

## Plädoyer zur Abschaffung des § 181 Abs. 1 ZVG

Von Dr. Peter Bothe, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht, Fachanwalt für Erbrecht, Singen

Zur Einleitung einer Teilungsversteigerung ist ein Titel nicht erforderlich, und sie erfolgt, einigen sich die Teilhaber nicht anders gemäß § 59 ZVG, grundsätzlich und allein zu den vollstreckungsrechtlichen Bedingungen des ZVG. Diese gehen aber an den materiellen Verpflichtungen im Innenverhältnis solcher Liquidationsgemeinschaften regelmäßig vorbei, weshalb der Verfasser es für geboten hält, diese Verpflichtungen vorab im ordentlichen Verfahren klären zu lassen und dementsprechend einen Duldungstitel zu verlangen, der dem Einzelfall sachgerecht individualisierte Versteigerungsbedingungen vorgibt.

I. Ausgangsfall: V stirbt verwitwet im Pflegeheim und wird nach Gesetz beerbt von seinen Söhnen A und B. Er hinterlässt ein Girokonto, das die Beerdigungskosten deckt, ferner ein Grundstück mit Einfamilienhaus Baujahr 1970, seit seinem Wechsel ins Heim kostenfrei bewohnt vom – ledigen, verschuldeten – Sohn B. Seine bewegliche Habe war anlässlich des Umzugs ins Heim entsorgt worden bis auf einen restaurierten Barockschrank, der im Haus verblieb. Im Grundbuch steht eine 1970 bestellte fällige Grundschuld für die C-Bank über 250.000 DM nebst einmaliger Nebenleistung von 5 % sowie 18 % Jahreszins, letzterer fällig per Jahresende. Das ehemals gesicherte Darlehen valutiert nicht mehr. A tritt auf B zu wegen Auseinandersetzung des Nachlasses und schlägt vor, Schrank und Immobilie bestmöglich zu verkaufen und den Erlös zu teilen. B lehnt alles ab: So billig könne er nie wieder wohnen und der Schrank sei ihm ans Herz gewachsen.

II. Schrank und Grundstück sind Eigentum einer Erbengemeinschaft. Gemäß § 2042 Abs. 1 BGB kann A jederzeit deren Auseinandersetzung verlangen, die Teilung. Zum Zweck der Herbeiführung von Teilungsreife geben die §§ 2042 Abs. 2, 753 BGB, soweit die Nachlassgegenstände sich nicht „in Natur“ teilen lassen, §§ 2042 Abs. 2, 752 BGB, oder keine einvernehmlich-gemeinschaftliche Verfügung über sie getroffen wird, den Anspruch auf „Verkauf“.

Denn der historische Gesetzgeber hat bei Konzeption der §§ 749 ff BGB die Adjunktion des römischen Rechts – Teilung nach billigem Ermessen des Richters durch Gestaltungsurteil<sup>1</sup> – verworfen: sie sei unzuverlässig, mit aufwendiger Tatsachenermittlung verbunden, bringe im Zweifel unangemessene Ergebnisse und sei insgesamt „eine Aufgabe, deren befriedigende Lösung fast nur zufällig gelingen kann“.<sup>2</sup> Gefolgt ist er dem Vorbild der §§ 87 bis 90 I 17 ALR, dem Anspruch eines jeden Teilhabers auf den öffentlichen Verkauf, damit „die untheilbare Sache durch Versteigerung ... ins Geld gesetzt“<sup>3</sup> werde. Begründung hierzu:

*„Wenn jeder Theilhaber die Befugniß hat, die Theilung des gemeinschaftlichen Gegenstandes zu verlangen und damit eine völlige Umgestaltung der Rechte der anderen Theilhaber herbeizuführen, so hat das Gesetz Sorge zu tragen, daß durch solche Umgestaltung das Interesse aller Theilhaber keine erhebliche Beeinträchtigung erleidet und daß zugleich kein Theilhaber vor dem anderen begünstigt wird.“<sup>4</sup>*

Ein solcher Verkauf geschieht nach § 753 Abs. 1 S. 1 BGB im Fall von Grundstücken durch „Zwangsversteigerung“, bei sonstigen Gegenständen „nach den Vorschriften über den

Pfandverkauf“. A kann von B zur Vorbereitung ihrer Auseinandersetzung also verlangen: (a) Verkauf des Schanks und (b) Versteigerung des Grundstücks.

III. Für den Verkauf des Schanks gelten die §§ 1233 ff BGB.<sup>5</sup> Danach ist für alle Gegenstände, die keinen Börsen- oder Marktpreis haben, §§ 1235 Abs. 2, 1221 BGB, die öffentliche Versteigerung zu bewirken. Liefern die Miterben ihren Gegenstand dem Versteigerer, also dem Gerichtsvollzieher, § 383 Abs. 3 BGB, gemeinschaftlich ein, so bedarf es zur Versteigerung eines Titels nicht.<sup>6</sup> Verweigert sich, wie in unserem Fall, einer der Miterben dem Verkauf grundsätzlich, so muss er auf Einwilligung in den Pfandverkauf bzw. dessen Duldung<sup>7</sup> verklagt werden; gegebenenfalls verbunden mit dem Antrag aus § 1231 BGB, die Sache an den Gerichtsvollzieher herauszugeben.<sup>8</sup>

Ist diese Verpflichtung durch das Prozessgericht festgestellt, kann aus Zweckmäßigkeitserwägungen nach Maßgabe der §§ 1246 BGB, 410 Nr. 4 FamFG eine abweichende Art des Verkaufs gerichtlich angeordnet werden (sachliche Zuständigkeit: Amtsgericht, § 23 a Abs. 1 Nr. 4 GVG; örtlich: § 411 Abs. 4 FamFG, Belegenheit der Sache; funktionell: Rechtspfleger, § 3 Nr. 1 b RPfFG). Billigem Ermessen im Sinne des § 1246 BGB entspricht eine solche Anordnung insbesondere, wenn hierdurch ein höherer Preis zu erwarten ist als bei öffentlicher Versteigerung. Angeordnet werden kann namentlich der freihändige Verkauf,<sup>9</sup> siehe näher bei § 385 BGB. (Wird der Weg gemäß den §§ 1233 Abs. 2 BGB, 814 ff ZPO gewählt, ergibt sich eine entsprechende Befugnis des Vollstreckungsgerichts aus § 825 ZPO; die Möglichkeiten nach BGB und ZPO unterscheiden sich letztlich nicht.<sup>10</sup>)

IV. Betreffend die Verwertung einer Immobilie kennt das Sachenrecht einen analogen Anspruch; es ist derjenige aus § 1147 BGB, gerichtet auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Auch hierzu ist grundsätzlich ein Titel erforderlich, „denn jede Zwangsvollstreckung setzt einen sie

1) Näher Staudinger/Eickelberg, BGB, Bearb. 2015, § 749 Rn 4.

2) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899 (Neudruck 1979), Band II S. 883 – Motive.

3) § 94 I 17 ALR.

4) Motive, wie Fn 2, S. 882 f.

5) MüKo/Schmidt, BGB, 6. Aufl. 2013 § 753 Rn 13.

6) Damrau, Druck bei der Erbauseinandersetzung durch Pfandverkauf, ZEV 2008, 216 (218 zu 3.1.1).

7) Staudinger/Eickelberg, wie Fn 1, § 753 Rn 29.

8) Damrau, ZEV 2008, 216 (219 mit Formulierungsbeispiel für den Klagantrag).

9) BayObLG Rpfleger 1983, 393; Keidel/Giers, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 410 Rn 14.

10) Staudinger/Eickelberg, wie Fn 1, § 753 Rn 29 aE.

rechtfertigenden Vollstreckungstitel voraus<sup>11</sup>. Einen solchen Titel erwirbt der Anspruchsinhaber im ordentlichen streitigen Verfahren, der Klagantrag, wenn es nur um den Auseinandersetzungsanspruch geht, hierbei zu richten auf „Duldung der Zwangsversteigerung zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft“<sup>12</sup>. Denn materiellrechtlich besteht aufgrund der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 BGB keine Verpflichtung der Miteigentümer untereinander, einem Freihandverkauf zuzustimmen<sup>13</sup> (und fatalerweise kann, anders als bei Fahrnis und Forderungen, die alternative Verwertung durch Freihandverkauf in der Folge auch nicht gerichtlich angeordnet werden, denn eine den §§ 1246 BGB, 825 Abs. 1, 844 Abs. 1 ZPO entsprechende Regelung<sup>14</sup> fehlt).

