

Studium und Praxis

Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht

Kurzlehrbuch

von

Prof. Dieter Eickmann, Prof. Roland Böttcher

3. Auflage

[Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht – Eickmann / Böttcher](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Immobilienvollstreckung](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64623 2

§ 12. Modifizierungen des Deckungs- und des Übernahmegrundsatzes 139

Das Recht bekäme somit volle Deckung; ein Betrag von EUR 39 750 EUR entfielen auf nachrangige Rechte.

Nunmehr bewirkt die Liegenlassung Folgendes:

Bargebot	100 000 EUR	
Zinsen w. o.	1 000 EUR	
	101 000 EUR	
	51 250 EUR	(= Bargebots-
		kürzung)
	<u>49 750 EUR</u>	

Der Kürzungsbetrag errechnet sich wie folgt:

10% Zinsen v. 1. 3. 2003–31. 5. 2003 (= Zuschlag bis Verteilung!)	1 250 EUR
Kapital	<u>50 000 EUR</u>
	51 250 EUR

Aus dem um diesen Betrag auf 49 750 EUR gekürzten Bargebot erhält der Gläubiger noch 10% Zinsen vom 1. 3. 2001–28. 2. 2003 = 10 000 EUR

Für die nachrangigen Rechte verbleiben sodann 39 750 EUR, die auch ohne Liegenlassung zur Verfügung stünden.

Als Kontrollrechnung:

Der Gläubiger hätte erhalten:	61 250 EUR
Er erhält als Gl. eines bestehen bleibenden Rechts <i>nunmehr</i>	<u>10 000 EUR</u>
Bargebotskürzung also:	51 250 EUR

c) Nach § 91 III 2 wirkt die Liegenlassung „im Übrigen“ wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstück. Dies wird nahezu allgemein dahin verstanden, dass ohne Rücksicht auf den Umfang der Bargebotskürzung die persönliche Forderung gegen den Schuldner sowie die Rechte gegen Mithaftende und Bürgen im vollen Umfang der Liegenlassung (d. h. also i. H. des Nennbetrags) erlöschen.²⁹

Die Motive³⁰ rechtfertigen die Erlöschungswirkung mit der im Ansatz zutreffenden Erwägung, dass ohne Liegenlassung der aus dem Erlös befriedigte Gläubiger seine Forderung verlöre und Mithaftende sowie Bürgen frei würden, diese Folgen könnten durch eine Liegenlassung nicht umgangen werden. Das ist richtig, spricht aber gerade nicht für eine Erlöschungswirkung, die über das Ausmaß der Bargebotskürzung hinausgeht. Man sollte deshalb nicht am Wortlaut haften bleiben, sondern die Norm ihrem Sinn und Zweck gemäß dahin verstehen, dass die Befriedigungswirkung nur insoweit eintritt, als der Berechtigte Zuteilung erhalten hätte.³¹

Es ist bezeichnend, dass der BGH in den Fällen, in denen das Recht höher valuiert als der Betrag, den es als Zuteilung bekommen hätte, dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner einen Kondiktionsanspruch zubilligt³² in Höhe der Differenz zwischen anrechenbarem Erlös und der nach der herrschenden Meinung eintretenden umfassenden Befriedigungsfiktion. Daran wird evident, dass die Regelung, so wie die herrschende Meinung sie versteht, zu ungerechtfertigten Ergebnissen führt. Der BGH musste denn auch, um § 91 III 2 den Charakter einer Regelung für das Behaltendürfen i. S. des Bereicherungsrechts abzusprechen, konsequent sogar so weit gehen, die Norm als „Fiktion ohne endgültigen materiell gerechtfertigten Zuweisungsgehalt“ zu erklären. Ist man einmal so weit, dann liegt es nahe, sich zu fragen, ob nicht eine sinnvolle Auslegung der Norm mehr bewirkt, als der Ausweg über das Kondiktionsrecht. Geht man von der o. e. gesetzgeberischen Absicht aus, dann

²⁹ RGZ 156, 251, 276; BGH ZIP 1981, 161, 163; Stöber § 91 Rn. 5; Jaekel/Güthe § 91 Rn. 9; Hornung Rpfleger 1972, 203, 205.

