dann zu, wenn die Angaben des Wertgutachtens zum Nachteil des späteren Erstehers unrichtig sind. Die-

⁵⁶² Siehe Bemerkungen zu den Beschlüssen der Kommission (§ 74) = *Jakobs/Schubert* Beratung (1983), S. 933. – Näher zur Gesetzgebungsgeschichte *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 283.

⁵⁶³ §§ 434 Abs. 1, 437 Nr. 1 und 2 BGB. Auch bei § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB geht es um die vertragskonforme Beschaffenheit, s. *Canaris* in: *E. Lorenz* *Karlsruher Forum* 2002, S. 5 (57).

⁵⁶⁴ Die schon unter § 459 Abs. 1 S. 1 Alt. BGB aF. aufgekommene Meinung, es gebe auch einen objektiven Fehlerbegriff (so noch *Staudinger/Honsell* [1995], § 459 aF. Rz. 20; *MünchKomm/H. P. Westermann* BGB³ (1995), § 459 aF. Rz. 9; *Walter* Kaufrecht (1987), § 5 II 2 a cc), ist bereits von *Flume* *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (1948), S. 128 f. (ihm folgend *Soergel/U. Huber* BGB¹² [1991], Rz. 30 f. vor § 459 aF.) überzeugend widerlegt worden.

⁵⁶⁵ Für eine »subjektive« Deutung des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB *Canaris* in: *E. Lorenz* *Karlsruher Forum* (2002), S. 5 (58); anders aber nach wie vor *MünchKomm/H. P. Westermann* BGB⁶ (2012), § 434 Rz. 24 f.

⁵⁶⁶ Die Rechtsprechung hatte mit dieser Problematik vor allem dann zu tun, wenn Bieter irrtümlich von einer Mängelfreiheit ausgingen und sich mit Hilfe der Irrtumsanfechtung vom Gebot resp. vom Zuschlagserwerb lösen wollten, s. *LG Neuruppin* *Rpfleger* 2002, 40 f.; *Stadlhofer-Wissinger* *Das Gebot in der Zwangsversteigerung* (1993), S. 3.

ser kann sich dabei nach (*lege lata*) richtiger Auffassung nicht auf § 839 a BGB stützen⁵⁶⁷.

2. Das schweizerische Recht

Auch das Recht der Schweiz strebt einen gewährleistungsfreien Zuschlagstransfer an. Zunächst ergibt sich aus Art. 234 Abs. 1 OR, daß der Erwerb aus Zwangsversteigerung eine Gewährleistung nicht kennt. Ausnahmen gelten nur für besondere Zusicherungen sowie dann, wenn der Bieter Opfer einer absichtlichen Täuschung geworden ist. Nur für diese Fälle läßt das Obligationenrecht Raum für die Rechte aus Art. 219 Abs. 1 und 2 OR. Dennoch sieht Art. 45 Abs. 1 lit. g VZG vor, daß die Steigerungsbedingungen eine Bestimmung über die »Wegbedingung der Gewährspflicht« enthalten⁵⁶⁸. Fehlt diese, gilt nach einhelliger Meinung nicht etwa *ex lege* der Gewährleistungsausschluß gemäß Art. 234 Abs. 1 OR⁵⁶⁹. Wird also die Anordnung nach Art. 45 Abs. 1 lit. g VZG versäumt, erwachsen dem Ersteher gegebenenfalls Rechte nach Art. 219 OR⁵⁷⁰. Das Verhältnis des Art. 234 Abs. 1 OR zum Recht der Zwangsversteigerung ist mithin unklar.

3. Das österreichische Recht

Nach §§ 1089, 1061, 1047 AGBG ist der Verkäufer verpflichtet, die Kaufsache »in eben dem Zustand, in welchem sie sich bei Schließung des Vertrages befunden ha[t], zum freien Besitze zu übergeben«. Das österreichische Vollstreckungsrecht ist jedoch offenbar nicht dem Kaufvertragsgedanken verhaftet. Schon *Pollak*⁵⁷¹ begriff das Gebot (»Anbot«) als Prozeßhandlung. Die Exekutionsordnung leitet ihre Regeln zur Gewährleistung im Versteigerungsfalle somit nicht aus dem materiellen Kaufrecht, sondern unmittelbar aus § 189 Abs. 2 EO ab⁵⁷², teils *de maiore ad minus*⁵⁷³. Danach erwirbt der Ersteher keine Gewährleistungsansprüche, die sich auf Unrichtigkeiten

⁵⁶⁷ Der *BGH*-(Z 166, 313 [316 ff.]) hat hier anders entschieden. Richtigerweise erfaßt der Tatbestand des § 839 a BGB Meistgebote aufgrund fehlerhafter Gutachten jedoch nicht, s. dazu näher *Bartels Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 285 f.

⁵⁶⁸ Siehe näher *BG v. 27. 3. 1969 – BGE 95 III 21* (23 f.); *KBKS/Kuhn VZG* (2011), Art. 45 Rz. 11.

⁵⁶⁹ So *KBKS/Kuhn VZG* (2011), Art. 45 Rz. 11.

⁵⁷⁰ Siehe *BG v. 27. 3. 1969 – BGE 95 III 21* (23 f.) zur Überbaubarkeit des Grundstücks.

⁵⁷¹ *Pollak System des Österr. ZivilprozeßR*² (1932), § 187 IV, anders wohl § 80 I (⇒ Erwirkungshandlung); für die deutsche Entwicklung ausf. *Bartels Dogmatik und Effizienz* (2010), S. 298 ff., 302 ff.

⁵⁷² Siehe *Heller/Berger/Stix in: Neumann/Lichtblau EO*⁴ (1972), § 156 Anm. A 3 a, S. 1246; *Angst in: Angst/Oberhammer EO*³ (2015), § 189 Rz. 2; *Ehrenzweig System II/1*², S. 429; auch *Feil/Marent EO* (2008), § 189 Rz. 7.

⁵⁷³ Siehe *Heller/Berger/Stix in: Neumann/Lichtblau EO*⁴ (1972), § 156 Anm. A 3 a.

im Versteigerungsedikt oder auf solche »in den vor der Versteigerung mitgeteilten Akten« stützen. Zur Frage der Sollbeschaffenheit ist das österreichische Recht hier präziser als das deutsche ZVG. Für Mobilia ordnet die Exekutionsordnung dies (umfassender und mithin eindeutiger) in § 278 Abs. 3 S. 6 an⁵⁷⁴.

4. Das französische Recht

Das französische Recht schließlich greift die Gewährleistungsfrage – wie das eidgenössische Recht – wiederum im materiellen Recht auf. Das Kaufrecht des *Code civil* schließt Ansprüche wegen Mangels der erstandenen Sache aus (Art. 1649 Cc fr), jedenfalls gegen den Vollstreckungsschuldner und vormaligen Grundstückseigentümer⁵⁷⁵. Etwas anderes gilt für den Erwerb aufgrund irrtumsbehafteter Gebote⁵⁷⁶.

5. Das niederländische Recht

Die vom *executoriale verkoper* (= Vollstreckungsschuldner) mit der »*gunning*« eingegangene Eigentumsverschaffungsverpflichtung wird durch die »*levering*« erfüllt. Gleichviel was der Kaufvertrag dazu angibt: Den Verkäufer trifft weder eine Eviktionshaftung für den Fall, daß das *registergoed* Lasten oder Beschränkungen unterliegt (Art. 15 Abs. 1 und 2 AVVE 2006), noch eine Gewährleistung für Materialfehlerfreiheit (Art. 15 Abs. 3 AVVE 2006)⁵⁷⁷. Nur bei *Kenntnis* des Verkäufers gilt etwas anderes. Art. 15 Abs. 2 AVVE 2006 sieht ferner die Vereinbarung gesetzlich maximal zulässiger Haftungsausschlüsse vor. Erst in Art. 16 Abs. 2 schließlich nimmt die AVVE 2006 dem Käufer auch Gewährleistungsansprüche, die sich auf Abweichungen des *registergoed* in Maß oder Größe beziehen.

6. Handlungsempfehlung: Abstimmung mit Duldungspflichten

Mit dem Gewährleistungsausschluß mutet das Gesetz dem Erwerbswilligen offenbar nicht mehr zu, als auch der freihändige Grundstücksverkehr dies üblicherweise tut. Für Altbauten entspricht ein kaufvertraglicher Ausschluß dieser Art den Usancen. Und da § 309 Nr. 8 lit. b BGB den Gewähr-

⁵⁷⁴ Siehe *Rechberger/Simotta* Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 626.

⁵⁷⁵ Siehe *Perrot/Théry* Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 1011; *Venandet/Ancel/Henry/Tisserand-Martin/Wiederkehr* Cc fr¹¹⁵ (2015), Anm. zu Art. 1649.

⁵⁷⁶ Siehe *Perrot/Théry* Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 1011.

⁵⁷⁷ Dazu zählt Art 15 Abs. 1 S. 3 AVVE 2006 ausdrücklich auch Fälle von Bodenkontamination.

leistungsausschluß nur für die Lieferung *neu hergestellter* Sachen ahndet, gilt eine entsprechende Klausel bei Altbauten als AGB-fest⁵⁷⁸.

Zu beachten ist jedoch, daß ein Kaufinteressent vor Unterzeichnung einer solchen Vertragsbestimmung die Gelegenheit haben und gründlich nutzen wird, sich die angebotene Liegenschaft anzusehen und bei Zweifeln am Zustand der Baulichkeiten ausführlich Nachfrage bei dem Eigentümer und Anbieter zu halten. Dabei ist gerade letzteres prinzipiell geeignet, ein Vertrauensverhältnis der potentiellen Vertragsparteien herzustellen.

Diese Elemente fehlen (teils oder durchweg) bei der deutschen Zwangsversteigerung. Die Rechtsbeschränkung, die beim notariellen Kauf unbedenklich erscheint, findet in der Zwangsverwertung nicht den nötigen Ausgleich. Es ist daher fraglich, ob das ZVG mit § 56 S. 3 ZVG einen angemessenen Ausschluß formuliert hat. Eindeutig dürfte sein, daß Besichtigung nach Willkür des Vollstreckungsschuldners *und* Gewährleistungsausschluß nicht zusammengehen – vor allem dann nicht, wenn man eine möglichst hohe Attraktivität der Zwangsverwertung anstrebt⁵⁷⁹. Wenn also die eidgenössische, die österreichische und die französische Rechtsordnung dem Ersteher prinzipiell Gewährleistungsrechte vorenthalten, dann vor dem Hintergrund geeigneter Besichtigungsmöglichkeiten, gleichviel, ob der Vollstreckungsschuldner einverstanden ist oder nicht. Das deutsche Recht sollte sich dem – unter Beibehaltung des § 56 S. 3 ZVG – dringend anschließen (s. bereits oben X).

⁵⁷⁸ Siehe *BGHZ* 98, 100 (107 f.); *Staudinger/Coester-Waltjen* (2013), § 309 Nr. 8 Rz. 25; *MünchKomm/Wurmnest BGB*⁶ (2012), § 308 Nr. 8 Rz. 17; *Soergel/Stein BGB*¹² (1991), § 11 AGB-Gesetz Rz. 92; *Erman/Rohloff BGB*¹⁴ (2014), § 309 Rz. 88.

⁵⁷⁹ *Zust. Stamm ZZP* 125 (2012), 513 (515).

XIII. Umfang des Eigentumserwerbs

1. Das deutsche Recht

Die Zwangsversteigerung nach ZVG gibt dem Ersteher mit dem Zuschlag grundsätzlich nur, was sie dem Vollstreckungsschuldner nimmt. Es herrscht insofern Kongruenz. Erfassen die Versteigerungsbedingungen vermittels »exzessiver« Beschlagnahme (§ 55 Abs. 1 ZVG) indessen Flächen oder Zubehörteile, die nicht im Eigentum des Schuldners stehen, erwirbt der Ersteher auch diese zu Eigentum – dies selbst dann, wenn der Meistbietende das dingliche Defizit kennt. Die abweichende Ansicht, angeführt von *Wacke*⁵⁸⁰, hat sich nicht durchsetzen können⁵⁸¹. Das Recht der Zwangsversteigerung schaut dabei vor allem auf die Interessen der Bietinteressenten und setzt sich über die Belange des verlierenden Teils – Nachbarn oder Zubehöreeigentümer – hinweg und verweist diesen auf surrogationsgestützte Teilhabe am Erlös oder auf Schadenersatzansprüche. Mit Entscheidung v. 8. 11. 2013 hat der *BGH*⁵⁸² jedoch (der bisherigen Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum folgend) Korrekturen zugunsten des verlierenden Teils angebracht. Hatte dieser (aufgrund grob irreführender Terminbestimmung) verständigerweise keinen Anlaß, der Beschlagnahmeerstreckung und also dem drohenden Rechtsverlust nachzuspüren, tritt ein solcher auch nicht ein⁵⁸³.

2. Das schweizerische Recht

Art. 106 Abs. 3 SchKG schützt den durch Mobiliarverwertung bedrohten Dritten, sofern der Ersteher bösgläubig war. Der Verweisung auf Art. 974 Abs. 3 chZGB entnimmt *Jent-Sørensen*⁵⁸⁴ überzeugend, daß sich diese Regel – anders als noch Art. 108 SchKG aF. – nun auch auf den Zuschlag von Grundstücken bezieht. *Jent-Sørensen* spricht dabei jedoch ausdrücklich nur vom gutgläubig *lastenfreien* Erwerb, nicht vom positiven »Hinzuerwerb« angrenzender Flächen wie etwa in *BGHZ* 199, 31 ff. Die schädliche Bösgläubigkeit liegt nach Art. 974 Abs. 1 chZGB nicht erst bei Kenntnis, sondern bereits in Fällen des »Kennen Sollens« vor⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ MünchKomm/*Wacke* BGB⁴ (2004), § 892 Rz. 35; fortgeschrieben von *J. Kohler* aaO⁵ (2009), aktuell aaO⁶ (2013); ebenfalls ablehnend *J. Hager* in: Festschrift Canaris (2002), S. 1 (17 f.); *Stamm* Grundlagen und Prinzipien (2007), S. 459 ff. – Die Berücksichtigung der Bösgläubigkeit wird vor allem bei der Fahrnisversteigerung gefordert.

⁵⁸¹ Dazu *Bartels* ZZP 128 (2015), 341 (353 f.).

⁵⁸² *BGHZ* 199, 31 Tz. 6 ff.

⁵⁸³ Dazu näher *Bartels* ZZP 128 (2015), 341 ff.

⁵⁸⁴ *Jent-Sørensen* Die Rechtsdurchsetzung (2003), Rz. 715, 717.

⁵⁸⁵ Siehe BaslerKomm/*J. Schmid* ZGB⁵ (2015), § 974 Rz. 13; wohl auch *Deillon-Schegg* in: Schweizer PrivatR (2007), Art. 974 chZGB Tz. 14 f.

3. Das österreichische Recht

Die Norm des § 170 a Nr. 1 EO ergänzt die §§ 156 und 237 EO über den Zuschlagswerb, indem sie eine Anmeldeobliegenheit zur Meidung von Rechtsverlusten begründet. Auch diese Vorschrift behandelt nicht den gutgläubigen »Wegerwerb« von Belastungen, sondern hilft (weitergehend) dem gutgläubigen Ersteher, auch gravierende Defizite wie die Nichtinnehaltung des Grundstückseigentums oder das Fehlen eines Vollstreckungstitels (sic!) zu überwinden⁵⁸⁶. Die Norm spricht von »Rechten [...], welche die Versteigerung unzulässig machen würden«, meint damit aber – anders als die deutsche Prozessualistik⁵⁸⁷ – auch die hier angeführte Fallgruppe⁵⁸⁸. Der Tatbestand der Norm kommt dem in *BGHZ* 199, 31 ff. behandelten damit denkbar nahe. Die Lehre bejaht Bösgläubigkeit bereits unter Hinweis auf § 326 ABGB, wenn der Ersteher die wahre Rechtslage lediglich leicht fahrlässig verkennt⁵⁸⁹.

4. Das französische Recht

Nach Art. L. 322-10 Abs. 2 Cpce erhält der Ersteher im Wege der Versteigerung allein die Rechte, die der Vollstreckungsschuldner innehatte (Kongruenz). Der Grundsatz folgt also im weiteren Sinne einem »*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*«⁵⁹⁰, wengleich es hier um die Rechtsverschaffungsmacht des *juge de l'exécution* geht. Die Vorschrift ergänzt – etwas überraschend, aber dem Vertragsdenken verhaftet (*vente forcée*)⁵⁹¹ – in Satz 2, daß der Schuldner zur Befreiung des Grundstücks von Rechten Dritter verpflichtet sei und ihn die Eviktionsgarantie treffe, obgleich ersteres im Wege der »*purge*« vom Gericht erledigt wird, letzteres nach Art. 1649 Cc fr für die »*ventes faites par autorité de justice*« ausnahmsweise nicht vorgesehen ist. Fehlt dem *saisi* das Eigentum in Gänze, kann die Versteigerung aufgehoben wer-

⁵⁸⁶ Siehe *OGH* v. 25. 3. 2009 – 3 Ob 25/09 m, JBl 2009, 793 (794 f.); *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 170 a Rz. 1; *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 308 sowie *Rechberger/Simotta* Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 518 zu § 170 Nr. 5 EO aF.

⁵⁸⁷ Siehe *Stein/Jonas/Münzberg* ZPO²² (2002), § 771 Rz. 2; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* Lb¹² (1020), § 41 Rz. 4: Die Vollstreckung in fremdes Vermögen macht dieselbe nicht unzulässig.

⁵⁸⁸ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 170 a Rz. 1; *Feil/Marent* EO (2008), § 170 a Rz. 2.

⁵⁸⁹ Siehe *Angst* in: *Angst/Oberhammer* EO³ (2015), § 170 a Rz. 1 mit Nachw.; vgl. *Barth/Dokalik/Potyka* ABGB²⁴ (2014), Anm. zu § 326.

⁵⁹⁰ Siehe *Perrot/Théry* Procédures civiles d'exécution³ (2013), Tz. 991; *Leborgne* in: *Guinchard/Moussa* Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 1371.194.

⁵⁹¹ Siehe *Leborgne/Salati* Cpce³ (2015), Art. L. 322-10 Anm. II.

den⁵⁹². Ein gutgläubiger Hinzuerwerb von Flächen (oder »Wegerwerb« von Belastungen) findet nicht statt.

5. Handlungsempfehlung: Uneingeschränkter Erwerb von Dritteigentum

Die Skala der Lösungsangebote reicht mithin vom konsequenten Erwerb auch schuldnerfremden Vermögens selbst bei Bösgläubigkeit über den Erwerb schuldnerfremden Vermögens nur bei Gutgläubigkeit bis hin zu einem streng am *propriété du saisi* orientierten Zuschlagserwerb. Auch wenn im deutschen Recht die redlichkeitsunabhängige Lösung für den Zuschlagserwerb beweglicher Sachen schon deutlich stärker und deutlich früher unter Druck geraten ist⁵⁹³ als für die Immobilienvollstreckung, scheint sie uns richtig zu sein. Das Grundstücksrecht neigt zu besonders komplizierten Sachverhalten. Auch Wackes Versuch, dem Ersteher jedenfalls bei positiver Kenntnis der fehlerhaften Terminsbestimmung einen Erwerb zum Nachteil Dritter zu versagen, belastet ein auf Bieterinteresse stark angewiesenes System. Ein Nachteilsausgleich muß über die Regeln der Staatshaftung gelingen⁵⁹⁴.

Will man überhaupt die deutsche Lösung zugunsten vom Rechtsverlust bedrohter Dritter abschwächen, käme aber eine vorgezogene Erwerbsschranke bereits bei *grob oder gar leicht fahrlässigem Verkennen* der fehlerhaften Terminsbestimmung – so die Haltung der österreichischen Prozessualistik – richtigerweise nicht in Betracht.

⁵⁹² Siehe Leborgne in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 1371.194.

⁵⁹³ Siehe Marotzke NJW 1978, 133 ff.; Pinger JR 1973, 94 ff.; Henckel Prozeßrecht und materielles Recht (1970), S. 316 ff., 318; G. Huber Die Versteigerung gepfändeter Sachen (1970), S. 140 ff., 149; für die herrschende, der Rechtslage bei der Immobilienvollstreckung entsprechende Ansicht s. Stein/Jonas/Münzberg ZPO²² (2002), § 817 Rz. 24; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Lb¹² (2010), § 53 Rz. 27; Baur/Stümer/Bruns Lb¹³ (2006), Rz. 29.7.

⁵⁹⁴ Dazu i.e. Bartels ZZZP 128 (2015), 341 (358 ff.).

XIV. Versteigerung via Internet

1. Das deutsche Recht

Das ZVG läßt für die Teilnahme am Bietgeschehen zwar die Stellvertretung zu (§§ 71 Abs. 2, 81 Abs. 3 ZVG)⁵⁹⁵. Eine stärkere Mediatisierung ist jedoch nicht vorgesehen. Anders als bei der Fahrnisversteigerung (§ 814 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 ZPO 2009) kommt die Versteigerung im Internet über eine geeignete Plattform nicht in Betracht. Die rechtspolitische Neigung, hieran etwas zu ändern, ist mit Blick auf die wirtschaftliche Bedeutung des Grundstücks (nach Wahrnehmung des Unterzeichners) eher zurückhaltend.

2. Das schweizerische Recht

Auch das Recht der Schweiz bietet bislang kein Verfahren, das die Gebotsabgabe ins Internet verlegen könnte. Und *Staible* hat nachgewiesen, daß dies selbst für bewegliche Sachen *lege lata* nur mit Hilfe der Regeln zum Freihandverkauf (Art. 130 SchKG) gelingen könne⁵⁹⁶, entfaltet aber ausführliche Überlegungen *lege ferenda*⁵⁹⁷. Mit Blick auf Verständlichkeit und Transparenz rät *Staible* indessen von einer Übernahme in die Immobilienvollstreckung ab⁵⁹⁸. Österreich und Deutschland hätten die Einführung nicht ohne Grund auf bewegliche Sachen beschränkt.