Ein solcher Prozess wäre eine wohlsortierte Angelegenheit. Wer die Verwertung mittels Versteigerung erstrebt, hätte Klage einzureichen gegen den unwilligen Miteigentümer<sup>15</sup>, der Beklagte verteidigte sich gegebenenfalls mit materiellen Einwendungen, seien sie erb-,<sup>16</sup> seien sie familienrechtlicher,<sup>17</sup> seien sie allgemeiner<sup>18</sup> Natur;<sup>19</sup> im Bedarfsfall griffe er zur Widerklage, gerichtet auf Abgabe von Erklärungen gegenüber Bank oder Grundbuchamt, um hinderliche Eintragungen zu beseitigen oder zu entschärfen, und je nachdem, wie der Prozess ausgeht, findet Versteigerung des Grundstücks zum Zweck der Versilberung (und zu näher definierten Versteigerungsbedingungen) statt oder auch nicht.

V. Das Gesetz ordnet indessen ein abgekürztes Verfahren an. § 181 Abs. 1 ZVG besagt: „Ein vollstreckbarer Titel ist nicht erforderlich.“ Die Erwägungen hierzu finden sich in der Denkschrift dargelegt:<sup>20</sup>

„Der letzte im dritten Abschnitte geregelte Fall betrifft die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft. Nach den meisten Landesgesetzen ist in diesem Falle zur Einleitung des Verfahrens, ebenso wie bei der Zwangsvollstreckung, die Beibringung eines vollstreckbaren Titels erforderlich, welcher die Verpflichtung der anderen Miteigentümer, sich die Theilung im Wege der Zwangsversteigerung gefallen zu lassen, feststellt. Der Entwurf (§ 176 Abs. 1) verneint mit dem Preuß. Gesetze (§ 180 Abs. 3) das Bedürfnis einer solchen Regelung, da die Frage, ob die Theilung zulässig ist, nur selten zwischen den Beteiligten streitig sein wird, die Nöthigung zur vorgängigen Beschreitung des Prozesswegs also in den weitaus meisten Fällen auf eine überflüssige und für die Beteiligten kostspielige Formvorschrift hinauslaufen würde. Es kann vielmehr dem Theilhaber, der die Unzulässigkeit der Theilung behauptet, unbedenklich überlassen bleiben, seinerseits gegen den Antragsteller auf Grund des § 690 der Civilprozessordnung<sup>21</sup> Klage zu erheben. Ergibt sich übrigens die Thatsache, dass die Theilung ausgeschlossen ist, aus dem Grundbuche, so hat das Vollstreckungsgericht das Verfahren von Amtswegen aufzuheben (§ 28).“

Zusammengefasst: Der Anspruch auf Zwangsverkauf gemäß § 753 BGB ist derart eindeutig, dass für die seltenen streitigen Fälle das Prozessrisiko auf den Gegner überwältigt werden kann.

Mit dieser gesetzgeberischen Weichenstellung findet sich der Anspruchsgegner in der prozessualen Rolle eines Schuldners,

gegen den ein Duldungstitel vollstreckbar vorliegt. Gemessen an derjenigen eines Beklagten im Erkenntnisverfahren, ist diese Rolle deutlich weniger komfortabel ausgestattet. Namentlich werden die Möglichkeiten, sich gegen die Versteigerung, sei es prinzipiell, sei es im Hinblick auf das starre Korsett ihrer gesetzlichen Ausführungsbedingungen im Einzelpunkt, zu wehren, nunmehr vom achten Buch der Zivilprozessordnung und, über § 869 ZPO, dem ZVG als dessen quasi Untermenü bestimmt. Im krassen Gegensatz zur grundsätzlich passiven Beklagtenrolle im Erkenntnisverfahren ist dem Anspruchsgegner hierdurch aufgenötigt, sämtliche materiellen Einwendungen und Schutzmechanismen durch aktiv – und zumal mit eigenen Kostenvorschüssen – angebrachte Anträge und Rechtsbehelfe geltend zu machen. Es ist dies ein vollstreckungsspezifisch bunter (in der Praxis aber regelmäßig kaum behelflicher) Strauß, bestehend aus einfacher Erinnerung, befristeter Rechtspflegereinsetzung, sofortiger Beschwerde, Anträgen auf einstweilige Einstellung – mit ihren sehr kurzen Ausschlussfristen – bzw. aus § 765 a ZPO, „Zuschlagsanfechtung“ nach §§ 96 ff ZVG, Widerspruch nach § 115 ZVG, Widerspruchsklage nach §§ 876 ff ZPO, ferner Drittwiderspruchsklage, unechter Drittwiderspruchsklage,<sup>22</sup> letztere verbunden mit der Verschärfung, dass Aussetzung des Versteigerungsverfahrens wegen Voreiligkeit eines solchen ordentlichen Prozesses nicht stattfindet.<sup>23</sup>

Hinzu kommt die ganz generell eingeschränkte Wirksamkeit von Billigkeitserwägungen. Der BGH hat es gelegentlich dahin auf den Punkt gebracht, dass

- 11) MüKoll/Eickmann, BGB, 6. Aufl. 2013, § 1147 Rn 6.
- 12) Staudinger/Eickelberg, wie Fn 1, § 749 Rn 14, § 753 Rn 27 für den Fall, dass der Teilhaber Klage erheben will, „um einem befürchteten Widerspruch vorzuzukommen oder um das Hindernis eines eingetragenen Aufhebungsauschlusses zu überwinden“; zum Streitgegenstand MüKoll/Schmidt, wie Fn 5, § 749 Rn 41.
- 13) Das LG Stuttgart schreibt FamRZ 2007, 1034 (1035) in bündiger Kürze: „Dass die Kl. einem freihändigen Verkauf oder einem Verkauf an die Bekl. nicht zustimmen will, ist ihr gutes Recht.“ Ausnahme: Die Veräußerung einer von mehreren Nachlassimmobilien, BGHZ 164, 181 = NJW 2006, 439; siehe näher Rißmann/Rißmann, Die Erbengemeinschaft, 2. Aufl. 2013, § 4 Rn 67.
- 14) Ebenso §§ 65 Abs. 1, 55 ZVG für die Nebenversteigerung von Zubehör.
- 15) Streitwert: das wirtschaftliche Interesse an der Auseinandersetzung, also aufernd der Quote, siehe Zöller/Herget, ZPO, 31. Aufl. 2015, § 3 Rn 16, Stichwort „Erbrechtliche Ansprüche“.
- 16) Aus §§ 2043, 2044 Abs. 1 S. 1, 2045 (mit 1970-1974, 2061) BGB; § 751 mit § 2042 Abs. 2 BGB; Testamentsvollstreckung; Teilungsanordnung/Vorausvermächtis; oder der Einwand, der Anspruchsteller strebe gar nicht die Gesamtaus- einander- setzung des Nachlasses an: siehe OLG Oldenburg NJW-RR 2014, 782 (783) mwN.
- 17) Übernahmerecht aus § 1477 Abs. 2 BGB; § 1365 Abs. 1 BGB.
- 18) Vorrang der Realteilung oder der Übernahme eines Bruchteils; Treu- bzw. Sittenwidrigkeit, namentlich Versteigerung zur Unzeit, ggf. wegen Kindeswohlgefährdung usw.
- 19) Zusammenfassung bei Stöber, ZVG-Handbuch, 9. Aufl. 2010, Rn 708.
- 20) Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 5: Materialien zu ZVG und GBO, 1897 (Neudruck 1983), Seite 69 – Denkschrift. Die Gesetzgebungsgeschichte findet sich umfassend dargestellt in BGHZ 197, 262 = NJW-RR 2014, 149 (150 fTz 14).
- 21) Der heutige § 771 ZPO, der Text ist insgesamt unberührt geblieben.
- 22) Unter Miterben im Falle der Teilungsversteigerung: §§ 768, 771 ZPO analog, siehe Hamme, Die Teilungsversteigerung, 5. Aufl. 2015, Rn 31; OLG Oldenburg NJW-RR 2014, 782; OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 1221 betreffend Kostenentscheidung. Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO ist in der Teilungsversteigerung nicht möglich, siehe Stöber, ZVG, 20. Aufl. 2012, § 95 Rn 3.2 (da es aufgrund § 181 Abs. 1 ZVG ja an einem Urteil fehlt).
- 23) Denn „in der Vollstreckung“ soll es „an der für § 148 ZPO wesentlichen Abhängigkeit vom Bestehen oder Nichtbestehen eines anderen Rechtsverhältnisses“ fehlen, siehe im einzelnen Stöber, ZVG, 20. Aufl. 2012, Einl. Rn 27. Für die Situation, dass kraft Gesetzes ein Erkenntnisverfahren gleich ganz erspart blieb, kann dies Argument aber kaum gelten.