³⁰ Mot., S. 262.

³¹ Ebenso: Muth Rpfleger 1990, 3; Böttcher § 91 Rn. 21; Sickinger MittRhNotK 1996, 241, 246.

³² BGH NJW 1981, 1601 = Rpfleger 1981, 140 = ZIP 1981, 151.

drängt sich die Vermutung auf, das Gewollte habe hier lediglich unzureichenden verbalen Ausdruck gefunden: „... im Übrigen ...“ kann sich nämlich, ohne dass man dem Text Gewalt antäte, auch auf den in Satz 1 angesprochenen Betrag beziehen – dieser wird vom Bargebot abgezogen und bestimmt „im Übrigen“ die Befriedigungswirkung! Die Wendung „im Übrigen“ wurde im 19. Jahrhundert häufiger synonym für „insoweit“ verwandt.

d) Ist das Recht, dessen Bestehen bleiben vereinbart wird, eine Grundsuld, so kann die Vereinbarung die Rechte des Rückgewährberechtigten nicht schmälern. Bekommt ein erloschenes Recht in der Erlösverteilung mehr zugeteilt, als der Gläubiger nach dem Umfange seiner Forderung zu verlangen hat, so gebührt der Mehrerlös dem Schuldner bzw. einem Zessionar des Rückgewähranspruches (vgl. dazu unten § 20 IV). Wird das Bestehenbleiben vereinbart und der Ersteher kürzt im Umfange der an sich anfallenden Zuteilung das Bargebot, so verwandelt sich der Rückgewähranspruch in einen Rückzahlungsanspruch gegen den Gläubiger in Höhe des Überschusses³³ (Differenz zwischen anrechenbarem Erlös und Forderung des Gläubigers), denn der Gläubiger muss sich wegen § 91 III 2 so behandeln lassen, als habe er den bei Erlöschen auf das Recht zuzuteilenden Betrag tatsächlich erhalten.

Zugleich bedeutet die dem Ersteher zugute kommende Bargebotskürzung eine Leistung des Gläubigers an den Ersteher,³⁴ denn der Gläubiger wäre ja in dieser Höhe hebungsberechtigt gewesen; der durch die Liegenlassungsvereinbarung bewirkte Verlust dieser Hebung bedeutete zugleich das entsprechende Freiwerden des Erstehers von der Verpflichtung zur Deckung des Bargebots. Innerhalb der zwischen Ersteher und Gläubiger regelmäßig vereinbarten Neubegründung eines Sicherungsverhältnisses (unten e) bewirkt diese Anrechnung wirtschaftlich eine Valutierungsleistung („fiktive Valutierung“).

Man kann sich die wirtschaftlichen Vorgänge am besten anhand eines Beispieles vorstellen: Bank B gewährt dem Schuldner ein Darlehen von 100 000 EUR, das durch Grundsuld gesichert wird. Als 60 000 EUR zurückbezahlt sind, kommt es zur Versteigerung. Auf die Grundsuld entfiel ein Erlösanteil in Höhe von 60 000 EUR, es wird jedoch ihr Bestehenbleiben vereinbart. Der Ersteher vereinbart mit der Bank gleichfalls eine Darlehensgewährung von 100 000 EUR mit Sicherung durch das bestehen bleibende Recht. Wenn man die dadurch bewirkten Zu- und Abflüsse darstellt, zeigt sich Folgendes:

Schuldner Sch	Bank B	Ersteher E
+ 100 000 EUR Valutierung durch B	– 100 000 EUR Valutierung an Sch	+ 60 000 EUR fiktive Valutierung v. B
– 60 000 EUR Tilgung	+ 60 000 EUR Tilgung v. Sch	+ 40 000 EUR echte Valutierung
– 40 000 EUR Erlöschen der Forderung gemäß § 91 III 2	– 20 000 EUR Rückgewähr an Sch	– 100 000 EUR Rückzahlung an B
– 20 000 EUR Erlösanteil, der Ersteher zugute kommt, aber aus Vermögen v. Sch stammt	+ 60 000 EUR Rückzahlung d. fiktiven Valutierung	
	– 40 000 EUR echte Valutierung an E	
	+ 40 000 EUR Rückzahlung durch E	
+ 20 000 EUR Rückgewährleistung v. B		

³³ BGH NJW 1975, 980 u. Rpfleger 1985, 74.
³⁴ BGH Rpfleger 1985, 74.