3. Das österreichische Recht

Auch die EO-Nov. 2014 hat sich, trotz reformfreudiger Vollstreckungsgesetzgebung im übrigen, nicht entschließen können, die internetgestützte Versteigerung ebenso für die Immobilienvollstreckung einzuführen. Ermöglicht durch die EO-Nov. 2008⁵⁹⁹ gibt es das Bietgeschäft via Internetplattform nur für bewegliche Sachen (§§ 277 a ff. EO).

4. Das französische Recht

Der moderne *Code des procédures civiles d'exécution* schließlich sieht selbst für die Fahrnisverwertung keine internetgestützte Bietstunde vor (Artt. R. 221-33 - 39 Cpce). Sogar Ort, Tag und Stunde sind einerseits durch den *mairie de la commune*, andererseits lediglich über den *voie de presse* zu publizieren (Art. R. 221-34 Abs. 2 und 3 Cpce). Auch für die weit weniger heikle Bekanntmachung der Versteigerung meidet das französische Recht also das In-

⁵⁹⁵ Siehe *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 306 ff.

⁵⁹⁶ *Staible* Die Online-Auktion als alt. Verwertungsmaßnahme (2010), S. 70 ff., 82 ff.

⁵⁹⁷ *Staible* Die Online-Auktion als alt. Verwertungsmaßnahme (2010), S. 127 ff.

⁵⁹⁸ *Staible* Die Online-Auktion als alt. Verwertungsmaßnahme (2010), S. 254 ff., 276.

⁵⁹⁹ öBGB I 2008/37.

ternet. Durchsetzen wird sich jedoch die Veröffentlichung der Daten durch solche Tageszeitungen, die auch als vollständiges »E-Paper« angeboten werden. Die reduzierte Online-Fassung dagegen wird Inserate dieser Art auch in Frankreich nicht führen.

5. Das niederländische Recht

a) Die Reform

Digital fortgeschritten zeigt sich das niederländische WBRv. Dies läßt seit dem 1. Januar 2015 ausdrücklich auch die internetgestützte Zwangsversteigerung von Immobilien zu (Art. 519 WBRv). Ziel der Gesetzesinitiative⁶⁰⁰ war es, den Erlös in der Zwangsverwertung von Grundstücken im Interesse beider Vollstreckungsparteien zu erhöhen⁶⁰¹. Die Möglichkeit, online an der Bietstunde teilzunehmen, ragt unter den Innovationen des Vorhabens heraus⁶⁰². Sie soll vor allem dazu dienen, den Kreis der Bietinteressenten zu vergrößern⁶⁰³.

Aus Art. 519 Abs. 2 WBRv nF. ergibt sich nun, daß die Zwangsversteigerung auch (allein oder simultan mit einer hergebrachten Versteigerung im Saal [»Hybrid-Auktion«]) via Internet stattfinden kann. Die damit erforderliche Website muß öffentlich zugänglich und mit geeigneten technischen Mitteln ausgestattet sein, um die Zuverlässigkeit und Sicherheit zu gewährleisten (Art. 519 Abs. 4 S. 1 WBRv)⁶⁰⁴. So dürfe der Bieterprozeß nicht manipulierbar sein und über die Angemessenheit des Schutzes sei jeweils nach dem Stand der Technik zu entscheiden. Zugleich müsse die Kontinuität des Versteigerungssystems gewährleistet sein⁶⁰⁵.

Unberücksichtigt blieb überraschend E Art. 519 c WBRv, der eine Registrierung bzw. Legitimation der Online-Bieter vor dem beteiligten Notar (⇒ personenbezogene Daten) sowie den Nachweis der Kreditwürdigkeit (⇒ Bank-

⁶⁰⁰ »Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek in verband met het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken« (»Änderung der niederländischen ZPO und des niederländischen BGB im Hinblick auf die Transparenz und Zugänglichmachung für ein breiteres Publikum der Zwangsversteigerung von Immobilien«).

⁶⁰¹ Siehe Begleitschreiben zum Gesetzesvorschlag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2012 - 2013, 33 484, nr. 3, S. 1; s.a. Kemper in: Lassen/Luckow/Thurner Grundpfandrechte 2016 in Europa (2016), S. 113 (117).

⁶⁰² Siehe Dutmer FIP 2014, 234 (234); s.a. Wiertsema/Bremer Vastgoed Fiscaal & Civiel 2013, Heft 6, S. 6 (7 ff.).

⁶⁰³ Siehe Begleitschreiben (Fn. 601), S. 8.

⁶⁰⁴ Näheres hat der niederländische Gesetzgeber der Praxis sowie gegebenenfalls der Verwaltung überlassen, die hierzu Regelungen durch Rechtsverordnung ergänzen kann.

⁶⁰⁵ Siehe Begleitschreiben (Fn. 601), S. 10.

garantie oder Anzahlung) vorsah⁶⁰⁶. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers hat Kritik erfahren⁶⁰⁷. Diese Voraussetzung hat die Branche jedoch mit ihren Versteigerungsbedingungen (Art. 14 a Algemene Veilingvoorwaarden Voor Executieveilingen Via Internet 2011 [AVVEVI 2011] sowie jetzt mit Art. 3 Algemene Voorwaarden met Internetbieden 2015 [AVVI 2015]) geschaffen.

b) Erste Bewertungen

Zwar schlägt der online-gestützten Zwangsversteigerung nach wie vor Argwohn entgegen, weil man ihr die Dynamik des klassischen Bietgeschäfts unter Anwesenden nicht zutraut. Umgekehrt ist das Echo aus der Praxis zunehmend positiv⁶⁰⁸. Dort schätzt man am Online-Modus, daß die Gruppe der professionellen Ersteher nun durch »zufällige« Ersteher ergänzt werde⁶⁰⁹. Dies war auch erklärtes Ziel des Gesetzgebers, der die örtliche Beherrschung des Bietgeschehens durch kollusiv arbeitende Bietergruppen (⇒ Bietabkommen) bekämpfen wollte⁶¹⁰. Darüber hinaus honorieren Bieter, für die Gebotsabgabe via Internet das Haus oder das Büro nicht mehr verlassen zu müssen. Und vor allem gewerbliche Interessenten heben hervor, bei mehreren Zwangsversteigerungen gleichzeitig und unabhängig von ihrem Aufenthaltsort bieten zu können⁶¹¹. Für die Hybrid-Auktion wird allerdings mit Recht vorgeschlagen, die Versteigerung im Saal dann auszusetzen, wenn und solange die Website aufgrund eingetretener Störungen nicht zugänglich ist⁶¹².

Erst kürzlich hat jedoch die *Rechtbank Rotterdam*⁶¹³ über einen Konflikt entscheiden müssen, der sich aufgrund des Nebeneinanders von Internet-Bietern und »analogen« Bietern ergab. Ein Saal-Bieter hatte in der (zweiten) *afslagronde*⁶¹⁴ mit seinem Ruf »mijn« bei einem Betrag von € 160.900 den Zuschlag erhalten und war so einem Online-Bieter (Kläger) zeitlich denkbar knapp zuvor gekommen. Der Kläger trug indessen vor, das »gemijnd« mit seinem Button zeitlich eher bei einem Betrag von € 161.000 wirksam abgegeben zu haben, so-

⁶⁰⁶ Der Entwurf wollte damit den Umstand ausgleichen, daß der Meistbietende sich eben nicht wie üblich im Saal bei dem Notar vorstellen könne, s. Begr des Ersten Vorschlags (Fn. 601).

⁶⁰⁷ Siehe *Wiertsema/Bremer* *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2013, Heft 6, S. 6 (10 f.), die weitergehende Regelung der Website-Qualität sowie zur Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten fordern.

⁶⁰⁸ *Kemper* in: *Lassen/Luckow/Thurner* *Grundpfandrechte 2016 in Europa* (2016), S. 113 (118) referiert bereits steigende Erlöse unter Geltung des neuen Rechts in der Grundhaltung zustimmend auch *Wiertsema/Bremer* *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2013, Heft 6, S. 6 (9 ff.).

⁶⁰⁹ Siehe *Dutmer* *FIP* 2014, 234 (236).

⁶¹⁰ Siehe *Kemper* in: *Lassen/Luckow/Thurner* *Grundpfandrechte 2016 in Europa* (2016), S. 113 (117).

⁶¹¹ Siehe *Dutmer* *FIP* 2014, 234 (236).

⁶¹² *Wiertsema/Bremer* *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2013, Heft 6, S. 6 (9).

⁶¹³ *Rechtbank Rotterdam* *Urt. v. 25. 11. 2015* – ECLI:NL:RBROT:2015:8370.

⁶¹⁴ Siehe zum Bietgeschehen nach niederländischem Recht unten XV 5.

dann also regelwidrig übergangen worden zu sein. Da er davon erst später erfahren habe, sei auch eine weitere Teilnahme am anschließenden Bietgeschehen (andere Immobilien betreffend) schadensursächlich unterblieben. Das betreibende Webportal hat sich auf seinen vorformulierten Hinweis berufen, daß online-gestützte Gebote vom zuständigen Notar im Saal (per Signalton) gegebenenfalls nur zeitverzögert wahrgenommen werden könnten. Die Behauptung des Portals, gewisse Verzögerungen könnten technisch nicht verlässlich ausgeschlossen werden, mußte das Gericht der Rechtsfindung als zutreffend zugrunde legen⁶¹⁵. Die *Rechtbank* hat so die Klage abgewiesen, zumal Bietinteressenten angesichts unzulänglicher Technik auf die persönliche Teilnahme im Saal ausweichen oder einen Stellvertreter beauftragen könnten.

Ogleich die streitgegenständliche Versteigerung noch vor Inkrafttreten der Reform stattgefunden hat, sorgt die Entscheidung bei online-affinen Vollstreckungsrechtlern durchaus für Ernüchterung. Für den Rechtsvergleich ist freilich zu berücksichtigen, daß Tücken, wie sie im entschiedenen Konfliktfall wirksam waren, in der deutschen Zwangsversteigerung kaum denkbar sind. Beim wechselseitigen Überbieten wird das Meistgebot in Ruhe festgestellt und erst nach dreimaligem Aufruf mit dem Zuschlag beantwortet. Es ist die »herunterzählende« und dem deutschen Recht jedenfalls bislang ganz fremde *afslagronde* der »holländischen Auktion«, die eine so sekundengenaue Handhabung erfordert.

6. Das schwedische Recht

Das königliche Zwangsvollstreckungsrecht gibt sich zu Fragen einer online-gestützten Auktion zurückhaltend. Während das *Utsökningsbalk* gänzlich schweigt, findet sich im zentralen *Handbok Utmätning* lediglich der Hinweis, Bietinteressenten könnten sich durchaus auch via Video oder per Telefon an der Versteigerung beteiligen, sofern sie dies von einem (anderen) Büro der Vollstreckungsbehörde aus tun⁶¹⁶. Das ist immerhin eine Gebotsabgabe unter Abwesenden; eine Versteigerung mit Hilfe einer Online-Plattform ist es freilich nicht.

7. Handlungsempfehlung: Einführung der Online-Auktion

Wie gezeigt bietet bislang allein das niederländische Recht eine Vorlage für die Einführung einer internetgestützten Versteigerung (auch) von Immobilien. Der Mut zum Fortschritt überzeugt: Am Status Quo müßte nur dann beharrlich festgehalten werden, wenn die Risiken nach wie vor unverhält-

⁶¹⁵ Art. 3 Abs. 6 AVVEVI 2011 $\hat{=}$ Art. 2 Abs. 4 AVVI 2015 weist dem Notar bei Reihenfolgekonflikten die autoritative Entscheidung (mit Hilfe des eingesetzten Servers) zu.

⁶¹⁶ *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.1.4 (S. 342).

nismäßig wären. Das ist wohl nicht der Fall. Unseriöse Gebote sind unter Anwesenden vermutlich nicht minder wahrscheinlich. Die Erbringung von Sicherheiten könnte mit Hilfe von Zahlungsdiensten organisiert werden. Insgesamt bietet ein internet-gestütztes Bieterverfahren die Chance, ein breiteres Publikum zu erreichen.

Es bieten sich so folgende Ergänzungen an:

§ 65 ZVG [Besondere Versteigerung; anderweitige Verwertung]

[...]

(3)¹ Eine öffentliche Versteigerung kann auf Anordnung des Gerichts als allgemein zugängliche Versteigerung im Internet über eine Versteigerungsplattform erfolgen.² Das Gericht kann ebenso eine die herkömmliche Versteigerung zeitgleich ergänzende Versteigerung im Internet anordnen.

(4)¹ Die Landesregierungen bestimmen für die Versteigerung im Internet nach Abs. 3 Satz 1 sowie für die ergänzende Versteigerung im Internet nach Abs. 3 Satz 2 durch Rechtsverordnung

1. den Zeitpunkt, von dem an die Versteigerung zugelassen ist,
2. die Versteigerungsplattform,
3. die Zulassung zur und den Ausschluss von der Teilnahme an der Versteigerung; soweit die Zulassung zur Teilnahme oder der Ausschluss von einer Versteigerung einen Identitätsnachweis natürlicher Personen vorsieht, ist die Nutzung des elektronischen Identitätsnachweises (§ 18 des Personalausweisgesetzes) zu diesem Zweck zu ermöglichen,
4. Beginn, Ende und Abbruch der Versteigerung,
5. die Versteigerungsbedingungen und die sonstigen rechtlichen Folgen der Versteigerung einschließlich der Belehrung der Teilnehmer über den Gewährleistungsausschluss nach § 56 Satz 3,
6. die Anonymisierung der Angaben zur Person des Schuldners vor ihrer Veröffentlichung und die Möglichkeit der Anonymisierung der Daten der Bieter,
7. das sonstige zu beachtende besondere Verfahren; insbesondere die Aufbringung einer Bietsicherheit.

² Sie können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

(5)¹ Die besondere Versteigerung oder die anderweitige Verwertung ist nur zulässig, wenn das geringste Gebot erreicht ist. [...] ³ Bei einer anderweitigen Verwertung nach Abs. 3 und 4 ist der Zuschlag zu versagen, wenn das abgegebene Meistgebot die Hälfte des Grundstückswerts nicht erreicht.

XV. Nachgebot (Überbot/surenchère)

1. Das deutsche Recht

Das deutsche ZVG schließt die Verwertungsbemühungen mit dem Meistgebot und dem darauf antwortenden Zuschlag ab. Dieser kann förmlich nur mit einer Beschwerde in Frage gestellt werden, anders nicht. Die betreibenden Gläubiger haben jedoch bisweilen Wege gesucht, die Ergebnisse des Bieterwettbewerbs zu steigern, indem sie dem Meistbietenden in der gegebenenfalls mehrwöchigen Phase zwischen Feststellung des Meistgebots und Zuschlagserteilung mitgeteilt haben, eine Antragsrücknahme erklären zu wollen⁶¹⁷, sofern dieser nicht zusätzlich (direkt an sie) eine weitere Zahlung leiste. Dies ist kein verfahrensrechtlich vorgesehenes Nachgebot und in einer Durchführung so sicher fragwürdig, kommt dem im folgenden näher darzustellenden Institut aber doch nahe⁶¹⁸.

2. Das österreichische Recht

Während in der Schweiz ein Nachgebot gänzlich fehlt, ist es umgekehrt im österreichischen Recht seit langem heimisch. Das Institut des »Überbots« ist zunächst mit Gesetz v. 10. 6. 1887 eingeführt worden⁶¹⁹, um sodann 1896 in der Exekutionsordnung näher geregelt zu werden. Danach ist zunächst die Erteilung des Zuschlags unter Bezifferung des Meistgebots binnen acht Tagen öffentlich bekannt zu machen (§ 183 Abs. 3 S. 1 und 2 EO). Für ein Überbot ist nur dann Raum, wenn das zuschlagsursächliche Meistgebot eine Quote von 75 %⁶²⁰ des Schätzwerts nicht erreicht hat (§ 195 Abs. 1 EO). Liegen die Voraussetzungen vor und geht binnen vierzehn Tagen ein qualifiziertes Nachgebot von mindestens 125 %⁶²¹ des bisherigen Meistbots ein (§ 195 Abs. 2 S. 1 EO), so muß der (bisherige) Ersteher davon unterrichtet werden (§ 197 S. 1 EO). Zieht er binnen dreier Tage gleich, indem er sein Meistgebot auf den jetzt nachträglich gebotenen Betrag erhöht, so bleiben

⁶¹⁷ Die Antragsrücknahme ist – anders als Anträge nach § 74 a Abs. 1 ZVG – bis zur gegebenenfalls nachträglichen Zuschlagserteilung zulässig, s. *RGZ* 89, 426 (428 f.); *OLG Frankfurt Rpfleger* 1991, 470; *Steiner/Storz ZVG*⁹ (1984), § 29 Rz. 32; *Hintzen* in: *Dassler/Schiffhauer ZVG*¹⁵ (2016), § 29 Rz. 11; *Reinhard/Müller ZVG*^{3/4} (1931), § 29 Anm. III; *Fraeb ZVG* (1929), § 29 Anm. I 1; *Böttcher ZVG*⁶ (2016), § 29 Rz. 8; *Depré/Popp ZVG* (2014), § 29 Rz. 2; anders noch § 34 ZVG-VE sowie § 107 E I: Schluß des Termins resp. der Verhandlung im Termin als Zeitgrenze.

⁶¹⁸ Diesen Hinweis verdanken wir Rechtsanwalt *Leif Holger Wedekind*, Lüneburg.

⁶¹⁹ Siehe G v. 10. 6. 1887 (öRGBI. Nr. 74); vgl. *Lehmann Die Zwangsversteigerung* (1906), S. 286; *Heller/Berger/Stix* in: *Neumann/Lichtblau EO*⁴ (1972), §§ 195, 196 Anm. A.

⁶²⁰ Vor 1896 betrug die Grenze lediglich 2/3, s. *Lehmann Die Zwangsversteigerung* (1906), S. 287.

⁶²¹ Vor 1896 betrug die Grenze 1/5, s. *Heller/Berger/Stix* in: *Neumann/Lichtblau EO*⁴ (1972), §§ 195, 196 Anm. A (S. 1394); *Lehmann Die Zwangsversteigerung* (1906), S. 287.

ihm die Rechte aus dem Meistgebot erhalten (§ 197 S. 2 EO)⁶²². Andernfalls ist der ursprüngliche Zuschlag aufzuheben und nunmehr dem Überbieter der Zuschlag zu erteilen (§ 199 Abs. 1 S. 2 EO). Die Exekutionsordnung stabilisiert die Durchführung mit obligatorischer Sicherheitsleistung (§ 196 Abs. 1 S. 2 - 4 EO) sowie mit der Androhung von Ordnungsgeld für den Fall der Störung durch ungedecktes Überbot (§ 196 Abs. 1 S. 5 EO).

Kritik am Ertrag des Instituts übt in jüngster Zeit *Krenn*⁶²³, der sich jedoch auf Korrekturen zur Absicherung des Verfahrens gegen unseriöse Überbote kapriziert, nicht aber eine Abschaffung der §§ 195 ff. EO empfiehlt.

3. Das französische Recht

a) Die Ursprünge der *surenchère*

Im französischen Recht reichen die Wurzeln noch weiter zurück als in Österreich. So war das Nachgebot (*»surenchère«*) zunächst Bestandteil des *ancien Code de procédure civile* v. 1806 gewesen (Art. 710 aCpc)⁶²⁴, das (bemerkenswert) zeitweilig vom bayerischen Recht des 19. Jhds. übernommen wurde⁶²⁵. Damit bestand auch nach Verkündung der Zuschlagsentscheidung binnen acht Tagen Gelegenheit, sich mit einem qualifizierten (um 25 % höheren⁶²⁶) Nachgebot gegen das dem Zuschlag (einstweilen) zugrundeliegende Meistgebot durchzusetzen⁶²⁷. Noch der *ancien Code de procédure civile* hat in Art. 965 »aF.« = Art. 708 »nF.« den Mehrbetrag auf 10 % gesenkt und die Abgabefrist auf zehn Tage ausgeweitet.

b) Die gegenwärtige Rechtslage

Auch der geltende *Code des procédures civiles d'exécution* läßt ein (unwiderprüfliches⁶²⁸) Nachgebot von nur 10 % ausreichen (Art. R 322-50 Cpce)⁶²⁹. Eine höhere Quote kann auch mit Hilfe der Versteigerungsbedingungen (*cahier*

⁶²² Siehe *OGH* v. 19.12.2007 – 3 Ob 160/07 m, JBl 2008, 396 (397 f.). Nach § 197 S. 2 EO wird so das Nachgebot »entkräftet«; vgl. *Mini* Die neue Zwangsversteigerung von Liegenschaften (2000), S. 156; *Lehmann* Die Zwangsversteigerung (1906), S. 291 f.

⁶²³ *Krenn* RZ 2011, 131 (132 ff., 137 f.).

⁶²⁴ Art. 710: Toute personne pourra, dans la huitaine du jour où l'adjudication aura été prononcée, faire au greffe du tribunal, par elle-même ou par un fondé de procuration spéciale, une surenchère, pourvu qu'elle soit du quart au moins du prix principal de la vente.

⁶²⁵ Siehe Art. 1060 bayCPO; *Schubert* Einleitung in: *Jakobs/Schubert* Beratung (1983), S. 8 f. – Historisch ferner *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 337 Fn. 282.

