

Isabel Oldenburg

Die Rangprivilegierung der Wohnungseigentümergemeinschaft aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Dissertation
2019

Die Rangprivilegierung der Wohnungseigentümerge- meinschaft aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
an der Fakultät Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von Isabel Oldenburg

Hamburg, 2019

Als Dissertation von der Fakultät Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg angenommen am 10.01.2019
Erstgutachter: Prof. Dr. Klaus Bartels
Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Marian Paschke
Tag der mündlichen Prüfung: 30.01.2019

© Copyright 2019 – Isabel Oldenburg

Alle Inhalte dieses Werks, insbesondere Texte und Grafiken, sind urheberrechtlich geschützt. Das Urheberrecht liegt bei Isabel Oldenburg. Bitte fragen Sie mich, falls Sie die Inhalte dieses Werks verwenden möchten.

Diese Dissertation wurde online über den Dissertationsserver der Bibliothek der Universität Hamburg veröffentlicht.

Vorwort und Danksagung

Die Arbeit befasst sich mit der durch Gesetz vom 26.03.2007 neu eingeführten Rangprivilegierung der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Zwangsvollstreckung. Die Probleme in der Handhabung der Rangprivilegierung zeigen, dass die Gesetzesreform keine befriedigenden Ergebnisse erzielen konnte. Gerade in diesem Zusammenhang ist es angezeigt, dass der Gesetzgeber die Reformbestrebungen im Hinblick auf das nunmehr 121 Jahre alte ZVG im Auge behält und weiter vorantreibt, um es an die aktuellen wirtschaftlichen Gegebenheiten anzupassen.

Besonderer Dank gilt meinen Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Bartels, der diese Arbeit mit seiner zielführenden und menschlichen Art möglich gemacht hat. Ebenfalls danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Paschke für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Darüber hinaus danke ich meinem Freund, Max, auf den ich mich in jeder Situation verlassen kann und der auch bei Zweifeln immer die richtigen Worte fand. Ohne ihn gebe es diese Arbeit nicht. Ebenfalls danken möchte ich Dr. Claudia Jehle, LL.M. von der Kanzlei Neuwerk Rechtsanwälte, die für mich ein großes Vorbild ist und mir bis heute immer mit ermutigenden Worten zur Seite steht und diese Arbeit fachlich und persönlich immer unterstützt hat. In diesem Zusammenhang möchte ich auch Dr. Gesa Beckhaus, LL.M. (NYU) vom Notariat am Ballindamm danken, die mich stets mit den erforderlichen Informationen aus Sicht einer Notarin versorgt hat.

Hamburg, im Januar 2019

Isabel Oldenburg

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis.....	XIII
A. Einleitung	1
I. Einführung in die Problematik	1
II. Gang der Untersuchung und Ziele der Arbeit	2
B. Einführung in die Begrifflichkeiten	3
I. Das Rangsystem des § 879 BGB und des § 10 ZVG	3
II. Das Wohnungseigentum.....	3
III. Die Wohnungseigentümergemeinschaft	4
IV. Das Hausgeld	4
C. Das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG	6
I. Betragsmäßiger Umfang des Vorrechts – Benachteiligung der im Rang nachfolgenden Gläubiger.....	6
II. Zeitliche Begrenzung des Vorrechts	7
D. Die grundlegenden Entscheidungen des BGH zum Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft	9
I. Die Entscheidung aus dem Jahr 2011	9
II. Die Entscheidung aus dem Jahr 2013	9
III. Die Entscheidung aus dem Jahr 2014	10
E. Die Schwierigkeiten der dogmatischen Einordnung des Vorrechts	12
I. Die Streitpunkte	12
II. Die Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG	13
1. Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG	13
2. Die systematische Stellung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG.....	15
a) Die Vorschrift des § 45 Abs. 3 ZVG als Indiz für ein dingliches Recht	16
b) Die Parallele zur öffentlichen Grundstückslast aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG.....	16
c) Tauglicher Vergleich mit der Regelung des § 109 ZVG?.....	17
d) Resümee	17
3. Historische Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG	17
4. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG	19
III. Resümee	20
F. Die Haftung des Rechtsnachfolgers für rückständiges Hausgeld	21
I. Die rechtsgeschäftliche Veräußerung des Wohnungseigentums durch den Hausgeldschuldner	21
1. Die Intention des Gesetzgebers	21
2. Resümee	22
II. Schutz der Wohnungseigentümergemeinschaft bei der Übertragung des Wohnungseigentums auf einen Rechtsnachfolger	23
1. (Mit)Haftung des Erwerbers durch Schuldbeitritt und befreiende Schuldübernahme.....	23
2. Sicherung der Hausgeldansprüche durch Rechtsnachfolgeregelung	24
a) Die Regelung des § 16 Abs. 3 WEG	25
b) Die Modalitäten der kollektiven Willensbildung der Gemeinschaft.....	26
aa) Verstoß gegen das Belastungsverbot	26

bb) Zusätzliche Komplikationen beim Verkauf einer Wohnungseigentumseinheit durch Haftungsregelungen des Rechtsnachfolgers in der Gemeinschaftsordnung.....	26
c) Resümee	27
III. Schutzoptionen des Erwerbers bei bestehender Rechtnachfolgeverpflichtung für rückständige Hausgelder	27
1. Ablösung der rückständigen Hausgelder durch den Erwerber.....	27
2. Sicherung durch die Einführung von Fälligkeitsvoraussetzungen	27
a) Wirkung der Fälligkeitsvoraussetzungen	28
b) Probleme im Hinblick auf die Verwaltererklärung.....	28
c) Pflicht des Verwalters zur Abgabe einer Erklärung über das Bestehen rückständiger Hausgelder	29
d) Resümee	29
3. Aufnahme einer Beschaffenheitsvereinbarung oder eines Garantieversprechens in den notariellen Kaufvertrag.....	29
4. Kenntnisserklärung des Verkäufers	30
5. Vereinbarung über das Einbehalten von Teilen des Kaufpreises	31
6. Resümee	31
IV. Risiken der Wohnungseigentümergemeinschaft	32
V. Der Eigentumserwerb kraft Hoheitsakt.....	32
G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung	35
I. Grundsätzliches zur Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung.....	35
1. Eintragung der Auflassungsvormerkung vor der Beschlagnahme.....	35
2. Eintragung der Auflassungsvormerkung nach der Beschlagnahme	37
II. Die Einordnung der Vormerkung in das Rangklassensystem des § 10 Abs. 1 ZVG	38
1. Die Vormerkung als dingliches Recht der Rangklasse 4	38
a) Die Rechtsnatur der Auflassungsvormerkung.....	39
b) Stellungnahme	39
2. Die Rangfähigkeit der Auflassungsvormerkung.....	40
3. Resümee und Kritik	41
III. Beeinträchtigung der Vormerkung durch die Klassifizierung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG als schuldrechtlicher Anspruch	41
1. Die Beschlagnahme als maßgeblicher Zeitpunkt für den Bestand der Vormerkung?	42
2. Resümee und Kritik	42
IV. Das Verhältnis der Auflassungsvormerkung zum Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft – die Herangehensweise des BGH	43
1. Kritik am BGH	44
a) Unterschiede materieller und verfahrensrechtlicher Regelungen	44
b) Wertung der Kritik Böttchers.....	45
c) Vorrang des Verfahrensrechts vor materiell-rechtlichen Regelungen.....	45
d) Alternativer Lösungsvorschlag der Kritiker des BGH	46
e) Systemwidrige Vorgehensweise des BGH.....	47
2. Resümee	47
V. Sonderproblem: Die Vollstreckung aus zwei Rangklassen	48

VI. Die Chancen und Risiken des Vormerkungsberechtigten und der Wohnungseigentümergemeinschaft ...	49
1. Sicherung der Rechtsposition des Vormerkungsberechtigten	49
a) Die Verwaltererklärung als Fälligkeitsvoraussetzung.....	49
b) Festlegung der durch den Kaufpreis abzulösenden Rechte	50
c) Abwicklung über ein Notaranderkonto – Vereinbarung von Einbehalten des Kaufpreises.....	51
d) Sicherung der Rechtsposition des Erwerbs durch eine Verkäufergarantie	51
2. Kritik und Resümee	51
VII. Sonderproblem: Die Entstehung eines Anwartschaftsrechts.....	52
1. Anwartschaftsrecht durch Auflassung des Wohnungseigentums und Eintragung einer Auflassungsvormerkung	52
2. Stellungnahme.....	53
H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners	55
I. Die Begründung eines Absonderungsrechts zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft für rückständige Hausgelder	56
1. Grundsätzliches zum Entstehen eines Absonderungsrechts zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft	56
2. Die Entstehung eines Absonderungsrechts im Hinblick auf die Abgrenzung von Insolvenz- und Masseforderungen	58
a) Die Fälligkeitstheorie aus der wohnungseigentumsrechtlichen Perspektive	58
b) Die Entscheidung für eine Masseforderung unter Zugrundelegung des § 55 InsO	59
c) Zuweisung der Hausgelder gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.....	59
d) Masseforderung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO	59
aa) Begründung der Hausgeldforderungen bereits mit Beschlussfassung der Wohnungseigentümergemeinschaft?	60
bb) Begründung der Hausgeldforderung erst mit der Fälligkeit der einzelnen Forderung	61
(1) Grundsätzliches zum Dauerschuldverhältnis in der Insolvenz und zur Qualifizierung der Hausgeldforderungen als Dauerschuldverhältnis	61
(2) Die Begründung eines Anspruchs mit oder vor Fälligkeit einer Forderung	62
(3) Resümee	62
cc) Stellungnahme	62
e) Fällige Forderungen vs. begründete Forderungen – ein nicht unerheblicher Unterschied	63
f) Resümee	64
3. Entschärfung der Problematik durch die Anerkennung eines Absonderungsrechts an Masseforderungen	65
a) Die Auslegung des § 49 InsO im Hinblick auf die Entstehung eines Absonderungsrechts auch an Masseforderungen	66
b) Risiken und Vorteile durch die Differenzierung innerhalb eines bevorrechtigten Anspruchs – Stellungnahme.....	66
aa) Anzeige von Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter als Risiko der Gemeinschaft	67
bb) Resümee	68
II. Die Zwangsversteigerung der Sondereigentumseinheit durch den Insolvenzverwalter im Rahmen des Insolvenzverfahrens.....	69
1. Gegenseitiger Beitritt zu einem bereits laufenden Zwangsvollstreckungsverfahren.....	69

2. Doppelausgebot des Insolvenzverwalters	70
3. Doppelausgebot der Wohnungseigentümergemeinschaft	70
4. Vollstreckung durch den Insolvenzverwalter aus der Rangklasse 1a	71
5. Resümee	71
III. Die freihändige Verwertung des Wohnungseigentums durch den Insolvenzverwalter	72
1. Die Berücksichtigung des Absonderungsrechts.....	73
a) Die Fortsetzung des Absonderungsrechts am Wohnungseigentum	73
b) Die Begründung eines Ersatzabsonderungsrechts am Veräußerungserlös	75
c) Anwendung der Verteilungsregel des § 170 InsO	76
d) Stellungnahme	77
2. Resümee und Konsequenzen für die Praxis	77
IV. Die Freigabe des Wohnungseigentums in der Insolvenz des Hausgeldschuldners	78
1. Die Geltendmachung des Absonderungsrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft nach der Freigabe des Wohnungseigentums	79
2. Die Befriedigung von Masseverbindlichkeiten durch die Verwertung des freigegebenen Wohnungseigentums	80
3. Qualifizierung der nach Freigabe fällig werdenden Hausgelder	81
a) Zäsur durch die Vorschrift des § 89 InsO	81
b) Auswirkungen der Freigabe auf etwaige Mieteinkünfte aus dem Wohnungseigentum	81
4. Resümee	82
V. Sonderproblem: Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Antrag der Wohnungseigentümergemeinschaft	83
I. Die Geltendmachung des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG	85
I. Die Betreibung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens	85
1. Die allgemeinen Voraussetzungen der Versteigerung des Wohnungseigentums	85
2. Probleme bei der Titulierung der Forderung	86
3. Die besonderen Voraussetzungen der Versteigerung des Wohnungseigentums	86
4. Resümee	86
II. Risiken der Wohnungseigentümergemeinschaft im Hinblick auf die betragsmäßige Begrenzung des Vorrechts	87
III. Etwaige Risiken der Wohnungseigentümergemeinschaft bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hausgeldschuldners	87
IV. Sonderproblem: Die Titulierung der Hausgeldansprüche und die Objektbezogenheit des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG.....	87
V. Zusätzlicher Antrag auf Zwangsverwaltung des Wohnungseigentums	88
VI. (Teilweise) Ablösung der Forderung im Zwangsversteigerungsverfahren	89
1. Ablösung durch die Grundpfandrechtsgläubiger	89
a) Kein Nachschieben von Forderungen in die Rangklasse 2	90
b) Teilweise Ablösung der Forderung	91
c) Resümee.....	91
2. Ablösung der Forderung durch den Schuldner.....	92
3. Geltendmachung des Vorrechts in einem neuen Zwangsversteigerungsverfahren	93
4. Resümee	94

VII. Die Anmeldung der Forderung im Zwangsvollstreckungsverfahren auf Antrag eines Dritten	94
1. Glaubhaftmachung der Forderung gemäß § 45 Abs. 3 ZVG	94
2. Keine Beschlagnahme zugunsten der Wohnungseigentünergemeinschaft	95
3. Resümee	96
VIII. Der Beitritt der Wohnungseigentünergemeinschaft zu einem bereits anhängigen Zwangsvollstreckungsverfahren	97
IX. Die Geltendmachung des Vorrechts in der Insolvenz des Hausgeldschuldners	98
1. Grundsätzliches zur Geltendmachung der als Insolvenzforderungen zu qualifizierenden Hausgelder ...	98
a) Besonderheiten im Hinblick auf das bestehende Absonderungsrecht der Wohnungseigentünergemeinschaft	98
b) Die Geltendmachung des Absonderungsrechts unter der besonderen Erschwernis fehlender Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen	99
c) Zusätzliche Anmeldung der bevorrechtigten Forderung zur Insolvenztabelle	100
2. Geltendmachung der als Masseforderungen zu qualifizierenden Hausgelder	100
J. Reformbedarf an § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG	102
I. Korrekturbedarf im Hinblick auf den Umfang des Vorrechts	102
II. Die Privilegierung der Hausgelder bei Zusammentreffen mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ..	102
III. Das Anwartschaftsrecht als ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht	103
IV. Reformbedarf im Hinblick auf die Rechtsnatur des Vorrechts	104
1. Die Vorteile der Einführung eines neuen dinglichen Rechts	105
2. Die Nachteile der Einführung eines neuen dinglichen Rechts.....	105
3. Stellungnahme.....	105
V. Die Reformbestrebungen des Gesetzgebers zu den Vorschriften des ZVG.....	106
K. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen.....	107

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungen, die nicht in

Duden, Konrad

Die deutsche Rechtschreibung,
26. Auflage, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2013

sowie in

Kirchner, Hildebert

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
8. Auflage, Berlin/New York 2015

enthalten sind, wurden nicht verwendet.

Literaturverzeichnis

Kommentare, Lehrbücher, Dissertationen und Festschriften

Armbrüster, Matthias / Becker, Matthias / Bub, Wolf-Rüdiger u. a.	Recht des Wohnens – gestalten mit Weitblick: Festschrift für Werner Merle zum 70. Geburtstag, München 2010 (zitiert: <i>Bearbeiter</i> , FS Merle).
Andres, Dirk / Leithaus, Rolf / Dahl, Michael	Insolvenzordnung: InsO – Kommentar, 3. Auflage, München 2014 (zitiert: Andres/Leithaus/ <i>Bearbeiter</i>).
Bamberger, Georg / Roth, Herbert	Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 01.02.2017, Edition: 42 (zitiert: BeckOK-BGB/ <i>Bearbeiter</i>).
Bärmann, Johannes	Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, 11. Auflage, München 2010, 13. Auflage, München 2015 (zitiert: Bärmann/ <i>Bearbeiter</i>).
Bärmann, Johannes (Begr.) / Pick, Eckhart	Wohnungseigentumsgesetz – Kommentar, 19. Auflage, München 2010 (zitiert: Bärmann/Pick, WEG).
Bartels, Klaus	Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung, 1. Auflage, Bielefeld 2010 (zitiert: Bartels, Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung).
Baur, Fritz / Stürner, Rolf / Bruns, Alexander	Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, Heidelberg 2006 (zitiert: Baur/Stürner/Brunns).
Beck, Siegfried / Depré, Peter	Praxis der Insolvenz, 3. Auflage, München 2017 (zitiert: Beck/Depré/ <i>Bearbeiter</i>).
Becker, Matthias / Kümmel, Egbert / Ott, Andreas	Wohnungseigentum – Grundlagen, Systematik, Praxis, 2. Auflage, Köln 2010 (zitiert: Becker/Kümmel/Ott, Wohnungseigentum).
Bork, Reinhart	Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, Tübingen 2014 (zitiert: Bork, Einführung in das Insolvenzrecht).
Böttcher, Roland / Keller, Ulrich	ZVG – Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Kommentar, 4. Auflage, München 2005 6. Auflage, München 2016 (zitiert: Böttcher, ZVG).
Braun, Eberhard	Insolvenzordnung (InsO) mit EuInsVO (Neufassung), Kommentar, 7. Auflage, München 2017 (zitiert: Braun/ <i>Bearbeiter</i>).
Bydlinski, Frank	Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Auflage, München 2011 (zitiert: Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre).
Dassler, Gerhard / Schiffhauer, Horst / Rellermeyer, Klaus u.a.	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Kommentar, einschließlich EGZVG und ZwVwV, 14. Auflage, Bielefeld 2013, 15. Auflage, Bielefeld 2016 (zitiert: Dassler/Schiffhauer/ <i>Bearbeiter</i>).

Depré, Peter	ZVG, Kommentar zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, 1. Auflage, Köln 2014 (zitiert: Depré/Bearbeiter).
Dombek, Bernhard / Kroiß, Ludwig	Formular Bibliothek Vertragsgestaltung, 3. Auflage, Mannheim 2017 (zitiert: Dombek/Kroiß, Formular Bibliothek Vertragsgestaltung).
Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung mit EuInsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen herausgegeben von Klaus Wimmer, 8. Auflage, Köln 2015 (zitiert: FK-InsO/Bearbeiter).
Fridgen, Alexander / Geiwitz, Arndt / Göpfert, Burkhard	Beck'scher Online-Kommentar InsO, Stand: 15.10.2016, Edition: 4 (zitiert: BeckOK-InsO/Bearbeiter).
Haarmeyer, Hans / Hintzen, Udo	Beck'sche Kurz-Kommentare, Zwangsverwaltung, Band 54, §§ 146–161, 172, 173 ZVG und ZwVwV 6. Auflage, München 2016 (zitiert: Haarmeyer/Hintzen, ZwVwV).
Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht	Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht herausgegeben von Andreas Schmidt, 3. Auflage, Köln 2009, 6. Auflage, Köln 2017 (zitiert: HambKomm/Bearbeiter).
Heckschen, Heribert / Herrler Sebastian / Starke, Timm	Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Auflage, München 2015 (zitiert: BeckNotar-HdB/Bearbeiter).
Heidelberger Kommentar	Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung herausgegeben von Godehard Kayser u. a., 8. Auflage, Heidelberg 2016 (zitiert: HK-InsO/Bearbeiter).
Hügel, Stefan / Elzer, Oliver	Beck'sche Kurz-Kommentare, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Auflage, München 2015. (zitiert: Hügel/Elzer, WEG).
Hügel, Stefan / Elzer, Oliver	Das neue WEG-Recht, 1. Auflage, München 2007 (zitiert: Hügel/Elzer, Das neue WEG-Recht).
Hügel, Stefan / Scheel, Jochen	Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Auflage, Münster 2011 (zitiert: Hügel/Scheel/Bearbeiter).
Jauernig, Othmar (Begr.) / Stürner, Othmar	Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 16. Auflage, München 2016 (zitiert: Jauernig/Bearbeiter).
Jennißen, Georg	WEG – Wohnungseigentumsgesetz, 5. Auflage, Köln 2017 (zitiert: Jennißen, WEG).
Kindl, Johann / Meller-Hannich, Caroline / Wolf, Hans-Joachim	Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert: Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Bearbeiter).
Knops, Kai-Oliver / Bamberger, Heinz Georg / Hözle, Gerrit	Zivilrecht im Wandel, Festschrift für Peter Derleder zum 75. Geburtstag, Heidelberg 2015 (zitiert: Bearbeiter, FS Derleder).
Köhler, Wilfried J.	Das neue WEG – Beratung, Verwaltung, Prozess, 1. Auflage, Köln 2007. (zitiert: Köhler, Das neue WEG).

Krauß, Hans-Frieder	Immobilienkaufverträge in der Praxis – Gestaltung, Besteuerung, Muster, 7. Auflage, Köln 2014. (zitiert: Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis).
Kübler, Bruno Maria / Prütting, Hanns / Bork, Reinhard	Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, 69. EL, Stand November 2016, Band 2, 69. EL, Stand November 2016, Band 3, 69. EL, Stand November 2016 (zitiert: KPB-Bearbeiter).
Leonhardt, Peter / Smid, Stefan / Zeuner, Mark	Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, 3. Auflage, Stuttgart 2010. (zitiert: LSZ-Bearbeiter).
Löhnig, Martin	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Kommentar, 1. Auflage, Stuttgart 2010 (zitiert: Löhnig/Bearbeiter).
Müller, Horst	Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 5. Auflage, München 2010. (zitiert: Müller, WEG).
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch herausgegeben von Franz Jürgen Säcker u.a. Band 7: §§ 854–1296 BGB, WEG, ErbbauRG 4. Auflage, München 2006, 7. Auflage, München 2016 (zitiert: MüKo-BGB/Bearbeiter).
Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung herausgegeben von Hans-Peter Kirchhof u. a. Band 1: §§ 1–79, InsVV Band 2: §§ 80–216, 3. Auflage, München 2013 (zitiert: MükoInsO/Bearbeiter).
Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung	Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen herausgegeben von Thomas Rauscher u. a. Band 2: §§ 355–945b, 5. Auflage, München 2016, (zitiert: Müko-ZPO/Bearbeiter).
Niedenführ, Werner / Kümmel, Egbert / Vandenhouten, Nicole	WEG, Kommentar und Handbuch zum Wohnungseigentumsrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2010 (zitiert: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Bearbeiter).
Palandt, Otto (Begr.)	Beck'scher Kurz-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, München 2011, 76. Auflage, München 2017 (zitiert: Palandt-Bearbeiter).
Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd u.a.	BGB Kommentar, 7. Auflage, Köln 2012, 11. Auflage, Köln 2016 (zitiert: PWW/Bearbeiter).
Queisner, Christian	Wohnungseigentum in der Insolvenz – Die Verwaltung und Verwertung des Wohnungseigentums in der Insolvenz des Wohnungseigentümers, 1. Auflage, Hamburg 2015 (zitiert: Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz).
Riecke, Olaf / Schmid, Michael J.	WEG Kommentar, 4. Auflage, Köln 2015 (zitiert: Riecke/Schmid/Bearbeiter).
Saenger, Ingo	Zivilprozeßordnung – Handkommentar, 7. Auflage, München 2016 (zitiert: Saenger/Bearbeiter).

Sauren, Marcel Michael	Beck'sche Kompakt-Kommentare, Wohnungseigentumsgesetz, 6. Auflage, Münschen 2014 (zitiert: Sauren, WEG).
Schmidt, Karsten	Beck'sche Kurzkommentar, Insolvenzordnung, 19. Auflage, München 2016 (zitiert: Karsten Schmidt/ <i>Bearbeiter</i>).
Schöner, Hartmut / Stöber, Kurt / Haegele, Karl (Begr.)	Handbuch der Rechtspraxis, Band 4, Grundbuchrecht, 15. Auflage, München 2012 (zitiert: Schöner/Stöber, <i>Grundbuchrecht</i>).
Schulze, Reiner / Dörner, Heinrich / Ebert, Ina u.a.	Bürgerliches Gesetzbuch - Handkommentar, 9. Auflage, Baden Baden 2017 (zitiert: Schulze/ <i>Bearbeiter</i>).
Spielbauer, Thomas / Then, Michael / Spielbauer, Christian	WEG – Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauерwohnrecht mit weiterführenden Vorschriften, 3. Auflage, Berlin 2017 (zitiert: Spielbauer/Then, WEG).
Steiner, Anton (Begr.)	Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung – Kommentar, 9. Auflage, München 1984 (zitiert: Steiner/ <i>Bearbeiter</i>).
Stöber, Kurt / Zeller, Friedrich	Beck'sche Kurz-Kommentare, Zwangsversteigerungsgesetz, 18. Auflage, München 2006, 19. Auflage, München 2009, 20. Auflage, München 2012, 21. Auflage, München 2016 (zitiert: Stöber, ZVG).
Tetenberg, Stefan	Die Anwartschaft des Auflassungsempfängers – Eine fallgruppenorientierte Untersuchung ihrer Berechtigung, 1. Auflage, München 2006 (zitiert: Tetenberg, Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers).
Timme, Michael	Wohnungseigentumsgesetz – Kommentar, 1. Auflage, München 2010 (zitiert: Timme/ <i>Bearbeiter</i>).
Uhlenbrück, Wilhelm / Hirte, Heribert / Vallender, Heinz	Insolvenzordnung Kommentar, 13. Auflage, München 2010, 14. Auflage, München 2015 (zitiert: Uhlenbrück/ <i>Bearbeiter</i>).

Aufsätze aus Zeitschriften

Alff, Erhard	Beitragsforderungen bei Zwangsvollstreckung in Wohnungseigentum in: ZWE 2010, S. 105–117.
Alff, Erhard	Dingliche Haftung des Käufers für Hausgeldrückstände nach freihändiger Veräußerung durch den Insolvenzverwalter in: Rpflieger 2013, S. 15–19.
Alff, Erhard /Hintzen, Udo	Hausgelder in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in: Rpflieger 2008, S. 165–176.
Bales, Klaus	Kein dinglicher Charakter des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in: ZInsO 2014, S. 182–185.
Becker, Matthias	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.09.2013 – V ZR 209/12 in: ZfIR 2013, S. 806–812.
Becker, Matthias	Beitragsforderungen in der Insolvenz des Wohnungseigentümers in: ZWE 2013, S. 6–12.
Becker, Matthias	Der absonderungsberechtigte Massegläubiger – Phantom oder Wirklichkeit in: ZIP 2013, S. 1554–1560.
Becker, Matthias	Beschlusskompetenz kraft Vereinbarung – sog. Öffnungsklausel in: ZWE 2002, S. 341–347.
Becker, Matthias	Die dingliche Haftung für Hausgeldansprüche nach freihändiger Veräußerung durch den Insolvenzverwalter in: ZMR 2012, S. 930–933.
Becker, Matthias / Strecker, Romy	Mehrheitsherrschaft und Individualrechtsschutz bei der Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums in: ZWE 2001, S. 569–578.
Blankenstein, Alexander C.	Öffnungsklauseln in der Gemeinschaftsordnung in: ZWE 2016, S. 197–207.
Böttcher, Roland	Aktuelle Rechtsprechung zur Zwangsversteigerung im Jahr 2014 in: ZfIR 2015, S. 45–60.
Böttcher, Roland	Schicksal der Auflassungsvormerkung unter dem Wohn- geld-Vollstreckungsprivileg in: NJW 2014, S. 3404–3406.
Böttcher, Roland	Veräußerung von Immobilien während eines Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahrens in: ZfIR 2010, S. 521–538.
Böttcher, Roland	Aktuelle Rechtsprechung zur Zwangsversteigerung in den Jahren 2008/2009 in: ZfIR 2010, S. 345–354.
Bräuer, Michael / Oppitz, Stefan	Hausgeldforderungen in der Zwangsversteigerung in: ZWE 2007, S. 326–336.
Bub, Wolf-Rüdiger	Der schwedend unwirksame Beschluss im Wohnungseigentumsrecht in: ZWE 2007, S. 339–348.
Cranshaw, Friedrich Ludwig.	Durchsetzung von Ansprüchen der Eigentümerge meinschaft nach dem WEG gegen Wohnungs- und Teileigentümer in Individualvollstreckung und Insolvenz in: ZfIR 2015, S. 461–478.
Derleider, Peter	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.07.2011 – IX ZR 120/10 in: ZfIR 2011, S. 825–833.

Derleder, Peter	Die Realisierung des Vorrangs des Hausgeldes bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Eigentumswohnungen in: ZWE 2008, S. 13–22.
Drasdo, Michael	§ 10 I Nr. 2 ZVG - Flopp einer mit vielen Hoffnungen verbundenen Gesetzesnovelle in: ZWE 2012, S. 406–410.
Drasdo, Michael	Anmerkung zu BGH Urt. v. 21.07.2011 – IX ZR 120/10 in: NZI 2011, S. 731–737.
Fabis, Heinrich	Zwangsversteigerungsprivileg bei wohngeldrückständen contra Auflassungsvormerkung – ein Risikofaktor für Kaufverträge über Wohnungseigentum in: ZfIR 2010, S. 354–359.
Greiner, David	Dinglicher Charakter der Hausgeldforderungen; Titelumschreibung auf Erwerber? in: ZMR 2012, S. 731–735.
Gundlach, Ulf / Frenzel, Volkhard / Schmidt, Nikolaus	Die Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten in: NZI 2001, S. 350–356.
Häublein, Martin	Anspruch des veräußernden Wohnungseigentümers auf Erteilung einer Hausgeldschuldenfreiheitsbescheinigung in: ZMR 2011, S. 848–850.
Häublein, Martin	Schutz der Gemeinschaft vor zahlungsunfähigen Miteigentümern in: ZWE 2004, S. 48–63.
Herrler, Sebastian	Anmerkung zu BGH Urt. v. 13. 9. 2013 – V ZR 209/12 in: NJW 2013, S. 3515–3518.
Hintzen, Udo / Alff, Erhard	Bevorzugung des Hausgeldes der Wohnungseigentümergemeinschaft in: ZInsO 2008, S. 480–487.
Hügel, Stefan / Elzer, Oliver	Zwei Jahre neues WEG – oder: Das Wohnungseigentum auf dem Weg vom Immobiliareigentum zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung? in: NZM 2009, S. 457–474.
Jacoby, Florian	Verantwortlichkeit der Gemeinschaft für Verwalter und Wohnungseigentümer sowie Regress? in: ZWE 2014, S. 8–14.
Jacoby, Florian	Zwangsvollstreckung in die Immobilie – aktuelle Entwicklungen und praktische Konsequenzen in: ZWE 2015, S. 297–303.
Jennißen, Georg / Kemm, Siegmar	Die Hausgeldverpflichtung des Wohnungseigentümers – gesichert durch eine dingliche Last? in: NZM 2012, S. 630–636.
Jennißen, Georg / Bartholome, Fridolin	Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrechts im Jahre 2010 in: NJW 2011, S. 2175–2180.
Jursnik, Andrea	Veräußerung von Grundbesitz nach Anordnung der Zwangsversteigerung in: MittBayNot 1999, S. 125–144.
Jursnik, Andrea	Störung der Vertragsabwicklung durch Anordnung der Zwangsversteigerung nach Beurkundung des Kaufvertrages in: MittBayNot 1999, S. 433–440.
Kesseler, Christian	Wohngeldrückstände als Gefahr für die Eigentumsvormerkung in: NJW 2009, S. 121–125.
Knees, Klaus-Niels	Die Bank als Grundpfandrechtsgläubiger in der Unternehmensinsolvenz in: ZIP 2001, S. 1568–1579.

Krampen-Lietzke, Sabine	Folgen der (Teil-)Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft in: notar 2013, S. 331–339.
Krauß, Hans-Frieder	Immobilienkaufvertrag – aktuelle Entwicklungen in: notar 2013, S. 331–339.
Kreuzer, Heinrich	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.09.2013 – V ZR 209/12 in: MittBayNot 2014, S. 239–243.
Kuhlke, Ulrich	Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung wegen Arglist des Verkäufers – Ausnahmslos? in: ZGS 2008, S. 169–176.
Langhein, Gerd	Wohnungseigentumsrecht – Aktuelle Entwicklungen in: notar 2015, S. 119–123.
Lehmann, Rudolf	Verabschiedungsreif: Die Rangfähigkeit der Eigentumsvormerkung in: NotBZ 2002, S. 205–208.
Lüke, Wolfgang	Beitragsforderungen in der Insolvenz des Wohngeldschuldners in: ZWE 2010, S. 62–70.
Mayer, Günter / Schneider, Wolfgang	Anmerkung zu LG Landau, Urt. v. 17. 8.2012 – 3 S 11/12 in: ZWE 2013, S. 50–52.
Mayer, Günter	Hausgeldforderungen in der Insolvenz in: ZfIR 2012, S. 86–88.
Moosheimer, Thomas	Der Hausgeldschuldner und die Titulierung gegen diesen, insbesondere nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Teil 2) in: ZMR 2015, S. 427–438.
Moosheimer, Thomas	Der Hausgeldschuldner und die Titulierung gegen diesen, insbesondere nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Teil 1) in: ZMR 2015, S. 350–356.
Müller, Udo / Rautmann, Heiko	Blick ins Insolvenzrecht in: DStR 2012, S. 37–40.
Pause, Hans-Egon / Vogel, Olrik	Auswirkungen der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft auf die Verfolgung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gegenüber dem Bauträger in: NJW 2006, S. 3670–3672.
Reymann, Christoph	Keine dingliche Haftung für Wohngeldrückstände – Ist der Erwerber einer Eigentumswohnung vor einer Inanspruchnahme sicher? in: ZWE 2013, S. 446–449.
Schmidberger, Gerhard / Slomian, Norbert	Die Dinglichkeit des Hausgeldes in: ZMR 2010, S. 579–585.
Schmidt-Räntsche, Jürgen	Die Rechtsprechung des BGH zum Wohnungseigentumsrecht von Oktober 2010 bis Oktober 2011 in: ZWE 2011, S. 429–439.
Schmidt-Räntsche, Jürgen	Rechtsprechung des BGH zum Wohnungseigentumsrecht von Oktober 2012 bis Oktober 2013 in: ZWE 2013, S. 429–442.
Schneider, Wolfgang	§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG - Reform der Rangklasse 2? Änderungsbedarf und Gestaltungsmöglichkeiten in: ZWE 2013, S. 246–253.
Schneider, Wolfgang	Zwangsvollstreckung von Beitragsforderungen gegen den werdenden Wohnungseigentümer in: ZWE 2010, S. 341–352.
Schneider, Wolfgang	Zur dinglichen Wirkung persönlicher Hausgeldansprüche in: ZWE 2014, S. 61–75.
Schneider, Wolfgang	Ausgewählte Fragestellungen zur Immobiliarvollstreckung nach der WEG-Novelle 2007 in: ZfIR 2008, S. 161–170.

Schneider, Wolfgang	Anmerkung zu AG Bonn, Urt. v. 4.3.2011 — 104 C 351/10 in: ZMR 2011, S. 421–423.
Schneider, Wolfgang	Hausgeldansprüche in der Insolvenz eines Wohnungseigentümers in: ZMR 2012, S. 749–756.
Schneider, Wolfgang	Aktuelle Probleme mit der Beitreibung von Hausgeldansprüchen in der Zwangsversteigerung in: ZMR 2014, S. 185–188.
Schneider, Wolfgang	Der dingliche Charakter von Hausgeldansprüchen gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in: ZMR 2009, S. 165–172.
Schreindorfer, Benedikt	Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 9.5.2014 – V ZB 123/13 in: MittBayNot 2015, S. 39–45.
Schultz, Thomas	Der Wirksamkeitsvermerk als Gestaltungsalternative zu Rangvorbehalt und Rangrücktritt der Auflassungsvormerkung in: RNotZ 2001, S. 541–549.
Sinz, Ralf / Hiebert, Olaf	§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG – Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft ohne Beschlagnahme? in: ZInsO 2012, S. 205–208.
Suilmann, Martin	Wohnungseigentümer insolvent- was nun? Die Durchsetzung der in der Zwangsversteigerung bevorrechtigten Forderungen der Eigentümergemeinschaft im Insolvenzverfahren in: ZWE 2010, S. 385–389.
Suilmann, Martin	Bevorrechtigte Ansprüche gem. § 10 I Nr. 2 ZVG und das Verhältnis zu Auflassungsvormerkungen in: NotBZ 2010, S. 365–374.
Weber, Johannes	Das Rangklassenprivileg der Wohnungseigentümergemeinschaft – Herausforderung für Rechtsdogmatik und Vertragsgestaltung in: DNotZ 2014, S. 738–759.
Wedekind, Leif Holger	Auswirkungen der WEG1-Reform auf Zwangsverwaltungen in: ZfIR 2008, S. 600–610.
Weis, Dietmar	Änderungen in ZVG und WEG und die Auswirkungen auf die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis in: ZfIR 2007, S. 477–482.

A. Einleitung

Seit dem 1. Juli 2007 steht der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Zwangsvollstreckung in die Wohnungseigentumseinheit des Hausgeldschuldners ein begrenztes Vorrecht bezüglich rückständiger Hausgelder¹ zu. Hausgelder umfassen die aus dem Wohnungseigentum fälligen Ansprüche auf Zahlung der Beiträge zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums und des Sondereigentums gemäß § 16 Abs. 2 WEG einschließlich der Vorschüsse und Rückstellungen gemäß § 28 Abs. 2 und 5 WEG.² Insofern umfassen die sogenannten Hausgelder unter anderem Vorauszahlungen für Betriebskosten, Instandhaltungsarbeiten und ähnliche Kosten, die im Zusammenhang mit der Wohnungseigentumseinheit anfallen. Das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG soll sowohl im Zwangsversteigerungsverfahren als auch in der Insolvenz des Wohnungseigentümers eine Privilegierung schuldrechtlicher Ansprüche begründen und damit zur Erhaltung des Wohnungseigentums beitragen. Die Immobilie als wertvoller Vermögensgegenstand ist regelmäßig von einer wirtschaftlichen Krise des Eigentümers betroffen und damit sowohl Gegenstand der Individualvollstreckung nach dem ZVG als auch des Gesamtvollstreckungsverfahrens nach der InsO über das Vermögen des Hausgeldschuldners.³ Die Gesetzesnovelle aus dem Jahr 2007 sollte der Wohnungseigentümergemeinschaft in erster Linie eine effektive Vollstreckungsmöglichkeit einräumen und damit die Möglichkeit eröffnen, sich von einem zahlungsunfähigen oder -unwilligen Miteigentümer zu trennen, damit dieser nicht weiter auf Kosten der Gemeinschaft in seinem Wohnungseigentum verbleibt.⁴ Der Verband der Wohnungseigentümer soll danach gegen einen rückständigen Hausgeldschuldner gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG privilegiert gegenüber Dritten vollstrecken können, insbesondere gegenüber den dinglich gesicherten Kreditinstituten (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG).⁵

I. Einführung in die Problematik

Im Hinblick auf die Gesetzeslage vor der Reform waren die Ansprüche wegen rückständiger Hausgelder nur der Rangklasse 5 des § 10 Abs. 1 ZVG zugeordnet und fielen daher häufig aus. Zwangsversteigerungsverfahren, die von der Wohnungseigentümergemeinschaft betrieben wurden, scheiterten damit an den vom Ersteher zu übernehmenden Grundpfandrechten, die in der Rangklasse 4 und damit vorrangig vor der Wohnungseigentümergemeinschaft befriedigt wurden.⁶ Dies folgte vor allem daraus, dass der Wert des Versteigerungsobjekts von den Grundpfandrechten zumeist ausgeschöpft wurde oder es aufgrund der zu übernehmenden Belastungen erst gar nicht zu einem Zuschlag im Versteigerungsverfahren kam. Für die Gemeinschaft lag so mit der Rangklasse 5 des § 10 Abs. 1 ZVG keine ausreichende Sicherung vor.⁷ Das eine ausreichende Sicherung fehlte, zeigte sich dabei in zweifacher Hinsicht, denn neben dem Ausfall der Forderung aufgrund der hohen Belastung mit vorrangig zu befriedigenden Grundpfandrechten, erfolgte auch kein Austausch des bisherigen, säumigen Eigentümers. Eine aussichtslose Vollstreckung durch Versteigerung ging die Wohnungseigentümergemeinschaft insofern gar nicht erst an. Damit erhöhte sich die

¹ Hausgeldansprüche sind hier im Sinne des ZVG zu verstehen.

² LG Ravensburg, BeckRS 14076; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 48; Stöber, ZVG, § 10, Rn. 4.1; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 22; Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 15.

³ Cranshaw, ZfIR 2015, 461; <https://www.ihk-nuernberg.de/de/IHK-Magazin-WiM/WiM-Archiv/WIM-Daten/2009-09/Special/Immobilien/Was-geschieht-mit-den-Immobilien-.jsp>, zuletzt aufgerufen am 3. November 2017.

⁴ BT-Drucks. 16/887, S. 43; Stöber, ZVG, 19. Aufl. 2009, § 10, Ziff. 4.9; Drasdo, ZWE 2012, 406; Fabis ZfIR 2010, 354, 355.

⁵ BGH NJW 2011, 3098, 3099; Stöber, ZVG, § 10. Rn. 4.2.; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 21; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 472.

⁶ LG Berlin, ZWE 2011, 97, 98.

⁷ Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 42; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 42; Weber, DNotZ 2014, 738; Alff, ZWE 2010, 105; Cranshaw ZfIR 2015, 461, 475.

Wahrscheinlichkeit weiterer Hausgeldschulden. Durch den Ausfall der Hausgelder wurde nicht selten der Wert des Wohnungseigentums durch die damit einhergehende Verwahrlosung entwertet. Die Novelle des WEG sollte der Wohnungseigentümergemeinschaft insofern eine bessere Ausgangsposition verschaffen, ihre Rechte durchzusetzen.

II. Gang der Untersuchung und Ziele der Arbeit

Die dogmatische Einordnung und der praktische Umgang mit dem Vorrecht stellen auch nach der Gesetzesnovelle und den Entscheidungen des BGH ein bisher nicht hinreichend gelöstes Problem dar. So sind die Rechtsnatur des Vorrechts und die Einstandspflicht eines Rechtsnachfolgers nicht befriedigend geklärt. Auch im Hinblick auf die Insolvenz des Wohnungseigentümers wird sich zeigen, dass die Teilung der Forderung in einen absonderungsberechtigten Teil und einen aus der Masse zu befriedigenden Teil nicht zielorientiert und damit nicht pragmatisch für die Wohnungseigentümergemeinschaft ist. Diese Probleme im Umgang mit dem Vorrecht setzen sich auch im Rahmen der Ersatzabsonderung fort, sofern der Insolvenzverwalter die Wohnungseigentumseinheit freihändig veräußert. Auch an dieser Stelle wird sich zeigen, dass die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung des Vorrechts nicht geeignet ist, einen ausreichenden Schutz der Wohnungseigentümergemeinschaft vor dem Verlust der rückständigen Hausgelder zu gewährleisten.

Um die Kritik von Rechtsprechung und Literatur anhand der Argumentation des BGH nachvollziehen zu können, werden, nach einer kurzen Einführung in den Regelungsumfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG (B.), zunächst drei bedeutende Entscheidungen des BGH aus den Jahren 2011, 2013 und 2014 skizziert (C.) und gleichzeitig anhand der Bearbeitung herausgestellt, inwiefern die Entscheidungen zu einer Lösung im Umgang mit dem Vorrecht beitragen konnten. Hierbei wird sich zeigen, dass dies nur sehr eingeschränkt der Fall war. Im Anschluss hieran befasst die Arbeit sich zunächst mit der dogmatischen Einordnung des Vorrechts (D.). Mit unmittelbarem Bezug zur Praxis wird danach der Umgang mit dem Vorrecht im Rahmen der Rechtsnachfolge beleuchtet (E.), bevor eine Betrachtung des Verhältnisses der Vormerkung zum Vorrecht betrachtet wird (F.). Zu guter Letzt wird auf die Relevanz des Vorrechts in der Insolvenz des Hausgeldschuldners (G.) und die Möglichkeiten der Geltendmachung des Vorrechts eingegangen (H). Im Fokus der Bearbeitung steht dabei nicht die Darlegung der vertretenen Meinungsstände, sondern vielmehr das Suchen nach präventiven Lösungsansätzen im Hinblick auf Risiken, sowohl für einen etwaigen Erwerber als auch für die Wohnungseigentümergemeinschaft. Abschließend findet eine Darstellung der Möglichkeiten einer Geltendmachung des Vorrechts statt sowie ein Ausblick auf die Reformbestrebungen des Gesetzgebers im Hinblick auf das ZVG.

Im Ergebnis soll die Betrachtung der Probleme, die durch die Entscheidungen des BGH – aber auch schon zuvor – bestanden, im Kontext der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu einem Lösungsansatz führen.

B. Einführung in die Begrifflichkeiten

An dieser Stelle soll zunächst eine Einführung in Begrifflichkeiten erfolgen, die für das Verständnis der Arbeit unabdingbar sind.

I. Das Rangsystem des § 879 BGB und des § 10 ZVG

Die Rangfolge der Ansprüche von Gläubigern ist gesetzlich in den § 879 BGB sowie den §§ 10 ff. ZVG geregelt. Diese Vorschriften legen den Rang der Befriedigung von Nutzungs-, Verwertungs- und Erwerbsrechten fest. Der Rang eines Rechts entscheidet grundsätzlich auch über seinen wirtschaftlichen Wert, da eine Befriedigung der Gläubiger entsprechend dem Rangverhältnis der Rechte untereinander und zueinander erfolgt. Mehrere Rechte an einem Grundstück können dabei in einem Konkurrenzverhältnis zueinanderstehen. In diesem Fall bestimmt das Rangverhältnis welcher Berechtigte Vorrang bei der Ausübung seines Verwertungs-, oder Nutzungsrechts genießt.⁸ Bei nicht eintragungsbedürftigen Rechten, dessen Rang sich nicht aus dem Grundbuch ergibt, folgt der Rang aus den gesetzlichen Regelungen.⁹ Die Vorschrift des § 10 ZVG regelt in welcher Reihenfolge die berechtigten Ansprüche zu befriedigen sind. Der Erfolg der Zwangsversteigerung wird insofern maßgeblich von der Rangklasse bestimmt, da eine Befriedigung erst dann stattfindet, wenn die Ansprüche der vorgehenden Rangklassen vollumfänglich befriedigt wurden.¹⁰ Die Reihenfolge des § 10 ZVG ist auch maßgebend für die Feststellung des geringsten Gebots gemäß §§ 44 ff. ZVG sowie für die Verteilung des Versteigerungserlöses gemäß §§ 109 ff. ZVG und der Überschüsse in der Zwangsverwaltung, §§ 155 ff. ZVG.¹¹ Treffen mehrere Rechte der Rangklassen 4, 5, 6 und 8 zusammen, so regelt § 11 ZVG mit Hinweis auf die Vorschrift des § 879 BGB die Verhältnisse mehrerer Ansprüche untereinander, wohingegen die Vorschrift des § 12 ZVG die Rangfolge von Teilanträumen innerhalb eines Rechts regelt.¹²

II. Das Wohnungseigentum

Das Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) trat am 30. März 1951 in Kraft. Ziel der Einführung des Wohnungseigentums war vor allem die nach dem zweiten Weltkrieg bestehende Wohnungsnot zu beheben und der Bevölkerung die Möglichkeit zu schaffen Immobilieneigentum zu erwerben und damit privates Vermögen zu bilden.¹³ Zuvor bestand bis zum Inkrafttreten des BGB zum 1. Januar 1900 bereits die Möglichkeit, sogenanntes Stockwerks- oder Raumeigentum zu bilden.¹⁴ Der Begriff des Wohnungseigentums ist erst mit Inkrafttreten des WEG entstanden und in § 1 Abs. 2 WEG definiert als „das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört“. Wohnungseigentum ist danach Sondereigentum und kann ausschließlich an zu Wohnzwecken dienenden Räumen begründet werden.¹⁵ Wohnungseigentum ist echtes Eigentum, womit alle Vorschriften über das Eigentum Anwendung finden.¹⁶ Das Wohnungseigentum setzt sich zusammen aus dem Alleineigentum am Sondereigentum (§§ 903 ff. BGB) und Miteigentum am gemeinschaftlichen Eigentum (§§ 1008 ff. BGB).¹⁷ Miteigentum am Gemeinschaftseigentum und

⁸ BeckOK-BGB/H.-W- Eckert, § 879, Rn. 1.

⁹ BeckOK-BGB/H.-W- Eckert, § 879, Rn. 1.

¹⁰ Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, § 10 ZVG, Rn. 1.

¹¹ Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, § 10 ZVG, Rn. 1.

¹² Vgl. Bartels, Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung, S. 44.

¹³ Bärmann/Seuß-Drasdo, WEG, § 1, Rn. 17.

¹⁴ Bärmann/Seuß-Drasdo, WEG, § 1, Rn. 15.

¹⁵ MüKo-BGB/Commichau, § 1 WEG, Rn. 7; wobei es nicht schadet, wenn einzelne Keller- oder Garagenräume zu der Wohnungseigentumseinheit gehören.

¹⁶ Bärmann/Pick, WEG, § 1, Rn. 2.

¹⁷ Hügel/Elzer, WEG, § 1, Rn. 8

das Sondereigentum sind dabei untrennbar miteinander verbunden und stehen gleichrangig nebeneinander. Jeder Wohnungseigentümer ist danach Bruchteilseigentümer am Gemeinschaftseigentum und zudem Sondereigentümer aufgrund seines Sondereigentumsanteils.

III. Die Wohnungseigentümergemeinschaft

Jeder Wohnungseigentümer ist mit Erlangung seines Sondereigentums gleichzeitig (Zwangs-)Mitglied des Verbands der Wohnungseigentümer, die Mitgliedschaft in der Gemeinschaft ist insofern untrennbar mit dem Wohnungseigentum verbunden.¹⁸ Die Wohnungseigentümergemeinschaft lässt sich keinem bestehenden Typus einer Personengesellschaft oder juristischen Person zuordnen.¹⁹ Bei der Wohnungseigentümergemeinschaft steht der individuelle Zweck der Nutzung des Wohnungseigentums im Vordergrund und nicht der von den Gesellschaftern vereinbarte Zweck.²⁰ Die von der Wohnungseigentümergemeinschaft beschlossene Gemeinschaftsordnung hat in diesen Zusammenhang eine ähnliche Funktion wie die Satzung. Die Wohnungseigentümergemeinschaft ist in ihrer Funktion unauflöslich und damit nicht von einem Mitgliederwechsel abhängig.²¹ Die Verwaltung des Wohnungseigentums übernimmt der von der Wohnungseigentümerversammlung durch Beschluss bestellte Verwalter. Hier gilt der Grundsatz der Fremdorganisation.²² Der Verwalter stammt damit nur in Ausnahmefällen aus den Reihen der Wohnungseigentümer.

Mit seiner Entscheidung vom 2. Juni 2005 hat der BGH der Wohnungseigentümergemeinschaft eine Teilrechtsfähigkeit zuerkannt.²³ Die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft bezieht sich auf das Verwaltungsvermögen und auf Forderungen und Verbindlichkeiten, die von der Gemeinschaft bei Teilnahme am Rechtsverkehr begründet wurden oder ihr gesetzlich zustehen.²⁴ Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft ist damit trotz der Entscheidung des BGH nur in sehr eingeschränkten Grenzen gegeben.²⁵

Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann Entscheidungen durch Beschluss oder Vereinbarung treffen. Während die Vereinbarung den inhaltlichen Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 und 3 WEG unterliegt und darauf zielt, den Inhalt des Sondereigentums festzulegen, betreffen die gesetzlich vorgesehenen Beschlussangelegenheiten grundsätzlich nur Maßnahmen der Verwaltung und des Gebrauchs des Sonder- und Gemeinschaftseigentums.²⁶

IV. Das Hausgeld

Die der Rangklasse 2 des ZVG zugeordneten Hausgelder umfassen in erster Linie die aus dem Wohnungseigentum fälligen Ansprüche auf Zahlung der Beiträge zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums und des Sondereigentums gemäß § 16 Abs. 2 WEG, einschließlich der Vorschüsse und Rückstellungen gemäß § 28 Abs. 2 und 5 WEG.²⁷ Unter Lasten versteht man dabei die auf dem Wohnungseigentum ruhenden schuldrechtlichen Verpflichtungen der Wohnungseigentümer, wobei eine gesamtschuldnerische Haftung aller Wohnungseigentümer und die dingliche Haftung des Grundstücks vorausgesetzt ist.

¹⁸ Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 5.

¹⁹ Krampen-Lietzke, RNotZ 2013, 575, 576.

²⁰ Krampen-Lietzke, RNotZ 2013, 575, 576.

²¹ Bärmann/Suilmann, WEG, § 10, Rn. 201.

²² Bärmann/Suilmann, WEG, § 10, Rn. 201.

²³ BGHZ 163, 154.

²⁴ Pause/Vogel, NJW 2006, 3670.

²⁵ BGH, NJW 2006, 2187, 2188.

²⁶ Bärmann/Suilmann, WEG, § 10, Rn. 170.

²⁷ Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 15; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 48; Stöber, ZVG, § 10, Rn. 4.1; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 22; LG Ravensburg, BeckRS 14076.

B. Einführung in die Begrifflichkeiten

Lasten können sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlicher Natur sein.²⁸ Hinsichtlich der Kosten unterscheidet das Gesetz zwischen Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung, der sonstigen Verwaltung und des gemeinschaftlichen Gebrauchs. Kosten sind demnach unter anderem Ausgaben zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Gemeinschaftseigentums, die durch den Gebrauch des Grundstücks verursachten Kosten (Wasserversorgung, Betriebskosten) sowie Kosten für Bankgebühren.²⁹ Die Pflicht zur Zahlung der Hausgelder ergibt sich aus der Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergemeinschaft. Die Pflicht zur Kostentragung besteht dabei nicht gegenüber den anderen Wohnungseigentümern der Gemeinschaft, sondern gegenüber der rechtsfähigen Wohnungseigentümergemeinschaft als Gläubigerin der Beitragsansprüche.³⁰ Die in § 16 Abs. 2 WEG angelegte Zahlungspflicht der Wohnungseigentümer wird durch den Beschluss der Wohnungseigentümer über die Jahresabrechnung und den Wirtschaftsplan der Wohnungseigentümergemeinschaft konkretisiert. Der Wirtschaftsplan enthält gemäß § 28 Abs. 1 WEG die anteilmäßige Verpflichtung der Wohnungseigentümer zur Lasten- und Kostentragung sowie die Beitragsleistung zur Instandhaltungsrücklage.³¹ Auch die Pflicht der Wohnungseigentümer zur Leistung von Vorschüssen auf die Beiträge ist in § 28 Abs. 2 WEG geregelt.

²⁸ Privatrechtliche Verpflichtung können beispielsweise Grundschulzinsen sein. Als öffentlich-rechtliche Verpflichtungen kommen Kanalanschlussgebühren oder Straßenreinigungsgebühren in Betracht. Zu beachten ist, dass es sich bei der Grundsteuer und den Erschließungsbeiträgen nicht um gemeinschaftliche Lasten handelt, diese werden für jeden Wohnungseigentümer getrennt erhoben und sind damit keine öffentlich-rechtliche Verpflichtung der gesamten Gemeinschaft.

²⁹ Sauren, WEG, § 16, Rn. 6b ff.

³⁰ MüKo-BGB/Engelhardt, § 16 WEG, Rn. 83.

³¹ Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 5

C. Das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ist im Umfang sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht beschränkt. Dies insbesondere, um die nachfolgenden dinglichen Gläubiger nicht unangemessen zu benachteiligen.³² Erfasst sind danach die laufenden und die rückständigen Beträge aus dem Jahr der Beschlagnahme und den vorangegangenen zwei Jahren.³³ Zudem besteht die Begrenzung der Höhe nach auf 5 % des festgesetzten Verkehrswerts, wobei ein Mindestbetrag von 3 % des Einheitswerts vorliegen muss. Auch eine Objektbezogenheit wurde festgelegt, um sicherzustellen, dass die Versteigerung nur aufgrund rückständiger Beträge aus eben der Wohnungseinheit erfolgt, in die die Zwangsvollstreckung betrieben wird.³⁴ Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Titulierung der vom Vorrecht umfassten Forderungen bei mehreren Wohnungseinheiten des Schuldners von Bedeutung.³⁵

I. Betragsmäßiger Umfang des Vorrechts – Benachteiligung der im Rang nachfolgenden Gläubiger

Der Gesetzgeber hat sich mit der Regelung in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG für eine Beschränkung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft entschieden. So kann diese im Umfang von 5 % des gemäß § 74a Abs. 5 ZVG festzusetzenden Verkehrswerts des Wohnungseigentums, eine vorrangige Befriedigung verlangen. Hiervon umfasst sind auch die Kosten der Rechtsverfolgung, also zur Beschaffung eines Titels durch die Wohnungseigentümergemeinschaft.³⁶ Der übrige Betrag kann in der wirtschaftlich zumeist nutzlosen Rangklasse 5 geltend gemacht werden.³⁷

Der Verkehrswert wird durch den Preis bestimmt, der sich nach den rechtlichen Gegebenheiten, dem gewöhnlichen Geschäftsverkehr und den tatsächlichen Eigenschaften wie der Lage des Grundstücks erzielen lässt. Der Verkehrswert entspricht also dem voraussichtlich zu erzielenden Verkaufswert im Rahmen einer freihändigen Veräußerung.³⁸ Der Wohnungseigentümergemeinschaft ist aufgrund dieser betragsmäßigen Begrenzung des Vorrechts daran gelegen, dass das Verkehrsgutachten einen möglichst hohen Wert bescheinigt.³⁹ Die betragsmäßige Begrenzung des Vorrechts dient dabei vor allem dazu, dafür zu sorgen, dass die im Rang nachfolgenden Gläubiger nicht benachteiligt werden und der finanzielle Umfang des Vorrechts des vorausgehenden Rechts für sie kalkulierbar wird.⁴⁰ Hierzu zählen insbesondere die Grundpfandrechts-gläubiger. Zweifel im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Privilegierung ergeben sich insbesondere daraus, dass die Forderungen nicht grundbuchersichtlich sind.⁴¹ Dies ist den nachrangigen Grundpfandrechtsgläubigern indes zumutbar, da sie mit einer breiteren Risikostreuung als die Wohnungseigentümergemeinschaft vorgehen und ein (teilweiser) Ausfall ihrer Forderung sie damit weitaus weniger treffen wird.⁴² Zudem

³² BT.-Drs. 16/887 S. 43 f.

³³ Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 186; Drasdo, ZWE 2012, 406, 407; Sinz/Hiebert, ZInsO 2010, 205.

³⁴ BT.-Drs. 16/887, S. 10, 13, 43; Fabis, ZfIR 2010, 354, 356; Hintzen/Alff ZInsO, 2008, 480, 483; Stöber, ZVG, § 10, Rn. 4.2.; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 48; Dépré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 46; Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 193; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 735; dies erlangt freilich nur da Bedeutung, wo der Schuldner mehrere Wohnungen hält.

³⁵ LG Passau, BeckRS 2008, 04302.

³⁶ Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 26; Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 193; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 733; Jennißen, WEG, § 28, Rn. 239c.

³⁷ LG Berlin, ZWE 2011, 97, 98; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 51; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 26.; Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 195; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 741; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 67L; Böttcher, § 10 ZVG, Rn. 21; Derleder ZWE 2008, 13, 14.

³⁸ Böttcher, ZVG, § 74a, Rn. 25.

³⁹ Jacoby, ZWE 2015, 297, 299.

⁴⁰ BT.-Drs. 16/887, S. 43 f.

⁴¹ Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 21.

⁴² Dépré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 42.

haben die Kreditinstitute eine weitaus bessere Möglichkeit, im Vorhinein zu prüfen, mit wem sie eine Geschäftsbeziehung eingehen. Diese Möglichkeit besteht für die Wohnungseigentümergemeinschaft nicht. Zwar besteht in einigen Teilungserklärungen ein Zustimmungsvorbehalt des Verwalters hinsichtlich der Veräußerung des Wohnungseigentums gemäß § 12 WEG, dies jedoch vor allem, damit der Verwalter und damit die Wohnungseigentümergemeinschaft Kenntnis von den jeweiligen Eigentumsverhältnissen an den Wohnungseinheiten hat. Aus diesem Grund darf der Verwalter die Zustimmung zur Veräußerung in diesen Fällen auch nur aus wichtigem Grund versagen.

Im Weiteren beugt die betragsmäßige Begrenzung des Vorrechts der Gefahr von Manipulationen durch die Wohnungseigentümergemeinschaft durch nachträglich beschlossene Sonderumlagen vor.⁴³ Und auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip wird durch die betragsmäßige Begrenzung Rechnung getragen und damit der Versteigerung wegen einer Bagatellforderung entgegengewirkt.⁴⁴ Trotz der betragsmäßigen Begrenzung wird das Vorrecht von den Kreditinstituten freilich als einschneidender Nachteil begriffen. Dass im Gesetzgebungsverfahren dennoch kein Widerstand aufkam, löste Verwunderung aus.⁴⁵ Ein solcher Widerstand zeigt sich hier wohl insbesondere deshalb nicht, weil die Kreditinstitute frühzeitig in die Reformbestrebungen des Gesetzgebers mit eingebunden wurden.⁴⁶ Zudem kommt das Vorrecht auch den Grundpfandrechtsgläubigern zugute, indem einer Schädigung durch verfallendes Wohnungseigentum vorgebeugt wird.⁴⁷ Auch ist es für die Kreditinstitute eine nicht gänzlich neue Erfahrung, dass sie trotz ihrer erstrangigen und versteigerungsfesten Sicherung gefährdet sein können. Insbesondere mit Blick auf die öffentlichen Grundstückslasten ist dieses Prozedere schon bekannt. Auch die Angst, dass die Rangklassenprivilegierung zu einer Verminderung des Beleihungswerts des Wohnungseigentums führt, ist nicht berechtigt.⁴⁸ So wird im Ergebnis eine EINPREISUNG der 5 % des Vorrechts bei der Kreditvergabe durch die Banken erfolgen. Im Hinblick darauf, dass es sich hier zumeist ohnehin um „peanuts“ für die Grundpfandrechtsgläubiger handelt, ist eine Absenkung der Beleihungsgrenze nicht angezeigt.⁴⁹ Auch die mit der Regelung einhergehende Praxis der Kreditinstitute, den Erwerb von Wohnungseigentum nicht mehr zu 100 % zu finanzieren, ist eher ein positiver Effekt der Reform, da ein Erwerb ohne Eigenkapital und damit eine äußerst knappe Finanzierung im Ergebnis weder für den Erwerber noch für die Wohnungseigentümergemeinschaft begrüßenswert ist.⁵⁰ In der Folge wird der zukünftige Wohnungseigentümer somit möglicherweise ein höheres Eigenkapital zum Erwerb einer Wohnungseigentumseinheit benötigen.⁵¹ Insofern ist weder eine nachteilige Auswirkung des Vorrechts auf die Wohnungseigentümergemeinschaft, noch eine unangemessene Benachteiligung der nachfolgend dinglich gesicherten Gläubiger durch die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG zu befürchten.⁵²

II. Zeitliche Begrenzung des Vorrechts

In zeitlicher Hinsicht ist das Vorrecht begrenzt auf die zwei Jahre vor der Beschlagnahme sowie die laufenden Beträge aus dem Jahr der Beschlagnahme. Auch dieser Mechanismus wurde zum Schutz der nachfolgenden Gläubiger gewählt, um das Vorrecht für diese in überschaubaren Grenzen zu halten und für diese

⁴³ BT.-Drs. 16/887, S. 45; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 51.