Der Schuldner hat 60 000 EUR des erhaltenen Darlehens getilgt, als es zur Versteigerung kommt. Da die Restforderung der Bank gem. § 91 III 2 erlischt und sie insoweit als befriedigt gilt, muss sie in Höhe von 20 000 EUR den Rückgewähranspruch ausgleichen (s. *Fn. 33*). Die Bank hat dem E gegenüber in Höhe der Bargebotskürzung eine Leistung erbracht (s. *Fn. 34*), die als fiktive Valutierung des Darlehens anzusehen ist. Sie muss deshalb nur noch 40 000 EUR an E als „echte“ Valutierung des Darlehens bezahlen, bekommt aber von ihm 100 000 EUR zurück.

e) Über eine eventuelle persönliche Forderung des Gläubigers gegenüber dem Ersteher lässt sich das Gesetz nicht aus. Da § 53 nicht anwendbar ist,³⁵ weil er nur die ins geringste Gebot (gem. § 44 oder gem. § 59) eingestellten Rechte betrifft, ist die Frage einer Vereinbarung der an der Bestehenbleibensvereinbarung Beteiligten anheimgestellt. Die herrschende Meinung nimmt an, dass in der Liegenlassensvereinbarung regelmäßig auch die Übernahme persönlicher Haftung zu erblicken sei.³⁶ Dem kann nicht zugestimmt werden, weil die Übernahme persönlicher Haftung den Ersteher u.U. schlechter stellt, so dass es stets einer ausdrücklichen Haftungsübernahme bedarf.

Da das Schicksal der – ursprünglichen – persönlichen Forderung gegenüber dem Schuldner gesondert geregelt ist (s. oben d), kann es sich bei der Übernahme der persönlichen Haftung durch den Ersteher nur um eine neue (abstrakte) Verbindlichkeit handeln;³⁷ Einreden aus dem ursprünglichen Forderungsverhältnis können somit dem Ersteher nicht zustehen.

§ 13. Die Versteigerungsbedingungen und ihre Änderung

Literatur: *Gay*, Feststellung abweichender Versteigerungsbedingungen gemäß § 59 ZVG, 2002; *Muth*, Das Fortbestehen von Grundpfandrechten als abweichende Versteigerungsbedingung nach § 59 Abs. 3 ZVG, *JurBüro* 1985, 13; *ders.*, Änderung von Versteigerungsbedingungen, *Rpfleger* 1987, 397; *Schiffhauer*, § 59 ZVG – eine Crux ohne Ende?, *Rpfleger* 1986, 326; *Stöber*, Änderung der Versteigerungsbedingungen während der Bietstunde, *ZIP* 1981, 944; *Storz*, Nochmals: Änderungen der Versteigerungsbedingungen während der Bietstunde, *ZIP* 1982, 416.

I. Der Begriff der Versteigerungsbedingungen

Der Begriff der Versteigerungsbedingungen wird im Gesetz an mehreren Stellen verwendet; entscheidende Bedeutung gewinnt er jedoch nur im Rahmen des § 59, der unter bestimmten Voraussetzungen (s. *unten II*) Abänderungen ebensolcher Bedingungen ermöglicht.

Auszugehen ist davon, dass das Gesetz die §§ 44–65 mit „Geringstes Gebot und Versteigerungsbedingungen“ überschreibt. Damit ist der Begriff verbal und systematisch eingegrenzt. Das deckt sich auch mit der während der Gesetzesberatungen getroffenen Feststellung, Versteigerungsbedingung sei alles „was im Falle eines Kaufvertrages nach der Sprachweise des Bürgerlichen Gesetzbuches als Vertragsbestimmungen (lex contractus) bezeichnet werde“.¹ Hierher gehören somit alle Vorschriften, die den „Kauf“ gegenstand beschreiben (§ 55), sich mit der Höhe und Art

³⁵ *Jaekel/Güthe* § 91 Rn. 8.