⁶²⁶ Mit Änderungsgesetz v. 2.6.1841 wurde der Aufschlag auf 1/6 vermindert, s. dazu *Foelix* Krit. Zs. Rechtsw. Ausland 15 (1842), 22 (29 f.).

⁶²⁷ Siehe auch *Foelix* Krit. Zs. Rechtsw. Ausland 14 (1842), 530 (540).

⁶²⁸ Siehe Art. R. 322-51 Abs. 3 Cpce; *Leborgne* in: *Guinchard/Moussa* Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 1372.91.

⁶²⁹ Ferner sind es die Regeln des italienischen Rechts, die ein Nachgebot erlauben. Der *Codice di Procedura Civile* läßt ebenfalls zehn Tage Spielraum, fordert jedoch ein Mehrgebot von mehr als 17% (Art. 584 Abs. 1).

des conditions de vente) nicht verlangt werden⁶³⁰. Ebenso ist Art. R. 322-51 Abs. 1 Cpce bei einer Frist von zehn Tagen geblieben. Etwa dem § 195 Abs. 1 EO vergleichbar *defizitär* muß der mit der *surenchère* angegriffene *prix principal de la vente* nach wie vor nicht sein. Nach dem Wortlaut des Cpce kann auch ein gänzlich marktangemessenes Meistgebot mit einem Nachgebot angegriffen werden⁶³¹. Spätestens am dritten Tag nach Abgabe des Nachgebots hat der *surenchérisseur* dasselbe (anwaltlich vertreten) dem betreibenden Gläubiger, dem (vorläufigen) Meistbietenden und dem Schuldner förmlich mitzuteilen (Art. R. 322-52 Abs. 1 S. 1 Cpce). Anders als beim Überbot Österreichs kann der so übergangene (erste) Ersteher zwar Rechtsmittel bemühen (Art. R. 322-52 Abs. 2 Cpce), den (zweiten) Ersteher vom Erwerb verdrängen kann er nicht⁶³². Auch Dritte können die zweite *adjudication* nicht wiederum überbieten (Art. R. 322-55 Abs. 3 Cpce). Anfällig bleibt indessen auch der Erwerb des *surenchérisseur* gegen gesetzliche Vorkaufsrechte⁶³³.

4. Das italienische Recht

Ferner sind es die Regeln des italienischen Rechts, die ein Nachgebot erlauben. Der *Codice di Procedura Civile* läßt ebenfalls zehn Tage Spielraum, fordert jedoch ein Mehrgebot von mehr als 17% (Art. 584 Abs. 1 CPC).

5. Das niederländische Recht

Das niederländische Vollstreckungsrecht kennt ein Nachgebot im hergebrachten Sinne nicht, versucht indessen, das Bietgeschäft auf eigene Weise zu dynamisieren. So zerfällt dieses stets in zwei Teile (Art. 3 Abs. 1 AVVE 2006). In der ersten Phase – dem *opbod* – konkurrieren die Bieter in konventioneller Weise, also mit Hilfe *steigender* Gebote, und führen so ein Meistgebot (*inzetsom*) herbei⁶³⁴. Im folgenden *afmijning* gibt der verfahrensleitende Notar zunächst nach Ermessen einen Betrag bekannt, der deutlich höher als das Meistgebot des *opbod* ist. Während das übliche Hochbieten immer wieder – teils minutenlange – Pausen »aushalten« muß, legt der Auktionator beim jetzt folgenden *afmijning* ein recht druckvolles Tempo vor. Wartet ein Erwerbsinteressent beim »Herunterzählen« auch nur einen Moment zu lang, so kann ihm ein Konkurrent mit seinem »*mijn*« zuvorkommen (Art. 3 Abs. 3

⁶³⁰ Siehe *Cour de cassation* (2° civ.) v. 16. 12. 2010, N° 09-71.807; *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 968.

⁶³¹ *Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution*³ (2013), Tz. 967, verteidigen die *surenchère* gegen den Vorwurf der Verfahrensstörung und sehen darin vielmehr nur eine mögliche Verlängerung des Bieterwettbewerbs.

⁶³² Siehe *Leborgne* in: *Guinchard/Moussa Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 1372.92.

⁶³³ Siehe *Leborgne/Salati Cpce*³ (2015), Anm. III vor Art. 322-50.

⁶³⁴ *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 24.

AVVE 2006). Kann das *afmijning*-Verfahren kein höheres Gebot herbeiführen, gelangt das Grundstück an den Meistbietenden des *opbod*⁶³⁵.

In der oben angeführten Entscheidung der *Rechtsbank Rotterdam*⁶³⁶ wurde so nach einem *opbod* in Höhe von € 160.000 sodann in der *afslagronde* ein Betrag von € 250.000 festgesetzt. Erst nachdem der »herunterzählende« Auktionator indessen bei einem Gebotsniveau von € 160.900 angelangt war, entschloß sich der spätere Ersteher zu einer Intervention durch Rufen eines »*mijn*«.

Um nun überhaupt die erste Phase des Verfahrens wirkungsvoll in Gang zu setzen, also eine Bietkonkurrenz wirksam anzuregen, setzt das Verfahrensrecht (auch) auf die *Inzetpremie*⁶³⁷. Diese wird offenbar an den Bieter gezahlt, der sich zwar im *opbod* durchgesetzt hat, im *afmijning* aber durch ein betragsmäßig höheres *mijn* verdrängt wurde. *Schwabe*⁶³⁸ geht davon aus, die *Inzetpremie* sei Anreiz zum Hochbieten für solche, die den Erwerb im Grunde gar nicht anstreben. Diese Art des künstlichen Hochbietens ohne eigenes Erwerbsinteresse (aber freilich mit Erwerbs- und Kostenrisiko) steht im deutschen Recht unter Manipulationsverdacht⁶³⁹. Kritische Beachtung hat dieses Muster auch für eBay-Auktionen erfahren. Zugleich wird die Eignung des *afmijning* in der Auktionentheorie stark angezweifelt⁶⁴⁰, wengleich auch unter makroökonomischen Gesichtspunkten⁶⁴¹. Kritik erfährt vor allem der Umstand, daß der Bieter aus dem Vorgang der Versteigerung keine Informationen darüber gewinne, welche Bewertung der Gegenstand durch andere Bieter erfahre⁶⁴². Damit würde die ökonomisch angemessene Allokation häufiger verfehlt als nach der klassischen englischen Auktion.

⁶³⁵ Anschaulich auch *Rechtsbank Rotterdam* Ur. v. 25. 11. 2015, – ECLI:NL:RBROT:2015:8370. – Zu abweichenden Regeln für die Ermittlung des Meistgebots s. Art. 3 Abs. 5 AVVE 2006.

⁶³⁶ *Rechtsbank Rotterdam* Ur. v. 25. 11. 2015, – ECLI:NL:RBROT:2015:8370.

⁶³⁷ Art. 7 AVVE 2006; *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 26.

⁶³⁸ *Schwabe* Das niederländische ZwangsvollstreckungsR (2010), S. 26.

⁶³⁹ Krit. auch *Gräler* JBN 2004, 3 (14) bei Ziffer 11.

⁶⁴⁰ Siehe etwa *Martini* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung (2008), S. 319 Fn. 204; *Beckmann* Ökonomische Analyse deutscher Auktionen (1999), S. 266 ff. und Fn. 567; ferner *Bartels* Dogmatik und Effizienz (2010), S. 58 f.; beachtlich aber: *Martini* aaO. S. 316: zunehmende Beliebtheit in der Praxis des Wirtschaftslebens; *ders.* in: *BeckOK GewO*³³ (2015), § 34 b Rz. 16.

⁶⁴¹ Siehe *Milgrom/Weber* *Econometrica* 50 (1982), 1089 (1103 ff.); *Milgrom* Putting Auction Theory to Work (2004), S. 242 f.

⁶⁴² Siehe *Martini* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung (2008), S. 319.

6. Handlungsempfehlung: Einführung eines Nachgebots

Man mag einwenden, das Institut des Nachgebots trage die Gefahr einer Verschiebung des Bietungsgeschäfts in sich, so wie dies schon durch § 85 a Abs. 2 S. 2 ZVG verursacht worden ist. Richtigerweise wird man jedoch umgekehrt von einem erhöhten Druck auf die Bieter ausgehen müssen, die bei allzu schwachem Meistgebot mit einem qualifizierten Übergebot zu rechnen haben⁶⁴³, ohne dieses – so im *Code des procédures civiles d'exécution* – noch »kontern« zu können.

Im übrigen: Wird das (vorläufige) Meistgebot wiederum in den amtlichen Bekanntmachungen eingerückt⁶⁴⁴ und mit dem Hinweis auf die Möglichkeit eines Nachgebots versehen, so nimmt die interessierte Öffentlichkeit nicht nur wie bisher wahr, zu welchen Minimalgeboten im zweiten Termin zugeschlagen werden *kann*⁶⁴⁵; sie erfährt vielmehr konkret, zu welchem Kleinstgebot die angezeigte Liegenschaft bereits zugeschlagen worden *ist* und dem Meistbietenden nun ohne Intervention endgültig zufällt. Dieses Verfahren würde die häufig anzutreffende Versteigerung weit unter Wert transparent machen, in Verbindung mit der Möglichkeit des Nachgebots also einen Bietanreiz schaffen und der Verwertung so mutmaßlich einen größeren Kreis von Mitbieterern erschließen⁶⁴⁶.

Es bieten sich somit folgende Ergänzungen an:

§ 88 ZVG [Zustellung des Beschlusses]

(1)¹ Der Beschluß, durch welchen der Zuschlag erteilt wird, ist den Beteiligten [...] und dem Ersteher zuzustellen.² Als Beteiligte gelten auch diejenigen, welche das angemeldete Recht noch glaubhaft zu machen haben.

(2)¹ Die Erteilung des Zuschlags ist unter Angabe des erzielten Meistgebots innerhalb von acht Tagen nach Schluß der Versteigerung öffentlich bekanntzumachen durch einmalige Einrückung in das für Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt oder in einem für das Gericht bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem.² Ist ein Nachgebot zulässig, so ist zugleich die für die Abgabe von Nachgeboten geltende Frist sowie der Mindestbetrag des zulässigen Nachgebots bekanntzumachen.

§ 89 a ZVG [Nachgebot]

(1) Bleibt das abgegebene Meistgebot [...] einschließlich des Kapitalwerts der nach den Versteigerungsbedingungen bestehenbleibenden Rechte [...] unter sieben Zehnteilen

⁶⁴³ So mit Recht Pollak System des Österr. ZivilprozeßR² (1932), § 187 VII; zust. referiert bei Heller/Berger/Stix in: Neumann/Lichtblau EO⁴ (1972), §§ 195, 196 Anm. A. Auf eine Hebung der Versteigerungserlöse setzt auch Angst in: Angst/Oberhammer EO³ (2015), § 195 Rz. 1.

⁶⁴⁴ Siehe auch § 55 I 52 prAGO.

⁶⁴⁵ Schon dies löst in interessierten Kreisen oft ein erhöhtes Interesse aus, s.a. Storz/Kiderlen NJW 2007, 1846 (1847).

⁶⁴⁶ Sympathisierend auch Stamm Die Prinzipien und Grundstrukturen (2007), S. 464: »überdenkenswerte Regelung zur Steigerung der Effektivität der Grundstücksversteigerung«.

des Grundstückswertes, so tritt die Unanfechtbarkeit des Zuschlagsbeschlusses dann nicht ein, wenn rechtzeitig ein geeignetes Nachgebot abgegeben wird.

(2) Ein Nachgebot ist rechtzeitig im Sinne des Absatz 1, wenn es binnen vierzehn Tagen nach öffentlicher Bekanntmachung im Sinne des § 88 Abs. 2 schriftlich beim Vollstreckungsgericht eingeht.

(3) Ein Nachgebot ist geeignet im Sinne des Absatz 1, wenn es bei Fortgeltung der Versteigerungsbedingungen das bisherige Meistgebot um mindestens ein Viertel übersteigt und der Bieter binnen der Frist nach Absatz 2 in Höhe eines Viertels seines Gebots Sicherheit im Sinne des § 69 leistet.

(4)¹ Dem Ersteher ist von jedem Nachgebot unverzüglich Mitteilung zu machen.² Gibt er nach Eingang des letzten zulässigen Nachgebots binnen dreier Tage seinerseits gegenüber dem Gericht schriftlich ein unwiderrufliches Gebot ab, das dem letzten (höchsten) zulässigen Nachgebot dem Betrage nach entspricht, so wird der Zuschlagsbeschluss zu den geänderten Bedingungen zu seinen Gunsten unanfechtbar.³ Einer Zurückweisung der Nachgebote bedarf es nicht.

(5)¹ Bleibt ein Gebot nach Abs. 4 Satz 2 aus, so ist dem höchsten zulässigen Nachgebot unter Aufhebung des ursprünglichen Zuschlagsbeschlusses der Zuschlag zu erteilen.² Es gilt § 88 Abs. 1. Der Nachbieter wird mit der Verkündung des zu seinen Gunsten ergehenden Zuschlagsbeschlusses Eigentümer.

XVI. Freihändige Veräußerung

1. Das deutsche Recht

Obgleich das deutsche Vollstreckungsrecht im Zugriffsbereich und damit vor der Verwertung gepfändeter Gegenstände verstärkt auf Verständigung mit dem Vollstreckungsschuldner setzt (§§ 802 a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 802 b Abs. 1 ZPO)⁶⁴⁷, ist bislang weder die Verwertung von Mobilien noch von Immobilien im Wege einverständlichen Zusammenwirkens mit dem Schuldner vorgesehen. Eine Ausnahme machen allein »Gold- und Silbersachen« bei bereits fehlgegangener Zwangsversteigerung (§ 817 a Abs. 3 S. 2 ZPO)⁶⁴⁸. Für die Verwertung von Grundstücken gilt freilich, daß die betreibende Bank mit dem Vollstreckungsschuldner (= Eigentümer) hinsichtlich einer freihändigen Veräußerung der Liegenschaft das Einvernehmen suchen kann⁶⁴⁹. Teil des Vollstreckungsverfahrens ist dies nicht. In neuester Zeit ist Jähne der Regelung des deutschen ZVG entgegengetreten⁶⁵⁰ und hat *lege ferenda* den Einsatz eines Treuhänders (Verwerters) gefordert⁶⁵¹. Von Schmidt-Räntsch⁶⁵² stammt der Vorschlag, das im Termin gewonnene Meistgebot durch nachträglich freihändigen Veräußerungsversuch zu übertreffen.

2. Das schweizerische Recht

Nachdem in der Schweiz ursprünglich nur die freihändige Veräußerung von Mobilien möglich war und dies trotz einer Änderungsinitiative v. 1981 zunächst so blieb, trat schließlich zum 1. 1. 1997 Art. 143 b SchKG in Kraft⁶⁵³. Danach kann (in der Betreibung auf Pfändung) an die Stelle der planmäßigen Zwangsversteigerung ausnahmsweise auch der freihändige Verkauf der beschlagnahmten Liegenschaft treten⁶⁵⁴. Obgleich der Vollzug der Eigentumsverschaffung auch hier durch zustimmungsbedürftigen hoheitlichen Akt geschieht (⇒ zweiseitiges Rechtsgeschäft)⁶⁵⁵, ist der Abstand zum Modus der Zwangsversteigerung erheblich. Der Freihandverkauf will den Schwächen der Zwangsversteigerung begegnen, vor allem dem defizitären

⁶⁴⁷ Siehe Keller in: *ders.* Hdb (2013), Rz. 2/42 ff.; *Mroß* DGVZ 2010, 181 (182).

⁶⁴⁸ Siehe etwa Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Lb¹² (2010), § 53 Rz. 32 ff.

⁶⁴⁹ Jähne *Immobilienversteigerung*² (2015), S. 27 f.

⁶⁵⁰ Jähne *Immobilienversteigerung*² (2015), S. 27 ff., 34.

⁶⁵¹ Jähne *Immobilienversteigerung*² (2015), S. 35 ff.

⁶⁵² Schmidt-Räntsch *ZfIR* 2013, 449 (450).

⁶⁵³ Bundesgesetz v. 16. 12. 1994, AS 1995, 1227, 1307, BBl 1991 III 1. Zur Entstehungsgeschichte näher *Lorandi* *Der Freihandverkauf* (1994), S. 233 ff.

⁶⁵⁴ Siehe *Kren Kostkiewicz* *SchKR*² (2014), Rz. 910 ff., 872 ff.; *Spühler* *SchKR* I⁶ (2014), Rz. 593 ff.; *Lorandi* *Der Freihandverkauf* (1994), S. 254 ff.

⁶⁵⁵ Siehe *Lorandi* *Der Freihandverkauf* (1994), S. 30 ff., 38: »betreibungsrechtliche Verfügung«, S. 59.

Wettbewerb und der fehlenden Verfahrensflexibilität⁶⁵⁶, um so das bestmögliche Ergebnis zu erzielen⁶⁵⁷. Das Gesetz regelt weder Verfahren noch Inhalt des Freihandverkaufs⁶⁵⁸. Gegenüber der Zwangsversteigerung wie auch dem Freihandverkauf von Mobilien sticht ferner heraus, daß alle Beteiligten mit der freihändigen Verwertung einverstanden sein müssen (Art. 143 b Abs. 1 SchKG), also auch der Eigentümer (sic!), und daß zugleich vom Erwerbswilligen (im Sinne eines Verschleuderungsschutzes⁶⁵⁹) mindestens der Schätzpreis im Sinne des Art. 140 Abs. 3 SchKG angeboten werden muß (Art. 143 b Abs. 1 SchKG).

3. Das österreichische Recht

Die Exekutionsordnung beschränkt die Möglichkeit des Freihandverkaufs wiederum auf Mobilien, und zwar allein auf solche, die einen Börsenpreis haben (§ 268 EO)⁶⁶⁰. Ausnahmsweise kann auf Antrag des betreibenden Gläubigers oder des Schuldners die freihändige Veräußerung nach Maßgabe des § 271 a EO durchgeführt werden. Das gleiche gilt gegebenenfalls nach erfolgloser Ausbietung (§ 280 Abs. 1 EO)⁶⁶¹. Beide Ausnahmen sind indessen systematisch bei der »Exekution auf das bewegliche Vermögen« angesiedelt. Für Liegenschaften findet ein Freihandverkauf im österreichischen Vollstreckungsrecht mithin nicht statt⁶⁶².

4. Das französische Recht

Zu den Neuerungen des Cpce 2012 gehört die *vente amiable sur autorisation judiciaire*⁶⁶³. In der *audience d'orientation* (Artt. R 322-4 ff. Cpce) wird vom Gericht früh unter Beteiligung des betreibenden Gläubigers, der *créanciers inscrits* und des Schuldners geprüft, ob die Verwertung des Grundstücks (klassisch) durch Zwangsversteigerung oder im Wege einvernehmlichen Verkaufs (»*vente amiable*«) vorgenommen werden soll (Artt. L. 322-3 - 4 sowie

⁶⁵⁶ Dies ist überzeugend vor allem bei Gegenständen mit schneller Wertminderung, s. *Lorandi* Der Freihandverkauf (1994), S. 261 ff.

⁶⁵⁷ Siehe *Lorandi* Der Freihandverkauf (1994), S. 12 f., 16, 53.

⁶⁵⁸ Siehe *Lorandi* Der Freihandverkauf (1994), S. 55.

⁶⁵⁹ Siehe *Lorandi* Der Freihandverkauf (1994), S. 255 f. *Lorandi* aaO. führt hier zur Begründung nicht betreibende Gläubiger an, die über die Art der Verwertung nicht mitentscheiden können. Mit Blick auf das erforderliche Einverständnis aller Beteiligten (Art. 143 b Abs. 1 SchKG) leuchtet dies jedoch nicht recht ein.

⁶⁶⁰ Siehe etwa *Nunner-Krautgasser* ExekutionsR³ (2011), S. 234.

⁶⁶¹ Siehe *Rechberger/Oberhammer* ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 364.

⁶⁶² Siehe *Pollak* System des Österr. ZivilprozeßR² (1932), § 185 III d/g, V [körperliche bewegliche Sachen].

⁶⁶³ Siehe *Leborgne/Salati* Cpce³ (2015), S. 441.

Artt. R. 322-20 - 25 Cpce)⁶⁶⁴. Der einvernehmliche Verkauf wird unter notarieller Beteiligung (Art. L. 322-4 Cpce)⁶⁶⁵ durchgeführt und sodann vom Gericht förmlich festgestellt⁶⁶⁶. Er löst die gleichen Rechtsfolgen aus wie ein gewöhnlicher Kaufvertrag (Art. L. 322-3 S. 1 Cpce). Einen selbständigen Verkauf durch den Schuldner, wie die Mobiliarvollstreckung dies kennt (Artt. L. 221-3, R. 221-30 Cpce)⁶⁶⁷, gibt es für Grundstücke nicht.

Anders als im eidgenössischen Recht ist für die Durchführung eine Zustimmung des Schuldners *nicht* erforderlich. Vielmehr hat der *débiteur* grundsätzlich auf Betreiben des *créancier poursuivant*, gebilligt von den *créanciers inscrits* und »sur autorisation judiciaire«, den Verkauf sorgfältig anzubahnen und durchzuführen (Art. R. 322-22 Abs. 1 Cpce). Dies ändert nichts daran, daß der Verkauf häufig auf die Initiative des Schuldners zurückgeht⁶⁶⁸.

Das Institut wird u.a. begründet mit einer Kostenersparnis gegenüber der *vente forcée* sowie damit, daß das selbständige Verhandeln der Vertragsbedingungen durch den Schuldner für denselben »moins traumatisant« sei als die Zwangsversteigerung⁶⁶⁹. – Scheitert der einvernehmliche Verkauf, so ordnet der Richter die Durchführung der *vente forcée* an (Art. R. 322-25 Abs. 4 iVm. Art. R. 322-22 Abs. 3 und 4 Cpce)⁶⁷⁰.