⁴⁴ Stöber, ZVG, § 10, Rn. 16.1.

⁴⁵ Köhler, Das neue WEG, § 10 ZVG, Rn. 729; Kesseler, NJW 2009, 121; Mayer/Schneider, ZWE 2013, 50, 51.

⁴⁶ Schneider, ZWE 2014, 61, 66.

⁴⁷ BT.-Drs. 16/887 S. 43; Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 635; Derleder, ZfIR 2011, 825, 830.

⁴⁸ Dies sehen Fabis in ZfIR 2010, 355, 358 und Jennißen, WEG, § 28, Rn. 227 hingegen anders.

⁴⁹ Derleder, ZWE 2008, 13; Schmidberger/Slomian, ZMR 2010, 579, 584.

⁵⁰ Jennißen, WEG, § 28, Rn. 227; Häublein, ZWE 2004, 48, 63.

⁵¹ Spielbauer/Then, WEG, § 10 ZVG, Rn. 1.

⁵² BT. Drs. 16/887 S. 43; Jennißen/Kemm, ZWE 2012, 630, 635; Derleder, ZfIR 2011, 825, 830.

C. Das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

somit auch kalkulierbar bleibt.⁵³ Die Abgrenzung von laufenden und rückständigen Beträgen erfolgt in diesem Fall gemäß § 13 ZVG.⁵⁴ Laufende Beträge liegen danach vor, wenn sie nach der Beschlagnahme fällig geworden sind oder es sich um die letzten vor der Beschlagnahme fällig gewordenen Beträge handelt.⁵⁵ Der Zeitpunkt der Beschlagnahme ergibt sich aus § 22 Abs. 1 ZVG und aus § 27 Abs. 2 ZVG, wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft ihre Forderung im Rahmen eines bereits laufenden Zwangsvollstreckungsverfahrens geltend macht. Wirksam wird die Beschlagnahme in dem Zeitpunkt, in dem der Beschluss über die Anordnung der Zwangsversteigerung dem Schuldner zugestellt wird oder in welchem der Antrag auf Ersuchen der Eintragung eines Versteigerungsvermerks im Grundbuch dem Grundbuchamt zugeht.⁵⁶ Weiter zurückliegende Beträge als jene, die vom Zeitraum des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG umfasst sind, können indes nicht in der Rangklasse 2 geltend gemacht werden.⁵⁷ Hier ist eine Zwangsversteigerung jedoch nach den allgemeinen Regeln in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Hausgeldschuldners durchführbar.

⁵³ Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 51.

⁵⁴ BGH NJW 2011, 3098, 3101; Kindel/Meller-Hanich/Wolf/Sievers, ZVG, § 10, Rn. 19; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 25; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 736; Köhler, Das neue WEG, § 10 ZVG, Rn. 713; Hügel/Elzer, Das neue WEG-Recht, 2007, § 15, Rn. 33.

⁵⁵ Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 25; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 45.

⁵⁶ Jennißen, WEG, § 28, Rn. 239a.

⁵⁷ Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 25; Derleder ZWE 2008, 13, 14.

D. Die grundlegenden Entscheidungen des BGH zum Vorrecht der Wohnungseigentümergegemeinschaft

Der BGH hat im Hinblick auf das Vorrecht der Wohnungseigentümergegemeinschaft drei wichtige Entscheidungen getroffen, was den Umgang und die Rechtsfolgen im Hinblick auf die Privilegierung aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG betrifft. Diese Arbeit beschäftigt sich maßgeblich mit diesen Entscheidungen. Daher werden diese kurz vorgestellt und im Laufe der weiteren Bearbeitung immer wieder aufgegriffen werden.

I. Die Entscheidung aus dem Jahr 2011

Der Entscheidung des BGH⁵⁸ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die klagende Wohnungseigentümergegemeinschaft hatte gegen die Eigentümerin zweier Wohnungseigentumseinheiten fällige Hausgeldansprüche für die Jahre 2006 und 2007 in Höhe von 4.677,29 Euro und 9.175,29 Euro. Über das Vermögen der Hausgeldschuldnerin wurde am 27. Dezember 2007 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Wohnungseigentümergegemeinschaft wollte nun wegen der rückständigen Hausgelder in die Wohnungen der Schuldnerin vollstrecken. Hierzu verklagte sie den Insolvenzverwalter auf Zahlung und hilfsweise auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Die erste Instanz gab der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung statt und wies die Klage im Übrigen ab. Sowohl die Berufung des Beklagten als auch die Anschlussberufung der Klägerin blieben ohne Erfolg. Der IX. Zivilsenat des BGH entschied anders und hob die angefochtene Entscheidung am 21. Juli 2011 auf und verwies sie zurück an das Berungsgericht. Der Senat erkannte in dem Urteil über das Revisionsverlangen des Beklagten ein Absonderungsrecht zugunsten der Wohnungseigentümergegemeinschaft an Insolvenzforderungen an.

Die Wohnungseigentümergegemeinschaft kann danach auch während eines Insolvenzverfahrens des Hausgeldschuldners wegen rückständiger Beiträge aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten zwei Jahren davor im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG vorrangig vor den öffentlichen Lasten aus Rangklasse 3 und den Rechten der Grundpfandgläubiger der Rangklasse 4 die Zwangsversteigerung betreiben. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens habe insofern die Wirkung einer Beschlagnahme.

Mit dieser Entscheidung, die durchaus als Chance für die Wohnungseigentümergegemeinschaft gewertet werden kann, entstehen aber auch Fragen. Können rückständige Beträge bei einer freihändigen Veräußerung auch gegen den Erwerber durchgesetzt werden? Und warum entsteht ein Absonderungsrecht nur für die Forderungen, die vor der Insolvenzeröffnung fällig geworden sind, nicht aber für solche, die danach fällig wurden? Diese Fragen hängen teilweise unmittelbar mit der dogmatischen Bedeutung des Vorrechts zusammen. Teilweise beschränken sie sich jedoch auch auf die Durchsetzungsmöglichkeiten des Absonderungsrechts. So ließ der BGH in seiner Entscheidung die Dogmatik des Vorrechts weitgehend unberücksichtigt.⁵⁹

II. Die Entscheidung aus dem Jahr 2013

Am 13. September 2013 lag dem BGH⁶⁰ folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor: Der Sohn des Beklagten war Eigentümer einer Wohnungseinheit, für die er in den Jahren 2009 und 2010 jeweils die Abrechnungsspitzen aus den Jahresabrechnungen nicht beglich. Am 30. April 2010 wurde das Insolvenzver-

⁵⁸ BGH NJW 2011, 3098.

⁵⁹ Dies wird auch anders vertreten: vgl. LG Berlin, ZWE 2011, 97, 98; LG Heilbronn, ZWE 2013, 230, das der Ansicht ist, dass der Insolvenzsenat grundlegende Ausführungen zur Rechtsnatur des Vorrechts gemacht hat.

⁶⁰ BGHZ 198, 216.

D. Die grundlegenden Entscheidungen des BGH zum Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft

fahren über das Vermögen des Hausgeldschuldners eröffnet. Die Wohnungseigentümergemeinschaft meldete die offene Forderung in Höhe von 1.724,77 Euro zur Insolvenztabelle an. Mit notariellem Vertrag vom 9. Juni 2010 erwarb der Beklagte die Wohnung vom Insolvenzverwalter. Die Eintragung im Grundbuch als Eigentümer erfolgte am 13. Juli 2010. Die Wohnungseigentümergemeinschaft erhob sodann Klage gegen den neuen Eigentümer der Wohnungseigentumseinheit auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum. Die Klägerin vertrat hier die Auffassung, dass der Beklagte mit dem Wohnungseigentum für die Hausgeldrückstände einzustehen habe. Die Klage hatte weder in erster noch in zweiter Instanz Erfolg. Diese Auffassung teilt auch der V. Zivilsenat in seiner Entscheidung.

Der BGH verneinte – für viele überraschend – die Erwerberhaftung mit der Begründung, dass § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG gerade kein dingliches Recht begründe.⁶¹ Die Entscheidung ist teils mit Zustimmung aufgefasst worden, teils hat sie heftige Gegenreaktionen ausgelöst.⁶² Bereits vor der Entscheidung des BGH gab es einen gefestigten Meinungsstand, der sich für eine Dinglichkeit des Rechts aussprach.⁶³ In der Folge sah der BGH sich erheblicher Kritik ausgesetzt, welche bis heute noch anhält. Dies resultiert nicht zuletzt daraus, dass eine Reihe erheblicher Rechtsfragen unmittelbar an die dogmatische Positionierung des Vorrechts anknüpft. Hier ist vor allem an die Haftung des Rechtsnachfolgers zu denken, aber auch an den Umgang durch die Wohnungseigentümergemeinschaft im Rahmen eines Insolvenzverfahrens des säumigen Wohnungseigentümers. So wird sich zeigen, dass ein vollumfänglicher Schutz der Wohnungseigentümergemeinschaft kraft Gesetzes in beiden Fällen nur bei Anerkennung eines dinglichen Rechts gewährleistet werden kann.

III. Die Entscheidung aus dem Jahr 2014

Auch in der Senatsentscheidung vom 9. Mai 2014⁶⁴ ging es um Privilegien aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Vormerkungsberechtigte setzten sich gegen die Versteigerung des Wohnungseigentums mit rückständigem Hausgeld zur Wehr. Betrieben wurde die Vollstreckung durch die Wohnungseigentümergemeinschaft.

Seit dem 20. Januar 1999 war eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beschwerdeführer im Grundbuch der Wohnungseigentumseinheit eingetragen. Am 8. Oktober 2010 wurde wegen der rückständigen Hausgelder die Zwangsversteigerung aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG angeordnet. Die Begünstigten der Auflassungsvormerkung teilten vor dem Versteigerungstermin mit, dass sie ihre Eintragung als

⁶¹ Hügel/Scheel, Teil 16, Rn. 58; Müller, FS Merle 2010, 255, 261; Palandt/Bassenge 71. Aufl. 2012, § 16, Rn. 29; PWW/Elzer/Riecke, 7. Aufl. 2012, § 16, Rn. 12 und nach § 28, Rn. 5 f.; Böttcher, ZfIR 2010, 345, 347; Böttcher, ZfIR 2010, 521, 531; Derleder, ZfIR 2010, 825, 830; Drasdo, NZI 2011, 731, 736; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 472; Mayer, ZfIR 2012, 86; Schmidberger/Slomian, ZMR 2010, 579; Schneider, ZMR 2009, 165; Schneider, ZWE 2010, 341, 347; Stöber, § 10, Rn. 4.7; Suilmann, NotBZ 2010, 365; Suilmann, ZWE 2010, 385; Greiner, ZMR 2012, 731, 733; Schneider, ZMR 2011, 421, 423.

⁶² Zustimmend: LG Tübingen, ZfIR 2016, 638, 639; Stöber, ZVG, § 10, Rn. 4.2; Jennißen, WEG, § 28, Rn. 204b; Bales, ZInsO 2014, 182, 184.

⁶³ So etwa OLG Dresden, ZWE 2011, 365; OLG Frankfurt, ZWE 2011, 89, 90; LG Koblenz, BeckRS 2011, 21451; LG Berlin, ZWE 2011, 97, 98; LG Heilbronn, ZWE 2013, 230; AG Koblenz, Rpflieger 2010, 282; Müller, FS Merle 2010, 255, 261; Müller, WEG, 10. Teil, Rn. 80; Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, § 10 ZVG, Rn. 14; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 33; Palandt/Bassenge 71. Aufl. 2012, § 16, Rn. 29; PWW/Elzer/Riecke, 7. Aufl 2012, § 16, Rn. 12 und nach § 28, Rn. 5 f.; Bärmann/Becker, § 16, Rn. 185; Böttcher, § 10, Rn. 19; Böttcher, ZfIR 2010, 345, 347; Böttcher, ZfIR 2010, 521, 531; Derleder, ZfIR 2010, 825, 830; Alff, ZWE 2010, 105, 106; Drasdo, NZI 2011, 731, 736; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 472; Mayer, ZfIR 2012, 86; Schmidberger/Slomian, ZMR 2010, 579; Schneider, ZMR 2009, 165; Schneider, ZWE 2010, 341, 347; Stöber, § 10, Rn. 4.7; Suilmann, NotBZ 2010, 365; Suilmann, ZWE 2010, 385; Greiner, ZMR 2012, 731, 733; Schneider, ZMR 2011, 421, 423.

⁶⁴ BGHZ 201, 157.

D. Die grundlegenden Entscheidungen des BGH zum Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft

Eigentümer beim Grundbuchamt beantragt hätten. Die Umschreibung des Eigentums erfolgte bis dahin jedoch nicht. Beim Versteigerstermin wurde die Auflassungsvormerkung nicht in das geringste Gebot aufgenommen. Auch wurde die Auflassungsvormerkung im Zuschlagsbeschluss nicht als bestehen bleibendes Recht aufgeführt. Die sofortige Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluss blieb erfolglos. Ebenso wenig Erfolg hatte die Rechtsbeschwerde der Beschwerdeführer.

Der Kern der Entscheidung des BGH vom 9. Mai 2014 ist danach, dass eine vor der Anordnung der Zwangsversteigerung eingetragene Auflassungsvormerkung eine durch die Wohnungseigentümergemeinschaft aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG betriebene Zwangsversteigerung nicht übersteht, da sie der Rangklasse 4 zugeschlagen wird.⁶⁵

Bereits verwehrt hatte der BGH den Hausgeldansprüchen ihre Einordnung als dingliches Recht.⁶⁶ In der Schlussfolgerung entschied er sich nun dafür, den zwangsvollstreckungsrechtlichen Vorrang der Hausgeldansprüche im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG gegen eine vor der Beschlagnahme eingetragene Auflassungsvormerkung durchzusetzen. In der Folge fiel die Auflassungsvormerkung in der konkreten Entscheidung nicht in das geringste Gebot und erlosch durch den Zuschlag. Darüber hinaus stellte der V. Zivilsenat fest, dass der zwangsvollstreckungsrechtliche Vorrang aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG stets Vorrang vor einer eingetragenen Vormerkung haben soll. Dies auch ungeachtet der Reihenfolge der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch und der Anordnung der Zwangsversteigerung. Die Möglichkeit des Eigentumserwerbs des Vormerkungsinhabers besteht danach nur in den engen Grenzen des gutgläubigen Erwerbs. In der Folge ist das Zwangsversteigerungsverfahren nicht gemäß § 28 Abs. 1 ZVG aufzuheben. Als Reaktion auf diese Entscheidung wurde vor allem die Bedeutung der Vormerkung in Gefahr gesehen.⁶⁷ Ob dies in der Praxis tatsächlich zu befürchten ist und ob die Entscheidung des BGH im Kontext der bisherigen zum Vorrecht ergangenen Entscheidungen konsistent ist, soll untersucht werden.

⁶⁵ BGHZ 201, 157.

⁶⁶ BGHZ 198, 216.

⁶⁷ Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48.

E. Die Schwierigkeiten der dogmatischen Einordnung des Vorrechts

Die Frage nach der Rechtsqualität der vorrangigen Hausgeldansprüche wird kontrovers diskutiert und ist hoch umstritten. Auch die Entscheidung durch den BGH im Jahr 2013 brachte nur eingeschränkte Klärung, insbesondere mit Blick auf die Rechtsfolgen der Qualifizierung als rein schuldrechtlicher Anspruch. Bis zu der genannten Entscheidung des V. Zivilsenats aus dem Jahr 2013 ging die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG von einem dinglichen Recht aus und sah so eine Haftung des jeweiligen Wohnungseigentümers, ungeachtet seiner persönlichen Einstandspflicht, als bestehend an.⁶⁸ Die Entscheidung des IX. Senats zugunsten eines Absonderungsrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft aus dem Jahr 2011 wurde von den Befürwortern eines dinglichen Rechts offenbar insofern falsch gedeutet, als sie die Entscheidung, was die Qualifizierung der Ansprüche anging, „als ersten Schritt in die richtige Richtung“ bezeichneten und davon ausgingen, dass der BGH ihre Ansicht hinsichtlich der dinglichen Einstandspflicht des Wohnungseigentums teilte. Im Gegensatz sahen nur Wenige in der Literatur im Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG unverändert lediglich eine persönliche Schuldverpflichtung des Wohnungseigentümers.⁶⁹

I. Die Streitpunkte

Die unterschiedlichen Auffassungen zur Rechtsnatur des Vorrechts führen zu erheblichen materiell-rechtlichen Unterschieden bei der Handhabung des Vorrechts.⁷⁰ So ist die Wohnungseigentümergemeinschaft durch die Annahme eines dinglichen Rechts wirtschaftlich deutlich bessergestellt und muss ihre Rechte nur noch konsequent wahrnehmen.⁷¹ Insofern ist zu prüfen, ob es sich bei dem Vorrecht um ein dingliches Recht ähnlich einem Grundpfandrecht ohne Eintragung handelt⁷² oder ob es sich bei dem Recht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG – mit dem BGH – lediglich um einen privilegierten schuldrechtlichen Anspruch handelt.

Die vertretenen Ansichten reichen von der Annahme einer auf dem Wohnungseigentum ruhenden dinglichen Belastung und damit quasi einem Grundpfandrecht ohne Eintragung⁷³ über ein persönliches Verwertungsvorrecht bis hin zu einer rein verfahrensrechtlichen Position, die lediglich in der Zwangsversteigerung ein begrenztes Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft sichert.⁷⁴ Auch wird von einem reinen Vorzugsrecht gesprochen.⁷⁵ Bei der Entscheidung über die Rechtsnatur handelt es sich nicht allein um eine dogmatische Frage, die lediglich die Literatur beschäftigt. Es handelt sich hierbei um ein Kernproblem, das

⁶⁸ So etwa OLG Dresden, ZWE 2011, 365; OLG Frankfurt, ZWE 2011, 89; LG Koblenz, BeckRS 2011, 21451; LG Berlin, ZMR 2011, 156; LG Berlin, ZWE 2010, 228, 229; LG Heilbronn, ZfIR 2013, 111; AG Koblenz, Rpfleger 2010, 282; Alff, ZWE 2010, 105, 106; Bärmann/Becker, § 16, Rn. 185; Böttcher, § 10, Rn. 19; PWW/Elzer/Riecke, 7. Aufl 2012, § 16, Rn. 12 und nach § 28, Rn. 5 f.; Müller, WEG, 10. Teil, Rn. 80; Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, § 10 ZVG, Rn. 14; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, 14. Aufl., § 10, Rn. 21.1; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 743; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 61; Hügel/Scheel, Teil 16, Rn. 58; Riecke/Schmid/Elzer/Abramenko, WEG, § 16, Rn. 220; Quiesner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 17 f.; Böttcher, ZfIR 2010, 345, 347; Böttcher, ZfIR 2010, 521, 531; Derleder, ZfIR 2010, 825, 830; Drasdo, NZI 2011, 731, 736; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 472; Mayer, ZfIR 2012, 86; Müller, FS Merle 2010, 255, 261; Palandt/Bassenge 71. Aufl. 2012, § 16, Rn. 29; Schmidberger/Slomian ZMR 2010, 579; Schneider, ZMR 2009, 165; Schneider, ZWE 2010, 341, 347; Stöber, 20. Aufl., § 10, Rn. 4.7; Suilmann, NotBZ 2010, 365; Suilmann, ZWE 2010, 385; Greiner, ZMR 2012, 731, 733; Schneider, ZMR 2011, 421, 423.

⁶⁹ Fabis, ZfIR 2010, 354; Kesseler, NJW 2009, 121.

⁷⁰ Alff, ZWE 2010, 105.

⁷¹ Schmidberger/Slomian, ZMR 2010, 579, 585.

⁷² So vertreten von Derleder, ZWE 2008, 13; Alff, ZWE 2010, 105, 106; Böttcher, ZfIR 2010, 525, 531; Schneider, ZMR 2012, 749, 755; Greiner, ZMR 2012, 731, 733.

⁷³ Derleder, ZWE 2008, 13; Alff, ZWE 2010, 105, 106; Böttcher, ZfIR 2010, 525, 531; Schneider, ZMR 2012, 749, 755; Greiner, ZMR 2012, 731, 733.

⁷⁴ AG Heilbronn, ZMR 2010, 241; Jennissen/Kemm, NZM 2012, 630, 635; Stöber, ZVG, 21. Aufl., § 10 Rn. 4.2.

⁷⁵ Schneider, ZWE 2014, 61, 62.

die Praxis des Wohnungseigentumsrechts und Zwangsversteigerungsrechts erheblich beeinflusst. So würde die Annahme einer Dinglichkeit zu einer Haftung des jeweiligen Wohnungseigentümers mit dem Wohnungseigentum führen und damit auch den Rechtsnachfolger des Hausgeldschuldners belasten.⁷⁶ Allein diese Rechtsfolge könnte der Attraktivität des Wohnungseigentums erheblich schaden.⁷⁷

II. Die Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Nach der Ansicht des V. Zivilsenat des BGH handelt es sich bei dem Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG um einen schuldrechtlichen Anspruch, der in der Erlösverteilung der Zwangsversteigerung aufgrund gesetzlicher Anordnung privilegiert ist. Zu diesem Ergebnis gelangt der BGH, indem er die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG mithilfe der klassischen Auslegungsmethoden analysiert. Ganz entsprechend findet auch hier im Folgenden eine Interpretation der Vorschrift mit Hilfe der anerkannten Methodik statt.

1. Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Möglicherweise legt die Auslegung des Wortlauts der Vorschrift eine dingliche Interpretation des Vorrechts nahe. Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 ZVG spricht von einem „*Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück*“. Diese Formulierung ist indes nicht unbekannt, so spricht beispielsweise auch § 1190 BGB von der „*Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück*“. Die Regelung des § 1190 BGB betrifft die Grundschuld, die zweifelsohne ein dingliches Recht am Grundstück ist. Insofern ist es nicht fernliegend, dass eben diese Formulierung des § 10 Abs. 1 ZVG als Manifestation des Vorrechts als dingliches Recht betrachtet wird.⁷⁸ Bei dieser Argumentation wird indes übersehen, dass die genannte Formulierung sich lediglich im Eingangspassus der Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG findet. Eben dieser Teil blieb bei der Novelle 2007 unverändert.⁷⁹ Dies bedeutet damit, dass die Ansprüche auf rückständige Hausgelder schon vor der Novelle des ZVG dinglicher Natur gewesen sein müssen und vor allem, dass auch alle übrigen in § 10 Abs. 1 ZVG genannten Ansprüche zwangsläufig dinglicher Natur sind. Dieser Ansicht ist auch Schneider, der alle Rangklassen des § 10 Abs. 1 ZVG mit einem gegenstandsbezogenen Befriedigungsrecht verknüpft.⁸⁰ Dies ist aber zumindest bei den Ansprüchen der Rangklasse 1 und 1a nicht der Fall. Die Rangklasse 1 bevorrechtigt den Anspruch eines die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubigers hinsichtlich seiner Ausgaben zur Erhaltung oder nötigen Verbesserung des Grundstücks,⁸¹ wohingegen die Rangklasse 1a die Feststellungskosten im Rahmen eines Insolvenzverfahrens bevorzugt. Der Insolvenzmasse sind danach die Kosten zu erstatten, die im Rahmen der Feststellung von Absonderungsrechten und sonstigen beweglichen Gegenständen anfallen, auf die sich die Zwangsversteigerung bezieht.⁸² Dies geschieht insbesondere, um zu vermeiden, dass die Insolvenzmasse zum Nachteil der ungesicherten Gläubiger mit Kosten belastet bleibt, die nur im Interesse der gesicherten Gläubiger aufgewendet werden.⁸³ Bei diesen Ansprüchen der Rangklassen 1 und 1a handelt es sich um rein schuldrechtliche Ansprüche.⁸⁴ Damit kann das Argument, dass bereits der Eingangspassus ein dingliches Recht voraussetze, nicht überzeugen. Auch wird übersehen, dass das Gesetz

⁷⁶ Schmidt-Räntschat, ZWE 2011, 429, 439.

⁷⁷ Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 635.

⁷⁸ LG Berlin, ZWE 2011, 97, 98; AG Koblenz, ZMR 2010, 568; Stöber, ZVG, § 10, Rn. 4.7; Bärmann/Becker, 11. Aufl. 2010, § 16 WEG, Rn. 187c; Schneider, ZMR 2009, 165, 166; Schneider, ZWE 2014, 61, 62; Schneider, ZMR 2014, 185; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 47; Becker, ZfIR 2013, 806, 811.

⁷⁹ Richtigerweise darauf hinweisend Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 633; vgl. auch den Wortlaut der Vorschrift des § 10 Abs. 1 ZVG a. F.

⁸⁰ Schneider, ZWE 2014, 61, 63.

⁸¹ Böttcher, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 10, Rn. 6.

⁸² Andres/Leithaus/Leithaus, § 49, Rn. 4.

⁸³ Böttcher/Keller, ZVG, § 174a, Rn. 2.

⁸⁴ BGH NJW 2013, 3515.

in § 10 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 ZVG von „*fälligen Ansprüchen auf Zahlung*“ spricht. Dies wiederum deutet eher auf einen schuldrechtlichen Anspruch hin.⁸⁵

Ein weiterer Anknüpfungspunkt an den Wortlaut der Vorschrift folgt indes aus dem Text des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG selbst. Der Gesetzgeber entschied sich hier für die Formulierung „*die daraus fälligen Ansprüche*“. Eben in diesem „*daraus*“ wird die Begründung des Missverständnisses um die dogmatische Einordnung des Rechts gesehen.⁸⁶ Wenngleich der Gesetzgeber das Wort „*daraus*“ ohne Weiteres hätte weglassen können, entschied er sich gerade für diese Formulierung. Diese Entscheidung ist jedoch einzig mit der Objektbezogenheit des Vorrechts zu begründen. Insofern ist die Wortwahl des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG an dieser Stelle ausnahmsweise nicht der dogmatischen Stellung des Vorrechts gewidmet, sondern lediglich der Tatsache, dass die rückständigen Hausgelder nur im Rahmen der Zwangsversteigerung des daraus fälligen Wohnungseigentums geltend gemacht werden dürfen. Demzufolge ist auch aufgrund des Wortes „*daraus*“ in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG keine Dinglichkeit des Vorrechts begründet.

Vorangetrieben wurde die Diskussion um die dogmatische Einordnung nicht zuletzt durch die Formulierung des IX. Civilsenats in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2011. Darin wird von einem Recht, das „*wie eine private Last auf dem Wohnungseigentum ruht*“ gesprochen. Die Befürworter eines dinglichen Rechts sahen spätestens hierin die lang ersehnte Zustimmung des BGH.⁸⁷ Becker wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine Rangordnung wie bei § 10 ZVG ohnehin nur zwischen Rechten gleicher Art bestehen könne.⁸⁸ Da die nachrangigen Rechte der Klassen 3 und 4 zweifelsfrei dinglich sind, ließ alleine diese Feststellung für ihn keinen anderen Schluss zu, als dass das Vorrecht dinglicher Natur ist.

Das Abstellen auf den Wortlaut der Entscheidung des IX. Civilsenats kann hier nicht überzeugen. Denn Ausgangspunkt der Auslegung sollte der Wortlaut der Regelung des § 10 ZVG sein und nicht die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2011, weil diese keine Stellungnahme zur Frage der Rechtsnatur enthielt. Der Wortlaut der Vorschrift trägt indes sehr deutlich die Handschrift eines schuldrechtlichen Anspruchs. So nimmt die Vorschrift Bezug auf die §§ 16 Abs. 2, 28 Abs. 2 WEG. Diese sprechen indes gerade von einer persönlichen Verpflichtung des Wohnungseigentümers, die Nutzungen, Kosten und Lasten des Eigentums sowie die Vorschüsse entsprechend dem beschlossenen Wirtschaftsplan zu tragen.⁸⁹ Zudem spricht § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in Satz 2 der Vorschrift von einem Vorrecht. Diese Begrifflichkeit findet Anlehnung im Wortlaut des § 401 Abs. 2 BGB. Danach kann der aufgrund von Abtretung neue Gläubiger ein Vorzugsrecht, das mit der übergegangenen Forderung im Falle der Zwangsvollstreckung respektive einem Insolvenzverfahren verbunden ist, ebenfalls geltend machen. § 401 Abs. 2 BGB trifft demnach lediglich eine Regelung über ein Vorzugsrecht und gerade nicht über ein dingliches Recht.⁹⁰ Vorzugsrechte, die nach § 401 Abs. 2 BGB mit übergehen, sind danach zum Beispiel die in § 51 InsO genannten Rechte, welche den Rechtsinhaber in der Insolvenz des Schuldners zur Absonderung berechtigen.⁹¹ § 51 InsO nennt hierbei vor allem die Sicherungsübereignung und Sicherungszession an beweglichen Gegenständen sowie das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers. Dass die Vorschrift insofern keine Regelung über dingliche Rechte trifft,

⁸⁵ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 475; dem widersprechend Becker in ZfIR 2013, 806, 811, der darin die Bedeutung sieht, dass die Ansprüche gerade aus der Sache selbst zu befriedigen sind und damit dinglicher Natur sein müssen.

⁸⁶ Köhler, Das neue WEG, § 10 ZVG, Rn. 730.

⁸⁷ Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 29 f.; Schneider, ZWE 2014, 61, 67; Becker, ZfIR 2013, 806, 811.

⁸⁸ Becker, ZfIR 2013, 806, 811 mit dem Hinweis, dass (wenn man dies anders urteilt) es zu in der Praxis kaum handhabbaren relativen Rangverhältnissen kommt.

⁸⁹ BGH NJW 2013, 3515, 3516; Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 633.

⁹⁰ Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 633.

⁹¹ MüKo-BGB/Roth/Kieninger, § 401, Rn. 16.

ist insbesondere aus dem Grund als richtig anzusehen, dass § 401 BGB in Abs. 1 den Umgang mit dinglichen Rechten explizit regelt. In der Schlussfolgerung bedeutet dies für die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG, dass der Wortlaut nicht auf ein dingliches Recht schließen lässt.

So spricht im Ergebnis der Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG dafür, dass die Norm einen bestehenden materiell-rechtlichen Anspruch voraussetzt und nicht darauf abzielt, neue Anspruchspositionen zu verschaffen.⁹²

2. Die systematische Stellung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Nach der Stellung der Norm im ZVG ist die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in erster Linie als zentrale verfahrensrechtliche Norm für das Zwangsversteigerungsverfahren zu sehen, wenngleich dies nicht bedeutet, dass die Regelung der Rangfragen nicht auch einen materiellen Gehalt hat. Die verfahrensrechtliche Bedeutung der Vorschrift lässt sich vor allem damit begründen, dass die Vorschrift eine Regelung dahingehend trifft, in welcher Reihenfolge die Gläubiger zu befriedigen sind.⁹³ Diese Reihenfolge ist durch die Einteilung der Gläubiger in Rangklassen vorgenommen, ohne eine in erster Linie materielle Regelung begründen zu wollen. Eine solche Verfahrensregelung begründet grundsätzlich keine dinglichen Rechte.⁹⁴ Dem wird entgegengehalten, dass die Regelung gerade materiell-rechtliche Wertungen enthält, indem sie bestimmten Ansprüchen ein Befriedigungsrecht zuerkennt und die Rangordnung festlegt. Damit wäre § 10 ZVG gerade nicht als reine verfahrensrechtliche Vorschrift anzusehen.⁹⁵ Hier ist jedoch zu entgegnen, dass eine Regelung der Rangfolge, die sowohl dinglichen Rechten der Rangklassen 3, 4, 6, 7 und 8 als auch schuldrechtlichen Rechten der Rangklassen 1, 1a und 5 ein Befriedigungsrecht aus dem Grundstück gewährt, nicht zwangsläufig eine materiell-rechtliche Regelung beinhaltet. Eine Aussage zur Dinglichkeit wird hierdurch nicht getroffen. Vielmehr handelt es sich bei den Normen des ZVG um in erster Linie verfahrensrechtliche Vorschriften,⁹⁶ die einem begrenzten Vorrecht in der Zwangsversteigerung den Rang der Befriedigung vorgeben. Hätte der Gesetzgeber ein dingliches Recht schaffen wollen, hätte er dieses ins WEG aufgenommen, da ausschließlich hier die sachenrechtliche Ausgestaltung des Wohnungseigentumsrechts stattfindet und gerade nicht im ZVG.⁹⁷ Dieses Argument findet weitere Zustimmung, wie die Ausgestaltung der Rangklassen 3 und 4 zeigt. Die dingliche Berechtigung der Grundpfandrechtsgläubiger ergibt sich hier nicht aus § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG, sondern aus den §§ 1113, 1191, 1199 BGB. Gleiches gilt für die Rangklasse 3, denn auch die dingliche Berechtigung der öffentlichen Lasten ergibt sich nicht aus der Rangklasse an sich, sondern aus den jeweils einschlägigen Normen der öffentlichen Abgaben.⁹⁸ Für die Grundsteuer findet sich diese Regelung beispielsweise in § 12 GrStG, für die Erschließungskosten in § 134 Abs. 2 BauGB. Gegen eine Verdinglichung des Vorrechts spricht weiter, dass der § 5 Abs. 4 WEG ebenfalls im Jahre 2007 neu gefasst wurde und der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, ein dingliches Recht für die Wohngeldansprüche zu schaffen.

⁹² Kesseler, NJW 2009, 123; Fabis, ZfIR 2010, 355, 358.

⁹³ BGH NJW 2013, 3515 Rn 11.

⁹⁴ BGH NJW 2013, 3515 Rn 11; Bales, ZInsO 2014, 182, 183.

⁹⁵ Schneider, ZWE 2014, 61, 62 f.

⁹⁶ Siehe hierzu auch Bartels, Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung, S. 523f., der darauf hinweist, dass das ZVG kein Verfahrensgesetz im üblichen Sinne darstellt und sehr wohl auch materiell-rechtliche Regelungen enthält (siehe etwa § 37 Nr. 4 ZVG).

⁹⁷ Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 635.

⁹⁸ Böttcher, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 10, Rn. 23; Depré/Cranchaw, ZVG, § 10, Rn. 57.

a) Die Vorschrift des § 45 Abs. 3 ZVG als Indiz für ein dingliches Recht

Bei Betrachtung der Systematik des Gesetzes fällt auf, dass § 45 Abs. 3 ZVG der Gemeinschaft das Recht gibt, Beitragsansprüche auch ohne Titel im Versteigerungsverfahren eines Dritten anzumelden. Dieses Privileg kommt normalerweise nur Gläubigern zu, die ein dingliches Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück haben.⁹⁹ Eben aus diesem Grund wird vertreten, dass eine Dinglichkeit auch des Vorrechts anzunehmen ist. Bereits an dieser Stelle befindet sich der erste gedankliche Fehlritt. Denn wenn § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ein dingliches Recht begründen würde, dann wäre § 45 Abs. 3 ZVG überflüssig. Die Ansprüche der Wohnungseigentümer sind aus dem Grundbuch mangels Eintragung nicht ersichtlich und bedürfen gerade deswegen der Anmeldung gemäß § 45 Abs. 3 ZVG. Sofern es sich bei dem Vorrecht um ein dingliches Sicherungsrecht handeln würde, wäre jedoch dies schon nicht nachvollziehbar, entspricht es doch dem sachenrechtlichen Klarheits- und Bestimmtheitsgebot, dass ein dingliches Recht einer Eintragung im Grundbuch bedarf.¹⁰⁰ Schon diese Grundprinzipien des Sachenrechts erlauben es nicht, aus der Anwendung des § 45 Abs. 3 ZVG einen gegenteiligen Schluss zu ziehen. Der Verweis auf die Norm des § 45 Abs. 3 ZVG und der damit einhergehende Verzicht auf einen Titel der Wohnungseigentümergemeinschaft stellt damit lediglich eine verfahrensrechtliche Erleichterung zugunsten der Wohnungseigentümer dar.¹⁰¹ § 45 Abs. 3 ZVG ist daher deklaratorischer Natur.

b) Die Parallele zur öffentlichen Grundstückslast aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG

Im Hinblick auf die fehlende Eintragung des Vorrechts könnte der Gedanke aufkommen, dass eine solche auch für öffentliche Grundstückslasten der Rangklasse 3 nicht besteht und die Dinglichkeit dieses Rechts trotzdem allgemein anerkannt ist. Bevor hier voreilige Schlüsse hinsichtlich der Rechtsnatur des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft gezogen werden, darf die gesonderte Stellung der öffentlichen Grundstückslast nicht außer Acht gelassen werden. Bei dieser handelt es sich gemäß § 54 GBO um eine Last, die nicht eintragungsfähig ist.¹⁰² Trotzdem kann ein Erwerber nicht erwarten, dass ihn derartige Ansprüche nicht betreffen.¹⁰³ Die nötige Klarheit und Rechtssicherheit, die aufgrund der fehlenden Eintragung zunächst zu fehlen scheinen, muss die gesetzliche Regelung, die die öffentliche Last begründet, gewährleisten. Diese muss somit anordnen, dass das Recht auf dem Grundstück lastet und damit eine dingliche Haftung des Grundstücks besteht – also gerade keine bloß persönliche Haftung des Abgabeschuldners.¹⁰⁴ Eine solche Regelung findet sich für die öffentliche Grundstückslast in § 12 GrStG oder aber auch in § 134 Abs. 2 BauGB für die Erschließungsbeiträge. In beiden Regelungen ist explizit angeordnet, dass das Recht der öffentlichen Last auf dem jeweiligen Grundstück lastet. Eine solche Klarheit findet sich in der Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht. Auch eine entsprechende materiell-rechtliche Regelung im WEG findet sich nicht. Der Vergleich mit der öffentlichen Last aus der Rangklasse 3 ist somit nicht geeignet, die Dinglichkeit des Vorrechts zu begründen.¹⁰⁵

⁹⁹ LG Berlin, ZWE 2011, 97; Bärmann/Becker, 11. Aufl. 2010, § 16 WEG Rn. 185, 187d; Schneider, ZMR 2009, 165, 166; Schneider, ZMR 2014, 185; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 47; Suilmann, ZWE 2010, 385, 386; Schneider, ZMR 2012, 749, 757.

¹⁰⁰ So auch Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 635.

¹⁰¹ BGH NJW 2013, 3515, 3516.

¹⁰² Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 31; Bartels, Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung, S. 445.

¹⁰³ Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 31.

¹⁰⁴ Böttcher, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 10, Rn. 23; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 57; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 31.

¹⁰⁵ So auch BGH NJW 2013, 3515, 3516.

c) Tauglicher Vergleich mit der Regelung des § 109 ZVG?

Zu Teilen wird auch die Vorschrift des § 109 Abs. 1 ZVG zum Vergleich herangezogen. Aufgrund der Regelung des § 109 Abs. 1 ZVG besteht ein Vorrecht zur Vorwegentnahme der Verfahrenskosten, ohne dass an anderer Stelle eine materiell-rechtliche Regelung diesbezüglich zu finden wäre. Insofern trifft das ZVG auch hier vermeintlich eine Regelung zur privilegierten Befriedigung, ohne eine materiell-rechtliche Regelung als Grundlage zu nennen. Dieser Anspruch steht jedoch außerhalb des § 10 ZVG. Sofern der Gesetzgeber also nur ein privilegiertes, persönliches Recht zur Vorwegentnahme hätte schaffen wollen, wäre § 10 ZVG auch dafür systematisch nicht der richtige Ort gewesen.¹⁰⁶ Diese Argumentation versucht, den verfolgten Gedanken um die fehlende materiell-rechtliche Regelung eines dinglichen Rechts umzukehren. Der Regelungsgehalt des § 109 ZVG ist dabei bereits qualitativ nicht mit dem des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG vergleichbar.¹⁰⁷ § 109 Abs. 1 ZVG regelt lediglich ein Entnahmerecht der Kosten. Ein solches Verständnis vom Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft wird diesem indes nicht gerecht. So beinhaltet das Vorrecht ein eigenständiges Recht der Gemeinschaft, die Zwangsvollstreckung zu betreiben und im Zuge dessen die rückständigen Hausgelder einzutreiben. Eine solche Regelung gilt für die Verfahrenskosten des § 109 Abs. 1 ZVG indes nicht. Sie sind lediglich ein Produkt der Zwangsversteigerung und berechtigen nicht zu dieser. Insofern werden hier Dinge miteinander in Verbindung gebracht, die von ihrer Zweckrichtung schon nicht vergleichbar sind.

Auch die Argumentation, der Gesetzgeber strebe mit der Systematik des § 10 ZVG einen Gleichlauf derjenigen Berechtigten an, denen ein Befriedigungsrecht am verhafteten Gegenstand zukommt,¹⁰⁸ überzeugt nicht. Unklar bleibt in diesem Zusammenhang vor allem, warum für einen solchen Gleichlauf zwangsläufig von einem dinglichen Recht ausgegangen werden muss. Gemäß § 10 Abs. 1 ZVG werden auch die Ansprüche der Rangklassen 1, 1a und 5 aus dem Grundstück befriedigt. Schon bei diesen Ansprüchen handelt es sich nicht zwangsläufig um dingliche Rechte. Insbesondere die Rangklasse 5 beinhaltet sowohl dingliche Rechte als auch persönliche schuldrechtliche Forderungen gegen den Schuldner. Auch die Zwangsverwaltungsvorschüsse und Feststellungskosten des Insolvenzverfahrens werden gemäß den Rängen 1 und 1a aus dem Erlös des Grundstücks befriedigt. Diese Ansprüche sind unumstritten nicht dinglicher Natur. Vielmehr handelt es sich hier um persönliche schuldrechtliche Ansprüche gegen den Schuldner.¹⁰⁹ Inwiefern hier also ein Gleichlauf der Gläubiger angezeigt ist, ist nicht nachvollziehbar.

d) Resümee

Der Aufbau und das Konzept des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG sprechen damit im Ergebnis gegen die Ausgestaltung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft als dingliches Recht.

3. Historische Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Zu guter Letzt richtet sich der Blick auf die Entwicklungsgeschichte des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Vor der Reform des ZVG im Jahr 2007 fanden sich in der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG die sogenannten

¹⁰⁶ Schneider, ZWE 2014, 61, 64.

¹⁰⁷ Für § 10 Abs. 1 Nr. 3 besteht die fehlende materiell-rechtliche Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in den §§ 1113, 1191, 1199 BGB.

¹⁰⁸ Schneider, ZWE 2014, 61, 63.

¹⁰⁹ BGH NJW 2013, 3515.

E. Die Schwierigkeiten der dogmatischen Einordnung des Vorrechts

Litlöhne. Litlohnansprüche sind Ansprüche der in Land- und Forstwirtschaft zur Grundstücksbewirtschaftung beschäftigten Personen.¹¹⁰ Die Rangklasse 2 umfasste danach Ansprüche aus Lohn, Kostgeld und anderen Bezügen.¹¹¹ Diese Ansprüche waren nach überwiegender Auffassung dinglicher Natur.¹¹² Nach einer vielerorts vertretenen Auffassung wollte der Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung des ZVG die Ansprüche lediglich gegen die Hausgeldansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft austauschen. Im Zuge dessen wird kein Grund gesehen, warum die jetzt an der gleichen Stelle stehenden Hausgeldforderungen kein dingliches Recht darstellen sollten.¹¹³ Eine Veränderung des Rechtscharakters soll nach dieser Ansicht vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen sein. Gestützt wird die vorstehende Argumentation auf die Formulierung der Gesetzesbegründung der Novelle von 2007.¹¹⁴ Diese spricht hier jedoch gerade nicht von einem bloßen Austausch der Ansprüche, sondern davon, dass die Regelung zu den Litlöhnen ersatzlos wegfällt.¹¹⁵ Insofern ging es ausschließlich darum, die redaktionell frei gewordene Stelle zu nutzen, und nicht darum, einen Hinweis auf die Rechtsnatur des Hausgeldprivilegs zu geben.¹¹⁶ Dies entspricht auch der Tatsache, dass Litlohnansprüche eine apokryphe Rechtsfigur sind, die augenscheinlich nie eine Rolle gespielt haben.¹¹⁷

Teilweise wird auch vertreten, dass Litlohnansprüche und Hausgeldansprüche einen Gleichlauf aufweisen, indem beide zur Erhaltung des Wohnungseigentums beitragen sollen und damit mittelbar den nachrangigen Gläubigern öffentlicher Grundstückslasten und den Grundpfandgläubigern zugutekommen.¹¹⁸ Auch wenn das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft der Erhaltung der Anlage zugutekommen soll und ein Verfall dergleichen damit verhindert werden soll, was zwangsläufig auch den Grundpfandrechtsgläubigern zugutekommt, so übersieht diese Ansicht einen elementaren Unterschied der Hausgeldansprüche gegenüber dem Litlohn. Die Wohnungseigentümergemeinschaft leistet keine Dienste für den einzelnen Wohnungseigentümer und schon gar nicht arbeitet sie für dessen Gläubiger oder zu deren Nutzen.¹¹⁹ Der Zweck einer Wohnungseigentümergemeinschaft liegt vielmehr in der Regelung des Gebrauchs von Sonder- und Gemeinschaftseigentum sowie in der Verwaltung desselben.¹²⁰ Ein Vergleich mit den Beschäftigten der Land- und Forstwirtschaft ist somit nicht nachvollziehbar. Diese Ansprüche sollten insofern auch keine Auswirkungen auf die Frage¹²¹ der dogmatischen Gestaltung des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG haben,¹²² dies auch, weil Litlohn und Wohngeld schon qualitativ nicht vergleichbar sind, womit sich ein Vergleich verbietet.¹²³

¹¹⁰ Böttcher, ZVG, 4. Aufl. 2005, § 10, Rn. 15; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 40; Kesseler, NJW 2009, 121.

¹¹¹ Böttcher, ZVG, 4. Aufl. 2005, § 10, Rn. 15.

¹¹² Stöber, ZVG, 18. Aufl. 2006, Rn. 4, 6; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 47; Steiner/Hagemann, ZVG, § 10, Rn 50; Mayer, ZfIR 2012, 86; bereits dies bestreitend Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 634.

¹¹³ LG Berlin, ZWE 2011, 97, 98; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 47; Steiner/Hagemann, ZVG, § 10, Rn 50; Mayer, ZfIR 2012, 86; Bärmann/Becker, 11. Aufl. 2010, § 16 WEG, Rn. 185; Schneider, ZMR 2009, 165, 166; Schneider, ZWE 2014, 61, 64; Schneider, ZMR 2014, 185.

¹¹⁴ Genauer BT.-Drs. 16/887 S. 44.

¹¹⁵ Vgl. BT.-Drs. 16/887 S. 47 f.; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 41; Wedekind, ZfIR 2008, 600, 602; Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 634.

¹¹⁶ BGH NJW 2013, 3515, 3516; Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 634; Wedekind, ZfIR 2008, 600, 602.

¹¹⁷ Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 634; Kesseler, NJW 2009, 121.

¹¹⁸ Schneider, ZMR 2009, 165, 167; Schneider, ZWE 2014, 61, 64.

¹¹⁹ So auch BGH NJW 2013, 3515, 3516; Wedekind, ZfIR 2008, 600, 602; Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 634.

¹²⁰ Bärmann/Suilmann, WEG, § 10, Rn. 9.

¹²¹ Für erheblich hält auch Schneider, ZWE 2014, 61 die Frage, ungeachtet des Ergebnisses.

¹²² Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 634; Kesseler, NJW 2009, 121; a. A. Allf in ZWE 2010, 105, 112 mit dem Hinweis darauf, dass eine Einstandspflicht des Rechtsnachfolgers auch bei den zuvor in der Rangklasse stehenden Litlohnansprüchen bestand und dies deshalb auch für die Hausgelder angezeigt ist.

¹²³ Wedekind, ZfIR 2008, 600 zwar mit besonderem Fokus auf die Zwangsverwaltung, was in der Sache aber nicht schadet.

E. Die Schwierigkeiten der dogmatischen Einordnung des Vorrechts

Gerade im Hinblick auf Funktion und Herkommen der Ansprüche gibt die Gesetzesbegründung keinen Anlass dazu, zwangsläufig auf die Dinglichkeit der Hausgeldforderungen zu schließen. Die Auffassung, dass die Hausgelder die Litolöhne in jeglichem Umfang ablösen, findet damit zumindest in der Gesetzesbegründung keine Stütze.

Der Gesetzgeber hat hier ausschließlich eine Änderung des Zwangsversteigerungsverfahrens beabsichtigt und sich damit auf eine verfahrensrechtliche Regelung beschränkt. Dabei hat er gerade nicht beabsichtigt, dass die Wohnungseigentümer zu dinglich berechtigten Gläubigern werden. Vielmehr sollten sie lediglich privilegiert vor den dinglichen Gläubigern aus § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG in das Wohnungseigentum vollstrecken können.

Diese Auffassung entspricht auch dem hier vertretenen Verständnis. So überzeugt nicht, dass aus der Rangstelle eines Rechts auf den rechtlichen und damit qualitativen Charakter des Rechts geschlossen werden soll. Diese Frage ist von so großer Bedeutung, dass der bloße Austausch einer Rangklasse ihr nicht Rechnung tragen kann. Bei der Entscheidung für eine dingliche Wirkung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft kann die historische Auslegung der Vorschrift dieses Ergebnis insofern nicht rechtfertigen.

4. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Zuletzt ist fraglich, ob die dingliche Haftung des Wohnungseigentums durch eine teleologische Auslegung der Vorschrift begründet werden kann. Ziel der teleologischen Interpretation ist es, zu ermitteln, welche Auslegung der Norm den mit ihr verbundenen Zweck bestmöglich verwirklicht.¹²⁴ Hierbei sind alle voraussichtlichen Folgen zu berücksichtigen, die sich aus den verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten ergeben.¹²⁵ Wie bereits angedeutet, ist der Zweck des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in erster Linie, der Wohnungseigentümergemeinschaft ein Vorrecht wegen rückständiger Hausgelder vor den Rechten der Klasse 3 und 4 zu gewähren.¹²⁶ Hierdurch wollte der Gesetzgeber der Wohnungseigentümergemeinschaft eine bessere Position verschaffen, um die Hausgelder insbesondere gegenüber dem Realkredit und auch in der Insolvenz durchsetzen zu können. Um diesen Zweck zu erreichen, sehen einige Vertreter des Schrifttums praktisch keine andere Möglichkeit, als dem Vorrecht eine dingliche Wirkung zu zusprechen.¹²⁷ Mayer hingegen schränkt diese Aussage ein Stück weit ein, indem er nur von einem *quasi dinglichen* Recht ausgehen will.¹²⁸ Auch den Befürwortern eines dinglichen Rechts ist also bewusst, dass es sich hier nicht um ein dingliches Recht im klassischen Sinne handeln kann. Vielmehr versuchen sie, durch die Beifügung des Worts „*quasi*“ die Defizite, die der vermeintlich dinglichen Last anhaften, auszugleichen.¹²⁹ Dies gelingt indes, wie bereits dargestellt, an vielen Stellen nicht überzeugend.

Auch im Rahmen der teleologischen Auslegung wird wiederum versucht, mit den weiteren Rangprivilegien des § 10 ZVG zwangsläufig zu einer dinglichen Ausgestaltung des Vorrechts zu gelangen. So führt Schneider an, dass ein Nebeneinander von ausschließlich persönlichen und ausschließlich dinglichen Ansprüchen

¹²⁴ Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 21.

¹²⁵ Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 21.

¹²⁶ BT.-Drs. 16/887, S. 43.

¹²⁷ Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 187b; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 47; Becker, ZfIR 2013, 806, 811.

¹²⁸ Mayer, ZfIR 2012, 86.

¹²⁹ Vgl. auch Derleder, ZWE 2008, 13; Alff, ZWE 2010, 105, 106; Böttcher, ZfIR 2010, 525, 531; Schneider, ZMR 2012, 749, 755; Greiner, ZMR 2012, 731, 733, die davon sprechen, dass es sich bei dem Vorrecht quasi um ein Grundpfandrecht ohne Eintragung handelt.

E. Die Schwierigkeiten der dogmatischen Einordnung des Vorrechts

im Rangklassensystem des § 10 Abs. 1 ZVG zu Störungen führt.¹³⁰ Eine homogene Immobiliarzwangsvollstreckung ist damit nach seiner Auffassung gar nicht oder nur eingeschränkt möglich. Auch hier kann nur entgegnet werden, dass es nichts Neues ist, dass § 10 ZVG sowohl dingliche Lasten als auch rein persönliche Ansprüche gegen den Schuldner beinhaltet. Die von *Schneider* befürchteten „Störungen“ ergeben sich hier insofern nicht aus der Einfügung des Rangprivilegs der Wohnungseigentümergemeinschaft. Vielmehr müsste ein solches dann bereits weit vor dem Jahr 2007 bestanden haben.

Grundsätzlich ist nichts dagegen einzuwenden, dass einem dinglichen Befriedigungsrecht auch ein schuldrechtlicher Anspruch beigelegt werden kann. Durch diese gesetzgeberische Entscheidung können dem Gläubiger die Beschlagnahmeprozessur und die damit verbundene nachrangige Positionierung im Vollstreckungsverfahren erspart werden.¹³¹ Genau diese Konstellation soll der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG vor Augen gehabt haben, denn andernfalls wäre ein bloßes Entnahmerecht ausreichend gewesen.¹³² Die Positionierung des Vorrechts vor den dinglichen Ansprüchen aus der Rangklasse 4 und auch der öffentlichen Last der Rangklasse 3 soll der Wohnungseigentümergemeinschaft indes nicht ausschließlich die Möglichkeit einräumen, auf die Beschlagnahmeprozessur verzichten zu können und so der Gefahr zu entgehen, nachrangig befriedigt zu werden. Der Gesetzgeber hatte bei der Ausgestaltung der Vorschrift ebenso die Intention, dass für die Miteigentümer die Möglichkeit bestehen soll, sich von einem zahlungsunfähigen oder -unwilligen Miteigentümer zu lösen und einen neuen zahlungskräftigen Miteigentümer zu erhalten.¹³³

Diese Intention haben auch die Befürworter einer dinglichen Last nicht übersehen.¹³⁴ Ganz im Gegenteil besteht auch hier diesbezüglich Zustimmung. Trotzdem wird, insbesondere mit Blick auf die Rechtsfolgen einer Einordnung des Vorrechts als bloßes persönliches Vorrecht mit Rangprivileg, nicht von der dinglichen Last abgerückt. Nicht zugestimmt werden kann dem Vorgehen, eine dogmatische Einordnung des Vorrechts danach aufzulösen, welche Rechtsfolgen sich in bestimmten Konstellationen wie zum Beispiel der Rechtsnachfolge ergeben. Natürlich muss auch das Gesamtgebilde betrachtet werden, zu dem zweifelsohne auch die Rechtsfolgen der dogmatischen Entscheidung gehören, jedoch darf diese nicht ausschließlich entscheidungserheblich sein. Der Regelungszweck in der Gesetzesbegründung der Gesetzesnovelle aus dem Jahr 2007 gibt im Ergebnis keinen Anlass, von einer dinglichen Rechtsnatur des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft auszugehen.¹³⁵

III. Resümee

Die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ist nach dem hier vertretenen Verständnis als rein verfahrensrechtliche Regelung zu bewerten, die einem schuldrechtlichen Anspruch gegen den in Zahlungsverzug befindlichen Wohnungseigentümer ein persönliches Verwertungsvorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft einräumt. Dies hat zur unmittelbaren Folge, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft auch keinen Anspruch gegen den Erwerber des Wohnungseigentums auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum zusteht. Die weiteren Ausführungen in dieser Dissertation fußen immer auf diesem grundsätzlichen dogmatischen Verständnis des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG.

¹³⁰ Schneider, ZMR 2014, 185.

¹³¹ Vorausgesetzt, die Wohnungseigentümergemeinschaft tritt nicht selber als betreibender Gläubiger auf.

¹³² Schneider, ZWE 2014, 61, 65 f.; Drasdo, ZWE 2012, 406, 408.

¹³³ BT.-Drs. 16/887 S. 44.

¹³⁴ Vgl. Schneider, ZWE 2014, 61, 65 f.; Drasdo, ZWE 2012, 406, 408.

¹³⁵ Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 634; BT.-Drs. 16/887, S. 1, 43.

F. Die Haftung des Rechtsnachfolgers für rückständiges Hausgeld

Dieses Kapitel widmet sich ausschließlich dem Schicksal des Vorrechts für rückständige Hausgelder infolge eines rechtsgeschäftlichen Eigentumswechsels des Wohnungseigentums. Nachdem bereits festgestellt werden konnte, dass eine Haftung des Rechtsnachfolgers aufgrund einer dinglichen Ausgestaltung des Vorrechts kraft Gesetzes ausscheidet, wird hier geprüft, ob der Rechtsnachfolger schuldrechtlich für die Verpflichtung des Hausgeldschuldners und früheren Eigentümers des Wohnungseigentums einstehen muss (I.). Im Weiteren wird aufgezeigt, wie mit den gefundenen Ergebnissen verfahren werden kann, insbesondere dort, wo der Schutz durch den Gesetzgeber endet (II.). Hier werden zunächst die Möglichkeiten der Wohnungseigentümergemeinschaft dargestellt, ihr Vorrecht auch im Falle einer Veräußerung der Wohnungseigentumseinheit zu sichern (1. und 2.). Sodann wird die Situation für den Erwerber umfassend beleuchtet und es werden präventive Gestaltungsmöglichkeiten des Erwerbs herausgearbeitet (III.). Dafür wird zunächst die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums betrachtet, bevor in gebotener Kürze auf die Auswirkungen des Erwerbs durch Zuschlag (IV.) eingegangen wird.

I. Die rechtsgeschäftliche Veräußerung des Wohnungseigentums durch den Hausgeldschuldner

Die Haftung des Rechtsnachfolgers und damit einhergehend auch die Einstandspflicht des Erwerbers für rückständige Hausgelder, die durch den vorherigen Eigentümer nicht beglichen wurden, hängt im Zweifel allein von der Handhabung des Vorrechts ab.

In diesem Zusammenhang brachte die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2013 erfreuliche Rechtssicherheit.¹³⁶ Denn infolge der rein schuldrechtlichen Wirkung des Vorrechts haftet der Erwerber nicht dinglich mit dem Wohnungseigentum. Davon unberührt ist die Frage einer Tragung der Kosten und Lasten aus § 16 WEG.

1. Die Intention des Gesetzgebers

Losgelöst von dem bisher zu Dogmatik des Vorrechts der Gemeinschaft Vorgetragenen, soll zunächst anhand der Vorschrift des § 16 WEG eine systematische Qualifizierung der Wirkung einer Veräußerung dargestellt werden. § 16 Abs. 2 WEG spricht von einer Verpflichtung eines jeden Wohnungseigentümers gegenüber den anderen Wohnungseigentümern. Teilweise wird dies so gedeutet, dass der Erwerber von Wohnungseigentum grundsätzlich nicht für bestehende Wohngeldrückstände im Zeitpunkt des Erwerbs haftet. Diese Schlussfolgerung wird unmittelbar dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 WEG entnommen. Dieser deutet ausdrücklich auf eine persönliche Verpflichtung des Veräußerers hin.¹³⁷ Da im Ergebnis kein Übergang des schuldrechtlichen Anspruchs auf den Erwerber stattfindet, braucht dieser in der Folge keine Inanspruchnahme durch die Wohnungseigentümergemeinschaft zu fürchten.¹³⁸ Diese Deutung der Vorschrift ist freilich nicht die einzige mögliche. Anknüpfungspunkt einer weiteren im Schrifttum vertretenen Ansicht ist demnach nicht die konkrete Person des Wohnungseigentümers. Vielmehr wird die Haftung an die jeweilige Wohnungseigentumseinheit geknüpft.¹³⁹ Die Verpflichtung ruht danach unabhängig von der persönlichen

¹³⁶ Bales, ZInsO 2014, 182, 183.

¹³⁷ BGH NJW 1994, 2950 m. w. N.; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 472; Stöber, ZVG, § 10, Rn. 4.7; Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 186; Weber, DNotZ 2017, 738, 739 f.; Schmidt-Räntsche, ZWE 2013, 429, 432; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 116.

¹³⁸ Feststellend, dass kein Übergang der schuldrechtlichen Verpflichtung stattfindet: LG Berlin, ZWE 2011, 97, 98; Schneider, ZMR 2009, 165, 168; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 472; Stöber, ZVG, § 10, Rn. 4.7; Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 186; Jennißen/Bartholome, NJW 2011, 2175, 2180; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 42.

¹³⁹ Schneider, ZMR 2012, 749, 756; Sinz/Hiebert, ZInsO 2012, 205, 207; Schmidberger/Slomian, ZMR 2010, 579, 583 (gehen von einer Dinglichkeit des Rechts aus).

Zahlungspflicht auf dem Wohnungseigentum. Der rechtsgeschäftliche Erwerber haftet damit auch für den Fortbestand des Anspruchs, womit dieser in der unmittelbaren Folge auch gegen den Erwerber im Wege der Zwangsversteigerung durchgesetzt werden kann.¹⁴⁰

Diese Überlegung führt im Ergebnis wieder zu der Frage um die dogmatische Einordnung des Vorrechts und damit zum Ausgangspunkt der Arbeit. Würde es sich bei dem Vorrecht der Gemeinschaft um eine dingliche Last handeln, so würde diese in der Rechtsfolge natürlich auch den Rechtsnachfolger verpflichten. Der Rechtsnachfolger wäre zwar nicht Nachfolger in der Schuld, würde aber mit seinem erworbenen Wohnungseigentum für die Schuld des Rechtsvorgängers haften. Damit hätte der rechtsgeschäftliche Erwerber im Umfang der 5 %-Obergrenze und für Ansprüche, die innerhalb des privilegierten Zeitrahmens liegen, einzustehen.¹⁴¹ Zur Abwendung der Verwertung durch die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums würde ihm in dieser Situation nichts anderes bleiben, als den offenen Betrag zu begleichen.

Wird hingegen von einer schuldrechtlichen Lösung für das Vorrecht ausgegangen, so folgt kraft Gesetzes keine Haftung des Erwerbers für rückständige Hausgelder. Es handelt sich lediglich um einen persönlichen Anspruch gegen den Schuldner. Dem Wohnungseigentumsrecht indes ist eine Verpflichtung des Erwerbers für Schulden des Veräußerers fremd. Eine solche Haftung kann somit auch nur durch ausdrücklichen Gesetzestatbestand geschaffen werden.¹⁴² Ein solcher fehlt hier jedoch.¹⁴³ Ausgehend von einer Dinglichkeit würde die materiell-rechtliche Regelung des § 16 Abs. 2 WEG durch eine Vorschrift des ZVG erweitert, indem gerade nicht nur ein persönlich verpflichteter Schuldner bestünde, sondern das Wohnungseigentum für die Rückstände einstehen müsste. Hiergegen spricht die bereits beleuchtete Systematik des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG als vorrangig verfahrensrechtliche Norm. Insofern ist auch die Vorschrift des § 16 Abs. 2 WEG nicht geeignet, eine Dinglichkeit des Vorrechts und damit eine Erwerberhaftung zu rechtfertigen. Auch der Vergleich von Alff, den Erwerber hinsichtlich der dinglichen Duldungsverpflichtung als Rechtsnachfolger des persönlichen Titelschuldners zu begreifen, so wie dies beim Grundstückserwerb unter Übernahme eines Grundpfandrechts unstreitig der Fall ist, trägt keine Früchte. Es handelt sich hier augenscheinlich gerade nicht um ein solches Grundpfandrecht. Eine Erwerberhaftung war hier nicht beabsichtigt und kann auch mit Blick auf die fehlende Publizität des Rechts im Grundbuch nicht gewollt sein.¹⁴⁴

2. Resümee

Es besteht folglich kein strukturelles Haftungsrisiko für den Erwerber, da keine Erwerberhaftung für die rückständigen Hausgelder kraft Gesetzes vorgesehen ist.