„in V  
billig  
offen

ein Sat  
wäre, f  
ren abe

Diese  
gerung  
durch  
bezeich  
steigert  
1 BGE  
– im Z  
schafte  
Buchs  
cken, e  
prinzip  
verhelf

„Da  
eine  
Prob  
mit  
Elen  
rigku

Dass  
prozes  
insbes  
ziell  
Recht  
damit  
Schni  
sion u  
gemäß  
in ein  
reiche  
und  
wäre.

VI. D  
zum  
Denk  
chun  
gung

• An  
nal  
licl  
• Gr  
un

Das  
weile

VII.  
Teilt  
auch

„in Versteigerungsfällen mehr oder weniger Härten und Unbilligkeiten fast immer unvermeidbar und vom Gesetzgeber offenbar in Kauf genommen worden sind.“<sup>24</sup>

ein Satz, der über das Erkenntnisverfahren völlig undenkbar wäre, für das hochgradig formalisierte<sup>25</sup> Vollstreckungsverfahren aber naturgemäß stringenter ist.

Diese Weichenstellung ist es letztlich, die das Teilungsversteigerungsverfahren zu dem „Albtraum“<sup>26</sup> macht, bzw. „kaum zu durchdringenden Rechtsgebiet“,<sup>27</sup> wie es die Praktiker unisono bezeichnen. Denn der materiell-rechtliche Anspruch auf Versteigerung eines Grundstücks „teilungshalber“<sup>28</sup>, § 753 Abs. 1 BGB, der in seinen Einzelheiten bestimmt wird durch die – im Zweifel kontroverse – Interessenlage unter den Gemeinschaftern, ist unter den prozessualen Bedingungen des achten Buchs der ZPO auszustreiten, die ihrerseits aber nur bezwecken, einem Gläubiger aufgrund vollstreckbaren Titels – also prinzipiell geklärt Rechtslage – effizient zu seinem Gelde zu verhelfen.<sup>29</sup> Stöber schreibt zu dieser Verquickung sehr treffend:

„Das Immobilienvollstreckungsrecht zeichnet sich durch eine Häufung schwierigster rechtlicher und wirtschaftlicher Probleme aus. (...) Die Vermischung von Prozessgrundsätzen mit stark ausgeprägtem Formzwang und sachenrechtlichen Elementen bereitet den Verfahrensbeteiligten vielfach Schwierigkeiten.“<sup>30</sup>

Dass dies alles auch im Lichte von Rechtsschutzgleichheit, prozessual gleichmäßiger Risiko- und Kostenverteilung,<sup>31</sup> insbesondere gleicher Beschwerdemöglichkeit,<sup>32</sup> ganz prinzipiell so nicht funktionieren kann, hat die Entwicklung der Rechtsprechung und der Rechtstatsachen zum Überdruß aller damit Befasster gezeigt. Dogmatische Detailprobleme anderer Schnittstellen sind zudem bis heute ungelöst, etwa die Diskussion um die Einstellungsanträge wegen Kindeswohlgefährdung gemäß § 180 Abs. 3 ZVG: Hier entscheidet der Rechtspfleger in einer Verfahrensart, bei der Glaubhaftmachungsmittel ausreichen, über eine Materie, die unter Richtervorbehalt steht<sup>33</sup> und nach FamFG im Wege der Amtsermittlung zu klären wäre.<sup>34</sup>

VI. Der Anspruch eines jeden Teilhabers auf Zwangsverkauf ist zum einen so eindeutig und unbestreitbar nicht mehr, wie die Denkschrift es noch voraussetzte. Denn die BGH-Rechtsprechung hat seit den frühen siebziger Jahren aus Billigkeitserwägungen

- Ansprüche auf Realteilung zugelassen,<sup>35</sup> die der Adjunktion nahekommen, wie sie der historische Gesetzgeber ausdrücklich verworfen hatte, ferner
- Grundstücksgemeinschaften auch schon einmal als generell unaufhebbar angesehen.<sup>36</sup>

Das ist sehr kritisch besprochen worden,<sup>37</sup> muss aber mittlerweile als verfestigt angesehen werden.<sup>38</sup>

VII. Gemessen an seinem Zweck enthält das Verfahren der Teilungsversteigerung überdies einen Konstruktionsfehler, der auch dem Anspruchsteller im Einzelfall nur Steine statt Brot

gibt. Er betrifft das Problem der Grundschulden, und auch die Diskussion dieses Punkts ist bemerkenswerterweise erst neueren Datums.

Die Denkschrift rechtfertigt § 182 Abs. 1 ZVG, wonach der Erwerber alle Rechte zu übernehmen hat, die den Anteil des Antragstellers belasten, wie folgt:

„Sie müssen bestehen bleiben, weil jeder Miteigentümer seinen Anteil nur unbeschadet der darauf haftenden Rechte veräußern kann.“<sup>39</sup>

will sagen: Die Versteigerung ersetzt zwar den „Verkauf“ im Sinne des § 753 Abs. 1 S. 1 BGB, der gegen den Unwilligen erzwungen werden muss, sie soll indessen keine Besserstellung gegenüber einem Freihandverkauf bewirken. Denn in diesem Fall müssten die Eigentümer ja ebenfalls mit dem Erwerber übereinkommen, ob Rechte bestehen bleiben und übernommen oder ob sie abgelöst werden sollen oder gelöscht werden können.

Unproblematisch ist in diesem Licht z. B. die Versteigerung eines unbelasteten Bauplatzes in begehrter Lage: Antrag, Wertermittlung, Versteigerungstermin, der Saal voller Interessenten, Zuschlag erfolgt nach Bieterschlacht zu einem schönen Preis, den das Vollstreckungsgericht nach Abzug seiner Kosten hinterlegt, und die Erben streiten sodann – andernorts – über die Erlösverteilung weiter.

24) BGH NJW 1972, 818 (819); siehe auch BVerfG NJW 1976, 1391 (1392 zu II 1): „Das Verfahren hat rein instrumentalen Charakter.“

25) Hamme, wie Fn 22, Rn 30.

26) Kogel, FamRB 2003, 403 (I); 2004, 26 (II) und 2004, 55 (III).

27) Hamme, wie Fn 22, Vorwort zur 1. Auflage (S. 7); auf dem hinteren Deckel: „Buch mit sieben Siegeln“; dazu auch Bothe, Die Teilungsversteigerung, 2016, § 1 Rn 1 bis 20.

28) Denkschrift, wie Fn 20, S. 69.

29) Beobachtung aus der Praxis: Die Rechtspfleger behandeln in Teilungsfällen, wohl ein Reflex aus den Forderungsversteigerungen, die Banken mit gleichsam kollektiver Zworkommenheit und die Hauptparteien wie den letzten Vollstreckungsschuldner.

30) Wie Fn 22, Einl. Rn 5.

31) Zöller/Vollkommer, wie Fn 15, Einl. Rn 102.

32) „Waffengleichheit“, OLG München NJW-RR 2015, 33 (34 zu II 1 a aa).

33) § 14 Abs. 1 Nr. 7 RPfG.

34) Im Einzelnen Bötcher, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 180 Rn 77; Dassler/Schiffhauer/Hintzen, ZVG, 15. Aufl. 2016, § 180 Rn 94.

35) BGHZ 58, 146 = NJW 1972, 818 (Klage gegen den Antrag aus § 180 ZVG: das Objekt, ein „Fremdenheim“, hätte ledigen Töchtern des Erblassers als Versorgung dienen sollen und wäre nach klägerischer Behauptung problemlos in zwei Parzellen teilbar gewesen); BGHZ 68, 299 = NJW 1977, 1234 (Teilungsversteigerungsantrag ist unzulässige Rechtsausübung und es besteht ein Anspruch auf Übertragung des Bruchteils, wenn der betreibende Ehegatte diesen Bruchteil „ohne nennenswerte Gegenleistung“ in der Ehe erhalten hatte); BGH NJW-RR 2005, 308 (beabsichtigte Versteigerung von Büroflächen einer zerstrittenen Sozietät von Rechtsanwälten; anders OLG Hamm NJW-RR 2001, 245 betreffend klageweise begehrte Zuweisung eines Telefonanschlusses in zerstrittener Sozietät von Rechtsanwälten: dieser könne auch unter den Parteien versteigert werden); zusammenfassend Bothe, wie Fn 27, § 1 Rn 32 und 33.