5. Das niederländische Recht

Die Verwertung des Grundstücks kann gegebenenfalls statt durch Zwangsversteigerung (*executie*) auch freihändig geschehen. Auf (anwaltlichen oder notariellen) Antrag des Hypothekars, ebenso aber auch des Grundstückseigentümers bestimmt der Präsident des Bezirksgerichts (*voorzieningenrechter van de rechtbank*) den freihändigen Verkauf durch Vertrag (Art. 3:268 Abs. 2 S. 1 BW)⁶⁷¹. Gegenstand des Antrags muß eine zustimmungsfähige Kaufvertragsofferte eines Dritten sein. Vor abschließender Erörterung des Antrags können der betreibende Gläubiger sowie auch Buchberechtigte die

⁶⁶⁴ Siehe aus den deutschen Darstellungen Wolber Schuldnerschutz (2015), S. 112; Ferrand in: Sonnenberger/Classen Einführung in das französische Recht⁴ (2012), Nr. 208, S. 495; Bunge Zivilprozess und ZV in Frankreich und Italien (2008), S. 118.

⁶⁶⁵ Siehe Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution⁸ (2013), Tz. 922 ff.; Lauba in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 1366.161 ff.

⁶⁶⁶ Siehe Lauba in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 1366.201 ff.

⁶⁶⁷ Siehe Lauba in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 715.04.

⁶⁶⁸ Siehe dazu Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution⁸ (2013), Tz. 907.

⁶⁶⁹ Siehe Perrot/Théry Procédures civiles d'exécution⁸ (2013), Tz. 907.

⁶⁷⁰ Siehe Lauba in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 1366.84, 1366.213.

⁶⁷¹ Siehe Ploeger/van Velten/Zevenbergen Real Property Law and Procedure – The Netherlands (2005), S. 38.

alte (grundsätzlich zustimmungsfähige) Offerte durch eine günstigere Offerte verdrängen (Art. 3:268 Abs. 2 S. 2 BW).

6. Das schwedische Recht

Nachdem die freihändige Veräußerung in der schwedischen Zwangsversteigerung lange Zeit ganz ungebräuchlich war, wurden die maßgeblichen Regelungen 1994 reformiert (12:57 - 61 UB). Ziel war es, die Dauer des Verfahrens zu senken und die Höhe der Erlöse zu steigern⁶⁷².

Über die Vertriebsform entscheidet die *Kronofogden*. Voraussetzung für eine freihändige Veräußerung ist allerdings, daß diese zweckmäßiger (»mer ändamålsenlig«) als die Zwangsversteigerung erscheint (12:57 (1, 1) UB)⁶⁷³. Nach Satz 2 der Vorschrift ist die Zweckmäßigkeit stets nach der Höhe des jeweils zu erwartenden Versteigerungserlöses zu beurteilen. Eine Zustimmung des Vollstreckungsschuldners ist für diese abweichende Vertriebsform nicht erforderlich⁶⁷⁴. Wie im niederländischen Recht haben nachrangige Gläubiger, deren Rechte nicht durch den Kaufpreis gedeckt sind, gemäß 12:59 (2) UB die Möglichkeit, das Grundstück zu einem höheren Preis zu erwerben. Der Verkauf kommt schließlich mit Unterzeichnung eines entsprechenden Vertrags durch *Kronofogden* und Käufer zustande (12:60(2) UB).

Ogleich die *Kronofogden* freihändige Verkäufe selbst durchführen kann, beauftragt sie doch zumeist einen Immobilienmakler mit dieser Aufgabe⁶⁷⁵. Das *Handbok Utmätning* bewirbt diese Art des freihändigen Verkaufs. Der Makler habe es aufgrund seiner Professionalität (Kontakte, Interessenregister, Anzeigen etc.) leichter, potentielle Käufer zu erreichen. Er könne mit Interessenten das Grundstück besichtigen, die Dinge erörtern und Kontakte zu Kreditgebern herstellen⁶⁷⁶. Insgesamt biete der Freihandverkauf regelmäßig bessere Ergebnisse und erweise sich zugunsten des Grundstückseigentümers als geringerer Eingriff⁶⁷⁷. Da der Immobilienmakler über keine Zwangsmittel verfügt und (so) mit allen Beteiligten zusammenwirken muß, rät das *Handbok* bei fehlender Kooperationsbereitschaft des Eigentümers vom freihändigen Verkauf ab. Auch die Zahl der Grundpfandgläubiger wird in den Blick genommen⁶⁷⁸.

⁶⁷² Prop. 1993/94:191, S. 12 f. Siehe auch *Jensen* Panträtt i fast egendom¹⁰ (2016), S. 259.

⁶⁷³ Siehe auch *Ring/Olsen-Ring* Einführung in das skandinavische Recht² (2014), Rz. 877.

⁶⁷⁴ *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.6.4 (S. 375).

⁶⁷⁵ *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.6.1 (S. 371).

⁶⁷⁶ *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.6.1 (S. 371).

⁶⁷⁷ *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.6.1 (S. 371).

⁶⁷⁸ *Kronofogden Handbok Utmätning* (2015), 11.6.1 (S. 372).

7. Das polnische Recht

Die freihändige Veräußerung des Grundstücks ist in Polen als Mittel vollstreckungsveranlaßter Verwertung erst im Jahr 2005 eingeführt worden⁶⁷⁹. Nach Art. 1013¹-1013⁶ kpc ist so ein vereinfachter Zugriff auf die Immobilie möglich. Art. 1013³ § 1 kpc setzt allerdings voraus, daß das beschlagnahmte Grundstück weder bebaut noch zugunsten weiterer Gläubiger belastet ist. Insofern hat die freihändige Veräußerung im polnischen Recht nur einen schmalen Anwendungsbereich⁶⁸⁰.

8. Handlungsempfehlung: Einführung einer freihändigen Verwertung

Neben die Argumente der Kostenersparnis und eines für den Schuldner persönlich weniger belastenden Verfahrens tritt selbstverständlich der zentrale Vorteil der Flexibilität. Der Vertragsschluß muß nicht zeitlich und örtlich begrenzt im Sitzungssaal durchgeführt werden. Verlegen die Akteure sich auf die üblichen (»freihändigen«) Vertriebswege, sind überdies auch Interessenten ansprechbar, die einem risikobehafteten Erwerb durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung fernstehen. Die Einführung einer freihändigen Verwertung bietet sich daher an. Auf das Erfordernis einer Schuldnerzustimmung sollte verzichtet werden. Und schließlich: Hier wird – anders als in der (oben XI 8 gebilligten) klassischen Versteigerung mit Vorleistung des Gerichts – umgekehrt eine Vorleistung des Käufers präferiert. Dafür spricht die Nähe des Vorgangs zum notariellen Verkehrsgeschäft. Im übrigen kann das typische Versteigerungsverfahren nur mit größter Mühe auf Ersteher-Vorleistung umgestellt werden. Das Risiko, eine aufwendige Wiederversteigerung versuchen zu müssen, kann damit jedoch nicht reduziert werden.

Es bietet sich somit folgende Ergänzung an:

§ 65 ZVG [Besondere Versteigerung; anderweitige Verwertung]

(1)¹ Das Gericht kann auf Antrag anordnen, daß eine Forderung oder eine bewegliche Sache von der Versteigerung des Grundstücks ausgeschlossen und besonders versteigert werden soll.² Auf Antrag kann auch eine andere Art der Verwertung angeordnet, insbesondere zur Einziehung einer Forderung ein Vertreter bestellt oder die Forderung einem Beteiligten mit dessen Zustimmung an Zahlungs Statt überwiesen werden.³ Die Vorschriften der §§ 817, 820, 835 der Zivilprozeßordnung finden entsprechende Anwendung.⁴ Der Erlös ist zu hinterlegen.

⁶⁷⁹ Gesetz vom 7. 2. 2004 über die Änderung des Gesetzes zur Zivilprozessordnung und diverser anderer Gesetze, GBl. 2004, Nr. 172, Pos. 1804, das am 5. 2. 2005 in Kraft getreten ist.

⁶⁸⁰ Siehe zum Ablauf der freihändigen Veräußerung *Kuglarz/Pawlak* in: *Drewicz-Tułodziecka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen (2009), S. 419.

(2) ¹Das Gericht kann auf Antrag eine freihändige Veräußerung des Grundstücks anordnen, sofern von dieser Art der Verwertung ein wesentlich höherer Erlös zu erwarten ist. ²Zu dieser Frage soll der Sachverständige im Rahmen seiner Stellungnahme nach § 74a Abs. 5 eine Einschätzung abgeben. ³Das Gericht bestellt zur Veräußerung einen Vertreter, der ein geeignetes Kaufangebot einholen soll. ⁴Das Gericht leitet Angebote dem Schuldner, den betreibenden Gläubigern sowie den übrigen Beteiligten zur Stellungnahme zu. ⁵Die Annahme des Angebots erfolgt durch Beschluß. ⁶Der Schuldner kann jederzeit von ihm selbst eingeholte Angebote vorlegen. ⁷Die Eigentumsverschaffung erfolgt nach Berichtigung des Kaufpreises durch weiteren Beschluß.

(5) ¹Die besondere Versteigerung oder die anderweitige Verwertung ist nur zulässig, wenn das geringste Gebot erreicht ist. ²Handelt es sich um anderweitige Verwertung nach Abs. 2, so ist das Kaufangebot nicht annahmefähig, wenn es die Hälfte des Grundstückswertes nicht erreicht. [...]

E. Die Zwangsverwaltung

XVII. Der Verteilungsschlüssel für die Verwaltungsüberschüsse

1. Das deutsche Recht

Während die Erlösverteilung im Verfahren der Zwangsversteigerung die bestehenbleibenden Rechte ausblendet und im übrigen in vollem Umfang nach Rang verfährt, also nachgehende Gläubiger erst dann bedient, wenn der bestrangige und also betreibende Gläubiger hinsichtlich Zinsen und Kapital vollständig (oder jedenfalls »nach Kassenlage«) befriedigt ist, geht die laufende Verteilung der Zwangsverwaltung anders vor. Die Problematik verdient neben einer vergleichenden Betrachtung ausländischer Lösungen auch einen Blick auf nationale Vorläufer zum § 155 ZVG.

a) Rückblick: Preußen vs. Sachsen

aa) Schuldnerfreundliche Vermeidung einer Zwangsversteigerung

Während die sächsische Subhastationsordnung sich durchaus an das Verteilungsmuster der Versteigerung hielt und dem betreibenden Gläubiger nur diesem im Range vorgehende Grundpfandgläubiger hinsichtlich der Zinsen vorzog⁶⁸¹, verfuhr das preußische Gesetz v. 13. 7. 1883⁶⁸² bereits so, wie das geltende ZVG dies jetzt tut: Es versorgte zunächst rangunabhängig *alle* dinglichen Zinsansprüche und wandte sich erst dann dem Kapitalanspruch des betreibenden Gläubigers zu. Der Gesetzgeber hat sich vom preußischen Modell in stärkerem Maße erhofft, die übrigen (nicht betreibenden) Gläubiger hielten still und sähen zugunsten des Eigentümers weiterhin von einer Zwangsversteigerung ab⁶⁸³. Mit diesem Ziel hat der Gesetzgeber auch später mit G v. 24. 10. 1934⁶⁸⁴ den Bausparkassen die Tilgungsbeträge zinsloser Bauspardarlehen nachträglich mit dem Privileg des § 155 Abs. 2 S. 2 ZVG ausgestattet⁶⁸⁵ und diese Regelung sodann als Satz 3 in § 155 Abs. 2 ZVG eingefügt.

Die Lösung wird von der Literatur zustimmend referiert⁶⁸⁶. Die Gefahr, der betreibende Gläubiger könne sich durch die zurückhaltende Überschußzuteilung nun selbst zum Betreiben der Versteigerung veranlaßt oder gar gezwungen

⁶⁸¹ § 194 sächsZVG.

⁶⁸² § 147 prZVG.

⁶⁸³ Siehe Prot I, S. 14624 f. = *Jakobs/Schubert* Beratung (1983), S. 646 f.; Motive E I (1889), S. 333; Denkschrift E II in: *Hahn/Mugdan* Materialien V (1897), S. 63.

⁶⁸⁴ RGBI I 1070.

⁶⁸⁵ Siehe dazu *Jonas/Pohle ZV-NotR*¹⁶ (1954), § 155 ZVG Anm. 2 δ .

⁶⁸⁶ Siehe *Engels* in: *Dassler/Schiffhauer ZVG*¹⁵ (2016), § 155 Rz. 64 ff.; *Löhnig/Blümle ZVG* (2010), § 155 Rz. 2 ff.; *Böttcher/Keller ZVG*⁶ (2016), § 155 Rz. 26; *Depré/ders. ZVG* (2014), § 155 Rz. 34; *Jaeckel/Güthe ZVG*⁷ (1937), § 155 Rz. 1; *Reinhard/Müller ZVG*^{3/4} (1931), § 155 Anm. VI 1; *Wolff ZVG*³ (1909), § 155 Anm. 2 e/f; *von der Pfordten ZVG* (1905), § 155 Anm. 3 d/e; *Brand/Baur Hdb* (1930), S. 477; *Eickmann/Böttcher Lb*³ (2013), § 41 I; *Depré/Mayer Hdb*⁷ (2013), Rz. 333; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Lb*¹² (2010), § 68 Rz. 24; *Brox/Walker Lb*¹⁰ (2014), Rz. 1027; für die isolierte Verwaltung wohl auch *Nußbaum Lb* (1916), S. 237; abgeschwächt *Steiner/Hagemann ZVG*⁹ (1986), § 155 Rz. 1, 35.

sehen, hat man für weniger dringend gehalten⁶⁸⁷. Dies hält einer rechtstatsächlichen Überprüfung vermutlich nicht stand⁶⁸⁸. Zu bedenken ist auch, daß ein nachgehender Gläubiger einer Verwaltung nach *sächsischem* Muster (als milderes Mittel) durchaus beitreten könnte statt die Versteigerung zu betreiben. Die Zurückdrängung der Versteigerung ist somit nicht auf das preußische Muster angewiesen. Vor allem aber ist die isolierte Zwangsverwaltung (ohne parallel angeordnete Versteigerung) seit jeher ungewöhnlich selten gewesen⁶⁸⁹. Die gesetzgeberische Zweckverfolgung war mithin von Anfang an ungeeignet; im übrigen trifft sie auf veränderte Verhältnisse.

bb) Rechtsnatur der Zwangsverwaltung

Neben diesen fragwürdigen, aber doch ein schlüssiges Anliegen verfolgenden Motiven finden sich Angaben, die an die Stelle einer Begründung der besonderen Verteilungsgrundsätze eine bloße Behauptung setzen.

a) Die Motive

So heißt es zunächst in den Motiven bei *Achilles*, die Verwaltung verfolge »wesentlich den Zweck, dem Schuldner den Grundbesitz zu erhalten, dem betreibenden Gläubiger aber die Befriedigung aus den Nutzungen wegen der laufenden wiederkehrenden Leistungen zu sichern. Die Befriedigung wegen des Kapitals tr[ete] in den Hintergrund und w[erde] nur insoweit erstrebt, als es im Übrigen mit jener Rücksicht auf den Schuldner vereinbar ist«⁶⁹⁰. Es folgen dann die Ausführungen zur Versteigerungsvermeidung. Während die Denkschrift⁶⁹¹ später eindeutig die Schonung des Vollstreckungsschuldners mit der ›Ruhigstellung‹ der nachgehenden Gläubiger verkoppelt, entsteht bei *Achilles*⁶⁹² der Eindruck, er arbeite hier mit der (erst noch zu begründenden) Rechtsnatur der Zwangsverwaltung, also mit Hilfe eines Zirkelschlusses.

β) Das Schrifttum

αα) Der Ansatz der Motive als Axiom

*Hagemann*⁶⁹³ und *Jaeckel/Güthe*⁶⁹⁴ nehmen den Text von *Achilles* wörtlich auf und leiten aus diesem Axiom dann die geltende Bestimmung ab.

ββ) Rechtsnatur der Nutzungen

Die Vernachlässigung des Kapitals wird verschiedentlich aus der Natur der Nutzungen abgeleitet. Bei *Korintenberg/Wenz*⁶⁹⁵ liest man: »Allein die Nutzun-

⁶⁸⁷ Siehe Prot I, S. 14624 f. = *Jakobs/Schubert* Beratung (1983), S. 646 f.; Motive E I (1889), S. 333.

⁶⁸⁸ Krit. auch *Bruns/Peters* Lb³ (1987), § 40 VII 1, Fn. 25.

⁶⁸⁹ Siehe *Nußbaum* Lb (1916), S. 237.

⁶⁹⁰ Motive E I (1889), S. 333.

⁶⁹¹ Denkschrift E II in: *Hahn/Mugdan* Materialien V (1897), S. 63.

⁶⁹² Motive E I (1889), S. 333.

⁶⁹³ *Steiner/Hagemann* ZVG⁹ (1986), § 155 Rz. 1; ähnlich *Eickmann/Böttcher* Lb³ (2013), § 41 I.

⁶⁹⁴ *Jaeckel/Güthe* ZVG⁷ (1937), § 155 Rz. 1.

gen sind doch im allgemeinen in erster Linie zur Bestreitung der laufenden Lasten bestimmt.« *Stürner/Bruns* glauben, auch bei »normaler« Verwaltung würden nur Beträge im Umfang der wiederkehrenden Leistungen »herausgewirtschaftet«⁶⁹⁶. Dieser Gedanke rechtfertigt den Vorwegabzug der Verwaltungsausgaben und ggfs. der Verfahrenskosten, nicht aber die preußische Durchbrechung des Prioritätsprinzips.

γγ) *Grundstückserhaltung = Pfandrechtserhaltung*

Bei *Korintenberg/Wenz*⁶⁹⁷ liest man ferner: »Das Grundstück wird dem Schuldner [im Falle der Zwangsverwaltung] erhalten, und damit bleiben auch die Rechte, die an ihm bestehen, erhalten«⁶⁹⁸ – eine Tilgung der Grundpfandrechte soll also aus diesem Grunde ausbleiben. Dies ist keineswegs zwingend. Zunächst: Das Grundstück bleibt auch im Versteigerungsfalle erhalten(?). Dies gilt auch für vorgehende Grundpfandrechte. Und weiter: Warum soll nicht auch aus den Nutzungen die Kapitalschuld getilgt werden?

b) *Geltende Regelung*

§ 155 Abs. 2 ZVG sieht vor, daß die Ansprüche der Rangklassen 2 bis 4 nur im Umfang der wiederkehrenden Leistungen, nicht also des Kapitals bedient werden. Ist dies in einer Abrechnungsperiode geschehen und bleiben noch bare Mittel zur Verteilung übrig, so sind diese dem betreibenden Gläubiger zunächst auf die (dinglichen) wiederkehrenden Leistungen und sodann auf das Kapital auszukehren.

aa) *Betreibender Gläubiger = allein persönlicher Gläubiger*

Verfügt der betreibende Gläubiger nicht über Rechte im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG, so kommt eine günstigere Verteilung gar nicht in Betracht. Auch in der Zwangsversteigerung rangiert der Inhaber *nur persönlicher* Ansprüche *nach* den Grundpfandgläubigern.

bb) *Betreibender Gläubiger (auch) = dinglicher Gläubiger*

Ist der betreibende Gläubiger dagegen Inhaber eines Anspruchs im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG, so wird er in der Verwaltung zwar zunächst nur im Umfange wiederkehrender Leistungen bedient. Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG: »der Anspruch des [betreibenden!] Gläubigers, soweit er nicht in einer der vorhergehenden Klassen zu berücksichtigen ist« ergibt im Zusammenspiel mit § 155 Abs. 2 S. 1 und 2 ZVG jedoch weiter, daß verbliebene Überschüsse nun auch zur Befriedigung der Kapitalansprüche einzusetzen sind. Denn der betreibende Gläubiger ist (tatbestandlich) *insoweit* eben nicht in Rangklasse

⁶⁹⁵ *Korintenberg/Wenz* ZVG⁶ (1935), § 155 Anm. 4.

⁶⁹⁶ *Baur/Stürner/Bruns* Lb¹³ (2006), Rz. 37.6, mit wohl unrichtigem Hinweis auf *Drischler* Rpfleger 1957, 212.

⁶⁹⁷ *Korintenberg/Wenz* ZVG⁶ (1935), § 155 Anm. 4.

⁶⁹⁸ *Korintenberg/Wenz* ZVG⁶ (1935), § 155 Anm. 4; ebenso *Böttcher/Keller* ZVG⁶ (2016), § 155 Rz. 1.

4 zum Zuge gekommen⁶⁹⁹ und mit seinem Kapitalanspruch für die Zwangsverwaltung also Gläubiger der fünften Rangklasse. Betreibt nur er, ergeben sich keine Konkurrenzen in der Zuteilung auf Kapitalansprüche.

Nochmals: Die Eigenheit des geltenden (wie bereits des preußischen) Rechts ist die, daß der betreibende Gläubiger mit seinem Kapitalanspruch erst dann berücksichtigt wird, wenn vorab *auch alle* ihm in Rangklasse 4 *nachgehenden* Gläubiger im Umfang der Zinsen berücksichtigt worden sind. Haben die Überschüsse schon für alle Zinsansprüche nicht ausgereicht, so haben nachrangige Grundpfandgläubiger nach § 11 Abs. 1 ZVG, § 879 BGB ohnehin das Nachsehen und eine Berücksichtigung von Kapitalansprüchen kommt *a fortiori* nicht in Betracht⁷⁰⁰. Das System verstößt ohne Frage gegen das *pfandrechtliche* Prioritätsprinzip und ebenso gegen das Prioritätsprinzip des Beschlagnahmeverrechts⁷⁰¹.

cc) Zuteilung auf Eigentümergrundschild

Die Erlösverteilung nach *Zuschlagserteilung* bedenkt bei ausreichender Masse auch den Vollstreckungsschuldner als (nachgehenden) Inhaber einer Eigentümergrundschild⁷⁰². Zuteilungen dieser Art sind wiederum der Vollstreckung ausgesetzt, rechtstatsächlich aber aufgrund der schwachen Wertrealisierung im Versteigerungsgeschäft recht selten.