Dieses Ergebnis ist angemessen, da dem Erwerber ansonsten zumeist nichts anderes übrigbleiben würde, als die rückständigen Hausgelder bei der Gemeinschaft abzulösen, um eine Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums zu verhindern. Damit würde sich für den Erwerber der Kaufpreis jedoch faktisch um bis zu 5 % erhöhen. Eine solche Erhöhung des Kaufpreises durch die Hintertür wäre für den Erwerber nicht zumutbar. Folge der eingeschränkten oder auch weitergehenden Haftung des Erwerbers wäre damit die Einpreisung seines Risikos in den Kaufpreis oder sogar die reduzierte Abgabe von Geboten in der Zwangsversteigerung, denn bei unklarer Lage würde der Erwerbsinteressent ebenfalls sein Angebot oder

¹⁴⁰ Stöber, ZVG, 21. Aufl. § 10. Rn. 4.3.

¹⁴¹ Alff, ZWE 2010, 105, 112; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 472; Schneider, ZMR 2012, 749, 755 (sieht dies in ZMR 2014, 185 nun anders); Suilmann, ZWE 2010, 385, 386 f.; Greiner, ZMR 2012, 731, 733.

¹⁴² Jennißen/Bartholome, NJW 2011, 2175, 2180.

¹⁴³ Jennißen/Bartholome, NJW 2011, 2175, 2180.

¹⁴⁴ BGH NJW 2013, 3515, 3516; Lüke, ZWE 2010, 62, 69, der darauf hinweist, dass der Erwerber mit der Forderung nicht rechnen muss; LG Tübingen, ZfIR 2016, 638, 639.

Gebot reduzieren. Die damit verbundene Erlösminderung ginge dann zulasten aller Gläubiger¹⁴⁵, und dies sowohl im Insolvenzverfahren als auch im Immobilienvollstreckungsverfahren. Aus diesen Gründen ist im Einklang mit der Entscheidung des BGH – gegen die Qualifizierung des Vorrechts als dingliches Recht – eine Erwerberhaftung abzulehnen.

II. Schutz der Wohnungseigentümergemeinschaft bei der Übertragung des Wohnungseigentums auf einen Rechtsnachfolger

Aufgrund der rein schuldrechtlichen Wirkung des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG haftet der Erwerber nicht mit dem Wohnungseigentum.¹⁴⁶ Das im ZVG geltende Übernahmeprinzip findet hier insofern gerade keine Anwendung. Das rückständige Hausgeld ist durch Zahlung zu decken (§§ 52 Abs. 1, 49 Abs. 1 ZVG). Im Ergebnis besteht damit grundsätzlich auch kein strukturelles Haftungsrisiko für den Erwerber einer Wohnungseigentumseinheit – ganz im Gegenteil zur Wohnungseigentümergemeinschaft. Die Veräußerung des Wohnungseigentums führt dazu, dass der bevorrechtigte Anspruch sich mit dem Eigentumsübergang sowie dem damit einhergehenden Auseinanderfallen der Schuldnerstellung und der dinglichen Berechtigung am Grundeigentum in einen ungesicherten Anspruch wandelt.¹⁴⁷ Für die Wohnungseigentümergemeinschaft ist die Entscheidung damit sehr unerfreulich, da sie sich nicht mehr alleinig auf das Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG verlassen darf. Ob der Wohnungseigentümergemeinschaft indes ein Surrogat am Kaufpreis erhalten bleibt, ist vom BGH zuletzt ausdrücklich offengelassen worden.¹⁴⁸ Sofern ein solches Surrogat zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft tatsächlich bestehen sollte, könnte die Gemeinschaft die rückständigen Hausgelder aus dem Erlös des Verkaufs der Wohnungseigentumseinheit erlangen. Das Rangprivileg des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG würde sich insofern am Veräußerungserlös fortsetzen.

Ein effektiver Schutz der Wohnungseigentümergemeinschaft kann im Fall der Veräußerung des Wohnungseigentums nur noch durch frühzeitige Klageerhebung und Beantragung der Zwangsversteigerung erfolgen.¹⁴⁹ Ein so frühes Vorgehen ist jedoch oft nicht im Interesse der Beteiligten. Dies vor allem aufgrund des damit in Verbindung stehenden Aufwands für die Wohnungseigentümergemeinschaft und der entstehenden Kosten. Insofern könnte die Lösung an dieser Stelle in einer rechtsgeschäftlichen Sicherung der Hausgeldansprüche ähnlich des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG gesucht werden. Allerdings sollte dabei auf eine verpflichtende Wirkung des Rechtsnachfolgers geachtet werden, um den Defiziten des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 VG gerade nicht zu begegnen. Hierdurch ist es sodann auch möglich, die bestehende Wettkaufsituation zwischen der Wohnungseigentümergemeinschaft und dem Hausgeldschuldner zu entschärfen.¹⁵⁰ In der Folge würde die Wohnungseigentumseinheit der Wohnungseigentümergemeinschaft im günstigsten Fall weiterhin als Haftungsobjekt zur Verfügung stehen und eine frühzeitige Zwangsversteigerung wäre nicht notwendig.

1. (Mit)Haftung des Erwerbers durch Schuldbeitritt und befreiende Schuldübernahme

Fernab eines dinglichen Rechts besteht für den Veräußerer und den Erwerber die Möglichkeit, durch einen Schuldbeitritt des Erwerbers eine Schuld desselben und damit auch eine Haftung mit dessen gesamtem Vermögen zu begründen. In diesem Fall würde der Erwerber des Wohnungseigentums in die Verpflichtung

¹⁴⁵ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 474.

¹⁴⁶ BGHZ 198, 216; BGH NJW 1994, 2950; so auch Schneider in ZWE 2014, 61, 62, wenn auch nicht gänzlich davon überzeugt; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 475.

¹⁴⁷ Herrler, NJW 2011, 3515, 3518; Jacoby, ZWE 2015, 297, 301.

¹⁴⁸ BGH NJW-RR 2010, 1022, 1023.

¹⁴⁹ Mayer, ZWE 2013, 136; Becker, ZWE 2013, 6, 11 „Zeit ist hier Geld“; Becker, ZMR 2012, 930, 933; Herrler, NJW 2013, 3515, 3518.

¹⁵⁰ Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 45.

zur Zahlung der Hausgelder eintreten. Der Wohnungseigentümergemeinschaft steht in der Folge ein weiterer Schuldner für die rückständigen Hausgelder zur Verfügung.¹⁵¹ Insofern ist diese Regelung aus Sicht der Wohnungseigentümergemeinschaft zu begrüßen, wenngleich ein Erwerber nicht ohne besonderen Anreiz – wie etwa einen Preisnachlass auf den Kaufpreis der Wohnungseigentumseinheit – eine derartige Verpflichtung eingehen wird. Demzufolge handelt es sich bei diesem Vorschlag mehr um einen theoretischen als einen in der Praxis gehäuft vorkommenden Sachverhalt. Zudem gilt beim Schuldbeitritt zwar, dass der Erwerber als Gesamtschuldner an die Seite des säumigen Veräußerers tritt und als Folge mit seinem gesamten Vermögen haftet, die Wohnungseigentümergemeinschaft hat bei der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums aber keinen privilegierten Rang (mehr). Insofern verliert die Wohnungseigentümergemeinschaft auch in diesem Fall ihre Rangprivilegierung im Hinblick auf das Wohnungseigentum als Haftungsobjekt.

Eine weitere Möglichkeit, den Erwerber abseits der Begründung eines dinglichen Rechts zu verpflichten, besteht in der Vereinbarung einer befreienden Schuldübernahme. Anders als beim Schuldbeitritt wird der Schuldner der Verpflichtung gänzlich ausgewechselt und der bisherige Schuldner aus seiner Verpflichtung entlassen. Aus diesem Grund bedarf diese Vorgehensweise der Zustimmung des Gläubigers, hier also der Wohnungseigentümergemeinschaft. In der Regel wird es nicht der Intention der Wohnungseigentümergemeinschaft entsprechen, den bisherigen Hausgeldschuldner aus seiner Verpflichtung zu entlassen. Insofern sind auch etwaige Direktleistungen von Mietern des Wohnungseigentums auf die Hausgelder nicht als Freistellung des Hausgeldschuldners zu verstehen. Diese dienen im Regelfall als Zahlungswegverkürzung und damit der Beschleunigung des Sachverhalts.¹⁵²

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die vorgestellten Möglichkeiten des Schuldbeitritts und der befreienden Schuldübernahme in der Theorie wohl durchführbar sind, in der Praxis regelmäßig jedoch keine Anwendung finden werden.

2. Sicherung der Hausgeldansprüche durch Rechtsnachfolgeregelung

Eine Sicherung der Wohnungseigentümergemeinschaft im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Veräußerung des Wohnungseigentums kann jedoch durch die Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergemeinschaft herbeigeführt werden.¹⁵³ Dies folgt daraus, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft ihre Verhältnisse untereinander grundsätzlich frei gestalten kann.¹⁵⁴ Die Gemeinschaftsordnung legt dann fest, dass der rechtsgeschäftliche Erwerber für Zahlungsverpflichtungen des früheren Eigentümers gegenüber der Gemeinschaft haftet.¹⁵⁵ Der Erwerber schuldet sodann nicht lediglich die laufend neu anfallenden Hausgelder, sondern er haftet unbeschränkt auch für rückständige Beträge. Diese Haftung entspricht zwar nicht der Qualität der Privilegierung aus § 10 Abs. 1 Nr. 2, da der Rechtsnachfolger gegenüber der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht privilegiert gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG haftet, allerdings kann durch die Gemeinschaftsordnung erreicht werden, dass eine schuldrechtliche Verpflichtung des Rechtsnachfolgers automatisch mit dem Erwerb des Wohnungseigentums und der Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch besteht. In der Folge kann die Wohnungseigentümergemeinschaft die rückständigen Hausgelder auch von dem neuen Eigentümer verlangen. Einer zusätzlichen schuldrechtlichen Übernahme bedarf es

¹⁵¹ Riecke/Schmid/Elzer/Abramenko, WEG, § 16, Rn. 221; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 123.

¹⁵² Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 124.

¹⁵³ BGH NJW 1994, 2950, 2951; Herrler, NJW 2013, 3515, 3518; Reymann, ZWE 2013, 446; Fabis, ZfIR 2010, 355, 356; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 119.

¹⁵⁴ Reymann, ZWE 2013, 446; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 474.

¹⁵⁵ BeckNotar-HdB/Rapp, A. III. Wohnungseigentum, Rn. 196a.

nicht.¹⁵⁶ Selbstverständlich können auch derartige von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmungen in der Gemeinschaftsordnung nicht schrankenlos getroffen werden. Unbeachtlich sind insofern insbesondere Regelungen, in denen von zwingenden Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes abgewichen wird, gegen Treu und Glauben verstößen wird oder die Schranken der §§ 138, 134, 315 BGB überschritten werden.¹⁵⁷

a) Die Regelung des § 16 Abs. 3 WEG

Darüber hinaus ist auch die Vorschrift des § 16 Abs. 3 WEG zu beachten. Damit die Regelung in der Gemeinschaftsordnung tatsächlich gegen den Rechtsnachfolger wirkt, muss die Gemeinschaftsordnung im Grundbuch der Wohnungseigentumseinheiten eingetragen werden. Die Eintragung der Gemeinschaftsordnung erfolgt ebenso wie die Teilungserklärung im Bestandverzeichnis des Grundbuchs. Findet eine solche Eintragung gemäß § 5 Abs. 4 WEG statt, wirken die Vereinbarungen automatisch auch gegen den jeweiligen Erwerber des Wohnungseigentums.¹⁵⁸ Mit diesem zusätzlichen Schritt wird, in Anlehnung an die § 5 Abs. 4 WEG und § 10 Abs. 3 WEG, eine Einstandspflicht des Rechtsnachfolgers begründet.¹⁵⁹ Die Aufnahme der Regelung in die Gemeinschaftsordnung führt zwar nicht zu einem selbstständigen, vom Wohnungseigentum losgelösten dinglichen Recht der Wohnungseigentümergemeinschaft, allerdings löst dieses Vorgehen eine unmittelbare Haftung des rechtsgeschäftlichen Erwerbers aus, ohne dass es einer schuldrechtlichen Übernahme derselben bedarf.¹⁶⁰ Hierdurch erhält die Wohnungseigentümergemeinschaft ein Recht, das die gleiche Schutzrichtung wie das Vorrechts des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG hat, obgleich kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergemeinschaft entsteht.

Was durch die Niederschrift der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch jedoch zweifelsohne entsteht, ist eine unbeschränkte Haftung des Erwerbers. Dies bedeutet, dass die Haftung über die betragsmäßige Haftung des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG hinaus besteht. Eine Begrenzung des Betrags auf mindestens 3 % des Einheitswerts und höchstens 5 % des Verkehrswerts findet hier nicht statt. Der Erwerber hat damit eine Einstandspflicht für bestehende Rückstände im vollen Umfang, womit sich seine Haftung faktisch erweitert.¹⁶¹ Dies ist auch der Grund, warum derartige Regelungen in der Praxis bereits häufig zur Anwendung kommen, wenngleich sie nicht ohne Risiken für den Erwerber sind. Auch das Argument der fehlenden Grundbüchersichtlichkeit für den Erwerber greift hier nicht, denn die Publizität wird hier gewahrt. Auch folgt aus der Aufnahme der Gemeinschaftsordnung in das Grundbuch kein Verstoß gegen die Prinzipien des Sachenrechts, denn die mit dem Typenzwang des Sachenrechts allgemein charakterisierte Begrenzung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsbefugnis wirkt dort nicht, wo gesetzliche Regelungen eine positive Gestaltungsmöglichkeit einräumen.¹⁶² § 5 Abs. 4 WEG eröffnet hier gerade diese Möglichkeit, den Inhalt des Wohnungseigentums verbindlich zu gestalten.

¹⁵⁶ Riecke/Schmid/Elzer/Abramenko, WEG, § 16, Rn. 218; als Beispiel für eine solche Klausel in der Gemeinschaftsordnung siehe Dombek/Kroiß, Formular Bibliothek Vertragsgestaltung, Teil 3, § 3 Teilungserklärungen und Gemeinschaftsordnungen, Rn. 57.

¹⁵⁷ BGHZ 99, 90, 95; BGH NJW 1994, 2950, 2952.

¹⁵⁸ BGH NJW 1994, 2950, 2951; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 119.

¹⁵⁹ Kreuzer, MittBayNot 2014, 239; Herrler, NJW 2013, 3515, 3518; so auch schon BGH 1994, 2950, 2951; Weber, DNotZ 2014, 738, 758; Krauß, notar 2013, 331, 335; Schneider, ZMR 2014, 185, 188; Reymann, ZWE 2013, 446; Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 45.

¹⁶⁰ BGHZ 88, 302, 308; BGHZ 99, 358, 361; BGH NJW 1994, 2950, 2952.

¹⁶¹ Schneider, ZWE 2014, 61, 66.

¹⁶² BGH NJW 1994, 2950, 2952; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 119.

b) Die Modalitäten der kollektiven Willensbildung der Gemeinschaft

Das WEG führt als Formen kollektiver Willensbildung die Vereinbarung und den Beschluss.¹⁶³ Da ein einfacher Mehrheitsbeschluss zur Übernahme der Haftung des Erwerbers nicht ausreicht, empfiehlt es sich, eine entsprechende Öffnungsklausel in die Gemeinschaftsordnung zu integrieren.¹⁶⁴ Gibt es eine solche vereinbarte Öffnungsklausel, kann eine Abänderung der Gemeinschaftsordnung auch nachträglich durch Beschluss erfolgen.¹⁶⁵ Der Vorteil liegt hierbei darin, dass anders als bei einer Vereinbarung nicht die Zustimmung aller Wohnungseigentümer vorliegen muss, sondern eine (qualifizierte) Mehrheit ausreicht.¹⁶⁶

aa) Verstoß gegen das Belastungsverbot

Auch diese Vorgehensweise ist nicht unumstritten. So wird die Beschlussfassung hinsichtlich einer Erwerberhaftung aufgrund einer vereinbarten Öffnungsklausel als unzulässiger Akt zulasten Dritter angesehen und damit ein Verstoß gegen das sogenannte Belastungsverbot unterstellt.¹⁶⁷ Dieses soll jeden Wohnungseigentümer vor der Aufbürdung neuer, sich weder aus dem Gesetz noch aus der *bisherigen* Gemeinschaftsordnung ergebenden Leistungspflichten schützen.¹⁶⁸ Hierbei wird jedoch übersehen, dass die Aufnahme einer solchen Öffnungsklausel – ebenso wie die einer Haftungsklausel – nicht unmittelbar die Verpflichtung eines rechtsgeschäftlichen Erwerbers begründet. Dies erfordert vielmehr zusätzlich den willentlichen Erwerb des Wohnungseigentums, zu dessen Inhalt auch die Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung zählt.¹⁶⁹ Der Erwerber kann, die ihn im Zweifel treffende Belastung somit sehr wohl vorhersehen. Ein Verstoß gegen das Belastungsverbot scheidet damit aus, es liegt kein unzulässiger Vertrag zulasten Dritter vor.

bb) Zusätzliche Komplikationen beim Verkauf einer Wohnungseigentumseinheit durch Haftungsregelungen des Rechtsnachfolgers in der Gemeinschaftsordnung

Kreuzer greift indes einen anderen Gedanken auf und bezeichnet die Aufnahme einer Haftung des Sonderrechtsnachfolgers in die Gemeinschaftsordnung als unnötige Verkomplizierung beim Verkauf des Wohnungseigentums eines treuen Veräußerers. Den Veräußerer treffen durch eine derartige Ausgestaltung im Hinblick auf den Erwerber weitergehende Aufklärungspflichten. Bei einem säumigen Veräußerer erschwert dies in der Folge den wirtschaftlichen Verkauf des Eigentums.¹⁷⁰ Dies folgt vor allem daraus, dass es aufgrund der Haftungsklausel dazu kommen kann, dass sich überhaupt kein rechtsgeschäftlicher Erwerber finden lässt, weil die Belastungen den Wert des Wohnungseigentums übersteigen.¹⁷¹ Dies wirkt sich im Ergebnis meist nicht positiv aus, da der Erlös zur Altschuldentilgung des Schuldners benötigt wird, was eine solche Haftungsregelung im Zweifelsfall nicht zweckmäßig erscheinen lassen wird. Allerdings steht es in diesem Fall der Wohnungseigentümergemeinschaft frei, die Verkehrsfähigkeit des Eigentums durch eine – mitunter auch teilweise – Freistellung des Erwerbsinteressenten wiederherzustellen. Sodann kann ein Eigentumswechsel des Wohnungseigentums erfolgen und die Wohnungseigentümergemeinschaft ist

¹⁶³ Blankenstein, ZWE 2016, 197, 197 f.

¹⁶⁴ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 474; Riecke/Schmid/Elzer/Abramenko, WEG, § 16, Rn. 219.

¹⁶⁵ Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 124; Becker/Kümmel/Ott, Wohnungseigentum, Rn. 161.

¹⁶⁶ BeckOK-BGB/Hügel; WEG, § 10, Rn. 37.

¹⁶⁷ AG Charlottenburg, MittBayNot 2010, 45.

¹⁶⁸ BGHZ 202, 346; vgl. auch Bärmann/Klein, § 10, Rn. 38; Bärmann/Merle, § 23, Rn. 20, 132; Timme/Dötsch, WEG, 2010, § 10, Rn. 196; Becker, ZWE 2002, 341, 344; Becker/Strecker, ZWE 2001, 569, 575 f.; Bub, ZWE 2007, 339, 342 f.; Becker/Kümmel/Ott, Wohnungseigentum, Rn. 162.

¹⁶⁹ BGH NJW 1994, 2950, 2952; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 119.

¹⁷⁰ Kreuzer, MittBayNot 2014, 239, 242.

¹⁷¹ BGH NJW 1994, 2950, 2952.

zumindest in der Zukunft vor dem säumigen Hausgeldschuldner geschützt.¹⁷² Insofern ist eine solche Regelung in der Gemeinschaftsordnung zumindest in der Hinsicht zu empfehlen, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft es in der Hand hält, wann sie einen Rechtsnachfolger aus der Haftung entlässt. Für den Fall, dass das Wohnungseigentum durch die Haftung seine Verkehrsfähigkeit nicht eingebüßt hat, kann indes sogar eine vollständige Befriedigung der rückständigen Hausgelder durch den Erwerber erwartet werden.

c) Resümee

Im Ergebnis überwiegen somit die Vorteile für die Wohnungseigentümergemeinschaft, womit eine Aufnahme der Haftung des Rechtsnachfolgers für rückständige Hausgelder in die Gemeinschaftsordnung zu empfehlen ist.

III. Schutzoptionen des Erwerbers bei bestehender Rechnachfolgeverpflichtung für rückständige Hausgelder

Den Risiken und damit allem voran der Gefahr einer unbeschränkten Haftung für rückständiges Hausgeld ausgesetzt zu sein, kann vonseiten des Erwerbers indes durch verschiedene präventive Mechanismen beim Abschluss und Vollzug des Kaufvertrages entgegengewirkt werden.

1. Ablösung der rückständigen Hausgelder durch den Erwerber

Den dargestellten Risiken für den Erwerber bei Bestehen einer Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung hinsichtlich der Hausgeldrückstände im Grundbuch kann auf verschiedene Art und Weise begegnet werden. Naheliegend ist in erster Hinsicht die Ablösung der rückständigen Hausgelder durch den Erwerber. Folge dieses Vorgehens wäre jedoch die faktische Erhöhung des Kaufpreises. Dies ist zumindest dort fatal, wo der Erwerber das Risiko rückständiger Hausgelder nicht bereits in sein Kaufangebot eingepreist hat.¹⁷³ Doch gerade dies wird regelmäßig nicht der Fall sein, womit der Erwerber im Zweifel einen zu hohen Kaufpreis für das erworbene Objekt zahlen wird. Im schlimmsten Fall auch für den Erwerber zu einer finanziellen Schieflage, so dass auch der Wohnungseigentümergemeinschaft langfristig nicht geholfen ist. Eine Ablösung der rückständigen Hausgelder durch den Erwerber ist somit kein empfehlenswertes Vorgehen, sofern dieser die Hausgeldrückstände nicht von vornherein in seine Kalkulation der Erwerbskosten mit einbezogen hat, insbesondere weil für den Erwerber im Zeitpunkt des Erwerbs die Höhe der rückständigen Forderungen der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht ersichtlich sind.

2. Sicherung durch die Einführung von Fälligkeitsvoraussetzungen

Zum Schutz des Erwerbers ist es möglich und unter Umständen auch sinnvoll, in die notarielle Kaufvertragsurkunde eine Erklärung des Verwalters der Wohnungseigentümergemeinschaft als Voraussetzungen für die Kaufpreisfälligkeit aufzunehmen.¹⁷⁴

¹⁷² BGH NJW 1994, 2950, 2952.

¹⁷³ A. A. Cranshaw in ZfIR 2015, 461, 473; der Autor ist der Ansicht, dass der Erwerber dieses Szenario regelmäßig einkalkulieren wird.

¹⁷⁴ A. A. Schmidt-Räntsche in ZWE 2013, 429, 432; diese hält eine solche Vorgehensweise für entbehrlich, da das Vorrecht mangels dinglicher Wirkung sowieso nicht auf den Erwerber übergehen würde und übersieht hier die Bedeutung, wenn eine Verdinglichung im Grundbuch stattgefunden hat, denn dann ergibt eine solche Auskunft sehr wohl Sinn.

a) Wirkung der Fälligkeitsvoraussetzungen

Der Vertreter der Wohnungseigentümergemeinschaft erklärt hierbei, dass keine Hausgelder für die entsprechende Wohnungseigentumseinheit rückständig sind. In der Folge wird der Kaufpreis erst bei Vorlage der entsprechenden Erklärung beim Notar fällig. Dem Risiko für den Erwerber, letztlich eine mit rückständigen Hausgeldern belastete Wohnungseigentumseinheit zu erwerben, wird so vorgebeugt. Dies vor allem, da die Gefahr einer verdeckten Belastung des Wohnungseigentums für den Erwerber ausgeschlossen wird. Der Erwerber erfährt durch die sogenannte Hausgeldschuldenfreiheitsbescheinigung, ob tatsächlich Hausgelder rückständig sind und kann so autonom entscheiden, wie er mit dieser Situation umgeht. Die Hausgeldschuldenfreiheitsbescheinigung ist insofern eng verwandt mit der Mietschuldenfreiheitsbescheinigung,¹⁷⁵ was den Umgang mit einer solchen Erklärung erleichtern kann. Vorteile liefert dieses Vorgehen insbesondere mit Blick darauf, dass die Wirkung der Bescheinigung für den Erwerber nur dann die Pflicht zur Kaufpreiszahlung entstehen lässt, sofern die Bescheinigung negativ ist, tatsächlich also keine Hausgeldrückstände bestehen. Als Folge einer fehlenden Erklärung oder einer positiven Auskunft werden die Fälligkeitsvoraussetzungen des Kaufvertrags nicht eintreten. Dies bedeutet jedoch auch, dass keine Verpflichtung des Verkäufers besteht, den Kaufgegenstand auf den Erwerber zu übertragen. Der Vollzug des Kaufvertrages befindet sich sodann in einem Schwebezustand. Um für diesen Zustand eine Lösung zu finden, schlägt Weber vor, die Erklärung des Verwalters mit einem Rücktrittsrecht zu verbinden.¹⁷⁶ Hier kann der Erwerber sich vom Kaufvertrag lösen, wenn keine zeitnahe Abgabe der Erklärung durch den Verwalter erfolgt. Gleiches soll für den Fall gelten, dass der Verwalter durch die Nichtabgabe der Erklärung die Verzögerung des Vollzugs des Kaufvertrags bewirkt.¹⁷⁷ Um diesem entgegenzuwirken, besteht die Möglichkeit, einen Verzicht des Erwerbers auf die Fälligkeitsvoraussetzung in den Kaufvertrag aufzunehmen. Hiermit bewirkt der Käufer jedoch gleichzeitig eine Preisgabe seiner Absicherung. Der Verzicht wird regelmäßig gegenüber dem Notar erklärt und in geeigneter Form an den Verkäufer der Wohnungseigentumseinheit übermittelt. Bei diesem Vorgehen ist der Erwerber indes wiederum nicht vor dem Risiko geschützt, überschuldetes Wohnungseigentum zu erwerben. Insofern ist dieses Vorgehen nur dann geeignet, einen vollumfänglichen Schutz zu erreichen, sofern die Verwaltererklärung zeitnah und korrekt abgegeben wird.

b) Probleme im Hinblick auf die Verwaltererklärung

Ein weiteres Problem droht dann, wenn im Zeitraum des Wartens auf die Mitteilung des Verwalters neue Hausgeldrückstände fällig und rückständig werden.¹⁷⁸ Der Verwalter müsste somit, um die Risiken des Erwerbers zu minimieren, alle Rückstände bis zum erwarteten Besitzübergang zum Inhalt seiner Erklärung machen. Dies bedeutet, dass im schlimmsten Fall bis zu diesem Zeitpunkt bereits neue Rückstände aufgelaufen sind, die die Wohnungseigentümergemeinschaft nun auch gegen den Erwerber eintreiben könnte, und der Erwerber sich auf die Erklärung des Verwalters berufen wird, dass er das Eigentum ohne derartige Rückstände übernommen hat. Dieser Interessenkonflikt scheint indes überschaubar, da zwischen der Verwalterbescheinigung und dem Vollzug des Erwerbs in der Regel nur ein kurzer Zeitraum liegen wird. Sollte der Zeitraum indes länger sein, ist darüber nachzudenken, eine Bescheinigung über künftig fällig werdende Hausgeldforderungen zur Fälligkeitsvoraussetzung zu machen. Hier könnte dem Erwerber ein Zurückbehaltungsrecht und ein Ablöserecht im Hinblick auf den Kaufpreis eingeräumt werden.¹⁷⁹ Der Weg über ein

¹⁷⁵ Fabis, ZfIR 2010, 355, 358; Jennissen/Kemm, NZM 2012, 630, 632; Schneider, ZMR 2011, 165; 168; Häublein, ZMR 2011, 848; Herrler, NJW 2013, 3515, 3518; Kesseler, NJW 2009, 121, 124; Schneider, ZWE 2014, 61, 66; Böttcher, NJW 2014, 3404, 3406; zur Mietschuldenfreiheitsbescheinigung BGH NJW 2014, 1954.

¹⁷⁶ Weber, DNotZ 2014, 738, 749.

¹⁷⁷ Weber, DNotZ 2014, 738, 749; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rn. 1247.

¹⁷⁸ Fabis, ZfIR 2010, 355, 358.

¹⁷⁹ Weber, DNotZ 2014, 438, 451.

Zurückbehaltungsrecht respektive ein Ablöserecht funktioniert allerdings nur, sofern der Erwerber den aktuellen Rückstand kennt. Insofern würden die in der Zwischenzeit fällig gewordenen Forderungen mit Mitteln des Kaufpreises abgelöst und führen so nicht zu einer faktischen Erhöhung des Kaufpreises für den Erwerber.

c) Pflicht des Verwalters zur Abgabe einer Erklärung über das Bestehen rückständiger Hausgelder

Nicht außer Acht zu lassen ist darüber hinaus, dass der Verwalter des Wohnungseigentums, auf dessen Mitwirkung die Kaufvertragsparteien hier angewiesen sind, eine Abgabe der Erklärung verweigern kann. Für diesen besteht grundsätzlich keine Verpflichtung zum Tätigwerden, da es sich bei der Abgabe einer solchen Erklärung gerade nicht um eine typische Verwalter Aufgabe handelt. Diese ergeben sich vielmehr unmittelbar aus § 27 Abs. 1 WEG. Allerdings kann eine derartige Verpflichtung des Verwalters aus der Vorschrift des § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG resultieren. Diese Regelung ist eine wichtige und vielfach genutzte Befugnis, die Kompetenzen des Verwalters zu erweitern. So wird er ermächtigt, Rechtsgeschäfte mit Bauhandwerkern, Versicherungen und Hausmeistern abzuschließen, sowie Prozesse im Namen der Gemeinschaft anzustrengen. Zumindest denkbar ist an dieser Stelle, dass der Verwalter von der Wohnungseigentümergemeinschaft ermächtigt wird, eine Hausgeldschuldenfreiheitsbescheinigung auszustellen. Hierfür müssten die Eigentümer jedoch zunächst nach § 21 Abs. 3 WEG entscheiden, ob sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums so verfahren wollen. Auf jeden Fall müsste ein solcher Beschluss einer ordnungsmäßigen Verwaltung entsprechen, da er ansonsten anfechtbar wäre. Der einzelne Wohnungseigentümer hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft den Verwalter zur Abgabe einer entsprechenden Bescheinigung verpflichtet. Es besteht damit auch keine Verpflichtung des Verwalters, an einer derartigen Fälligkeitsvoraussetzung mitzuwirken. Nicht selten wird der Verwalter des Wohnungseigentums, insbesondere aufgrund der für ihn schwer abzuschätzenden Haftungsfolgen einer fehlerhaften Erklärung, die Abgabe einer solchen Erklärung scheuen.¹⁸⁰ Wenngleich der Verwalter durch seine Mitwirkung dazu beitragen kann, dass der Wohnungseigentümergemeinschaft alsbald ein neuer zahllungskräftiger Wohnungseigentümer zur Verfügung steht.

d) Resümee

Sieht die Gemeinschaftsordnung vor, dass der Wohnungseigentumserwerber als Hausgeldschuldner hinzutritt (mit rangprivilegierter Haftung des Wohnungseigentums oder nicht), so ist die Hausgeldschuldenfreiheitsbescheinigung gegebenenfalls eine gute Absicherung für den Erwerber. Wenn es dagegen Rückstände gibt, wird der Verwalter regelmäßig keine derartige Erklärung abgeben. Der Transfer verzögert sich oder scheitert. Die Privilegien der Wohnungseigentümergemeinschaft aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bleiben einstweilen erhalten. Insofern ist hier im individuellen Einzelfall zu entscheiden, wie eine solche Fälligkeitsvoraussetzung auszustalten ist und ob die Möglichkeit eines Verzichts sowie Rücktritts wirklich interessengerecht für den Erwerber sind.

3. Aufnahme einer Beschaffungsvereinbarung oder eines Garantievertrags in den notariellen Kaufvertrag

Eine weitere Möglichkeit des Erwerbers, sich vor rückständigen Hausgeldern seines Vorgängers zu schützen, besteht darin, eine entsprechende Erklärung oder Garantie des Veräußerers zu verlangen.¹⁸¹

¹⁸⁰ Zur Haftung des Verwalters bzw. der Wohnungseigentümergemeinschaft ausführlich Jacoby, ZWE 2014, 8.

¹⁸¹ Bezüglich einer solchen Erklärung siehe auch Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 44 f.

Hiernach würde die Negativerklärung des Veräußerers als Beschaffenheitsvereinbarung in den notariellen Kaufvertrag aufgenommen werden. Stellt sich hier nach Eigentumsübergang heraus, dass entgegen der Erklärung des Verkäufers Hausgeldrückstände bestehen, so haftet der Verkäufer gemäß den Vorschriften der §§ 433 ff. BGB. Das Bestehen von Hausgeldrückständen begründet danach einen Rechtsmangel im Sinne des § 435 BGB. Im Kaufvertrag wird in diesen Fällen festgehalten, dass der Käufer die Erfüllung der Hausgeldrückstände gegenüber der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht übernehmen will. Die Formulierung des Gesetzes ist in § 435 BGB insoweit missglückt, dass hier von Rechten Dritter am Kaufgegenstand die Rede ist. Ein Rechtsmangel liegt insofern überall dort vor, wo Rechte eines Dritten eine individuelle Belastung des Käufers ergeben, also geeignet sind, ihn in der ungestörten Ausnutzung der ihm gebührenden Rechtsposition zu beeinträchtigen.¹⁸²

Das Vorliegen von einem Mangel bedeutet, dass der Erwerber die ganze Bandbreite der kaufrechtlichen Mängelansprüche gegen den Veräußerer geltend machen kann. Hierzu gehören auch die verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüche der §§ 280 ff. BGB, sofern dem Veräußerer nicht der Entlastungsbeweis gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB gelingt. Fraglich ist insofern, wie viel Nutzen derartige Ansprüche dem Erwerber tatsächlich bringen. Im schlechtesten Fall wurde der Kaufpreis vollständig zur Ablösung der Grundpfandrechtsgläubiger verwendet und der Veräußerer ist mittellos. Hier würde es zumindest eine nicht unbeträchtliche Zeitspanne in Anspruch nehmen, die Rechte gegen den Verkäufer durchsetzen zu können. Insofern wäre der Erwerber wiederum gezwungen, die Rückstände zumindest vorerst zu begleichen.

Denkbar ist hier auch – in Abgrenzung zur Beschaffenheitsvereinbarung – den Veräußerer ein selbstständiges Garantieversprechen gemäß § 311 Abs. 1 BGB abgeben zu lassen, woraus der Verkäufer verschuldensunabhängig für die Rückstandsfreiheit des Grundbesitzes einzustehen hat. Auch hier bleiben die im Zusammenhang mit der Beschaffenheitsvereinbarung benannten Nachteile jedoch nicht unberührt, womit auch diese Vorgehensweise keinen vollumfänglichen Schutz des Erwerbers verspricht.

4. Kenntnisserklärung des Verkäufers

Denkbar ist auch, dass der Verkäufer zum Schutz des Erwerbers eine Kenntnisserklärung abgibt. Hierbei erklärt der Verkäufer, keine Kenntnis von bestehenden Hausgeldschulden zu haben. Erklärt er dies, obwohl Rückstände vorliegen, kann dem Verkäufer ein arglistiges Verhalten unterstellt werden. Arglistig handelt, wer unrichtige Erklärungen in der Kenntnis ihrer Unrichtigkeit abgibt, wobei hier bereits bedingter Vorsatz ausreicht.¹⁸³ In der Folge kann der Erwerber nicht nur Schadensersatz vom Verkäufer verlangen, sondern auch das Rechtsgeschäft gemäß § 123 BGB anfechten. Im Hinblick auf die rückständigen Hausgelder ist es so gut wie nicht denkbar, dass der bisherige Eigentümer keine Kenntnis von bestehenden Rückständen hat. Zudem ist davon auszugehen, dass der Verkäufer bereits dann arglistig handelt, wenn er zu Fragen, deren Beantwortung erkennbar maßgebliche Bedeutung für den Kaufentschluss seines Kontrahenten haben, ohne tatsächliche Grundlagen ins Blaue hinein unrichtige Angaben macht.¹⁸⁴ Insofern wird der Verkäufer in diesem Fall regelmäßig arglistig gehandelt haben. In der Folge kann der Erwerber, insbesondere dann, wenn die Kenntnisserklärung mit einer Beschaffenheitsvereinbarung verbunden wurde, unter erheblich erleichterten Bedingungen den Anspruch gegen den Verkäufer durchsetzen. Insofern empfiehlt es sich bei der Aufnahme einer Beschaffenheitsvereinbarung zumeist auch eine Kenntnisserklärung des bisherigen Eigentümers in den notariellen Kaufvertrag mit aufzunehmen.

¹⁸² MüKo-BGB/Westermann, § 435, Rn. 4.

¹⁸³ MüKo-BGB/Armbrüster, § 123, Rn. 17.

¹⁸⁴ BGHZ 63, 382; BGHZ 168, 64.

5. Vereinbarung über das Einbehalten von Teilen des Kaufpreises

Losgelöst von der Möglichkeit, mit Mitteln des Kaufpreises rückständige Forderungen zu begleichen, besteht auch die Möglichkeit, von vornherein Teile des Kaufpreises ähnlich einem Zurückbehaltungsrecht einzubehalten. Die Vorteile dieses Vorgehens liegen vor allem darin, dass der Verwalter des Wohnungseigentums vor Besitz- und Eigentumsübergang auf den Erwerber keine Erklärung zu rückständigen Hausgeldern abgeben muss und der Vollzug des Kaufvertrages damit nicht unnötig hinausgeschoben wird. Der Kaufvertrag enthält bei diesem Vorgehen eine Regelung dahingehend, dass ein prozentualer Teil des Kaufpreises vom Verkäufer bis zu einem festgelegten Zeitpunkt zurückgehalten werden darf. Bezüglich eines sinnvollen Zeitraums des Einbehaltens und der Höhe des Einbehalts müssen die Parteien eine interessengerechte Lösung finden. Da der Erwerber grundsätzlich unbegrenzt und nicht lediglich im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG für rückständige Hausgelder einstehen muss, empfiehlt es sich, einen Betrag von mehr als 5 % des Kaufpreises anzusetzen. Jedoch wird es hier eines besonderen Verhandlungsgeschicks bedürfen, mit dem Veräußerer eine möglichst hohe Einbehaltssumme, die die höchste Sicherheit für den Erwerber bietet, zu vereinbaren. Der Einbehalt sollte durch den Erwerber so lange zurückgehalten werden dürfen, bis ihm eine Auskunft des Verwalters der Wohnungseigentümergemeinschaft zur Höhe der rückständigen Hausgelder vorliegt. Entsprechendes gilt bei Vorlage einer Negativbescheinigung. Sodann kann der Erwerber den Einbehalt zunächst für die rückständigen Hausgelder verwenden. Bei einem Überschuss ist dieser an den Verkäufer auszuzahlen.

Für den Erwerber bleibt hier das Risiko, dass die einbehaltene Summe nicht für die Ablösung der fälligen Forderungen ausreicht. In diesem Fall muss er wiederum mit seinem eigenen Vermögen für die Rückstände aufkommen. Aus diesem Grund ist es unerlässlich, den Einbehalt möglichst hoch anzusetzen. Dies wiederum kollidiert unter Umständen mit den Interessen der Grundpfandrechtsgläubiger. Sofern das Wohnungseigentum mit Grundpfandrechten belastet ist, die durch den Kaufpreis abgelöst werden sollen, kann es dazu kommen, dass dies aufgrund des Einbehaltens eines Teils des Kaufpreises nicht mehr möglich ist. Das droht besonders dort, wo das Wohnungseigentum bis an den Verkehrswert belastet wurde. Hier kommt der Erwerber mit der Regelung eines Einbehalts nicht an das gewünschte Ziel. Damit ist diese Vorgehensweise bei einer hohen Belastung mit Grundpfandrechten, die abgelöst werden sollen, nicht zu empfehlen.

6. Resümee

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass es in jedem Einzelfall der Beurteilung des Notars und der Beteiligten zu überlassen ist, welches Vorgehen dem Erwerber den bestmöglichen Schutz bietet.¹⁸⁵ Dies ermöglicht dem Erwerber und dem Veräußerer der Sondereigentumseinheit, den Kaufvertrag der geltenden Rechtslage anzupassen und besondere Vereinbarungen zu treffen. Die Wohnungseigentümergemeinschaft wird durch die Verdinglichung der Gemeinschaftsordnung ohnehin einen Vorteil erzielen, da sie bestmöglich gegen die Enthaftung des Wohnungseigentums aufgrund einer Veräußerung des Hausgeldschuldners geschützt ist. Dies auch, weil bereits der beurkundende Notar einen Hinweis auf die Einstandspflicht für Hausgeldrückstände geben kann. Bei einer einfachen Rechtsnachfolgeregelung in der Gemeinschaftsordnung ist ein Schutz schon deshalb nicht in demselben Umfang möglich, weil die Gemeinschaftsordnung dem Notar selbst meist nicht vorliegt. Liegt indes keine (verdinglichte) Regelung zur Übertragung der Haftung für Hausgeldrückstände auf den Rechtsnachfolger vor, so bleibt der Wohnungseigentümergemeinschaft

¹⁸⁵ So auch Weber, DNotZ 2014, 738, 751.

schlussendlich im Fall einer Veräußerung des Wohnungseigentums nur die persönliche Verpflichtung gegen den Veräußerer.¹⁸⁶ Dieses Risiko sollte die Wohnungseigentümergemeinschaft nicht eingehen.

IV. Risiken der Wohnungseigentümergemeinschaft

Die größte Gefahr für die Wohnungseigentümergemeinschaft, die über keine Rechtsnachfolgeregelung in der Gemeinschaftsordnung verfügt, besteht darin, dass sie durch die Veräußerung ihr Haftungsobjekt verliert. Mangels Dinglichkeit des Vorrechts kraft Gesetzes und auch kraft Vereinbarung erleidet sie in diesem Fall einen Totalverlust des Hausgelds.¹⁸⁷ So kann der säumige Hausgeldschuldner sich der Vollstreckung entziehen, indem er beispielsweise an einen Verwandten oder Ehegatten veräußert und das nicht dingliche wirkende Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft damit unterläuft.¹⁸⁸ Insbesondere die finanziellen Banken haben in dieser Situation ein Interesse an der Veräußerung, denn ihre auf dem Wohnungseigentum ruhenden Grundpfandrechte bleiben auch im Fall der Veräußerung bestehen, wohingegen sie bei einer Vollstreckung der Wohnungseigentümergemeinschaft aus der Rangklasse 2 ihre Rechte einbüßen würden. Im Ergebnis müssten die Banken aufgrund der dargelegten Enthaftungsstrategie des Hausgeldschuldners im Falle eines Versteigerungsverfahrens so kein Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft mehr dulden.¹⁸⁹ Der Wohnungseigentümergemeinschaft ist hier der Rat zu erteilen, ihre Forderungen so schnell wie möglich zu titulieren und dies unabhängig von einer angestrebten Veräußerung durch den Schuldner. Nur dann kann sie eine Beschlagnahme der Sondereigentumseinheit nach Maßgabe des § 23 Abs. 1 ZVG bewirken. Diese Vorgehensweise gilt auch für jede Zwangsvollstreckung eines anderen Gläubigers und stellt damit keine Benachteiligung der Wohnungseigentümergemeinschaft dar. Sofern die Gemeinschaft diesen generell geltenden Voraussetzungen genügt, kann sie die Privilegierung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG vollends ausschöpfen.¹⁹⁰

V. Der Eigentumserwerb kraft Hoheitsakt

Eine weitere Möglichkeit des Erwerbs des Wohnungseigentums (ungeachtet der rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten) liegt in einem Erwerb kraft Hoheitsakts. Im Rahmen eines Zwangsversteigerungsverfahrens kann Eigentum an Immobilien durch Zuschlag gemäß § 90 ZVG erworben werden. Auch Nutzen und Lasten des Eigentums gehen mit dem Zuschlag auf den Erstehher über, womit dieser mit dem Tag des Zuschlags neuer Hausgeldschuldner der Wohnungseigentümergemeinschaft ist.¹⁹¹ Es handelt sich hier um einen originären Eigentumserwerb durch öffentlich-rechtlichen Übertragungsakt. Der Erwerber ist dabei kein Einzelrechtsnachfolger im rechtlichen Sinne. Eine Haftung für Hausgeldrückstände im Zeitpunkt des Zuschlags scheidet damit, unabhängig von der Dinglichkeit des Vorrechts aus.¹⁹² Die rückständigen Hausgelder werden in diesem Fall, sofern nach Befriedigung der Ziffern 1, 1a ausreichend vorhanden ist, aus dem Erlös bedient, vgl. §§ 49 Abs. 1, 52 Abs. 1 ZVG. Auch die zuvor angesprochene Regelung bezüglich etwaiger Hausgeldrückstände in der Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergemeinschaft kann eine Einstandspflicht des Erstehers der Wohnung im Rahmen der Zwangsversteigerung nicht begründen, denn

¹⁸⁶ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 474; Kreuzer, MittBayNot 2014, 239, 243.

¹⁸⁷ Schneider, ZMR 2014, 185.

¹⁸⁸ Zu beachten sind hier die Vorschriften des AnfG, wonach eine Übertragung des Eigentums auf eine nahestehende Person für einen Zeitraum von zwei Jahren bei Entgeltlichkeit und vier Jahren bei Unentgeltlichkeit unter den in § 3 Abs. 4, § 4 Abs. 1 AnfG genannten Voraussetzungen anfechtbar ist.

¹⁸⁹ Becker, ZfIR 2013, 806, 810.

¹⁹⁰ Moosheimer, ZMR 2015, 350, 353.

¹⁹¹ Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 52; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 25; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 123.

¹⁹² BGHZ 159, 397; BGHZ 112, 59; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 467; Depré, ZVG, § 90, Rn. 22; Sinz/Hiebert, ZInsO 2012, 205, 207; Hintzen/Alff, ZInsO 2008, 480, 485.

F. Die Haftung des Rechtsnachfolgers für rückständiges Hausgeld

eine entsprechende Regelung verstößt gegen die Vorschrift des § 56 S. 2 ZVG. Hier hat der Ersteher im Zwangsversteigerungsverfahren erst ab Zuschlag die Lasten des Sondereigentums zu tragen.¹⁹³ Ein anderslautender Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft ist damit in der Folge gemäß § 134 BGB nichtig.¹⁹⁴ Die Haftung des Sonderrechtsnachfolgers für Hausgeldrückstände des die Zwangsversteigerung duldenden Wohnungseigentümers ist somit nicht der Regelfall. Auch eine private Schuldübernahme durch Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft zulasten des durch Zuschlag Erwerbenden kommt nicht in Betracht¹⁹⁵, insbesondere weil eine solche private Schuldübernahme nur durch individuelles Rechtsgeschäft, nicht dagegen durch „organ-schaftlichen“ Gesamtakt, begründet werden kann. Für eine andere Vorgehensweise fehlt es bereits an einer Rechtsgrundlage.¹⁹⁶ Eine Bestimmung in der Teilungserklärung, wonach der Erwerber gesamtschuldnerisch für etwaige Rückstände haftet, ist zwingend dahingehend auszulegen, dass nur der rechtsgeschäftliche Erwerber gemeint ist und nicht der Ersteher im Rahmen der Zwangsversteigerung.¹⁹⁷ Andernfalls wäre eine solche Regelung unwirksam.

Im Ergebnis muss der Ersteher bereits aufgrund der Regelung in § 56 S. 2 ZVG nicht für rückständige Hausgelder haften, da diese gemäß §§ 49 Abs. 1, 52 Abs. 1 ZVG aus dem Ersteigerungserlös zu entnehmen sind. Bei fehlender Anmeldung der Forderung durch die Gemeinschaft erlischt die Haftung des Wohnungseigentums mit dem Zuschlag. Dies benachteiligt die Gemeinschaft auch nicht unangemessen. Eine solche Anmeldung an der Erlösverteilung ist für jeden Gläubiger obligatorisch.¹⁹⁸ Die Wohnungseigentümergemeinschaft braucht eine solche Anmeldung der Forderung nur dann, wenn sie nicht selbst betreibende Gläubigerin ist. Die Zwangsversteigerung folgt zwar dem Prioritätsprinzip,¹⁹⁹ womit der Erfolg der Versteigerung grundsätzlich dem schnellsten Gläubiger dient. Die Priorität der Befriedigung richtet sich nach dem Zeitpunkt der Beschlagsnahme des Gegenstands. Die Wohnungseigentümergemeinschaft hingegen hat bereits einen gesetzlichen Rang aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG und braucht mithin keinen solchen mehr aus Beschlagsnahme gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG. Befolgt die Wohnungseigentümergemeinschaft insofern die Voraussetzung, ihre Forderung im Rahmen der Immobilienversteigerung anzumelden, so wird sie gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG privilegiert aus dem Versteigerungserlös befriedigt (vorausgesetzt sie ist nicht ohnehin betreibende Gläubigerin). Eine Gefahr durch die Versteigerung des Grundeigentums besteht für die Wohnungseigentümergemeinschaft damit grundsätzlich dann nicht, wenn sie schnell genug handelt. Verpasst sie jedoch ihre Gelegenheit zur Anmeldung, geht ihr das Wohnungseigentum als Haftungsobjekt verloren. Ihr Recht setzt sich sodann gemäß § 37 Nr. 4 ZVG zwar am Erlös fort, wird im Rang allerdings den übrigen Rechten nachgesetzt. Mit dem Nachrang des § 110 ZVG büßt die Wohnungseigentümergemeinschaft faktisch jede Erlösbeteiligung ein.²⁰⁰ Somit verbleibt hier wiederum nur die persönliche Forderung gegen den Schuldner, die im Regelfall nahezu wertlos sein wird. Sicherungsmechanismen für die Wohnungseigentümergemeinschaft sind in dieser Konstellation kaum vorhanden. Zu empfehlen ist auch in diesem Zusammenhang die rechtzeitige Titulierung der Forderung. Nicht außer Acht zu lassen ist der Vorteil, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft durch die Zwangsversteigerung einen neuen und damit

¹⁹³ BGHZ 142, 290, 291; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 118; Müller, WEG, 10. Teil, Das Prozessrecht, Rn. 60.

¹⁹⁴ BGH NJW 1987, 1638; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 49; Reymann, ZWE 2013, 446; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 474; Müller, WEG, 10. Teil, Rn. 80.

¹⁹⁵ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 474; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 118.

¹⁹⁶ BGHZ 142, 290, 291.

¹⁹⁷ BGH NJW 1984, 308, 309; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 118.

¹⁹⁸ Lüke, ZWE 2010, 62, 69; wobei etwas anderes laut Lüke selbstverständlichweise auch nicht bei einer freihändigen Veräußerung des Insolvenzverwalters gelten darf.

¹⁹⁹ Saenger/Kemper, ZPO, § 804, Rn. 12; Baur/Stürner/Brunns, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6.38.

²⁰⁰ Vgl. Bartels, Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung, S. 527.

F. Die Haftung des Rechtsnachfolgers für rückständiges Hausgeld

hoffentlich zahlungswilligen und zahlungskräftigen Wohnungseigentümer erhält und damit keine neuen Hausgeldschulden mehr auflaufen werden.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

Im Folgenden werden zunächst die Auswirkungen der Zwangsversteigerung einer Sondereigentumseinheit auf die Vormerkung skizziert (I.), wobei zwischen einer Eintragung der Vormerkung vor (1.) und nach der Beschlagnahme des Wohnungseigentums (2.) unterschieden wird. Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Frage der Rangfähigkeit der Vormerkung im Sinne des § 10 Abs. 1 ZVG (II.). Nicht zuletzt wird die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2014 als Lösungsmöglichkeit des Spannungsverhältnisses analysiert und auf Vor- und Nachteile überprüft (III. und IV.), bevor abschließend die Chancen der Sicherung für die Vormerkungsgläubiger erarbeitet werden (VI.).

I. Grundsätzliches zur Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung

Der Bestand einer Auflassungsvormerkung steht der Zwangsversteigerung des Sondereigentums gemäß § 28 ZVG grundsätzlich nicht entgegen.²⁰¹ Dies bedeutet vor allem, dass das Zwangsversteigerungsverfahren ungeachtet der eingetragenen Vormerkung fortgesetzt wird. Der Bestand der Vormerkung und damit ihr Schutz im Rahmen des Verfahrens hängt davon ab, ob sie im geringsten Gebot zu berücksichtigen ist.²⁰² Für die Berücksichtigung im geringsten Gebot ist wiederum maßgeblich, zu welchem Zeitpunkt die Vormerkung in das Grundbuch eingetragen wurde und ob zu diesem Zeitpunkt bereits eine Beschlagnahme des Grundstücks stattgefunden hat. Von einer Beschlagnahme des Grundstücks ist gemäß § 20 ZVG mit Eingang des Ersuchens der Eintragung der Anordnung der Zwangsversteigerung beim Grundbuchamt auszugehen.²⁰³

Die Vormerkung hat grundsätzlich Bestandskraft in der Zwangsvollstreckung und in der Insolvenz. § 883 Abs. 2 S. 2 BGB erweitert den Schutzbereich der Vormerkung insoweit, dass auch vormerkungswidrige Verfügungen des Insolvenzverwalters dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam sind. Diese als Elisionskraft bezeichnete Wirkung der Vormerkung bewirkt vor allem, dass der Berechtigte auch vom Insolvenzverwalter die Herbeiführung des der Vormerkung entsprechenden Rechtszustands verlangen kann.²⁰⁴ Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 InsO besteht hier nicht.²⁰⁵ Auch Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung sind dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam. Hoheitliche Beschlagnahmen des Wohnungseigentums entfalten gegenüber dem vorgemerkten Anspruch insofern keinen stärkeren Effekt als rechtsgeschäftliche Verfügungen.²⁰⁶

1. Eintragung der Auflassungsvormerkung vor der Beschlagnahme

Erfolgt die Eintragung der Auflassungsvormerkung zeitlich vor der Beschlagnahme des Wohnungseigentums durch einen persönlichen Gläubiger des Wohnungseigentümers, ist der Eigentumserwerb dem Auflassungsvormerkungsberechtigten gegenüber aufgrund der Regelung des § 883 BGB relativ unwirksam.²⁰⁷ In der Folge bleibt die Vormerkung auch nach der Erteilung des Zuschlags bestehen und ist vom Erwerber

²⁰¹ Weber, DNotZ 2014, 738, 740 m. w. N.

²⁰² Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1532; Paland/Herrler, § 883, Rn. 26 f.

²⁰³ LG Tübingen, ZfIR 2016, 638, 639.

²⁰⁴ Uhlenbruck/Wegener, InsO, § 106, Rn. 26.

²⁰⁵ BeckOK-BGB/Kohler, § 883, Rn. 65; MüKo-BGB/Kohler, § 883, Rn. 63.

²⁰⁶ MüKo-BGB/Kohler, § 883, Rn. 60.

²⁰⁷ Schneider, ZWE 2014, 61, 69; Böttcher, NJW 2014, 3404, 3406; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48; Fabis, ZfIR 2010, 354; Kesseler, NJW 2009, 121.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

zu übernehmen. Der vorgemerke Anspruch kann also – ungeachtet des Zuschlags – auch gegen den Ersteher geltend gemacht werden.²⁰⁸ Insoweit kann der Auflassungsvormerkungsberechtigte gemäß § 888 BGB vom Ersteher Zustimmung zur Eigentumsumschreibung im Grundbuch verlangen.²⁰⁹ Für diese Zustimmung erhält der Ersteher keinerlei Gegenleistung, womit es hier in den meisten Fällen überhaupt nicht zu einem Zuschlag im Rahmen der Zwangsversteigerung kommen wird.²¹⁰ Findet während des Zwangsversteigerungsverfahrens hingegen noch die Eigentumsumschreibung auf den Erwerber statt, so ist das Zwangsversteigerungsverfahren in der Rechtsfolge gemäß § 28 Abs. 1 ZVG einzustellen, sofern die Auflassungsvormerkung im Zeitpunkt der Beschlagnahme durch den persönlichen Gläubiger im Grundbuch bereits eingetragen war.²¹¹

Sofern die Beschlagnahme durch einen dinglichen Gläubiger des Wohnungseigentümers herbeigeführt wurde, ist für den Bestand der Vormerkung die Rangklasse des Anspruchs des die Versteigerung betreibenden Gläubigers ausschlaggebend.²¹² Eine dem betreibenden, dinglichen Gläubiger vorrangige Auflassungsvormerkung ist demnach in das geringste Gebot als bestehend bleibend aufzunehmen.²¹³ Zu einem Zuschlag wird es hier gar nicht erst kommen, denn gemäß den §§ 28, 33 ZVG ist die Aufhebung des Verfahrens beziehungsweise die Versagung des Zuschlages aufgrund der Unwirksamkeit der Bestellung des dinglichen Rechts gegenüber dem Vormerkungsberechtigten angezeigt.²¹⁴ Eine nachrangige Vormerkung erlischt hingegen mit dem Zuschlag und ist aus dem Versteigerungserlös gemäß § 92 ZVG zu befriedigen.²¹⁵ Der Vormerkungsberechtigte muss damit ein besserrangiges Recht stets gegen sich gelten lassen. Hiermit muss der Vormerkungsberechtigte jedoch auch von vornherein rechnen, da der Grundbesitz bereits im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung mit dem Recht belastet war und die Vormerkung den Berechtigten nur davor schützt, dass der Erwerb des Eigentums vereitelt oder beeinträchtigt wird, nicht hingegen dagegen, dass der Gläubiger eines vorrangigen Rechts dieses im Weg der Zwangsvollstreckung verfolgt.²¹⁶ Eine Einstellung des Verfahrens respektive die Versagung des Zuschlags in Anwendung der §§ 28, 33 ZVG ist jedenfalls dann angezeigt, wenn die Eigentumseintragung des Vormerkungsberechtigten bereits vor der Beschlagnahme des Wohnungseigentums erfolgt ist.²¹⁷ Dem Verfahren steht dann zweifelsohne das Eigentum eines Dritten entgegen, das bei der Anordnung der Zwangsversteigerung nach § 17 Abs. 1 ZVG

²⁰⁸ Böttcher, NJW 2014, 3404, 3405; a. A. Alff, ZWE 2010, 105, 112; dieser bezeichnet die Annahme, dass es sich bei der Beschlagnahme um eine anspruchsbeeinträchtigende und damit gegenüber dem vorgemerkten Anspruch relativ unwirksame Verfügung als schon im Ansatz verfehlt. Der Autor geht von einer Dinglichkeit der Ansprüche aus und sieht aus diesem Grund keine Verfügung, die dem Vormerkungsinhaber gegenüber unwirksam sein könnte.

²⁰⁹ BGHZ 46, 124, 127; BGH NJW 1996, 3147, 3148; Schneider, ZMR 2014, 185, 187; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48; Fabis ZfIR 2010, 355, 357; Becker, ZfIR 2013, 806, 810; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1532.

²¹⁰ Alff, Rpflieger 2013, 15, 19; Becker, ZfIR 2013, 806, 810.

²¹¹ Becker, ZfIR 2013, 806, 810.

²¹² So bereits BGHZ 46, 124.

²¹³ BGHZ 46, 124, 127; BGH NJW 1996, 3147, 3148; Weber, DNotZ 2014, 738, 741; Schneider, ZWE 2014, 61, 69; Kesseler, NJW 2009, 121; BGHZ 46, 124; Schneider, ZMR 2014, 185, 187.

²¹⁴ BGH NJW 1996, 3147, 3148; Böttcher, ZVG, § 28, Rn. 8; LG Trier, Rpflieger 2000, 286; Jursnik, MittBayNot 1999, 433, 436; Kesseler, NJW 2009, 121, 124.

²¹⁵ Schneider, ZWE 2014, 61, 69; Böttcher, NJW 2014, 3404, 3406; Schneider, ZMR 2014, 185, 187; Weber, DNotZ 2014, 738, 739; Reymann, ZWE 2013, 446, 447.

²¹⁶ BGHZ 170, 378.

²¹⁷ Kesseler, NJW 2009, 121, 122; Schneider, ZMR 2014, 185, 187; BGHZ 60, 46; Weber, DNotZ 204, 738, 739; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48; Böttcher, ZVG, § 26, Rn. 3.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

zu berücksichtigen ist. Dies gilt zumindest dann, wenn es aus dem Grundbuch ersichtlich ist.²¹⁸ Voraussetzung für die Sicherungswirkung der Vormerkung ist somit, dass sie vor der Beschlagnahme eingetragen worden ist oder der Schutz des § 878 BGB greift.²¹⁹

2. Eintragung der Auflassungsvormerkung nach der Beschlagnahme

Der Eigentumserwerb eines durch Auflassungsvormerkung gesicherten Dritten nach der Beschlagnahme des Wohnungseigentums durch einen persönlichen Gläubiger des Wohnungseigentümers ist aufgrund des mit der Beschlagnahme verbundenen Veräußerungsverbots aus § 23 Abs. 1 S. 1 ZVG dem vollstreckenden Gläubiger gegenüber grundsätzlich unwirksam gemäß §§ 135 Abs. 1, 136 BGB.²²⁰ Dieses Veräußerungsverbot gilt auch für den durch Vormerkung gesicherten Erwerber. Da im Zeitpunkt der Eintragung der Auflassungsvormerkung bereits das Veräußerungsverbot gemäß § 23 Abs. 1 ZVG bestand, kann die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch nicht mehr wirksam gegenüber dem Erwerber vollzogen werden. Ein Grund, der den Fortgang der Zwangsversteigerung hindert, besteht in diesem Fall gerade nicht und das Verfahren wird fortgeführt.²²¹ Es bestehen jedoch ausnahmsweise Möglichkeiten, die einen wirksamen Erwerb auch nach der Beschlagnahme des Wohnungseigentums ermöglichen. Eine Möglichkeit für den Vormerkungsberechtigten, trotz der Beschlagnahme des Wohnungseigentums als Eigentümer im Grundbuch eingetragen zu werden, besteht dann, wenn die Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs gemäß § 892 BGB vorliegen. Im Interesse des redlichen Geschäftsverkehrs ermöglicht § 892 BGB einen der Registerlage entsprechenden gutgläubigen Erwerb von Liegenschaftsrechten.²²² Der Inhalt des Grundbuchs gilt damit zugunsten des Vormerkungsberechtigten als richtig, es sei denn, dass der Erwerber die Unrichtigkeit kennt oder dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, vgl. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB. Dies gilt gemäß § 892 Abs. 1 S. 2 BGB auch im Hinblick auf das Fehlen einer nicht eingetragenen relativen Verfügungsbeschränkung.²²³ Ein gutgläubiger Erwerb des Vormerkungsberechtigten kommt damit immer dann in Betracht, wenn aus dem Grundbuch die Beschlagnahme des Wohnungseigentums nicht erkennbar war, weil eine Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks unterblieben ist und der Erwerber keine Kenntnis von der Beschlagnahme des Wohnungseigentums hatte. Eine weitere Möglichkeit des Erwerbs durch den Vormerkungsberechtigten trotz der Beschlagnahme des Wohnungseigentums besteht dann, wenn die Auflassung bereits vor der Beschlagnahme bindend erklärt wurde und der Eintrag auf Eigentumsumschreibung im Zeitpunkt der Beschlagnahme schon gestellt war. Maßgeblich hierfür ist wiederum der Eingang des Antrags beim Grundbuchamt.²²⁴ Treffen diese Voraussetzungen aufeinander, ist eine nachträgliche Verfügungsbeschränkung des Veräußerers gemäß § 878 BGB für den Erwerb des Sondereigentums durch den Käufer unschädlich. Insofern ist bei Eintritt einer der genannten Konstellationen die Veräußerung auch gegenüber dem Ersteher im Rahmen der Zwangsversteigerung voll wirksam. Der Vormerkungsberechtigte kann dann die Wirksamkeit seines Eigentumserwerbs dem Beschlagnahmegläubiger gegenüber durch eine Drittwiderrufschriftklage gemäß § 771 ZPO geltend machen.