³⁶ *RGZ* 70, 411; *Jaekel/Güthe* § 91 Rn. 8; *Stöber* § 91 Rn. 3.12.

³⁷ *Stange*, Die Liegenbelassungsvereinbarung, S. 81, 82; *Stöber* § 91 Rn. 3.12; *Böttcher* § 91 Rn. 19.

¹ So zitiert in *Jakobs/Schubert*, Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, 4. ZVG, 1983, S. 322; vgl. auch *Böttcher* § 59 Rn. 8.

der Gegenleistung befassen (§§ 44–53), Gewährleistung regeln (§ 56 S. 3), sowie Nutzungs- und Lastenübergang festlegen (§ 56 S. 1, 2). Keine Versteigerungsbedingung sind somit die Vorschriften über den Hergang der Versteigerung (§§ 66–77) und über die Zuschlagserteilung, denn sie regeln nicht die Voraussetzungen des Versteigerungsgeschäftes, sondern dessen Durchführung; auf den zivilrechtlichen Vorgang übertragen, nicht den Inhalt des Vertrages, sondern dessen Abschlussformalia und Zustandekommen. Erst recht gehören nicht hierher die Vorschriften über die Erlösverteilung, denn sie regeln den aus der zivilrechtlichen Sicht ebenso wie nach der Verfahrensgestaltung des Gesetzes verselbstständigten Vorgang der Abwicklung der Gegenleistung. Auch die Rechtswirkungen des Zuschlages sind keine Versteigerungsbedingungen, sondern Versteigerungsfolgen.

Demgegenüber vertritt eine verbreitete Meinung² eine sehr viel weitergehende und umfassendere Auslegung des Begriffes, ohne dafür jedoch eine Definition oder eine allgemein anwendbare Begriffseingrenzung geben zu können. Da sie wegen dieses Fehlens irgendeiner Begriffsbildung letztlich nahezu jede Vorschrift des Gesetzes als Versteigerungsbedingung versteht, sieht sie sich bezeichnenderweise genötigt, Regelungen zu benennen, die zwar nach ihrem Verständnis Versteigerungsbedingungen sein sollen, aber als „wesentliche Grundsätze des ZVG“ trotzdem einer Abänderung nicht unterzogen werden dürfen.³ Für die Abgrenzung „wesentlicher“ zu den „unwesentlichen“ Grundsätzen fehlt es freilich wiederum an jeglicher Begriffsbildung oder Regel; gegebene Beispiele sind letztlich nicht verifizierbar.

So darf es nicht verwundern, dass eine total verunsicherte Praxis das Verfahren nach § 59 als eine „crux ohne Ende“⁴ ansieht und ihm mit einer Einstellung begegnet, die eine merkwürdig-unerfreuliche Mischung aus Pragmatismus und Resignation darstellt.

Bei einem Vorgang wie dem der Zwangsversteigerung, gekennzeichnet durch seinen Grundrechtseingriff und die Umverteilung meist erheblicher Vermögenswerte, muss das Verfahren jedoch überschaubar, in der Problembewältigung kalkulierbar und nachvollziehbar sein.

Deshalb verstehe ich als Versteigerungsbedingungen i.S. des § 59 nur die in den §§ 44–65 niedergelegten Regeln.⁵

Dafür spricht zunächst die wörtliche Interpretation, denn „Bedingung“ kann (da auf die §§ 158ff. BGB zweifellos nicht abgehoben wird) nach dem Wortsinn nur als „Voraussetzung“ verstanden werden. Es scheiden somit die Folgen (Zuschlagswirkungen, Erlösverteilung) ebenso aus, wie die Regeln über das Versteigerungsgeschäft, denn ein Vorgang selbst kann nicht gleichgestellt werden mit seinen Voraussetzungen.