In der *Zwangsverwaltung* nimmt der Schuldner als Inhaber einer Eigentümergrundschild ebenfalls an der Zuteilung teil⁷⁰³, wenn auch nur in Höhe der wiederkehrenden Leistungen. Anders als in der Versteigerung findet die Teilhabe aber grundsätzlich statt und nicht erst, wenn der Rang des Eigentümerrechts es erlaubt. Auch hier sind die Hebungsansprüche wiederum pfändbar. Zunächst einmal gewährt das Verteilungssystem dem Schuldner jedoch Zahlung. Dieses Beispiel zeigt einmal mehr die Fragwürdigkeit des § 155 Abs. 2 ZVG, der hier zu Lasten des betreibenden Gläubigers Periode für Periode Überschußanteile an den Schuldner zuweist.

dd) Interne Rangfolge in Klasse 5 bei Mehrheit betreibender Gläubiger

Durch die Handhabung des § 155 Abs. 2 S. 1 und 2 ZVG finden sich in Rangklasse 5 oftmals nicht nur persönliche Ansprüche. Betreibt ein dinglicher Gläubiger die Verwaltung und reicht der Überschuß für alle Gläubiger der Rangklasse 4 hin, so wird auch sein Kapitalanspruch erst in Klasse 5 bedient. Ist dem Verfahren nachträglich ein persönlicher Gläubiger beigetreten, so finden sich beide trotz prinzipiell unterschiedlichen Rangs in derselben Klasse wieder. Dies wirft Verteilungsfragen auf. Während die heute überwiegende Ansicht⁷⁰⁴

⁶⁹⁹ Siehe Steiner/Hagemann ZVG⁹ (1986), § 155 Rz. 87; Korintenberg/Wenz ZVG⁶ (1935), § 155 Anm. 4 (S. 598).

⁷⁰⁰ Instr. Beispiel bei Wedekind/Wedekind Hdb (2011), Rz. 1447.

⁷⁰¹ So zutr. Nußbaum Lb (1916), S. 236; Eickmann/Böttcher Lb³ (2013), § 41 I; Wedekind/Wedekind Hdb (2011), Rz. 1448 f.

⁷⁰² Siehe BGHZ 160, 168 (176).

⁷⁰³ So Korintenberg/Wenz ZVG⁶ (1935), § 155 Anm. 4 (S. 597).

⁷⁰⁴ So Engels in: Dassler/Schiffhauer ZVG¹⁵ (2016), § 155 Rz. 74; Stöber ZVG²¹ (2016), § 155 Rz. 7.2; Depré/ders. ZVG (2014), § 155 Rz. 40; Wedekind/Wedekind Hdb (2011), Rz. 1454; Dierck/Morvilus/Vollkommer Hdb (2009), Rz. 4/849; Depré/Mayer Hdb⁷

ganz auf die gesetzliche Bestimmung des § 11 Abs. 2 ZVG abhebt und so mangels abweichender Regelung in § 155 ZVG den Zeitpunkt der jeweiligen Beschlagnahme entscheiden läßt, trägt die in der ersten Jahrhunderthälfte ganz herrschende⁷⁰⁵, heute indessen nur noch vereinzelt vertretene Auffassung⁷⁰⁶ die ursprüngliche Rangfolge gewissermaßen in die neu gebildete Rangklasse 5 hinein.

Das *Reichsgericht*⁷⁰⁷ hat sich seinerzeit vor allem auf die Ausführungen der Denkschrift berufen, die für die Besonderheiten der Verteilung des § 155 ZVG damit warben, daß es den besserrangigen Realgläubigern jederzeit freistehe, »der Zwangsverwaltung bei[zu]treten und auf diese Weise eine unverkürzte Berücksichtigung ihres Rechtes an bevorzugter Stelle herbei[zu]führen«⁷⁰⁸. Dieses Konzept ging indessen nur auf, wenn man § 11 Abs. 2 ZVG außer Ansatz ließ. Zudem hat das Gericht mit Recht betont, daß die (vollkommen überraschende) Abkehr von § 10 ZVG einer ausdrücklichen Regelung bedurft hätte⁷⁰⁹. Auch würde die von der Mindermeinung favorisierte Handhabung einen Wettlauf herbeiführen können, der ganz sicher nicht gewollt war (und ist)⁷¹⁰. Und schließlich würden mit dieser Interpretation die rechtspolitischen Eigenheiten der Nutzungsverteilung nochmals verstärkt. Daran kann kein Interesse bestehen, wenn das Institut der Verwaltung zum Wohle des Eigentümers leidlich attraktiv bleiben soll. Die Handhabung der herrschenden Auffassung ist teleologisch und systematisch geboten. Eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 1 ZVG ist aufgrund des planwidrigen Schweigens des § 155 ZVG angebracht. Dennoch ist *Hagemann*⁷¹¹ Recht zu geben, daß allein der Gesetzgeber hier restlos überzeugend arbeiten kann.

2. Das schweizerische Recht

Die schweizerische Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG) v. 23. 4. 1920 sieht in Artt. 16 - 22 ein der deutschen Zwangsverwaltung ähnelndes Institut vor. Für die Dauer der durch Pfandbetreibung herbeigeführten Beschlagnahme sollen Verwaltung

(2013), Rz. 336; *Hintzen/Wolf Hdb* (2006), Rz. 13.72; *Haarmeyer/Hintzen*⁶ (2016), § 155 ZVG Rz. 24; jetzt auch *Brox/Walker Lb*¹⁰ (2014), Rz. 1027; *Böttcher/Keller ZVG*⁶ (2016), § 155 Rz. 37; wohl ebenso *Löhnig/Blümle ZVG* (2010), § 155 Rz. 27; außerdem bereits von der *Pfordten ZVG* (1905), § 155 Anm. 3 e; *Fischer/Schaefer ZVG*² (1910), § 155 Anm. 2; *Kretzschmar Hdb* (1904), S. 303; *Levy ZZP* 46 (1917), 283 (370).

⁷⁰⁵ So *RGZ* 89, 147 (151 f.); *Jaekel/Güthe ZVG*⁷ (1937), § 155 Rz. 10 aE., § 157 Rz. 2; *Reinhard/Müller ZVG*^{3/4} (1931), § 155 Anm. VI 4; *Korintenberg/Wenz ZVG*⁹ (1935), § 155 Anm. 4, § 157 Anm. 2; *Wolff ZVG*³ (1909), § 155 Anm. 2 f; *Brand/Baur Hdb* (1930), § 118 II 5 c; *Mönch DJ* 1937, 774 (778); ferner *Muth* in: *Dassler/Schiffhauer ZVG*¹² (1991), § 155 Rz. 24; *Drischler Rpfleger* 1957, 212 (214 f.).

⁷⁰⁶ *Steiner/Hagemann ZVG*⁹ (1986), § 155 Rz. 89 f.; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Lb*¹² (2010), § 68 Rz. 24; *Eickmann/Böttcher Lb*³ (2013), § 4 V 5 und noch *Böttcher ZVG*⁴ (2005), § 155 Rz. 37.

⁷⁰⁷ *RGZ* 89, 147 (150 f.).

⁷⁰⁸ Denkschrift E II in: *Hahn/Mugdan Materialien V* (1897), S. 63.

⁷⁰⁹ *RGZ* 89, 147 (151).

⁷¹⁰ So zutr. *Mönch DJ* 1937, 774 (778).

⁷¹¹ *Steiner/Hagemann ZVG*⁹ (1986), § 155 Rz. 89 aE.

und Bewirtschaftung des Grundstücks sichergestellt sein. Da die vom Betreibungsamt bzw. von einem beauftragten Dritten (Art. 16 Abs. 2 S. 1 VZG) unterdessen vereinnahmten »Früchte und Erträge« nicht angehäuft werden sollen⁷¹², sieht Art. 22 Abs. 1 und 2 VZG eine Auskehrung der Reinerlöse durch periodische Abschlagszahlungen vor, und zwar prioritär an die Grundpfandgläubiger. Eine Beschränkung auf bloße Zinszahlungen führt das Vollstreckungsrecht nicht durch⁷¹³. Für die Betreibung auf Pfandverwertung, also aus einem dinglichen Recht, beschränkt Art. 95 VZG die Auskehr eingegangener Miet- und Pachtzinsen zudem auf den betreibenden Gläubiger⁷¹⁴.

3. Das österreichische Recht

Auch die österreichische Exekutionsordnung geht bei der Zuteilung des Überschusses aus Zwangsverwaltung (§§ 97 - 132 EO) anders vor. So sind nach Kosten der Verwaltung und nach privilegierten öffentlich-rechtlichen Ansprüchen zwar zunächst auch hier nur Zinsansprüche und andere wiederkehrende Leistungen zu bedienen. Die Berechtigten sind jedoch – anders als im deutschen Recht – allein solche, die dem betreibenden Gläubiger vorgehen (§ 124 Nr. 3 EO). Und sind sie versorgt, so wird im nächsten Schritt (Rang) der betreibende Gläubiger mit Zins und Kapital bedient (§ 125 Abs. 1 EO)⁷¹⁵. Dieser hat also nicht die energievermehrende Zuteilung auf Zinsansprüche ihm nachgehender Gläubiger hinzunehmen.

4. Das französische Recht

Das französische Vollstreckungsrecht kennt grundsätzlich keine Zwangsverwaltung. Eine Ausnahme hat sich indessen, aus dem Deutschen Reich kommend, für das seinerzeit annektierte *Alsace-Moselle*⁷¹⁶ erhalten⁷¹⁷, wenn-

⁷¹² So KBKS/Zopfi VZG (2011), Art. 22 Rz. 1.

⁷¹³ Siehe BG v. 26. 8. 1969 = BGE 95 III 33 (37 f.); zust. KBKS/Kren Kostkiewicz VZG (2011), Art. 95 Rz. 5. » ... erfolgen die Abschlagszahlungen nach dem Rang der Pfandgläubiger [...] (Art. 817 Abs. 1 ZVG iVm. Art. 157 Abs. 3 und Art. 219 Abs. 3 SchKG). Es ist somit zulässig, Abschlagszahlungen an das Kapital eines vorrangigen Pfandgläubigers zu leisten, selbst wenn deshalb ein nachrangiger Pfandgläubiger für die [...] Kapitalzinsen [...] nicht befriedigt wird«.

⁷¹⁴ Siehe KBKS/Kren Kostkiewicz VZG (2011), Art. 95 Rz. 1.

⁷¹⁵ Siehe Rechberger/Oberhammer ExekutionsR⁵ (2009), Rz. 258; Rechberger/Simotta Exekutionsverfahren² (1992), Rz. 439; anders aber Heller/Berger/Stix in: Neumann/Lichtblau EO⁴ (1972), § 104 Anm. 1, §§ 124 - 126 Anm. A 5.

⁷¹⁶ »Alsace-Moselle« beschreibt »Elsaß-Lothringen«.

⁷¹⁷ Nach der Annexion ist mit Gesetz v. 30. 4. 1880 eine Harmonisierung von deutschem und französischem Prozeßrecht unternommen worden, Hoonakker in: Guinchard/Moussa Voies d'exécution⁸ (2015), Tz. 1350.07. Die mit Einführung des BGB v. 1896 (zum 1. 7. 1900) neuerlich entstandenen Angleichungserfordernisse hat man jedoch nicht mehr aufgegriffen (Hoonakker aaO.). Das ZVG v. 24. 3. 1897 dagegen hat das neue Gesetzbuch

gleich die Verwaltung dort kaum (mehr) gebräuchlich ist⁷¹⁸. Nach Rückgabe der Gebiete im Zuge des Versailler Vertrages ist die Regelung mit Gesetz v. 1. 6. 1924 (Artt. 171 - 186) in das französische Vollstreckungsrecht überführt worden⁷¹⁹. Überraschend ordnet Art. 186 des Gesetzes jedoch die analoge Anwendung der für die Zwangsversteigerung geltenden Verteilungsregeln der Artt. 194 - 214 an, so daß der deutsche Sonderweg des § 147 prZVG bzw. § 155 ZVG dort nie galt. Auch das Recht Elsaß-Lothringens, sofern es vom französischen Recht abweicht, kennt damit keine den betreibenden Gläubiger zurücksetzende Rangordnung und teilt damit im Ergebnis die österreichische Tendenz.

5. Handlungsempfehlung: Einführung strenger Priorität

Mit Blick auf die Regeln der Schweiz, Österreichs und Frankreichs spricht viel für eine Änderung des Verteilungsschlüssels in § 155 Abs. 2 ZVG unter Hinwendung zu einer Verteilung ganz nach dem Rangprinzip. Gewissermaßen hilfsweise – sofern es bei § 155 Abs. 2 ZVG geltender Fassung bleibt – wäre die oben unter XVII 1 b dd empfohlene Klarstellung für Kollisionen im Rang des § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG dringend zu erwägen.

a) Kleine Lösung

Es böte sich somit als kleine Lösung folgende Änderung an:

§ 155 ZVG [Verteilung der Nutzungen]

(1) Aus den Nutzungen des Grundstücks sind die Ausgaben der Verwaltung sowie die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme derjenigen, welche durch die Anordnung des Verfahrens oder den Beitritt eines Gläubigers entstehen, vorweg zu bestreiten.

(2)¹ Die Überschüsse werden auf die in § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Ansprüche verteilt.² Hierbei werden in der zweiten, dritten und vierten Rangklasse jedoch nur Ansprüche auf laufende wiederkehrende Leistungen, einschließlich der Rentenleistungen, sowie auf diejenigen Beträge berücksichtigt, die zur allmählichen Tilgung einer Schuld als Zuschlag zu den Zinsen zu entrichten sind.^{2a} *Können alle Ansprüche im Sinne des Abs. 2 Satz 2 aus den Überschüssen bedient werden und sind so in der fünften Rangklasse neben Kapitalansprüche der zweiten, dritten und vierten Rangklasse daher auch persönliche Gläubiger zu berücksichtigen, so gehen diese den anderen in der Verteilung nach.*

bereits berücksichtigen können. Zu (mittelbaren) deutschen Einflüssen auf die französische Vollstreckungsreform 2006 s. *Trachel* Die Reform des französischen Zwangsvollstreckungsrechts (1995), S. 2 f.

⁷¹⁸ Siehe *Hoonakker* in: *Guinchard/Moussa Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 1350.08, 1355.05.

⁷¹⁹ Siehe *Hoonakker* in: *Guinchard/Moussa Voies d'exécution*⁸ (2015), Tz. 1350.05.

b) Große Lösung

Als große Lösung käme in Anlehnung an die Regeln des österreichischen Rechts folgende Fassung in Betracht:

§ 155 ZVG [Verteilung der Nutzungen]

(1) Aus den Nutzungen des Grundstücks sind die Ausgaben der Verwaltung sowie die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme derjenigen, welche durch die Anordnung des Verfahrens oder den Beitritt eines Gläubigers entstehen, vorweg zu bestreiten.

(2) ¹Die Überschüsse werden auf die in § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Ansprüche verteilt. ²Hierbei werden in der zweiten, dritten und vierten Rangklasse jedoch nur Ansprüche auf laufende wiederkehrende Leistungen, einschließlich der Rentenleistungen, sowie auf diejenigen Beträge berücksichtigt, die zur allmählichen Tilgung einer Schuld als Zuschlag zu den Zinsen zu entrichten sind. ³*Sind im Wege der Verteilung gemäß Satz 2 dem betreibenden Gläubiger vorgehende Ansprüche aus den Überschüssen bedient, so wird der verbleibende Betrag auf Kapital und wiederkehrende Leistungen des betreibenden Gläubigers zugeteilt.*

XVIII. Nutzungseffektuiierung durch den Verwalter

1. Das deutsche Recht

a) Bestandserhaltung

Ist der Verwalter in den Besitz eingerückt, so trifft ihn die Pflicht der Bestandserhaltung (§ 152 Abs. 1 Hs. 1 ZVG)⁷²⁰. Darauf nimmt auch § 5 Abs. 1 ZwVwV Bezug. Dies leuchtet aus zwei Gründen ein. Zunächst erweisen sich diese Anforderungen als notwendig für eine zwangsverwaltungsgerechte Abschöpfung der Nutzungen – nur so können Vermietung und Verpachtung optimal funktionieren. Im übrigen kann dem im Besitz verdrängten Vollstreckungsschuldner kein Verfall des Grundstücks zugemutet werden⁷²¹.

b) Bestandsveränderungen

aa) Vollendung begonnener Bauten

Während die Vollendung begonnener Bauten durch den Verwalter lange ganz als Ausnahme behandelt wurde⁷²², weicht die ZwVwV davon nun mit § 5 Abs. 3 nF. ab. Danach soll es keine Rolle mehr spielen, ob das Bauvorhaben kurz vor der Vollendung steht⁷²³. Der Verordnungsgeber hat auf diesem Gebiet Rechtssicherheit schaffen wollen⁷²⁴. Erforderlich aber ist die vorherige Zustimmung des Vollstreckungsgerichts (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 ZwVwV).

bb) Umbau und konzeptionelle Änderungen

Auch nach neuem Recht unzulässig ist dagegen ein Umbau vorhandener Gebäude, vor allem wenn dieser eine Änderung des Nutzungskonzepts bedeutet⁷²⁵. Der BGH betont, daß es in der Zwangsverwaltung nicht darum

⁷²⁰ Siehe *BGH Rpfleger* 2005, 210 (211); *Haarmeyer/Hintzen*⁶ (2016), § 152 Rz. 2; *Eickmann/Böttcher Lb*³ (2013), § 40 I 1 b.

⁷²¹ Siehe *BGH Rpfleger* 2005, 210 (211).

⁷²² Siehe *RGZ* 73, 397 (401); *Steiner/Hagemann ZVG*⁹ (1986), § 152 Rz. 47; *Korintenberg/Wenz ZVG*⁶ (1935), § 152 Anm. 3); *Jaeckel/Güthe ZVG*⁷ (1937), § 152 Rz. 4 (S. 699 f.); großzügiger schon *Dassler/Muth ZVG*¹² (1991), § 152 Rz. 11.

⁷²³ Siehe *Wedekind/Wedekind Hdb* (2011), Rz. 997 ff.; *Haarmeyer/Hintzen*⁶ (2016), § 5 ZwVwV Rz. 45.

⁷²⁴ Vgl. *Haarmeyer/Hintzen*⁶ (2016), § 5 ZwVwV Rz. 44: Bedürfnis nach Rechtsklarheit.

⁷²⁵ Siehe *BGHZ* 161, 336 (340 ff., 342); *LG Göttingen Rpfleger* 2004, 113 f.: unzulässige Abkehr von der Nutzung als Behindertenwohnheim hin zu einer solchen als Seniorenpflegeheim; zust. *Stöber ZVG*²¹ (2016), § 152 Rz. 4.2; *Böttcher/Keller ZVG*⁶ (2016), § 152 Rz. 14 aE.; *Depré/ders. ZVG* (2014), § 152 Rz. 8 aE.; *Baur/Stürner/Bruns Lb*¹³ (2006), Rz. 37.4 Fn. 18; *Wedekind/Wedekind Hdb* (2011), Rz. 988 ff.; *Hintzen/Wolf Hdb* (2006), Rz. 13.250 f.; *Depré/Mayer Hdb*⁷ (2013), Rz. 695; *Hock/Klein/Hilbert/Deimann Hdb*⁵ (2011), Rz. 1599; *Riedel in: Keller Hdb* (2011), Rz. 4/640; *Dierck/Morvilius/Vollkommer Hdb* (2009), Rz. 4/809; wohl auch *Engels in: Dassler/Schiffhauer ZVG*¹⁵ (2016), § 152 Rz. 14.

gehen könne, den Wert der Liegenschaft versteigerungsorientiert anheben zu wollen⁷²⁶.

2. Das schweizerische Recht

Artt. 17 und 18 VZG belegen das stark konservative Verständnis⁷²⁷ einer Verwaltung im Rahmen der Betreuung auf Pfändung oder auf Pfandverwertung nach SchKG. Es geht um Erhaltung durch die Bezahlung kleinerer Reparaturen oder der Besorgung von Anpflanzungen sowie die Begleichung laufender Abgaben (Art. 17 S. 1 VZG). Ob eine Maßnahme eine außerordentliche im Sinne des Art. 18 VZG ist, ergibt eine rein quantitative Betrachtung. Sind also nach Art. 17 S. 1 VZG erforderliche Verwaltungsmaßnahmen ausnahmsweise mit »größeren Kosten« verbunden, so werden sie als außerordentlich behandelt. Ist keine Gefahr im Verzug, sind Gläubiger und Schuldner zu den beabsichtigten Schritten zunächst zu hören (Art. 18 Abs. 2 VZG)⁷²⁸. Bei Gefahr hat das Betreibungsamt bzw. der eingesetzte Verwalter unmittelbar zu handeln (Art. 18 Abs. 1 VZG).

Eine Zwangsverwaltung dieser Art meidet bereits den Abschluß begonnener Bauten. Umwidmungen, also Änderungen des Nutzungskonzepts, sind damit nicht verträglich.