²¹⁸ Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Noethen, § 28, Rn. 6.

²¹⁹ BeckOk-BGB/Eckert, § 883, Rn. 68.

²²⁰ BGHZ 201, 157, 165; Schneider, ZfIR 2014, 654, 657; Reymann, ZIP 2014, 1895, 1899; Kesseler, NJW 2009, 121, 124.

²²¹ BGHZ 201, 157, 164; Schneider, ZfIR 2014, 654, 657; Böttcher, ZfIR 2010, 521, 530; Jursnik, MittBayNot 1999, 125, 127; Jursnik, MittBayNot 1999, 433, 434 f.; Stöber, ZVG, § 26, Rn. 2.3 und § 28 Rn. 3.5.

²²² MüKo-BGB/Kohler, § 892, Rn. 1; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1534.

²²³ Schulze/Staudinger, § 892, Rn. 1.

²²⁴ MüKo-BGB/Kohler, § 878, Rn. 7, 16.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

Wird die Zwangsversteigerung durch einen dinglichen Gläubiger des Wohnungseigentümers betrieben, dann findet § 26 ZVG Anwendung.²²⁵ Hier ist bereits die Eintragung der Auflassungsvormerkung gegenüber dem betreibenden Gläubiger relativ unwirksam gemäß §§ 135, 136 BGB aufgrund des Verfügungsverbots aus § 23 ZVG. Das Verfahren kann gegen den früheren Grundstückseigentümer auf Grundlage der bisherigen Vollstreckungsunterlagen ohne besonderen Fortsetzungsbeschluss weitergeführt werden.²²⁶ In der Folge bleibt auch ein später erfolgender Eigentumserwerb des Erwerbers unwirksam.²²⁷ § 26 ZVG regelt den seltenen Fall, dass der dingliche Rechtsübergang des Grundstücks nach der Beschlagnahme und vor der Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks im Grundbuch erfolgte.²²⁸ Zudem wird die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs durch den Vormerkungsberechtigten ausgeschlossen. Auch ein Widerspruch des Erwerbers gegen den Zuschlag gemäß § 771 ZPO verspricht keinen Erfolg.²²⁹ Diese Stärkung des dinglichen Gläubigers wird damit erklärt, dass das dingliche Recht auch gegenüber dem Erwerber wirkt und er somit die bereits geschaffene vollstreckungsrechtliche Situation auch als Rechtsnachfolger gegen sich gelten lassen muss.²³⁰

II. Die Einordnung der Vormerkung in das Rangklassensystem des § 10 Abs. 1 ZVG

Um die Wechselwirkungen des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft und die der Vormerkung betrachten zu können, muss zunächst geklärt werden, inwiefern die Vormerkung in das Rangsystem des § 10 Abs. 1 ZVG zu integrieren ist. Hiernach bemisst sich maßgeblich, ob die Vormerkung den Hausgeldern vorrangig ist und damit im Rahmen der Zwangsversteigerung, die durch die Wohnungseigentümergemeinschaft betrieben wird, bestehen bleibt oder ob sie nicht in das geringste Gebot fällt und gemäß § 91 ZVG mit dem Zuschlag erlischt.²³¹

1. Die Vormerkung als dingliches Recht der Rangklasse 4

Der § 10 Abs. 1 ZVG nennt insgesamt acht Rangklassen, wobei sowohl schuldrechtliche Ansprüche als auch dingliche Rechte aufgeführt werden. Während die Rangklassen 1 und 1a auf die Erstattung von Kosten für die Instandhaltung während der Zwangsverwaltung (Rangklasse 1) und die Erstattung von Feststellungskosten im Rahmen des Insolvenzverfahrens (Rangklasse 1a) abzielen, beinhaltet die Rangklasse 3 sogenannte öffentliche Lasten. Hierzu zählen vor allem die für das Grundeigentum jährlich anfallenden Grundsteuern. Eine Zuordnung der Vormerkung zu einer dieser Rangklassen scheidet schon aufgrund fehlender Vergleichbarkeit der Rechte aus. Die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG hingegen widmet sich den Ansprüchen aus dinglichen Rechten am Grundstück und somit allen in Abteilung II und III des Grundbuchs verzeichneten Rechten. Hierzu zählen allen voran die Ansprüche aus Grundschulden und die Hypotheken, aber auch weitere im Grundbuch oder außerhalb des Grundbuchs bestehende dingliche Belastungen.²³² Bei der Vormerkung müsste es sich somit um ein dingliches Recht am Grundstück oder zumindest ein hiermit vergleichbares Recht handeln, um es der Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG zuordnen zu können.

²²⁵ Böttcher, ZVG, § 26 Rn. 7.

²²⁶ Jursnik, MittBayNot 1999, 433, 435; Böttcher, ZVG, § 26, Rn. 7.

²²⁷ Böttcher, ZVG, § 26 Rn. 5.

²²⁸ Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, ZVG, § 26, Rn. 1.

²²⁹ MüKo-ZPO/Schmidt/Brinkmann, § 771, Rn. 39.

²³⁰ Böttcher, ZVG, § 26 Rn. 7.

²³¹ Jauernig/Berger, § 883, Rn. 20; BeckOK-BGB/Eckert, § 883, Rn. 67; Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 193.

²³² Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 48.

a) Die Rechtsnatur der Auflassungsvormerkung

Die Rechtsnatur der Vormerkung ist nicht weniger umstritten als die des Hausgelds. Die Streitfragen resultieren dabei vor allem aus der hybriden Gestalt der Vormerkung mit dinglichen und schuldrechtlichen Elementen.²³³ Die Vormerkung sichert den Anspruch des Erwerbers auf Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück. Im Gegensatz zu einer ohne Zweifel dinglich wirkenden Grundschuld schuldet der Grundstückseigentümer hingegen die Zahlung eines Geldbetrags aus dem Grundstück.²³⁴ Der größte Unterschied zwischen der Vormerkung und den klassischen dinglichen Rechten wie Grundschuld und Hypothek liegt damit vor allem darin, dass die Vormerkung lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums sichert und eben nicht die dingliche Belastung des Eigentums an sich. Aufgrund dieses immanenten Unterschieds der Vormerkung zu den klassischen Grundpfandrechten wird auch von einem Sicherungsmittel eigener Art gesprochen.²³⁵ Obgleich die Vormerkung damit gerade kein dingliches Recht im klassischen Sinne darstellt, ist sie den dinglichen Rechten in vielfacher Hinsicht gleichgestellt. So sichert die Vormerkung einen schuldrechtlichen Anspruch mit dinglicher Rechtswirkung.²³⁶ Auch schützt die Vormerkung mit ihrer dinglichen Wirkung den Vormerkungsberechtigten gemäß §§ 883 Abs. 2, 888 BGB vor Zwischenverfügungen und hat rangwahrende Wirkung gemäß § 883 Abs. 3 BGB.²³⁷ Hierdurch verursacht die Vormerkung zwar keine Grundbuchsperre, sodass spätere vormerkungswidrige Eintragungen vorzunehmen sind, jedoch sichert sie die Durchsetzung eines schuldrechtlichen Anspruchs. Die von der Vormerkung ausgehende relative Unwirksamkeit der Verfügungen genügt jedoch insoweit, dass der Hauptschuldner seinen Anspruch gegen den Berechtigten der Zwischenverfügung durchsetzen kann.²³⁸ Angesichts dieser Wirkung der Vormerkung ist es nicht verwunderlich, dass sie teilweise auch als selbstständiges dingliches Recht eigener Art verstanden wird,²³⁹ wenngleich die überwiegende Ansicht – mittlerweile in gefestigter Rechtsprechung – von einem besonderen Sicherungsmittel eigener Art ausgeht, was einem schuldrechtlichen Anspruch auf liegenschaftsrechtliche Veränderung eine gewisse dingliche Wirkung verschafft.²⁴⁰

b) Stellungnahme

Im Ergebnis handelt es sich bei der Vormerkung zwar nicht um ein klassisches dingliches Recht im Sinne des BGB, nicht abzusprechen ist ihr allerdings eine gewisse Nähe und damit Vergleichbarkeit zu diesem. In der Folge liegt es nahe, insbesondere aufgrund der Vergleichbarkeit der Vormerkung mit den dinglichen Rechten des BGB, eine Zuordnung der Vormerkung in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG vorzunehmen.

²³³ MüKo-BGB/Kohler, § 883, Rn. 5; Schulze/Staudinger, § 883, Rn. 2; Palandt/Herrler, § 883, Rn. 1.

²³⁴ MüKo-BGB/Lieder, § 1191, Rn. 1.

²³⁵ BeckOK-BGB/Eckert, § 883, Rn. 1; Palandt/Herrler, § 883, Rn. 2.

²³⁶ Schulze/Staudinger, § 883, Rn. 2.

²³⁷ MüKo-BGB/Kohler, § 883, Rn. 5; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1532.

²³⁸ MüKo-BGB/Kohler, § 883, Rn. 49 f.; Palandt/Herrler, § 883, Rn. 21 f.

²³⁹ Wunner NJW 1969, 113 f.; Schulze/Staudinger, § 883, Rn. 2.

²⁴⁰ RGZ 151, 389, 392; BGHZ 25, 16, 23; BGHZ 57, 341, 342 f.; BGHZ 60, 46, 49; BeckOK-BGB/Eckert, § 883, Rn. 1.

2. Die Rangfähigkeit der Auflassungsvormerkung

Im Hinblick auf die Rechtsnatur der Vormerkung ist sodann von besonderem Interesse, ob die Vormerkung überhaupt in das Rangklassensystem des § 10 Abs. 1 ZVG zu integrieren ist. Entscheidend für eine abschließende Klärung ist insbesondere die Frage, ob die Vormerkung überhaupt eine Rangfähigkeit besitzt.²⁴¹

Zum einen wird eine Rangfähigkeit der Vormerkung bejaht.²⁴² Dies unter Verweis auf die Anwendbarkeit des § 879 BGB. In diesem Kontext bestimmt § 879 BGB das Rangverhältnis mehrerer Vormerkungen untereinander. Nach dieser Überlegung ergibt die Anwendung von § 879 BGB auf die Vormerkung überhaupt nur dann Sinn, wenn die Vormerkung rangfähig ist. Die Vertreter dieser Auffassung schließen insofern aus dem Umstand der Anwendbarkeit des § 879 BGB auf eine zwangsläufige Rangfähigkeit der Vormerkung.²⁴³ Dem schadet auch nicht, dass § 879 BGB dabei lediglich analog zur Anwendung kommt.²⁴⁴ Die analoge Anwendung der Vorschrift folgt aus dem Umstand, dass die eigentliche Anwendbarkeit des § 879 BGB auf die Rangfolge mehrerer ranggleich eingetragener Rechte am Grundstück untereinander abzielt. Eine Aussage zur Rangfähigkeit der Vormerkung trifft § 879 BGB hingegen nicht ausdrücklich, womit eine direkte Anwendung scheitert.

Als missverständliche Deutung des § 879 BGB betrachtet *Böttcher* diese Begründung.²⁴⁵ § 879 BGB regelt nach seiner Meinung in erster Linie den Umgang mehrerer beschränkt dinglicher Rechte an einem Belastungsgegenstand, die in einem Konkurrenzverhältnis zueinander stehen. Das von § 879 BGB vorgesehene Rangverhältnis gibt somit Auskunft darüber, welcher Berechtigte vorrangig zum Zug kommt, sofern nicht alle Rechte am Belastungsgegenstand ausgeübt werden können.²⁴⁶ § 879 BGB soll somit lediglich klären, dass der Eigentumsvormerkung ein materieller Rang zugewiesen ist, und nicht, dass eine Rangfähigkeit im Sinne des § 10 Abs. 1 ZVG besteht. Insofern regelt die Vorschrift des § 879 BGB nur das Rangverhältnis mehrerer Vormerkungen zueinander oder auch zu anderen Grundstücksrechten und trifft keine Aussage über die Rangfähigkeit der Vormerkung im Rahmen des ZVG.

Daraus folgt indes nicht zwingend, dass eine Einordnung der Vormerkung in das Rangsystem des § 10 Abs. 1 ZVG unmöglich ist.²⁴⁷ Auch die Begründung, dass das Eigentum an sich ebenfalls nicht in eine Rangklasse einzuordnen ist, lässt nicht zwangsläufig den Schluss zu, dass auch der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums nicht rangfähig sein kann.²⁴⁸ Das Eigentum hat keinen Rang, vielmehr ist es Träger der Rangfolge.²⁴⁹ Aus diesem Grund will *Kesseler* die Frage der Wirksamkeit der Verfügung allein anhand des § 883 Abs. 2 BGB klären, ohne auf die Rangfolge des § 10 Abs. 1 ZVG abzustellen, womit die Frage der Rangfähigkeit der Vormerkung in der Folge nicht mehr von Bedeutung ist. Hierzu wird jedoch berechtigterweise kritisch angemerkt, dass sodann nicht geklärt ist, an welcher Stelle der Versteigerungserlös für eine Vormerkung zugeteilt werden soll, wenn die Vormerkung durch den Zuschlag erloschen ist, weil aus

²⁴¹ Anderer Ansicht ist diesbezüglich Reymann in ZWE 2013, 446, 448, der es in der Sache nicht für ausschlaggebend hält, ob die Vormerkung rangfähig im Sinne des § 10 Abs. 1 ZVG ist.

²⁴² Vgl. BGHZ 96, 157; Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 279; MüKo-BGB/Kohler, § 883, Rn. 65.

²⁴³ Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 279; MüKo-BGB/Kohler, § 883, Rn. 65.

²⁴⁴ Vgl. BGHZ 96, 157; Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 279; MüKo-BGB/Kohler, § 883, Rn. 65.

²⁴⁵ Böttcher, NJW 2014, 3404, 3405.

²⁴⁶ BeckOK-BGB/Eckert, § 879, Rn. 1

²⁴⁷ Böttcher, NJW 2014, 3404, 3405; a. A. Kesseler, NJW 2009, 121, 124.

²⁴⁸ A. A. Kesseler, NJW 2009, 121, 124.

²⁴⁹ BGHZ 170, 378, 384 f.; MüKo-BGB/Kohler, § 879, Rn. 8.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

einer zeitlich vor ihr eingetragenen Grundschuld die Vollstreckung betrieben wurde.²⁵⁰ Wenn die Vormerkung nicht in das Rangsystem des § 10 Abs. 1 ZVG zu integrieren ist, kann eine Zuteilung des Erlöses faktisch nicht erfolgen. Im Ergebnis wird somit auch *Kesseler* – zumindest in diesem Fall – eine Entscheidung zur Rangfähigkeit der Vormerkung treffen müssen.

Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 9. Mai 2014 soweit Licht ins Dunkel bringen können, als dass er eine Rangfähigkeit der Vormerkung anerkannte.²⁵¹ Hierbei betont der BGH mit Blick auf gegenteilige Auffassung, dass es sich bei der Vormerkung gerade nicht um Eigentum im ursprünglichen Sinne handelt, sondern vielmehr um die Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Verschaffung des Eigentums. Auch ist die Vormerkung nicht als eine Art wesensgleiches Minus zum Eigentum zu verstehen,²⁵² vielmehr handelt es sich bei der Vormerkung um ein Sicherungsrecht eigener Art, das den Anspruch auf die Einräumung einer dinglichen Rechtsposition sichert.²⁵³ Eine Rangfähigkeit der Vormerkung ist damit bereits aufgrund der Erlösztteilung in der Zwangsversteigerung unerlässlich. Dieser wesentliche Unterschied muss im Ergebnis ausreichen, um die Vormerkung in das Rangsystem des § 10 ZVG integrieren zu können. Als Folge dieser Entscheidung rechnet der BGH die Vormerkung konsequent der Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG zu. Dies geschieht ebenfalls mit der Begründung, dass die Vormerkung mit den normierten dinglichen Rechten am ehesten vergleichbar ist.²⁵⁴

3. Resümee und Kritik

Im Ergebnis wird der Vormerkung bereits aus Praktikabilitätsgründen eine Rangfähigkeit zuzusprechen sein. Hierbei überzeugt nicht nur die Argumentation, dass es sich bei der Vormerkung eben nicht um rangunfähiges Eigentum handelt. Auch die sich ergebenden Vorteile für die Wohnungseigentümergemeinschaft und für den Vormerkungsberechtigten sprechen für eine Rangfähigkeit der Vormerkung. Würde der Vormerkung keine Rangfähigkeit zugesprochen werden, so gäbe es keine Regelung über das Vorgehen im Rahmen einer Erlösverteilung, dies würde sich auch zum Nachteil des Vormerkungsberechtigten auswirken. Insofern ist im Ergebnis die Ansicht des BGH überzeugend.

III. Beeinträchtigung der Vormerkung durch die Klassifizierung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG als schuldrechtlicher Anspruch

Nach der allgemeinen Darstellung der Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums und der Verortung derselben in das Rangsystem des § 10 ZVG werden im nächsten Schritt die Auswirkungen der Rangprivilegierung der Hausgelder in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG auf die Vormerkung in einem durch die Wohnungseigentümergemeinschaft betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren betrachtet. Besonders interessant ist dabei, inwiefern eine Veränderung der Ausgangsposition in einem durch die Wohnungseigentümergemeinschaft betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren herbeigeführt wird, in dem die Vormerkung in der Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG zu berücksichtigen ist.

²⁵⁰ Böttcher, ZfIR 2015, 45, 49.

²⁵¹ BGHZ 201, 157, 161 f.; zustimmend auch Weber, DNotZ 2014, 738, 742

²⁵² BGHZ 201, 157, 161; zustimmend MüKo-BGB/Kohler, § 879, Rn. 9.

²⁵³ BGHZ 201, 157, 161.

²⁵⁴ BGHZ 201, 157, 163; LG Ravensburg, BeckRS 14076; zustimmend auch Schreindorfer MittBayNot 2015, 39, 43; Böttcher, NJW 2014, 3404, 3406; Staudinger/Gursky, § 883, Rn. 294; Schneider ZMR 2009 169; Niederführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel, WEG, IV, Rn. 49; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1532; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 43.

1. Die Beschlagnahme als maßgeblicher Zeitpunkt für den Bestand der Vormerkung?

Der maßgebliche Zeitpunkt für den Schutz der Vormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren ist der Zeitpunkt der Beschlagnahme des Wohnungseigentums und damit der Antrag auf Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt. Dies folgt vor allem daraus, dass es sich bei der Vollstreckung aufgrund von rückständigen Hausgeldern um eine persönliche Forderung gegen den Wohnungseigentümer handelt, der keine dingliche Wirkung zukommt. Eine Veränderung der bereits dargestellten Ausgangsposition ergibt sich daher allein durch die Annahme, dass das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft einen rein schuldrechtlichen Anspruch darstellt, die Wohnungseigentümergemeinschaft in der Folge also als ein rein persönlicher Gläubiger die Zwangsversteigerung in das Wohnungseigentum betreibt.²⁵⁵ So halten die Verfechter eines dinglichen Vorrechts es für selbstverständlich, dass der Anspruch auf rückständige Hausgelder dem der Vormerkung stets vorgeht, was dazu führt, dass die Vormerkung erlischt und nicht im geringsten Gebot berücksichtigt wird.²⁵⁶ Die Zwangsversteigerung durch die Wohnungseigentümergemeinschaft als dinglicher Gläubiger könnte somit in keinem Fall durch später eintretendes Dritteigentum zu Fall gebracht werden,²⁵⁷ da der Eigentumserwerb des Vormerkungsberechtigten kein *der Zwangsvollstreckung entgegenstehendes Recht* im Sinne des § 28 ZVG wäre.²⁵⁸ Hingegen wäre eine Beschlagnahme durch einen Gläubiger der Rangklasse 5 oder einer rein schuldrechtlichen Rangklasse 2 gegenüber dem Vormerkungsberechtigten, dessen Vormerkung bereits vor der Beschlagnahme eingetragen wurde, unwirksam und in der Folge § 28 ZVG anwendbar.²⁵⁹ Die Wohngeldansprüche müssen sich gemäß § 10 Abs. 1 ZVG jedoch nur Verfahrenskosten und die Feststellungsansprüche des Insolvenzverwalters im Rang vorgehen lassen (Nr. 1 und 1a).²⁶⁰

2. Resümee und Kritik

Die Beschlagnahme darüber entscheiden zu lassen, ob die Wohnungseigentümergemeinschaft ihr Vorrecht durchsetzen kann, überzeugt im Ergebnis nicht. Dieses Problem stellt sich hier einzig aus dem Grund, dass den rückständigen Hausgeldern kein dinglicher Charakter zugesprochen wird. Andernfalls wären sie durch die Vormerkung in der Rangklasse 4 zu keinem Zeitpunkt gefährdet und könnten ungeachtet eines Eigentumsübergangs jederzeit auch gegen den neuen Eigentümer durchgesetzt werden, da das Wohnungseigentum sodann weiterhin für die auf dem Wohnungseigentum ruhenden Hausgeldrückstände einzustehen hat. Dies zeigt wiederum, dass es sich bei der Ausgestaltung des Vorrechts nicht lediglich um ein rein dogmatisches Problem handelt.

Kessler fordert in diesem Zusammenhang die Einräumung eines Befriedigungsprivilegs der Wohnungseigentümergemeinschaft gegenüber zeitlich vorrangig eingetragenen dinglichen Rechten.²⁶¹ Ansonsten drohe, kommt es vor der vollstreckungsrechtlichen Beschlagnahme zur Eigentumsumschreibung, eine fehlende Zugriffsmöglichkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft.²⁶² Dem hat der BGH mit der Entschei-

²⁵⁵ Schneider ZMR 2014, 185, 187; LG Heilbronn, ZfIR 2013, 111; Kesseler, NJW 2009, 121, 122.

²⁵⁶ Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48.

²⁵⁷ Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48.

²⁵⁸ Schneider, ZWE 2014, 61, 69; Böttcher, ZfIR 2010, 345, 347; Suilmann, NotBZ 2010, 365, 368; Alff, ZWE 2010, 205.

²⁵⁹ Böttcher, NJW 2014, 3404, 3405.

²⁶⁰ Kesseler, NJW 2009, 121, 122.

²⁶¹ Kesseler, NJW 2009, 121, 122.

²⁶² Kesseler, NJW 2009, 121, 122.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

dung, das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 auch gegenüber der Vormerkung der Rangklasse 4 stets zu privilegieren, Genüge getan.²⁶³ In der Folge ist das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft stets vorrangig vor einer – auch bereits vor der Beschlagnahme – eingetragenen Vormerkung zu berücksichtigen.

IV. Das Verhältnis der Auflassungsvormerkung zum Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft – die Herangehensweise des BGH

Die Entscheidung, das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft gegenüber der Vormerkung stets zu privilegieren, birgt indes nicht nur Vorteile, sondern schafft auch ein Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des Vormerkungsberechtigten und den Interessen der Wohnungseigentümer. An dieser Stelle wird sich mit der Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen einer Vormerkung und den rückständigen Hausgeldern im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens befasst. Hier gilt es, eine interessengerechte Lösung zu finden, die zum einen den Schutz der Wohnungseigentümergemeinschaft hinsichtlich der rückständigen Hausgelder sicherstellt und zum anderen die Bedeutung und den Einfluss der Vormerkung als ein in der Praxis wichtiges Sicherungsinstrument wahrt.

Die Entscheidung des BGH basiert auf der Annahme, dass die Wohngeldansprüche in der Rangklasse 2 einen besseren Rang innehaben als die Vormerkung in der Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Vormerkung erlischt und nicht im geringsten Gebot zu berücksichtigen ist. Vielmehr tritt an ihre Stelle der Anspruch auf Wertersatz des Vormerkungsberechtigten.²⁶⁴ Der Eigentumserwerb ist gegenüber der rangklassebesseren, vollstreckenden Wohnungseigentümergemeinschaft gemäß § 23 Abs. 1 ZVG in Verbindung mit den §§ 135, 136 BGB relativ unwirksam und das Zwangsversteigerungsverfahren damit fortzusetzen.²⁶⁵ Auch ein zwischenzeitlicher Eigentumserwerb zwischen Beschlagnahme des Wohnungseigentums zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft und der Zuschlagerteilung stellt danach kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne von § 28 ZVG dar.²⁶⁶ Damit hat auch eine zwischenzeitliche Eintragung des Eigentums während des laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens keine Bedeutung.²⁶⁷ Begründet wurde diese konsequente Entscheidung zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft damit, dass die Vormerkung gerade keinen absoluten Schutzmechanismus darstellt und damit auch keine Grundlage für einen absolut wirksamen Erwerb.²⁶⁸ Vielmehr wird die Schutzwirkung der Vormerkung durch das ZVG erheblich modifiziert und eingeschränkt, wodurch schließlich der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch in gesetzlich zulässiger Weise beeinträchtigt wird.²⁶⁹ Eine Ausnahme hiervon lässt der BGH nur zu, wenn die Auflassung bereits vor der Beschlagnahme bindend erklärt wurde und der Antrag auf Eigentumsumschreibung in diesem Zeitpunkt schon gestellt war oder wenn ein Eintrag des Zwangsversteigerungsvermerks im Grundbuch unterblieben ist.²⁷⁰ In diesem Fall hat der Vormerkungsberechtigte die Möglichkeit, das Eigentum gutgläubig zu erwerben.

²⁶³ BGHZ 201, 157; LG Tübingen, ZfIR 2016, 638, 639; zustimmend auch Schneider, ZMR 2014, 185, 187; Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 10, Rn. 16.9; Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 193.

²⁶⁴ BGHZ 201, 157, 160; AG Tuttlingen, Beschluss vom 21.02.2013 – K38/10; LG Ravensburg, BeckRS 14076; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1532.

²⁶⁵ BGHZ 201, 157, 165; zustimmend Böttcher, NJW 2014, 3404, 3406 und ZfIR 2010, 525, 531, wobei dieser die Begründung dieser Schlussfolgerung im Jahr 2010 noch in der Dinglichkeit des Vorrechts sieht; LG Tübingen, ZfIR 2016, 638, 639.

²⁶⁶ BGHZ 201, 157, 165; LG Tübingen, ZfIR 2016, 638, 639; LG Heilbronn, ZWE 2013, 230; AG Tuttlingen, Beschluss vom 21.02.2013 – K38/10; LG Ravensburg, BeckRS 14076; Dépré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 43.

²⁶⁷ BGHZ 201, 157, 165; LG Tübingen, ZfIR 2016, 638, 639; LG Heilbronn, ZWE 2013, 230; AG Tuttlingen, Beschluss vom 21.02.2013 – K38/10; LG Ravensburg, BeckRS 14076; Dépré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 43.

²⁶⁸ So auch Schreindorfer in MittBayNot 2015, 39, 44.

²⁶⁹ BGHZ 201, 157, 164.

²⁷⁰ So auch Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 44.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

Mit dieser Rechtsprechung sah und sieht der BGH sich bis heute erheblicher Kritik ausgesetzt, wenngleich die Entscheidung die logische Schlussfolgerung der vorausgehenden Entscheidungen zugunsten des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft darstellt.²⁷¹

1. Kritik am BGH

Kritik an der Entscheidung des BGH zugunsten der nahezu uneingeschränkten Privilegierung der Wohnungseigentümergemeinschaft kommt vor allem von Stimmen aus der Literatur.²⁷² So ist die Entscheidung des V. Zivilsenats hier vor allem im laufenden Erwerbsvorgang als ein großes und schwer überschaubares Risiko für den Erwerber bewertet worden. Dies insbesondere, weil die Gemeinschaft ungehindert eines eigenen Antrags jederzeit einem von dritter Seite betriebenen Zwangsvollstreckungsverfahren beitreten kann. Hierdurch drohen für den Erwerber Risiken, die zuvor nicht bestanden, denn ein Eigentumserwerb ist für ihn auch in dieser Konstellation nicht mehr möglich. Zudem wird der Erwerber keinen Ausgleich für seinen Rechtsverlust erhalten, da die Vormerkung aufgrund der Nachrangigkeit in der Rangklasse 4 nicht in das geringste Gebot fällt und damit erlischt.

a) Unterschiede materieller und verfahrensrechtlicher Regelungen

Der BGH tritt dieser Meinung in der Literatur mit einem Hinweis auf die Unterschiede materieller und verfahrensrechtlicher Regelungen entgegen. So kann die Sicherungswirkung der Vormerkung nach Ansicht des BGH nur dann Einfluss nehmen, wenn die Vormerkung verfahrensrechtlich überhaupt bestehen bleibt.²⁷³ Dies ist wiederum nur der Fall, wenn sie in das geringste Gebot fällt. Aufgrund der Nachrangigkeit der Vormerkung im Hinblick auf das Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ist das hier jedoch nicht der Fall bei einer Vollstreckung durch die Wohnungseigentümergemeinschaft aus der Rangklasse 2. Diese strikte Trennung des BGH zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht ist zu begrüßen. Materiell-rechtliche Konkurrenzregelungen können sich nur da auswirken, wo die in Streit stehenden Rechte im Verfahren auch tatsächlich auf gleicher Ebene aufeinandertreffen. Ordnet aber das Zwangsvollstreckungsrecht verfahrensrechtlichen Vorrang des einen Rechts an, spielt die materielle Rechtslage keine Rolle mehr.²⁷⁴

Ausdrücklich keine Beachtung in diesem Zusammenhang schenkt der BGH der Regelung des § 888 Abs. 2 BGB, indem er feststellt, dass die Berücksichtigung der Vormerkung im geringsten Gebot einzig von der Vorschrift des § 10 Abs. 1 ZVG abhängt und eine Lösung damit nur über die Rangklassen des § 10 Abs. 1 ZVG zu finden ist.²⁷⁵ Ein Schutz der Vormerkung vor konkurrierenden Verfügungen besteht hier nämlich nicht mehr und dies obwohl § 883 Abs. 2 S. 2 BGB einen solchen auch im Hinblick auf die Verfügungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung vorsieht.²⁷⁶ § 883 Abs. 2 BGB ordnet damit eine ausdrückliche Wechselwirkung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht an. Der Wortlaut lässt demzufolge auch

²⁷¹ Böttcher NJW 2014, 3404, 3406, der Autor betont in diesem Zusammenhang auch nochmals positiv die stringente Vorgehensweise des BGH; a. A. Langenhein, notar 2015, 119, der die Entscheidung des BGH in sich und mit den weiteren skizzierten Entscheidungen der Jahre 2011 und 2013 als nicht konsistent sieht.

²⁷² Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 42 ff.; Weber, DNotZ 2014, 738, 743 f.

²⁷³ BGHZ 201, 157, 164.

²⁷⁴ Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 43.

²⁷⁵ LG Lüneburg, RPfleger 2004, 2144; Lehmann, NotBZ 2002, 205; Schultz, RNotZ 2001, 541, 546.

²⁷⁶ MüKo-BGB/Kohler, § 883, Rn. 49; Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 43.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

zu, dass die Beschlagnahme als vormerkungswidrige Verfügung einzustufen ist.²⁷⁷ Dies sieht auch *Böttcher*, der in dem Vorgehen des BGH einen Bruch mit dessen eigenen Prinzipien sieht.²⁷⁸ Indem der BGH § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG eine materielle Wirkung zuerkenne, widerspreche er unmittelbar seiner eigenen Annahme, dass dem Vorrecht kein dinglicher Charakter aufgrund der rein verfahrensrechtlichen Wirkung des § 10 ZVG zukommt. Diesem Widerspruch kann vorgebeugt werden, denn würde der BGH die Dinglichkeit des Vorrechts anerkennen, so könnte das Vorrecht im Rahmen der Zwangsversteigerung nicht durch später eingetragenes Dritteigentum zu Fall gebracht werden und das Zwangsversteigerungsverfahren könnte fortgesetzt werden. Nach Ansicht von *Böttcher* ist der BGH insofern angehalten, das Vorrecht als dingliches Recht anzuerkennen, um so die verfolgte Argumentation schlüssig erscheinen zu lassen.²⁷⁹

b) Wertung der Kritik *Böttchers*

Die Kritik *Böttchers* ist hier nicht von der Hand zu weisen. So erlischt die Vormerkung durch das angezeigte Vorgehen und der Vormerkungsberechtigte hat keine Möglichkeit, seinen Anspruch noch wirksam durchzusetzen. Insofern folgt aus der stringenten Anwendung des § 10 Abs. 1 ZVG eine materielle Rechtsfolge. Dies bedeutet indes gerade nicht, dass der Vorschrift – anders als vom BGH angeordnet – eine rein materielle Wirkung zukommt. Vielmehr schafft § 10 Abs. 1 ZVG hier den verfahrensrechtlichen Ablauf, indem die bestehenden Rechte zu berücksichtigen sind. Die materiell-rechtliche Anordnung des Erlöschen der Rechte folgt indes aus den Vorschriften der §§ 44 ff. ZVG. Alleine hier wird über das Schicksal der nachrangigen Rechte entschieden, indem angeordnet wird, dass im geringsten Gebot nur die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Rechte zu berücksichtigen sind. Im Ergebnis ist somit lediglich darüber zu streiten, ob § 44 ZVG eine materiell-rechtliche Wirkung zukommen darf, denn diese Vorschrift entscheidet unmittelbar über das Erlöschen nachrangiger Rechte. § 10 Abs. 2 ZVG hingegen äußert sich in diesem Zusammenhang nur rein verfahrensrechtlich zur Berücksichtigung der Rechte im Zwangsversteigerungsverfahren und entscheidet damit gerade nicht über deren tatsächliches Erlöschen. In diese Überlegungen mit einzu-beziehen ist der Fall, dass ein Zwangsvollstreckungsverfahren aus der Rangklasse 8 des § 10 Abs. 1 ZVG betrieben wird. In diesem Fall würden alle dem Rang des § 10 Abs. 1 Nr. 8 vorgehenden Rechte dem betreibenden Gläubiger vorgehen und im geringsten Gebot berücksichtigt. Keines der vorgehenden Rechte würde die materiell-rechtliche Wirkung des Erlöschen erfahren. Hier wird deutlich, dass nicht § 10 Abs. 1 ZVG dies entscheidet, denn im besten Fall erlischt keines der bestehenden Rechte. § 10 Abs. 1 ZVG hat in diesem Zusammenhang folglich eine rein verfahrensrechtliche Wirkung.

c) Vorrang des Verfahrensrechts vor materiell-rechtlichen Regelungen

Schuldig bleibt der BGH in seiner Erklärung indes eine Begründung für den Vorrang des Verfahrensrechts vor dem materiellen Recht. Dies selbst unter dem Gesichtspunkt, dass das gesetzgeberische Ziel diesem Vorgehen entspricht.²⁸⁰ Eine Begründung versucht hier *Schreindorfer* zu finden.²⁸¹ So schütze die Vormerkung gemäß § 883 Abs. 2 BGB zwar auch im Zwangsversteigerungsverfahren vor Verfügungen im Rahmen von Zwangsvollstreckungen, realisiert werde dieser Schutz jedoch über das ZVG. Dieses ordne in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG die Hausgeldansprüche mit Vorrang vor den Ansprüchen der Rangklasse 4 ein und damit auch vor der Auflassungsvormerkung. Demzufolge sei § 883 Abs. 2 BGB so zu verstehen, dass von

²⁷⁷ So auch der BGH noch in BGHZ 170, 378 Rn. 14; Weber, DNotZ 2014, 738, 743; Böttcher, ZfIR 2007, 551, 552; Kesseler, NJW 2009, 121, 124; Reymann, ZWE 2013, 446, 449.

²⁷⁸ Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48.

²⁷⁹ Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48.

²⁸⁰ Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 43.

²⁸¹ Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 43.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

einer Vormerkungswidrigkeit nur ausgegangen werden könne, wenn es sich um eine Verfügung aufgrund eines in der Vollstreckung nachrangigen Rechts handle. Diese Vorgehensweise ist erforderlich, weil die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG insofern fremdkörperartig die Vollstreckung aus rein persönlichen Ansprüchen ohne einen entsprechenden Duldungstitel ermöglicht. Deutlich wird die Sinnhaftigkeit dieses Begründungsversuches insbesondere im Hinblick und im Zusammenhang mit einer Rückauflassungsvormerkung, die bei der Überlassung des Grundeigentums häufig zur Eintragung gelangt. Diese steht oft für Jahre und nicht wie die Auflassungsvormerkung meist für eine verhältnismäßig kurze Zeit im Grundbuch. Für diese Zeit könnte die Rückauflassungsvormerkung im Ergebnis den eigentlich beabsichtigten Vorrang der Hausgeldforderungen im Zwangsversteigerungsverfahren untergraben.²⁸²

d) Alternativer Lösungsvorschlag der Kritiker des BGH

Die Kritiker des BGH sehen im Ergebnis als einzig gangbaren und auch richtigen Weg eine Lösung über die materielle Wirkung der Vormerkung und damit der Vorschrift des § 883 Abs. 2 BGB. Sofern die Eigentumsvormerkung vor der Beschlagnahme eingetragen ist, greift § 883 Abs. 2 BGB und dem Erwerber drohen keine Risiken, da es sich bei nachfolgenden Verfügungen um vormerkungswidrige Verfügung handelt.²⁸³ In der Folge ist das Zwangsversteigerungsverfahren gemäß § 28 ZVG aufzuheben.²⁸⁴ Bei diesem Vorgehen müsste der Wohnungseigentümer nur rechtzeitig eine entsprechende Erwerbsvormerkung eintragen lassen, um sich einem späteren Vollstreckungszugriff des persönlich betreibenden Hausgeldgläubigers zu entziehen. Das Missbrauchspotenzial wäre demzufolge enorm hoch, weshalb ein solches Vorgehen schon im Hinblick auf den gesetzgeberischen Willen nicht einleuchtet.²⁸⁵ Nichtsdestotrotz schmälert die Entscheidung die Bedeutung des § 883 Abs. 2 BGB weitestgehend. Und auch der Schutz des Vormerkungsberechtigten ist in diesem Fall als unzureichend zu betrachten. Der Vormerkungsberechtigte hat keine Chance, eine Einstellung des Verfahrens herbeizuführen und damit das Erlöschen der Vormerkung zu verhindern.²⁸⁶ Dies ist eine harte Rechtsfolge für den Erwerber insbesondere, wenn der Kaufpreis bereits entrichtet wurde und er möglicherweise den Besitz sogar bereits erlangt hat und lediglich die Eigentumsumschreibung im Grundbuch noch nicht vollzogen ist.²⁸⁷ Dabei soll eine Auflassungsvormerkung auch Schutz vor einer Zwangsversteigerung aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG bieten, dies insbesondere, weil dem Vorrecht keine dingliche Wirkung zukommt und es einem Erwerber somit nicht entgegengehalten werden kann. Insofern ist nicht angezeigt, die Wohnungseigentümergemeinschaft im Hinblick auf die Vormerkung anders als gewöhnliche persönliche Gläubiger zu behandeln.²⁸⁸ Diese Ansicht ist jedoch weit gefehlt, denn bei der Wohnungseigentümergemeinschaft handelt es sich nicht um gewöhnliche persönliche Gläubiger des Wohnungseigentümers. Vielmehr handelt es sich aufgrund der Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG um besonders privilegierte, persönliche Gläubiger. Eben aus diesem Grund ist eine Gleichstellung mit den übrigen persönlichen Gläubigern, die aus der Rangklasse 5 und damit nachrangig nach der

²⁸² So auch Weber, DNotZ 2014, 738, 744; Schneider, ZWE 2014, 61, 70.

²⁸³ Herrler, NJW 2013, 3515, 3518; Kesseler, NJW 2009, 121, 123, 124; Reymann, ZWE 2013, 446; Schmidt-Räntschat, ZWE 2013, 429, 432; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1532.

²⁸⁴ Schmidt-Räntschat, ZWE 2013, 429, 432; Krauß, notar 2013, 330, 334; Reymann, ZWE 2013, 446, 448; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Auflage. 2014, Rn. 1247; Fabis, ZfIR 2010, 355, 358.

²⁸⁵ Siehe auch Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 43, denn Gleicher gilt bei Eintragung einer „präventiven“ Rückerwerbsvormerkung.

²⁸⁶ Reymann, ZWE 2013, 446, 448.

²⁸⁷ Böttcher, NJW 2014, 3404.

²⁸⁸ Reymann, ZWE 2013, 446, 449; Herrler, NJW 2013, 3518; Fabis, ZfIR 2010, 354, 357 f.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

Vormerkung in der Rangklasse 4 die Zwangsvollstreckung betreiben, verfehlt. Die Differenzierung zwischen den persönlichen Gläubigern des Wohnungseigentümers ist somit nicht bloß mit Blick auf das Reformziel zwingend, sondern bereits aufgrund der Systematik des Gesetzes.

e) Systemwidrige Vorgehensweise des BGH

Auch *Reymann* übt Kritik an der Vorgehensweise des BGH, indem er diese als systemwidrig bezeichnet.²⁸⁹ Der Autor übt damit im Ergebnis wohl bereits Kritik am Gesetzgeber und nicht erst an der Entscheidung des BGH. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG gewährt der Wohnungseigentümergemeinschaft nach seiner Ansicht lediglich ein im Verhältnis zu den in § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG genannten Grundschuldgläubigern vorrangiges Befriedigungsrecht. Diese Regelung ermöglicht der Gemeinschaft aber keine Vollstreckung in den Grundbesitz für den Fall, dass Eigentümer- und Schuldnerstellung auseinanderfallen, denn dies würde bedeuten, dass die betreibende Wohnungseigentümergemeinschaft bei vormerkungswidriger Beschlagnahme wie ein persönlicher Gläubiger zu behandeln ist, der die Zwangsversteigerung betreibt. Erwirbt der Vormerkungsberechtigte wirksam Eigentum, so ist das Verfahren nach § 28 ZVG einzustellen.²⁹⁰ *Reymann* will zudem danach unterscheiden, ob eine Haftung des Erwerbers in der Gemeinschaftsordnung dinglich festgehalten ist. Sodann soll die Wohnungseigentümergemeinschaft wie ein dinglicher Gläubiger behandelt werden, der die Zwangsversteigerung aus einem nun nicht mehr vormerkungswidrigen Recht betreibt. In diesem Fall sprechen seiner Ansicht nach gute Gründe dafür, dass § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG dem Erwerber entgegengehalten werden kann. Dies ist hier angezeigt, da der Erwerber selbst bei vormerkungswidriger Beschlagnahme und wirksamem Eigentumserwerb aufgrund der im Grundbuch geregelten Mithaftungsregelung herangezogen werden könnte. Hier wäre also eine Fortsetzung der Versteigerung gegenüber dem Erwerber gerechtfertigt. Zudem kann der Erwerber sich aufgrund der Eintragung der Mithaftungsregelung im Grundbuch frühzeitig auf eine Inanspruchnahme einstellen und muss quasi jederzeit damit rechnen.

2. Resümee

Der BGH behält im Ergebnis mit der Klassifizierung der Vormerkung gegenüber den Hausgeldansprüchen das Ziel des Gesetzgebers zur Reform des WEG im Blick. So sollte den Hausgeldansprüchen ein begrenztes vollstreckungsrechtliches Vorrecht, insbesondere vor den dinglichen Rechten des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG eingeräumt werden. Dieses Ziel wäre verfehlt, wenn jede zeitlich vor der Beschlagnahme eingetragene Vormerkung den Hausgeldansprüchen vorgehen würde. Hierdurch würde das Zwangsvollstreckungsverfahren der Wohnungseigentümergemeinschaft faktisch vereitelt, indem eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen würde, auf die im Falle einer Zwangsvollstreckung durch die Wohnungseigentümergemeinschaft problemlos zurückgegriffen werden könnte.

Trotzdem stellt die Entscheidung des BGH auch eine deutliche Schwächung der Vormerkung dar.²⁹¹ Hier ist der Erwerber jedoch nicht schutzlos, weshalb der Weg des BGH als gangbar und auch richtig zu bewerten ist.²⁹² Vor allem im Hinblick auf eine bereits vor der Beschlagnahme eingetragenen Vormerkung besteht bei einer anderen Vorgehensweise die Gefahr, dass Bietinteressenten sich durch die in das geringste Gebot aufzunehmende Auflassungsvormerkung von Geboten abhalten lassen und eine Versteigerung damit im Ergebnis überhaupt keinen Erfolg erzielt. Hiermit wäre der Wohnungseigentümergemeinschaft gleich in

²⁸⁹ *Reymann*, ZWE 2013, 446, 449.

²⁹⁰ *Reymann*, ZWE 2013, 446, 449.

²⁹¹ Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 44.

²⁹² So auch: Böttcher, NJW 2014, 3404; kritisch Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 44, der darauf hinweist, dass der Erwerber die Forderung ablösen müssen wird, um die Zwangsversteigerung verhindern zu können.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

zweierlei Hinsicht geschadet – zum einen besteht für sie so keinerlei Möglichkeit, sich von dem zahlungsunfähigen Schuldner zu befreien, und zum anderen wird sie auch die rückständigen Hausgelder nicht durch die Verwertung des Wohnungseigentums erhalten können.²⁹³ Insofern ist der Entscheidung des BGH zugunsten des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft im Ergebnis unter Wertungsgesichtspunkten beizupflichten. Das hier aufkommende Problem im Hinblick auf das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG würde nicht bestehen, sofern der Gesetzgeber das Vorrecht von vornherein unmissverständlich als dingliches Recht ausgestaltet hätte. Sodann würde § 28 ZVG eine Verfügung zugunsten des Vormerkungsberechtigten unterbinden und die Wohnungseigentümergemeinschaft müsste nicht um ihr Vorrecht fürchten. Der Kern der Kritik gilt hier insofern nicht dem BGH, sondern vielmehr dem Gesetzgeber.

V. Sonderproblem: Die Vollstreckung aus zwei Rangklassen

Ein vermeintlich zusätzliches Problem stellt sich in dem Fall, in dem die Wohnungseigentümergemeinschaft aus der Rangklasse 2 und der Rangklasse 5 die Zwangsvollstreckung betreibt. Mit dieser Fallgestaltung hatte sich jüngst das Landgericht Tübingen zu befassen.²⁹⁴ Die von der Wohnungseigentümergemeinschaft geltend gemachten Ansprüche fielen hier aufgrund des Übersteigens der Summe von 5 % des festgesetzten Verkehrswerts auch in die Rangklasse 5, wobei der erheblich höhere Betrag in dieser Rangklasse zu berücksichtigen war (lediglich 1.075 Euro von insgesamt 21.500 Euro fielen in die bessere Rangklasse 2). Der Forderung der Wohnungseigentümergemeinschaft aus der Rangklasse 5 und damit dem Großteil der Forderung geht die Vormerkung im Rang vor und wäre daher bei der Ermittlung des geringsten Gebots grundsätzlich zu berücksichtigen. Insofern ist hier fraglich, zugunsten welcher Rechtsposition dieser Konflikt aufzulösen ist.

Das Landgericht Tübingen löste das Spannungsverhältnis zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft mit Blick auf den § 44 Abs. 2 ZVG auf. Danach ist für die Ermittlung des geringsten Gebots allein der besserrangige Teil der Forderung maßgeblich, sofern der Beschluss über die Anordnung der Zwangsversteigerung der Schuldnerin vier Wochen vor dem Versteigerstermin zugestellt worden ist. Für den Vormerkungsberechtigten bedeutet dies, dass auch im Falle der Vollstreckung der Wohnungseigentümergemeinschaft aus mehreren Rangklassen die Privilegierung der Rangklasse 2 ihre Risiken entfällt. Die Wohnungseigentümergemeinschaft indes kann zumindest insoweit aufatmen, dass ihr nicht zusätzlich zur Geltendmachung in der bessergestellten Rangklasse 2 auch noch die Privilegierung derselben hinsichtlich der gesamten Forderung verloren geht. Die Entscheidung ist im Umgang mit der Vollstreckung der Wohnungseigentümergemeinschaft insofern als richtig einzuschätzen. Bei einer anderen Entscheidung müsste die Wohnungseigentümergemeinschaft den Verlust des Rangprivilegs an sich fürchten. Dies würde den Schutzzweck des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG gänzlich vereiteln, wenngleich der Wohnungseigentümergemeinschaft auch an dieser Stelle wiederum zu empfehlen ist, die rückständigen Hausgelder rechtzeitig zu titulieren und eine Vollstreckung zu betreiben, um nicht aufgrund der Begrenzung des Vorrechts der Höhe nach sowie in zeitlicher Hinsicht einen Verlust der Hausgelder zu erleiden. Im Hinblick auf diese Begrenzungen zeigt die Entscheidung des Landgerichts Tübingen einmal mehr, dass es nicht verwundert, dass die Grundpfandgläubiger keine große Gefahr in der Privilegierung der Ansprüche erblickt haben. Bei einer ausstehenden Forderung von über 20.000 Euro einen Betrag von gerade einmal 1.075 Euro privilegiert geltend machen zu können wirkt nicht wie eine Bevorzugung, sondern nahezu wie ein Tropfen auf den heißen Stein. Für den übrigen Ausstand wird im Ergebnis doch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer

²⁹³ BGH NJW 1996, 3147, 3148.

²⁹⁴ LG Tübingen, ZfIR 2016, 638.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

aufkommen müssen oder möglicherweise dringend erforderliche Erhaltungsmaßnahmen am Wohnungseigentum werden nicht durchgeführt werden können. Die Privilegierung der Wohnungseigentümergemeinschaft ist an dieser Stelle nicht effektiv, womit eine Überarbeitung der Regelung durch den Gesetzgeber angezeigt ist.

VI. Die Chancen und Risiken des Vormerkungsberechtigten und der Wohnungseigentümergemeinschaft

Zu guter Letzt wird sich an dieser Stelle damit befasst, welche Möglichkeiten für den Vormerkungsberechtigten bestehen seine Interessen zu sichern. Auch die jeweiligen Auswirkungen auf die Wohnungseigentümergemeinschaft und das Wohnungseigentum als solches werden bei dieser Betrachtung nicht unberücksichtigt gelassen.

1. Sicherung der Rechtsposition des Vormerkungsberechtigten

Auch wenn die Auswirkungen der Rechtsprechung des BGH auf den Vormerkungsberechtigten nicht unerheblich sind, bestehen gleichwohl Möglichkeiten für den Vormerkungsinhaber, sich gegen einen Verlust der Rechtsposition zu schützen.²⁹⁵ Insofern ist die berechtigte Ablösung der Forderung durch den Käufer gemäß § 268 BGB nicht die einzige Möglichkeit, das Zwangsversteigerungsverfahren der Wohnungseigentümergemeinschaft zu verhindern.²⁹⁶ Die Schutzmechanismen zugunsten des Erwerbers, die Eingang in der notariellen Kaufvertragsurkunde finden, sind jedoch meist präventiver Natur.

a) Die Verwaltererklärung als Fälligkeitsvoraussetzung

Für den Vormerkungsberechtigten besteht die Möglichkeit, die Erklärung des Verwalters des Wohnungseigentums zu seinen Gunsten zu nutzen. So kann eine entsprechende Erklärung von diesem eingeholt werden, dass für die gegenständliche Sondereigentumseinheit keine rückständigen Hausgelder bestehen, die die Auflassungsvormerkung und damit den Eigentumserwerb durch den Käufer gefährden. Diese Erklärung kann als Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises dienen und damit als Schutz des durch die Vormerkung gesicherten Erwerbers. Für den Fall, dass der Verwalter die von ihm abzugebende Erklärung schuldig bleibt, sollte dem Erwerber ein Rücktrittsrecht im Kaufvertrag eingeräumt werden, durch das dieser sich sodann vom Kaufvertrag lösen kann.²⁹⁷ Der Erwerber wird den Kaufpreis demnach nur zahlen, sofern keine rückständigen Hausgelder des Eigentümers bestehen, sollten derartige Schulden des bisherigen Wohnungseigentümers aufgelaufen sein, so verliert der Erwerber im Zweifel die zu seinen Gunsten bestellte Auflassungsvormerkung, einen finanziellen Schaden wird er hierdurch jedoch nicht in dem Umfang erleiden, wie wenn der Kaufpreis bereits vollständig gezahlt worden wäre.

Die Erklärung des Verwalters wird in vielen Fällen gemeinsam mit der erforderlichen Zustimmungserklärung zum Verkauf des Wohnungseigentumsanteils eingeholt. Hierzu wird dem Verwalter eine angemessene Frist gesetzt. Sofern die Negativerklärung des Verwalters nicht innerhalb der gesetzten Frist beigebracht wird, hat der Erwerber die Möglichkeit, von seinem vertraglichen Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen und

²⁹⁵ So auch BGHZ 201, 157, 166 f.

²⁹⁶ A. A. Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 44; Weber, DNotZ 2014, 738, 740; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48; Stöber, ZVG, 21. Aufl., § 10, Rn. 16.9.

²⁹⁷ Böttcher, NJW 2014, 3404, 3406; Langhein, notar 2015, 119; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 49; Böttcher, ZfIR 2010, 521, 531.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

sich so vom Vertrag zu lösen. Ein solches Vorgehen, nur über die Erklärung des Verwalters eine Kaufpreisfälligkeit herbeizuführen, empfiehlt sich allerdings alleine deshalb, weil viele Gemeinschaftsordnungen mittlerweile eine Erwerberhaftung für rückständiges Hausgeld vorsehen.²⁹⁸

Nicht ganz so einfach sieht *Schreindorfer* dieses Vorgehen und macht auf die praktischen Schwierigkeiten aufmerksam, die damit einhergehen, den Verwalter in die Kaufvertragsverhandlung beziehungsweise die Abwicklung des Kaufvertrages mit einzubeziehen. Das erste Problem begegnet dem Erwerber bereits darin, dass ein Anspruch gegen den Verwalter des Wohnungseigentums auf Abgabe einer entsprechenden Erklärung nicht besteht.²⁹⁹ Der Verwalter wird eine entsprechende Erklärung damit möglicherweise auch überhaupt nicht abgeben. Dies auch mit dem Blick darauf gerichtet, dass auch der Verwalter bei einer „falschen“ Aussage zu den Hausgeldern mit einer Haftung rechnen muss. Zudem steckt in dem vorgeschlagenen Vorgehen für den Verwalter ein erheblicher Aufwand, dies insbesondere, wenn es sich bei dem verwalteten Wohnungseigentum um große Anlagen handelt. Auch der zeitliche Aspekt ist nicht außer Betracht zu lassen. So ist das Abwarten auf eine derartige Verwaltererklärung durchaus geeignet, den Vollzug des Vertrags nicht unerheblich hinauszuzögern. Hinzu kommt, dass die Person des Verwalters nicht selten unbekannt ist. In einigen Fällen hinterlegt der Verwalter nach seiner Wahl durch die Wohnungseigentümergemeinschaft einen Verwalternachweis beim Notar. Aufgrund dieses Nachweises ist es dem Notar möglich, den Verwalter, ohne große zeitliche Verzögerungen anzusprechen und die erforderlichen Erklärungen für den Vollzug des Kaufvertrags zu erhalten. Allerdings ist es längst keine Selbstverständlichkeit, dass ein Verwalternachweis beim Notar hinterlegt wird. Nichtsdestotrotz ist eine Verwaltererklärung als Fälligkeitsvoraussetzung im notariellen Kaufvertrag zu empfehlen. Im Ergebnis steht der Aufwand, der hierdurch entsteht, mit dem Gewinn an Sicherheit für den Erwerber in einem guten Verhältnis.

b) Festlegung der durch den Kaufpreis abzulösenden Rechte

Auch eine Regelung in der notariellen Kaufvertragsurkunde über die Ablösung von bestehenden Rechten durch den Kaufpreis ist in der Vertragsgestaltung sinnvoll. Diese Regelungen funktionieren dergestalt, dass vertraglich festgelegt wird, dass der Kaufpreis zunächst auf rückständiges Hausgeld anzurechnen ist, dann auf Lastenfreistellungskosten und erst dann der Restkaufpreis tatsächlich an den Verkäufer ausgezahlt wird.³⁰⁰ In diesem Fall wären alle der Rangklasse 4 vorgehenden Forderungen durch den Kaufpreis abgelöst, sodass der Vormerkungsberechtigte nicht mehr um seine Rechtsposition im Fall der Zwangsvollstreckung fürchten müsste. Hier könnte zudem die Überlegung angeführt werden, die vorrangig durch den Kaufpreis auszugleichenden Hausgelder im Umfang auf das Maß des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG zu beschränken, da die Wohnungseigentümergemeinschaft im Zweifel auch nur in diesem Umfang aus der Rangklasse 2 vollstrecken könnte und der Vormerkungsberechtigte eine Vollstreckung aus der nachrangigen Rangklasse 5 nicht zu fürchten braucht. Hier hilft auch ein entsprechender Eingang im Vertrag, dass der Käufer die Verpflichtungen hinsichtlich etwaiger rückständiger Hausgelder kaufpreisneutral vom Verkäufer übernimmt, wobei auch hier über eine Ergänzung des Umfangs der übernommenen Forderung auf den in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG genannten nachzudenken ist. Die Regelung einer Ablösereihenfolge im notariellen Kaufvertrag ist insbesondere dann ein guter Schutzmechanismus, wenn bereits Anhaltspunkte für rückständige Hausgelder im Rahmen der Verhandlungen aufgekommen sind. Sodann bietet es sich an, die Verwaltererklärung als Fälligkeitsvoraussetzung in den Kaufvertrag zu integrieren und mit der Festlegung der Ablösereihenfolge zu verbinden. Hier profitiert der Erwerber vom größtmöglichen Schutz. Sollten tatsächlich

²⁹⁸ Böttcher, ZfIR 2015, 45, 49.

²⁹⁹ Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 45.

³⁰⁰ Böttcher, NJW 2014, 3404, 3406; Kesseler, NJW 2009, 121, 125; Weber, DNotZ 2014, 738, 751.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

Hausgelder rückständig sein, so kann infolge einer positiven Verwaltererklärung der Kaufpreis zunächst für diese Rückstände verwendet werden. Im Ergebnis wird dieses Vorgehen für den Erwerber weitaus interessengerechter sein als die Rückabwicklung des Kaufvertrags.

Insofern wird bereits an dieser Stelle deutlich, dass der Vormerkungsberechtigte trotz der verschärften Rechtsprechung des BGH im Umgang mit rückständigen Hausgeldern nicht schutzlos ist und die Entscheidung des BGH somit gerade keine Unzumutbarkeit für den Vormerkungsberechtigten mit sich bringt. Vielmehr muss der Erwerber in einem frühen Zeitpunkt bereits an seinen Schutz im Ernstfall denken.

c) Abwicklung über ein Notaranderkonto – Vereinbarung von Einbehalten des Kaufpreises

Eine weitere Möglichkeit für den Vormerkungsberechtigten besteht in der vertraglichen Einigung über eine Hinterlegung eines Teilbetrages des Kaufpreises auf einem Notaranderkonto. Alternativ kann auch der gesamte Kaufpreis hinterlegt werden. Sollte sich nach Eintragung der Vormerkung und Zahlung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto herausstellen, dass tatsächlich Hausgelder rückständig sind, die den Eigentumserwerb des Vormerkungsberechtigten gefährden, so ist dieser zumindest hinsichtlich des Verlusts des Kaufpreises gesichert. Sollte der Eigentumserwerb tatsächlich vereitelt werden, so würde der Kaufpreis nicht wie eigentlich vorgesehen an den Verkäufer ausgezahlt werden, sondern an den Käufer zurückgezahlt werden. Denkbar ist auch, dass der Kaufpreis solange beim Notar verbleibt, bis das weitere Vorgehen mit dem Hausgeldschuldner geklärt ist respektive die rückständigen Hausgelder beglichen wurden. Auch ist es möglich, die Sicherungsmechanismen miteinander zu verknüpfen und einen Teil des auf dem Notaranderkonto hinterlegten Kaufpreises im notariellen Kaufvertrag zur Ablösung der Beträge zu bestimmen. Hier braucht der Erwerber seiner durch die Vormerkung besicherten Position nicht mehr zu fürchten.³⁰¹

Sofern die Parteien sich für eine Abwicklung über ein Notaranderkonto entscheiden, sollte in diese Überlegungen freilich miteinbezogen worden sein, dass hierfür Gebühren beim Notar für die Einrichtung des Notaranderkontos anfallen sowie für jede Auszahlung von dem Konto. Auch aus diesem Grund sind Notare angehalten, die Abwicklung eines Kaufvertrags nur bei einem berechtigten Sicherungsinteresse über ein Notaranderkonto durchzuführen. Die Parteien sollten im Falle des Einsatzes eines Notaranderkontos zudem eine Regelung zur Kostentragung im Kaufvertrag festlegen.

d) Sicherung der Rechtsposition des Erwerbs durch eine Verkäufergarantie

Auch an eine Garantie des Verkäufers darüber, dass keine rückständigen Hausgelder bestehen, ist zu denken.³⁰² Eine Erklärung des Verkäufers, dass keine Hausgeldrückstände bestehen, ist heutzutage nahezu standardisiert in Kaufverträgen über Wohnungseigentum zu finden, wobei eine voluminöse Sicherheit für den Erwerber hiermit nur herbeizuführen ist, sofern die Abwicklung des Erwerbs über ein Notaranderkonto und die Auszahlung des Kaufpreises erst nach der Eigentumsumschreibung erfolgt.³⁰³ Insofern würde es hier im Ergebnis auf einen Gleichlauf mit dem zuvor genannten Mechanismus hinauslaufen.

2. Kritik und Resümee

Unbeeindruckt von den aufgezeigten Möglichkeiten des Erwerbers, seine Rechte bereits im Rahmen der Vertragsgestaltung zu sichern, wird die Stellung des Erwerbers insbesondere vonseiten der Literatur nicht

³⁰¹ Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 45; Fabis, ZfIR 2010 354, 358 f.; Böttcher, ZfIR 2010, 521, 531.

³⁰² Weber, DNotZ 2014, 738, 752; Langehein, notar 2015, 119; Fabis, ZfIR 2010, 354, 358 f. mit Formulierungsvorschlag; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 49; Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 45.