Zweitens spricht für diese Auffassung das systematische Argument. Die Systematik des ZVG ist durch die Überschrift in Nr. IV des 2. Titels klargestellt. Aber auch rechtssystematisch lässt sich dieses Ergebnis begründen: Verfahrensrecht ist grundsätzlich ius cogens; dispositiv ist eine Norm dann, wenn sie nicht im öffentlichen, sondern nur im Interesse der Parteien (Beteiligten) gegeben ist. Damit scheiden aus alle Regeln über das Bietgeschäft, denn sie dienen nicht nur den Interessen der Be-

² Muth Rpfleger 1987, 397, 398; Steiner/Storz § 59 Rn. 9. Eine noch weitergehende Auffassung vertritt Gay S. 94: Versteigerungsbedingungen seien alle Vorschriften, die Beteiligteninteressen betreffen; auszunehmen seien also lediglich Vorschriften zur Regelung öffentlicher Interessen.

³ Nussbaum S. 107; Muth Anm. 1 V Rn. 5; Steiner/Storz § 59 Rn. 6, 7.

⁴ So die plastische Bezeichnung von Schiffhauer Rpfleger 1986, 326.

⁵ Ebenso: Schiffhauer Rpfleger 1986, 334; Korintenberg/Wenz § 59 Fn. 2; Böttcher § 59 Rn. 8.

teiligten, sondern mindestens ebenso denen der Bietinteressenten und damit dem öffentlichen Interesse an der Bieterkonkurrenz. Weiter scheiden aus die Regeln über die Zuschlagsfolgen, weil sie entweder als sachenrechtliche Norm ohnehin absolut wirken oder die Interessen Dritter berühren. Letztlich scheiden aus die Regeln über die Erlösverteilung, weil sie auch Interessen des Erstehers betreffen und überdies wegen des Gebotes der materiell richtigen Verteilung (s. unten § 20 I) öffentliche Interessen berühren.

Letztlich spricht für die hier vertretene Auffassung das vorstehend bereits erörterte historische Argument.

So bleibt schließlich die Frage nach dem Sinn und Zweck der Regelung. Sie werden übereinstimmend in einer flexibleren Verfahrensgestaltung gesehen, die der Förderung der Bietkonkurrenz und damit der Erlösmaximierung dienen soll.⁶ Wenn demgegenüber aus der Praxis berichtet wird, § 59 werde zunehmend „... mit dem Ziel eingesetzt, das Versteigerungsgeschäft noch komplizierter und undurchsichtiger zu machen ...“, um Bietinteressenten abzuschrecken, sie vom Bieten abzuhalten ...⁷ und ein so prononcierter Vertreter der herrschenden Meinung wie *Muth* anmerken muss, dass „... immer wieder Fälle bekannt werden, in denen sogenannte Tricktäter ... den Gesetzeszweck unterlaufen ...“,⁸ dann wird klar, dass der Gesetzeszweck, wenn überhaupt, nur durch eine begrifflich saubere, vorausschaubare, nachvollziehbare und justiziable Auslegung gesichert werden kann. Auch das teleologische Argument spricht somit gegen die herrschende Meinung und für die hier vertretene Auffassung.

Wird ein Grundstück doppelt ausgeboten, obwohl die verlangten abweichenden Bedingungen den gesetzlichen Bedingungen inhaltlich entsprechen, ist der Zuschlagsversagungsgrund des § 83 Nr. 1 gegeben.⁹

II. Das Abänderungsverfahren

1. Antrag

a) Abweichende Feststellung der Versteigerungsbedingungen geschieht „auf Verlangen“. Ein solches „Verlangen“ (das Gesetz verwendet den Begriff auch noch an anderen Stellen¹⁰) ist nichts anderes als ein Antrag.

Im Schrifttum finden sich Versuche, „Verlangen“ und „Antrag“ voneinander zu unterscheiden, indem das Verlangen als eine „verstärkte Form des Antrages“ erklärt wird.¹¹ Die „Verstärkung“ soll darin liegen, dass das Gericht dem Begehren ohne Ermessensausübung nachkommen müsse, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind und dass das Gericht nicht von Amts wegen abändern dürfe. Das aber gilt für Anträge gleichermaßen, sofern nicht das Gesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Somit ist für eine begriffliche Unterscheidung weder ein praktisches Bedürfnis noch eine dogmatische Erklärung ersichtlich.