3. Das österreichische Recht

Die Zwangsverwaltung Österreichs hat als Geschäftskreis des Verwalters all die Maßnahmen im Blick, die »zur ordnungsgemäßen und vorteilhaften wirtschaftlichen Nutzung der Liegenschaft« dienen (§ 109 Abs. S. 1 EO). Bereits den Abschluß von Pachtverträgen sowie von längerfristigen Mietverträgen betrachtet das Vollstreckungsrecht indessen schon nicht mehr als Vorgänge ordentlicher Verwaltung (§ 112 Abs. 1 EO). Konzeptverändernde Umbauten wollen sich auch hier nicht mit dem Verwaltungsverständnis des Gesetzgebers vertragen.

4. Handlungsempfehlung: Ermöglichung konzeptioneller Änderungen

Die Rechtsvergleichung bietet bislang keine Unterstützung für eine die deutsche Rechtslage »überbietende« Lösung, die auch konzeptionelle Änderungen ermöglicht. Diese scheint uns jedoch dringend erwägenswert, zumal die Insolvenzverwaltung hier (auch zum Wohle des Schuldners) größere Sanierungsspielräume bietet. Die oft angeführte Warnung vor dem (weiter-

⁷²⁶ BGHZ 161, 336 (342).

⁷²⁷ Siehe KBKS/Zopfi VZG (2011), Art 17 Rz. 6 f.

⁷²⁸ Siehe KBKS/Zopfi VZG (2011), Art 18 Rz. 4.

gehenden) Eingriff in die Eigentumsrechte will vor dem Hintergrund drohender *Zwangsversteigerung* nicht überzeugen. Kommt diese zur Durchführung, büßt der Vollstreckungsschuldner sein Eigentum ohnehin ein.

Es bietet sich somit folgende Ergänzung an:

§ 152 ZVG [Aufgaben des Verwalters]

(1) ¹Der Verwalter hat das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen; *dies schließt nutzungsändernde Bauvorhaben nicht aus.* ²Der Verwalter hat die Ansprüche, auf welche sich die Beschlagnahme erstreckt, geltend zu machen und die für die Verwaltung entbehrlichen Nutzungen in Geld umzusetzen.

§ 5 ZwVwV Nutzungen des Zwangsverwaltungsobjektes

(1) Der Verwalter soll die Art der Nutzung, die bis zur Anordnung der Zwangsverwaltung bestand, beibehalten.

(3) Der Verwalter ist berechtigt, begonnene Bauvorhaben fertig zu stellen.

(4) *Ist mit Hilfe der bestehenden Nutzung die Erzielung auskömmlicher Überschüsse nicht möglich, so ist der Verwalter auch berechtigt, konzeptverändernde Bauvorhaben durchzuführen, sofern davon wesentlich höhere Überschüsse zu erwarten sind.*

F. Schlußbemerkung

I. Die Zwangsversteigerung

Hohe Verwertungserlöse zum Nutzen der Gläubiger und des Schuldners stellen sich ein, wenn das Verfahren als Vertriebsmodus funktioniert, Effizienz zeigt. Dies ist nur dann der Fall, wenn es die Bietinteressenten ausreichend berücksichtigt, insgesamt die Marktmechanismen also fördert, nicht behindert.

Will man zunächst dem Bietinteressenten komfortabel entgegenkommen, also Anreize schaffen bzw. stärken, so bieten sich nach Durchführung des Rechtsvergleichs einige grundlegende Änderungen des ZVG an. So ist zunächst die Besichtigung des Grundstücks, vor allem der Baulichkeiten, zu ermöglichen (X), um den Interessenten keinen Erwerb »der Katze im Sack« anzusinnen. Zugleich müssen Manipulationschancen, beruhend auf kollusiv geschlossenen Mietverträgen, ausgeräumt werden (IX), um die Attraktivität des ausgetobenen Objekts zu erhöhen und für den Bieter Transparenz zu schaffen. Eine solche ist zusätzlich dadurch zu gewinnen, daß das eigenwillige Übernahmeprinzip abgeschafft und an seine Stelle das weithin übliche Lösungsprinzip gesetzt wird (III).

Neben bieterorientierte Anreize müssen überdies wettbewerbsstärkende bzw. -korrigierende Eingriffe treten. Dies muß zunächst (negativ) durch geeignete Kontrolle und Bekämpfung unzulässiger Bieterabsprachen geschehen (VII). Als (positiv) wettbewerbsstimulierend haben sich dagegen das Nachgebot (XV), ebenso die freihändige Veräußerung (XVI) sowie vor allem die Versteigerung via Internet (XIV) erwiesen.

II. Die Zwangsverwaltung

Für die vielerorts unbekanntere Zwangsverwaltung ist der Vergleich (nahe liegend) weit weniger ergiebig ausgefallen. Das Institut hat als Alternative zu bloßer Forderungspfändung einerseits und gravierender Zwangsversteigerung andererseits mit Attraktivitätshemmnissen zu kämpfen. Um die Verwaltung – vor allem *ohne* flankierendes Versteigerungsverfahren – ausreichend aufzurüsten, bietet sich eine konsequente Umstellung auf das Prioritätsprinzip an. Zusätzliche Überschüsse verheißt außerdem die Stärkung der Verwalterrechte, um so den Grundstücksnutzen gegebenenfalls durch Änderungen des ursprünglichen Verwendungskonzepts (»Umwidmung«) zu effektuieren.

Änderungsvorschläge in der Übersicht

§ 1113 BGB Gesetzlicher Inhalt der Hypothek

[...]

(2) Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden.

(3)¹ *Zusammen mit der Hypothek kann das Grundstück derart belastet werden, daß sowohl Vermietung als auch Verpachtung desselben für die Dauer der Eintragung unzulässig sind.* ² *Verbotswidrig abgeschlossene Miet- oder Pachtverträge sind gegenüber dem Hypothekar sowie gegenüber dem Ersteher der Zwangsversteigerung unwirksam, sofern das Grundstück dem Mieter oder Pächter erst nach Eintragung überlassen worden ist.*

§ 1115 BGB Eintragung der Hypothek

(1) Bei der Eintragung der Hypothek müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag sowie *schließlich im Falle Nichtvermietbarkeitsvereinbarung deren Vorliegen* im Grundbuch angegeben werden.

§ 11 Grundbuchverfügung

(5)¹ In der Spalte 4 wird das Recht inhaltlich eingetragen, einschließlich der Beschränkungen des Berechtigten in der Verfügung über ein solches Recht *sowie der Nichtvermietbarkeit des Grundstücks.*

§ 24 ZVG [Verwaltung und Benutzung durch den Schuldner]

¹ Die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks verbleibt dem Schuldner nur innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft. ² § 57 Abs. 1 bleibt davon unberührt.

§ 25 ZVG [Sicherung der ordnungsmäßigen Bewirtschaftung etc.]

(1)¹ Ist zu besorgen, daß durch das Verhalten des Schuldners die ordnungsmäßige Wirtschaft gefährdet wird, so hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen. ² Das Gericht kann die Maßregeln aufheben, wenn der zu deren Fortsetzung erforderliche Geldbetrag nicht vorgeschossen wird.

(2)¹ *Ist ferner zu besorgen, daß durch das Verhalten des Schuldners die Verwertung des Grundstücks beeinträchtigt wird, so hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Beeinträchtigung erforderlichen Maßregeln anzuordnen.* ² *Verweigert der Vollstreckungsschuldner die Besichtigung der von ihm genutzten Räume durch Sachverständige oder Bietinteressenten oder wirkt er an der Abstimmung eines Besichtigungstermins trotz mehrerer Vorschläge nicht fördernd mit, so gibt ihm das Gericht nach Prüfung der Sachlage die Duldung eines angemessenen Besichtigungstermins auf.* ³ *Die Anordnung geschieht durch Beschluß.* ⁴ *Der Beschluß ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.*

(3)¹ *Abs. 2 gilt entsprechend, wenn die Räume nicht vom Schuldner selbst bewohnt bzw. genutzt werden.* ² *Das Gericht erläßt einen Duldungsbeschluß in diesen Fällen gegen den oder die Bewohner.*

§ 38 ZVG [Weitere Angaben in der Terminbestimmung]

(1)¹ Die Terminbestimmung soll die Angabe des Grundbuchblatts, der Größe und des Verkehrswerts des Grundstücks enthalten. ^{1a} *Sofern zusammen mit*

einem Grundpfandrecht eine Nichtvermietbarkeit eingetragen ist, soll dies ebenso angegeben werden.² Ist in einem früheren Versteigerungstermin der Zuschlag aus den Gründen des § 74 a Abs. 1 oder des § 85 a Abs. 1 versagt worden, so soll auch diese Tatsache in der Terminbestimmung angegeben werden.

§ 49 ZVG [Bargebot]

(1) Das *Meistgebot* [...] ist von dem Ersteher vor dem Verteilungstermin zu berichtigen.

(2) Das *Meistgebot* ist von dem Zuschlag an zu verzinsen.

(3) Das *Meistgebot* ist so rechtzeitig durch Überweisung oder Einzahlung auf ein Konto der Gerichtskasse zu entrichten, dass der Betrag der Gerichtskasse vor dem Verteilungstermin gutgeschrieben ist und ein Nachweis hierüber im Termin vorliegt.

§ 50 ZVG [Erhöhung des zu zahlenden Betrages]

[entfällt]

§ 51 ZVG [Erhöhung bei Niehypothekenrechten]

[entfällt]

§ 52 ZVG [Bestehenbleibende Rechte]

(1) *[entfällt]*

(2)¹ Das Recht auf eine der in den §§ 912 bis 917 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Renten bleibt [...]. bestehen [...] ²Satz 1 ist entsprechend anzuwenden auf

a) den Erbbauzins, wenn nach § 9 Abs. 3 des Erbbaurechtsgesetzes das Bestehenbleiben des Erbbauzinses als Inhalt der Reallast vereinbart worden ist;

b) Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, die auf dem Grundstück als Ganzem lasten, wenn in ein Wohnungseigentum mit dem Rang nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 vollstreckt wird und diesen kein anderes Recht der Rangklasse 4 vorgeht, aus dem die Versteigerung betrieben werden kann.

§ 53 ZVG [Schuldübernahme]

[entfällt]

§ 54 ZVG [Kündigung von Grundpfandrechten]

[entfällt]

§ 57 ZVG [Mieter, Pächter] – kleine Lösung

(1) Ist das Grundstück einem Mieter oder Pächter *bei Anordnung der Zwangsversteigerung bereits* überlassen, so finden die Vorschriften der §§ 566, 566 a, 566 b Abs. 1, §§ 566 c und 566 d des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach Maßgabe der §§ 57 a und 57 b entsprechende Anwendung.

§ 57 ZVG [Mieter, Pächter] – große Lösung

Ist das Grundstück einem Mieter oder Pächter überlassen, so finden die Vorschriften der §§ 566, 566 a, 566 b Abs. 1, §§ 566 c, 566 d und § 1113 Abs. 3 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach Maßgabe der §§ 57 a und 57 b entsprechende Anwendung.

§ 59 ZVG [Abweichende Feststellung des geringsten Gebots]**(3) [entfällt]****§ 65 ZVG [Besondere Versteigerung; anderweitige Verwertung]**

(1) ¹Das Gericht kann auf Antrag anordnen, daß eine Forderung oder eine bewegliche Sache von der Versteigerung des Grundstücks ausgeschlossen und besonders versteigert werden soll. ²Auf Antrag kann auch eine andere Art der Verwertung angeordnet, insbesondere zur Einziehung einer Forderung ein Vertreter bestellt oder die Forderung einem Beteiligten mit dessen Zustimmung an Zahlungs Statt überwiesen werden. ³Die Vorschriften der §§ 817, 820, 835 der Zivilprozeßordnung finden entsprechende Anwendung. ⁴Der Erlös ist zu hinterlegen.

(2) ¹Das Gericht kann auf Antrag eine freihändige Veräußerung des Grundstücks anordnen, sofern von dieser Art der Verwertung ein wesentlich höherer Erlös zu erwarten ist. ²Zu dieser Frage soll der Sachverständige im Rahmen seiner Stellungnahme nach § 74a Abs. 5 eine Einschätzung abgeben. ³Das Gericht bestellt zur Veräußerung einen Vertreter, der ein geeignetes Kaufangebot einholen soll. ⁴Das Gericht leitet Angebote dem Schuldner, den betreibenden Gläubigern sowie den übrigen Beteiligten zur Stellungnahme zu. ⁵Der Schuldner kann jederzeit von ihm selbst eingeholte Angebote vorlegen. ⁶Die Annahme des Angebots erfolgt durch Beschluß. ⁷Die Eigentumsverschaffung erfolgt nach Berichtigung des Kaufpreises durch weiteren Beschluß.

(3) ¹Eine öffentliche Versteigerung kann auf Anordnung des Gerichts als allgemein zugängliche Versteigerung im Internet über eine Versteigerungsplattform erfolgen. ²Das Gericht kann ebenso eine die herkömmliche Versteigerung zeitgleich ergänzende Versteigerung im Internet anordnen.

(4) ¹Die Landesregierungen bestimmen für die Versteigerung im Internet nach Abs. 3 Satz 1 sowie für die ergänzende Versteigerung im Internet nach Abs. 3 Satz 2 durch Rechtsverordnung

1. den Zeitpunkt, von dem an die Versteigerung zugelassen ist,
2. die Versteigerungsplattform,
3. die Zulassung zur und den Ausschluss von der Teilnahme an der Versteigerung; soweit die Zulassung zur Teilnahme oder der Ausschluss von einer Versteigerung einen Identitätsnachweis natürlicher Personen vorsieht, ist die Nutzung des elektronischen Identitätsnachweises (§ 18 des Personalausweisgesetzes) zu diesem Zweck zu ermöglichen,
4. Beginn, Ende und Abbruch der Versteigerung,
5. die Versteigerungsbedingungen und die sonstigen rechtlichen Folgen der Versteigerung einschließlich der Belehrung der Teilnehmer über den Gewährleistungsausschluß nach § 56 Satz 3,
6. die Anonymisierung der Angaben zur Person des Schuldners vor ihrer Veröffentlichung und die Möglichkeit der Anonymisierung der Daten der Bieter,
7. das sonstige zu beachtende besondere Verfahren; insbesondere die Aufbringung einer Bietsicherheit.

²Sie können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

(5) ¹Die besondere Versteigerung oder die anderweitige Verwertung ist nur zulässig, wenn das geringste Gebot erreicht ist. ²Handelt es sich um anderweitige Verwertung nach Abs. 2, so ist das Kaufangebot nicht annahmefähig, wenn es die Hälfte

des Grundstückswertes nicht erreicht.³ Bei einer anderweitigen Verwertung nach Abs. 3 und 4 ist der Zuschlag zu versagen, wenn das abgegebene Meistgebot die Hälfte des Grundstückswerts nicht erreicht.

§ 66 ZVG [Verfahren im Termin]

(1)¹ In dem Versteigerungstermin werden nach dem Aufruf der Sache die das Grundstück betreffenden Nachweisungen, die das Verfahren betreibenden Gläubiger, deren Ansprüche, die Zeit der Beschlagnahme, der vom Gericht festgesetzte Wert des Grundstücks und die erfolgten Anmeldungen bekanntgemacht, hierauf das geringste Gebot und die Versteigerungsbedingungen nach Anhörung der anwesenden Beteiligten, nötigenfalls mit Hilfe eines Rechnungsvorständigen, unter Bezeichnung der einzelnen Rechte festgestellt und die erfolgten Feststellungen verlesen.² Zu den Nachweisungen im Sinne des Satzes 1 gehört auch der Umstand einer eingetragenen Nichtvermietbarkeit.

§ 66 a [Unzulässige Bietabkommen]

(1)¹ Eine Vereinbarungen, mit der jemand gegen Entgelt verspricht, in einem Versteigerungstermin Gebote nur bis zu einer bestimmten Höhe abzugeben, die Abgabe von Geboten zu unterlassen oder dem Versteigerungstermin fernzubleiben, ist unwirksam.² Das gleiche gilt für eine Vereinbarung, mit der ein Beteiligter gegen Entgelt die Rücknahme des Anordnungsantrages, die einer Einstellungsbewilligung oder die eines Versagungsantrages nach § 74 a Abs. 1 ZVG zu unterlassen verspricht.³ Der Empfänger einer dennoch erbrachten Gegenleistung ist zur Herausgabe verpflichtet.

(2)¹ Gegen Personen, die während der Zwangsversteigerung Vereinbarungen im Sinne des Abs. 1 schließen oder zu schließen versuchen, kann das Gericht vorbehaltlich der strafgerichtlichen Verfolgung ein Ordnungsgeld bis zu € 1.000 oder Ordnungshaft bis zu einer Woche festsetzen.² Bei der Festsetzung eines Ordnungsgeldes ist zugleich für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, zu bestimmen, in welchem Maße Ordnungshaft an seine Stelle tritt.

(3) Das Gericht kann eine Person vom Bieten ausschließen, die vor oder während des Versteigerungstermins Vereinbarungen im Sinne des Abs. 1 schließt oder zu schließen versucht.

§ 68 ZVG [Höhe der Sicherheit]

(1) [...] ²Übersteigt die Sicherheit nach Satz 1 das Meistgebot, ist der überschüssige Betrag freizugeben. [...]

(2) [entfällt]

§ 74a ZVG [Antrag auf Versagung des Zuschlags]

(1)¹ Bleibt das abgegebene Meistgebot [...] unter sieben Zehnteilen des Grundstückswertes, so kann ein Berechtigter, dessen Anspruch ganz oder teilweise durch das Meistgebot nicht gedeckt ist, aber bei einem Gebot in der genannten Höhe voraussichtlich gedeckt sein würde, die Versagung des Zuschlags beantragen.

§ 88 ZVG [Zustellung des Beschlusses]

(1)¹ Der Beschluß, durch welchen der Zuschlag erteilt wird, ist den Beteiligten [...] und dem Ersteher zuzustellen.² Als Beteiligte gelten auch diejenigen, welche das angemeldete Recht noch glaubhaft zu machen haben.

(2) ¹ Die Erteilung des Zuschlags ist unter Angabe des erzielten Meistgebots innerhalb von acht Tagen nach Schluß der Versteigerung öffentlich bekanntzumachen durch einmalige Einrückung in das für Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt oder in einem für das Gericht bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem. ² Ist ein Nachgebot zulässig, so ist zugleich die für die Abgabe von Nachgeboten geltende Frist sowie der Mindestbetrag des zulässigen Nachgebots bekanntzumachen.

§ 89 a ZVG [Nachgebot]

(1) Bleibt das abgegebene Meistgebot [... einschließlich des Kapitalwerts der nach den Versteigerungsbedingungen bestehenbleibenden Rechte ...] unter sieben Zehnteilen des Grundstückswertes, so tritt die Unanfechtbarkeit des Zuschlagsbeschlusses dann nicht ein, wenn rechtzeitig ein geeignetes Nachgebot abgegeben wird.

(2) Ein Nachgebot ist rechtzeitig im Sinne des Absatz 1, wenn es binnen vierzehn Tagen nach öffentlicher Bekanntmachung im Sinne des § 88 Abs. 2 schriftlich beim Vollstreckungsgericht eingeht.

(3) Ein Nachgebot ist geeignet im Sinne des Absatz 1, wenn es bei Fortgeltung der Versteigerungsbedingungen das bisherige Meistgebot um mindestens ein Viertel übersteigt und der Bieter binnen der Frist nach Abs. 2 in Höhe eines Viertels seines Gebots Sicherheit im Sinne des § 69 leistet.

(4) ¹ Dem Ersterer ist von jedem Nachgebot unverzüglich Mitteilung zu machen. ² Gibt er nach Eingang des letzten zulässigen Nachgebots binnen dreier Tage seinerseits gegenüber dem Gericht schriftlich ein unwiderrufliches Gebot ab, das dem letzten (höchsten) zulässigen Nachgebot dem Betrage nach entspricht, so wird der Zuschlagsbeschluß zu den geänderten Bedingungen zu seinen Gunsten unanfechtbar. ³ Einer Zurückweisung der Nachgebote bedarf es nicht.

(5) ¹ Bleibt ein Gebot nach Abs. 4 Satz 2 aus, so ist dem höchsten zulässigen Nachgebot unter Aufhebung des ursprünglichen Zuschlagsbeschlusses der Zuschlag zu erteilen. ² Es gilt § 88 Abs. 1. Der Nachbieter wird mit der Verkündung des zu seinen Gunsten ergehenden Zuschlagsbeschlusses Eigentümer.

§ 85 a ZVG [Versagung bei zu geringem Meistgebot]

(1) Der Zuschlag ist ferner zu versagen, wenn das abgegebene Meistgebot [...] die Hälfte des Grundstückswertes nicht erreicht.

§ 91 ZVG [Erlöschen von Rechten]

(1) Durch den Zuschlag erlöschen unter der im § 90 Abs. 1 bestimmten Voraussetzung alle Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück gemäß § 10 Abs. 1.

(2) Ein Recht an dem Grundstück bleibt jedoch bestehen, wenn dies zwischen dem Berechtigten und dem Ersterer vereinbart ist und die Erklärungen entweder im Verteilungstermin abgegeben oder, bevor das Grundbuchamt um Berichtigung des Grundbuchs ersucht ist, durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden.

§ 94 ZVG [Gerichtliche Verwaltung]

(1) ¹ Auf Antrag eines Beteiligten, der Befriedigung aus dem Meistgebot zu erwarten hat, ist das Grundstück für Rechnung des Ersterers in gerichtliche Verwaltung zu nehmen, solange nicht die Zahlung oder Hinterlegung erfolgt ist. [...]