36) OLG Frankfurt vom 30.11.2006 zu 16 U 34/06 = DSzR 2007, 868 (versuchte Teilungsversteigerung einer Privatstraße, die mehreren Grundstücken als alleinige Zufahrt diente), gehalten von BGH NJW-RR 2008, 612.

37) Nachweise bei Staudinger/Eickelberg wie Fn 1, § 749 Rn 4 und 40.

38) Storz/Kiderlen z. B. führen das bereits als kanonisierte Ausnahmen, siehe Praxis der Teilungsversteigerung, 5. Aufl. 2011, A 1.5: „Kann eine Teilungsversteigerung verhindert werden?“ In diesem Sinne auch Wever, FamRZ 2008, 1485 (1487 f)

39) Denkschrift, wie Fn 20, S. 69.

Für den in der Praxis mittlerweile häufigen Fall, dass eine Sicherungsgrundschuld im Grundbuch steht, gleich ob das gesicherte Darlehen voll oder teils oder gar nicht mehr valutiert, ordnet das Gesetz indessen Versteigerungsbedingungen an, die das Objekt regelmäßig unverkäuflich machen: Ins geringste Bargebot (§ 49 Abs. 1 ZVG) fallen wiederkehrende Leistungen (§§ 12 Nr. 2, 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG), die „nach dem Inhalte des Grundbuchs zu entrichten sind“ (§ 45 Abs. 2 ZVG), unterschieden in laufende (§ 13 Abs. 1 S. 1 ZVG) und rückständige (§ 13 Abs. 1 S. 2 ZVG). Die laufenden werden ohne Anmeldung, von Amts wegen ins geringste Bargebot eingestellt. Als laufende Beträge bestimmt § 13 Abs. 1 S. 1 ZVG (a) den letzten vor der Beschlagnahme fällig gewordenen Betrag sowie (b) die später fällig werdenden Beträge. Als Fortschreibung des Ausgangsfalls:

A stellt Versteigerungsantrag, Beschlagnahmewirkung zum 30.12.2014. Das Gericht ordnet die Wertermittlung an. B lässt den Gutachter nicht ins Haus. Der Sachverständige ermittelt aus amtlichen Baugenehmigungsunterlagen und aufgrund äußerlichen Besichts, unter Hervorhebung des ramponierten Allgemeinzustands einen Wert von 130.000 €. Versteigerungstermin wird bestimmt auf den 16.6.2016. Die C-Bank verhält sich still. Verfahrenskosten: 4.000 €.

Dies bedeutet für das geringste Gebot: (a) Zu übernehmende Grundschuld, § 182 Abs. 1 ZVG: 250.000 DM = 127.823 €. (b) Kosten: 4.000 €. (c) Bargebotszins, kraft Gesetzes ins Mindestbargbot einzustellen, zu errechnen wie folgt:<sup>40</sup> Letzte Fälligkeit vor der Beschlagnahme: 31.12.2013 für das Jahr 2013, sodann fortlaufend ab 1.1.2014 bis 30.6.2016 (§ 47 S. 1 ZVG) zweieinhalb Jahre, zusammen dreieinhalb Jahre à (18 % aus 127.823 € =) 23.008 € p.a. = 80.528 €. Das geringste Gebot beläuft sich somit auf eine Summe von (127.823 € Kapital + 4.000 € Kosten + 80.528 € dingliche Zinsen =) 212.351 €, hiervon bar zu zahlen 84.528 €. Zu diesen Bedingungen wird im Termin kein Gebot erfolgen und das Verfahren insgesamt ergebnislos enden; vergeblich aufgewendete Kosten für A als Antragsteller: 4.000 €.

VIII. Um überhaupt Bedingungen zu schaffen, die eine Versteigerung als aussichtsreich erscheinen lassen, müsste in diesem Fall die Grundschuld gelöscht werden. Denn es wäre bei Objektwert von 130.000 € und einem geringsten Gebot von (127.823 € Grundschuldbetrag + 4.000 € Kosten =) 131.823 € selbst dann kein Gebot zu erwarten, wenn die Bank rückständige Zinsen nicht anmeldete<sup>41</sup> und auf die laufenden ausdrücklich verzichtete – sogenannte „Minderanmeldung“. Berechtigt hierzu wäre sie.<sup>42</sup> (Ob sie verpflichtet sein kann, ist allerdings ganz und gar ungeklärt.)

Der Rückgewähranspruch gegen die Bank aufgrund erledigten Sicherungszwecks steht den Grundstückseigentümern gemeinschaftlich zu, hier also A und B in Erbengemeinschaft. Rückgewähr kann rechtstechnisch erfolgen<sup>43</sup>, entweder durch Übertragung des Rechts, also rangwahrende Abtretung an die Sicherungsgeber nach Maßgabe der §§ 873, 1154, 1192 Abs. 1 BGB, oder Verzicht, §§ 1168, 1192 Abs. 1 BGB, womit ebenfalls ein rangwahrendes Eigentümerrecht entsteht, oder Aufhebung, §§ 875, 1183, 1192 Abs. 1 BGB: mit Erklärung

gegenüber dem Grundbuchamt erlischt das Recht und der Rang ist perdu.

Der Sicherungsgeber kann wählen, welche Form der Rückgabe er verlangen will.<sup>44</sup> Im ersten Schritt wäre dies also unter den Miteigentümern zu beschließen.<sup>45</sup> Im Interesse des A liegt allein die Aufhebung,<sup>46</sup> denn selbst wenn aufgrund Abtretung oder Verzichts ein – nunmehr – Eigentümerrecht der Erbengemeinschaft über 250.000 DM nebst Zins und Nebenleistung im Grundbuch verbliebe, wäre der Versteigerungsversuch immer noch hoffnungslos. Im Interesse des B liegt nichts dergleichen; diesem kommt die Blockade zugute.

Ein Anspruch auf Löschung im Verhältnis zwischen Gesamtgläubigern des Rückgewähranspruchs ist durch vereinzelte Rechtsprechung anerkannt und wäre durchzusetzen im ordentlichen Rechtsweg. Das OLG Schleswig<sup>47</sup> hat argumentiert, bei einem festgestellten Verkehrswert von 50.000 € sei angesichts bestehenbleibender Grundschuld über 40.903 € kein Gebot zu erwarten; rechtstechnisch eleganter zuvor das LG Stuttgart: Entständen nach einer – zum Zweck des Arguments fiktiv angenommener – Zerlegung der Miteigentümergrundschuld gleichrangige Alleineigentümergrundschulden, hätte jeder gegen den anderen einen Lösungsanspruch aus § 1179 a Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>48</sup> Das OLG Hamburg ist dem in einer neueren Entscheidung entgegengetreten:

*„Die Weigerung des Antragsgegners, die Grundschulden löschen zu lassen, war auch nicht pflichtwidrig oder rechtsmissbräuchlich, sondern auf Basis der Sicherungsabrede erlaubt. Wie dargestellt existiert gerade keine rechtliche Verpflichtung der Vertragspartner entsprechender Sicherungsabreden, nicht mehr valutierende Grundschulden ausschließlich durch Löschung der Grundschulden und (...) anschließendem finanziellen Ausgleich zu realisieren.“<sup>49</sup>*

Gäbe man im Innenverhältnis der Teilhaber einen solchen Anspruch auf Versteigerung eines möglichst unbelasteten Grundstücks generell, so entstünde zudem aufgrund der starren gesetzlichen Versteigerungsbedingung des § 85 a ZVG

40) Berechnungsbeispiele bei Clemente, *Recht der Sicherungsgrundschuld*, 4. Aufl. 2008, Rn 821; Storz/Kiderlen, wie Fn 38, A 4.2.

41) Siehe §§ 45 Abs. 2 Var. 2, 13 Abs. 1 S. 2 ZVG. Ein etwaiger Verzicht auf rückständige Zinsen und Nebenleistungen richtet sich nach § 1178 Abs. 2 BGB.

42) Hierzu Stöber, wie Fn 22, § 45 Rn 7; Böttcher, wie Fn 34, §§ 44, 45 Rn 45; Storz/Kiderlen, wie Fn 38, Taktischer Hinweis 4.9.1 (Seite 87); Gabeldiel/Gladenbeck, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 9. Aufl. 2011, Rn 1161 f; ein Recht zur Minderanmeldung bestreitet generell Clemente, wie Fn 40, Rn 593.