³⁰³ Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 45.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

als tragbar angesehen.³⁰⁴ Die Befürchtung geht dahin, dass der Erwerber durch die gesetzliche Regelung faktisch gezwungen ist, die Forderung der Wohnungseigentümergemeinschaft abzulösen. Nur so könne er eine vollumfängliche Sicherung seiner Position erreichen und damit schlussendlich Eigentum erwerben.³⁰⁵ Die Lösung des BGH wird hiernach als bedenkliche Schwächung der Auflassungsvormerkung verstanden.³⁰⁶

Weber versucht, unter diesem Gesichtspunkt einen alternativen Lösungsvorschlag zum Vorgehen des BGH zu unterbreiten. Danach sollen nicht die Rangverhältnisse innerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens über den Bestand der Auflassungsvormerkung entscheiden, denn erst die Beschlagnahme für die Wohnungseigentümergemeinschaft als persönlichen Gläubiger lasse ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück entstehen. Zuvor bestehe indes nur ein ganz normaler schuldrechtlicher Anspruch. Insofern leuchtet es Weber nicht ein, warum die Rangordnung des § 10 Abs. 1 ZVG über die Vormerkungswidrigkeit entscheiden soll. Wird die nachfolgende Beschlagnahme dann für relativ unwirksam gehalten, sei es nach dem Rechtsgedanken des § 48 ZVG nur konsequent, die Vormerkung in das geringste Gebot aufzunehmen. Die Vormerkung sei dann wie ein eingetragenes Recht zu behandeln.³⁰⁷ Diese Vorgehensweise würde indes das gesetzgeberisch intendierte Ziel nicht nur nicht erfüllen, sondern weitestgehend auch die Zielsetzung schlicht ignorieren. Denn ein Schutz der Wohnungseigentümergemeinschaft würde in diesem Fall in keiner Weise erlangt werden.

VII. Sonderproblem: Die Entstehung eines Anwartschaftsrechts

Ein anderer Umstand, der sich aus dem Kontext der Entscheidung des BGH ergibt, ist vom BGH bislang nicht entschieden und damit auch weitestgehend unbeachtet gelassen worden. Die zu entscheidende Frage lautet, ob durch die Eintragung der Vormerkung des Erwerbers vor der Beschlagnahme ein Anwartschaftsrecht zugunsten des Erwerbers am Eigentum entsteht, das die Zwangsversteigerung zwar nicht verhindern kann, aber zumindest den Auflassungsvormerkungsberechtigten in seiner Rechtsposition zu schützen vermag. In der zugrundeliegenden Entscheidung musste der BGH hierzu keine Stellung beziehen, da die Voraussetzungen zur Entstehung eines Anwartschaftsrechts im konkreten Fall nicht gegeben waren.³⁰⁸

1. Anwartschaftsrecht durch Auflassung des Wohnungseigentums und Eintragung einer Auflassungsvormerkung

Ein Anwartschaftsrecht entsteht nach der Rechtsprechung des BGH durch die notariell beurkundete Auflassung des Wohnungseigentums gemäß §§ 873 Abs. 2 Alt. 1, 925 BGB und der Eintragung der Eigentumsvormerkung im Grundbuch.³⁰⁹ Dieses Anwartschaftsrecht steht der Zwangsversteigerung als Vorstufe zum Eigentum grundsätzlich entgegen.³¹⁰ Der Erwerber hat im Zuge dessen die Möglichkeit, im Rahmen einer Drittwiderrufsprechsklage gemäß § 771 ZPO gegen die Zwangsversteigerung des Sondereigentums vorzugehen.³¹¹ Der Anwartschaftsberechtigte hat diesen Weg zu beschreiten, da § 28 ZVG aufgrund der fehlenden Ersichtlichkeit des Anwartschaftsrechts aus dem Grundbuch nicht anwendbar ist. Dies folgt aus dem Grundgedanken, der Formalisierung des Zwangsvollstreckungsverfahrens Rechnung zu tragen. Da eine

³⁰⁴ Weber, DNotZ 2014, 738, 740; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48.

³⁰⁵ Weber, DNotZ 2014, 738, 740; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48.

³⁰⁶ Weber, DNotZ 2014, 738, 743; zustimmend auch Fabis, ZfIR 2010, 354, 358.

³⁰⁷ Weber, DNotZ 2014, 738, 743; zustimmend auch Fabis, ZfIR 2010, 354, 358.

³⁰⁸ Vgl. BGHZ 201, 157.

³⁰⁹ BGH NJW 1991, 2019; BGH NJW 1982, 1639; BGHZ 89, 41, 45; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 49.

³¹⁰ Weber, DNotZ 2014, 738, 747; Stöber, ZVG, 20. Aufl. 2012, § 28, Rn. 5.5; vgl. auch BGHZ 28, 16, 21.

³¹¹ BGH ZIP 1995, 134; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 49.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

Aufhebung der Zwangsversteigerung gemäß § 28 ZVG durch das Vollstreckungsgericht scheitert, muss in der Folge die Einstellung der Zwangsversteigerung nach Vorlage eines im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes erlangten gerichtlichen Einstellungsbeschlusses gemäß § 37 Nr. 5 ZVG, §§ 771 Abs. 3 S. 1, 769, 775 Nr. 2 ZPO herbeigeführt werden.³¹² Das Anwartschaftsrecht vermittelt eine dem Grundstückseigentum wesensähnliche Rechtsposition und hat daher selbst keinen Rang im Sinne des § 10 ZVG. Im Rahmen der Drittwiderrufspruchsklage könnte die Wohnungseigentümergemeinschaft insofern auch gerade nicht entgegenhalten, dass die Vollstreckung der Wohnungseigentümergemeinschaft zu dulden ist, da diese aus dem Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG und damit einem gegenüber dem Anwartschaftsrecht rangbesseren Recht vollstreckt. Insofern sind die Gedanken hier nicht einschlägig, die bei der Vormerkung, die im Rang 4 des § 10 ZVG deutlich hinter dem Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft steht, Anwendung finden.³¹³ In der Folge wäre der Vormerkungsberechtigte wohl in der Lage, sich gegen die Vollstreckung der Wohnungseigentümergemeinschaft zur Wehr zu setzen. So spricht vieles dafür, das Anwartschaftsrecht als ein die Zwangsversteigerung des Grundeigentums hinderndes Recht zu qualifizieren.³¹⁴ Insbesondere sprach der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung zum Bestand der Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung der Wohnungseigentümergemeinschaft aus dem Jahr 2014 der Vormerkung eine solche Wirkung gerade mit der Begründung ab, dass es sich bei der Vormerkung nicht um ein gegenüber dem Eigentum wesensgleiches Minus handelt.³¹⁵ Dies liegt beim Anwartschaftsrecht indes anders.³¹⁶ Hierfür spricht auch, dass die Vormerkung schon rein dogmatisch nicht mit dem Anwartschaftsrecht vergleichbar ist. Letzteres verleiht dem Erwerber eine Rechtsposition, die der Veräußerer nicht mehr einseitig zerstören kann. Der Erwerb des Vollrechts hängt somit nur noch vom Willen des Erwerbers ab, da alle gemäß §§ 873 Abs. 1, 925 BGB erforderlichen Leistungshandlungen der Parteien vorgenommen wurden, während die Vormerkung einforderungsabhängiges Sicherungsmittel ist. Insofern ist das Anwartschaftsrecht weiter zu verstehen als die Vormerkung.³¹⁷ Für die Möglichkeit der Verhinderung der Zwangsversteigerung des Grundeigentums durch den Anwartschaftsberechtigten spricht zudem, dass der Erwerb des Grundeigentums mit der Eintragung der Vormerkung auch insolvenzfest ist.³¹⁸ Hier ist nicht begründet, warum die Rechtsposition in der Insolvenz bestehen bleibt, im Rahmen eines Zwangsversteigerungsverfahrens jedoch ohne besondere Mühe hinfällig sein soll. Sachgerecht ist somit, dass der Erwerber sein Recht im Rahmen der Drittwiderrufspruchsklage gemäß § 771 ZPO geltend macht.

2. Stellungnahme

Sollte der BGH in naher Zukunft eine Entscheidung zu dem hier erörterten Sachverhalt zu treffen haben, so wird er in konsequenter Anwendung seiner bisher erarbeiteten Grundsätze, das Anwartschaftsrecht anders als die Vormerkung zu behandeln haben. Das Anwartschaftsrecht ist danach als ein der Zwangsvollstreckung entgegenstehendes Recht zu qualifizieren. Dies folgt unmittelbar aus der Rechtsnatur der Rechtsposition des Anwartschaftsberechtigten im Vergleich zu dem des Vormerkungsberechtigten. So hat der Anwartschaftsberechtigte bereits ein dem Eigentum wesensgleiches Recht am Grundeigentum erworben

³¹² Weber, DNotZ 2014, 738, 747 f.; a. A. Böttcher, ZfIR 2015, 45, 49, der dieses Vorgehen für entbehrlich hält, würde das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG endlich als dingliches Recht ausgestaltet respektive anerkannt. Sodann stünde sogar der Eigentumserwerb des Vormerkungsberechtigten der Zwangsversteigerung nicht entgegen. Für das Anwartschaftsrecht gelte dies sodann erst recht.

³¹³ Weber, DNotZ 2014, 738, 747 f.

³¹⁴ Weber, DNotZ 2014, 738, 748.

³¹⁵ BGHZ 201, 157, 162 f.

³¹⁶ Vgl. MüKo-BGB/Oechsler, § 929, Rn. 18.

³¹⁷ Weber, DNotZ 2014, 738, 748; Tetenberg, Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers, S. 22 f.

³¹⁸ Tetenberg, Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers, S. 23; Uhlenbrück/Uhlenbrück, InsO, § 91, Rn. 33; MüKoInsO/Breuer, § 91, Rn. 92 ff.

G. Die Bedeutung rückständiger Hausgelder für die Wirkung und den Bestand der Auflassungsvormerkung

und nicht lediglich ein Sicherungsmittel zur Durchsetzung eines Anspruchs. Dieser Unterschied muss so immanent sein, dass er im Ergebnis zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Für die Wohnungseigentümergemeinschaft ist dieses Ergebnis in keiner Weise zufriedenstellend, da der Anwartschaftsberechtigte so die Zwangsversteigerung der Immobilie verhindern kann und das dinglich nicht gesicherte Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft zu einem ungesicherten persönlichen Anspruch gegen den Hausgeldschuldner verkommt. Dem Anwartschaftsberechtigtem kann an dieser Stelle nur geraten werden, in jedem Fall Drittwiderrufspruchsklage gegen die Versteigerung zu erheben.³¹⁹

³¹⁹ Weber, DNotZ 2014, 738, 749.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Wohnungseigentümers hat Einfluss auf das Rangprivileg aus § 10 ZVG. Der Gesetzgeber hatte die Insolvenz des Hausgeldschuldners bei der Schaffung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht im Blick.³²⁰ Nur so lässt sich die Vielzahl von Ungereimtheiten und Sicherungsproblemen des Vorrechts für die Wohnungseigentümergemeinschaft erklären. Und das obwohl die Immobilie und damit auch das Wohnungseigentum als wertvoller Gegenstand zumeist zur Insolvenzmasse gemäß § 35 InsO gehören und in der Folge auch am Insolvenzverfahren teilnehmen.³²¹ Die Forderung der Wohnungseigentümergemeinschaft wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hausgeldschuldners zweigeteilt. Nur für die vor Insolvenzeröffnung entstandenen Forderungen entsteht ein Absonderungsrecht zugunsten der Gemeinschaft. Die nach der Insolvenzeröffnung entstehenden Forderungen werden zu Masseforderungen, die vom Insolvenzverwalter aus der Insolvenzmasse befriedigt werden. Hieraus folgt eine faktische Verkürzung des Absonderungsrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft. Aber auch eine einheitliche Klassifizierung der Hausgeldforderung als Insolvenzforderung und die damit einhergehende Begründung eines einheitlichen Absonderungsrechts birgt nicht nur Vorteile. Insbesondere droht hier ein Ausfall der Hausgelder, wenn nach Insolvenzeröffnung noch weitere Monate Hausgelder rückständig werden und die Grenze von 5% des Verkehrswerts bereits überschritten wurde.

Als Folge einer Insolvenzeröffnung geht gemäß § 80 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter über. Zudem erfolgt ein Wechsel vom Prioritätsprinzip zur Gläubigergleichbehandlung. Hiermit verbunden ist stets das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung gemäß § 89 InsO.

Anders als bei BGB-Gesellschaften, bei denen die Insolvenz eines Gesellschafters einen Auflösungsgrund darstellt, besteht die Möglichkeit der Auflösung oder des Ausscheidens eines insolventen Wohnungseigentümers nur sehr eingeschränkt im Umfang des § 18 WEG.³²² Die Insolvenz des Wohnungseigentümers stellt dabei keinen Auflösungsgrund im Sinne des § 18 WEG dar.³²³ Auch die Möglichkeit einer Kündigung gegenüber dem insolventen Wohnungseigentümer besteht nicht.³²⁴ Vielmehr ist die Wohnungseigentümergemeinschaft unauflöslich gemäß § 11 Abs. 1 und 2 WEG.³²⁵ Dies bedeutet, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft auch bei der Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines der Wohnungseigentümer fortbesteht und sich somit nicht durch eine Auflösung der Wohnungseigentümergemeinschaft der Situation entziehen kann. Der persönliche Zahlungsanspruch gegen den insolventen Hausgeldschuldner wegen rückständiger Hausgelder ist nun nicht mehr im Wege der Einzelzwangsvollstreckung aufgrund des Verbots aus § 89 InsO durchsetzbar.³²⁶ Das größte Risiko im Hinblick auf das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft droht hingegen, wenn ein Vormerkungsberechtigter die Wohnung aus der Insolvenzmasse er-

³²⁰ BGH NJW 2011, 3098, 3100; Schneider, ZMR 2012, 749, 752.

³²¹ Becker, ZWE 2013, 6 f.; Lüke, ZWE 2010, 62, 64.

³²² Lüke, ZWE 2010, 62.

³²³ Gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG stellt jedoch die Nickerfüllung der Tragung von Lasten und Kosten gemäß § 16 Abs. 2 WEG einen Grund für die Entziehung des Wohnungseigentums dar. Dies zumindest dann, wenn die Höhe des rückständigen Betrags 3% des Einheitswerts übersteigt bzw. der Wohnungseigentümer sich mehr als drei Monate mit der Zahlung der Beiträge in Verzug befindet.

³²⁴ Lüke, ZWE 2010, 62 f.

³²⁵ Lüke, ZWE 2010, 62 mit dem Hinweis, dass die einzige Möglichkeit, dem Eigentümer sein Wohnungseigentum zu entziehen, in den engen Grenzen der §§ 18 f. WEG bestehe. Zusätzlich könnte der Eigentümer natürlich jederzeit durch Veräußerung des Sondereigentums ausscheiden.

³²⁶ Alff, ZWE 2010, 105, 111; HambKomm/Lüdtke, § 35, Rn. 6.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

wirbt. Dem Vormerkungsberechtigten steht sodann aufgrund des § 106 Abs. 1 InsO ein Aussonderungsanspruch gegen den Insolvenzverwalter zu oder aber der Insolvenzverwalter gibt das Wohnungseigentum aus der Haftungsmasse frei.³²⁷ In beiden Fällen endet der Insolvenzbeschlag hinsichtlich des Wohnungseigentums.

Insofern ist fraglich, welches Schicksal der persönliche Anspruch der Wohnungseigentümergemeinschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Wohnungseigentümers erfährt und welche Chancen die Wohnungseigentümergemeinschaft hat, ihr Vorrecht auch im Rahmen eines eröffneten Insolvenzverfahrens geltend zu machen.

I. Die Begründung eines Absonderungsrechts zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft für rückständige Hausgelder

Für die Wohnungseigentümergemeinschaft birgt die Insolvenz eines Wohnungseigentümers ein enormes Ausfallrisiko.³²⁸ In seiner Entscheidung vom 21. Juli 2011 gewährte der BGH der Wohnungseigentümergemeinschaft ein Recht auf vorrangige Befriedigung aus dem Wohnungseigentum im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG, ohne dass es einer gesonderten Beschlagnahme des Wohnungseigentums bedarf, sofern diese nicht ohnehin bereits zuvor gemäß §§ 20, 22 ZVG stattgefunden hat.³²⁹ Die Beschlagnahme des gesamten Vermögens des Insolvenzschuldners beinhaltet danach immer auch die Beschlagnahme der einzelnen Wohnungseigentumseinheit.³³⁰ Zumindest auf den ersten Blick scheint der Wohnungseigentümergemeinschaft damit ein großes Risiko im Umgang mit ihrem Vorrecht genommen worden zu sein, da das Absonderungsrecht ungeachtet einer Zwangsvollstreckung des Wohnungseigentums gemäß § 52 InsO bestehen bleibt.³³¹ Dies ist jedoch nicht uneingeschränkt der Fall.

1. Grundsätzliches zum Entstehen eines Absonderungsrechts zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft

Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens resultiert zunächst vor allem aus dinglichen Rechten an einem Grundstück im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG ein Recht auf abgesonderte Befriedigung. Dies trifft somit regelmäßig insbesondere auf Grundpfandrechte und Reallasten zu.³³² Kraft ihres gesetzlichen Inhalts verschaffen diese Rechte ihrem Inhaber ein Absonderungsrecht im Fall der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Schuldners. Voraussetzung der Entstehung eines Absonderungsrechts ist damit vor allem, dass dem Gläubiger ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück zusteht.³³³ Dies schließt jedoch nicht aus, dass auch Gläubiger, denen lediglich ein persönlicher Anspruch gegen den Gläubiger zusteht, ein Absonderungsrecht haben können.³³⁴

³²⁷ Jacoby, ZWE 2015, 297, 298 sowie 301; Weber, DNotZ 2014, 738, 757.

³²⁸ Jacoby, ZWE 2015, 297.

³²⁹ BGH NJW 2011, 3098, Rn. 17; LG Berlin, ZMR 2010, 142; so auch Becker, ZWE 2013, 6, 7; Lüke, ZWE 2010, 62, 68; Alff, ZWE 2010, 105, 111 f.; Jacoby, ZWE 2015, 297 f.; Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 636; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 13, 217; kritisch hierzu noch: Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, 5. Aufl. 2010, F. Gerichtsverfahren, Rn. 889.

³³⁰ LSZ-Smid/Leonhard, InsO, § 35, Rn. 7; Jacoby, ZWE 2015, 297.

³³¹ Lüke, ZWE 2010, 62, 68.

³³² BGH NJW-RR 2009, 923; KPB/Prütting, InsO, § 49, Rn. 21; HambKomm/Büchler/Scholz, InsO, § 49, Rn. 2; Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 49, Rn. 2; Bartels, Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung, S. 449.

³³³ Braun/Bäuerle, InsO, § 49, Rn. 1; HambKomm/Büchler/Scholz, InsO, § 49, Rn. 1.

³³⁴ LSZ-Depré, InsO, § 49, Rn. 6.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Ein dingliches Recht besteht zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht. Dies steht der Annahme eines Absonderungsrechts nicht entgegen. Auch für die Wohnungseigentümergemeinschaft entsteht ein Absonderungsrecht aufgrund sämiger Hausgelder.³³⁵ Dies widerspricht sich keineswegs. So sind gerade nicht nur die dinglich berechtigten Gläubiger zur Absonderung berechtigt, sondern auch die sonstigen Berechtigten der Rangklassen 1 bis 3.³³⁶ Dieses Recht zur Absonderung folgt allein aus der konkreten Zuweisung in § 10 ZVG und damit aufgrund besonderer gesetzlicher Anordnung.³³⁷ Die rein schuldrechtliche Natur des Anspruchs schadet insofern nicht. So sind im Vergleich auch die Ansprüche der Rangklasse 5 bekanntermaßen und unschädlicherweise schuldrechtlicher Natur, obgleich auch für diese Ansprüche ein Absonderungsrecht entsteht.³³⁸ Das für das Vorrecht entstandene Absonderungsrecht ist durch die Wohnungseigentümergemeinschaft losgelöst von dem bereits eröffneten Insolvenzverfahren nach Maßgabe des ZVG im Wege der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung geltend zu machen.³³⁹

Ein Absonderungrecht erkannten auch Stimmen in Literatur und Rechtsprechung bereits vor der Entscheidung des BGH an.³⁴⁰ Begründet wurde die Entscheidung für ein Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft mit dem Verweis des § 49 InsO auf das ZVG.³⁴¹ Ein Großteil der Stimmen in der Literatur begrüßte die Anerkennung eines solchen Rechts zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft,³⁴² wenngleich die Herkunft dieses Absonderungsrechts für einige Autoren bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG selbst folgt und insofern nur ein Gleichlauf mit der Regelung des § 49 InsO vorliegt.³⁴³

Die Begründung für ein Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft im Rahmen des Insolvenzverfahrens des Hausgeldschuldners findet sich indes bereits in dem grundlegenden Gedanken und erklärten Ziel des Gesetzgebers im Hinblick auf die WEG-Reform wieder. Danach sollen die notwendigen Maßnahmen zur Erhaltung und Pflege des Wohnungseigentums ermöglicht werden, damit die Immobilie nicht an Wert einbüßt und das Wohnungseigentum nicht an Attraktivität verliert.³⁴⁴

³³⁵ BGH NJW 2011, 3098, Rn. 17; LSZ-Depré, InsO, § 49, Rn. 16; Haarmeyer/Hintzen, ZwVwV, § 9, Rn 17.

³³⁶ Uhlenbrück/Brinkmann, InsO, § 49, Rn. 49; Nerlich/Römermann/Andres, § 49, Rn. 18; LSZ-Depré, insO, § 49, Rn. 16; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 57.

³³⁷ KPB/Prütting, InsO, § 49, Rn. 22; LSZ-Depré, InsO, § 49, Rn. 16.

³³⁸ BGH NZM 2009, 439 Rn 6; MüKo/Ganter, InsO, § 49, Rn. 76; Uhlenbrück/Brinkmann, InsO, § 49, Rn. 28; LSZ-Depre, InsO, § 49, Rn. 17, wenngleich mit der Ausnahme, dass ein solches Recht erst im Zeitpunkt der Beschlagsnahme entsteht.

³³⁹ Uhlenbrück/Brinkmann, InsO, § 49, Rn. 49; Braun/Bäuerle, InsO, § 49, Rn. 18.

³⁴⁰ BGH NZM 2009, 439 Rn. 7; LG Berlin, ZWE 2010, 228; AG Koblenz, ZInsO 2010, 777, 778; Uhlenbrück/Brinkmann, InsO, 13. Aufl. 2010, § 49 Rn. 44; Derleder, ZWE 2008, 13, 20; Schmidberger/Słomian, ZMR 2010, 579, 585; Hintzen/Alff, ZInsO 2008, 480, 484; a. A. BGH NJW-RR 2009, 923.

³⁴¹ BGH NJW 2011, 3098, 3100; BGH NJW 2013, 3515, 3516; zustimmend auch Derleder, ZfIR 2011, 825, 830; Becker, ZWE 2013, 6, 7; Lüke, ZWE 2010, 62, 68; Alff, ZWE 2010, 105, 111 f.; Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 635; Drasdo, ZWE 2012, 406, 408; Moosheimer, ZMR 2015, 427, 434; Becker, ZMR 2012, 930; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 475.

³⁴² Derleder, ZfIR 2011, 825, 830; Becker, ZWE 2013, 6, 7; Lüke, ZWE 2010, 62, 68; Alff, ZWE 2010, 105, 111 f.; Jennißen/Kemm, NZM 2012, 630, 635; Drasdo, ZWE 2012, 406, 408; Moosheimer, ZMR 2015, 427, 434; Becker, ZMR 2012, 930; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 475, wobei Letzterer eine Parallele zieht zu den öffentlichen Lasten aus der Rangklasse 3. Hier führen ebenfalls schuldrechtliche Ansprüche zur Berechtigung zu einer abgesonderten Befriedigung; Uhlenbrück/Brinkmann, InsO, § 49, Rn. 59.

³⁴³ Suilmann, ZWE 2010, 358, 386; Lüke, ZWE 2010, 62, 68.

³⁴⁴ Derleder, ZfIR 2011, 825, 830 f.

2. Die Entstehung eines Absonderungsrechts im Hinblick auf die Abgrenzung von Insolvenz- und Masseforderungen

Ungeachtet der dogmatischen Herkunft des Absonderungsrechts ist ein solches schon aufgrund der systematischen Stellung des § 49 InsO im Gesetz nur für Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO und gerade nicht für Masseverbindlichkeiten gemäß § 53 InsO vom BGH anerkannt worden.³⁴⁵ Als Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO sind die vor der Insolvenzeröffnung fälligen Forderungen zu qualifizieren.³⁴⁶ Danach sind Forderungen, die erst während des Verfahrens fällig³⁴⁷ werden lediglich Masseforderungen gemäß § 53 InsO, die durch den Insolvenzverwalter vorweg zu berichtigen sind und für die damit kein Absonderungsrecht zur Entstehung gelangt.³⁴⁸ Insofern ist der Zeitpunkt das maßgebliche Kriterium dafür, ob eine Insolvenzforderung vorliegt, die ein Absonderungsrecht zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft begründet, oder eine Masseverbindlichkeit, die durch den Insolvenzverwalter vorweg aus der Masse zu berichtigen ist.³⁴⁹ Für die Hausgelder bedeutet dies, dass die vor der Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Forderungen als Insolvenzforderungen zu qualifizieren sind, während die nach der Insolvenzeröffnung fällig werdenden Hausgelder Masseforderungen der Wohnungseigentümergemeinschaft darstellen.³⁵⁰ Demzufolge wird die Forderung der Wohnungseigentümergemeinschaft durch die Insolvenzeröffnung geteilt.

a) Die Fälligkeitstheorie aus der wohnungseigentumsrechtlichen Perspektive

Die Abgrenzung von Insolvenzforderungen und Masseforderungen erfolgt danach, ob die Forderung bis zur Insolvenzeröffnung begründet wurde oder, ob die Forderung in Anlehnung an § 55 InsO aus Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet wurden.³⁵¹ Masseforderungen werden damit regelmäßig erst nach der Insolvenzeröffnung begründet.³⁵² Die Insolvenzordnung enthält jedoch keine Begriffsbestimmung für Masseverbindlichkeiten.³⁵³ Entscheidend für die korrekte Abgrenzung der Hausgeldforderungen ist insofern, wann eine Hausgeldforderung tatsächlich durch ein Handeln des Insolvenzverwalters im Sinne des § 55 InsO begründet wurde.³⁵⁴ Im konkreten Fall kommen zwei Möglichkeiten in Betracht, die auf den ersten Blick als Begründung der Forderung im Sinne der Insolvenzordnung ausgelegt werden können. Dies ist zum einen die Beschlussfassung der Wohnungseigentümergemeinschaft und zum anderen die

³⁴⁵ So schon die Grundsatzentscheidung BGHZ 150, 305, 312; aber auch BGH NJW 1994, 1866; BGH NJW 2011, 3098; OLG Stuttgart, ZMR 2003, 57; BayObLG, NZM 1999, 74; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 473; Müller/Rautmann, DStR 2012, 37, 37 f.

³⁴⁶ Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 38, Rn. 1; MükoInsO/Ehricke, § 38, Rn. 16; HambKomm/Lüdtke, InsO, § 38, Rn. 28; KPB/Holzer, InsO, § 38, Rn. 12; LSZ-Smid/Leonhard, InsO, § 38, Rn. 12.

³⁴⁷ Zur Diskussion, warum nicht *begründete* Forderungen: Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 38, Rn. 2 spricht von begründeten Forderungen im Zeitpunkt der Eröffnung – Das bedeutet, der Rechtsgrund ihrer Entstehung muss bereits zu diesem Zeitpunkt zumindest gelegt sein. Rn. 13.

³⁴⁸ BGH NJW 2011, 3098; Karsten Schmidt/Büteröwe, InsO, § 38, Rn. 2; BeckOk-InsO-Erdmann, § 55, Rn. 1; Mayer ZfIR 2012, 86, 87 bejahend, auch wenn er die Einordnung mit Blick auf den Wortlaut des § 38 InsO trotzdem als überraschend sieht; Drasdo, NZI 2011, 731, 738; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 468; zur Zeit der KO schon BGHZ 150, 305, 312.

³⁴⁹ BGHZ 108, 642 f.; Moosheimer, ZMR 2015, 427, 433; Lüke, ZWE 2010, 62, 63; Suilmann, ZWE 2010, 385 f.; Lüke, ZWE 2010, 62, 63; BGHZ 152, 136; BGHZ 108, 44; OLG Köln NZI 2008, 377; LSZ-Smid/Leonhard, InsO, § 55, Rn. 2; KPB-Pape/Schaltke, InsO, § 55, Rn. 2.

³⁵⁰ BGH NJW 2011, 3098; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 152; Bärmann/Pick, WEG, § 16, Rn. 51.

³⁵¹ MükoInsO/Hefermehl, § 55, Rn. 10.

³⁵² Uhlenbrück/Sinz, § 55, Rn. 10; MükoInsO/Hefermehl, § 55, Rn. 15.

³⁵³ MükoInsO/Hefermehl, § 55, Rn. 13.

³⁵⁴ MükoInsO/Hefermehl, § 55, Rn. 13.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Beschlussfassung der Wohnungseigentümergemeinschaft in Verbindung mit der Fälligkeit der Forderung. Darüber hinaus darf aber auch die Vorschrift des § 55 InsO nicht außer Acht gelassen werden. Dies vor allem im Hinblick darauf, dass sofern einer der Tatbestände des § 55 InsO vorliegt, eine Klassifizierung als Insolvenzforderung von vornherein ausscheiden muss. Verbindlichkeiten, die die Voraussetzungen des § 55 InsO nicht erfüllen, können insofern auch nicht aus anderen Gründen als Masseverbindlichkeiten angesehen oder behandelt werden.³⁵⁵ Auch für die Anwendung des § 55 InsO ist indes die Begründung der Forderung der maßgebliche Umstand, welcher die Klassifizierung der Forderung ausmacht.

b) Die Entscheidung für eine Masseforderung unter Zugrundelegung des § 55 InsO

Um letztlich tatsächlich von einer Insolvenzforderung ausgehen zu können ist es unumgänglich, die Vorschrift des § 55 InsO in die Überlegung mit einzubeziehen. Insofern kann die Betrachtung der im Verhältnis zu § 38 InsO spezielleren Vorschrift des § 55 InsO möglicherweise eine Klassifizierung der Hausgeldansprüche als Masseforderungen rechtfertigen.

c) Zuweisung der Hausgelder gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO

Denkbar ist, dass eine Masseverbindlichkeit aufgrund ausdrücklicher Zuweisung der Regelung in § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO anzunehmen ist. Diese Regelung ist aufgrund ihrer Stellung als *lex specialis* gegenüber den in § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO getroffenen Bestimmungen vorrangig zu erläutern.³⁵⁶ Nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO liegt eine Masseverbindlichkeit auch dann vor, wenn die Verbindlichkeit auf einem gegenseitigen Vertrag beruht, der bereits vor der Insolvenzeröffnung vom Schuldner abgeschlossen wurde.³⁵⁷ § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO meint damit vor allem die Fälle, in denen der Insolvenzverwalter die Erfüllungsoption zur Masse gemäß § 103 InsO wählt. Bereits aus dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters folgt der Gedanke, dass derjenige der zur Leistung an die Masse verpflichtet wird, auch die volle Befriedigung seiner Forderung verlangen können soll.³⁵⁸ Die Vorschrift des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO umfasst insofern Leistungen aufgrund von Austauschverträgen. Hierzu zählen insbesondere Leistungen aufgrund von Kauf-, Werk- und Werklieferungsverträgen, aber auch Versicherungsverträge sowie Miet- und Leasingverträge über bewegliche Gegenstände.³⁵⁹ Im Hinblick auf die Zahlung von Hausgeldern hat der Insolvenzverwalter kein Wahlrecht gemäß § 103 InsO. So ist der Insolvenzverwalter grundsätzlich verpflichtet, für eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Wohnungseigentums zu sorgen und die dazu notwendigen Kosten aufzubringen.³⁶⁰ Allerdings handelt es sich hierbei nicht um einen gegenseitigen Austauschvertrag im Sinne des § 320 BGB. Die Regelung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO rechtfertigt insofern keine Klassifizierung der Hausgelder als Masseforderungen.

d) Masseforderung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO

Eine sehr naheliegende Schlussfolgerung ist den Anspruch zur Zahlung von Hausgeldern unter die Alternative 2 des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu subsumieren. Danach liegt eine Masseforderung auch dann vor, wenn die Verbindlichkeit in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet wird. Die Zahlung von Hausgeldern zählt im weitesten Sinne zur Verwaltung des

³⁵⁵ MükoInsO/Hefermehl, § 55, Rn. 20.

³⁵⁶ BeckOk-InsO/Erdmann, § 55, Rn. 40; Karsten Schmidt/Thole, § 55, Rn. 33.

³⁵⁷ MükoInsO/Hefermehl, § 55, Rn. 16.

³⁵⁸ Karsten Schmidt/Thole, § 55, Rn. 33.

³⁵⁹ MükoInsO/Hefermehl, § 55, Rn. 119.

³⁶⁰ Schmidt-Futterer/Blank, Vorbemerkung zu § 535, Rn. 323.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Wohnungseigentums, welches unbestritten Weise zumindest bis zu einer Freigabe durch den Insolvenzverwalter zur Insolvenzmasse gehört. Hieran ändert auch das bestehende Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft nichts. Der Tatbestand des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO passt somit zumindest inhaltlich auf den vorliegenden Sachverhalt der Zahlung von Hausgeldern. Nicht außer Betracht zu lassen ist jedoch, dass die Abgrenzung der Masseforderungen von den Insolvenzforderungen ein Zeitmoment enthält. So handelt es sich unter den gegebenen Umständen um Masseforderungen, dies jedoch nur, wenn die Forderungen nach Insolvenzeröffnung zur Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet wurden. Gerade dies ist hier jedoch nicht zweifelsfrei festgestellt. So kommt es im Ergebnis auch für eine Subsumtion unter den Tatbestand des § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO auf die tatsächliche Begründung der Forderung an.

aa) Begründung der Hausgeldforderungen bereits mit Beschlussfassung der Wohnungseigentümergemeinschaft?

Die Entscheidung, ob bereits mit der Beschlussfassung der Wohnungseigentümergemeinschaft über die Hausgeldzahlung von einer Begründung der Forderung auszugehen ist, richtet sich maßgeblich danach, was überhaupt unter der Begründung einer Forderung zu verstehen ist. Für die Begründung der Hausgelder ist entscheidend, dass der Rechtsgrund der Entstehung der Forderung im Augenblick vor Verfahrenseröffnung bereits gelegt war, was zumindest dann der Fall ist, wenn der anspruchsbegründende Tatbestand vor der Verfahrenseröffnung materiell-rechtlich abgeschlossen war.³⁶¹ Die Verpflichtung der Wohnungseigentümer zur Zahlung der Hausgelder wird grundlegend durch die Beschlussfassung über den Wirtschaftsplan begründet.³⁶² Der anspruchsbegründende Tatbestand zur Verpflichtung der Wohnungseigentümer zur Zahlung der Vorschüsse auf das Hausgeld ist somit bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung gesetzt.³⁶³ Dies bedeutet, dass die Begründung der Hausgeldverpflichtung zumeist bereits vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossen ist. In der Folge müssten die Hausgelder zwangsläufig als Insolvenzforderungen qualifiziert werden.

Die Klassifizierung der nach Insolvenzeröffnung fällig werdenden Hausgelder durch den BGH als Masseforderungen kann insofern nur verwundern.³⁶⁴ Auch vorausgegangene Urteile des IX. Senats des BGH, damals noch unter Geltung der Konkursordnung, lassen keine andere Schlussfolgerung zu, als dass die Beschlussfassung der Wohnungseigentümergemeinschaft der anspruchsbegründende Tatbestand der Hausgelder ist. Insofern kann es im Hinblick auf die Qualifizierung der Forderungen als Konkurs- oder Masseforderungen einzig auf diesen Zeitpunkt ankommen.³⁶⁵ So ist eine nach der Konkurseröffnung beschlossene Sonderumlage im Umkehrschluss zweifelsohne als Masseforderung zu qualifizieren.³⁶⁶ Umso mehr verwundert es, dass auch die zitierten Entscheidungen des BGH unter Geltung der Konkursordnung wie selbstverständlich davon ausgehen, dass es kumulativ zu der Begründung der Forderungen durch Beschlussfassung auch einer Fälligkeit der Hausgeldforderungen vor Eröffnung des Konkursverfahrens bedarf, damit eine Qualifizierung als Konkursforderung stattfindet.³⁶⁷ In Anbetracht der Definition der Begründung einer

³⁶¹ BGHZ 72, 263; BGH NJW 2011, 953; BAG NJW 1979, 774, 777; BFH ZIP 1986, 316, 317; BFH ZIP 1994, 1286 f.; Uhlenbrück/Sinz, § 38, Rn. 26; KPB-Holzer, InsO, § 38 Rn. 7; MükoInsO/Ehricke, § 38, Rn. 16; BeckOK-InsO/Jilek, § 38, Rn. 20; a. A. Karsten Schmidt/Büteröwe, § 38, Rn. 16.

³⁶² BGH NJW 1999, 3713; OLG Hamm NZM 2005, 460; Bärmann/Pick, WEG, § 28, Rn. 9.

³⁶³ So auch BGHZ 104, 197, 202 f.; BGH NJW 1994, 1866, 1867.

³⁶⁴ Vgl. BGH NJW 2011, 3098.

³⁶⁵ BGH NJW 1994, 1866, 1877.

³⁶⁶ BGHZ 108, 44, 49; BGH NJW 1994, 1866, 1877.

³⁶⁷ BGH NJW-RR 2002, 1198, 1200; BGH NJW 1994, 1866, 1877.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Forderung im Sinne des heutigen § 38 InsO kann diese Schlussfolgerung nicht nachvollzogen werden. Die Beschlussfassung der Wohnungseigentümergemeinschaft legt den materiellen Rechtsgrund der Forderung und dies geschieht im Regelfall vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des säumigen Hausgeldschuldners. Die Begründung des Anspruchs auf Hausgeldzahlungen erfolgt insofern aufgrund des Mehrheitsbeschlusses der Gemeinschaft und ist ab diesem Zeitpunkt begründet.³⁶⁸ In diesem Fall gilt, zumindest solange kein Fall des § 55 InsO vorliegt, dass es sich um eine Insolvenzforderung handeln muss und keine Teilung der Forderung angezeigt ist.

bb) Begründung der Hausgeldforderung erst mit der Fälligkeit der einzelnen Forderung

Eine andere Beurteilung der vorhandenen Situation könnte sich dann ergeben, wenn die Verpflichtung zur Zahlung von Hausgeldern ein Dauerschuldverhältnis darstellt.

(1) Grundsätzliches zum Dauerschuldverhältnis in der Insolvenz und zur Qualifizierung der Hausgeldforderungen als Dauerschuldverhältnis

Von einem Dauerschuldverhältnis ist grundsätzlich immer dann auszugehen, wenn ein dauerndes Verhalten oder wiederkehrende Leistungen geschuldet werden und der Gesamtumfang der Leistung von der Dauer der Rechtsbeziehung abhängt.³⁶⁹ Während der Laufzeit des Dauerschuldverhältnisses entsteht eine ständig neue Verpflichtung zur Leistung. Die Hausgeldansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft werden regelmäßig als Dauerschuldverhältnis betrachtet.³⁷⁰ Insofern kommt es für die Qualifizierung der Forderungen als Insolvenz- oder Masseforderungen auf die besonderen Regelungen der Insolvenzordnung zu Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen an. Die Insolvenzordnung trifft an einigen Stellen gesonderte Regelungen, wann eine Insolvenzforderung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses anzunehmen ist, vgl. §§ 104 Abs. 3 S. 2, 108 Abs. 2, 109 Abs. 1 S. 3, 113 Abs. 3, 115 Abs. 3, 116 InsO.

Fehlt eine solche explizite Regelung in der Insolvenzordnung für den betreffenden Fall, so ist für die Qualifizierung als Insolvenzforderung grundsätzlich erforderlich, dass die Ansprüche bereits vor der Insolvenzeröffnung mit dem „Stammrecht“ begründet worden sind.³⁷¹ Hierzu ist nicht erforderlich, dass die Ansprüche bei der Verfahrenseröffnung bereits fällig sind. Einzige Voraussetzung für die Qualifizierung als Insolvenzforderungen ist, dass der Anspruch bereits vollständig entstanden ist.³⁷² In Abgrenzung dazu ist eine Masseforderung für die nach der Insolvenzeröffnung fälligen Forderungen dann anzunehmen, wenn die Ansprüche jeweils neu als Einzelanspruch entstehen, wobei dies insbesondere dann anzunehmen ist, wenn der Anspruch von einer Gegenleistung des Gläubigers abhängig ist.³⁷³ Die zu beantwortende Frage in diesem Zusammenhang lautet damit folglich: Bedarf es zur Begründung des Anspruchs tatsächlich der Fälligkeit der Forderung?

Das BGB kennt keine Definition dessen, wann ein Anspruch tatsächlich zur Entstehung gelangt. Daher wird eine Lösung insbesondere unter Berücksichtigung der allgemeinen Regelungen des BGB gesucht.

³⁶⁸ Vgl. OLG Hamm, NZM 2009, 820; Bärmann/Pick, WEG, § 28, Rn. 9.

³⁶⁹ BeckOK-BGB/Gehrlein/Sutschet, § 311, Rn. 11.

³⁷⁰ LG Stuttgart, BeckRS 2011, 13018; OLG Düsseldorf, NZM 2007, 47, 48 f.; Braun/Kießner, InsO, § 209, Rn. 37 ff.

³⁷¹ BeckOK-InsO/Jilek, § 38, Rn. 22; Braun/Bäuerle, InsO, § 38, Rn. 8.

³⁷² Braun/Bäuerle, InsO, § 38, Rn. 8.

³⁷³ OLG Hamm BeckRS 2016, 3330; Braun/Bäuerle, InsO, § 38, Rn. 7; Uhlenbrück/Sinz, InsO, § 38, Rn. 58; Karsten Schmidt/Büteröwe, § 38, Rn. 17; BeckOK-InsO/Jilek, § 38, Rn. 22

(2) Die Begründung eines Anspruchs mit oder vor Fälligkeit einer Forderung

§ 199 Abs. 1 BGB regelt die Verjährung von Ansprüchen. Danach beginnt die Verjährung eines Anspruchs mit dem Schluss desjenigen Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Dies bedeutet, dass die Verjährung des Anspruchs erst dann zu laufen beginnt, sobald dieser erstmals gefordert werden kann oder hilfsweise im Wege der Klage geltend gemacht werden kann.³⁷⁴ Zur Entstehung eines Anspruchs im Sinne des § 199 Abs. 1 BGB bedarf es insofern unzweifelhaft auch der Fälligkeit.

§ 271 Abs. 2 BGB hingegen regelt den Fall, dass der Schuldner gegenüber dem Gläubiger bereits das Recht hat zu leisten, obwohl der Anspruch noch nicht zur Fälligkeit gelangt ist. Insofern kann ein Anspruch bereits vor seiner Fälligkeit erfüllbar sein.³⁷⁵ Die Fälligkeit einer Forderung bezeichnet danach lediglich den Zeitpunkt, in dem der Gläubiger berechtigt ist, die Leistung zu fordern, nicht hingegen die eigentliche Begründung des Anspruchs.³⁷⁶ Diese Auffassung der Fälligkeit wird durch einen Blick in das Werkvertragsrecht bestätigt. Hier entsteht der Vergütungsanspruch des Werkunternehmers zwar bereits mit dem Vertragschluss gemäß § 631 Abs. 1 BGB, die Fälligkeit dieses Anspruchs tritt indes erst mit der Abnahme des Werks gemäß § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB ein.³⁷⁷ Auch hier trifft die Fälligkeit der Forderung demzufolge nicht mit ihrer Entstehung zusammen.

(3) Resümee

Auch die Subsumtion des Sachverhalts unter die Tatbestände des § 55 Abs. 1 InsO ändert im Ergebnis nichts an dem Umstand, dass es für die Entscheidung für oder gegen eine Masseforderung auf den Zeitpunkt der Begründung der Forderung ankommt. Entscheidend ist somit allein, wann von der Begründung einer Forderung auszugehen ist und wann diese Begründung im Fall der Hausgelder stattfindet. Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass ein Anspruch bereits ohne seine Fälligkeit zur Entstehung gelangt. Die Fälligkeit ist vielmehr als ein Parameter zu betrachten, der die Durchsetzung des Anspruchs scheitern lässt, sofern sie nicht gegeben ist. Dies zumindest dann, wenn der Anspruch auf dem Klageweg durchgesetzt werden soll und die gegnerische Partei die Einrede der Verjährung erhebt. An der eigentlichen Entstehung des Anspruchs vermag die Fälligkeit indes nichts zu ändern.³⁷⁸

cc) Stellungnahme

Festzuhalten ist, dass es sich bei dem Anspruch auf Hausgeldzahlungen regelmäßig um ein Dauerschuldverhältnis handelt, das bereits mit der Beschlussfassung der Wohnungseigentümergemeinschaft begründet wurde. Dieser Beschluss stellt das sogenannte Stammrecht des Anspruchs dar. Die Hausgeldforderungen entstehen nämlich gerade nicht jeden Monat neu als Einzelanspruch, sondern entstehen einmalig mit der Beschlussfassung der Wohnungseigentümer und werden sodann nur noch monatlich fällig. Der Anspruch auf Hausgeld braucht zu seiner Entstehung insofern gerade keine Fälligkeit. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Annahme, dass es sich bei der monatlichen Fälligstellung der Hausgelder um eine rein

³⁷⁴ BGHZ 53, 225, 229; BGHZ 55, 341, 346; BGHZ 113, 193, 195; MüKo-BGB/Grothe, § 199, Rn. 4; BGB-HK/Dörner, § 199, Rn. 3; Jauernig/Mansel, § 199, Rn. 2.

³⁷⁵ BeckOK-BGB/Lorenz, § 271, Rn. 2.

³⁷⁶ BGB-HK/Dörner, § 271, Rn. 3; Jauernig/Mansel, § 271, Rn. 2.

³⁷⁷ MüKo-BGB/Busche, § 631, Rn. 47 f.; Quesner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 173.

³⁷⁸ So im Ergebnis auch Quesner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 204 f.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

zweckmäßige Ausgestaltung des Anspruchs handelt. Dies ist dadurch gekennzeichnet, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft auch jederzeit durch Beschluss entscheiden kann, dass die Hausgelder gesamtfällig gestellt werden.³⁷⁹

Im Ergebnis rechtfertig insofern auch die Annahme eines Dauerschuldverhältnisses nicht die Vorgehensweise des BGH, die Unterscheidung nach Insolvenz- und Masseverbindlichkeiten anhand der Fälligkeit der Forderungen zu entscheiden. Einzig relevantes Kriterium darf nach der hier vertretenen Auffassung die eigentliche Begründung des Anspruchs auf Hausgeld sein.

e) Fällige Forderungen vs. begründete Forderungen – ein nicht unerheblicher Unterschied

Im Zusammenhang mit den Risiken, die die Unterscheidung von Insolvenz- und Masseforderungen birgt, verwundert es umso mehr, warum nicht der Wortlaut des § 38 InsO als Chance genutzt wird, diese zu minimieren.³⁸⁰

Die Hausgeldforderungen der Wohnungseigentümergemeinschaft wurden bereits mit der Beschlussfassung der Wohnungseigentümersammlung und somit zumeist weit vor der Insolvenzeröffnung begründet. Demzufolge würde ein Absonderungsrecht, bei stringenter Beachtung des Wortlauts von § 38 InsO, unproblematisch an jeglichen Forderungen im Zeitraum nach der Beschlussfassung durch die Wohnungseigentümersammlung entstehen. Dem Szenario der Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter wäre mit dieser Vorgehensweise der Schrecken genommen und gleichzeitig wäre das größte Manko der Entscheidungen des BGH zum Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft gelöst. Zudem wäre mit dieser Vorgehensweise auch das wirtschaftliche Problem der Gemeinschaft behoben, da dem Ausfall der bisher als Masseverbindlichkeiten qualifizierten Forderungen so wirksam vorgebeugt werden kann. Allerdings merkt *Mayer* in diesem Zusammenhang an, dass die Rechtsprechung laufende Hausgeldforderungen in der Insolvenz grundsätzlich als Masseverbindlichkeiten ansieht und aus diesem Grund nicht zu erwarten ist, dass die Gerichte ihr Vorgehen diesbezüglich in naher Zukunft infrage stellen werden.³⁸¹ Ein solches Argument ist indes nicht geeignet, die Sinnhaftigkeit und die Richtigkeit einer Rechtsentscheidung infrage zu stellen. Denn auch, wenn die Rechtsprechung seit geraumer Zeit in diesem Muster Entscheidungen trifft, so macht allein dies die Entscheidung noch nicht zu einer richtigen Entscheidung. Insofern ist es nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung aufgrund fortwirkender Rechtsentwicklung in naher Zukunft eine gegenteilige Entscheidung zur Qualifizierung von Insolvenzforderungen trifft. Insofern ist die Argumentation von *Mayer* an dieser Stelle wenig zielführend, indem er lediglich von Wahrscheinlichkeiten spricht und nicht die vom Gesetzgeber begründeten Tatsachen diskutiert.

Hingegen ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch das hier präferierte Vorgehen einer Qualifizierung der Forderungen nach ihrer Begründung und damit als Insolvenzforderungen nicht ohne Nachteile für die Wohnungseigentümergemeinschaft auskommt. So könnte die Gemeinschaft zwar ungeachtet der Insolvenz des Wohnungseigentümers in das Wohnungseigentum vollstrecken, der Insolvenzverwalter müsste jedoch im Gegenzug keinerlei Zahlungen mehr aus der Masse leisten. Da das Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG sich jedoch nur auf 5 % des festzusetzenden Verkehrswerts beläuft, bedeutet ein Verzicht auf die Sicherung als Masseverbindlichkeit für die Hausgeldforderungen jenseits dieser Grenze, dass eine Geltendmachung in der Zwangsversteigerung nur in der Rangklasse 5 in Betracht kommt und eine Begleichung der laufenden

³⁷⁹ Bärmann/Pick, WEG, § 28, Rn. 9.

³⁸⁰ Derleder, ZfIR 2011, 830; Mayer, ZfIR 2012, 86, 87.

³⁸¹ BGHZ 131, 228, 231 f.; Mayer, ZfIR 2012, 86, 87.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Forderungen aus der Insolvenzmasse ausscheidet.³⁸² Insofern bestünde für diese Forderungen überhaupt keine oder nur eine sehr eingeschränkte Realisierungsmöglichkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft. Im Hinblick auf die durch das Absonderungsrecht gesicherten Insolvenzforderungen besteht für die Wohnungseigentümergemeinschaft indes vor allem das wirtschaftliche Risiko, für die Immobilie im Rahmen der Zwangsversteigerung einen geringeren Wert zu erzielen als im Rahmen der freihändigen Veräußerung.³⁸³ Dies birgt nach hier vertretener Ansicht jedoch eher ein Risiko für die weiteren Absonderungsbe rechtigten und für die der Wohnungseigentümergemeinschaft nachfolgenden Gläubiger. Aufgrund der werthaltigen Beschränkung der Hausgeldforderung und der Bestimmungen des ZVG, unter welchen Umständen überhaupt ein Zuschlag erfolgen darf, ist ausgeschlossen, dass nicht zumindest die Summe von 5 % des Verkehrswerts in einem Versteigerungsverfahren erzielt wird.

f) Resümee

Die Differenzierung der Forderungen der Wohnungseigentümergemeinschaft im Rahmen des Insolvenzverfahrens des Hausgeldschuldners in Insolvenz- und Masseforderungen ist bei Anwendung eines von der Rechtsprechung unbefangenen Blicks auf den Wortlaut der §§ 38 und 55 InsO nicht nachvollziehbar. Insofern sollte hinterfragt werden, ob der Wortlaut der Vorschrift des § 38 InsO nicht ernster genommen werden sollte, um so bestehende Ungereimtheiten im Umgang mit dem Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG auszuräumen. Dieser Schritt würde einer faktischen Verkürzung des Absonderungsrechts zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft und letztlich auch zugunsten des Wohnungseigentums vorbeugen.³⁸⁴ Auch den Grundpfandrechtsgläubigern wäre im Ergebnis wiederum Gutes getan, da ein Verfall des Wohnungseigentums abgewendet oder zumindest abgemildert werden kann. Nichtsdestotrotz sind auch die negativen Aspekte einer solchen Vorgehensweise insbesondere für den Insolvenzverwalter und die übrigen Gläubiger des Schuldners in die Entscheidungsfindung mit einzubeziehen.

Vorliegend würde das Wohnungseigentum der Masse als bestenfalls werthaltiges Vermögen verloren gehen. Dies beinhaltet auch, dass der Insolvenzverwalter nicht mehr mit der Immobilie kalkulieren kann, dies ist insbesondere mit Blick auf etwaige Mieteinnahmen von nicht unerheblicher Bedeutung. Dem Insolvenzverwalter bricht mit diesem Vorgehen insofern eine unter Umständen auf längere Zeit angelegte Einnahmequelle weg.³⁸⁵

Im Ergebnis ist einer Besinnung auf den Wortlaut der §§ 38 und 55 InsO zuzustimmen und die Differenzierung nach Insolvenz- und Masseforderungen einzustellen. Der Senat stellte mit seiner Entscheidung, die laufenden Beträge nur als Masseforderungen zu qualifizieren, die Erhaltung der Insolvenzmasse über die Erhaltung des Werts des Wohnungseigentums.³⁸⁶ Durch diesen Schritt kann das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel der Privilegierung der Wohnungseigentümergemeinschaft auch in der Insolvenz des Hausgeldschuldners indes nicht stringent umgesetzt werden.

³⁸² Schneider, ZMR 2012, 749, 754, auch insgesamt die Aufgabe der Qualifizierung als Masseforderung ablehnend.

³⁸³ Drasdo, NZI 2011, 731, 737.

³⁸⁴ Becker, ZWE 2013, 6, 9.

³⁸⁵ Drasdo, NZI 2011, 731, 737.

³⁸⁶ Derleder, ZfIR 2011, 825, 833.

3. Entschärfung der Problematik durch die Anerkennung eines Absonderungsrechts an Masseforderungen

Die aufgezeigte Problematik der Begründung einer Forderung im Sinne der Insolvenzordnung und damit die Qualifizierung nach Insolvenz- und Masseforderungen könnte auch dadurch entschärft werden, dass den als Masseforderungen qualifizierten Hausgeldforderungen ebenfalls ein Absonderungsrecht zugesprochen wird.³⁸⁷ Allerdings muss ein solches Absonderungsrecht aufgrund des Verbots des Rechtserwerbs an Gegenständen der Insolvenzmasse gemäß § 91 InsO grundsätzlich bereits bei Verfahrenseröffnung wirksam begründet worden sein.³⁸⁸ Hierauf basiert auch die Begründung des BGH, warum ein Absonderungsrecht für Masseverbindlichkeiten scheitert.³⁸⁹ In der unmittelbaren Folge kann die Wohnungseigentümergemeinschaft bei der Anzeige von Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter aufgrund des Vollstreckungsverbots aus § 210 InsO ihre als Masseforderungen qualifizierten Hausgelder nicht mehr durchsetzen. Diese Hausgeldforderungen sind dann faktisch vorrechtslos.³⁹⁰ Und auch die systematische Stellung des § 49 InsO weist nach Ansicht des Insolvenzsenats des BGH darauf hin, dass die Vorschrift nur für Insolvenzforderungen und gerade nicht für Masseforderungen gelten soll.³⁹¹ So unterscheidet das Gesetz deutlich nach Insolvenz- und Massegläubigern. Insofern widerspricht der Entstehung eines Absonderungsrechts an Masseforderungen bereits die Tatsache, dass die Masseansprüche erst anlässlich des Insolvenzverfahrens überhaupt entstanden sind, wohingegen die Insolvenzforderungen bereits zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung einen Vermögensanspruch gegen den Schuldner begründet haben.³⁹²

Die Verneinung eines Absonderungsrechts an Masseforderungen durch den BGH ist jedoch zum Teil auf Ablehnung gestoßen, insofern wird eine Differenzierung nach Insolvenz- und Masseforderungen bei der Entstehung eines Absonderungsrechts als entbehrlich und nicht zweckgerichtet verurteilt.³⁹³ Teilweise wird argumentiert, dass es gar nicht auf § 91 InsO ankäme, da das Recht nicht nach der Insolvenzeröffnung an einem Gegenstand der Insolvenzmasse entstehen würde. Vielmehr ist dieses bereits zuvor durch dingliche Bevorrechtigung gesichert worden.³⁹⁴ Diese dingliche Rechtsposition muss gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG dann insolvenzfest sein, was im Ergebnis dazu führt, dass § 91 InsO dem Erwerb eines Absonderungsrechts nicht entgegensteht.³⁹⁵ Die der Entscheidung entgegengebrachte Ablehnung ist wiederum eng verknüpft mit dem dogmatischen Streit um die Einordnung des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Wird das Vorrecht entgegen der hier vertretenen Auffassung als dingliches Recht begriffen, so mag der aufgezeigte Weg

³⁸⁷ Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 900; Quiesner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 217; Drasdo, ZWE 2012, 406, 409.

³⁸⁸ Hierzu grundsätzlich Karsten Schmidt/Thole, InsO, § 49, Rn. 6.

³⁸⁹ BGHZ 167, 363, 365; BGH NJW 2011, 3098; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 468; Drasdo, NZI 2011, 731, 738; Mayer, ZfIR 2012, 86, 87 bejahend, auch wenn er die Einordnung als Insolvenz- und Masseverbindlichkeit mit Blick auf den Wortlaut des § 38 InsO als überraschend ansieht; zur Fälligkeit: Lüke, ZWE 2010, 62, 64.

³⁹⁰ Quiesner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 218.

³⁹¹ BGH NJW 2011, 3098, 3099; Sinz/Hiebert, ZInsO 2012, 205, 205 f.; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 885.

³⁹² LSZ-Deprè, InsO, § 49, Rn. 19.

³⁹³ Derleder, ZfIR 2011, 825, 832 f.

³⁹⁴ Derleder, ZfIR 2011, 825, 832; Schneider, ZMR 2012, 749, 751.

³⁹⁵ Schneider, ZMR 2012, 749, 751, der darauf hinweist, dass etwas anderes schon im Hinblick auf die – auch durch den BGH – wiederholt festgestellte Nähe zur öffentlichen Last aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG nicht widerspruchsfrei sei, bestehe für diese doch ein Absonderungsrecht auch für Forderungen, die nach der Insolvenzeröffnung entstehen, vgl. BGH NZM 2012, 477; MüKo/Ganter, InsO, § 49, Rn. 53; so sieht Becker in ZWE 2013, 6, 9 das Vorrecht als dingliches Recht, da dieses bereits vor der Insolvenzeröffnung bestehen, stehe § 91 InsO dem Erwerb eines Absonderungsrechts an persönlichen Zahlungsansprüchen, die erst nach Eröffnung des Verfahrens als Masseforderungen fällig werden, nicht entgegen.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

richtig und die Entscheidung des BGH nicht nachvollziehbar sein. Allerdings handelt es sich bei dem Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht um ein dingliches Recht, womit die oben aufgezeigte Argumentation fruchtlos ist.

a) Die Auslegung des § 49 InsO im Hinblick auf die Entstehung eines Absonderungsrechts auch an Masseforderungen

Bei dem Versuch, die Entscheidung des BGH nachzuvollziehen und damit dem Ergebnis näher zu kommen, sollte der Blick zunächst auf den Wortlaut des § 49 InsO fallen. Dieser spricht von einer Berechtigung zur Absonderung zugunsten jener Gläubiger, denen ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück zusteht. Eine Differenzierung nach Insolvenz- und Massegläubigern wird indes nicht vorgenommen, indem die Gläubiger einheitlich genannt werden.³⁹⁶ Nach der Ansicht von *Becker* wäre es allerdings unabdingbar, dass eine Hervorhebung im Wortlaut der Norm stattfindet, um den Weg des BGH beschreiten zu können.³⁹⁷ Zudem spricht § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG von den laufenden Beträgen, das sind gemäß § 13 S. 2 ZVG der letzte vor der Beschlagnahme fällig gewordene Betrag sowie alle später fällig werdenden Beträge. Wird also mit dem BGH die Insolvenzeröffnung als Beschlagnahme des Wohnungseigentums angenommen, dann gewähren auch die nach der Verfahrenseröffnung fällig werdenden „laufenden“ Masseforderungen im Vorrangbereich ein Absonderungsrecht.³⁹⁸ Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang auch, dass ein Absonderungsrecht grundsätzlich auch an Masseforderungen entstehen kann, was insbesondere in der Situation, dass der Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit anzeigt, von Vorteil sein kann.³⁹⁹ In diesem Fall würde nämlich das Vollstreckungsverbot des § 210 InsO nicht greifen und die Wohnungseigentümergemeinschaft könnte die Hausgeldforderungen weiterhin durchsetzen.⁴⁰⁰

Auch die systematische Stellung des § 49 InsO steht dem Ergebnis, an Masseforderungen ein Absonderungsrecht entstehen zu lassen, nicht entgegen.⁴⁰¹ Die Vorschrift des § 49 InsO findet sich im 2. Teil der Insolvenzordnung bei den Regelungen zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens, dem erfassten Vermögen und den Verfahrensbeteiligten. Unter Abschnitt 2 finden sich sodann die Regelungen zur Insolvenzmasse und zur Einteilung der Gläubiger. Unter diesem Abschnitt finden sich dann sowohl Regelungen zur Behandlung der Insolvenz- sowie der Massegläubiger. Warum das Verständnis, § 49 InsO auch auf Massegläubiger anzuwenden, systematisch nicht durchführbar ist, leuchtet damit nicht ein. Ganz im Gegenteil lässt die systematische Gestaltung der Insolvenzordnung es zu, die Vorschriften des 2. Abschnitts auf alle Gläubiger anzuwenden.

b) Risiken und Vorteile durch die Differenzierung innerhalb eines bevorrechtigten Anspruchs – Stellungnahme

Die Teilung des einheitlichen Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in Masse- und Insolvenzforderungen birgt für die Wohnungseigentümergemeinschaft nicht unerhebliche Risiken. Diese werden un-

³⁹⁶ So auch *Becker*, ZIP 2013, 1554, 1559.

³⁹⁷ *Becker*, ZWE 2013, 6, 9.

³⁹⁸ *Derleder*, ZfIR 2011, 830; *Drasdo*, NZI 2011, 736; *Mayer*, ZfIR 2012, 86; *Schneider*, ZMR 2012, 749.

³⁹⁹ *Becker*, ZIP 2013, 1554; *Karsten Schmidt/Thole*, InsO, § 49, Rn. 6; a. A. *HambKomm/Büchler/Scholz*, InsO, Vorb. zu §§ 49–51, Rn. 18.

⁴⁰⁰ *Moosheimer*, ZMR 2015, 427, 434.