Der Antrag unterliegt als prozessuale Erwirkungshandlung den dafür allgemein geltenden Regeln. Er ist zulässig bis zur Aufforderung zur Abgabe von Geboten (Abs. 1 S. 1) und kann bis zu diesem Zeitpunkt zurückgenommen werden (Abs. 1 S. 2).

⁶ So, mit Abweichungen lediglich im Verbalen, zB *Muth* Rpfleger 1987, 397, 398 oder *Steiner/Storz* § 59 Rn. 1.

⁷ So *Schiffhauer* Rpfleger 1986, 326.

⁸ *Muth* Anm. 1 V Rn. 2.

⁹ BGH ZfR 2012, 661.

¹⁰ § 9 Nr. 2, § 63 II, § 64 II, § 67 I 2, § 68, II, III, § 174.

¹¹ *Schiffhauer* Rpfleger 1986, 327; *Steiner/Storz* § 59 Rn. 38.

b) Antragsberechtigt ist nach § 59 I 1 jeder Beteiligte i.S. des § 9. Bietinteressenten haben somit kein Antragsrecht.

c) Wie für jedes Rechtsschutzbegehren muss auch hier dem Antragsteller ein Rechtsschutzbedürfnis zur Seite stehen. Dass dies besonders betont wird, hat seine Ursache in den bereits angesprochenen Erfahrungen der Praxis mit dem missbräuchlichen Einsatz von § 59 zum Zwecke der Verunsicherung und Ausschließung von Bietkonkurrenz. Die Pflicht des Gerichts, solchem zweckwidrigen und schädigenden Verfahrensbetrieb entgegenzutreten, kann wohl nicht bezweifelt werden; der BGH hat (zu den mittlerweile aufgehobenen §§ 60, 61) mit Recht ausgeführt, dass die planmäßige Ausschaltung der freien Bietkonkurrenz zum eigenen Vorteil sittenwidrig ist.¹² Die naturgemäß bestehenden praktischen Schwierigkeiten, entsprechende Feststellungen zu treffen, dürfen nicht von vornherein die Situation zu Gunsten des sittenwidrig Handelnden bestimmen. Bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte muss das Gericht gem. § 139 ZPO vom Antragsteller verlangen, dass er seinen Antrag sachlich begründet und erläutert;¹³ mit den anderen Beteiligten ist darüber zu verhandeln.¹⁴

2. Beeinträchtigung; Zustimmung; Doppelausgebot

a) In § 59 I 3, II wird für den weiteren Fortgang des Verfahrens darauf abgestellt, ob das Recht eines Beteiligten durch die begehrte Änderung eine Beeinträchtigung erfährt. Dabei sind folgende Möglichkeiten denkbar:

- eine solche Beeinträchtigung steht fest; in diesem Falle bedarf es der Zustimmung dieses Beteiligten, wird sie erteilt, wird nur mit der begehrten Abweichung ausgebaut; wird sie nicht erteilt, ist der Antrag abzulehnen (*unten b*);
- es ist weder gewiss, dass eine Beeinträchtigung vorliegt noch kann eine solche mit Sicherheit ausgeschlossen werden; in diesem Falle ist durch das Mittel des Doppelausgebotes festzustellen, ob in concreto eine Beeinträchtigung vorliegt (*unten c*);
- es ist eine Beeinträchtigung mit Sicherheit auszuschließen. In diesem Falle wird nur mit der begehrten Abweichung ausgebaut.

b) Die Frage, wann ein Beteiligter „beeinträchtigt“ wird, ist Gegenstand eines grundsätzlichen Streits. Die herrschende Auffassung nimmt eine Beeinträchtigung an, wenn ein Beteiligter in seiner materiellen oder formellen Position nachteilig berührt wird, wofür bereits eine andere Art der Befriedigung als die im Gesetz vorgesehene genügen soll, ebenso irgendeine Schmälerung, Verringerung oder Umgestaltung des Beteiligtenrechts.¹⁵ *Muth*¹⁶ vertritt demgegenüber die Auffassung, die offene Beeinträchtigung des § 59 I 3 liege nur bei einer Abweichung von wesentlichen Grundsätzen des Zwangsversteigerungsrechts vor, wofür er beispielhaft Deckungs- und Übernahmegrundsatz nennt.