43) Siehe im einzelnen BGH NJW-RR 1994, 847 (848).

44) Staudinger/Wolfsteiner, *BGB*, Bearb. 2015, Vorbem. zu §§ 1191 Rn 164.

45) BGHZ 187, 169 = NJW-RR 2011, 164.

46) Alternativ als Umweg: Abtretung an die Gemeinschaft nebst Erteilung einer Lösungsabwilligung, hernach gemeinschaftlicher Lösungsantrag nebst Zustimmung, § 27 GBO.

47) OLG Schleswig FamRZ 2012, 1567 (1568).

48) OLG Stuttgart FamRZ 2007, 1034 mit Anm. Wever, FamRZ 2008, 1485 (1486 f). Der Fall betraf eine Bruchteilsgemeinschaft bei geschiedener Ehe. Bei Gesamthandsgemeinschaften wie der Erbengemeinschaft kann das Argument allerdings nicht greifen, da kein Zerlegungsanspruch besteht.

49) OLG Hamburg FamRZ 2015, 1962 (1963 f) mit Anm. Kogel, FamRB 2016, 122.

50) Die 7/10-Grenze gemäß § 74 a Abs. 1 S. 1 ZVG kommt für die Miteigentümer in der Teilungsversteigerung regelmäßig nicht zum Tragen, siehe Storz/Kiderlen, wie Fn 38, C 8.2.2.3.

- für Miteigentümer sowie außenstehende Schnäppchenjäger gemäß Abs. 1 die Option, im ersten Termin für 5/10<sup>50</sup> und im zweiten Termin (Abs. 2 Satz 2) nur noch für einen Betrag jenseits der Verschleuderungsgrenze<sup>51</sup> zu erwerben,
- und für jeden Miteigentümer das spiegelbildliche Risiko, entsprechenden Wertverlust zu erleiden.

Als Fortschreibung des Ausgangsfalls:

A verklagt B erfolgreich auf Beseitigung der Grundschuld. Im ersten Termin des anschließenden Versteigerungsverfahrens bietet er – als einziger Interessent – für die nun unbelastete Immobilie bare 60.000 € bei festgesetztem Wert von 130.000 €. Der Zuschlag wird gemäß § 85 a ZVG versagt.<sup>52</sup> Im zweiten Termin bietet er, wiederum als einziger, 44.000 €, also etwas mehr als 1/3 des Verkehrswerts. Ihm wird der Zuschlag erteilt. Nach Abzug der Kosten von 4.000 € hinterlegt das Gericht 40.000 € zugunsten der Erbengemeinschaft.

Das gesetzliche Gebot des § 753 BGB an den Anspruchsgegner lautet in solchen Fällen also nicht nur auf Duldung der Zwangsversteigerung, sondern auf Duldung zu den wirtschaftlichen Bedingungen und Ergebnissen des Prozessrechts. Unter dem Aspekt des materiellen Rechts, eines ausgewogenen, keinen Miteigentümer benachteiligenden oder begünstigenden und zudem werterhaltenden<sup>53</sup> Teilungsmodus gemäß den oben unter II. zitierten Gesetzesmotiven zu § 753 BGB, wären diese wirtschaftlichen Ergebnisse aber platterdings undenkbar. Durch Versteigerung verkauft wäre im Beispielfall ein Wert von 130.000 € zu Kosten des Verkaufs<sup>54</sup> von 4.000 €, entsprechend netto 126.000 €, hiervon gebührte jedem Teilhaber 1/2, entsprechend 63.000 €. Mit 1/2 der hinterliegenden 40.000 € = 20.000 € bliebe das Ergebnis für B hinter seinem objektiven Wertanteil, also mehr als 2/3, zurück, und A hätte spiegelbildlich einen Gewinn von (130.000 Wert ./. 4000 Kosten ./. 20.000 Anteil B am Hinterlegungsbetrag ./. 63.000 eigener Wertanteil =) 43.000 € eingestrichen. Als Teilungsplan unterbreitet wäre das indiskutabel, als prozessuales Ergebnis gemäß den §§ 2042, 753 BGB, 180 ff ZVG indessen unanfechtbar.

IX. (Als Problem am Rande: Ob ein Miteigentümer im Verhältnis zum anderen verpflichtet ist, dem Gutachter Zutritt zu gewähren,<sup>55</sup> und ob eine Begehung überhaupt gerichtlich erzwungen werden kann, ist streitig. Vereinzelt haben Familiengerichte ein Zutrittsrecht gegen den Besitzer, erzwingbar durch einstweilige Verfügung, angenommen unter Bezugnahme auf § 1353 BGB,<sup>56</sup> was in der Literatur teils auf Zustimmung gestoßen ist:<sup>57</sup> Hamme sieht als allgemeine Anspruchsgrundlage, also unabhängig von familienrechtlichen Konstellationen, § 744 Abs. 2 BGB; kritisch hierzu Kogel: die Versteigerung des gemeinschaftlichen Gegenstandes sei sicherlich keine „Erhaltung“ im Sinne dieser Vorschrift.<sup>58</sup>)

X. Nach den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen steht auch der Anspruch- und Antragsteller im Einzelfall schlechter da als bei einem Freihandverkauf. Hat er im Fall der Bruchteilsgemeinschaft<sup>59</sup> und, in Familiensachen nicht eben selten, wegen titulierter Ansprüche (auf Unterhalt, Zugewinn, Gesamtschuldnerausgleich, Innengesellschaft) eine Zwangshypothek auf dem Grundstücksbruchteil des Miteigentümers

eintragen lassen, so kommt diese gemäß den §§ 182 Abs. 1, 44 Abs. 1 ZVG, da nur den Anteil des Antragsgegners belastend, nicht ins geringste Gebot und erlischt, § 52 Abs. 1 S. 2 ZVG.<sup>60</sup> Es bleibt ihm dann nur noch, mithilfe des Titels den Anspruch des Miteigentümers betreffend Erlösverteilung zu pfänden, der aber muss ja nicht zwingend höher sein als das titulierte Recht.

Die Möglichkeit eines prozessualen Antrags aus § 59 ZVG dahin, dass die Zwangshypothek bestehenbleiben solle, ist in diesem Zusammenhang rein theoretischer Natur; der Antragsgegner hätte ja zuzustimmen können und wird das im Zweifel nicht tun. Ob materiell-rechtlich im Rahmen einer actio pro socio durchgesetzt werden könnte, dass eine solche Zustimmung abgegeben wird, ist wiederum völlig ungeklärt.<sup>61</sup>

XI. Gefüge, in denen solche actiones in Betracht kommen, sind rechtssoziologisch (a) die havarierte Ehe, (b) die gekündigte Personengesellschaft<sup>62</sup> und (c) die Mehrheit von Erben. Die wenigen Entscheidungen, die sich mit einschlägigen Pflichten im Innenverhältnis der Teilhaber derartiger Abwicklungsgemeinschaften befassen, entstammen (a) zum einen dem Familienrecht, Stichwort: naheheliche Solidarität, hier bestimmt als

*„Verpflichtung, die sich aus dem Wesen der Ehe ergibt und beiden Ehegatten aufgibt, die finanziellen Lasten des anderen Teils nach Möglichkeit zu vermindern, soweit dies ohne Verletzung eigener Interessen möglich ist (Senat, NJW 1988, 607 [608] ...). Sie bleibt als Nachwirkung der Ehe auch nach der Scheidung bestehen (BGH, NJW 1977, 378 ...).“<sup>63</sup>*

In den bereits oben zitierten Besichtigungsfällen zogen die Familiengerichte neben § 242 BGB auch § 1353 BGB heran.