§ 112 ZVG [Gesamtausgebot]

(1) Ist bei der Versteigerung mehrerer Grundstücke der Zuschlag auf Grund eines Gesamtausgebots erteilt und wird eine Verteilung des Erlöses auf die einzelnen Grundstücke notwendig, so wird aus dem Erlös zunächst der Betrag entnommen, welcher zur Deckung der Kosten sowie zur Befriedigung derjenigen bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten [...] Rechte erforderlich ist, für welche die Grundstücke ungeteilt haften.

(2) ¹ Der Überschuß wird auf die einzelnen Grundstücke nach dem Verhältnis des Wertes der Grundstücke verteilt. ² [entfällt][...]

(3) Reicht der nach Absatz 2 auf das einzelne Grundstück entfallende Anteil am Erlös nicht zur Befriedigung derjenigen Ansprüche aus, welche nach Maßgabe des geringsten Gebots [...] zu berichtigen sind oder welche durch das bei dem Einzelausgebot für das Grundstück erzielte Meistgebot gedeckt werden, so erhöht sich der Anteil um den Fehlbetrag.

§ 114 a ZVG [Kein Anspruch des Erstehers unter 7/10-Grenze]

¹ Ist der Zuschlag einem zur Befriedigung aus dem Grundstück Berechtigten zu einem Gebot erteilt, das [...] hinter sieben Zehnteilen des Grundstückswertes zurückbleibt, so gilt der Ersteher auch insoweit als aus dem Grundstück befriedigt, als sein Anspruch durch das abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist, aber bei einem Gebot zum Betrage der Sieben-Zehnteile-Grenze gedeckt sein würde.

§ 118 ZVG [Ausführung bei Nichtzahlung des Versteigerungserlöses]

(1) Soweit das Gebot nicht berichtet wird, ist der Teilungsplan dadurch auszuführen, daß die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten übertragen und im Falle des § 69 Abs. 3 gegen den für mithaftend erklärten Bürgen auf die Berechtigten mitübertragen wird; Übertragung und Mitübertragung erfolgen durch Anordnung des Gerichts.

§ 128 ZVG [Eintragung einer Sicherungshypothek]

(4) Wird das Grundstück von neuem versteigert, ist der zur Deckung der Hypothek erforderliche Betrag als Teil des *Meistgebots* zu berücksichtigen.

§ 145 a ZVG [Grundpfandrechte in ausländischer Währung]

Für die Zwangsversteigerung eines Grundstücks, das mit einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld in einer nach § 28 Satz 2 der Grundbuchordnung zugelassenen Währung belastet ist, gelten folgende Sonderbestimmungen:

3. Die Höhe des *Meistgebots* wird in Euro festgestellt. Die Gebote sind in Euro abzugeben.

§ 152 ZVG [Aufgaben des Verwalters]

(1) ¹ Der Verwalter hat das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen; *dies schließt nutzungsändernde Bauvorhaben nicht aus.* ² Der Verwalter hat die Ansprüche, auf welche sich die Beschlagnahme erstreckt, geltend zu machen und die für die Verwaltung entbehrlichen Nutzungen in Geld umzusetzen.

§ 155 ZVG [Verteilung der Nutzungen]- kleine Lösung

(2)¹ Die Überschüsse werden auf die in § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Ansprüche verteilt.² Hierbei werden in der zweiten, dritten und vierten Rangklasse jedoch nur Ansprüche auf laufende wiederkehrende Leistungen, einschließlich der Rentenleistungen, sowie auf diejenigen Beträge berücksichtigt, die zur allmählichen Tilgung einer Schuld als Zuschlag zu den Zinsen zu entrichten sind.^{2a} *Können alle Ansprüche im Sinne des Abs. 2 Satz 2 aus den Überschüssen bedient werden und sind so in der fünften Rangklasse neben Kapitalansprüche der zweiten, dritten und vierten Rangklasse daher auch persönliche Gläubiger zu berücksichtigen, so gehen diese den anderen in der Verteilung nach.*

§ 155 ZVG [Verteilung der Nutzungen] – große Lösung

(2)¹ Die Überschüsse werden auf die in § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Ansprüche verteilt.² Hierbei werden in der zweiten, dritten und vierten Rangklasse jedoch nur Ansprüche auf laufende wiederkehrende Leistungen, einschließlich der Rentenleistungen, sowie auf diejenigen Beträge berücksichtigt, die zur allmählichen Tilgung einer Schuld als Zuschlag zu den Zinsen zu entrichten sind.³ *Sind im Wege der Verteilung gemäß Satz 2 dem betreibenden Gläubiger vorgehende Ansprüche aus den Überschüssen bedient, so wird der verbleibende Betrag auf Kapital und wiederkehrende Leistungen des betreibenden Gläubigers zugeteilt.*

§ 168.c ZVG [Schiffshypothek in ausländischer Währung]

Für die Zwangsversteigerung eines Schiffs, das mit einer Schiffshypothek in ausländischer Währung belastet ist, gelten folgende Sonderbestimmungen:

3. Die Höhe des *Meistgebots* wird in Euro festgestellt. Die Gebote sind in Euro abzugeben.

§ 169 ZVG [Vorausverfügungen über Miet- und Pachtzins etc.]

(2)¹ Soweit das *Meistgebot* bis zum Verteilungstermin nicht berichtet wird, ist für die Forderung gegen den Ersteher eine Schiffshypothek an dem Schiff in das Schiffsregister einzutragen.

§ 169 a ZVG [Kein Antrag auf Versagung des Zuschlags bei Seeschiffen]

(2) § 68 findet mit der Maßgabe Anwendung, daß Sicherheit für ein Zehntel des *Meistgebots* zu leisten ist.

§ 171 e ZVG [Registerpfandrechte in ausländischer Währung]

Für die Zwangsversteigerung eines Luftfahrzeugs, das mit einem Registerpfandrecht in ausländischer Währung belastet ist, gelten folgende Sonderbestimmungen:

3. Die Höhe des *Meistgebots* wird in Euro festgestellt. Die Gebote sind in Euro abzugeben.

§ 5 ZwVwV Nutzungen des Zwangsverwaltungsobjektes

(1) Der Verwalter soll die Art der Nutzung, die bis zur Anordnung der Zwangsverwaltung bestand, beibehalten.

(3) Der Verwalter ist berechtigt, begonnene Bauvorhaben fertig zu stellen.

(4) Ist mit Hilfe der bestehenden Nutzung die Erzielung auskömmlicher Überschüsse nicht möglich, so ist der Verwalter auch berechtigt, konzeptverändernde Bauvorhaben durchzuführen, sofern davon wesentlich höhere Überschüsse zu erwarten sind.

Literaturverzeichnis

- Adolphsen, Jens* Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2015
- Albiges, Christophe/Dumont-Lefrand, Marie-Pierre* Droit des sûretés, 4. Aufl., Paris 2013
- Ahrens, Hans-Jürgen* Der Beweis im Zivilprozess, Köln 2015
- Alternativkommentar zum Grundgesetz, hg. v. *Ekkehart Stein, Erhard Denninger, Wolfgang Hoffmann-Riem*, Loseblatt, 3. Aufl., Neuwied 2001
- Amonn, Kurt/Walther, Fridolin* Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013
- Amstutz, Marc* etc. (Hg.), Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007
- Angst, Peter/Oberhammer, Paul* (Hg.), Kommentar zur Exekutionsordnung, 3. Aufl., Wien 2015
- Angst, Peter* Die Rückabwicklung nach Aufhebung des Zuschlags gem. § 187a EO, *ecolex* 2015, 202 ff.
- Anschütz, Gerhard* Die Verfassung des Deutschen Reiches v. 11.8.1919, 14. Aufl., Berlin 1933
- Aynès, Laurent/Crocq, Pierre* Les sûretés – La publicité foncière, 8. Aufl., Issy-les-Moulineaux 2014
- Balzli, Beat/Pauly, Christoph* Schulden auf Reisen, in: *Der Spiegel* 2006, Heft 41, S. 110 ff.
- Bar, Christian von* Gemeineuropäisches Sachenrecht, Bd. 1, München 2015
- Bar, Christian von* Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses, *JZ* 2015, 845 ff.
- Bar, Christian von* Sachenrecht in Europa, Bd. 1: Dänemark, England, Finnland, Schweden, Osnabrück 2000
- Bar, Christian von* Sachenrecht in Europa, Bd. 2: Polen, Tschechien, Ungarn, Osnabrück 2000
- Bar, Christian von* Sachenrecht in Europa, Bd. 3: Griechenland, Niederlande, Portugal, Osnabrück 1999
- Bar, Christian von* Sachenrecht in Europa, Bd. 4: Belgien, Frankreich, Italien, Spanien, Osnabrück 2001
- Bartels, Klaus* Der vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältnisse, Tübingen 2003
- Bartels, Klaus* Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung, Bielefeld 2010
- Bartels, Klaus* Das geringste Gebot in der Teilungsversteigerung, *ZfIR* 2013, 609 ff.
- Bartels, Klaus* Zum Erwerb schuldnerfremden Eigentums nach ZVG, *ZZP* 128 (2015), 341 ff.
- Barth, Peter/Dokalik, Dietmar/Potyka, Matthias* Kurzkommentar zum ABGB, 24. Aufl., Wien 2014

- Basedow, Jürgen Comparative Law and its Clients, *The American Journal of Comparative Law* 62 (2014), 821 ff. = Max Planck Private Law Research Paper No. 14/2 = SSRN id2391171
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf/Bruns, Alexander Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2006
- Beck Online-Großkommentar zum BGB, München 2014 ff.
- Beck Online-Kommentar zur GewO, München 2015
- Becker-Eberhard, Ekkehard Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, Bielefeld 1993
- Beckmann, Michael Ökonomische Analyse deutscher Auktionen, Wiesbaden 1999
- Blomeyer, Arwed Vollstreckungsverfahren, Berlin 1975
- Blomeyer, Arwed Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., Berlin 1985
- Böttcher, Roland Kommentar zum ZVG, 4. Aufl., München 2005
- Böttcher, Roland Kommentar zum ZVG, 6. Aufl., München 2016
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. v. Wolfgang Kahl, Christian Waldhoff, Christian Walter, 2./3. Aufl., Heidelberg (Loseblatt)
- Brand, Artur/Baur, Julius Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungssachen in der gerichtlichen Praxis, Berlin 1930
- Brockhuis, Jörn Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Tl IX: Polen, Berlin 2000
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., Köln 2014
- Brügger, Erwin (Hg.), SchKG Gerichtspraxis 1946 - 2005, Zürich 2006
- Bruns, Rudolf/Peters, Egbert Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., München 1987
- Bülow, Oskar, Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht, Vorlesungsnachschrift von L. Fechner aus dem Wintersemester 1868/69, J. Braun (Hg.), Tübingen 2003
- Bunge, Jürgen Zivilprozeß und Zwangsvollstreckung in Frankreich und Italien, Berlin 2008
- Burgstaller, Alfred/Deixler-Hübner, Astrid Kommentar zur Exekutionsordnung, 4. Aufl., Wien 2001
- Canaris, Claus Wilhelm, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte –, in: Egon Lorenz (Hg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, Karlsruhe 2003, S. 5 ff.
- Cierpiak-Magnor, Romana/Domanska-Moldawa, Katarzyna in: *Winner, Martin/Cierpiak-Magnor, Romana* (Hg.), *Dingliche Kreditsicherheiten in der Insolvenz in Mittel- und Osteuropa*, Wien 2016, S. 177 ff.
- Dallèves, Louis/Foëx, Bénédicte/Jeandin, Nicolas Poursuite et faillite [Kommentar zum SchKG], Basel 2005
- Dassler, Gerhard Kommentar zum ZVG, 12. Aufl., Stuttgart 1991
- Dassler, Gerhard/Schiffhauer, Horst Kommentar zum ZVG, 15. Aufl., Bielefeld 2016
- Denkschrift E II in: *Hahn, Carl/Mugdan, Benno* Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 5: ZVG und GBO, Berlin 1897
- Depré, Peter/Mayer, Günter Die Praxis der Zwangsverwaltung, 7. Aufl., Bonn 2013
- Depré, Peter (Hg.), *Kommentar zum ZVG*, Köln 2014
- Després, Isabelle Kurzkommentar zum Code de procédure civile, 107. Aufl., Paris 2015
- Diedrich, Peter/Asfandia, Sascha Tamin Polen, in: *Breidenbach, Stephan* (Hg.), *Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, Band 2, PL 250, München 2015

- Dierck, Ralf/Morvilius, Theodor/Vollkommer, Gregor, Gregor Handbuch des Zwangsvollstreckungsrechts, München 2009
- Domej, Tanja Die Neufassung der EuGVVO – Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 508 ff.
- Domej, Tanja Internationale Zwangsvollstreckung und Haftungsverwirklichung, Tübingen 2016
- Dreier, Horst Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen 2013
- Drewicz-Tułodziecka, Agnieszka/Gregorowicz, Aleksandra Länderbericht Polen, in: *Stöcker, Otmar* (Hg.), Flexibilität der Grundpfandrecht in Europa, Band 1, Berlin 2006
- Drewicz-Tułodziecka, Agnieszka/Soergel, Otto/Stöcker, Otmar Mehr Rechtssicherheit für die Hypothek in Polen, *WM* 2002, 891 ff.
- Drischler, Karl Zweifelsfragen zur Rangordnung in der Zwangsverwaltung, *Rpfleger* 1957, 212 ff.
- Drobnig, Ulrich/Böger, Ole PEL – Proprietary Security in Movable Assets, München 2014
- Dumoulin, Franz Josef Besprechung von Stöcker, Die »Eurohypothek«, 1992, *RabelsZ* 58 (1994), 367 ff.
- Eickmann, Dieter Das rechtliche Gehör in Verfahren vor dem Rechtspfleger, *Rpfleger* 1982, 449 ff.
- Eickmann, Dieter/Böttcher, Roland Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht, 3. Aufl., München 2013
- Ehrenzweig, Armin System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II/1, 2. Aufl., Wien 1986
- Ennuschat, Jörg Behördliche Nachschau in Geschäftsräume und die Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 3 GG, *AöR* 127 (2002), 252
- Erman, Walter Kommentar zum BGB, 14. Aufl., Köln 2014
- Fahland, Monika Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Vollstreckungsrecht, *VOP* 1981, 328 ff.
- Fawzy, Oliver Der Europäische Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung – eine zögerliche Pionierleistung, *DGVZ* 2015, 141 ff.
- Fawzy, Oliver Forderungsdurchsetzung in der EU – Das Ende der Exequatur, *DGVZ* 2015, 1 ff.
- Feil, Erich/Marent, Karl-Heinz Kommentar zur Exekutionsordnung, Wien 2008
- Ferrand, Frédérique Die Zwangsvollstreckung, in: *Sonnenberger, Hans Jürgen/Classen, Claus Dieter* Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., Frankfurt/M. 2012, Nr. 208
- Fikentscher, Wolfgang Law and Anthropology, 2. Aufl., München etc. 2016
- Fischer, O./Schaefer, L. ZPO, ZVG, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1910
- Fischer, Nikolaj Die unverhältnismäßige Zwangsvollstreckung, *Rpfleger* 2004, 599 ff.
- Fischer, Nikolaj Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, Frankfurt/M. 2006
- Flume, Werner Eigenschaftsirrthum und Kauf, Münster 1948
- Figgener, Christel Behördliche Betretungsrechte und Nachschaubefugnisse – Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundlagen, Köln 2000
- Foelix Das neue französische Gesetz v. 2. Juni 1841 über die neue Zwangsversteigerung von Immobilien, in Vergleich mit der bisherigen französischen Gesetzgebung über denselben Gegenstand (1. Teil), *Krit. Zs. Rechtsw. Ausland* 14 (1842), 530 ff.

- Foelix Das neue französische Gesetz v. 2. Juni 1841 über die neue Zwangsversteigerung von Immobilien in Vergleichung mit der bisherigen französischen Gesetzgebung (2. Teil), Krit. Zs. Rechtsw. Ausland 15 (1842), 22 ff.
- Fricero, Natalie/Leiris, Edouard de/Mecarelli, Gabriele Kommentar zum Code des procédures civiles d'exécution, Paris 2014
- Fritzsche, Hans/Walder, Hans Ulrich Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 1984
- Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard/Becker-Eberhard, Ekkehard Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., München 2010
- Gaul, Hans Friedhelm Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts, JZ 1973, 473 ff.
- Gaul, Hans Friedhelm Billigkeit und Verhältnismäßigkeit in der zivilgerichtlichen Vollstreckung öffentlichrechtlicher Abgaben, JZ 1974, 279 ff.
- Gaul, Hans Friedhelm in: Festschrift Baumgärtel (1990), S. 75 ff.
- Gernhuber, Joachim Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989
- Gay, Barbara Feststellung abweichender Versteigerungsbedingungen gemäß § 59 ZVG, Köln 2002
- Gerhardt, Walter Aspekte zur Wechselwirkung zwischen Konkursrecht und Wirtschaftsleben, in: Festschrift Weber, Berlin, S. 181 ff.
- Götte Tilman Zur Wiedereinführung einer Rangfolge der Zwangsvollstreckungsmittel, ZFP 100 (1987), 412 ff.
- Gräler, J. G. Veilingverhoudingen, JBN 2004, 3 ff.
- Güthe, Georg/Triebel, Franz Kommentar zur GBO, 6. Aufl., München 1936/37
- Guinchard, Serge/Moussa, Tony (Hg.), Droit et pratique des voies d'exécution, 8. Aufl., Paris 2015
- Haarmeyer, Hans/Wutzke, Wolfgang/Förster, Karsten/Hintzen, Udo Zwangsverwaltung, 5. Aufl., München 2011
- Haarmeyer, Hans/Hintzen, Udo Zwangsverwaltung, 6. Aufl., München 2016
- Habersack, Mathias Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, 857 ff.
- Hager, Johannes Der Erwerb der schuldnerfremden Sache in der Zwangsversteigerung, in: Festschrift Canaris (2002), S. 1 ff.
- Hahn, Carl/Mugdan, Benno, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 5, Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, Berlin 1897
- Hartenstein, Johannes Bestehenbleibende Grundschulden in der Teilungsversteigerung, Norderstedt 2008
- Hartenstein, Johannes Die dringend notwendige Abschaffung bestehenbleibender Grundschulden in der Teilungsversteigerung, FPR 2013, 362 ff.
- Hartenstein, Johannes Die Abschaffung bestehenbleibender Grundschulden, ZfIR 2014, 1 ff.
- Heck, Philipp Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
- Hellrigel, Christoph Schuldnerschutz in Polen, Frankfurt 2007
- Hempel, Mirek Aleksander Grundpfandrechte nach polnischem Recht – wirksame Sicherung für ausländische Investoren?, ZBB 2009, 236 ff.
- Henle, Wilhelm von/Henle, Eugen Kommentar zum ZVG, 4. Aufl., München 1928
- Hennings-Holtmann, Dorothee, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 5. Aufl., Stuttgart 2007

- Hermes, Georg* Anm. zu BVerwGE 121, 345 ff., Urt. v. 25. 8. 2004 – 6 C 26.04, JZ 2005, 461 ff.
- Herrmann, Reinhard/Westermann, Dirk* Schweden, in: *Bar, Christian von* (Hg.), Sachenrecht in Europa, Band 1, Osnabrück 2000
- Hess, Burkhard/Vollkommer, Gregor* Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 18. 1. 2000 – 1 BvR 321/ 96 –, JZ 2000, 785 ff.
- Hess, Burkhard* Study on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union, No. JAI/A3/2002/02, 2004
- Hess, Burkhard* Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationsschritt im Europäischen Zivilverfahrensrecht, DGVZ 2012, 69 ff.
- Hess, Burkhard* Urteilsfreizügigkeit nach der VO Brüssel-I a – beschleunigt oder ausgebremst?, in: Festschrift Gottwald, München 2014, S. 273 ff.
- Hess, Burkhard/Raffelsieper, Katharina* Eckpunkte der Kontenpfändungsverordnung, in: *Hess, Burkhard* (Hg.), Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht, Bielefeld, VVIntVerfR 21 (2014), S. 214 ff.
- Hess, Burkhard/Raffelsieper, Katharina* Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektivierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum, IPRax 2015, 46 ff.
- Hintzen, Udo/Wolf, Hans-Joachim* Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Handbuch, Bielefeld 2006
- Hock, Rainer/Klein, Daniela/Hilbert, Alfred/Deimann, Ernst* Immobilienvollstreckung, 5. Aufl., Heidelberg 2011
- Henckel, Wolfram* Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970
- Holzhammer, Richard* Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., Wien etc. 1989
- Honsell, Heinrich, Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang* (Hg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Aufl., Basel 2011
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas* Basler Kommentar zum ZGB, 5. Aufl., Basel 2015
- Huber, Gerhard* Die Versteigerung gepfändeter Sachen, Berlin 1970
- Hunkeler, Daniel* (Hg.), Kommentar zum SchKG, 2. Aufl., Basel 2014
- Huydecoper, J. L. R. A.* Reële executie, 2. Aufl., Deventer 2011
- Jaeckel, Paul/Güthe, Georg* Kommentar zum ZVG, 7. Aufl., München 1937
- Jähne, Thorsten* Immobilienvollstreckung in Deutschland, 2. Aufl., Wiesbaden 2015
- Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner* Die Beratung des BGB (Sachenrecht IV – ZVG), Berlin 1983
- Jansen, F. M. J.* Executie- en Beslagrecht, 4. Aufl., Zwolle 1990
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo* Grundgesetz, 14. Aufl., München 2016
- Jaschinska, Monika* Polnische und deutsche Grundpfandrechte im Vergleich, Berlin 2004
- Jensen, Ulf* Panträtt i fast egendom, 10. Aufl., Häftad 2016
- Jensen, Ulf* Bericht zum schwedischen Recht der Projektgruppe des European Private Law Forums des European University Institute in Florenz (EUI) »Real Property Law and Procedure in the European Union«, 2005, abrufbar unter: www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/ProjectRealPropertyLaw.aspx