⁴⁰¹ *Uhlenbrück/Brinkmann*, InsO, § 49, Rn. 3; *Alff*, ZWE 2010, 105, 112; *Bärmann/Becker*, WEG, § 16, Rn. 216; *Becker*, ZIP 2013, 1154, 1155; *Becker*, ZWE 2013, 6, 9; *Mayer*, ZfIR 2012, 86, 87; *Schneider*, ZMR 2012, 749, 752; *Derleder*, ZfIR 2011, 830, 832; *Drasdo*, NZI 2011, 736.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

ter anderem dann offensichtlich, wenn vor der Insolvenzeröffnung keine oder nur geringe Hausgeldrückstände bestehen. Der Gemeinschaft bleibt dann lediglich die Geltendmachung der Ansprüche als Masseverbindlichkeit. Für den Fall, dass Hausgelder erst nach der Insolvenzeröffnung rückständig werden, könnte ein im Grundbuch dinglich gesicherter Gläubiger die Vollstreckung betreiben und das Wohnungseigentum würde ohne die Beachtung der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Rangklasse 2 verwertet. Auch dies resultiert daraus, dass die bestehenden Forderungen wiederum nur zur Masse angemeldet werden können.⁴⁰² Hiermit geht eine Schwächung der Position der Wohnungseigentümergemeinschaft gegenüber den dinglich gesicherten Gläubigern einher. Dies ist, insbesondere mit Blick darauf, dass der Gesetzgeber gerade eine Stärkung der Gemeinschaft mit der Schaffung eines begrenzten Vorrechts erzielen wollte, nicht nachvollziehbar.⁴⁰³ Ein Absonderungsrecht erlaubt aber trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Vollstreckung in einen Gegenstand der Insolvenzmasse. § 49 InsO bestimmt damit eine Ausnahme zum Vollstreckungsverbot aus § 89 InsO.⁴⁰⁴ Indem die Wohnungseigentümergemeinschaft ihre Forderungen nur noch gegen den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes geltend machen kann, wird ihr somit ein Recht von großer wirtschaftlicher Bedeutung abgeschnitten. Mangels Absonderungsrecht werden die Masseforderungen insoweit zu ungesicherten Forderungen der Wohnungseigentümergemeinschaft degradiert.⁴⁰⁵ Der Wohnungseigentümergemeinschaft bleibt dann oft nichts anderes übrig, als schon während der Insolvenz diesen Teil und den der laufenden Beträge, soweit er nicht gezahlt wird, titulieren zu lassen, indem der Insolvenzverwalter auf Zahlung verklagt wird.⁴⁰⁶ Sodann kann die Wohnungseigentümergemeinschaft aus dem Zahlungstitel meist wenig erfolgversprechend in die Masse und damit insbesondere in das Wohnungseigentum vollstrecken.⁴⁰⁷ Eine solche Vollstreckung in die Masse ist hier überhaupt nur möglich, wenn das Vollstreckungsverbot des § 90 ZVG für die Dauer von sechs Monaten nicht mehr greift. Diese Vorschrift gilt es hier zu beachten, da die Masseschuld nicht durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden ist.⁴⁰⁸ Allerdings kann die Wohnungseigentümergemeinschaft in diesem Verfahren nicht aus der privilegierten Rangklasse 2 vorgehen, sondern lediglich mit dem Rang des § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG,⁴⁰⁹ womit die Vollstreckungsmöglichkeit aufgrund der vorgehenden dinglichen Belastungen des Wohnungseigentums nahezu immer wirtschaftlich wertlos sein wird.

aa) Anzeige von Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter als Risiko der Gemeinschaft

Noch problematischer wird die Trennung der Forderung in dem Fall, dass der Insolvenzverwalter gemäß § 208 InsO Masseunzulänglichkeit anzeigt.⁴¹⁰ In diesem Fall gilt das Vollstreckungsverbot des § 210 InsO

⁴⁰² Schneider, ZMR 2012, 749, 752.

⁴⁰³ Schneider, ZMR 2012, 749, 752, der dem BGH hier zugutehält, dass er die Insolvenz des Wohnungseigentümers bei der Novelle aus dem Jahr 2007 wohl nicht im Blick gehabt hat.

⁴⁰⁴ Schneider, ZMR 2012, 749, 751 f.; Mayer, ZfIR 2012, 86, der zugeleich darauf hinweist, dass diese Ausnahmeverordnung von vornherein nur für Insolvenzgläubiger zugeschnitten ist. Massegläubiger hingegen werden von der Vorschrift überhaupt nicht erfasst. Als Folge dieser Ansicht können Absonderungsrechte sehr wohl für Masseverbindlichkeiten bestehen.

⁴⁰⁵ Becker, ZWE 2013, 6, 9; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 473; BGH NJW 2011, 3098; a. A. LG Berlin, ZWE 2010, 228 f.; Bärmann/Becker, § 16 WEG, Rn. 173; Niedenführ/Kümmel/Vanhouten/Kümmel, WEG, IV, Rn. 44 f.

⁴⁰⁶ Schneider, ZWE 2014, 61, 74; Lüke, ZWE 2010, 62, 69.

⁴⁰⁷ Schneider, ZWE 2014, 61, 74; Lüke, ZWE 2010, 62, 69.

⁴⁰⁸ Derleder, ZfIR 2011, 825, 831; Schneider, ZMR 2012, 749, 752 f.; Schneider, ZMR 2012, 749, 752 f.; Mayer, ZfIR 2012, 86, 87; KPB-Lüke, InsO, § 90, Rn. 5 f.; HambKomm/Kuleisa, InsO, § 90, Rn. 4 f.; LSZ-Smid, InsO, § 89, Rn. 5.

⁴⁰⁹ Mayer, ZfIR 2012, 86, 87; BGH NJW 2011, 3098.

⁴¹⁰ Lüke, ZWE 2010, 62, 65; Derleder, ZfIR 201, 825, 831.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

für sogenannte Altmasseverbindlichkeiten.⁴¹¹ Dies sind Masseforderungen, die bis zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit fällig geworden sind.⁴¹² Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann ihre Forderung in diesem Fall weder mit der Zahlungsklage verfolgen noch wegen dieser Ansprüche in die Masse vollstrecken.⁴¹³ Im Ergebnis ist die Forderung für die Wohnungseigentümergemeinschaft damit nicht mehr durchsetzbar.⁴¹⁴ Das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft droht somit durch die Anzeige der Masseunzulänglichkeit leerzulaufen. *Moosheimer* sieht gerade hierin keine Benachteiligung der Wohnungseigentümergemeinschaft, da dieses Schicksal auch den Altmasseverbindlichkeiten anderer Gläubiger in dieser Situation drohe.⁴¹⁵ Hierbei übersieht *Moosheimer* jedoch, dass auch kein anderer Gläubiger eine Privilegierung in Form eines Vorrechts gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG für sich beanspruchen kann. Vorliegend führt überhaupt erst die Teilung des Vorrechts in bevorrechtigte Insolvenzforderungen und Masseforderungen zu dem Umstand, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft sich in der Situation wiederfindet, in der sich andere, nicht privilegierte, Altmassegläubiger befinden. Demzufolge ist hier auch in keiner Weise von einer übermäßigen Bevorteilung der Wohnungseigentümergemeinschaft zu sprechen, sofern das Vorrecht stringent durchgesetzt und damit auch für Masseforderungen gelten würde. Vielmehr würde die Wohnungseigentümergemeinschaft das erhalten, was der Gesetzgeber für sie vorgesehen hat. Darüber hinaus besteht das Risiko, dass der Insolvenzverwalter in der Folge der Anzeige der Masseunzulänglichkeit gerade bei reparaturbedürftigem Wohnungseigentum den weiteren Verfall einleitet.⁴¹⁶

Vorgeschlagen wird hier zur Stärkung des Vorrechts der Gemeinschaft ein allgemeiner Vorrang vor Masseunzulängkeitsanzeigen des Insolvenzverwalters in Form eines Absonderungsrechts auch für Masseforderungen.⁴¹⁷ Nach der Ansicht von *Mayer* wird der Wohnungseigentümergemeinschaft ansonsten das genommen, was der Gesetzgeber ihr mit der Privilegierung in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG zuerkannt hat.⁴¹⁸ Dies vor allem, weil es der Wohnungseigentümergemeinschaft kaum gelingen kann, ihr Vorrecht einheitlich durchzusetzen. Zudem kann die Wohnungseigentümergemeinschaft sich im Falle der Masseunzulänglichkeit nicht von dem zahlungsunfähigen Wohnungseigentümer trennen und muss so im besten Fall die Freigabe des Wohnungseigentums abwarten.⁴¹⁹ Eine solche Trennung kann jedoch regelmäßig durch die Beendigung der Einzelzwangsvollstreckung erfolgen. Auch dies war eines der intendierten Ziele des Gesetzgebers.

bb) Resümee

Nicht außer Acht gelassen werden sollte der Umstand, dass die aktuelle Qualifizierung der Hausgelder durch den BGH als Masseforderung auch Vorteile der Gemeinschaft mit sich bringt. So kann die Wohnungseigentümergemeinschaft im Falle der Überschreitung der 5 % Grenze des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

⁴¹¹ HambKomm/Weitzmann, InsO, § 210, Rn. 2; LSZ-Smid, InsO, § 210, Rn. 4; MükoInsO/Hefermehl, § 210, Rn. 3; *Mossheimer*, ZMR 2015, 427, 432.

⁴¹² Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 209.

⁴¹³ BGHZ 154, 358; OLG Düsseldorf, NZM 2007, 47; Schneider, ZMR 2012, 749, 753.

⁴¹⁴ BGHZ 154, 358, 360; Becker, ZWE 2013, 6, 9; Suilmann, ZWE 2010, 386; Derleder, ZfIR 2011, 825, 831; Becker, ZIP 2013, 1554, 1555; *Moosheimer*, ZMR 2015, 427, 434 sieht hierin keine Benachteiligung, da dies so für jede andere Forderung auch gilt.

⁴¹⁵ *Moosheimer*, ZMR 2015, 427, 434.

⁴¹⁶ Derleder, 2011, 825, 831 f.

⁴¹⁷ LG Berlin ZWE 2010, 228 f.; Alff, ZWE 2010, 105, 112; Niedenführ/Kümmel/Vanderhouten/Kümmel, WEG, IV, Rn. 44 f.; Derleder, ZfIR 2011, 825, 832; Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 224.

⁴¹⁸ Mayer, ZfIR 2012, 86, 87.

⁴¹⁹ Drasdo, ZWE 2012, 406, 409.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

immerhin die laufenden Beträge weiterhin aus der Masse vom Insolvenzverwalter verlangen. Eine Anhäufung dieser Beträge zum bestehenden Absonderungsrecht erfolgt hier nicht mehr, womit der Ausfall oberhalb der 5% Grenze minimiert werden kann. Im Ergebnis wird der Wohnungseigentümergemeinschaft auch für Masseforderungen richtigerweise ein Absonderungsrecht zuzusprechen sein. Diese Schlussfolgerung ist bereits aufgrund der Zielsetzung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG durch den Gesetzgeber unabdingbar. Ohne diesen Schritt kann das Vorrecht der Gemeinschaft nicht stringent durchgesetzt werden und die als Masseforderungen qualifizierten Hausgelder werden zu einer ungesicherten Forderung in der Insolvenz des Hausgeldschuldners. Zudem hätte dieser Schritt des BGH den begrüßenswerten Nebeneffekt, dass das Vorgehen des BGH im Hinblick auf die Klassifizierung der Forderungen in Insolvenz- und Masseforderungen erheblich an Bedeutung verliert. Diese Problematik würde in der Folge nur noch dort eine Rolle spielen, wo die Rückstände die 5 %-Grenze des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG übersteigen.

II. Die Zwangsversteigerung der Sondereigentumseinheit durch den Insolvenzverwalter im Rahmen des Insolvenzverfahrens

Eine weitere Möglichkeit des Insolvenzverwalters, mit dem Wohnungseigentum im Rahmen des Insolvenzverfahrens zu verfahren, ist die Versteigerung des Wohnungseigentums. Ungehindert durch ein bereits von einem absonderungsberechtigten Gläubiger durchgeführten Immobiliarvollstreckungsverfahren erfolgt die Einleitung des Verfahrens auf Antrag des Insolvenzverwalters.⁴²⁰ Das Antragsrecht des Insolvenzverwalters folgt unmittelbar aus § 165 InsO in Verbindung mit § 172 ZVG und richtet sich sodann nach den allgemeinen Vorschriften.⁴²¹ Der Insolvenzverwalter hat in einem solchen Verfahren nicht nur die Stellung des betreibenden Gläubigers, sondern auch die des Vollstreckungsschuldners inne.⁴²² In dieser Funktion ist der Insolvenzverwalter nicht verpflichtet, einen Vollstreckungstitel oder eine vollstreckbare Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses vorzulegen. Vielmehr reicht hier die Vorlage der Bestellungsurkunde aus, um seine Eigenschaft als Insolvenzverwalter und damit sein Antragsrecht nachzuweisen.⁴²³ Für den Fall, dass gleichzeitig ein Antrag eines absonderungsberechtigten Gläubigers auf Durchführung der Zwangsversteigerung vorliegt, werden diese Verfahren gemäß § 173 ZVG getrennt durchgeführt.

1. Gegenseitiger Beitritt zu einem bereits laufenden Zwangsvollstreckungsverfahren

Darüber, ob ein Beitritt zum jeweils anderen Verfahren möglich ist, besteht Uneinigkeit. Während ein solches Vorgehen mit Hinweis auf die fehlende Gleichartigkeit der Verfahren verneint wird,⁴²⁴ begründet die Gegenansicht die bestehende Möglichkeit des Beitritts mit einem Verweis auf die §§ 174, 174a ZVG.⁴²⁵ Da ansonsten nachteilige Auswirkungen für den die Versteigerung betreibenden Gläubiger drohen, die nicht hinzunehmen sind. So müsste dieser dulden, dass der Zuschlag auf das Aufgebot gemäß § 174a ZVG erteilt wird und er damit im schlimmsten Fall seine Rechte verliert.⁴²⁶ Der Beitritt ist zuzulassen.

⁴²⁰ BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 15; LSZ-Depré, InsO, § 165, Rn. 4; MüKoInsO/Tetzlaff, § 165, Rn. 35.

⁴²¹ BGH NZI 2015, 550, 551; Stöber ZVG, § 172, 4.1 ff.; BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 15; Braun/Dithmar/Schneider, InsO, § 165, Rn. 7.

⁴²² BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 15; Stöber, ZVG, § 172, Rn. 3.2; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, § 165, Rn. 15; Nerlich/Römermann-Becker, InsO, § 165, Rn. 23; LSZ-Depré, InsO, § 165, Rn. 9.

⁴²³ Braun/Dithmar/Schneider, InsO, § 165, Rn. 8; Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 165, Rn. 21; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, § 165, Rn. 15; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 10; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 2.

⁴²⁴ Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 165, Rn. 23; HambKommK/Büchler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 20; Stöber, ZVG, § 172, Rn. 7 unter Hinweis auf BGH NJW 2006, 1000; Knees, ZIP 2001, 1568, 1579.

⁴²⁵ MüKoInsO/Tetzlaff, § 165, Rn. 142; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 24; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/Homann, § 165, Rn. 10; Braun/Dithmar/Schneider, InsO, § 165, Rn. 12; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 8.

⁴²⁶ MüKoInsO/Tetzlaff, § 165, Rn. 142.

2. Doppelausgebot des Insolvenzverwalters

Allerdings löst der Beitritt des Insolvenzverwalters für ihn nicht die Besonderheiten der Insolvenzverwalterversteigerung gemäß der §§ 172 ff. ZVG aus, insbesondere besteht hier für ihn nicht die Möglichkeit, ein Doppelausgebot zu beantragen. Der Insolvenzverwalter ist lediglich ein mit den regelmäßigen Verfahrensrechten ausgestatteter Verfahrensbeteiligter.⁴²⁷ Ein absonderungsberechtigter Gläubiger kann den Antrag des Insolvenzverwalters auf Versteigerung der Wohnungseigentumseinheit weder erzwingen noch verhindern.⁴²⁸ Allerdings genießt die Versteigerung des absonderungsberechtigten Gläubigers stets Vorrang vor der Versteigerung durch den Insolvenzverwalter, die nur durchgeführt wird, sofern die Vollstreckungsversteigerung des Gläubigers erfolglos geblieben ist.⁴²⁹ Der Insolvenzverwalter betreibt die Versteigerung dann aus dem Rang eines dinglich nicht gesicherten Gläubigers, mithin aus der Rangklasse 5.⁴³⁰ Das geringste Gebot wird mithin so aufgestellt, dass die der Rangklasse 5 vorgehenden Rechte berücksichtigt werden müssten. Dies wäre nicht nur positiv für die Hausgelder der Rangklasse 2, sondern auch für eine etwaige bestehende Vormerkung in der Rangklasse 4, die in der Folge bestehen bleiben würde. Hierdurch kommt in der Regel ein sehr hohes geringstes Gebot zustande, was oft dazu führt, dass eine Verwertung des Grundstücks durch den Insolvenzverwalter im Wege der Zwangsversteigerung scheitert.⁴³¹

Zusätzlich kann jeder Gläubiger mit einem anerkannten Absonderungsrecht gemäß § 174 ZVG verlangen, dass nur die seinem Recht vorgehenden Rechte Berücksichtigung finden.⁴³² Bei diesem sogenannten Doppelausgebot ist das Grundstück sowohl nach den gewöhnlichen Grundsätzen anzubieten als auch mit der vom Gläubiger beantragten Abweichung der vorgehenden Rechte.⁴³³ Erfolgen Gebote auf beide Ausgebote, ist der Zuschlag grundsätzlich auf das Angebot gemäß § 174 ZVG zu erteilen. Dem Gläubiger ist hierdurch möglich, den Ausfall seiner Forderung genau festzustellen.⁴³⁴

3. Doppelausgebot der Wohnungseigentümergemeinschaft

Auch die Wohnungseigentümergemeinschaft ist berechtigt, einen Antrag gemäß § 174 ZVG aufgrund rückständiger Hausgelder, die ein Absonderungsrecht begründen, zu stellen. Stellt die Wohnungseigentümergemeinschaft einen solchen Antrag, hat dies vor allem für eine bestehende Vormerkung gravierende Folgen. Aufgrund ihrer Klassifizierung in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG ist sie den Hausgeldern nachrangig und damit nicht in das geringste Gebot aufzunehmen. In der Folge würde die Vormerkung bei einem solchen Vorgehen zum Erlöschen gebracht werden.⁴³⁵

⁴²⁷ KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 24.

⁴²⁸ Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, § 165, Rn. 15.

⁴²⁹ Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 165, Rn. 23; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 20.

⁴³⁰ FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 5; MüKoInsO/Tetzlaff, InsO § 165 Rn. 27 f.; Andres/Leithaus-Leithaus, InsO, § 165, Rn. 13; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 13; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 20.

⁴³¹ Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, § 165, Rn. 21; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 20.

⁴³² Andres/Leithaus-Leithaus, InsO, § 165, Rn. 14; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 21; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 14.

⁴³³ Stöber, ZVG, § 174, Rn. 3.9; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, § 165, Rn. 22; LSZ-Depré, InsO, § 165, Rn. 21.

⁴³⁴ Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, § 165, Rn. 22; MüKoInsO/Tetzlaff, § 165, Rn. 154, HambKomm-Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 21; LSZ-Depré, InsO, § 165, Rn. 24.

⁴³⁵ Weber, DNotZ 2014, 738, 755.

4. Vollstreckung durch den Insolvenzverwalter aus der Rangklasse 1a

Neben dem Vorgehen aus der Rangklasse 5 ist es für den Insolvenzverwalter auch möglich, eine Versteigerung des Wohnungseigentums aus der Rangklasse 1a durchzuführen.⁴³⁶ Die Rangklasse 1a des § 10 Abs. 1 ZVG wurde geschaffen, um die Chancen für eine erfolgreiche Zwangsversteigerung durch den Verwalter zu erhöhen und so zumindest die Kosten der Feststellung der mithaltenden beweglichen Gegenstände des Hypothekenverbands befriedigen zu können.⁴³⁷

Problematisch wird dies für die Wohnungseigentümergemeinschaft insbesondere dann, wenn der Insolvenzverwalter ein Doppelausgebot beantragt. Das geringste Gebot enthält bei einer Versteigerung aus der Rangklasse 1a dann nur die Verfahrenskosten gemäß § 109 Abs. 1 ZVG und die Rechte aus § 10 Abs. 1 Nr. 1 ZVG.⁴³⁸ Mit dieser Vorgehensweise kann der Insolvenzverwalter die Chancen erhöhen, dass das Eigentum tatsächlich versteigert wird, da der Ersteher das Grundstück ohne die Belastungen des § 10 Abs. 1 Nr. 2–8 erwirbt. So können im Ergebnis zumindest die entstandenen Kosten der Masse zufließen, da es aufgrund des niedrigeren geringsten Gebots auch zu höheren Geboten kommt.⁴³⁹ Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann den Verlust ihres Vorrechts in diesem Fall nur derart abwenden, dass sie die Kosten ablöst und der Anspruch gemäß § 268 Abs. 3 BGB damit auf sie übergeht.⁴⁴⁰ Für die Hausgeldansprüche würde dies den verfolgten Zweck der Regelung indes verfehlt, denn eine Ablösung der Kosten durch die Wohnungseigentümergemeinschaft kann nicht angezeigt sein, ebenso wie die Nichtbeachtung der Forderung im Rahmen der Zwangsversteigerung. Nur in dem Fall, dass auf beide Angebote geboten wurde, erfolgt der Zuschlag – im Gegensatz zum Doppelausgebotsverfahren des Gläubigers – auf das Aufgebot gemäß § 172 ZVG. Dies folgt daraus, dass der Sinn und Zweck der Vorschrift, die Erstattung der Feststellungskosten sicherzustellen, bereits dadurch gewahrt wird, dass diese auch aus dem Bargebot befriedigt werden. Damit fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse des Verwalters, den Zuschlag auf ein geringeres Meistgebot nach § 174a ZVG mit Erlöschen nachrangiger Rechte zu verlangen.⁴⁴¹ Einzig in diesem Fall müsste die Wohnungseigentümergemeinschaft keinen Verlust ihres Vorrechts fürchten.

5. Resümee

Die größten Vorteile, die die Versteigerung für den Insolvenzverwalter bietet, sind, dass er im Rahmen der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums gemäß § 56 ZVG ohne Gewährleistungsrechte veräußern kann, nur eine eingeschränkte Ausübarkeit von dinglichen Vorkaufsrechten besteht und nachrangige Grundpfandrechte gemäß § 52 Abs. 1 ZVG erlöschen.⁴⁴² Selbst diese Vorteile können über den immanenten wirtschaftlichen Nachteil durch die Versteigerung des Wohnungseigentums nicht hinweggehelfen.⁴⁴³ So wird das Sondereigentum in der Regel weit unter dem im Rahmen einer freihändigen Veräußerung erzielbaren Erlös versteigert. Hierüber kann auch das Argument, dass der Insolvenzverwalter das Risiko einer

⁴³⁶ BGH NJW-Spezial 2012, 515; LSZ-Depré, InsO, § 165, Rn. 24; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 5.

⁴³⁷ MüKoInsO/Tetzlaff, InsO § 165 Rn. 27 f.; HK-InsO/Lohmann, § 49, Rn. 20; Löhning, ZVG, § 10, Rn. 28; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 14.

⁴³⁸ LSZ-Depré, InsO, § 165, Rn. 2; Braun/Dithmar/Schneider, InsO, § 165, Rn. 13; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 16; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 22; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 34.

⁴³⁹ FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 2; Andres/Leithaus-Leithaus, InsO, § 165, Rn. 15.

⁴⁴⁰ BT.-Drs. 12/3803, 69 f.; Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 165, Rn. 25.

⁴⁴¹ Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 165, Rn. 25; MüKoInsO/Tetzlaff, § 165, Rn. 142.

⁴⁴² BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 12 f.; Braun/Dithmar/Schneider, InsO, § 165, Rn. 10; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, § 165, Rn. 15; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 19; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 2.

⁴⁴³ Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 165, Rn. 21; BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 28; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, § 165, Rn. 27.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Haftung im Vergleich zu einer freihändigen Veräußerung um ein Vielfaches minimieren kann, nicht überzeugen. Zwar ist es richtig, dass er sich nicht dem Vorwurf ausgesetzt sehen kann, das Eigentum zu preiswert freigegeben zu haben, jedoch sind die wirtschaftlichen Nachteile einer Versteigerung so eminent, dass diese Vorgehensweise in der Praxis die absolute Ausnahme darstellt und nur in besonderen Ausnahmefällen auf eine Verwalterversteigerung zurückgegriffen wird.⁴⁴⁴ Dies steht auch im Einklang damit, dass der Insolvenzverwalter in erster Linie dazu angehalten ist, Entscheidungen so zu treffen, dass diese am vorteilhaftesten für die Mehrung der Insolvenzmasse sind.

III. Die freihändige Verwertung des Wohnungseigentums durch den Insolvenzverwalter

Die Entscheidung des IX. Senats aus dem Jahr 2011 ließ weitestgehend offen, welches Schicksal das Vorrecht der Gemeinschaft ereilt, sofern der Insolvenzverwalter das Wohnungseigentum freihändig veräußert.

Grundsätzlich ist die Veräußerung des Grundbesitzes durch den Insolvenzverwalter zulässig.⁴⁴⁵ Hierzu bedarf es gemäß § 161 Abs. 2 Nr. 1 InsO der vorherigen Einwilligung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, sofern ein Ausschuss nicht bestellt ist.⁴⁴⁶ Regelmäßig lässt sich durch die freihändige Veräußerung des Grundbesitzes ein höherer Erlös erzielen, womit die Masse unmittelbar aus diesem Vorgehen partizipiert.⁴⁴⁷ Zusätzlich ist die freihändige Veräußerung des Wohnungseigentums nicht selten zeit- und kostensparender im Vergleich zu einem gesetzlich geregelten Zwangsversteigerungsverfahren.⁴⁴⁸ Ein Gläubiger des insolventen Schuldners kann eine freihändige Veräußerung des Grundbesitzes scheitern lassen, indem er während der Verkaufsbemühungen des Insolvenzverwalters die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung betreibt.⁴⁴⁹

Im Rahmen der freihändigen Veräußerung wird zumeist ein lastenfreier Erwerb der Sondereigentumseinheit angestrebt werden, um die Chance, einen Interessenten zu finden, zu erhöhen. Ein lastenfreier Erwerb des Grundbesitzes durch den Erwerber ist dadurch möglich, dass die Grundpfandrechtsgläubiger und die übrigen Gläubiger des § 10 Abs. 1 ZVG befriedigt werden. Dies kann durch eine Vorabbefriedigung der Gläubiger geschehen oder die Gläubiger werden nach der Veräußerung aus dem Veräußerungserlös befriedigt.⁴⁵⁰ Erfolgt keine Befriedigung der Gläubiger, setzt sich die Haftung des Grundbesitzes fort.⁴⁵¹ Eine Schlechterstellung der dinglich berechtigten Gläubiger folgt aus einer freihändigen Veräußerung des Grundbesitzes damit in diesem Fall nicht. Die Haftungsmasse bleibt den Gläubigern insofern nach wie vor erhalten.⁴⁵² Allerdings wird eine freihändige Veräußerung des Grundbesitzes zumindest beim Bestehenbleiben der Rechte der dinglich gesicherten Gläubiger in der Regel daran scheitern, dass sich kein Erwerber

⁴⁴⁴ BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 14; Braun/Dithmar/Schneider, InsO, § 165, Rn. 10; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 19.

⁴⁴⁵ Sinz/Hiebert, ZInsO 2010, 205, 207; BGH ZInsO 2010, 914, 915; Uhlenbrück/Brinkmann, 13. Aufl. 2010, § 49, Rn. 30; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 10; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 26; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 7.

⁴⁴⁶ Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 165, Rn. 30; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 26; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 11; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 7.

⁴⁴⁷ MüKoInsO/Tetzlaff, InsO § 165 Rn. 179; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 7c; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 12.

⁴⁴⁸ HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 12; BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 28; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 26; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 249.

⁴⁴⁹ Andres/Leithaus-Leithaus, InsO, § 165 Rn. 31; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 7b.

⁴⁵⁰ Sinz/Hiebert ZInsO 2010, 205, 207; HambKomm/Bücheler, 3. Aufl. § 165, Rn. 12.

⁴⁵¹ So z. B. im Fall der Steuerforderungen als öffentliche Last gem. § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG; BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 31.

⁴⁵² Sinz/Hiebert, ZInsO 2010, 205, 207.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

finden lässt. Insofern besteht die weitere und weitaus erfolgversprechendere Möglichkeit, das Wohnungseigentum zu veräußern, indem die Veräußerung des Wohnungseigentums in Kooperation mit den Grundpfandrechtsgläubigern durchgeführt wird. Mit den grundpfandrechtsberechtigten Gläubigern werden hierzu Vereinbarungen über die Erlösverteilung getroffen. Im Gegenzug hierzu geben die betroffenen Gläubiger Löschungsbewilligungen bezüglich ihrer bestehenden Rechte am Grundbesitz ab.⁴⁵³

Eine Veräußerung ohne diese Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung und damit ein Verstoß gegen das Zustimmungserfordernis lässt die Wirksamkeit des Veräußerungsgeschäfts gemäß § 164 InsO grundsätzlich unberührt.⁴⁵⁴ Eine solche Verfügung des Insolvenzverwalters ist allerdings zumindest bei Bestehen einer Vormerkung vormerkungswidrig. Damit ist eine freihändige Verwertung zumindest in diesem Fall ohne entsprechende Löschungsbewilligung nicht durchführbar.⁴⁵⁵ Ein bestehendes Absonderungsrecht hingegen schließt die freihändige Verwertung des Wohnungseigentums grundsätzlich nicht aus.⁴⁵⁶

1. Die Berücksichtigung des Absonderungsrechts

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, was die freihändige Veräußerung des Grundbesitzes für das Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft bedeutet. Im Vergleich wird ein Blick auf die Handhabung des Absonderungsrechts der öffentlichen Last aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG geworfen. Das Absonderungsrecht zugunsten der Rangklasse 3 bleibt ungeachtet der Veräußerung am Wohnungseigentum bestehen. Dies wurde vom BGH so zumindest für den Fall des § 12 GrstG entschieden.⁴⁵⁷ Zur Begründung führte der BGH an, dass die öffentliche Grundstückslast an einer freihändigen Veräußerung des Wohnungseigentums durch den Insolvenzverwalter geradezu partizipiert, da diese sich am Wohnungseigentum fortsetzt und so auch unmittelbar gegen den neuen Eigentümer geltend gemacht werden kann.⁴⁵⁸ Anders als bei den öffentlichen Lasten der Rangklasse 3 handelt es sich bei dem Anspruch auf rückständiges Hausgeld nicht um ein dinglich gesichertes Recht. Allerdings ist der Hausgeldanspruch ebenso wie die öffentliche Grundstückslast aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG nicht aus dem Grundbuch ersichtlich. Insofern ist fraglich, wie mit dem Absonderungsrecht zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft zu verfahren ist.

a) Die Fortsetzung des Absonderungsrechts am Wohnungseigentum

Eine Möglichkeit im Umgang mit dem Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft im Fall der freihändigen Veräußerung des Wohnungseigentums ist, dass das Absonderungsrecht sich ungeachtet der Veräußerung am Grundeigentum fortsetzt.⁴⁵⁹ Dieses Vorgehen würde dem Vorgehen mit dem Recht der Rangklasse 3 des § 10 Abs. 1 ZVG entsprechen. Diese Erhaltung des Vorrechts nach der freihändigen Veräußerung des Sondereigentums ergibt jedoch nur dann Sinn, wenn dem Vorrecht eine dingliche Wirkung ähnlich einem Grundpfandrecht ohne Eintragung im Grundbuch beigemessen wird. Eine gesetzliche

⁴⁵³ HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 12; MüKoInsO/Tetzlaff, InsO § 165 Rn. 180; Braun/Dithmar/Schneider, InsO, § 165, Rn. 43; Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 165, Rn. 31; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 7; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 26; Depré/Cranchaw, ZVG, § 10, Rn. 30.

⁴⁵⁴ Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 165, Rn. 30.

⁴⁵⁵ Weber, DNotZ 2014, 738, 755 f.; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 3.

⁴⁵⁶ HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 12; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 8; Becker, ZMR 2012, 930.

⁴⁵⁷ BGH NJW-RR 2010, 1022, 1023 f.

⁴⁵⁸ BGH NJW-RR 2010, 1022, 1023 f.; Jacoby, ZWE 2015, 297, 298; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 12; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 26; MükoInsO/Tetzlaff, § 165, Rn. 180.

⁴⁵⁹ MüKoInsO/Tetzlaff, InsO § 165 Rn. 180; Mayer/Schneider, ZWE 2013, 50, 52; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 252 f.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Grundlage für den Untergang eines dinglichen Vorrechts am Wohnungseigentum besteht nämlich nicht,⁴⁶⁰ insbesondere auch in Abgrenzung zum regulären Grundpfandrecht. Dieses kann nämlich zumindest durch Rechtsgeschäft aufgehoben werden. Dies ist bei einem gesetzlichen Grundpfandrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG hingegen nicht möglich.⁴⁶¹ In der Folge würde keine dingliche Surrogation am Erlös stattfinden. Vielmehr kann die Gemeinschaft gem. § 1147 BGB analog wegen der rückständigen Beiträge gegen den Erwerber bis zu einem Betrag von 5 % des durch das Vollstreckungsgericht festzusetzenden Verkehrswerts vorgehen.⁴⁶² Eine Fortsetzung des Absonderungsrechts am Veräußerungserlös schließt sich dann schon logisch aus, da eine Fortsetzung des Rechts keinen Sinn macht, wenn das eigentliche Recht noch besteht.⁴⁶³

Auch *Sinz/Hiebert* sehen die Hausgeldansprüche als dingliches Recht an und sehen im Zuge dessen keinen Anlass, zwischen dem Vorgehen aus der Rangklasse 3 und der Rangklasse 2 zu unterscheiden. Für die Steuern gemäß § 12 GrStG und damit das Recht aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG hat der BGH indes bereits im Jahr 2010 anerkannt, dass dieses sich am Grundbesitz aufgrund seiner dinglichen Ausgestaltung fortsetzt.⁴⁶⁴ Dies fordern *Sinz/Hiebert* auch für die Ansprüche aus rückständigem Hausgeld. Im Ergebnis würde diese Vorgehensweise bedeuten, dass der Insolvenzverwalter dem Absonderungsrecht im Rahmen der freihändigen Veräußerung keine Beachtung schenken müsste, da der Grundbesitz ohnehin für die Forderung einstehen würde. Ein Unterschied zu einer regulären rechtsgeschäftlichen Veräußerung unter der Annahme, dass ein dingliches Recht auf dem Wohnungseigentum ruht, besteht insofern nicht.⁴⁶⁵ Die daraus resultierende Einstandspflicht des Erwerbers würde diesen im Zweifel treffen, ohne dass er sich darüber im Klaren war oder sich mangels grundbuchlicher Erkennbarkeit der Forderung davor hätte schützen können.⁴⁶⁶ Auch hier wird damit wiederum deutlich, dass eine dogmatische Einordnung des Vorrechts als dingliches Recht der Stellung des Vorrechts nicht gerecht wird. Dies vor allem, weil das Vorrecht in seiner jetzigen Ausgestaltung die Rechtssicherheit erheblich einschränken würde. So könnte ein Erwerber zu keinem Zeitpunkt über die tatsächliche Belastung des Grundeigentums sicher sein. *Cranshaw* hingegen bezeichnet das nicht unerhebliche, wirtschaftliche Risiko für den Erwerber, in eine Verpflichtung für rückständige Hausgelder einzutreten, als überschaubar.⁴⁶⁷ Dies vor allem, weil der Insolvenzverwalter als Verkäufer eine Pflicht hat, auf Risiken aufmerksam zu machen, die ihm bekannt sind. Rückständiges Hausgeld, das eine Haftung des Rechtsnachfolgers auslösen kann, gehört nach der Ansicht von *Cranshaw* zu derartigen aufklärungsbedürftigen Risiken.⁴⁶⁸ Und auch die Tatsache, dass der Erwerber jederzeit mit dem Bestehen einer öffentlichen Grundstücklast rechnen muss, für die er sodann uneingeschränkt einzustehen hat, mag auf den ersten Blick für diese Vorgehensweise sprechen, denn auch die öffentliche Grundstückslast ist gerade nicht grundbuchtlich und damit ebenfalls nicht für den Erwerber erkennbar. Insofern würde das Befriedigungsrecht auch im Fall einer freihändigen Veräußerung nicht untergehen, sondern in seiner dynamisch gesetzlichen Ausgestaltung am Wohnungseigentum bestehen bleiben. Aufgrund der fehlenden Dinglichkeit des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG kommt eine solche Wirkung, wie die der öffentlichen Grundstückslast,

⁴⁶⁰ Schneider, ZWE 2012, 439, 441 f.

⁴⁶¹ Vergleich zum Vorrecht der Grundsteuer. Hier ist eine rechtsgeschäftliche Aufhebung ebenso nicht möglich, siehe Becker ZWE 2013, 6, 10.

⁴⁶² Schneider, ZWE 2014, 61, 66; Becker, ZfIR 2013, 809, 811; Schneider, ZfIR 2008, 161, 165 f.

⁴⁶³ Becker, ZfIR 2012, 930.

⁴⁶⁴ BGH NJW-RR 2010, 1022, 1023 f.

⁴⁶⁵ Becker, ZMR 2012, 930, 931.

⁴⁶⁶ A. A. MüKoInsO/Tetzlaff, InsO § 165 Rn. 180, der darauf hinweist, dass auch die öffentlichen Lasten „unsichtbar“ seien. Mit diesen werde aber gerade so verfahren.

⁴⁶⁷ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 474.

⁴⁶⁸ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 474, findet eine solche Aufklärung nicht statt, kann der Käufer sich möglicherweise über eine Anfechtung nach § 123 BGB vom Vertrag lösen. Dies ist nicht gewollt. Zudem wird der Käufer standardmäßig eine entsprechende Garantie des Verkäufers fordern, vgl. Hintzen/Alff, ZInsO 2008, 480, 485.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

zugunsten des Vorrechts nicht in Betracht. Insofern muss an dieser Stelle eine andere Lösung als die der öffentlichen Last gefunden werden. Dies bedeutet im Ergebnis, dass das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG sich nicht am Wohnungseigentum fortsetzt, sofern der Insolvenzverwalter den Grundbesitz freihändig veräußert.

b) Die Begründung eines Ersatzabsonderungsrechts am Veräußerungserlös

Eine weitere mögliche Vorgehensweise mit dem Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft besteht darin, dass das Absonderungsrecht im Rahmen der freihändigen Veräußerung des Wohnungseigentums erlischt und im Zuge dessen ein sogenanntes Ersatzabsonderungsrecht am Veräußerungserlös entsteht.⁴⁶⁹ Der Veräußerungserlös tritt in diesem Fall als Surrogat an die Stelle des erloschenen Absonderungsrechts und ein Dritterwerber muss sich die Ansprüche nicht entgegenhalten lassen.⁴⁷⁰ Die Wohnungseigentümergemeinschaft ist sodann gemäß § 49 InsO analog an dem Veräußerungserlös der freihändigen Veräußerung des Sondereigentums zu beteiligen.⁴⁷¹ Ein solches Ersatzabsonderungsrecht findet keine gesetzliche Regelung in der InsO, wenngleich ein solches Recht auch vom Gesetzgeber anerkannt ist.⁴⁷² Die Ersatzabsonderung erfolgt danach in Analogie zu § 48 InsO, sofern der Insolvenzverwalter die abgesonderte Befriedigung des Gläubigers *ohne Berechtigung* vereitelt hat.⁴⁷³ Gemäß § 160 Abs. 2 InsO ist die vorherige Zustimmung des Gläubigerausschusses erforderlich, um die Veräußerung des unbeweglichen Vermögens durch den Insolvenzverwalter zu legitimieren. Ist ein solcher Gläubigerausschuss nicht bestellt, hat der Insolvenzverwalter die Zustimmung der Gläubigerversammlung einzuholen.⁴⁷⁴ Eine Veräußerung durch den Insolvenzverwalter ohne Zustimmung der Gläubiger stellt eine unberechtigte Veräußerung des Wohnungseigentums dar. Eine solche Rechtshandlung des Insolvenzverwalters, die er ohne Beachtung der §§ 160, 161 InsO vornimmt, erlangt trotzdem Wirksamkeit und wirkt damit auch gegen die Wohnungseigentümergemeinschaft, die damit ihr Haftungsobjekt verliert.⁴⁷⁵ Die Begründung eines Ersatzabsonderungsrechts zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft gemäß § 48 InsO analog liegt nicht nur dort nahe, wo der Insolvenzverwalter das Grundeigentum ohne entsprechende Berechtigung – sprich ohne Zustimmung – freihändig veräußert hat, sondern auch dort wo dem Verwalter, wie in der Praxis üblich, bereits im Berichtstermin gemäß § 156 InsO von der ersten Gläubigerversammlung eine Generalermächtigung erteilt wurde, unbewegliche Gegenstände freihändig zu veräußern. Auch hier ist die Entstehung eines Ersatzabsonderungsrechts zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft gerechtfertigt.⁴⁷⁶ Dies

⁴⁶⁹ BGH WM 2010, 806, Rn. 8; BGH NJW 1977, 247, 248; LG Landau, ZWE 2012, 439; KPB-Flöther, InsO, § 165, Rn. 8; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 12; Weber, DNotZ 2014, 738, 756 f.; Schneider, ZWE 2014, 61, 74; Bales, ZInsO 2014, 182, 185; Jacoby, ZWE 2015, 297, 298; Müller, WEG, 10. Teil, Rn. 96; Mossheimer, ZMR 2015, 427, 432; Sinz/Hiebert, ZInsO 2012, 205, 207; Kreuzer, MittBayNot 2014, 239, 243.

⁴⁷⁰ HK-InsO/Lohmann, § 48, Rn. 17; LSZ-Smid/Leonhard, InsO, § 48, Rn. 18; FK-InsO, Imberger, § 48, Rn. 27; Lüke, ZWE 2010, 62, 69, der anmerkt, dass eine frühzeitige Verwertungsinitiative der Gemeinschaft dieses Risiko mindern könne. Insofern müsse die Gemeinschaft rechtzeitig die Vollstreckung betreiben, damit der Erwerber des Grundstücks durch einen Versteigerungsvermerk im Grundbuch gewarnt ist. Sodann könne er das Eigentum nicht ohne die Belastung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG erwerben.

⁴⁷¹ AG Bochum, Urteil vom 22.04.2016 – 94 C 12/16; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 12.

⁴⁷² BT.-Drs. 12/7302 S. 160; Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 260; KPB-Prütting, InsO, § 48, Rn. 26; bereits zur Zeit der KO: BGH NJW 1977, 247.

⁴⁷³ MükoInsO/Ganter, Vorbemerkung vor § 49 bis 52, Rn. 171; Braun/Bäuerle, InsO, § 48, Rn. 39; Uhlenbrück/Brinkmann, § 48, Rn. 40; Jacoby, ZWE 2015, 297, 298.

⁴⁷⁴ Beck/Depre/Ringstmeier, § 15. Absonderung, Rn. 9.

⁴⁷⁵ Möglicherweise hat ein solches Vorgehen jedoch eine persönliche Haftung des Insolvenzverwalters gemäß § 60 InsO zur Folge; siehe hierzu weiterführend Gundlach/Frenzel/Schmidt, NZI 2001, 350 ff.

⁴⁷⁶ Beck/Depre/Ringstmeier, § 15. Absonderung, Rn. 9.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

folgt vor allem daraus, dass auch mit Zustimmung der Gläubigerversammlung nicht automatisch die Berechtigung des Insolvenzverwalters besteht, die Sicherung des jeweils absonderungsberechtigten Gläubigers zu vereiteln. Im Fall der Wohnungseigentümergemeinschaft wäre dies jedoch der Fall. Anders als im Fall der dinglich gesicherten Gläubiger bleibt die Sicherung der Wohnungseigentümergemeinschaft am Sondereigentum gerade nicht bestehen. Insofern wäre die unmittelbare Folge der Zustimmung der Gläubigerversammlung zu einer freihändigen Veräußerung, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft gegenüber den übrigen, dinglich gesicherten und gleichzeitig absonderungsberechtigten Gläubigern unangemessen benachteiligt werden würde. Diese Gläubigerbenachteiligung könnte durch die übrigen Gläubiger in der ersten Gläubigerversammlung beschlossen werden. Dies freilich nur, sofern die Forderungen der zustimmenden Gläubiger mehr als die Hälfte der Gesamtforderung ausmachen, da in der Gläubigerversammlung mit absoluter Mehrheit abgestimmt wird, die sich ausschließlich an der Höhe der Forderung orientiert.⁴⁷⁷

Im Ergebnis sollte der Wohnungseigentümergemeinschaft damit ein Ersatzabsonderungsrecht im Fall der freihändigen Veräußerung des Wohnungseigentums durch den Insolvenzverwalter gewährt werden. Dies unabhängig von einer Berechtigung des Insolvenzverwalters zur Veräußerung, die durch die übrigen Gläubiger erteilt wurde. So darf die Zustimmung der Gläubigerversammlung nicht automatisch die Berechtigung des Insolvenzverwalters bedeuten, die Sicherung der absonderungsberechtigten Wohnungseigentümergemeinschaft zu vereiteln.

c) Anwendung der Verteilungsregel des § 170 InsO

Eine Berücksichtigung der Wohnungseigentümergemeinschaft im Fall der freihändigen Veräußerung des Wohnungseigentums ist darüber hinaus durch die Anwendung der Verteilungsregel des § 170 InsO denkbar. Die Vorschrift des § 170 InsO regelt in erster Linie die Aufteilung des Erlöses bei Bestehen eines Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters aus § 166 Abs. 1 und 2 InsO.⁴⁷⁸ Der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 170 Abs. 1 InsO liegt damit dort, wo bewegliche Sachen, die sich im Besitz des Insolvenzverwalters befinden und an denen ein Absonderungsrecht besteht, durch den Insolvenzverwalter verwertet werden.⁴⁷⁹ Gleiches gilt für die Verteilung des Erlöses aus der Verwertung von mit Absonderungsrechten belasteten Forderungen, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat.⁴⁸⁰ § 170 Abs. 2 InsO hingegen regelt den Fall, dass der Gläubiger den mit Absonderungsrechten belasteten Gegenstand selbst verwertet.⁴⁸¹ Die gesamte Vorschrift des § 170 InsO ist damit ausschließlich auf die Verwertung beweglicher Sachen und Forderungen zugeschnitten, womit eine direkte Anwendung auf die Verteilung des Erlöses einer freihändigen Veräußerung von unbeweglichem Vermögen nicht angezeigt ist. Insofern käme an dieser Stelle lediglich eine analoge Anwendung der Vorschrift in Betracht. Schon aufgrund der Stellung des § 170 InsO im Gesetz und der Begründung des Gesetzgebers im Regierungsentwurf ist nicht anzunehmen, dass die Vorschrift auch auf unbewegliche Gegenstände Anwendung finden soll.⁴⁸² Die Vorschrift ist damit ausschließlich für die Aufteilung des Erlöses bei Bestehen eines Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters aus § 166 Abs. 1 und 2 InsO anwendbar. Eine Anwendung der Verteilungsregel zu gunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft ist im vorliegenden Fall damit nicht angezeigt.

⁴⁷⁷ Braun/Herzig, InsO, § 76, Rn. 10 ff.; Beck/Depre/Holzer, § 3. Die Beteiligten im Insolvenzverfahren, Rn. 188.

⁴⁷⁸ Uhlenbrück/Brinkmann, § 170, Rn. 3.

⁴⁷⁹ Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 170, Rn. 4; MükoInsO/Tetzlaff, § 170, Rn. 2.

⁴⁸⁰ MükoInsO/Tetzlaff, § 170, Rn. 1; Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 170, Rn. 4.

⁴⁸¹ MükoInsO/Tetzlaff, § 170, Rn. 2.

⁴⁸² BT.-Drs. 12/2443 S. 180 f., Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 170, Rn. 4.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

d) Stellungnahme

Die Lösung über die Begründung eines Ersatzabsonderungsrechts zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft ist hier vorzugswürdig, wenngleich auch diese Vorgehensweise nicht ohne Risiken für die Wohnungseigentümergemeinschaft auskommt. Ein großes Risiko besteht vor allem dann, wenn eine (Rück-)Erwerbsvormerkung zugunsten eines Dritten im Grundbuch eingetragen ist. Der Vormerkungsberechtigte kann dann eine Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen, die vom Insolvenzverwalter auch zu erfüllen ist.⁴⁸³ In der gängigen Vertragspraxis ist für den Fall eines insolvenzfesten (Rück-)Erwerbs keine Gegenleistung vorgesehen. Es gibt somit kein Surrogat und das Absonderungsrecht wäre für die Wohnungseigentümergemeinschaft gänzlich verloren. Ob sich dieses Vorgehen wirklich als gänzlicher Verlust des Rechts bezeichnen lässt, bezweifelt indes *Cranshaw*, der darauf hinweist, dass zumindest die persönliche Verpflichtung des Schuldners bestehen bleibe.⁴⁸⁴ Dieser Einwand ist zwar richtig, dass er im Ergebnis die Risiken für die Wohnungseigentümergemeinschaft beseitigen kann, ist indes nicht anzunehmen, da die persönliche Verpflichtung eines insolventen Schuldners nicht den Wert haben wird, wie es ein dingliches Recht am Wohnungseigentum hätte.

2. Resümee und Konsequenzen für die Praxis

Zusammenfassend ist einzig die Entstehung eines Ersatzabsonderungsrechts als richtig zu qualifizieren. Hierfür sprechen auch der mit der Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG verfolgte Zweck sowie die Ausgestaltung des Vorrechts im Gesetz.⁴⁸⁵ So wollte der Gesetzgeber mit der Einführung des Vorrechts eine begrenzte Besserstellung der Gemeinschaft bei der Verwertung der Eigentumswohnung gegenüber den Grundpfandrechtsgläubigern erreichen.⁴⁸⁶ In diesem Zusammenhang leuchtet es ein, die Wohnungseigentümergemeinschaft im Umfang ihres Vorrechts am Veräußerungserlös vorrangig zu beteiligen und sie nicht durch ein fortgesetztes Recht zur Befriedigung am Grundstück zu schützen.⁴⁸⁷ Auch die Ausgestaltung des Rechts lässt darauf schließen, dass gerade keine losgelöste Existenz vom laufenden Verfahren angelegt ist, vielmehr soll der Wohnungseigentümergemeinschaft ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück für bestimmte Hausgeldforderungen im Rahmen der Verwertung des Wohnungseigentums im laufenden Verfahren gewährt werden.⁴⁸⁸ Mit diesem Vorgehen kann das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft in den praktisch häufigen Fällen der freihändigen Veräußerung des Wohnungseigentums im Sinne des Gesetzgebers gestärkt und privilegiert werden, während ansonsten ein faktisches Leerlaufen des Vorrechts droht.⁴⁸⁹

Darüber hinaus ist der Meinung des BGH uneingeschränkt hinsichtlich der nicht vorhandenen dinglichen Wirkung des Vorrechts zuzustimmen, da die Lösung über eine Einstandspflicht des Wohnungseigentümers nicht plausibel dargelegt werden kann.⁴⁹⁰

⁴⁸³ Schneider, ZWE 2012, 439, 441 f.

⁴⁸⁴ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 474.

⁴⁸⁵ Becker, ZMR 2012, 930, 931, der jedoch auch von einer Dinglichkeit des Vorrechts ausgehen will und infolgedessen keinen Unterschied der freihändigen Veräußerung zu jeder anderen rechtsgeschäftlichen Veräußerung sieht.

⁴⁸⁶ BT.-Drs. 16/887, S. 43 f.; LG Landau, ZWE 2012, 439, 440.

⁴⁸⁷ LG Landau, ZWE 2012, 439, 440, das sich hier im Ergebnis selbst widerspricht, indem es nicht stringent an seiner Ansicht eines dinglichen Vorrechts festhält, dies feststellend auch Schneider, ZWE 2012, 439, 441.

⁴⁸⁸ LG Landau, ZWE 2012, 439, 440.

⁴⁸⁹ AG Bochum, Urteil vom 22.04.2016 – 94 C 12/16.

⁴⁹⁰ BGHZ 198, 216.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Der Insolvenzverwalter kann das Wohnungseigentum insofern freihändig veräußern und die Wohnungseigentümergemeinschaft hat ein Recht auf Absonderung am Veräußerungserlös. Dieses Vorgehen schafft den Akteuren nicht nur wesentlich mehr Flexibilität als ein klassisches Zwangsversteigerungsverfahren, sondern ist auch mit Blick darauf zu begrüßen, dass die freihändige Veräußerung zumeist einen höheren Erlös erzielen lässt als die Versteigerung des Objekts im Rahmen der Zwangsversteigerung. Insofern profitiert hier nicht nur die Wohnungseigentümergemeinschaft von dieser Vorgehensweise, sondern auch die übrigen der Wohnungseigentümergemeinschaft nachfolgenden Gläubiger.

Zudem ist auch die zeitliche Komponente nicht außer Acht zu lassen. Eine freihändige Veräußerung kann gerade bei Immobilien in begehrten Lagen in einem Bruchteil der Zeit vonstattengehen, die ein reguläres Zwangsversteigerungsverfahren benötigen würde. Im Hinblick auf die sachliche Begrenzung des Vorrechts auf 5 % des Verkehrswerts kann dies der Gemeinschaft einen erheblichen Vorteil sichern, auch weil sie innerhalb einer verkürzten Zeitspanne einen neuen, zahlungswilligen und zahlungsfähigen Wohnungseigentümer erhält. Das Vorrecht bezieht sich nämlich automatisch auf alle nach der Beschlagnahme (hier der Eröffnung des Insolvenzverfahrens) des Wohnungseigentums fällig werdenden Beträge.⁴⁹¹ Zudem kann die Gemeinschaft das Risiko, mit ihrer Forderung auszufallen, mit einer Verwertungsinitiative mindern. Besteht die Gemeinschaft rechtzeitig die Vollstreckung, ist der Erwerber des Grundstücks durch einen entsprechenden Versteigerungsvermerk im Grundbuch gewarnt. Sodann kann er das Eigentum nicht ohne die Belastung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG erwerben.⁴⁹² Insofern wäre im Ergebnis die gleiche Situation hergestellt, die von den Befürwortern eines dinglichen Rechts angestrebt wird.

IV. Die Freigabe des Wohnungseigentums in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Eine weitere Möglichkeit des Insolvenzverwalters im Umgang mit dem Wohnungseigentum des Insolvenschuldners besteht darin, dass er dieses gemäß §§ 35, 32 Abs. 3 InsO freigibt. Die Freigabe des Eigentums soll dem Insolvenzverwalter ermöglichen, Gegenstände aus der Masse herauszugeben, die keinen Verwertungserlös erwarten lassen und damit nur Kosten verursachen.⁴⁹³ Diese Kosten belasten die Masse mit Steuern, Hausgeldzahlungen oder Sonderumlagen, was vermieden werden soll.⁴⁹⁴

Mit der Freigabe des Wohnungseigentums durch den Insolvenzverwalter endet der Insolvenzbeschlag und der Schuldner erlangt seine Verfügungsbefugnis über sein Eigentum zurück.⁴⁹⁵ Das Wohnungseigentum gehört dann wieder zum insolvenzfreien Vermögen des Schuldners.⁴⁹⁶ Es findet insofern eine Enthaftung

⁴⁹¹ Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 194 f.; Bräuer/Oppitz, ZWE 2007, 326, 328; a. A. Derleder, ZWE 2008, 13, 17, der anmerkt, dass für diese Forderungen kein Titel bestehe, damit könne auch kein Vorrang bestehen. Eventuell hilft hier die Lösung von Schneider ZfIR 2008, 161.

⁴⁹² Lüke, ZWE 2010, 62, 69.

⁴⁹³ Braun/Dithmar/Schneider, InsO, § 165, Rn. 41; HambKomm/Bücheler/Scholz, InsO, § 165, Rn. 17; MüKoInsO/Tetzlaff, § 165, Rn. 198; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 27; HambKomm/Lüdtke, InsO, § 35, Rn. 53; LSZ-Smid/Leonhard, InsO, § 35, Rn. 53; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 313.

⁴⁹⁴ Hintzen/Alff, ZInsO 2008, 480, 485; Lüke, ZWE 2010, 62, 66; Schneider, ZfIR 2008, 161, 167; das OLG Düsseldorf, ZfIR 2007, 870 ging im Fall der Masseunzulänglichkeit sogar von einer Verpflichtung des Insolvenzverwalters zur Freigabe aus, sobald für ihn erkennbar ist, dass die Masse nicht ausreicht, um die Wohngeldforderungen zu erfüllen.

⁴⁹⁵ BGHZ 163, 32; BGH NJW 1994, 1866; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 470; Lüke, ZWE 2010, 62, 66; Schneider, ZMR 2012, 749, 753; Hintzen/Alff, ZInsO 2008, 480, 485; BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 39; Karsten Schmidt/Sinz, InsO, § 165, Rn. 34; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 71; KPB-Holzer, InsO, § 35, Rn. 30; HambKomm/Lüdtke, InsO, § 35, Rn. 69.

⁴⁹⁶ OLG Hamm, Rpfleger 1971, 109; Schneider, ZMR 2012, 749, 753; MüKoInsO/Breuer, § 89, Rn. 18; Jacoby, ZWE 2015, 297, 298; KPB-Holzer, InsO, § 35, Rn. 31.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

des beschlagnahmten Gegenstands statt.⁴⁹⁷ Auch der Insolvenzvermerk im Grundbuch ist im Wege der Grundbuchberichtigung zu entfernen.⁴⁹⁸ Infolge der Freigabe müssen die Gläubiger Zwangsverwertungsmaßnahmen oder grundstücksbezogene Ansprüche gegen den Schuldner selbst einleiten oder fortsetzen.⁴⁹⁹

1. Die Geltendmachung des Absonderungsrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft nach der Freigabe des Wohnungseigentums

Die Freigabe des Wohnungseigentums schadet einem bestehenden Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht. So bleibt dieses durch die Freigabe durch den Insolvenzverwalter infolge der fehlenden Beschlagnahme zwar nicht bestehen, jedoch kann die Wohnungseigentümergemeinschaft jederzeit eine erneute Beschlagnahme herbeiführen und sodann ihr Absonderungsrecht nutzen. Sofern bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Beschlagnahme zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft erfolgt ist, bleibt ihr Absonderungsrecht ungeachtet der Freigabe bestehen.⁵⁰⁰ Auch die Klassifizierung der Forderungen als Masseverbindlichkeiten und Insolvenzforderungen bleibt durch die Freigabe des Wohnungseigentums unberührt. Vor Verfahrenseröffnung entstandene beziehungsweise fällige Forderungen bleiben damit Insolvenzforderungen nach § 38 InsO. Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann somit einen Antrag auf Verwertung des Wohnungseigentums stellen und dann die Zwangsvollstreckung in die Immobilie betreiben.⁵⁰¹ Dies ist nur zulässig, weil das Vollstreckungsverbot des § 89 InsO im Hinblick auf das bestehende freie Vermögen des Schuldners nicht greift. Allerdings muss die Wohnungseigentümergemeinschaft auch diese Forderungen zur Vollstreckung in das Wohnungseigentum zunächst titulieren lassen, da sie ohne Titel keine Zwangsvollstreckung gegen den Hausgeldschuldner einleiten kann.⁵⁰² Diese Voraussetzung verschafft der Wohnungseigentümergemeinschaft im Zweifel keine sofortige Zugriffsmöglichkeit auf das Wohnungseigentum nach dessen Freigabe. Auch besteht für die Wohnungseigentümergemeinschaft keine Möglichkeit, auf den einstweiligen Rechtsschutz zuzugreifen und den Schutz des § 23 ZVG dadurch vorzuverlagern.⁵⁰³ Die Titulierungsbemühungen können somit daran scheitern, dass der Hausgeldschuldner sein Eigentum nun wieder rechtsgeschäftlich veräußern kann, was aufgrund fehlender Dinglichkeit des Vorrechts zum Nachteil der Wohnungseigentümergemeinschaft gereichen würde.⁵⁰⁴ Insfern wird der Hausgeldschuldner als Partei des Erkenntnisverfahrens im Zweifel den richtigen Zeitpunkt für den Eigentumswechsel abwarten können und den Grundbesitz somit enthaften.⁵⁰⁵ Hier droht in der Folge ein Wettlauf zwischen der Wohnungseigentümergemeinschaft und dem Schuldner.⁵⁰⁶ Besteht bereits ein Titel der Wohnungseigentümergemeinschaft, so kann diese nach der Freigabe aufgrund ihrer Insolvenzforderungen wieder ungehindert durch § 89 InsO aus dem Titel gegen den Schuldner die Vollstreckung in die Immobilie betreiben.⁵⁰⁷

⁴⁹⁷ OLG Hamm, Rpfleger 1971, 109; Schneider, ZMR 2012, 749, 753; MüKoInsO/Breuer, § 89, Rn. 18; Jacoby, ZWE 2015, 297, 298; KPB-Holzer, InsO, § 35, Rn. 31.

⁴⁹⁸ MüKoInsO/Tetzlaff, InsO § 165 Rn. 196; OLG Dresden, ZIP 2011, 1378.

⁴⁹⁹ BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 39; MüKoInsO/Tetzlaff, InsO § 165 Rn. 198.

⁵⁰⁰ Moosheimer, ZMR 2015, 427, 434; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 315.

⁵⁰¹ BGH NJW-RR 2009, 923, MüKoInsO/Breuer, § 89, Rn. 17; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 155.

⁵⁰² Schneider, ZWE 2014, 61, 74; Hintzen/Alff, ZInsO 2008, 480, 485; Schneider, ZfIR 2008, 161, 166; Suilmann, ZWE 2010, 385, 389; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 12.3.

⁵⁰³ Schneider, ZMR 2014, 185; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48; Becker, ZfIR 2013, 806, 810.

⁵⁰⁴ Schneider, ZMR 2012, 749, 753 f.; Schneider, ZWE 2014, 61, 75; Weber, DNotZ 2014, 738, 757; Schneider, ZfIR 2008, 161, 167.

⁵⁰⁵ Becker, ZfIR 2013, 806, 810.

⁵⁰⁶ Weber, DNotZ 2014, 738, 757 f.

⁵⁰⁷ Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 221; Suilmann, ZWE 2010, 385, 389; Weber, DNotZ 2014, 738, 757.