- 51) Siehe hierzu umfassend Stöber, wie Fn 22, Einl. Rn 55.3; aus der Rechtsprechung BGH NJW-RR 2003, 1648: Das Meistgebot entsprach 11,09 % des festgesetzten Verkehrswerts, die Wahrscheinlichkeit für ein höheres Gebot in einem Folgetermin war aber nicht glaubhaft gemacht.
- 52) Ein solch strategisches Gebot, das allein bezweckt, einen zweiten Termin ohne Geltung der 5/10-Grenze zu erreichen, ist wirksam, siehe Böttcher, wie Fn 34, § 85a Rn 5; Hamme, wie Fn 22, Rn 128 unter Hinweis auf BGH vom 14.7.2011 zu V ZR 24/11 = NJW-RR 2011, 1434.
- 53) Siehe ausdrücklich § 752 BGB für den Fall der Teilung in Natur, hierzu Staudinger/Eickelberg, wie Fn 1, § 752 Rn 11: „Durch die Teilung darf keine Wertminderung entstehen.“
- 54) Von den Teilhabern gemeinschaftlich zu tragen: Rechtsgedanke des § 748 BGB; siehe Staudinger/Eickelberg, wie Fn 1, § 753 Rn 44.
- 55) Eine prozessual erzwingbare Verpflichtung besteht nicht, OLG Koblenz, NJW 1968, 897 (Augenschein im Erkenntnisverfahren); hM: Böttcher, wie Fn 34, § 74a Rn 28; Hamme, wie Fn 22, Rn 100 jeweils mwN.
- 56) AG Wetzlar FamRZ 2002, 1500; AG Aachen FamRZ 1999, 848 mit Anm. Kogel, 849.
- 57) Hamme, wie Fn 22, Rn 100; Dassler/Schiffhauer/Hintzen, wie Fn 34, § 180 Rn 113.
- 58) Kogel, Strategien bei der Teilungsversteigerung des Familienheims, 3. Aufl. 2016, Rn 177: „sehr weit hergeholt“, auch sei das Interesse des blockierenden Miteigentümers anzuerkennen, möglichst günstig zu ersteigern.
- 59) Bei der Gesamthandsgemeinschaft kann es unterschiedlich belastete Anteile prinzipiell nicht geben, siehe Stöber, wie Fn 22, § 182 Rn 2.6.
- 60) Storz/Kiderlen, wie Fn 38, B 5.1.3.
- 61) Derzeit werden de lege ferenda vorzuschaltende Schlichtungsversuche nach amerikanischem Muster diskutiert (mit Namen wie „Michigan-Mediation“ bzw. „last offer arbitration“), siehe im einzelnen MüKo/J. Mayer, FamFG, 2. Aufl. 2013, § 363 Rn 4 ff.
- 62) Eingehend BGHZ 197, 262 = NJW-RR 2014, 149 ff.
- 63) BGH NJW-RR 1998, 1153; generell hierzu Staudinger/Looschelders/Olzen, BGB, Bearb. 2015, § 242 Rn 963.

Das AG Wetzlar schreibt:

*„Diese Vorschrift besagt, dass das gemeinschaftliche Eigentum von Eheleuten möglichst effektiv zu verwerten ist. Die eheliche Gemeinschaft, auch wenn diese aufgehoben ist, gebietet eine möglichst effektive Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums im Rahmen einer Teilungsversteigerung.“<sup>64</sup>*

Unter (b) Mitgliedern einer Personengesellschaft sind nachwirkende Treuepflichten beispielsweise diskutiert worden unter dem Aspekt der Nachschusspflicht bei zahlungsunfähigen Immobilienfonds („Sanieren oder Ausscheiden“), wobei hier die Grenzen eher individuell gezogen sind – grundsätzlich gilt, dass ein Gesellschafter nicht zu neuen Vermögensopfern gezwungen werden kann,<sup>65</sup> und konkret:

*„Gerade weil bei der Prüfung der gesellschaftlicher Treuepflichtverletzung entscheidend auf die ‚eigenen schutzwürdigen Belange‘ des Gesellschafters abgestellt wird, ist die Beantwortung dieser Frage nicht verallgemeinerungsfähig.“<sup>66</sup>*

Dementsprechend hat der BGH im Fall der zerstrittenen Anwaltssozietät das Aufhebungsverbot im Hinblick auf die gemeinschaftlichen Büroflächen ebenfalls nur mit § 242 BGB begründen können.<sup>67</sup>

Bei (c) einer Mehrheit von Erben, als sozusagen geborener Abwicklungsgemeinschaft<sup>68</sup>, kommt die Herleitung von Treuepflichten aus einstmals konsentiertem Zweck – wie bei Ehe und Gesellschaft – naturgemäß nicht in Betracht. Rechte und Pflichten im Innenverhältnis regeln allein die §§ 2038 ff BGB. Insbesondere sagt § 2038 Abs. 1 S. 2 HS 2 BGB, zur Erhaltung notwendige Maßregeln könne jeder Teilhaber allein treffen.<sup>69</sup> Wie *Löhnig* sehr plastisch schreibt, handelt es sich bei dieser Befugnis um

*„ein unentziehbares Individualrecht des einzelnen Mitglieds, welches nicht hinnehmen muss, dass sein Anteil am Gesamtvermögen aus Unkenntnis, mangelndem Urteilsvermögen, Kurzsichtigkeit, Geiz oder Desinteresse der anderen Miterben entwertet wird.“<sup>70</sup>*

Das Kriterium, ob eine Maßnahme zur Erhaltung des Nachlasses (oder einzelner Gegenstände daraus) in diesem Sinne notwendig ist, hat der BGH schon früh dahin bestimmt, es gelte der Standpunkt eines „wirtschaftlich und vernünftig denkenden Beurteilers“,<sup>71</sup> und erst wenn der Erhaltungsaufwand den Wert des Gegenstandes übersteige, sei die Ordnungsgemäßheit der Maßnahme besonders zu prüfen. *Rißmann* zitiert in diesem Zusammenhang die Habilitationsschrift von *Ann*, wonach Verwaltungshandeln „Bewahrungshandeln“ sei und dazu diene, den Status Quo des Erblasservermögens zu sichern.<sup>72</sup> Als in diesem Sinne zur gemeinschaftlichen Verwaltung gehörig definiert der BGH zwischenzeitlich jede Maßnahme „zur Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung sowie Gewinnung der Nutzungen und Bestreitung der laufenden Verbindlichkeiten.“<sup>73</sup> Die Entscheidung sagt weiter: Im Einzelfall besteht eine Pflicht des Miterben zur Mitwirkung am Freihandverkauf einer Immobilie, und wenn durch seine Blockade später nur ein geringerer Erlös erzielt werden kann, ist er zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>74</sup>

XII. Was die Teilhaber solcher Abwicklungsgemeinschaften einander im Innenverhältnis schulden, ist, wie man sieht, eher allgemein und im Einzelnen nur rudimentär geklärt. Evident ist jedenfalls der Wertungswiderspruch bei der Erbgemeinschaft. Der einzelne Miterbe ist einerseits verpflichtet, Erhaltungsmaßnahmen zuzustimmen, die den Wert eines Nachlassgegenstandes bewahren, § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB. Andererseits hat er sodann im Zweifel zu dulden, §§ 2042, 753 BGB, 869 ZPO, 180, 85 a ZVG, dass eben dieser Nachlassgegenstand für 5/10 – oder weniger – seines Werts verramscht wird.

An dieser Stelle kommt ein befremdlicher Topos<sup>75</sup> ins Spiel, wie ihn das OLG Schleswig am Rande einmal benutzt hat. Jeder Teilhaber könne ja mitbieten; wörtlich:

*„Weil er im Verfahren zur Teilungsversteigerung auch ein eigenes Gebot abgeben kann, werden seine Rechte im Ergebnis nicht beeinträchtigt.“<sup>76</sup>*

Das läuft auf Goethe hinaus: „Was du ererbt von deinen Vätern hast, / erwirb es, um es zu besitzen,“<sup>77</sup> oder, weniger klassisch, im entschiedenen Fall auf einen fast zynischen Vorhalt: Bei Grundstückswert 50.000 € und Grundschuld über 40.903 € wäre, wenn das löschungsreife Recht im Nennbetrag und ohne Zinsen stehenbliebe, jedenfalls dies Grundschuldkapital von den Eigentümern zu liquidieren und zu verteilen. Bei unbelastetem Grundstück besteht die Gefahr, dass es im ersten Termin für den halben Wert weggeht, und von dem entsprechenden Bargebot gingen dann auch noch die Verfahrenskosten ab. Wem dies Ergebnis nicht gefällt, so das OLG Schleswig, der möge entweder das lukrative Geschäft selbst machen, oder aber das Grundstück mit eigenem Geld zum vollen Wert ersteigern, womit er den Wert dann ja für sich realisiert hätte – reflexhaft allerdings auch für den Miteigentümer, der die Ausgangslage durch die erzwungene Grundschuldlöschung erst herbeigeführt hat. Zwar hat man Geld bekanntlich zu haben,<sup>78</sup> und prinzipiell besteht auch die Obliegenheit, Schadensfolgen im Rahmen des Zumutbaren durch Eigenmittel abzuwenden,<sup>79</sup> dass der Geschädigte hierbei aber gehalten sein soll, auch noch den Schädiger zu beglücken, wird, soweit mir ersichtlich, bislang von niemandem vertreten.