- Jent-Sørensen, Ingrid* Die Rechtsdurchsetzung bei der Grundstücksverwertung in der Spezialexécution, Zürich 2003
- Jonas, Martin/Pohle, Rudolf* Zwangsvollstreckungsnotrecht, 16. Aufl., München 1954
- Jost, Fritz* Duldung der Zwangsvollstreckung?, *Jura* 2001, 153 ff.
- Jungmann, Carsten* Rechtsposition des Grundstücksverkäufers bei Insolvenz des Verkäufers – Schutz durch Trust-Clauses bzw. Vereinbarungstreuhand?, *RabelsZ* 69 (2005), 487 ff.
- Junker, Abbo* Internationales Zivilprozessrecht, 3. Aufl., München 2016
- Kaser, Max* Das römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1971
- Kaser, Max* Das römische Privatrecht, Bd. 2, 2. Aufl., München 1975
- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian* Römisches Privatrecht, 21. Aufl., München 2017
- Kaser, Max/Hackl, Karl* Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., München 1996
- KBKS Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hg.), Kommentar zur Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Wädenswil 2011
- Keller, Ulrich* (Hg.), Handbuch Zwangsvollstreckungsrecht, Berlin 2011
- Keller, Ulrich/Munzig, Jörg* (Hg.), KEHE Grundbuchrecht, 7. Aufl., Bonn 2015
- Kemper, Hans* Einige Beobachtungen zum Hypothekenrecht in den Niederlanden, in: *Lassen, Tim/Luckow, Andreas/Thurner, Mario* (Hg.), Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus – Eine Standortbestimmung zum XX. Workshop des runden Tisches Grundpfandrechte, Berlin 2016, S. 113 ff.
- Kirchner, Alexander* Rechtsschutz bei Bagatellforderungen, *Rpfleger* 2004, 395 ff.
- Kischel, Uwe* Rechtsvergleichung, München 2015
- Klein, Christian/Tietz, Sebastian* Frankreich reformiert sein Kreditsicherungsrecht, *RIW* 2007, 101 ff.
- Kloepfer, Michael* Verfassungsrecht, Band 2 – Grundrechte, München 2010
- Koenig, Ulrich* (Hg.), Abgabenordnung, 3. Aufl., München 2014
- Kollhoser, Helmut* Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten, München 1970
- Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund* (Hg.), Kommentar zum ABGB, 4. Aufl., Wien 2014
- Kren Kostkiewicz, Jolanta* Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl., Zürich 2014
- Krenn, Peter* Das Überbot – eine leidige Institution, *RZ* 2011, 131 ff.
- Kretschmar, Ferdinand* ZVG, Systematische Darstellung, Leipzig 1904
- Kronofogden* (Hg.), Handbok Utmätning, Stockholm 2015
- Kuglarz, Pawel/Lehmann, Jacek* Neuste Entwicklungen im polnischen Recht der Kreditsicherheiten in der Praxis in: *Bar, Christian von/Wudarski, Akardiusz* (Hg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, Köln 2012, S. 351 ff.
- Kuglarz, Pawel/Pawlak, Sławomir* Durchsetzung der Hypothek im Vollstreckungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Position der Hypothekargläubiger, in: *Drewicz-Tułodziecka, Agnieszka* (Hg.), Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen, Wien 2009, S. 368 ff.
- Kunkel/Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter* Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin 1987

- Lauvergnat, Ludovic/Raschel, Lois* Kurzkommentar zum Code des procédures civiles d'exécution, 3. Aufl., Paris 2015
- Leborgne, Anne* Saisie et mesures conservatoires – Droit de l'exécution, Recueil Dalloz 2012, 1509 ff.
- Leborgne, Anne/Salati, Olivier* Kurzkommentar zum Code des procédures civiles d'exécution, 3. Aufl., Paris 2015
- Lehmann, Arnold* Die Zwangsversteigerung nach der österreichischen Exekutionsordnung v. 27. Mai 1896, Wien 1906
- Leipold, Dieter* Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971
- Leutner, Gerd/Lehberg, Tobias* Die Entdeckung der Grundschuld – Die »wiederauffüllbare Hypothek (*hypothèque rechargeable*) als neues Kreditsicherungsmittel im französischen Recht, ZfIR 2006, 817 ff.
- Levy, Ernst* ZZP 46 (1917), 283 ff.
- Link, Christian* Kreditsicherungsrecht in Polen, Frankfurt 2012
- Löhnig* (Hg.), Kommentar zum ZVG, Stuttgart 2010
- Lorandi, Franco* Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bern etc. 1994
- Lübbe-Wolff, Gertrude* Satzungsrechtliche Betretungsrechte und Art. 13 GG, DVBl 1993, 462 ff.
- Lüttringhaus, Jan D.* Die Europäisierung des Zwangsvollstreckungsrechts im Bereich der vorläufigen Kontenpfändung, ZZP 129 (2016), 197 ff.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian*, hg. v. *Christian Starck*, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., München 2010
- Mankowski, Peter* Rechtskultur, Tübingen 2016
- Mansel, Heinz-Peter/Thorn, Karsten/Wagner, Rolf* Europäisches Kollisionsrecht 2014: Jahr des Umbruchs, IPRax 2015, 1 ff.
- Marotzke, Wolfgang* Öffentlich-rechtliche Verwertungsmacht und Grundgesetz – Ein Beitrag zu den Zwangsvollstreckungstheorien, NJW 1978, 133 ff.
- Martini, Mario* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, Tübingen 2008
- Maunz, Theodor/Dürig, Günther* Grundgesetz, Loseblatt 1958 ff.
- Meikel, Georg*, hrsg. von *Roland Keller*, Kommentar zur GBO, 11. Aufl., Köln 2015
- Meyer-Stolte, Klaus* Eintragungen zwischen Zuschlag und Eigentumsberichtigung, Rpfleger 1983, 240 ff.
- Meyer-Stolte, Klaus* Anm. zu *LG Krefeld* v. 27.5.1986 – 6 T 125/86, Rpfleger 1987, 259
- Meyer-Stolte, Klaus* Anm. zu *OLG Hamm* v. 21.1.1991 – 15 W 457/90, Rpfleger 1991, 263
- Mierlo, A. I. M. van/Nispen, C. J. J. C. van* Burgerlijke Rechtsvordering – Tekst & Commentar, 7. Aufl., Deventer 2016
- Milgrom, Paul R./Weber, Robert J.* A Theory of Auctions and Competitive Bidding, Econometrica 50 (1982), 1089 ff.
- Milgrom, Paul R.* Putting Auction Theory to Work, Cambridge 2004
- Mini, Harald* Die neue Zwangsversteigerung von Liegenschaften, Wien 2000
- Mönch* Fragen aus der Praxis des Rechts der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung, DJ 1937, 774 ff.
- Mohr, Franz* Die Exekutionsordnungs-Novelle 2014, ÖJZ 2014, 947 ff.

- Moser, Robin Die Behandlung von nachrangigen Grundpfandrechten in der Zwangsverwertung aufgrund von Betreuung auf Pfandverwertung, BJM 2011, 1 ff.
- Motive E I Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nebst Motiven, Berlin 1889
- v. Münch, Ingo/Kunig, Philip Grundgesetz, Bd. 1, München, 6. Aufl. 2012
- Münchmeyer, C. Gefahren in der Zwangsversteigerung, Hannover 1901
- Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., München 2001 ff.
- Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012 ff.
- Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., München 2000 ff.
- Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl., München 2012 ff.
- Mroß, Stefan Grundzüge der Reform der Sachaufklärung, DGVZ 2010, 181 ff.
- Neumann, Georg/Lichtblau, Ludwig Kommentar zur EO, 4. Aufl., Wien 1972
- Neumayer, Matthias/Nunner-Krautgasser, Bettina Exekutionsrecht, 3. Aufl., Wien 2011
- Nußbaum, Arthur Deutsches Hypothekenwesen, 2. Aufl., Tübingen 1921
- Nußbaum, Arthur Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Tübingen 1916
- Nunner-Krautgasser, Bettina Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz, Wien 2007
- Nunner-Krautgasser, Bettina Der geplante Rechtsakt zur europäischen Kontenpfändung, in: Hess, Burkhard (Hg.), Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht, Bielefeld, VVIntVerfR 21 (2014), S. 125 ff.
- Oertmann, Paul Zur Auslegung und Kritik von § 118 des Zwangsversteigerungsgesetzes, AcP 135 (1932), 191 ff.
- Perrot, Roger/Théry, Philippe Procédures civiles d'exécution, 3. Aufl., Paris 2013
- Pfordten, Theodor von der Kommentar zum ZVG, München 1905
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf Grundrechte. Staatsrecht II, 30. Aufl., Heidelberg 2014
- Pilarska, Anna Polnisches Sachenrecht, Warschau 2010
- Pinger, Winfried Der Gläubiger als Ersteigerer einer schuldnerfreien Sache, JR 1973, 94 ff.
- Pisuliński, Jerzy Die deutsche Grundschuld und die polnische Hypothek nach der Novelle - Ähnlichkeiten und Unterschiede, in: Bar, Christian von/Wudarski, Akardiusz (Hg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, München 2012, S. 393 ff.
- Ploeger, Hendrik/Velten, Aart van/Zevenbergen, Jaap Bericht zum niederländischen Recht der Projektgruppe des European Private Law Forums des European University Institute in Florenz (EUI) »Real Property Law and Procedure in the European Union«, 2005, abrufbar unter:
www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/ProjectRealPropertyLaw.aspx
- Pohl, Miriam Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle, IPRax 2013, 109 ff.
- Pollak, Rudolf System des Österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Wien 1932
- Poczobut, Jerzy Polen, in: Bar, Christian von (Hg.), Sachenrecht in Europa, Band 2, Osnabrück 2000
- Ptak, Paulina Der Europäische Vollstreckungstitel und das rechtliche Gehör des Schuldners, Tübingen 2014
- Raape, Leo Die Verfallsklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung, Berlin 1913

- Rabel, Ernst Streifgänge im schweizerischen Zivilrecht – 1. Artikel, RheinZ 2 (1910), 308 ff.
- Rabel, Ernst Streifgänge im schweizerischen Zivilrecht – 2. Artikel, RheinZ 4 (1912), 135 ff.
- Rauscher, Thomas EuZPR/EuIPR, Bd. 1: Brüssel I a-VO, 4. Aufl., Köln 2016, Bd. 2: EuKpfVO, 4. Aufl., Köln 2015
- Rechberger, Walter H./Oberhammer, Paul Exekutionsrecht, 5. Aufl., Wien 2009
- Rechberger, Walter H./Simotta, Daphne Exekutionsverfahren, 2. Aufl., Wien 1992
- Rechberger, Walter H. Die fehlerhafte Exekution, Wien 1978
- Reinhard, Paul/Müller, Hans Kommentar zum ZVG, 3./4. Aufl., Stuttgart 1931
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke Klaus Bürgschaftsrecht, 3. Aufl., Köln 2008
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke Klaus Kreditsicherung, 5. Aufl., Neuwied 2006
- Ring, Gerhard/Olsen-Ring, Line Einführung in das skandinavische Recht, 2. Aufl., München 2014
- Rosenberg, Leo Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., München 1961
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010
- Roth, Herbert Probleme um die Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel nach der EuVTVO, IPRax 2013, 239 ff.
- Roth, Marianne Exekutions- und Insolvenzrecht, 9. Aufl., Wien 2012
- Rupp, Caroline S. Germanisches Grundbuch und römisches Register – Harmonisierende Überlegungen, AcP 214 (2014), 567 ff.
- Rupp, Caroline S. Grundpfandrechte zwischen Flexibilität und Schutz, Tübingen 2015
- Sachs, Michael Behördliche Nachschaubefugnisse und richterliche Durchsuchungsanordnung nach Art. 13 Abs. 2 GG, NVwZ 1987, 560 ff.
- Sachs, Michael Grundgesetz, 7. Aufl., München 2014
- Sailer, Hansjörg Zwangsversteigerung von Liegenschaften – materiell- und formalrechtliche Fragen, JBl 2010, 613 ff.
- Schack, Haimo Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., München 2014
- Schapp, Jan Zum Wesen des Grundpfandrechts, in: 1. Festschrift Söllner, Gießen 1990, S. 477 ff.
- Schiffhauer, Horst Die Geltendmachung von Bagatellforderungen in der Zwangsversteigerung, ZIP 1981, 832 ff.
- Schlichte, Johannes Die Grundlage der Zwangsvollstreckung im polnischen Recht, Tübingen 2005
- Schmidt-Räntsch, Jürgen Zu einer Reform des ZVG, ZfIR 2013, 449 ff.
- Schneider, Félicie Die Leistungsverfügung im niederländischen, deutschen und europäischen Zivilprozessrecht, Tübingen 2013
- Schütz-Gárdén, Bettina Sweden, in: Holzhauser, Guido/Sutter, Carolin (Hg.), Debt Recovery in Europe, Baden-Baden, Basel 2007, S. 394 ff.
- Schuschke, Winfried/Walker, Wolf-Dietrich Kommentar zum 8. Buch der ZPO, 6. Aufl., Köln 2016
- Schwabe, Kerstin Das niederländische Zwangsvollstreckungsrecht mit vergleichenden Bezügen zum deutschen Recht, Göttingen 2010 [Online-Publikation]
- Sillard, Gilles Antoine La subrogation dans la saisie immobilière, Recueil Dalloz 2011, 402 ff.
- Sohm, Rudolf/Mitteis, Ludwig/Wenger, Leopold, Institutionen, 17. Aufl., München 1928

- Soergel, Hans Th. Kommentar zum BGB, 12. Aufl., Stuttgart 1988 ff.
- Soergel, Hans Th. Kommentar zum BGB, 13. Aufl., Stuttgart 1999 ff.
- Sonnenberger, Hans Jürgen Das formelle Grundstücksrecht, in: Sonnenberger, Hans Jürgen/Classen Claus Dieter (Hg.), Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., Frankfurt/M. 2012, Nr. 112
- Sonnenberger, Hans Jürgen Dingliche Sicherungsrechte, in: Sonnenberger, Hans Jürgen/Classen Claus Dieter (Hg.), Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., Frankfurt/M. 2012, Nr. 114
- Spühler, Karl Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bd. 1, 6. Aufl., Zürich etc. 2014
- Stadler, Astrid Das Europäische Zivilprozessrecht - Wie viel Beschleunigung verträgt Europa? – Kritisches zur Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel und ihrer Grundidee, IPRax 2004, 2 ff.
- Stadlhofer-Wissinger, Angelika Das Gebot in der Zwangsversteigerung – eine nicht anfechtbare Prozeßhandlung, Bielefeld 1993
- Stahelin, Adrian/Bauer, Thomas/Stahelin, Daniel Basler Kommentar zum SchKG, 2. Aufl., Basel 2010
- Stabile, Dominic Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmaßnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2010
- Stamm, Jürgen Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, Tübingen 2007
- Stamm, Jürgen Besprechung von Bartels, Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung, ZZP 125 (2012), 513 ff.
- Stamm, Jürgen Plädoyer für einen Verzicht auf den Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung – Zehn gute Gründe gegen dessen Einführung, IPRax 2014, 124 ff.
- Staudinger, Julius von Kommentar zum BGB, Berlin 1993 ff.
- Stehmann, Eckardt Zum rechtlichen Gehör in der Zwangsvollstreckung, Diss. Gießen 1973
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin Kommentar zur ZPO, 22. Aufl., Tübingen 2002 ff.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin Kommentar zur ZPO, 23. Aufl., Tübingen 2014 ff.
- Steiner, Anton Kommentar zum ZVG, 9. Aufl., München 1984/86
- Stern, Carl/Mittelstein, Kurt Die Miete, 4. Aufl., München 1932
- Stern, Klaus Staatsrecht, Band III/2, München 1994
- Stern, Klaus Staatsrecht, Band IV/1, München 2006
- Stern, Klaus/Becker, Christoph Grundrechtekommentar, Köln 2009
- Stöber, Kurt Kommentar zum ZVG, 20. Aufl., München 2012
- Stöber, Kurt Kommentar zum ZVG, 21. Aufl., München 2016
- Strasser, Christian Praxisprobleme bei der Zwangsvollstreckung aus einem europäischen Vollstreckungstitel, Rpfleger 2007, 249 ff.
- Strasser, Christian Exequaturverfahren nach der EuGVVO und europäischer Vollstreckungstitel – von der besonderen Verantwortung des Rechtspflegers in der Rechtspraxis, Rpfleger 2008, 547 ff.
- Stempel, Hans in: Hadding, Walther/Welter, Reinhard (Hg.), Realkredit und Grundstücksverkehr in Europäischen Ländern, Band 2, Stuttgart 1998, S. 137 ff.
- Stürmer, Michael Die Vollstreckung aus ausländischen Zivilurteilen nach der Brüssel I a-VO, DGVZ 2016, 215 ff.
- Stürner, Rolf Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99 (1986), 291 (303 f.).

- Stürner, Rolf* Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft in: Festschrift Serick, Heidelberg 1992, S. 377 ff.
- Stürner, Rolf* Grundprobleme des Hypothekenrechts im Spiegel nationaler Rechtswentwicklungen, in: *Lassen, Tim/Luckow, Andreas/Thurner, Mario* (Hg.), Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus – Eine Standortbestimmung zum XX. Workshop des runden Tisches Grundpfandrechte, Berlin 2016, S. 113 ff., S. 51 ff.
- Szafarz, Renata* Bericht zum polnischen Recht der Projektgruppe des European Private Law Forums des European University Institute in Florenz (EUI) »Real Property Law and Procedure in the European Union«, 2005, abrufbar unter: www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/ProjectRealPropertyLaw.aspx
- Tipke, Klaus/Kruse, Heinrich Wilhelm*, AO, FGO, Kommentar, Köln (Loseblatt)
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra* Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009
- Traichel, Christian* Die Reform des französischen Zwangsvollstreckungsrechts, Bielefeld 1995
- vdP* Verband Deutscher Pfandbriefbanken – Runder Tisch Grundpfandrechte, Online-Plattform
- Venandet, Guy/Ansel, Pascal/Henry, Xavier/Tisserand-Martin, Alice/Wiederkehr, Georges* Kurzkomentar zum Code civil, 118. Aufl., Paris 2015
- de Vries, Tina* Polen, in: *Derleder, Peter/Knops, Oliver/Bamberger, Heinz Georg* (Hg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 78, 2. Aufl., Berlin 2009
- Vollkommer, Max* Verfassungsmäßigkeit des Vollstreckungszugriffs, Rpfleger 1982, 1 ff.
- Walin, Gösta* u.a. Utsökningsbalken, Kommentar, 4. Aufl. Häftad 2009
- Walker, Wolf-Dietrich* Der einstweilige Rechtsschutz, Tübingen 1994
- Walter, Gerhard* Kaufrecht, Tübingen 1987
- Wedekind, Leif Holger/Wedekind, Katrin* Zwangsverwaltung, Köln 2011
- Weitz, Karol* Probleme der Vollstreckung aus polnischer Sicht, in: *Kengyel, Miklós/Harsági, Viktória* (Hg.), Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union, München 2011
- Wenner, Markus/Czarnowska, Bogumila/Gralla, Erhardt* in: *Breidenbach, Stephan* (Hg.), Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa, Band 2, Polen, PL 250, München 2015
- Westermann, Harry* Sachenrecht, 5. Aufl., Heidelberg 1966
- Wetzell, Georg Wilhelm* System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl., Leipzig 1878
- Wieacker, Franz* Bodenrecht, Hamburg 1937
- Wiertsema, J. W./Bremer, H. E.* Het wetsvoorstel ter bevordering van de toegankelijkheid en transparantie van de executoriale verkoop van onroerende zaken, Vastgoed Fiscaal & Civiel 18 (2013), Heft 6, S. 6 ff.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf* Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Berlin 1994 ff.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf* Kommentar zur ZPO, 4. Aufl., Berlin 2012 ff.
- Wieling, Hans Josef* Sachenrecht, 5. Aufl., Berlin 2007
- Wieling, Hans Josef* Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Berlin 2006
- Wilhelm, Jan* Sachenrecht, 5. Aufl., Berlin 2016
- Wilhelmi, Walter/Vogel, Hermann* Kommentar zum ZVG, 5. Aufl., München 1959
- Wißmann, Hinnerk* Grundfälle zu Art. 13 GG, JuS 2007, 324 ff.

- Wolber, Johannes* Schuldnerschutz im Europäischen Zwangsvollstreckungsrecht, Tübingen 2015
- Wolf, Ernst* Sachenrecht, 2. Aufl., Köln 1979
- Wolff, Martin/Raiser, Ludwig* Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957
- Wolff, Theodor* ZVG, 3. Aufl., Berlin 1909
- Wolfsteiner, Hans/Stöcker, Otmar* Nicht-akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa, DNotZ 1999, 451 ff.
- Wondraschek, Artur* Die Säumnis des Zahlungspflichtigen im deutschen und österreichischen Immobiliervollstreckungsrecht, Leipzig 1931
- Wouters, E. M. J. H.* Het wetsvoorstel Executieveilen: een verbeterden ten opzichte van de huidige praktijk?, Schijndel 2013
- Wowerka, Arkadiusz* Sicherungs- und Zwangsvollstreckungsverfahren aus dem Zivilgesetzbuch, Regensburg 2013
- Zadworny, Mathias* Zwangsversteigerungsverfahren in Polen – ein Rechtsvergleich, Rpfleger 2012, 4 ff.
- Zembala, Maximilian* Die Akzessorietät der polnischen Hypothek, Osnabrück 2016
- Zöller, Richard* Kommentar zur ZPO, 31. Aufl., Köln 2016

Hamburg, den 19. April 2017

(Prof. Dr. Klaus Bartels)

(Marie-Louise Noll)