2. Die Befriedigung von Masseverbindlichkeiten durch die Verwertung des freigegebenen Wohnungseigentums

Auch die Qualifizierung der nach der Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Hausgelder als Masseverbindlichkeiten endet durch die Freigabe des Wohnungseigentums nicht. Die entstandenen Masseverbindlichkeiten sind aus diesem Grund auch weiterhin durch den Insolvenzverwalter aus der Masse zu befriedigen. Auch das Vollstreckungsverbot des § 89 InsO besteht hier grundsätzlich weiterhin.⁵⁰⁸ Nicht abschließend geklärt ist indes, ob die Wohnungseigentümergemeinschaft nach der Freigabe durch den Insolvenzverwalter wegen Masseforderungen weitergehend in das Wohnungseigentum vollstrecken kann.⁵⁰⁹ Seinem Wortlaut nach betrifft das Vollstreckungsverbot die Insolvenzmasse sowie das sonstige Vermögen des Schuldners. Dass das Sondereigentum nach der Freigabe durch den Insolvenzverwalter nicht mehr zur Insolvenzmasse gehört, schließt indes nicht aus, dass es als sonstiges Vermögen vom Vollstreckungsverbot des § 89 InsO betroffen ist.⁵¹⁰ So gehören freigegebene Gegenstände, die im Eigentum des Schuldners stehen, zweifelsfrei zu seinem sonstigen Vermögen.⁵¹¹ Dies bedeutet, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft als Massegläubiger des Hausgeldschuldners grundsätzlich auch nach der Freigabe keine Möglichkeit der Vollstreckung in das Wohnungseigentum hat. Eine Ausnahme besteht hier nur für die sogenannten Neugläubiger des Schuldners. Dies sind solche, denen der Schuldner erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen etwas schuldig geworden ist.⁵¹² Der Zugriff der Neugläubiger auf das Vermögen des Schuldners beschränkt sich in diesem Fall auf dasjenige Vermögen, das nicht dem laufenden Verfahren unterliegt.⁵¹³ Dies trifft indes auf das freigegebene Wohnungseigentum als sonstiges Vermögen des Schuldners gerade nicht zu. Auch die Wohnungseigentümergemeinschaft ist hinsichtlich der angefallenen Masseverbindlichkeiten Neugläubiger des Hausgeldschuldners. Für die Wohnungseigentümergemeinschaft bedeutet das, dass sie aufgrund von Hausgeldern, die nach der Verfahrenseröffnung fällig geworden sind, nicht in das freigegebene Wohnungseigentum vollstrecken kann. Die Freigabe des Wohnungseigentums bedeutet indes auch, dass der Schuldner für die fälligen Forderungen der Wohnungseigentümergemeinschaft, die nach der Freigabe des Wohnungseigentums fällig werden, wieder aus seinem freien Vermögen haftet.⁵¹⁴ Gegen eine Vollstreckung in das freigegebene Wohnungseigentum des Hausgeldschuldners aufgrund von Masseforderungen spricht zuletzt auch, dass es keine systematische Erklärung für die Fortsetzung einer gegen die Insolvenzmasse gerichtete Forderung am Wohnungseigentum gibt.⁵¹⁵ Die Wohnungseigentümergemeinschaft muss hinsichtlich der Befriedigung ihrer Masseforderungen insofern auf die Befriedigung durch den Insolvenzverwalter vertrauen oder aber eine Vollstreckung in das freie Vermögen des Schuldners durchführen.

⁵⁰⁸ HambKomm/Lüdtke, InsO, § 35, Rn. 69; FK-InsO/Bornemann, § 35, Rn. 71; HK-InsO/Kayser, § 89, Rn. 7, 11.

⁵⁰⁹ Bejahend in diesem Zusammenhang Lüke in ZWE 2010, 62, 69.

⁵¹⁰ BGH NJW-RR 2009, 923, 924; Suilmann, ZWE 2010, 385, 389; Karsten Schmidt/Keller, InsO, § 89, Rn. 16; Uhlenbrück/Mock, InsO, § 89, Rn. 6; HambKomm/Kuleisa, InsO, § 89, Rn. 9.

⁵¹¹ BGHZ 166, 74, 83; BGH NJW-RR 2009, 923, 924; LG Berlin, ZMR 2005, 910; OLG Hamm, RPfleger 1971, 109; MükoInsO/Breuer, § 89, Rn. 27; FK-InsO/Wegener, § 355, Rn. 62.

⁵¹² FK-InsO/Wimmer-Amend, § 89, Rn. 11; Uhlenbrück/Mock, § 89, Rn. 19; MükoInsO/Breuer, § 89, Rn. 26; Nierlich/Römermann/Westphal, InsO, § 202, Rn. 5; LSZ-Smid, InsO, § 89, Rn. 9; HK-InsO/Kayser, § 89, Rn. 14.

⁵¹³ KPB-Holzer, InsO, § 35, Rn. 34; FK-InsO/Wimmer-Amend, § 89, Rn. 11; HambKomm/Kuleisa, InsO, § 89, Rn. 7.

⁵¹⁴ KPB-Holzer, InsO, § 35, Rn. 31; Müko/Breuer, InsO, § 89, Rn. 18; Suilmann, ZWE 2010, 385, 389; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 475; Lüke, ZWE 2010, 62, 66.

⁵¹⁵ Schneider, ZMR 2012, 749, 753.

3. Qualifizierung der nach Freigabe fällig werdenden Hausgelder

Für die nach Erlöschen des Insolvenzbeschlags entstehenden Hausgeldforderungen entsteht die Haftung des Eigentümers gegenüber dem Verband aus seinem freien Vermögen,⁵¹⁶ sodass mit einem Zahlungstitel oder einer bestehenden Vollstreckungsunterwerfung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO oder aufgrund eines Duldungstitels die Vollstreckung in das Wohnungseigentum aus der Rangklasse 2 zulässig ist. Auch ein Absonderungsrecht entsteht mit Beschlagnahme aufgrund dieser Forderungen in dem gewohnten Umfang.⁵¹⁷ Die nach der Freigabe des Wohnungseigentums fällig werdenden Hausgeldforderungen generieren folglich in den Grenzen des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bei Beschlagnahme des Wohnungseigentums erneut ein Absonderungsrecht der Gemeinschaft, womit die Freigabe des Grundbesitzes für die Wohnungseigentümergemeinschaft tendenziell günstig erscheint.⁵¹⁸

a) Zäsur durch die Vorschrift des § 89 InsO

Mit der Freigabe des Wohnungseigentums durch den Insolvenzverwalter endet auch die Beschlagnahme desgleichen. Dies gilt indes nicht für die bereits während des Zeitraums der Beschlagnahme fällig gewordenen Hausgelder. Diese bleiben auch nach der Freigabe Insolvenzforderungen, welche dem Vollstreckungsverbot des § 89 InsO unterliegen. Die Vorschrift des § 89 InsO dient vor allem der gemeinsamen Befriedigung der Insolvenzgläubiger.⁵¹⁹ Aufgrund der dinglichen Wirkung des Vollstreckungsverbots sind auch gleichwohl erfolgte Zwangsvollstreckungsmaßnahmen unwirksam.⁵²⁰ Zum Nachteil der Wohnungseigentümergemeinschaft scheitert eine über den genannten Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG hinausgehende Vollstreckung von als Insolvenzforderungen zu qualifizierenden Hausgeldern aus der Rangklasse 5 damit am Vollstreckungsverbot des § 89 InsO. Womit deutlich wird, dass die Freigabe nicht nur positive Auswirkungen mit sich bringt.

b) Auswirkungen der Freigabe auf etwaige Mieteinkünfte aus dem Wohnungseigentum

Sofern die Wohnungseigentumseinheit des Schuldners durch einen Mieter genutzt wird, ist für die Wohnungseigentümergemeinschaft durchaus von Interesse, dass sie im Falle der Freigabe des Wohnungseigentums auf die monatlich fällig werdenden Mietzahlungen zugreifen kann. Ohne eine Beschlagnahme des freigegebenen Wohnungseigentums zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft fallen die Mietzahlung des Mieters der Wohnungseigentumseinheit als Neuerwerb in die Masse.⁵²¹ In der Folge unterliegen auch diese Forderungen dem Vollstreckungsverbot des § 89 InsO.⁵²² In der Folge kann die Wohnungseigentümergemeinschaft auch auf diese Forderungen nicht zugreifen. Allerdings hat die Wohnungseigentümergemeinschaft die Möglichkeit, sich einen Vollstreckungstitel bezüglich der nach der Verfahrenseröffnung fällig gewordenen Hausgeldansprüche zu verschaffen und gestützt auf diesen Titel die Zwangsver-

⁵¹⁶ Suilmann, ZWE 2010, 385, 38; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 475; Lüke, ZWE 2010, 62, 66.

⁵¹⁷ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 470, der darauf hinweist, dass eine darüberhinausgehende Vollstreckung aus der Rangklasse 5 nicht zulässig sei, da hier das Vollstreckungsverbot des § 89 InsO gelte. Eine Vollstreckung könne allerdings in die vom Eigentümer nach der Freigabe erzielten Mieterträge erfolgen. Diese seien danach als Neuerwerb zu qualifizieren.

⁵¹⁸ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 470.

⁵¹⁹ Nerlich/Römermann/Wittkowski/Kruth, InsO, § 89, Rn. 18.

⁵²⁰ Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 89, Rn. 8.

⁵²¹ HambKomm/Lüdtke, InsO, § 35, Rn. 69; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 71; KPB-Holzer, InsO, § 35, Rn. 34.

⁵²² HambKomm/Lüdtke, InsO, § 35, Rn. 69; FK-InsO/Wegener, § 165, Rn. 71; KPB-Holzer, InsO, § 35, Rn. 34.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

waltung des Wohnungseigentums zu beantragen. In diesem Fall könnte die Wohnungseigentümergemeinschaft auch an etwaigen Mietzahlungen, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hausgeldschuldners fällig werden, partizipieren.⁵²³

4. Resümee

Als positiv ist aufzufassen, dass das freigegebene Sondereigentum nicht als Neuerwerb des Schuldners gemäß § 35 InsO zu werten ist. Andernfalls wäre das Grundeigentum nach der Freigabe sofort wieder in das Insolvenzverfahren mit einzubeziehen. Angenommen dies wäre der Fall, wäre auch eine Vollstreckung der Wohnungseigentümergemeinschaft in das Wohnungseigentum nach dessen Freigabe im Ergebnis unmöglich. § 35 InsO ist jedoch so auszulegen, dass die freigegebene Sondereigentumseinheit nicht sofort nach der Freigabe wieder zum Insolvenzbeschlag zählt. Die Einbeziehung des Neuerwerbs stellt indes in erster Linie eine Maßnahme gegen die Massearmut dar und dient damit einem wesentlichen Ziel der Insolvenzreform, zu mehr Verfahrenseröffnungen zu gelangen.⁵²⁴ Eine andere Auslegung der Regelung würde die Spielräume des Insolvenzverwalters zu sehr einschränken und ist aus diesem Grund abzulehnen.⁵²⁵

Zusammenfassend birgt die Freigabe des Wohnungseigentums durch den Insolvenzverwalter für die Wohnungseigentümergemeinschaft nicht unerhebliche Risiken, so ist der Schuldner durch einen schnellen Verkauf des Eigentums durchaus in der Lage, die Durchsetzung der Wohngeldforderung zu vereiteln.⁵²⁶ In diesem Fall könnte die Wohnungseigentümergemeinschaft die Rückstände nur als Verluste verbuchen, die von den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergemeinschaft abgefangen werden müssen oder im schlimmsten Fall zu Lasten der Substanz des Wohnungseigentums gehen, indem notwendige Instandhaltungsarbeiten nicht durchgeführt werden können. Insofern entspricht diese Lösung auch nicht dem intendierten Ziel des Gesetzgebers bei der Schaffung des Vorrechts für Hausgelder. Dem wird entgegengehalten, dass eine Haftung des Insolvenzverwalters greift, sofern das Eigentum doch wider Erwarten werthaltig gewesen sein sollte und der Insolvenzverwalter trotzdem eine Freigabe des Grundbesitzes vorgenommen hat, da das Eigentum nicht sichergestellt wurde.⁵²⁷ Ob dies tatsächlich die Nachteile der Wohnungseigentümergemeinschaft ausgleichen kann, ist sehr fraglich, wird der Insolvenzverwalter tunlichst nur Vermögen aus dem Insolvenzbeschlag entlassen, das keinen Erlös verspricht und damit nicht werthaltig ist. Der Gefahr einer persönlichen Haftung wird er sich hier nicht aussetzen, womit dieser vermeintliche Ausgleich der Wohnungseigentümergemeinschaft nur in verschwindend geringen Fällen zur Verfügung stehen wird. *Lüke* bezeichnet die Freigabe des Eigentums sogar als „gravierenden Vorgang für die Wohnungseigentümergemeinschaft“. Dies nicht zuletzt, weil ihr als Gläubigerin wesentliche Teile des Vermögens entzogen werden, das für die Erfüllung der Verbindlichkeiten als Haftungsvermögen zu Verfügung stehen würde. Dies folgt vor allem daraus, dass nach der Freigabe nicht mehr die gesamte Insolvenzmasse, sondern nur noch das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners für die Forderung haftet.⁵²⁸ Diese Ansicht überzeugt indes nicht, da im Regelfall kein großer Unterschied bestehen wird. Der Insolvenzverwalter wird nur Gegenstände freigeben, die keinen Verwertungserlös erwarten lassen. Schon aufgrund seiner persönlichen Haftung bei der Freigabe werthaltigen Wohnungseigentums wird von einer faktischen Wertlosigkeit des Wohnungseigentums ausgegangen werden können. Damit steht der Haftungsmasse im Ergebnis nicht mehr oder weniger

⁵²³ BGH NJW-RR 2009, 923, 924.

⁵²⁴ MüKoInsO/Breuer, § 89, Rn. 25.

⁵²⁵ MüKoInsO/Tetzlaff, InsO § 165 Rn. 196.

⁵²⁶ Schneider, ZWE 2014, 61, 75; Weber, DNotZ 2014, 738, 757; Jacoby, ZWE 2015, 297, 301.

⁵²⁷ Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 200, 225; Lüke, ZWE 2010, 62, 69; BeckOK-InsO/Lütcke, § 165, Rn. 40; HambKomm/Lüdtke, InsO, § 35, Rn. 69.

⁵²⁸ Lüke, ZWE 2010, 62, 66.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

zur Verfügung als zuvor. Dies auch im Hinblick darauf, dass etwaige Mieteinnahmen, die geeignet wären, die Masse anzureichern, als Neuerwerb stets zum Insolvenzbeschlag gehören, sofern keine Beschlagnahme durch die Wohnungseigentümergemeinschaft stattgefunden hat.

Im Ergebnis birgt die Freigabe des Wohnungseigentums damit Risiken, aber auch Chancen für die Wohnungseigentümergemeinschaft. So ermöglicht die (abgesonderte) Einzelzwangsvollstreckung aus der Rangklasse 2 auch während eines noch andauernden Insolvenzverfahrens in das vom Insolvenzverwalter freigegebene Wohnungseigentum der Wohnungseigentümergemeinschaft zumindest, sich für die Zukunft von dem zahlungsunfähigen Wohnungseigentümer zu befreien. Auch dies war intendiertes Ziel der Gesetzesnovelle aus dem Jahr 2007,⁵²⁹ womit die Umsetzung im Rahmen der Freigabe des Eigentums im Insolvenzverfahren zumindest zu einem Teil geglückt ist. Zufriedengeben sollte man sich hiermit an dieser Stelle jedoch nicht. Zu groß ist die Gefahr, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft einen Totalverlust der Gelder fürchten muss, dies vor allem durch das Bedürfnis, einen Titel gegen den Hausgeldschuldner erst im Wege des Erkenntnisverfahrens beschaffen zu müssen, da zumeist keine prophylaktisch erstellten notariellen Urkunden gegen die Wohnungseigentümer vorliegen werden. Dem könnte dadurch vorgebeugt werden, dass die Titulierung der Forderung im Zusammenhang mit einer Vollstreckungsunterwerfung bereits in der Teilungserklärung geschieht. So kann bereits im Erwerbsvertrag oder in einer separaten Vereinbarung die Verpflichtung vorgesehen werden, dass der Wohnungseigentümer sich wegen des Hausgelds der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft und der Verwalter berechtigt ist, sich hierfür eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen zu lassen und von dieser sodann Gebrauch zu machen. Bei einem solchen Vorgehen ist insbesondere darauf zu achten, dass die Unterwerfungssumme genau bestimmt oder zumindest bestimmbar ist.⁵³⁰ Durch diesen auch von Kreditinstituten praktizierten Mechanismus kann den Risiken im Zusammenhang mit der Insolvenz des Wohnungseigentümers vorgebeugt werden.⁵³¹ Sofern der Insolvenzverwalter das Wohnungseigentum tatsächlich freigibt, hätte die Wohnungseigentümergemeinschaft für diesen Fall eine sofortige Zugriffsmöglichkeit auf den Grundbesitz, ohne eine langwierige Titulierung der Ansprüche abwarten zu müssen. Bei fremdgenutzten Wohnungen können indes Abtretungsklauseln hinsichtlich der Mieteinnahmen die Insolvenzrisiken mildern. Hierbei ist insbesondere darauf zu achten, dass diese so vereinbart werden, dass sie im Rahmen der Insolvenz des Hausgeldschuldners nicht anfechtbar sind. Insofern dürfen derartige Klauseln nicht innerhalb von drei Monaten vor Insolvenzeröffnung geschlossen werden, was die Sicherheit durch derartige Klauseln wiederum enorm einschränken kann.⁵³² Ungeachtet dessen ist die Freigabe des Wohnungseigentums stets mit Besorgnis zu betrachten, da eine solche Freigabe einzig aufgrund der wirtschaftlichen Wertlosigkeit des Wohnungseigentums vom Verwalter freigegeben wird. Insofern ist ohnehin fraglich, ob der Grundbesitz der Wohnungseigentümergemeinschaft in diesen Fällen noch ein taugliches Vollstreckungsubstrat bieten kann.

V. Sonderproblem: Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Antrag der Wohnungseigentümergemeinschaft

Auch die Wohnungseigentümergemeinschaft als Gläubiger des Hausgeldschuldners ist grundsätzlich berechtigt, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des säumigen Wohnungseigentümers zu stellen.⁵³³ Für die Zulässigkeit eines solchen Antrags müssen zunächst die in § 14 InsO

⁵²⁹ BT.-Drs. 16/887, S. 44.

⁵³⁰ Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 204; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 193.

⁵³¹ Lüke, ZWE 2010, 62, 69.

⁵³² Lüke, ZWE 2010, 62, 69.

⁵³³ Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 12 f.

H. Die Bedeutung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

normierten Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Die Wohnungseigentümergemeinschaft ist danach verpflichtet, ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens anzugeben sowie ihre Forderung und den Eröffnungsgrund glaubhaft zu machen.⁵³⁴ Wie bereits dargelegt hat der Schritt in ein Insolvenzverfahren für die Wohnungseigentümergemeinschaft nicht unbedingt nur positive Auswirkungen auf das Schicksal ihrer Hausgeldforderungen. Dies gilt umso mehr, wenn der Insolvenzverwalter tatsächlich Masseunzulänglichkeit anzeigt. Insofern sollte die Wohnungseigentümergemeinschaft vor der Einreichung eines Insolvenzantrags die Vor- und Nachteile überlegt abwägen. Dabei ist auch mit einzubeziehen, ob die zu erwartende Quote im Rahmen eines Insolvenzverfahrens eventuell höher ausfällt als eine im Wege der Einzelzwangsvollstreckung geltend gemachte Forderung. Hierbei kann die Begrenzung des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG von großer Bedeutung sein. Sind bereits über einen langen Zeitraum Hausgelder rückständig geworden, die weder betragsmäßig noch in zeitlicher Hinsicht vom Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG umfasst sind, so besteht hier zumindest die Chance, durch die quotale Verteilung des Vermögens einen höheren Betrag zu erzielen. Dies insbesondere dann, wenn das Wohnungseigentum nicht unerheblich mit Grundpfandrechten belastet ist, die der Vollstreckung aus der Rangklasse 5 vorgehen würden. Insofern kann das Insolvenzverfahren für die Wohnungseigentümergemeinschaft auch vorteilhaft sein, wobei die Abschätzung der quotalen Befriedigung sich vor der Eröffnung des Verfahrens zumeist äußerst schwierig gestalten wird. Zudem müsste die Wohnungseigentümergemeinschaft zumindest für die vor der Verfahrenseröffnung fällig gewordenen Forderungen auf ihr Absonderungsrecht gemäß § 49 InsO verzichten, um im Rahmen des Verteilungsverfahrens berücksichtigt zu werden,⁵³⁵ letzteres zumindest dann, sofern sie die rückständigen Hausgelder im gesamten Umfang zur Insolvenztabelle anmelden will. Dieses Vorgehen sollte von der Wohnungseigentümergemeinschaft sorgfältig überdacht sein, da sie in der Folge das Wohnungseigentum als Haftungsobjekt verliert und der Verzicht auf das Absonderungsrecht unwiderruflich ist und nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

⁵³⁴ Uhlenbruck/Wegener, InsO, § 14, Rn. 1; Andres/Leithaus/Andres, InsO, § 14, Rn. 1, 2; MüKoInsO/Schmahl/Vuia, § 14, Rn. 17; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 14, Rn. 13; KPB-Pape, InsO, § 14, Rn. 86; HambKomm/Linck, InsO, § 14, Rn. 4; FK-InsO/Schmerbach, § 14, Rn. 1.

⁵³⁵ Braun/Pehl, InsO, § 190, Rn. 5; HambKomm/Herchen, InsO, § 190, Rn. 1; FK-InsO/Kießner, § 190, Rn. 6; HK-InsO/Depré, § 190, Rn. 1; LSZ-Smid, InsO, § 190, Rn. 4.

I. Die Geltendmachung des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Für die Wohnungseigentümergemeinschaft bestehen grundsätzlich mehrere Möglichkeiten, ihr Vorrecht gegen den säumigen Wohnungseigentümer durchzusetzen. So hat sie die Wahl, den Anspruch in einem von einem anderen Gläubiger betriebenen Verfahren gemäß §§ 9 Nr. 2, 37 Nr. 4 ZVG anzumelden und so am Versteigerungserlös zu partizipieren oder die Vollstreckung selbst gemäß §§ 15, 16 ZVG aktiv zu betreiben. Hierbei ist zu differenzieren zwischen der Geltendmachung des Vorrechts bei erfolgter Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Schuldners im Rahmen der Gesamtvollstreckung und der Geltendmachung des Vorrechts in der Einzelzwangsvollstreckung abseits eines Insolvenzverfahrens des Schuldners.

I. Die Betreibung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens

Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann die Zwangsversteigerung selbst als Gläubigerin betreiben. Bei diesem Vorgehen aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG gehen den rückständigen Hausgeldforderungen keine Rechte der Rangklasse 4 am Wohnungseigentum vor. Aus diesem Grund hat die Wohnungseigentümergemeinschaft eine erfolgversprechende Möglichkeit, in ein mit Grundpfandrechten hochbelastetes Wohnungseigentum zu vollstrecken und so zu verhindern, dass der säumige Hausgeldschuldner in der Wohnungseigentümergemeinschaft verbleiben kann.⁵³⁶ Im Jahr 2014 wurden in Deutschland 31000 solcher Verfahren durchgeführt, wobei die Zahl der Verfahren seit dem Jahr 2007 stetig rückläufig ist.⁵³⁷

1. Die allgemeinen Voraussetzungen der Versteigerung des Wohnungseigentums

Das Betreiben der Zwangsversteigerung durch die Wohnungseigentümergemeinschaft setzt zunächst die allgemeinen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen voraus. Neben einem Titel und einer Klausel der Wohnungseigentümergemeinschaft gegen den Schuldner gemäß §§ 704, 795 ZPO und § 724 ZPO bedarf es somit auch der Zustellung gemäß § 750 ZPO.⁵³⁸

Des Weiteren muss der in § 18 Abs. 2 WEG genannte Verzugsbetrag erreicht sein, damit der Antrag auf Zwangsvollstreckung in die Wohnungseigentumseinheit zulässig ist.⁵³⁹ Sodann hat die Wohnungseigentümergemeinschaft die Möglichkeit, den Anspruch mittels Versteigerungs- und Zwangsverwaltungsantrag aufgrund eines Zahlungs- oder Duldungstitels gegen den Schuldner durchzusetzen.⁵⁴⁰ Aus dem Titel der Wohnungseigentümergemeinschaft müssen sich in erster Linie die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung, die Art und der Bezugszeitraum des Anspruchs ergeben sowie dessen Fälligkeit.⁵⁴¹ Den Titel kann die Wohnungseigentümergemeinschaft sich dabei durchaus im Rahmen eines Mahnverfahrens beschaffen. Dieses Vorgehen stellt häufig den einfachsten Weg zur Beschaffung eines Titels dar. Hierbei kann sich jedoch das Problem ergeben, dass sich aus einem Mahnbescheid insbesondere die Art der Schuld einschließlich der genauen Angaben, welche Wohnung betroffen ist, nicht nachweisen lässt. In der Regel wird

⁵³⁶ Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 10, Rn. 4.12; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 47.

⁵³⁷ Die genannte Zahl betrifft die Anzahl der Verfahren in Deutschland im Jahr 2014. Zuletzt aufgerufen am 15.12.2016 unter <https://www.zwangsvorsteigerung.de/Statistik>.

⁵³⁸ Vgl. Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 12.3; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten-Niedenführ, WEG, § 16, Rn. 192; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 745; Spielbauer/Then, WEG, § 10 ZVG, Rn. 12.

⁵³⁹ Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 196, 198; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 63; Bärmann/Pick, WEG, § 16, Rn. 41.

⁵⁴⁰ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 476; Lüke, ZWE 2010, 62, 68; Kreuzer, MittBayNot 2014, 239, 243; Schneider, ZMR 2014, 185; Böttcher, ZfIR 2015, 45, 48; Becker, ZfIR 2013, 806, 810; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 28.

⁵⁴¹ Derleder, ZWE 2008, 13; LG Berlin, ZWE 2011, 97, 98.

der Mahnbescheid aus diesem Grund nicht ausreichend sein, um die Vollstreckung auf seiner Grundlage durchzuführen.⁵⁴²

2. Probleme bei der Titulierung der Forderung

Problematisch ist im Zusammenhang mit der Titulierung der Ansprüche für die Wohnungseigentümergeinschaft insbesondere, dass in der Praxis die Titulierung ausschließlich rückständiger Ansprüche die Regel ist. Dies führt dazu, dass die laufenden Beiträge nicht tituliert werden können. Insofern ist eine Lösung zu finden, wie auch die zukünftigen Leistungen geltend gemacht werden können. Der Wohnungseigentümergeinschaft wird hier zugestanden, die zukünftig fällig werdenden Hausgeldforderungen im laufenden Verfahren unter Berücksichtigung der Höchstgrenze in der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG anzumelden. Bei der Feststellung des geringsten Gebots können diese Forderungen dann unter erleichterten Voraussetzungen geprüft und berücksichtigt werden.⁵⁴³

3. Die besonderen Voraussetzungen der Versteigerung des Wohnungseigentums

Des Weiteren bedarf es der Angabe und des Nachweises, dass die Höchstgrenze des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG von 5 % und die Mindestgrenze von 3 % des festgesetzten Werts gemäß § 74 Abs. 5 ZVG der Wohnungseigentumseinheit eingehalten werden.⁵⁴⁴ Die Geltendmachung des Betrags ist nur einmalig im laufenden Verfahren möglich und ist beschränkt auf die rückständigen Hausgelder des die Zwangsversteigerung betreffenden Objekts. Diese sogenannte Objektbezogenheit des Vorrechts ist insbesondere da von Relevanz, wo der säumige Hausgeldschuldner Eigentümer mehrerer Wohnungseinheiten ist. Hier dürfen die rückständigen Hausgelder der weiteren Wohnungen nicht im Zwangsversteigerungsverfahren einer anderen Wohnung geltend gemacht werden.⁵⁴⁵ Ist ein Wohnungseigentümer mehrerer Wohnungseinheiten mit der Zahlung der Hausgelder für alle Wohnungen im Rückstand, so kann die Gemeinschaft die Versteigerung wegen des Gesamtbetrags nur aus der Rangklasse 5 betreiben.⁵⁴⁶ Ein großes Risiko der Wohnungseigentümergeinschaft besteht im Rahmen der Zwangsversteigerung in der zeitlichen Limitierung des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. So muss die Wohnungseigentümergeinschaft zunächst wie jeder Gläubiger einen Titel gegen den Hausgeldschuldner erlangen. Die Erlangung eines Titels ist in jedem Fall mit einem Zeitaufwand für die Wohnungseigentümergeinschaft verbunden, insbesondere, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass in jedem Einzelfall ein Titel im Rahmen eines zügig abzuwickelnden Mahnverfahrens erlangt werden kann beziehungsweise dieser aus den bereits genannten Gründen tatsächlich ausreichend ist. In der Regel wird die Wohnungseigentümergeinschaft auf die Titulierung des Anspruchs durch ein Gericht warten müssen. Dieses Abwarten kann dann im Zweifel zulasten des Vorrangzeitraums des Vorrechts gereichen.⁵⁴⁷

4. Resümee

Im Ergebnis muss die Wohnungseigentümergeinschaft sinnvoll einschätzen, ob es lohnenswert ist, aktiv ein eigenes Zwangsversteigerungsverfahren zu betreiben. Unter Umständen könnte im Hinblick gerade

⁵⁴² Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, § 10 ZVG, Rn. 24.

⁵⁴³ Schneider, ZfIR 2008, 161, 164, der zudem anmerkt, dass der Gesetzgeber diese Möglichkeit der fehlenden Titulierung zukünftiger Ansprüche schlicht nicht gesehen habe.

⁵⁴⁴ Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 476; Alff, ZWE 2010, 105, 109.

⁵⁴⁵ Stöber, ZVG, § 10. Rn. 4.2; Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 193; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 735; LG Passau, BeckRS 2008, 04302.

⁵⁴⁶ Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 46.

⁵⁴⁷ Schneider, ZWE 2012, 439, 442; Mayer/Schneider, ZWE 2013, 50, 51.

auch auf zukünftige Ansprüche das Anstreben einer Zwangsverwaltung für die Wohnungseigentümergemeinschaft erfolgversprechender sein.

II. Risiken der Wohnungseigentümergemeinschaft im Hinblick auf die betragsmäßige Begrenzung des Vorrechts

Ein weiteres Risiko für die Gemeinschaft besteht darin, dass der Schuldner während des laufenden Verfahrens eine teilweise Befriedigung der Wohnungseigentümergemeinschaft veranlasst und diese damit mit dem Betrag ihrer Forderung unter die Mindestgrenze von 3 % des Verkehrswerts fällt. Die Voraussetzungen für ein Betreiben der Versteigerung liegen in diesem Fall nicht mehr vor, womit das Zwangsversteigerungsverfahren im Ergebnis einzustellen ist. Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann davor geschützt werden, indem der einmal durch die Anordnung erlangte Vorrang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bis zur vollständigen Tilgung der geltend gemachten Beträge einschließlich der Kosten fortbesteht,⁵⁴⁸ ein Rückfall der Wohnungseigentümergemeinschaft mit ihrer Forderung in die Rangklasse 5, selbst bei kurzfristigen Teilzahlungen des Schuldners im Versteigerungstermin, schlicht nicht möglich gemacht wird.⁵⁴⁹

III. Etwaige Risiken der Wohnungseigentümergemeinschaft bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hausgeldschuldners

Keine Sorgen bereiten muss der Wohnungseigentümergemeinschaft indes die zwischenzeitliche Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Schuldners. In diesem Fall kann das Verfahren gegen den Insolvenzverwalter ungehindert fortgeführt werden, indem der Insolvenzverwalter gemäß § 80 InsO an die Stelle des Hausgeldschuldners tritt und dies, ohne dass es einer vorherigen Umschreibung des vorhandenen Titels auf den Insolvenzverwalter bedürfte.⁵⁵⁰ Eine Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Hausgeldschuldners hat demnach keine hindernden Auswirkungen auf die begonnene Zwangsvollstreckung der Wohnungseigentümergemeinschaft und birgt für sie somit keine beachtenswerten Risiken.

IV. Sonderproblem: Die Titulierung der Hausgeldansprüche und die Objektbezogenheit des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Mit Einführung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft entschloss sich der Gesetzgeber auch für eine sogenannte Objektbezogenheit des Vorrechts. Diese basiert auf dem Gedanken, dass nur die für die jeweilige Wohnungseigentumseinheit rückständigen Hausgelder in einem dieses Objekt betreffenden Zwangsversteigerungsverfahren geltend gemacht werden können. Bedeutung erlangt diese Regelung freilich nur da, wo der Hausgeldschuldner Eigentümer mehrere Wohnungseigentumseinheiten ist, für die Hausgelder rückständig sind. Besonderes Augenmerk muss die Wohnungseigentümergemeinschaft dieser Objektbezogenheit bei der Titulierung ihrer Forderung schenken, sofern sie ein Zwangsvollstreckungsverfahren anstrebt. Hier ist unbedingt zu beachten, dass aus dem Titel hervorgeht, welche Beiträge zu den Lasten und Kosten auf die jeweilige Wohnungseigentumseinheit entfallen.⁵⁵¹ Bei Nichtbeachtung können die Forderungen nicht in der Rangklasse 2 geltend gemacht werden, denn Verpflichtungen außerhalb des konkreten Wohnungseigentums nehmen nicht an der Bevorrechtigung der Rangklasse 2 teil. Ausreichend ist hier insofern nicht die Summe der Gesamtrückstände des Hausgeldschuldners im Titel. Vielmehr bedarf es einer

⁵⁴⁸ Dies gilt auch bei einem Fremdantrag; Hügel/Elzer, Das neue WEG-Recht, 2007, § 15, Rn. 15; Schneider, ZfIR 2008, 161, 164; Derleder, ZWE 2008, 13, 15.

⁵⁴⁹ Schneider, ZfIR 2008, 161, 164.

⁵⁵⁰ Suilmann, ZWE 2010, 385, 388; Sauren, WEG, § 10 ZVG, Rn. 20.

⁵⁵¹ Löhnig/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 48.

detaillierten Aufstellung der auf die jeweilige Wohneinheit entfallenden Beträge. Auch eine Glaubhaftmachung der Höhe des Verzugsbetrags in Anlehnung an die Vorschrift des § 10 Abs. 3 S. 3 ZVG scheidet aus, da in dieser zwar eine Glaubhaftmachung einiger Voraussetzungen ermöglicht wird, eine Regelung zur Höhe der Rückstände hier indes nicht zu finden ist. Aus diesem Grund scheitert auch die analoge oder entsprechende Anwendung der Vorschrift mangels planwidriger Regelungslücke.⁵⁵² Zum Schutz der nachfolgenden Gläubiger und des Schuldners, insbesondere aufgrund eines möglichen Nachrangs mit – zumindest Teilen – der Forderung, darf hier keine Ungewissheit über die Höhe der rückständigen Hausgelder bestehen.

Der Gesetzgeber entschied sich insofern sehenden Auges für die genaue Bezifferung der Höhe der rückständigen Hausgelder und eine entsprechende Regelung in § 10 Abs. 3 S. 3 ZVG. Insofern muss die anteilige Höhe für das konkrete von der Zwangsversteigerung betroffene Wohnungseigentum sich zumindest im Wege der Auslegung aus dem Titel ergeben.⁵⁵³

V. Zusätzlicher Antrag auf Zwangsverwaltung des Wohnungseigentums

Das gleichzeitige Betreiben eines Versteigerungs- und Verwaltungsverfahrens ist nicht verpflichtend. Vielmehr handelt es sich hierbei um zwei selbstständig nebeneinanderstehende Verfahren. Der Vorteil einer nebeneinander durchgeföhrten Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung liegt vor allem darin, dass Mietzahlungen und Pachtzahlungen bis zum Zuschlag an den Erwerber durch den Gläubiger, der die Zwangsverwaltung betreibt, eingezogen werden dürfen.⁵⁵⁴ Durch die hier eingezogenen Beträge werden sodann zunächst die laufenden Beiträge befriedigt.⁵⁵⁵ Die bestehenden rückständigen Hausgelder werden somit zunächst nicht abgetragen.⁵⁵⁶ Besteht ein Leerstand der Wohnung, kann die Gemeinschaft auch eine Vermietung anstreben und so Einnahmen generieren, mit denen vor allem die zukünftig fällig werdenden Hausgelder erlangt werden können.⁵⁵⁷ Der Zwangsverwalter zieht in diesem Fall die Mieteinnahmen ein und zahlt ab der Beschlagnahme die laufenden Hausgeldforderungen aus der Miete an die Wohnungseigentümergemeinschaft.⁵⁵⁸ Gleiches gilt in dem Fall, in dem die Wohnung unentgeltlich durch einen Dritten genutzt wird. Da § 152 Abs. 2 ZVG lediglich eine Bindung des Zwangsverwalters an bestehende Miet- und Pachtverträge vorsieht, kann dieser die unentgeltliche Nutzung der Wohnung beenden. Oft befindet sich vor allem das leerstehende Wohnungseigentum in einem nicht vermietbaren Zustand, sodass zunächst erhebliche Aufwendungen getätigt werden müssten, um einen vermietbaren Zustand, der schließlich auch Erträge erwirtschaften würde, herzustellen. Sofern die Wohnungseigentümergemeinschaft hier zu diesem Zweck in Vorausleistung geht, bestand bis zur Reform des ZVG die Gefahr, diese in die Wohnungseinheit investierten Beträge nicht zurückzuerhalten.⁵⁵⁹ Hier hat der Gesetzgeber Abhilfe geschaffen, indem Ausgaben, die zur notwendigen Erhaltung oder Verbesserung des Grundstücks aufgewendet werden, in der Rangklasse 1 zu befriedigen sind. Voraussetzung hierfür ist lediglich, dass die Zwangsverwaltung bis zum

⁵⁵² LG Passau, BeckRS 2008, 04302.

⁵⁵³ Löhnig/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 49.

⁵⁵⁴ Derleder, ZWE 2008, 13, 14; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 54; Jennißen, WEG, § 28, Rn. 244; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 300.

⁵⁵⁵ Derleder, ZWE 2008, 13, 14; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 54; Jennißen, WEG, § 28, Rn. 244; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 300.

⁵⁵⁶ Derleder, ZWE 2008, 13, 14; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 54; Jennißen, WEG, § 28, Rn. 244; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 300.

⁵⁵⁷ Bärmann/Seuß-Bergerhoff, F. Gerichtsverfahren, Rn. 800.

⁵⁵⁸ Mayer, ZfIR 2012, 86, 87.

⁵⁵⁹ Sauren, WEG, § 10 ZVG, Rn. 13.

Zuschlag fortdauert und die Ausgaben nicht aus den sodann generierten Mieteinnahmen des Grundstücks erstattet werden können.

Den größten Vorteil der nebeneinander durchgeführten Verfahren bietet indes, dass § 10 Abs. 1 Nr. 2 S. 3 ZVG im Rahmen der durchgeführten Zwangsverwaltung gemäß § 156 Abs. 1 S. 2 ZVG nicht anwendbar ist. Damit ist die Gemeinschaft in ihrer Forderung nicht auf 5 % des festgesetzten Verkehrswerts begrenzt und kann in der Folge die gesamten Rückstände geltend machen. Insofern kann es sich anbieten, dem Zwangsversteigerungsverfahren auch ein Zwangsverwaltungsverfahren anzuschließen.⁵⁶⁰ Eine pauschale Empfehlung dahingehend, die Verfahren zu verbinden, kann indes nicht abgegeben werden, da vom Gläubiger neben den Gerichtskosten beträchtliche, möglicherweise uneinbringliche Vorschüsse verlangt werden können. Diese Überlegung ist in die Entscheidung der Wohnungseigentümergemeinschaft stets mit einzubeziehen. Wird die Zwangsversteigerung durch ein Kreditinstitut durchgeführt, so ist es heutzutage nahezu standardisierte Praxis, dass gleichzeitig auch ein Zwangsverwaltungsverfahren durchgeführt wird. Dies führt jedoch auch daher, dass die Kreditinstitute zumeist weitaus höhere ausständige Forderungen gegen den Schuldner haben und eine Zwangsverwaltung somit lohnenswert ist.

Der Zwangsverwalter haftet gegenüber der Gemeinschaft während des laufenden Verfahrens für alle auf die betreffende Wohnung entfallenden, ab Anordnung der Zwangsverwaltung und Inbesitznahme fällig werdenden, Hausgeldverbindlichkeiten.⁵⁶¹ Dies birgt den Vorteil, dass zumindest die laufenden Beiträge bis zum Eintritt eines neuen Wohnungseigentümers nicht mehr in den betragsmäßigen Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG von 5 % des Einheitswerts mit einzubeziehen sind. Insofern kann die Gemeinschaft hier zumindest auf eine vollständige Begleichung der laufenden Hausgeldforderungen zählen.

VI. (Teilweise) Ablösung der Forderung im Zwangsversteigerungsverfahren

Betreibt die Wohnungseigentümergemeinschaft das Zwangsversteigerungsverfahren gegen den Hausgeldschuldner aus der Rangklasse 2, kommt es häufig dazu, dass die rückständigen Hausgelder durch die nachrangigen Grundpfandrechtsgläubiger anstelle des Schuldners oder durch den Schuldner selbst befriedigt werden.⁵⁶² Auch ein Mieter oder Pächter kann durch die Ablösung der Forderung versuchen, sein Besitzrecht zu erhalten.⁵⁶³ Eine Ablösung der Forderung hat, je nachdem von wem und in welchem Umfang sie getätigkt wird, verschiedene Auswirkungen auf das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft. Insofern ist hier in vielerlei Hinsicht zu differenzieren: Löst der Schuldner selbst die Forderung ab oder geschieht dies durch einen nachrangigen Gläubiger des Schuldners und wird die Forderung in Gänze oder nur zu einem Teil befriedigt?

1. Ablösung durch die Grundpfandrechtsgläubiger

Eine Ablösung der Hausgeldforderungen durch nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger der Rangklasse 4 wird durch diese vor allem dann durchgeführt, wenn das Zwangsversteigerungsverfahren aus ihrer Sicht zu einer unpassenden Zeit stattfindet und damit eine Gefährdung ihrer Sicherheiten besteht. Zudem haben die Kreditinstitute durch dieses Vorgehen die Möglichkeit, wieder alleiniger Herr eines von ihrer Seite betriebenen Zwangsversteigerungsverfahrens zu werden.⁵⁶⁴ Die Grundpfandrechtsgläubiger sind zu diesem Vorgehen grundsätzlich gemäß § 268 BGB berechtigt, insbesondere wenn ansonsten der Verlust der zugunsten

⁵⁶⁰ Derleder, ZWE 2008, 13, 14.

⁵⁶¹ Müller, WEG, 10. Teil, Rn. 68.

⁵⁶² Müller, WEG, 10. Teil, Rn. 96.

⁵⁶³ Stöber, ZVG, 18. Aufl. 2006, § 15, Rn. 38; Schneider, ZfIR 2008, 161, 164 f.; Derleder, ZWE 2008, 13, 16.

⁵⁶⁴ Sauren, WEG, § 10 ZVG, Rn. 16; Müller, WEG, 10. Teil, Rn. 96.

des Grundpfandrechtsgläubiger bestellten Grundpfandrechte droht.⁵⁶⁵ Auch steht dem abzulösenden Gläubiger gegen die Ablösung keine Widerspruchsmöglichkeit zu.⁵⁶⁶

a) Kein Nachschieben von Forderungen in die Rangklasse 2

Nach der Ablösung der Forderung steht der Wohnungseigentümergemeinschaft das Vorrecht in demselben Zwangsversteigerungsverfahren nicht nochmals zu.⁵⁶⁷ Dies zumindest dann, wenn sie das Vorrecht des § 10 Abs. 1 ZVG in voller Höhe in Anspruch genommen hat.⁵⁶⁸ Vollstreckt werden können in diesem Verfahren lediglich noch Forderungen der Rangklasse 5.⁵⁶⁹ Ein Nachschieben von weiteren Forderungen in die Rangklasse 2 ist damit ausgeschlossen.⁵⁷⁰ Dass die Wohnungseigentümergemeinschaft ihr Vorrecht nach erfolgter Ablösung im gleichen Verfahren nicht nochmals geltend machen kann, folgt vor allem daraus, dass anderenfalls die nachrangigen Grundpfandrechtsgläubiger im Ergebnis einen höheren Betrag als 5 % des festgesetzten Verkehrswerts des Versteigerungsobjekts aufwenden müssten, um die Gefahr des Verlusts ihres Rechts abzuwenden.⁵⁷¹ Das wäre mit dem Sinn und Zweck der betragsmäßigen Begrenzung des Vorrangs für Hausgeldrückstände unvereinbar.⁵⁷² Der Grundpfandrechtsgläubiger kann aus der durch die Ablösung gemäß § 268 Abs. 3 S. 1 BGB übergegangenen Forderung mit dem ebenfalls gemäß §§ 401, 412 BGB übergegangenen Vorrecht aus der Rangklasse 2 in dem gesetzlich vorgesehenen Umfang gegen den Schuldner vorgehen.⁵⁷³ Selbiges Vorgehen ist auch bereits für die öffentliche Grundstückslast aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG anerkannt.⁵⁷⁴ Die Wohnungseigentümergemeinschaft behält hier keine Restforderung, die in der Rangklasse 2 geltend gemacht werden könnte, womit gerechtfertigt ist, dass der ablösende Gläubiger vollends in die Stellung der Wohnungseigentümergemeinschaft eintritt.⁵⁷⁵ Die Wohnungseigentümergemeinschaft wird hierdurch so gestellt, wie sie auch stehen würde, sofern der Schuldner selbst die rückständigen Hausgelder beglichen hätte, denn auch hier darf die Wohnungseigentümergemeinschaft den Höchstbetrag im gesamten Zwangsversteigerungsverfahren einschließlich der Wiederversteigerung nicht mehrfach, sondern nur einmalig ausschöpfen.⁵⁷⁶ Eine Benachteiligung der Wohnungseigentümergemeinschaft folgt aus diesem Vorgehen nicht.

⁵⁶⁵ BGH NJW 2010, 3169; Müller, WEG, § 10 ZVG, Rn. 96; Stöber, ZVG, 18. Aufl. 2006, § 15, Rn. 38; Schneider, ZfIR 2008, 161, 164 f.; Derleder, ZWE 2008, 13, 16; Jacoby, ZWE 2015, 297, 299; Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 197.

⁵⁶⁶ Schulze, BGB, § 268, Rn. 1; Jauernig/Stadler, BGB, § 268, Rn. 1.

⁵⁶⁷ BGH NJW 2010, 3169; LG Köln, BeckRS 2010, 1094; Schneider, ZMR 2010, 340; Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 21; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, F. Gerichtsverfahren, Rn. 742a; Jacoby, ZWE 2015, 297, 299; Jennißen/Bartholome, NJW 2011, 2175, 2180; Stöber, ZVG, 21. Aufl. § 10, Rn. 4.9; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 52; Jennißen, WEG, § 28, Rn. 239b; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 297.

⁵⁶⁸ Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 10, Rn. 4.9; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 52; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 26.1; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 70.

⁵⁶⁹ Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 10, Rn. 4.9; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 52; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 26.1; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 70.

⁵⁷⁰ Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 10, Rn. 4.9; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 52; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 26.1; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 70.

⁵⁷¹ BGH ZWE 2012, 437, 438; BGH NJW 2010, 3169, 3170.

⁵⁷² Vgl. BT.-Drs. 16/887, S. 43 f.; BGH NJW 2010, 3169, 3170; Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 197.

⁵⁷³ BGH ZWE 2012, 437; BGH NJW-RR 2010, 1314, 1316; BGH ZfIR 2009, 212; BeckOK-BGB/Lorenz, § 268, Rn. 11; Böttcher, ZVG, § 75 Rn. 34; Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 75 Rn. 38; Stöber, ZVG, 21. Aufl., § 10, Rn. 4.9; Storz, ZIP 1980, 159, 162; Schneider ZfIR 2008, 161, 165; MüKo-BGB/Roth/Kieninger, § 401, Rn. 16; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 52; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 26.1; Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 193; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 742a; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 70.

⁵⁷⁴ RGZ 135, 25; Stöber, ZVG, 18. Aufl. 2006, § 15, Rn. 38; Böttcher, ZVG, 4. Aufl. 2005, § 75, Rn. 34.

⁵⁷⁵ BGH NJW 2010, 3169, Rn. 11; LG Köln, BeckRS 2010, 1094.

⁵⁷⁶ BGH ZWE 2012, 437; Müller, WEG, 10. Teil, Rn. 96.

b) Teilweise Ablösung der Forderung

Anders verhält es sich, wenn der Grundpfandrechtsgläubiger nur einen Teil der Forderung der Wohnungseigentümergemeinschaft ablöst. Hier entsteht eine Kollision der Forderungen, da dann die Wohnungseigentümergemeinschaft und die Grundpfandrechtsgläubiger mit ihren Forderungen gegen den Schuldner in Konkurrenz zueinander treten.⁵⁷⁷ § 268 Abs. 3 BGB trifft hier die Regelung, dass ein Übergang der Forderung auf den ablösenden Gläubiger nicht zum Nachteil des abgelösten Gläubigers gereichen darf. Hintergrund dieser Regelung ist, dass der abgelöste Gläubiger nicht schlechter gestellt werden soll, als wenn der Schuldner selbst geleistet hätte.⁵⁷⁸ Daraus folgt, dass derjenige Dritte, der die Forderung beglichen hat, dann zurückstehen muss, wenn seine Interessen nach der Zahlung und dem Forderungsübergang mit denen des befriedigten Gläubigers kollidieren.⁵⁷⁹ Hier kann die Wohnungseigentümergemeinschaft in der Folge weiterhin – trotz der teilweisen Ablösung ihrer Forderung – aus der Rangklasse 2 den verbleibenden Teil der rückständigen Hausgelder im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens durchsetzen und dies auch dann, wenn ihre eigene Forderung durch die Ablösung im Umfang unter 3 % des festgesetzten Verkehrswerts fällt. Den nachrangigen Gläubigern darf hier nicht die Chance gegeben werden, durch eine Teilzahlung, die die Forderung unter die 3 %-Schwelle des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG fallen lässt, aus dem Zwangsversteigerungsverfahren zu drängen. Hier kann die Wohnungseigentümergemeinschaft dann zu einem späteren Zeitpunkt erneut dem fortduernden Versteigerungsverfahren beitreten und auch hier kann sie den Vorrang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in Anspruch nehmen. Um eine Aufstockung der Obergrenze von 5 % durch dieses Vorgehen zu vermeiden, darf die Gemeinschaft die Rangklasse 2 dann jedoch lediglich für die Differenz zwischen dem abgelösten Betrag und dem Höchstbetrag der Rangklasse 2 nutzen.⁵⁸⁰ Dieses Vorgehen stellt auch keine Benachteiligung der Wohnungseigentümergemeinschaft dar, denn bei einem regelmäßigen Durchlauf des Zwangsversteigerungsverfahrens bis zum Zuschlag hätten auch nur maximal 5 % in der Rangklasse 2 berücksichtigt werden können.⁵⁸¹

c) Resümee

Bei Betrachtung der Ablösung der Forderung durch die Grundpfandrechtsgläubiger ist der größte Nachteil der Wohnungseigentümergemeinschaft darin zu sehen, dass die rückständigen Forderungen zwar beglichen werden, sie jedoch keine Chance hat, sich von dem zahlungsunwilligen oder -unfähigen Schuldner zu trennen.⁵⁸² Dies droht vor allem, weil die Grundpfandrechtsgläubiger das Zwangsversteigerungsverfahren aus der nun abgelösten Rangklasse 2 in der Regel einstellen werden, um ihre Forderung der Rangklasse 4 nicht zu gefährden. Im für den Grundpfandrechtsgläubiger besten Fall kann sogar ein Vergleich mit dem Hausgeldschuldner geschlossen werden. Andernfalls hält er möglicherweise eine Vollstreckung zu diesem Zeitpunkt auch aufgrund anderer Gegebenheiten nicht für günstig. Insofern kann die Wohnungseigentümergemeinschaft im Rahmen eines neuen von ihr initiierten Verfahrens versuchen, ihr Vorrecht erneut geltend zu machen und damit die Wohnungseigentümergemeinschaft von dem Hausgeldschuldner zu befreien. Der Rang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG kann hierbei jedoch erst genutzt werden, sobald erneut mindestens 3 % des Verkehrswerts an Hausgeldern angefallen sind. Auch in diesem Verfahren können die Grundpfandrechtsgläubiger dann die Forderung wieder ablösen, womit wiederum keine Ausweichslung des Hausgeldschuldners stattfindet. In der Folge würden weitere Hausgeldzahlungen des weiterhin nicht zahlungsfähigen Hausgeldschuldners ausbleiben. Im schlimmsten Fall könnte sich dieses Szenario beliebig oft wiederholen,

⁵⁷⁷ MüKo-BGB/Krüger, § 268 Rn. 15; Staudinger/Bittner, § 268, Rn. 22 ff.

⁵⁷⁸ RGZ 131, 323, 325; MüKo-BGB/Krüger, § 268, Rn. 14; Schulze, BGB, § 268, Rn. 6.

⁵⁷⁹ BGH NJW 2010, 3169; MüKo-BGB/Krüger, § 268 Rn. 14.

⁵⁸⁰ Schneider, ZfIR 2008, 161, 165; Derleder, ZWE 2008, 13, 16.

⁵⁸¹ Derleder, ZWE 2008, 13, 16.

⁵⁸² Derleder, ZWE 2008, 13, 16.

da Hausgelder stetig jeden Monat aufs Neue anfallen. Für diesen Fall könnte die Wohnungseigentümergemeinschaft zwar jederzeit aus der Rangklasse 5 die Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum betreiben und versuchen, den Schuldner auf diese Weise auszuwechseln, jedoch ist es hier unwahrscheinlich, dass es aufgrund der vorgehenden Belastungen insbesondere mit den Grundpfandrechten überhaupt zu einem Zuschlag kommen würde, da das Wohnungseigentum im Regelfall über seinen Verkehrswert hinausgehend belastet ist. Insofern hat die Wohnungseigentümergemeinschaft hier keine reelle Chance, den säumigen Hausgeldschuldner auszuwechseln.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass die Auswechslungsmöglichkeit des Hausgeldschuldners als intendiertes Ziel der Gesetzesnovelle, mit wenigen Ausnahmen bei Ablösung der Hausgelder durch die Grundpfandrechtsgläubiger, regelmäßig nicht durchgesetzt werden kann. Insofern ist die Ablösung der bevorrechtigten Forderung gemäß § 268 BGB durch einen Grundpfandrechtsgläubiger vonseiten der Wohnungseigentümergemeinschaft stets mit Vorsicht zu betrachten. Möglicherweise ergibt es auch Sinn, die Ablösemöglichkeit der nachfolgenden Grundpfandrechtsgläubiger zumindest zu begrenzen.⁵⁸³ Immerhin können die nachfolgenden Gläubiger die Wohnungseigentümergemeinschaft durch die Ablösung faktisch aus dem Verfahren drängen, ohne dass sodann noch die Möglichkeit besteht, ein wichtiges Ziel der Reform aus dem Jahr 2007 zu erfüllen. Insofern sollte der Gesetzgeber darüber nachdenken, eine Begrenzung der Ablösemöglichkeiten der das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG begründeten Forderungen zu schaffen. Hierdurch könnte zumindest das Ziel der Auswechslung des Hausgeldschuldners im Ergebnis durchgesetzt werden.

2. Ablösung der Forderung durch den Schuldner

Auch der Schuldner selbst ist grundsätzlich zu einer vollständigen oder teilweisen Ablösung der Forderung der Wohnungseigentümergemeinschaft während des laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens berechtigt. In diesem Zusammenhang muss jedoch eine Abgrenzung zu einer Ablösung durch einen nachrangigen Gläubiger vorgenommen werden. Zahlungen des Schuldners, die dieser im Verfahren leistet, berühren das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft grundsätzlich nicht. Das bedeutet, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft das Vorrecht weiterhin bis zur gesetzlichen Höchstgrenze in Anspruch nehmen kann.⁵⁸⁴ So rücken die weiteren rückständigen Hausgelder der Rangklasse 5 infolge der teilweisen Ablösung des Schuldners in die Rangklasse 2 auf, sofern die Wohnungseigentümergemeinschaft zusätzlich aus der Rangklasse 5 vollstreckt.⁵⁸⁵ Eine Teilzahlung des Hausgeldschuldners bewirkt damit gerade keine Rangverschiebung der Wohnungseigentümergemeinschaft von der Rangklasse 2 in die Rangklasse 5.⁵⁸⁶ Vielmehr hat die Wohnungseigentümergemeinschaft hier den Vorteil, dass sie ihren gesamten Vorrang geltend machen kann. Einzige Voraussetzung ist, dass sie hinreichend offene und titulierte Forderungen gegen den Schuldner besitzt.⁵⁸⁷ Bei einer volumnfänglichen Ablösung der Forderung durch den Schuldner erlischt der Hausgeldanspruch gemäß § 362 Abs. 1 BGB.⁵⁸⁸ Damit besteht der Anspruch nicht mehr und geht auch nicht auf einen anderen Gläubiger über. In der Folge kann das Zwangsversteigerungsverfahren wegen der dann beglichenen Beträge weder von der Wohnungseigentümergemeinschaft noch von einem

⁵⁸³ Drasdo, ZWE 2012, 406, 409.

⁵⁸⁴ BGH ZWE 2012, 437, 438.

⁵⁸⁵ Stöber, ZVG, 21. Aufl., § 10, Rn. 4.10; Böttcher, ZVG, § 20, Rn 21; Alff, ZWE 2010, 105, 110 f.; Schneider, ZMR 2010, 340, 343; BGH ZWE 2012, 437, 438; Sauren, WEG, § 10, Rn. 18; Müller, WEG, 10. Teil, Rn. 96; Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 195.

⁵⁸⁶ Jennißen, WEG, § 28, Rn. 230.

⁵⁸⁷ Jacoby, ZWE 2015, 297, 299.

⁵⁸⁸ Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 21; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, F. Gerichtsverfahren, Rn. 742a; Jacoby, ZWE 2015, 297, 299; Stöber, ZVG, 21. Aufl., § 10, Rn. 4.10.

anderen Gläubiger aus der Rangklasse 2 betrieben werden.⁵⁸⁹ Diesem Vorgehen ist im Ergebnis uneingeschränkt zuzustimmen, denn die Wohnungseigentümergemeinschaft hat so die Chance, die rückständigen Hausgelder in dem vom Gesetz vorgesehenen Umfang zu erhalten, ohne dass hieraus eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger resultiert. Auch die Differenzierung zwischen der Ablösung durch den Schuldner selbst und der Ablösung durch einen nachrangigen Gläubiger überzeugt. Hierdurch wird das intendierte Ziel des Gesetzgebers, die nachrangigen Gläubiger nicht mit mehr als 5 % des festgesetzten Verkehrswerts zu belasten, um die Zwangsversteigerung der Wohnungseigentümer unterbinden zu können, bestmöglich gewahrt. Und auch der Schuldner wird nicht übervorteilt, sofern er während des laufenden Verfahrens eine teilweise Begleichung der rückständigen Hausgelder tätigt. Die bestehenden Zweifel dahingehend, dass der Schuldner in diesem Moment die Hausgeldforderungen mit Mitteln ablöst, die nachweislich für die Schuldentilgung bei anderen Gläubigern vorgesehen waren und die Wohnungseigentümergemeinschaft so im Ergebnis doch die Chance erhält, einen höheren Betrag als den gesetzlich vorgesehenen zu bekommen, überzeugen nicht. Hier kann nur zutreffend darauf hingewiesen werden, dass die betragsmäßige Beschränkung des Hausgeldvorrechts nur darauf abzielt, die Nachranggläubiger vor einer unangemessenen Schmälerung der im Versteigerungsverfahren erzielten Teilungsmasse zu schützen. Aufwendungen des Schuldners aus dem von der Immobiliarbeschlagnahme freien Vermögen des Schuldners können daher auf die 5 %-Höchstgrenze des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht angerechnet werden.⁵⁹⁰ Die Befriedigung der Wohnungseigentümergemeinschaft erfolgt in diesem Zusammenhang auch nicht mittelbar zulasten der nachrangigen Gläubiger. Für den Schuldner bedeutet dies, dass er die Zwangsversteigerung insgesamt nur verhindern kann, wenn er nicht nur den Betrag bezahlt, wegen dem die Zwangsversteigerung betrieben wird, sondern auch die Hausgelder ablöst, die in der fortschreitenden Zeit weiterhin aufgelaufen sind.⁵⁹¹

3. Geltendmachung des Vorrechts in einem neuen Zwangsversteigerungsverfahren

Der Wohnungseigentümergemeinschaft steht das Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG grundsätzlich nur einmalig in dem gesetzlich normierten Umfang zu. Abschließend ist somit zu klären, wie es sich auf das Vorrecht auswirkt, wenn die Forderung der Wohnungseigentümergemeinschaft abgelöst wird und das Verfahren letztlich nicht beendet werden kann, weil beispielsweise der Ersteher den Versteigerungserlös nicht zahlt oder aus einem sonstigen Grund das Verfahren nicht durch einen Zuschlag beendet werden konnte. Gegen die Geltendmachung rückständiger Hausgelder durch die Wohnungseigentümergemeinschaft in einem neuen Zwangsversteigerungsverfahren spricht die faktische Benachteiligung der dinglichen Gläubiger durch die Neuschaffung des Vorrechts. Die dinglichen Gläubiger würden durch dieses Vorgehen betragsmäßig benachteiligt werden, denn sie müssten, um die Wohnungseigentümergemeinschaft abzulösen, über die Begrenzung des Vorrechts auf 5 % des Verkehrswerts hinaus leisten.⁵⁹²

Eben dies war vom Gesetzgeber jedoch nicht gewollt. Insofern kann es keinen Unterschied machen, ob die 5 %-Grenze im gleichen oder in einem neuen Zwangsversteigerungsverfahren überschritten wird, da die Folgen für die nachrangigen Gläubiger identisch sind. Eine andere Beurteilung der Situation kann indes angezeigt sein, sofern zwischen den Verfahren eine große Zeitspanne liegt.⁵⁹³ Für die Neubegründung des Vorrechts spricht indes, dass es sich bei dem Wiederversteigerungsverfahren um ein neues Zwangsversteigerungsverfahren handelt. Dies wird auch daraus erkenntlich, dass die Gerichte dem Verfahren ein neues Aktenzeichen zuordnen und durchaus ein anderer Rechtspfleger mit der Abwicklung des Verfahrens betraut

⁵⁸⁹ BGH ZWE 2012, 437, 438.

⁵⁹⁰ Alff, ZWE 2012, 437, 438.

⁵⁹¹ Keller, ZfIR 2012, 757, 758.

⁵⁹² Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 70; Hügel/Elzer, Das neue WEG-Recht, § 15, Rn. 38.

⁵⁹³ Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 70.

werden kann.⁵⁹⁴ Wird das laufende Verfahren aufgehoben und erneut die Zwangsversteigerung angeordnet, entsteht mit der neuen Beschlagnahme auch ein neues Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft.⁵⁹⁵ Die Anmeldung oder Berücksichtigung von Forderungen in einem bereits aufgehobenen Verfahren kann für die Zuordnung der Ansprüche in die Rangklasse 2 in einem neuen Vollstreckungsverfahren somit nicht von Bedeutung sein.

4. Resümee

Im Zweifel kann es für die Wohnungseigentümergemeinschaft sinnvoller sein, sich mit einer Anmeldung der Forderung in einem Fremdverfahren zu begnügen. Dies vor allem im Hinblick auf die erhöhten Voraussetzungen, die ein eigener Antrag fordert. Auch nicht außer Acht zu lassen sind hier die aufzuwendenden Kosten für eine Titulierung sowie den Kostenvorschuss, der für die Erstellung des Verkehrswertgutachtens zu erbringen ist.⁵⁹⁶ Im Ergebnis kann eine pauschale Empfehlung zur Durchführung eines eigenen Zwangsversteigerungsverfahrens trotz der vielen Vorteile nicht ausgesprochen werden. Vielmehr ist einzelfallabhängig eine für die Wohnungseigentümergemeinschaft sinnvolle Entscheidung zu treffen.