64) FamRZ 2002, 1500 (1501); mit ganz ähnlichem Wortlaut AG Aachen FamRZ 1999, 848.

65) BGH, NJW-RR 2007, 1477 (1488 Tz. 7 mN).

66) Ebd.; siehe auch BGHZ 183, 1 = NJW 2010, 65.

67) BGH NJW-RR 2005, 308 (309 zu II 1: unzulässige Rechtsausübung wegen besonderer Härte).

68) BGH, NJW 1955, 1227: „Sie besteht in der Regel nur für eine gewisse Übergangszeit. Ihr natürliches Ziel ist es, sich aufzulösen.“

69) Einzelfälle bei *Rißmann/Rißmann*, wie Fn 13, § 3 Rn 109 ff.

70) *Staudinger*, Bearb. 2016, § 2038 Rn 23.

71) BGHZ 6, 76 = NJW 1952, 1252 (1253); wiederholt in BGHZ 164, 181 = NJW 2006, 439 (441 Tz 27).

72) Wie Fn 13, § 4 Rn 51 mwN.

73) BGHZ 164, 181 = NJW 2006, 439 (440 Tz 12).

74) Siehe auch die Anmerkung *Muscheler*, ZEV 2006, 26.

75) *Argument mag man das nicht nennen*.

76) FOLG Schleswig amRZ 2012, 1567 (1568).

77) *Faust I*, Vers 682 f; das Teilungsverfahren wäre unter diesem Aspekt Sonderprivatrecht für Reiche.

78) Zuletzt BGH NJW 2015, 1296: *Gekündigter Hartz-IV-Mieter, dem seinerseits das Jobcenter verzögert gezahlt hatte*.

79) Siehe umfassend *Palandt/Grüneberg* BGB, 75. Aufl., § 254 Rn 43.

XIII. Im Vergleich mit der Forderungsversteigerung wird die Diskrepanz noch augenfälliger. Der Verwertungsanspruch der Bank bei notleidendem Kredit dürfte in den allermeisten Fällen ebenso unbestreitbar sein wie der generelle Auseinandersetzungsanspruch des Teilhabers. Gleichwohl braucht die Bank einen Titel. In ihrem Verhältnis zum Schuldner ist überdies klar, was er schuldet, nämlich Geld, und wenn er das nicht bezahlen kann, muss er dulden, dass das Meistgebot in der Versteigerung im Zweifel den Wert des Objekts nicht deckt und nur noch die Verschleuderungsgrenze gilt. Diese Härte wird in Kauf genommen; das Gläubigerinteresse geht vor.

Im Verhältnis von Teilhabern ist, siehe oben, demgegenüber regelmäßig unklar, wozu konkret sie einander im Hinblick auf das Ob und Wie des „Verkaufs“ ihres gemeinschaftlichen Gegenstandes verpflichtet sind, und unter dem Aspekt der Versteigerungsbedingungen ist z. B. sehr klar, dass sie monstrose Beträge an Bargebotszins materiellrechtlich keinesfalls schulden (das schuldet zur faktischen Zahlung außerhalb von Forderungsversteigerungen ohnehin niemand). Diese Bedingungen z. B. zwingt ihnen das Prozessrecht aber auf, und der Blockierer unter den Teilhabern z. B. profitiert dann davon, indem er den Verkauf vereiteln kann,<sup>80</sup> auf den wiederum der andere einen Anspruch hat. Materiellrechtlich sind das indiskutable Ergebnisse, als Folge des formalisierten Vollstreckungsakts, nochmals, indessen unanfechtbar.

Die Sensibilisierung für diese Dinge scheint insgesamt neueren Datums, und Argumentationslinien sind derzeit nicht einmal ansatzweise erkennbar. Erstmals hat das OLG Hamburg hat das Problem aufgeworfen, ob die Teilhaber untereinander verpflichtet sein können, im Interesse eines Versteigerungserfolgs abweichenden Versteigerungsbedingungen im Sinne des § 59 ZVG zuzustimmen.<sup>81</sup> In concreto wurde das verneint, weil sich im Rückblick auch ohne diese Maßnahme ein Erlös hatte erzielen lassen, und erstmals *Kogel* hat in seiner Anmerkung\* die weiterführende Frage angesprochen, wo eigentlich die Grenze zu ziehen wäre, wenn man denn einen solchen Anspruch geben wollte; er nimmt sie an bei 7/10 des Grundstückswerts.<sup>82</sup> Erklärt sich die Bank in solchen Fällen dann nicht zur Minderanmeldung bereit<sup>83</sup> und droht wegen der deshalb monströsen Bargebotszinsen ein ergebnisloses Verfahren, wird die Sache zur ménage-à-trois: Der störrische Teilhaber wäre im ersten Schritt zu verklagen, die Bank aus dem Sicherungsvertrag einvernehmlich zur Rückgewähr zu veranlassen (erforderlichenfalls unter prozessualer Einbeziehung der Bank), womit wegen des so entstandenen Eigentümerrechts jedenfalls keine Bargebotszinsen mehr ins geringste Gebot fallen.<sup>84</sup> Sodann wäre Einvernehmen herbeizuklagen, mit welchem Betrag die entzinsten Grundschulden stehenbleiben soll, um ein vorteilhaftes Versteigerungsergebnis herbeizuführen, seien es 7/10 oder mehr.

XIV. Das ursprüngliche gesetzgeberische Konzept der §§ 749, 753 BGB, 180 ZVG ist, wie man sieht, zwischenzeitlich überwuchert durch ein Gestrüpp von Komplikationen, Ausnahmen und Ungewissheit, den gegenwärtigen objektiven Rechtszustand. Hinzu kommt eine Misere, die hier als subjektiver Rechtszustand bezeichnet sei, und die man bei *Storz/Kiderlen* wie folgt beschrieben findet:

„Die Teilungsversteigerung ist ein noch abgelegeneres Rechtsgebiet als die Vollstreckungsversteigerung, so dass sich hier außer den Rechtspflegern bei den Amtsgerichten nur sehr wenige Personen wirklich auskennen; das gilt ausdrücklich auch für Rechtsanwälte, die nur ausnahmsweise mit solchen Verfahren in Berührung kommen.“<sup>85</sup>

Was man in der Praxis erlebt, bestätigt diese Sätze, und gereicht unserem Berufsstand im Geringsten nicht zur Ehre:

Es werden Anträge eingereicht, deren Urheber Hazardeur oder wundergläubig<sup>86</sup> sein muss. Oder ahnungslos: Es gibt etwa der Rechtspfleger vor dem Anordnungsbeschluss zu bedenken, nach den Erfahrungen des Gerichts mit diesem Wohnblock sei kein Gebot zu erwarten, das den Betrag der eingetragenen Grundschuld erreicht, und erhält zur Antwort, dem Termin sehe man „mit Gelassenheit“ entgegen, die Schulden seien getilgt. Es fallen am Erwerb interessierte Miteigentümer im Termin aus allen Wolken, als man das geringste Gebot verliert – sie sind davon ausgegangen, nur die aktuelle Schuld bei der Bank sei zu übernehmen, die Problematik der Bargebotszinsen ist ihnen gänzlich unbekannt. Es stellt der Kollege für den Beigetretenen mit großer Geste einen „7/10-Antrag“. Es zahlt der Witwer nach erfolgtem Zuschlag, anwaltlich vertreten, ausdrücklich nur 1/4 des Bargebots mit der Begründung, die eine Hälfte des Hauses habe ihm schon gehört<sup>87</sup> und von der Hälfte seiner Frau habe er die Hälfte geerbt usw. usf.

XV. Als Versteigerungsvoraussetzung de lege ferenda einen Titel zu verlangen dürfte angesichts dieser Misere auch einen gewissen berufsstandspädagogischen Effekt mit sich bringen. Denn die Sache würde im vorgeschalteten Erkenntnisverfahren schon aus Haftungsgründen sorgfältiger vorzubereiten sein bzw. das bisher zu beobachtende Versagen schon aus Kostengründen

80) *Kogel*, FamRB 2016, 122 (124): *Geschiedene Ehefrau etwa, die mit den Kindern im Haus bleiben will*.

81) OLG Hamburg FamRZ 2015, 1962 (1964).