VII. Die Anmeldung der Forderung im Zwangsvollstreckungsverfahren auf Antrag eines Dritten

Neben der Möglichkeit, ein eigenes Zwangsvollstreckungsverfahren anzustreben, kann die Wohnungseigentümergemeinschaft auch im Rahmen eines von einem anderen Gläubiger des Hausgeldschuldners betriebenen Verfahren ihr Vorrecht anmelden, ohne dass es sich um eine titulierte Forderung handeln muss.⁵⁹⁷ Ein großer Vorteil einer Geltendmachung des Anspruchs in einem bereits anhängigen Verfahren ist, dass die Gemeinschaft die Möglichkeit hat, auch geringere Beträge als 3 % des Verkehrswerts anzumelden.⁵⁹⁸ Nicht zwangsläufig notwendig ist zudem, dass es sich um ein von dritter Seite betriebenes Verfahren handelt. So kann eine Anmeldung der nicht titulierten Ansprüche der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG zur bevorzugten Berücksichtigung auch in einem von der Wohnungseigentümergemeinschaft selbst betriebenen Verfahren wegen einer anderen titulierten Forderung angemeldet werden.⁵⁹⁹

1. Glaubhaftmachung der Forderung gemäß § 45 Abs. 3 ZVG

In diesem bereits anhängigen Verfahren muss die Wohnungseigentümergemeinschaft ihre Hausgeldforderungen dann gemäß § 45 Abs. 3 ZVG zum Verfahren anmelden, da eine Berücksichtigung von Amts wegen nicht stattfindet.⁶⁰⁰ Insofern droht, unterlässt die Wohnungseigentümergemeinschaft eine Anmeldung der Forderung, die Nichtberücksichtigung des Vorrechts bei der Erlösverteilung. Die Erlösverteilung wird in diesem Fall so abgewickelt, als wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft über keine Forderung gegen den säumigen Eigentümer des Wohnungseigentums verfügt.⁶⁰¹ Dies resultiert daraus, dass die Hausgeld-

⁵⁹⁴ Sauren, WEG, § 10, Rn. 19; Schneider, ZMR 2010, 340, 341 f.; a. A. Alff/Hintzen, Rpfleger 2008, 165, 170.

⁵⁹⁵ Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 10, Rn. 4.2; Jacoby, ZWE 2015, 297, 299.

⁵⁹⁶ Jacoby, ZWE 2015, 297, 301.

⁵⁹⁷ Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 780; Alff ZWE 2010, 105, 107; Stöber, ZVG, 21. Aufl. § 10, Rn. 4.13; Löning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 47.

⁵⁹⁸ Schneider, ZfIR 2008, 161, 163.

⁵⁹⁹ Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 10, Rn. 4.13; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 782; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 54.

⁶⁰⁰ Bärmann/Seuß-Bergerhoff, F. Gerichtsverfahren, Rn. 785; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 28; Hügel/Elzer, Das neue WEG-Recht, 2007, § 15, Rn. 46; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 19.

⁶⁰¹ Jacoby, ZWE 2015, 297, 300.

forderungen nicht grundbuchersichtlich sind und für die weiteren Gläubiger damit nicht ohne weiteres erkennbar sind.⁶⁰² Die Anmeldung muss durch den Verwalter der Wohnungseigentümergemeinschaft in dem Zeitraum vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten erfolgen, da ansonsten der Vorrang gemäß §§ 37 Nr. 4, 110 ZVG verloren geht.⁶⁰³ Dies folgt daraus, dass den nachrangigen Gläubigern eine sichere Kalkulationsbasis gegeben werden soll, ob und in welchem Umfang ihr eigener Anspruch durch das abgegebene Bargebot gedeckt ist.⁶⁰⁴

Der Anspruch der Rangklasse 2 ist gemäß § 294 ZPO bei seiner Anmeldung glaubhaft zu machen.⁶⁰⁵ Dies ohne gesonderte Aufforderung der Wohnungseigentümergemeinschaft.⁶⁰⁶ Nur bei fehlender Glaubhaftmachung hat das Vollstreckungsgericht auf die Notwendigkeit gemäß § 139 ZPO hinzuweisen, bevor die Ansprüche mangels Glaubhaftmachung keine Berücksichtigung finden.⁶⁰⁷ Die Glaubhaftmachung kann zum Beispiel durch einen Titel, das Protokoll der Eigentümerversammlung oder ihrer Beschlüsse nebst Anlagen oder in sonst geeigneter Weise geschehen.⁶⁰⁸ Dieses Vorgehen stellt eine Privilegierung im Hinblick auf Ansprüche der Rangklasse 5 dar, für dessen Geltendmachung stets ein Titel benötigt wird. Sodann werden die Ansprüche der Gemeinschaft gemäß § 10 Abs. 1 ZVG ranggemäß befriedigt.⁶⁰⁹

2. Keine Beschlagnahme zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft

Die gesonderte Beschlagnahme des Gegenstands zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft ist nicht erforderlich, um den Anspruch aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG durchzusetzen. Dies ergibt sich ebenfalls aus § 45 Abs. 3 ZVG, nach dessen Regelung auch nicht titulierte Ansprüche des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG zur Aufnahme in das geringste Gebot beziehungsweise in den Erlösverteilungsplan gemäß § 114 ZVG angemeldet werden können.⁶¹⁰ Eine Beschlagnahme des Wohnungseigentums zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft erfolgt bei der bloßen Anmeldung des Anspruchs im Fremdverfahren damit zu keiner Zeit. Dies hat insbesondere zur Folge, dass die Wirkungen des § 23 Abs. 1 ZVG keine Anwendung zugunsten der Gemeinschaft finden. Hierin steckt ein unter Umständen großer Nachteil für die Wohnungseigentümergemeinschaft, denn die Befriedigung ihres Hausgeldanspruchs hängt dann vom Schicksal eines fremden Versteigerungsverfahrens ab.⁶¹¹ Dies stellt für die Wohnungseigentümergemeinschaft solange kein Problem dar, wie der betreibende Gläubiger das Zwangsvollstreckungsverfahren unverändert vorantreibt, denn eine Veräußerung des Wohnungseigentums ist dann zumindest eine ihm gegenüber unwirksame Verfügung gemäß § 873 BGB. Ein Problem ergibt sich erst dann, wenn der betreibende Gläubiger einer die Wohnungseigentümer in ihrer Anspruchsdurchsetzung störenden Verfügung zustimmt, da eine fortgesetzte Inanspruchnahme gegen den Erwerber aufgrund der fehlenden Dinglichkeit des Vorrechts nicht in Betracht

⁶⁰² Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 476; Suilmann, ZWE 2010, 385, 388; Derleder, ZfIR 2011, 825, 831; Schneider, ZMR 2012, 749, 751; Hintzen/Alff, ZInsO 2008, 480, 483; Derleder, ZWE 2008, 13, 17; Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 10, Rn. 4.13.

⁶⁰³ Alff, ZWE 2010, 105, 107; Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 22; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 57; Spielbauer/Then, WEG, § 10 ZVG, Rn. 9.

⁶⁰⁴ Alff ZWE 2010, 105, 107.

⁶⁰⁵ Stöber, ZVG, § 10, Rn. 399e; Mossheimer, ZMR 2015, 427, 434; Drasdo NZI 2011, 731, 737; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 57; Dassler/Schiffhauer/Rellermeyer, ZVG, § 10, Rn. 28.; Müller, WEG, 10. Teil. Das Prozessrecht, Rn. 70; Bartels, Dogmatik und Effizienz im Recht der der Zwangsversteigerung, S. 439 f.

⁶⁰⁶ Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 22; a. A. Weis, ZfIR 2007, 477, 480.

⁶⁰⁷ Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 22.

⁶⁰⁸ Hintzen/Alff, ZInsO 2008, 480, 483; Derleder, ZWE 2008, 13, 17; Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 22; Löhning/Rachlitz, ZVG, § 10, Rn. 57; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 788.

⁶⁰⁹ Suilmann, ZWE 2010, 385, 388.

⁶¹⁰ Alff, ZWE 2010, 105, 106.

⁶¹¹ Alff, ZWE 2010, 105, 107.

kommt oder der betreibende Gläubiger seinen Antrag zurücknimmt.⁶¹² Hierdurch wird die Anmeldung der Hausgeldforderung wirkungslos und die Wohnungseigentümergemeinschaft würde von der weiteren Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums ausgeschlossen.⁶¹³ Der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger als Herr des Verfahrens hat es damit in der Hand, einen eventuell unliebsamen, seinem Anspruch vorgehenden Anspruch der Rangklasse 2 zu eliminieren, ohne dass er hierzu besondere Anstrengungen unternehmen müsste. Diese Möglichkeit besteht auch, indem der betreibende Gläubiger die Forderung der Wohnungseigentümergemeinschaft gemäß § 268 Abs. 3 BGB ablöst, um zu verhindern, dass das geringste Gebot aufgrund der Stellung des Vorrechts in der Rangklasse 2 deutlich geringer ausfällt und seine eigene Forderung damit Gefahr läuft, nicht vollständig abgedeckt zu werden. Mit der Ablösung des Vorrechts kann der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger dies verhindern und gleichzeitig die Versteigerungsinitiative zurückgewinnen.⁶¹⁴

3. Resümee

Der Wohnungseigentümergemeinschaft ist trotz der Möglichkeit der Anmeldung auch nicht titulierter Ansprüche stets zu raten, rückständige Hausgeldansprüche prinzipiell titulieren zu lassen.⁶¹⁵ Zum einen kann nur durch eine derartige Titulierung der Verjährung der Ansprüche entgegengetreten werden.⁶¹⁶ Zum anderen ist in Anbetracht der zeitlichen Beschränkung des Vorrechts wegen rückständiger Hausgelder zu bedenken, dass die bestehende Gefahr, infolge der Veralterung des Anspruchs das gesamte Vorrecht zu verlieren, jederzeit präsent ist.⁶¹⁷ Der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger kann nicht daran gehindert werden, das Verfahren zur Vermeidung von Ausfällen seinerseits hinauszuzögern und damit den Anspruch der Wohnungseigentümergemeinschaft womöglich erheblich zu schmälern oder sogar gänzlich zu beseitigen.⁶¹⁸ Eine Anmeldung von älteren Rückständen als solchen, die im zeitlichen Rahmen des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ausgeblieben sind, ist durch die Anmeldung im Rahmen eines fremden Verfahrens auch nicht in der Rangklasse 5 möglich. Um diese Ansprüche gelten machen zu können, muss tatsächlich von der Wohnungseigentümergemeinschaft ein eigenes Zwangsvollstreckungsverfahren durchgeführt werden, sodann aus der Rangklasse 5.⁶¹⁹ Dieses Verfahren wird in der Regel jedoch nahezu keine Aussicht auf Erfolg versprechen, da im Rahmen des geringsten Gebots alle Rechte Berücksichtigung finden, die der Rangklasse 5 vorgehen; da zu diesen insbesondere die Grundpfandrechte der Rangklasse 4 gehören, werden die Rechte der Rangklasse 5 nur in verschwindend geringen Fällen (vollständig) abgedeckt werden können. Insofern muss im Vorhinein eines solchen Verfahrens von der Wohnungseigentümergemeinschaft bedacht werden, ob ein Vorgehen aus der Rangklasse 5 überhaupt lohnenswert erscheint. Den Zeitpunkt der Beschlagnahme regelt indes § 13 Abs. 4 ZVG. Abzustellen ist damit auf den Zeitpunkt, in dem der Anordnungsbeschluss der Gemeinschaft gemäß § 22 Abs. 1 ZVG zugestellt wird.⁶²⁰ Nichtsdestotrotz sollte, wird von anderer Seite ein Zwangsversteigerungsverfahren betrieben, stets eine Anmeldung der Ansprüche erfolgen. Wird die Zwangsversteigerung dagegen aktiv betrieben und erreichen die titulierten Beträge nicht fünf Prozent des Verkehrswerts gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 S. 3 ZVG, sollte zusätzlich bis zum Erreichen des Prozentsatzes die Anmeldung etwaiger rückständiger Hausgeldansprüche im selbst aktiv betriebenen

⁶¹² Schneider, ZMR 2014, 187; Alff, ZWE 2010, 105, 107.

⁶¹³ Alff, ZWE 2010, 105, 107.

⁶¹⁴ Derleder, ZWE 2008, 13, 16.

⁶¹⁵ Sauren, WEG, § 10 ZVG, Rn. 16.

⁶¹⁶ Bärmann/Seuß-Bergerhoff, F. Gerichtsverfahren, Rn. 789.

⁶¹⁷ Alff, ZWE 2010, 105, 107.

⁶¹⁸ Derleder, ZWE 2008, 13, 18.

⁶¹⁹ Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 20.

⁶²⁰ Müller, WEG, 10. Teil, Rn. 90.

Zwangsversteigerungsverfahren nach § 45 Abs. 3 ZVG erfolgen, um so die größtmöglichen Chancen auf Befriedigung der Ansprüche auszuschöpfen.⁶²¹

VIII. Der Beitritt der Wohnungseigentümergemeinschaft zu einem bereits anhängigen Zwangsvollstreckungsverfahren

Eine weitere Möglichkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft, ihr Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG geltend zu machen, besteht darin, dem Verfahren eines anderen Gläubigers gemäß § 27 ZVG beizutreten.⁶²² Zweck dieser Norm ist vor allem, dass nicht mehrere parallele Vollstreckungsverfahren über denselben Gegenstand durchgeführt werden können.⁶²³ Ein Beitritt der Wohnungseigentümergemeinschaft ist bis zur Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses möglich und damit auch noch kurz vor oder im Versteigerungstermin. Oft hat der Gläubiger keine Kenntnis darüber, ob bereits ein Zwangsversteigerungsantrag vorliegt. In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob der Antrag als Beitritts- oder Anordnungsantrag bezeichnet wird. Ein Anordnungsantrag wird automatisch in einen Beitrittsantrag umgedeutet, ebenso im entgegengesetzten Fall.⁶²⁴ Voraussetzung für einen wirksamen Beitritt zu einem Zwangsversteigerungsverfahren ist zunächst, dass bereits ein anhängiges Verfahren wirksam angeordnet wurde, wobei eine Beschlagnahme des Gegenstands noch nicht stattgefunden haben muss.⁶²⁵ Auf den Antrag des Gläubigers erfolgt die Anordnung, dass der Beitritt des Antragstellers zum Verfahren zugelassen wird.⁶²⁶ Mit der Zustellung des Beitrittsbeschlusses an den Schuldner wird die Beschlagnahme auch zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft wirksam. Unproblematisch ist auch, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft einen Ergänzungsbeschluss beantragt. Dieser regelt sodann, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft vorrangig aus der Rangklasse 2 zu befriedigen ist, sofern sich im Laufe des Verfahrens herausstellt, dass die Voraussetzungen der Rangklasse 2 wider Erwarten vorliegen.⁶²⁷ Dies gilt gerade dann, wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft zunächst nur einen Beitritt in der Rangklasse 5 erwirken konnte.⁶²⁸ Sollte bereits die Insolvenz über das Vermögen des Hausgeldschuldners eröffnet worden sein, kann die Wohnungseigentümergemeinschaft einem bereits anhängigen Zwangsversteigerungsverfahren beitreten und so die Chance ergreifen, ihre Ansprüche außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend zu machen.⁶²⁹ Der größte Vorteil des Beitritts zu einem Verfahren gegenüber der bloßen Geltendmachung der Forderung in einem fremden Verfahren liegt damit darin, dass eine eigene Beschlagnahme und damit auch ein eigenes relatives Veräußerungsverbot zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft eingreift.⁶³⁰ Auch die Verfahrensaufhebung für einen Gläubiger hat für die Wohnungseigentümergemeinschaft keine Folgen, da das Verfahren so lange weitergeführt wird, wie ein betreibender Gläubiger vorhanden ist.⁶³¹ Der Wohnungseigentümergemeinschaft ist im Regelfall damit stets zu einem Beitritt zu raten. Dies auch, weil die Mindesthöhe des § 18 Abs. 2 WEG zur Betreibung eines Zwangsversteigerungsverfahrens nicht gilt.⁶³² Der Wohnungseigentümergemeinschaft ist insofern zu raten, bereits bei einem minderen Verzugsbetrag als dem in

⁶²¹ Bärmann/Seuß-Bergerhoff, F. Gerichtsverfahren, Rn. 800.

⁶²² Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 189, 198; Derleder ZWE 2008, 13, 15 f.; Depré/Cranshaw, ZVG, § 10, Rn. 54; Bärmann/Seuß-Bergerhoff, WEG, F. Gerichtsverfahren, Rn. 745; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 299.

⁶²³ Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, ZVG, § 27, Rn. 1.

⁶²⁴ Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, ZVG, § 27, Rn. 13 f.

⁶²⁵ Böttcher, ZVG, § 27, Rn. 3.

⁶²⁶ Derleder, ZWE 2012, 13, 16.

⁶²⁷ Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, ZVG, § 27, Rn. 5; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 20.

⁶²⁸ Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, ZVG, § 27, Rn. 5; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 20.

⁶²⁹ Suilmann, ZWE 2010, 385, 388.

⁶³⁰ Derleder, ZWE 2012, 13, 16; Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, ZVG, § 27, Rn. 8; Böttcher, ZVG, § 27, Rn. 14; Jennißen, WEG, § 28, Rn. 240.

⁶³¹ Kindl/Meller-Hannich/Wolf-Sievers, ZVG, § 27, Rn. 9; Jacoby, ZWE 2015, 297, 300.

⁶³² Hügel/Elzer, WEG, § 28, Rn. 198.

§ 18 Abs. 2 WEG genannten dem Zwangsversteigerungsverfahren eines Dritten beizutreten. Hiermit sind weitaus weniger Gefahren für die Durchsetzung des Vorrechts verbunden, als bei der bloßen Geltendmachung der Forderung in einem Fremdverfahren.

IX. Die Geltendmachung des Vorrechts in der Insolvenz des Hausgeldschuldners

Zu guter Letzt sind die Möglichkeiten der Wohnungseigentümergemeinschaft hinsichtlich der Geltendmachung der Hausgeldforderung in der Insolvenz des Schuldners aufzuzeigen. Hier ist konsequenterweise wiederum nach Insolvenz- und Masseforderungen zu unterscheiden.

1. Grundsätzliches zur Geltendmachung der als Insolvenzforderungen zu qualifizierenden Hausgelder

Mit der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Hausgeldschuldners ist eine Einzelzwangsvollstreckung der Gläubiger nicht mehr möglich. Vielmehr greift mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Prinzip der Gesamtvollstreckung.⁶³³ Insolvenzforderungen sind danach grundsätzlich nach Maßgabe der §§ 87, 174 ff. InsO schriftlich beim Insolvenzverwalter zur Insolvenztabelle anzumelden.⁶³⁴ Wird der angemeldeten Forderung im Prüfungstermin weder von einem anderen Insolvenzgläubiger noch vom Insolvenzverwalter widersprochen, so gilt die Forderung als festgestellt. Wird ein Widerspruch erhoben, wird ein entsprechender Vermerk in der Tabelle hinterlassen.⁶³⁵ Um an der Erlösverteilung teilnehmen zu können, muss der Gläubiger die bestrittene Forderung nun gemäß § 179 InsO in einem Feststellungsprozess bestätigen lassen, sofern zu diesem Zeitpunkt noch kein Titel über die angemeldete Insolvenzforderung besteht.⁶³⁶ Liegt über die angemeldete Forderung indes bereits ein Titel vor, so muss der Widersprechende die titulierte Forderung im Rahmen einer Feststellungsklage angreifen.⁶³⁷ Hierzu kann der Gläubiger gemäß § 180 InsO eine Feststellungsklage vor dem Amtsgericht anstrengen, bei dem auch das Insolvenzverfahren als solches anhängig ist. Bei bestehendem Widerspruch wird der Gläubiger, sobald der Feststellungsprozess gewonnen ist, anteilig nach Maßgabe der Insolvenzquote neben den anderen Gläubigern des Hausgeldschuldners aus den Verwertungserlösen der Insolvenzmasse befriedigt.⁶³⁸ Sofern kein Widerspruch erhoben wurde, erfolgt eine Auskehr der Insolvenzquote an den Gläubiger bereits ohne die Anstrengung eines Feststellungsprozesses.

a) Besonderheiten im Hinblick auf das bestehende Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft

Abweichend von dem grundsätzlichen Verfahren mit Insolvenzforderungen ergeben sich hinsichtlich der Forderungen wegen rückständiger Hausgelder einige Ausnahmen und Besonderheiten. Dies resultiert insbesondere daraus, dass zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft für die Insolvenzforderungen ein Absonderungsrecht am Vermögen des Insolvenzschuldners entsteht. In der Folge wirken die insolvenz-

⁶³³ Lüke, ZWE 2010, 62; FK-InsO/Wimmer-Amend, § 80, Rn. 1; HK-InsO/Kayser, § 80, Rn. 1.

⁶³⁴ LSZ-Smid, § 174, Rn. 8 f.; FK-InsO/Kießner, § 174, Rn. 12; HambKomm/Kuleisa, § 87, Rn. 2; FK-InsO/Wimmer-Amend, § 87, Rn. 9; Mossheimer, ZMR 2015, 427, 434; Cranshaw, ZfIR 2015, 461, 469; Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 281; HK-InsO/Kayser, § 87, Rn. 8; LSZ-Smid, InsO, § 87, Rn. 3; HambKomm/Lüdtke/Knof, InsO, § 38, Rn. 58.

⁶³⁵ Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 283; FK-InsO/Wimmer-Amend, § 87, Rn. 14; HambKomm/Kuleisa, § 87, Rn. 6.

⁶³⁶ Becker, ZWE 2013, 6, 8; LSZ-Smid, InsO, § 87, Rn. 4 ff.; FK-InsO/Wimmer-Amend, § 87, Rn. 19; KPB-Lüke, InsO, § 87, Rn. 6.

⁶³⁷ FK-InsO/Wimmer-Amend, § 87, Rn. 21.

⁶³⁸ Becker, ZWE 2013, 6, 8.

rechtlichen Vollstreckungsverbote nicht für die Wohnungseigentümergemeinschaft und sie kann ungehindert von einer Insolvenzeröffnung die Zwangsversteigerung in das Wohnungseigentum betreiben.⁶³⁹ Hierzu bedarf es keiner vorherigen Beschlagnahme des Wohnungseigentums zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft. Insofern muss im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kein Zwangsversteigerungsverfahren von der Wohnungseigentümergemeinschaft betrieben werden. Die erfolgreiche Durchsetzung des Absonderungsrechts setzt voraus, dass der Insolvenzverwalter verfügbefugt ist und das Wohnungseigentum nicht aus der Insolvenzmasse im Wege der freihändigen Veräußerung ausgeschieden ist.⁶⁴⁰ Zudem muss ein Titel der Wohnungseigentümergemeinschaft vorhanden sein. Richtet sich dieser gegen den Hausgeldschuldner, muss gemäß § 727 ZPO eine Umschreibung desselben auf den Insolvenzverwalter erfolgen.⁶⁴¹ Sodann wird das Verfahren zur Verwertung der Wohnungseigentumseinheit durch Antrag der Wohnungseigentümergemeinschaft, des Insolvenzverwalters selbst oder eines anderen dinglich oder persönlich berechtigten Gläubigers in Gang gesetzt.⁶⁴² Insofern bedarf es eben der Voraussetzungen, der es für die Geltendmachung des Vorrechts in einem eigenen Zwangsversteigerungsverfahren auch bedurft hätte. Das Absonderungsrecht ist insofern losgelöst vom Insolvenzverfahren anhand der Regelungen des ZVG durchzuführen.⁶⁴³ Veräußert der Insolvenzverwalter das Wohnungseigentum im Rahmen einer freihändigen Veräußerung, ohne das Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft zu beachten, so setzt sich das Absonderungsrecht der Gemeinschaft als Ersatzabsonderungsrecht am Veräußerungserlös fort.⁶⁴⁴

b) Die Geltendmachung des Absonderungsrechts unter der besonderen Erschwernis fehlender Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen

Liegt im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch kein Titel der Wohnungseigentümergemeinschaft vor, ist jedoch bereits ein Prozess zur Erlangung eines solchen anhängig, so kann dieser Prozess gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 2 InsO vom und gegen den Insolvenzverwalter aufgenommen werden und so schließlich der notwendige Titel erlangt werden.⁶⁴⁵ Problematisch wird es dagegen dann, wenn im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch kein Titel gegen den Schuldner vorliegt und auch kein Verfahren anhängig ist, um einen solchen zu beschaffen. Aufgrund der Regelung in § 87 InsO kann nach der Verfahrenseröffnung ein solcher Titel für Insolvenzforderungen grundsätzlich nicht mehr erlangt werden.⁶⁴⁶ In der Folge könnte die Wohnungseigentümergemeinschaft ihre Forderung nur noch wie jeder andere Insolvenzgläubiger zur Insolvenztabelle anmelden. Das Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft wäre in diesem Fall verloren. Allerdings gilt die Beschränkung des § 87 InsO nicht für

⁶³⁹ Becker, ZWE 2013, 6, 9.

⁶⁴⁰ MüKoInsO/Breuer, § 89, Rn. 23.

⁶⁴¹ Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 252; Mossheimer, ZMR 2015, 427, 434; Becker ZWE 2013, 6, 11; Alff ZWE 2010, 105, 112; Becker ZMR 2012, 930, 933; Hintzen/Alff ZInsO 2008, 480, 484; HambKomm/Kuleisa, § 80, Rn. 42; KPB-Lüke, InsO, § 80, Rn. 70 f.; LSZ-Depré, InsO, § 49, Rn. 27.

⁶⁴² Karsten Schmidt/Thole, InsO, § 49, Rn. 26; LSZ-Depré, InsO, § 49, Rn. 31 f.; HambKomm/Büchler/Scholz, InsO, § 49, Rn. 23; FK-InsO/Imberger, § 49, Rn. 43.

⁶⁴³ LSZ-Depré, InsO, § 49, Rn. 31 f.; Braun/Bäuerle, InsO, § 49, Rn. 18; HambKomm/Büchler/Scholz, InsO, § 49, Rn. 23; KPB-Prüttig, InsO, § 49, Rn. 32; HK-InsO/Lohmann, § 49, Rn. 23.

⁶⁴⁴ Mossheimer, ZMR 2015, 427, 434; Sinz/Hiebert, ZInsO 2012, 205, 207; LG Landau, ZMR 2012, 813 ff.; Bales ZInsO 2014, 182, 185; a. A. Fischer, ZInsO 2013, 1969, 1974; allgemein zur Ersatzabsonderung: Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 260.

⁶⁴⁵ Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 49, Rn. 36; HambKomm/Kuleisa, InsO, § 86, Rn. 9; FK-InsO/Wimmer-Amend, § 86, Rn. 3; LSZ-Smid, InsO, § 86, Rn. 7; KPB-Lüke, InsO, § 86, Rn. 11 ff.; HK-InsO/Kayser, § 86, Rn. 10 f.

⁶⁴⁶ Lüke, ZWE 2010, 62, 68; HambKomm/Kuleisa, InsO, § 87, Rn. 5; HK-InsO/Kayser, § 87, Rn. 3; LSZ-Smid, InsO, § 87, Rn. 1.

absonderungsberechtigte Gläubiger des Schuldners.⁶⁴⁷ Eine Titulierung der Forderung ist somit auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch möglich. Mit diesem Vorgehen ist das Absonderungsrecht und damit das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft konsequent gesichert und es gelingt, den gesetzgeberischen Willen auch in dieser Situation umzusetzen.

c) Zusätzliche Anmeldung der bevorrechtigten Forderung zur Insolvenztabelle

Darüber hinausgehend kann die Wohnungseigentümergemeinschaft den Teil ihrer Forderung, den sie im Rahmen der Geltendmachung des Absonderungsrechts nicht befriedigen konnte, zusätzlich jederzeit zur Tabelle anmelden und damit ihre Chancen auf eine zumindest teilweise Befriedigung erhöhen. Denn sollte das Wohnungseigentum unerwarteterweise keinen nennenswerten Erlös erbringen und das Absonderungsrecht in der Folge ausfallen, so besteht in diesem Fall zumindest die Möglichkeit, mit der persönlichen Forderung gegen den Schuldner am Verteilungsverfahren über die Insolvenztabelle teilzunehmen.⁶⁴⁸ Hierdurch kann die Wohnungseigentümergemeinschaft in jedem Fall zumindest einen Teil ihrer Forderung erlangen. Zu Bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass es der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht möglich ist, ihre gesamte Forderung zur Insolvenztabelle anzumelden und in einem Gleichlauf die Geltendmachung des Absonderungsrechts voranzutreiben. Sodann muss die Wohnungseigentümergemeinschaft auf ihr Absonderungsrecht verzichten.⁶⁴⁹ Lediglich den durch das Absonderungsrecht nicht befriedigten Teil kann die Wohnungseigentümergemeinschaft zur Insolvenztabelle anzumelden.

2. Geltendmachung der als Masseforderungen zu qualifizierenden Hausgelder

Im Gegensatz zu Insolvenzforderungen nehmen Masseforderungen nicht an der insolvenzmäßigen Befriedigung der Gläubiger teil, sondern werden vorab voll durch den Insolvenzverwalter aus der Masse befriedigt.⁶⁵⁰ Dies gilt auch für Hausgelder, die während der Zeit des laufenden Insolvenzverfahrens von deren Eröffnung an fällig geworden sind. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann die Wohnungseigentümergemeinschaft damit nur hoffen, dass dem Insolvenzverwalter die Mittel zur Verfügung stehen, um die Hausgeldforderungen zu begleichen. Reicht die Masse zur Befriedigung der Masseverbindlichkeiten nämlich nicht aus, kann der Insolvenzverwalter gemäß § 208 InsO Masseunzulänglichkeit anzeigen.⁶⁵¹ In der Folge kann die Wohnungseigentümergemeinschaft ihre Forderung nicht mehr gegen den Insolvenzverwalter durchsetzen, soweit diese vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit fällig geworden sind.⁶⁵² Die Anzeige der Masseunzulänglichkeit ist damit die maßgebliche Zäsur für das Schicksal der Hausgelder.⁶⁵³ Diese als Altmasseverbindlichkeiten bezeichneten Forderungen sind alle Forderungen, die nach der Feststellung der Masseunzulänglichkeit begründet wurden.⁶⁵⁴ Sie stehen im letzten Rang und sind deshalb im Verteilungsverfahren erst dann zu berücksichtigen, wenn die vorrangigen Massegläubiger voll befriedigt

⁶⁴⁷ KPB-Lüke, InsO, § 87, Rn. 3a; HambKomm/Kuleisa, InsO, § 87, Rn. 5; HK-InsO/Kayser, § 87, Rn. 3; FK-InsO/Wimmer-Amend, § 87, Rn. 4; LSZ-Smid, InsO, § 87, Rn. 1.

⁶⁴⁸ Uhlenbrück/Brinkmann, InsO, § 49, Rn. 3.

⁶⁴⁹ Braun/Pehl, InsO, § 190, Rn. 5; HambKomm/Herchen, InsO, § 190, Rn. 1; FK-InsO/Kießner, § 190, Rn. 6; HK-InsO/Depré, § 190, Rn. 1; LSZ-Smid, InsO, § 190, Rn. 4.

⁶⁵⁰ Lüke, ZWE 2010, 62, 63; HambKomm/Jarchow, InsO, § 55, Rn. 30; FK-InsO/Bornemann, § 53, Rn. 14; HK-InsO/Lohmann, § 53, Rn. 5; KPB-Pape/Schaltke, InsO, § 53, Rn. 6.

⁶⁵¹ HambKomm/Jarchow, InsO, § 55, Rn. 30b; HK-InsO/Landfermann, § 208, Rn. 5 ff.; LSZ-Smid, InsO, § 208, Rn. 1.

⁶⁵² Becker, ZWE 2013, 6, 9; Suilmann, ZWE 2010, 386; Derleder, ZfIR 2011, 825, 831; BGHZ 154, 358, 360; HK-InsO/Landfermann, § 208, Rn. 17 f.; LSZ-Smid, InsO, § 208, Rn. 17.

⁶⁵³ Karsten Schmidt/Jungmann, InsO, § 209, Rn. 11.

⁶⁵⁴ Uhlenbrück/Ries, InsO, § 209, Rn. 31; Becker ZWE 2013, 6, 9; Suilmann ZWE 2010, 386; HambKomm/Weizmann, § 209, Rn. 8; Fk-InsO/Kießner, § 209, Rn. 48.

wurden.⁶⁵⁵ Bei gleichem Rang der Altmasseverbindlichkeiten erfolgt indes lediglich eine anteilmäßige Berichtigung der Gläubiger, sofern die Masse zur vollständigen Berichtigung der Altmasseansprüche nicht ausreicht.⁶⁵⁶ Die nach der Feststellung begründeten Forderungen und als Neumasseeverbindlichkeiten bezeichneten Forderungen werden hingegen vorrangig vor allen anderen Masseverbindlichkeiten und damit auch vor den Altmasseverbindlichkeiten befriedigt.⁶⁵⁷ Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Altmasseverbindlichkeiten gar nicht oder nur in einem sehr begrenzten Umfang gegen den Insolvenzverwalter durchgesetzt werden können.⁶⁵⁸ Dieses Schicksal droht auch den Hausgeldforderungen, die während des Insolvenzverfahrens fällig geworden sind, womit die in diesem Zusammenhang aufkommende Problematik für die Wohnungseigentümergemeinschaft auf der Hand liegt.⁶⁵⁹ Nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit lässt das Vollstreckungsverbot des § 210 InsO das Rechtsschutzinteresse der Wohnungseigentümergemeinschaft an einer Zahlungsklage gegen den Insolvenzverwalter entfallen und auch eine schon rechtshängige Zahlungsklage wird unzulässig.⁶⁶⁰ Das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft droht somit leerzulaufen und der Insolvenzverwalter könnte mit der Anzeige der Masseunzulänglichkeit gerade bei reparaturbedürftigem Wohnungseigentum den (weiteren) Verfall einleiten.⁶⁶¹ Als einzige Möglichkeit bleibt der Wohnungseigentümergemeinschaft, eine Zahlungsklage gegen die Masse zu erheben. Da die Masseschuld nicht durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet wurde, greift hier das Vollstreckungsverbot von sechs Monaten aus § 90 ZVG nicht.⁶⁶² Andernfalls wäre eine solche Klage überhaupt nicht zulässig. Das bestenfalls zu erreichende Ergebnis wäre hier die Vollstreckung aus der Rangklasse 5. Da Eigentumswohnungen in der Praxis regelmäßig bereits dinglich über Wert belastet sind, kommt es jedoch nur selten überhaupt zu einer Versteigerung, weil das geringste Gebot bereits den Verkehrswert der Wohnung erreicht oder sogar überschreitet. Aufgrund der wirtschaftlichen Aussichtlosigkeit einer Vollstreckung aus dieser Rangklasse ist auch dieses Vorgehen jedoch nicht erfolgversprechend und damit nicht zu empfehlen.

Dem gemeinsamen Vorschlag aus Literatur und Rechtsprechung zur Stärkung der Wohnungseigentümergemeinschaft auch für Hausgelder, die als Masseforderungen zu qualifizieren sind, ein Absonderungsrecht zuzugestehen, lehnte der BGH indes ab.⁶⁶³ Dass dieses Ergebnis weder in der Begründung noch im Ergebnis überzeugt, liegt zumindest dann auf der Hand, wenn die Intention des Gesetzgebers in diesem Zusammenhang betrachtet wird. Der BGH sollte zu gegebener Zeit darüber nachdenken, ob es nicht angezeigt ist, der Wohnungseigentümergemeinschaft die Durchsetzung von Masseforderungen in der Insolvenz des Hausgeldschuldners zu ermöglichen. Dies insbesondere mit Blick auf die Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter. Dass in diesem Fall die Forderungen der Wohnungseigentümergemeinschaft faktisch verloren sind, wird dem Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht gerecht.

⁶⁵⁵ MüKoInsO/Hefemehl, InsO, § 209, Rn. 34; Braun/Kießner, InsO, § 209, Rn. 13 f.; HK-InsO/Lanfermann, § 209, Rn. 13.

⁶⁵⁶ Andres/Leithaus/Andres, InsO, § 209, Rn. 3; MüKoInsO/Hefemehl, InsO, § 209, Rn. 35;

⁶⁵⁷ Uhlenbrück/Ries, InsO, § 209, Rn. 13; Nerlich/Römermann/Westphal, InsO, § 209, Rn. 13; BeckOK-InsO/Ruland, § 209, Rn. 3; Queisner, Wohnungseigentum in der Insolvenz, S. 212.

⁶⁵⁸ BGHZ 154, 358, 360; Becker, ZWE 2013, 6, 9; Suilmann, ZWE 2010, 386; Derleder, ZfIR 2011, 825, 831.

⁶⁵⁹ Lüke, ZWE 2010, 62, 65; Derleder, ZfIR 2011, 825, 831.

⁶⁶⁰ Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 223; HambKomm/Weitzmann, InsO, § 210, Rn. 3; HK-InsO/Landfermann, § 210, Rn. 3; LSZ-Smid, InsO, § 210, Rn. 3 f.

⁶⁶¹ Derleder ZfIR 2011, 825, 831 f.

⁶⁶² Derleder, ZfIR 2011, 825, 831.

⁶⁶³ BGH NJW 2011, 3098; einen allgemeinen Vorrang befürwortend hingegen: LG Berlin, ZWE 2010, 228 f.; Alff, ZWE 2010, 105, 112; Niedenführ/Kümmel/Vanderhouten-Kümmel, WEG, IV, Rn. 44 f.; Derleder, ZfIR 2011, 825, 832; Bärmann/Becker, WEG, § 16, Rn. 224.

J. Reformbedarf an § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Die Stimmen in der Literatur versuchen seit langer Zeit und damit teilweise schon lange vor der Reform aus dem Jahr 2007, Vorschläge und Lösungsansätze zu erarbeiten, die die Schwierigkeiten im Umgang mit dem Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG lösen können. An dieser Stelle werden diese Vorschläge aufgezeigt und sodann einer kritischen Würdigung unterzogen.

I. Korrekturbedarf im Hinblick auf den Umfang des Vorrechts

Kritik im Hinblick auf die Gestaltung des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft wurde mit Blick auf dessen Umfang laut. Das Recht beschränkt sich sowohl in zeitlicher Hinsicht auf die Beträge, die in den letzten zwei Jahren vor der Beschlagnahme – respektive der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – fällig geworden sind sowie auf die Beträge aus dem laufenden Jahr der Beschlagnahme. Zusätzlich findet auch eine betragsmäßige Beschränkung des Vorrechts statt, indem es für höchstens 5 % des nach § 74 Abs. 5 ZVG festgesetzten Werts der Sondereigentumseinheit Anwendung findet. Eben diese Begrenzung des Vorrechts in zeitlicher als auch in betragsmäßiger Begrenzung stellt nach Ansicht von *Drasdo* für die Wohnungseigentümergemeinschaft einen großen Nachteil dar. Der Umfang von lediglich 5 % des Verkehrswerts ist seiner Ansicht nach viel zu gering und auch die zeitliche Begrenzung des Vorrechts auf die vom Gesetzgeber festgelegten zwei Jahre vor der Beschlagnahme betrachtet er als zu kurz.⁶⁶⁴ Als Vorschlag der Abhilfe legt er dem Gesetzgeber eine Reform der seines Erachtens gescheiterten Gesetzesnovelle nahe und empfiehlt die komplette Streichung der zeitlichen und betragsmäßigen Limitierung des Vorrechts. Dem ist insoweit beizupflichten, dass gerade der Rückstand eines großen Betrags an Hausgeldern im Ergebnis auch den Verkehrswert des Wohnungseigentums schmälern wird. Demzufolge leistet die Vorschrift sich hier einen regelrechten Zirkelschluss, indem besonders hohe Rückstände in der Regel zu einem besonders niedrigen Verkehrswert führen und in der Folge nur ein geringer Teil der rückständigen Hausgelder von der Wohnungseigentümergemeinschaft erfolgversprechend in der Rangklasse 2 geltend gemacht werden kann. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang jedoch auch, dass das Vorrecht gerade derart begrenzt wurde, um die nachfolgenden und immerhin dinglich gesicherten Gläubiger nicht über die Maße zu benachteiligen. Zudem steht es der Wohnungseigentümergemeinschaft frei, rechtzeitig die Zwangsvollstreckung zu betreiben, damit die Rückstände sich nicht unweigerlich anhäufen und der Verfall des Wohnungseigentums fortschreitet. Auch in diesem Zusammenhang ist der Wohnungseigentümergemeinschaft wiederum ein frühes Einschreiten gegen den säumigen Hausgeldschuldner zu raten.

II. Die Privilegierung der Hausgelder bei Zusammentreffen mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens

Ein großes Defizit in der Handhabung der Rangprivilegierung der Wohnungseigentümergemeinschaft tritt in der Insolvenz des säumigen Hausgeldschuldners zutage. Hier unterscheidet die Rechtsprechung nach Masse- und Insolvenzforderungen und unterscheidet auch die Hausgeldforderungen in Masse- und Insolvenzforderungen. Hierdurch findet eine Teilung des Vorrechts statt, was seiner Natur nach nicht vorgesehen ist. Das Vorrecht ist als einheitliches Recht ausgestaltet ungeachtet des Zeitpunkts der Fälligkeit einzelner vom Vorrecht umfasster Hausgeldforderungen. Insofern entspricht die bisherige Handhabung mit dem Vorrecht in der Insolvenz des Hausgeldschuldners nicht dem, wofür das Vorrecht zu stehen vermag. Vielmehr sollte die Rechtsprechung in Anlehnung an den Wortlaut des § 38 InsO für alle vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Hausgeldforderungen ein Absonderungsrecht anerkennen. Nur so hat die Wohnungseigentümergemeinschaft die Möglichkeit, das Vorrecht als einheitliches Ganzes durchzusetzen.

⁶⁶⁴ Drasdo, ZWE 2012, 406, 409.

Die Aufteilung in Masse- und Insolvenzforderungen erübrigत sich hier und die Wohnungseigentümerge-meinschaft muss nicht mehr die Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter fürch-ten. Die Unterscheidung nach Masse- und Insolvenzforderungen ergibt auch im Hinblick auf eine ebenfalls zur Absonderung berechtigenden Grundschuld keinen Sinn. Diese valutiert ebenfalls in Höhe eines be-stimmten Betrags im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung, ohne dass der gesamte Betrag tatsächlich fällig sein muss.⁶⁶⁵ Trotzdem erlangt der Grundpfandrechtsgläubiger ein Absonderungsrecht in der vollen Höhe der valutierenden Grundschuld, ohne dass eine Aufteilung in Masse- und Insolvenzforderungen erfolgt. Zudem vereinfacht sich das Verfahren um die Durchsetzung der Forderung für die Wohnungseigentümer-gemeinschaft erheblich, da sie sich sodann lediglich um die Verwertung ihres Absonderungsrechts küm-mern muss. Ein weiteres Tätigwerden im Hinblick auf Masseforderungen erübrigत sich insofern.

III. Das Anwartschaftsrecht als ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht

Ein weiteres vom BGH bisher ungeklärtes Szenario stellt die Problematik der Entstehung eines Anwart-schaftsrechts am Grundeigentum durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung vor der Beschlag-nahe dar. Durch die Eintragung der Auflassungsvormerkung entsteht grundsätzlich ein Anwartschafts-recht des Erwerbers, das er im Rahmen einer Drittwiderrspruchsklage gemäß § 771 ZPO im Zwangsverstei-gerungsverfahren des Grundeigentums geltend machen kann. In diesem Fall könnte die Wohnungseigentü-merge-meinschaft von ihrem Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG keinen Gebrauch machen. Dies wiederum öffnet die Tore für den Missbrauch der Auflassungsvormerkung in Form der Rückauflassungsvormerkung, die präventiv im Grundbuch eingetragen werden kann, um so die Vollstreckung der Wohnungseigentümer-gemeinschaft aus der Rangklasse 2 nicht fürchten zu müssen. Zu denken wäre daran, dass diese Problematik sich hier gar nicht stellen würde, sofern der Gesetzgeber das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG von vorn-herein als dingliches Recht ausgestaltet hätte oder die Rechtsprechung es als ein solches anerkannt hätte. In diesem Fall könnte § 26 ZVG Abhilfe schaffen, indem die Regelung anordnet, dass eine Eintragung des Erwerbers als Eigentümer nach erfolgter Beschlagnahme keinen Einfluss mehr auf das Zwangsversteige-rungsverfahren hat. Diese Wirkung hängt dem Wortlaut des § 26 ZVG folgend indes gerade nicht von der Dinglichkeit des Rechts ab, sondern vielmehr von der Eintragung und damit der Sichtbarkeit des Rechts für den Erwerber. An dieser fehlenden Erkennbarkeit des Vorrechts würde jedoch auch die Anerkennung als dingliches Recht nichts ändern. Das Vorrecht wäre selbst dann nicht grumbuchersichtlich und damit nicht von der Wirkung des § 26 ZVG umfasst. Dies indes schadet auch den Ansprüchen der Rangklasse 3 des § 10 Abs. 1 ZVG nicht, die als öffentliche Grundstückslasten ausgestaltet sind. Eine Eintragung im Grundbuch erfolgt hier nicht und trotzdem findet § 26 ZVG analog Anwendung.⁶⁶⁶ Dies legt nahe, dass eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auch auf das Vorrecht der Wohnungseigentümerge-meinschaft erfolgen kann. Hierzu müsste zwangsläufig auch das Vorrecht als dingliche Last ausgestaltet sein, was sie nach den hier gefundenen Ergebnissen indes nicht ist. § 26 ZVG kann in der Sache damit keine Abhilfe schaffen. Insofern muss versucht werden, eine andere Lösung zu finden, die den in Konkurrenz stehenden Interessen von Gläubiger und Erwerber gerecht wird. In diesem Zusammenhang sollte der Ge-setzgeber sich ernsthaft mit der Möglichkeit der Einführung eines neuen dinglichen Rechts auseinanderset-zen, da einzig dieses geeignet ist, die aufkommenden Differenzen dogmatisch sauber auszuräumen und anschließende Folgeprobleme auszuschließen.

⁶⁶⁵ In vielen Fällen wird die Insolvenz des Wohnungseigentümers bereits über längere Zeit angezeigt gewesen sein und insofern eine Fälligstellung der gesamten Grundschuld durch das Kreditinstitut bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt sein. In diesem Fall greift der angeführte Gedanke freilich nicht.

⁶⁶⁶ Stöber, ZVG, § 26, Rn. 2.5, 2.8; Dassler/Schiffhauer/Hintzen, ZVG, § 26, Rn. 3; Depré, ZVG, § 26, Rn. 24.

IV. Reformbedarf im Hinblick auf die Rechtsnatur des Vorrechts

Im Hinblick auf die Rechtsnatur des Vorrechts gibt es auch nach der Entscheidung des BGH zugunsten eines privilegierten schuldrechtlichen Anspruchs und der gleichzeitigen Ablehnung einer dinglichen Last keine Einigkeit in der Literatur. Interessant ist, dass die überwiegende Meinung dabei jedoch nicht die Entscheidung des BGH als solche als fehlerhaft ansieht, sondern das Versäumnis hier vielmehr beim Gesetzgeber sieht, der es im Rahmen der Reform des ZVG versäumte, eine zweckmäßige dingliche Last zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft zu schaffen. Dies wurde bis zur Klarstellung des BGH jahrelang dadurch versucht zu überbrücken, dass die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG extensiv ausgelegt wurde, um ihr die gewünschte und vermeintlich notwendige Wirkung zuzuschreiben. Um diesem abzuhelfen, empfiehlt *Herrler* dem Gesetzgeber, eben dies in einer weiteren Reform des Gesetzes anzugehen, da die Schutzwirkung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft ansonsten von Zufälligkeiten abhängt.⁶⁶⁷ Hier greift auch *Kesseler* ein, der eine Regelung eben dieser Wirkung im ZVG als vorrangig verfahrensrechtliches Regelwerk als handwerklich missglückt ansieht und damit einhergehend fordert, eine Privilegierung der Wohnungseigentümergemeinschaft systematisch sauber auf materiell-rechtlicher Ebene vorzunehmen.⁶⁶⁸ Dieses Vorgehen ist dem Gesetzgeber nicht unbekannt, denn auch die dingliche Berechtigung der Grundpfandrechtsgläubiger ergibt sich nicht direkt aus § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG, sondern aus den §§ 1113, 1191, 1199 BGB. Gleiches gilt für die Rangklasse 3, denn auch die dingliche Berechtigung der öffentlichen Lasten ergibt sich nicht aus der Rangklasse an sich, sondern aus den jeweils einschlägigen Normen der öffentlichen Abgaben.⁶⁶⁹ Insofern ist es nicht weit hergeholt, eine ähnliche Regelung auch für rückständige Hausgelder einzuführen. Richtiger Ort einer solchen Regelung wäre dann jedoch nicht das ZVG, sondern im Hinblick auf den Regelungsgehalt wohl das WEG. *Becker* schlägt in diesem Zusammenhang vor, die Vorschrift des § 16 WEG um einen neuen Abs. 9 zu ergänzen, dessen Inhalt sich bereits jetzt aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ergibt.⁶⁷⁰ Hierin soll festgehalten werden, dass die Beiträge zu den Kosten und Lasten nach Maßgabe des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG aus dem Wohnungseigentum zu leisten sind. Die Befriedigung aus dem Wohnungseigentum soll dann im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen. Mit einer Regelung dieses Inhalts wäre der dingliche Charakter des Vorrechts festgestellt.

Zumindest keinen rechtspolitischen Korrekturbedarf sieht indes *Weber*.⁶⁷¹ Indem er trotzdem für einen Ausbau des Vorrechts zu einem dinglichen Recht plädiert, bringt er die Diskussion in der Sache allerdings nicht zielführend voran. Weitaus hilfreicher ist hier der Vorschlag von *Herrler*, die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG mit einer korrespondierenden dinglichen privaten Last zu versehen.⁶⁷² Womit der Vorschlag im Ergebnis auf denselben, wie bereits von *Becker* vorgeschlagen, hinausläuft.

Keinen Handlungsbedarf des Gesetzgebers sieht indes *Schreindorfer*.⁶⁷³ Dieser sieht den Schutz des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft bereits dadurch als gewahrt an, indem eine Verdinglichung in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen wird. Hier hat die Wohnungseigentümergemeinschaft es selbst in der Hand, sich den Schutz eines dinglichen Rechts zu beschaffen, ohne dass der Gesetzgeber tätig werden müsste. Dieses Surrogat des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft ist zumindest dort nicht ausreichend, wo – möglicherweise aufgrund von Unwissen – keine zweckorientierte Gemeinschaftsordnung

⁶⁶⁷ Herrler, NJW 2013, 3515, 3518.

⁶⁶⁸ Kesseler, NJW 2009 121, 125.

⁶⁶⁹ Böttcher, ZVG, § 10, Rn. 23.

⁶⁷⁰ Becker, ZfIR 2013, 806, 811.

⁶⁷¹ Weber, DNotZ 2014, 738, 757.

⁶⁷² Herrler, NJW 2013, 3518.

⁶⁷³ Schreindorfer, MittBayNot 2015, 39, 45.

besteht. Nichtsdestotrotz ist im Ergebnis davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich bewusst gegen die Verdinglichung des Vorrechts aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG entschieden hat und es dieser Verdinglichung des Vorrechts zum Schutz der Wohnungseigentümergemeinschaft auch nicht unbedingt bedarf. Hier wurde durch Rechtsprechung und Literatur mittlerweile eine Vielzahl an Mechanismen gefunden, um das Vorrecht ausreichend zu schützen. Insofern ist die Schaffung eines neuen dinglichen Rechts auch mit Blick auf den Typenzwang des Sachenrechts, hier möglicherweise mit Blick auf das Konkurrenzverhältnis der Interessen von Erwerbern, Vormerkungsberechtigten und der Wohnungseigentümergemeinschaft, angezeigt.

1. Die Vorteile der Einführung eines neuen dinglichen Rechts

Der Gesetzgeber könnte mit der Schaffung eines neuen dinglichen Rechts zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft die Spannungen im Fall der Eintragung einer Auflassungsvormerkung lösen, da § 26 ZVG uneingeschränkt Anwendung finden könnte. Dies würde beiden Parteien zugutekommen, da der Erwerber von vornherein weiß, worauf er sich einlässt, und die Wohnungseigentümergemeinschaft die uneingeschränkte Möglichkeit hat, ihr Vorrecht auch bei bereits erfolgter Eintragung einer Vormerkung durchzusetzen. Im Hinblick auf die Insolvenz des Hausgeldschuldners wäre die Problematik um die Zweiteilung des Vorrechts in Masse- und Insolvenzforderungen nicht gelöst. Hier müsste die Rechtsprechung trotzdem die Thematik zur Fälligkeit der Forderungen aufgreifen und an aktuelle Bedürfnisse anpassen.

2. Die Nachteile der Einführung eines neuen dinglichen Rechts

Jedoch kann auch die Anerkennung eines dinglichen Rechts nicht überall zufriedenstellende Ergebnisse schaffen. So würde das Wohnungseigentum auch nach einem erfolgten Eigentumswechsel automatisch weiter für die säumigen Hausgelder einstehen. Dies ließe die Attraktivität des Wohnungseigentums erheblich schwinden, da es im Endeffekt darauf hinausläuft, dass der Erwerber die Rückstände des Voreigentümers ablösen wird, um die Zwangsversteigerung der Immobilie abzuwenden.

3. Stellungnahme

An dieser Stelle wird deutlich, dass die rechtsdogmatische Ausgestaltung des Vorrechts sowohl als dingliches Recht als auch als schuldrechtlicher Anspruch Vor- und Nachteile mit sich bringt. Eine alles umfassende Lösung wird es hier nicht geben. Daher ist es angezeigt, die optimale Lösung für die jeweilige Partei in der konkreten Situation zu suchen. Im Ergebnis sprechen die besseren Erwägungen, die insbesondere praktischer Natur sind, jedoch für die Schaffung eines neuen dinglichen Rechts durch den Gesetzgeber. Dies erleichtert den Umgang mit dem Vorrecht nicht nur für die Wohnungseigentümergemeinschaft und potenzielle Kaufinteressenten einer Wohnungseigentumseinheit, sondern auch für die Gerichte. Letztere können in der Folge aufgrund der dinglichen Ausgestaltung in den überwiegenden Fällen eine stringente Durchsetzung des Vorrechts anvisieren. Da die bisherige Fassung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG eine solche Deutung des Vorrechts nicht zulässt, sollte der Gesetzgeber idealerweise in § 16 WEG einen weiteren Absatz integrieren, der das Vorrecht unzweifelhaft als dingliches Recht qualifiziert. Denkbar wäre hier folgende Formulierung: *Die Beiträge zu den Kosten und Lasten des Wohnungseigentums sind aus dem jeweiligen Grundstück zu gewähren.*

Die Problematik im Hinblick auf eine Einstandspflicht des Wohnungseigentums auch im Falle der rechtsgeschäftlichen Veräußerung kann indes durch bereits an früherer Stelle praktizierte Mechanismen der Vertragsgestaltung zumindest auf ein Minimum reduziert werden. Im Hinblick auf die Entstehung eines Absonderungsrechts zugunsten der Gemeinschaft ändert sich mit Einführung eines dinglichen Rechts indes nichts.

V. Die Reformbestrebungen des Gesetzgebers zu den Vorschriften des ZVG

Der Gesetzgeber hat bereits mit Beginn des Jahres 2015 ein Forschungsvorhaben zum Reformbedarf des ZVG in Auftrag gegeben. Dessen Ziel soll es sein, ein den künftigen Herausforderungen gerecht werdendes Regelwerk zu schaffen, das heutigen Transparenzanforderungen im Rechtsverkehr genügt und zu einem gerechten Ausgleich zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteressen beiträgt. Hierbei steht vor allem die strukturelle Anpassung des Gesetzes aus dem Jahr 1897 an die ökonomischen Grundlagen und die Rahmenbedingungen des 21. Jahrhunderts im Vordergrund.⁶⁷⁴ Das Forschungsprojekt teilt sich hierbei in einen Rechtstatsachen erhebenden Teil und einen rechtsvergleichenden Teil. Die hier fokussierten Probleme der Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG sind dabei weitestgehend unberücksichtigt geblieben. Womit an dieser Stelle, selbst wenn der bestehende Reformbedarf umgesetzt wird, nicht sicher vorausgesagt werden kann, dass auch die im Verhältnis sehr junge Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG reformiert werden würde. Insofern bleibt der Wohnungseigentümergemeinschaft bis dahin ohnehin nichts anderes übrig, als sich bestmöglich zu schützen und mit den bestehenden Gegebenheiten die Praxis zu bestreiten.

⁶⁷⁴ Siehe hierzu: <http://www.bmjjv.de/DE/Themen/FinanzenUndAnlegerschutz/ZwangsvollstreckungPfaendschutz/ForschungsvorhabenReformbedarfZVG.html>, zuletzt aufgerufen am 27.02.2018)

K. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

Die Ergebnisse dieser Bearbeitung im Hinblick auf die Privilegierung der Wohnungseigentümergemeinschaft durch ein begrenztes Vorrecht lassen sich thesenartig folgendermaßen zusammenfassen:

1. Nach der Rechtsprechung des BGH und der hier vertretenen Auffassung kommt dem Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG keine dingliche Wirkung zu. Das Vorrecht beschränkt sich auf einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Hausgeldschuldner, der im Rahmen einer Zwangsvollstreckung privilegiert befriedigt wird.
2. Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann ihr Vorrecht aufgrund der fehlenden Dinglichkeit des Vorrechts nicht gegen den Einzelrechtsnachfolger des Hausgeldschuldners geltend machen. Es sei denn, es gibt eine Vereinbarung hinsichtlich der Einstandspflicht des Rechtsnachfolgers für rückständige Hausgelder in der Gemeinschaftsordnung. Sodann haftet der Erwerber unabhängig von der Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG aufgrund der Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung, welche im Grundbuch der Wohnungseigentumseinheit niedergelegt ist, für rückständige Hausgelder.
3. Bei einem Erwerb des Wohnungseigentums durch Zuschlag hat der Ersteher nicht für rückständiges Hausgeld einzustehen. Der Erwerber muss vielmehr erst mit dem auf den Zuschlag folgenden Tag für die laufenden Hausgeldzahlungen einstehen.
4. Der Einzelrechtsnachfolger kann sich aufgrund verschiedener Schutzmechanismen im Kaufvertrag vor einer Inanspruchnahme durch die Wohnungseigentümergemeinschaft aufgrund der Rechtsnachfolge-regelung in der Gemeinschaftsordnung schützen.
5. Das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG geht einer im Grundbuch des Wohnungseigentums eingetragenen Vormerkung grundsätzlich vor. Dies unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt des Verfahrens die Vormerkung zugunsten des Vormerkungsberechtigten eingetragen worden ist.
6. Der Vormerkungsberechtigte muss sich frühzeitig um den Schutz seiner Rechtsstellung bemühen. Ein solches Vorgehen bietet sich standardmäßig im Rahmen der Kaufvertragsverhandlungen an, insbesondere durch eine Verwaltererklärung als Fälligkeitsvoraussetzung, bei gegebenem Anlass auch in Kombination mit der Festlegung einer Reihenfolge zur Ablösung von Rechten mit Mitteln des Kaufpreises.
7. Sofern der Vormerkungsberechtigte durch Eintragung der Vormerkung und Antragstellung auf Eigentumsumschreibung bereits ein Anwartschaftsrecht am Grundeigentum erlangt hat, kann die Wohnungseigentümergemeinschaft den Eigentumserwerb des Anwartschaftsberechtigten nicht mehr verhindern. Dieser kann sein Recht im Rahmen einer Drittwiderrufspruchsklage gemäß § 771 ZPO geltend machen.
8. Die Wohnungseigentümergemeinschaft erhält in der Insolvenz des Wohngeldschuldners nach Ansicht des BGH ein Absonderungsrecht für alle vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Forderungen.
9. Zur Unterscheidung nach Insolvenz- und Masseforderungen darf nicht auf die Fälligkeit der Haugeldforderungen abgestellt werden. Vielmehr ist, in Anlehnung an den Wortlaut des § 38 InsO, auf die Beschlussfassung der Wohnungseigentümergemeinschaft und damit die Begründung der Forderung abzustellen. So kann eine unzulässige Verkürzung des Absonderungsrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft verhindert werden

10. Alternativ kann nach der hier vertretenen Auffassung ein Absonderungsrecht auch an den vom BGH als Masseforderungen qualifizierten Hausgeldern entstehen. Hierdurch würden die als Masseforderungen qualifizierten Hausgelder in der Insolvenz des Hausgeldschuldners keine ungesicherten Forderungen.
11. Der Insolvenzverwalter ist berechtigt, das Wohnungseigentum freizugeben. Der Wohnungseigentümergemeinschaft droht dann der Verlust ihres Vorrechts durch den Verkauf des Grundeigentums durch den Schuldner. Hierdurch sollte die Wohnungseigentümergemeinschaft sich mit einer frühzeitigen Titulierung der Forderung sowie einer Verwertungsinitiative schützen.
12. Der Insolvenzverwalter kann das Wohnungseigentum ebenso in einer freihändigen Veräußerung verwerten. Hier entsteht ein Ersatzabsonderungsrecht am Veräußerungserlös zugunsten der Wohnungseigentümergemeinschaft, während die Masseforderung unverändert vorweg aus der Masse zu befriedigen sind.
13. Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann ihr Vorrecht im Rahmen eines eigenen oder eines fremden Zwangsversteigerungsverfahrens geltend machen. Hinsichtlich des fremden Verfahrens sind eine bloße Anmeldung der Forderung als auch ein Beitritt denkbar.
14. Die Grundpfandrechtsgläubiger sind im Rahmen eines solchen Verfahrens zu einer Ablösung der Forderung gemäß § 268 BGB berechtigt. In der Folge gehen die Forderung und auch die Rangklasse auf sie über und sie können privilegiert aus der Rangklasse 2 vollstrecken. Die Wohnungseigentümergemeinschaft ist nicht berechtigt, im selben Verfahren die Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG nochmals auszunutzen. Sie ist mit dem Rest ihrer Forderung auf die Rangklasse 5 verwiesen.
15. Findet lediglich eine teilweise Ablösung der Forderung durch die nachfolgenden Grundpfandrechtsgläubiger statt, so kann die Wohnungseigentümergemeinschaft wegen des Restes ihrer Forderung ungehindert aus der Rangklasse 2 vollstrecken. Aufgrund des § 268 Abs. 3 BGB müssen die ablösenden Grundpfandrechtsgläubiger sich diese Forderung trotzdem vorgehen lassen.
16. Auch der Schuldner ist berechtigt, die Forderung während des laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens abzulösen. In diesem Fall füllt die Rangklasse 2 sich laufend mit den rückständigen Beträgen, die ansonsten der Rangklasse 5 unterfallen wären auf, bis eine vollständige Erfüllung stattgefunden hat. Sodann erlöschen die Forderung und auch das Rangklassenprivileg des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Ein Übergang von Forderung und Rangklasse findet in diesem Fall nicht statt.
17. Das Vorrecht kann auch im Rahmen des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hausgeldschuldners durchgesetzt werden. Auch hier gelten im Hinblick auf das Absonderungsrecht die Regelungen des ZVG zur Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Hinsichtlich der Masseforderungen erfolgt eine Befriedigung durch den Insolvenzverwalter aus der Masse.
18. Sofern eine dingliche Rechtsnatur des Vorrechts der Wohnungseigentümergemeinschaft durch den Gesetzgeber gewollt ist, sollte dieser im Rahmen seiner Reformbestrebungen eine entsprechende materielle Regelung ins WEG aufnehmen.
19. Die Einführung eines neuen dinglichen Rechts für das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ist insbesondere im Hinblick auf praktische Erwägungen angezeigt.

Die Autorin

Isabel Oldenburg studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Bayreuth und Hamburg. Nach Bestehen der Ersten Juristischen Prüfung in Hamburg war sie promotionsbegleitend in der Hamburger Wirtschaftskanzlei Neuwerk Rechtsanwälte im Dezernat Immobilienwirtschaftsrecht als Juristische Mitarbeiterin tätig.

E-Mail: isabel.oldenburg@gmx.de