82) *Kogel*, FamRB 2016, 122 (125): „psychologische Schranke“. Ein Makler begänne mit 11/10 und ließe sich dann auf 10/10 herunterhandeln; dort gelten andere psychologische Schranken.

83) Es gibt Großbanken, die sich prinzipiell nicht darauf einlassen – Neutralitätsgebot; siehe *Gaberdiel/Gladdeck*, wie Fn 42, Rn 1158: für den Grundschuldgläubiger sei es „oft sehr schwierig, sich richtig zu verhalten“, zumal allenthalben Schadensersatz droht, siehe *Kogel*, FamRB 2016, 122 (124 I.Sp. oben). Die familienfreundlichen Förderbanken hingegen erklären erfahrungsgemäß neben der Minderanmeldung gern auch einen Teilverzicht in Höhe des nicht valutierenden Teils der Grundschuld, das ergibt allerdings Abwicklungsprobleme im Hinblick auf das sodann gemeinschaftliche Eigentümerrecht.

84) Einzelheiten bei *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB Bearb. 2015, § 1197 Rn 7 ff (Rn 9 zu der Situation, dass die Eigentümergrundschuld aufgrund Zuschlags an einen Dritten zum Fremdrecht wird), § 1178 Rn 8 aE; auch *Dassler/Schiffhauer/Kellermeyer* wie Fn 34, § 10 Rn 50

85) *Storz/Kiderlen*, wie Fn 38, A 1.4.

86) Wobei die Rechtsprechung solchen Wunderglauben in gewisser Weise befördert. Der BGH hat beispielsweise PKH bewilligt für den Versteigerungsantrag betreffend ein Wohnungseigentum mit Reallast über 450.000 € für Eltern sowie Grundschulden über 180.000 € für die Sparkasse (ergebend Bargebotszins von 64.800 €), was den Wert der Immobilie insgesamt verzehrte. Begründung: Es könne ja sein, dass die Eltern ein Gebot abgaben, was die Reallast wegen Konfusion erleiße, und möglicherweise erkläre die Sparkasse eine Minderanmeldung, NJW-RR 2011, 708 (709 Tz 20).

87) Erst nach einer neueren Entscheidung des BGH (FamRZ 2014, 285 mit Anm. Wever, 289; ausführlich dazu *Kogel*, *Strategien bei der Teilungsversteigerung des Familienheims*, 3. Aufl. 2016, Rn 429 a ff) ist es möglich, im Falle einer Bruchteilsgemeinschaft nur die Hälfte des Bargebots zu berichtigen, wenn Zahlung der auf den Gegner entfallenden Quote in geeigneter Weise sichergestellt ist.

transparenter: Nach gegenwärtigem Rechtszustand kostet der Anordnungsbeschluss 100 € Festgebühr<sup>88</sup>, bei Antragsrücknahme oder –zurückweisung gibt es keinen Kostenerstattungsanspruch des Antragsgegners,<sup>89</sup> und Verfahrenswert ist, wenn noch kein Gutachten eingeholt wurde, der wesentlich geringere steuerliche Einheitswert.<sup>90</sup> Das mag manchen dazu leiten, den Antrag auf gut Glück einmal zu stellen – und die Einstellung zu bewilligen, sobald die Vorschussanforderung für das Wertgutachten eingegangen ist.

Anders, wenn ein Erkenntnisverfahren vorzuschalten wäre, gerichtet auf Duldung der Zwangsvollstreckung: Den Titel erhielt man im Urkundenprozess unter Vorlage eines Grundbuchauszugs und Hinweis auf § 753 BGB recht zügig, und wenn einer streiten wollte, suchte er sein Recht im Nachverfahren. Wer bei dieser Ausgangslage etwa den Freihandverkauf zu blockieren trachtet, nur weil er im Objekt wohnen bleiben will,

mag anderen Sinnes werden, wenn ihm die Kostenfolgen vorgerechnet sind,<sup>91</sup> denn das alles würde gegen ihn vollstreckbar und ginge später von seinem Erlösanteil ab. Wer, umgekehrt, die Versteigerung bei bestehenden Belastungen aktiv erwägt, wird zunächst schuldrechtlich austreten, zu welchen Versteigerungsbedingungen sie zweckmäßigerweise erfolgen soll, jedenfalls einmal das Grundbuch möglichst dahin bereinigen wollen, dass bestehenbleibende Rechte in angemessene Relation zum Verkehrswert geraten.

88) KV 2210 GKG.

89) Stöber, wie Fn 22, § 180 Rn 7.14 d und e.

90) § 54 Abs. 1 S. 2 GKG.

91) Bei Versäumnisurteil drei Gerichtsgebühren und 1,8 RVG-Gebühr, bei Anerkenntnisurteil eine Gerichtsgebühr und 2,5 nach RVG; bei einem Streitwert von z. B. 150.000 € wären das 6.273 € im Fall von Versäumnis- und 6.639 € bei Anerkenntnisurteil.

### Auf einen Blick

Die Bedingungen, zu denen ein Teilhaber bei zerstrittener Gemeinschaft den Verkauf der gemeinschaftlichen Immobilie – wenn überhaupt – verlangen kann, § 753 BGB, sind unter schuldrechtlichem Aspekt regelmäßig nicht diejenigen des Zwangsversteigerungsgesetzes. Denn das materielle Recht kommt dort, metaphorisch gesprochen, entweder gar nicht erst auf den Tisch oder unter die Räder. Wer die Versteigerung zu diesen Bedingungen dennoch verlangt, hat sich, wie jeder andere Inhaber eines materiellrechtlichen Anspruchs auch, mit einem Titel dahin zu legitimieren, dass er hierzu rechts-

kräftig befugt sei. Die Annahme des historischen Gesetzgebers, der Duldungsanspruch sei derart eindeutig, dass es eines Titels nicht bedürfe, ist durch die Rechtsentwicklung überholt, und die gesetzgeberische Konstruktion, eine im Innenverhältnis der Teilhaber schuldrechtlich regelmäßig ungeklärte Ausgangslage einem formalisierten Vollstreckungsverfahren zu implementieren, lässt die Teilungsversteigerung zu dem Alptraum werden, als der sie in der Praxis durchgehend erlebt wird.

## Verjährungsbeginn der Beschenktenhaftung im Pflichtteilsrecht (§ 2329 BGB)

Von Dr. Claus-Henrik Horn, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Erbrecht, Düsseldorf<sup>1</sup>

Erfährt ein Pflichtteilsberechtigter erst nach mehr als drei Jahren vom Tod des Erblassers, kann er noch seine Pflichtteilsansprüche gegen den Nachlass geltend machen. So verjähren diese Ansprüche kenntnisabhängig. Zum Schutz des Beschenkten hat der Gesetzgeber dagegen mit § 2332 BGB einen kenntnisunabhängigen Verjährungsbeginn für den Anspruch gegen den subsidiär Beschenkten normiert. Der Beitrag begründet, dass die Verjährung auch im Fall einer gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft nach § 1600 d BGB mit dem Erbfall beginnt. Erfolgt diese nach über drei Jahren nach dem Erbfall, ist der Anspruch nach § 2329 BGB verjährt.

### I. Besonderer Verjährungsbeginn

Die dreijährige Verjährung von ordentlichen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen beginnt gem. den §§ 195, 199 BGB kenntnisabhängig. Dagegen sieht für die subsidiäre Haftung des Beschenkten § 2332 Abs. 1 BGB (bis 2009: Abs. 2) folgende eigenständige Regelung vor: „Die Verjährungsfrist des dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2329 gegen den Beschenkten zustehenden Anspruchs beginnt mit dem Erbfall.“ Es handelt sich folglich um eine besondere, kenntnisunabhängige Verjährung.<sup>2</sup>

### II. Verjährungsrecht von Pflichtteilsansprüchen gegen den Erben

Der Pflichtteilsanspruch nach den §§ 2303, 2325 BGB unterliegt seit dem 1.1.2010 der allgemeinen dreijährigen Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB.<sup>3</sup> Danach beginnt die Verjährung erst mit dem Schluss des Jahres, in dem der Pflichtteils-

1) Der Autor ist Mitglied des BRAK-Ausschusses Familien- und Erbrecht.

2) BeckOK BGB/J. Mayer, 38. Edition 1.11.2014, § 2332 Rn 2.

3) Hierzu vertieft: Adam, ZErb 2015, 1; zur Verjährung des Pflichtteilsanspruchs gegen Erbengemeinschaft: BGH NJW 2014, 2574.