Gegenüber der herrschenden Meinung ist anzumerken, dass wohl jede denkbare Abänderung von Versteigerungsbedingungen eine Veränderung, d.h. Umgestaltung bei irgendeinem Beteiligten bewirkt, so dass nach der herrschenden Meinung stets eine Beeinträchtigung vorläge. Dem Vorschlag von *Muth* ist entgegenzuhalten, dass

¹² BGH NJW 1979, 162.

¹³ *Schiffhauer* Rpfleger 1986, 328.

¹⁴ So auch *Böttcher* § 59 Rn. 2.

¹⁵ *Schiffhauer* Rpfleger 1986, 335; *Steiner/Storz* § 59 Rn. 44; *Stöber* § 59 Rn. 4.2; *Böttcher* § 59 Rn. 9.

¹⁶ Rpfleger 1987, 397, 399.

er mit dem unbestimmten Begriff der „wesentlichen Grundsätze“ das Verfahren mit einer weiteren Unsicherheit belastet, die einer praktikablen Handhabung der Norm entgegensteht.

Auch hier setzt die Auslegung beim Wortlaut an: „Beeinträchtigung“ ist nicht identisch mit „Berührtwerden“, sondern ist vielmehr der negative Unterfall dieses Oberbegriffes. Nicht gegen jede Veränderung ihrer Position müssen die Beteiligten geschützt werden, so ergibt die teleologische Interpretation, sondern gegen eine ihnen nachteilige. Das Verlangen nach Änderung der dispositiven Regeln ist legitim, wenn es dem Antragsteller nützt und niemandem schadet. Das entspricht wiederum der *oben I* schon angesprochenen systematischen Abgrenzung zwischen zwingenden und disponiblen Normen im Verfahrensrecht.

Kann die Frage eines solchen Nachteils nur beantwortet werden, wenn man die Höhe des Erlöses kennt, so ist stets § 59 II gegeben. Das ist der Fall, wenn das Bestehenbleiben eines an sich erlöschenden Rechts vereinbart wird, denn nur anhand des Erlösvergleiches kann festgestellt werden, in welchem Umfang die erlöschenden Rechte Deckung erlangen. Anders ist dies hingegen im umgekehrten Fall: Soll ein Grundpfandrecht, das bestehen bliebe, erlöschen, so zwingt dies den Gläubiger, falls er überhaupt volle Deckung erhält, sein Kapital unter Zinsverlust zurückzunehmen. Das ist objektiv nachteilig. Auch für andere dingliche Rechte muss dies jedoch gleichermaßen gelten, weil der Verlust eines dinglichen Rechts stets objektiv einen Nachteil darstellt; sieht der betroffene Berechtigte das im Einzelfall anders, so kann er ja zustimmen. Ein Fall feststehender Benachteiligung liegt ferner vor, wenn ein im geringsten Gebot bar zu deckender Anspruch nur dinglich gesichert werden soll, wenn Rechte entgegen § 48 unberücksichtigt bleiben sollen, wenn § 53 zu Lasten des Schuldners ausgeschlossen werden soll, wenn Gewährleistungsansprüche entgegen § 56 S. 3 eingeräumt werden sollen oder wenn das Kündigungsrecht der §§ 57a ff. zugunsten des Erstehers erweitert werden soll.

Ein Fall des § 59 I 3 liegt immer dann vor, wenn die begehrte Änderung unabhängig von der Erlöshöhe bereits als solche objektiv die Rechtsstellung eines Beteiligten verschlechtert. In einem solchen Falle bedarf es der Zustimmung jedes Beeinträchtigten, ein Doppelausgebot ist unzulässig.¹⁷

Die Zustimmung ist formlos möglich.¹⁸ Wenn die herrschende Meinung unter Hinweis auf § 84 II öffentliche Beglaubigung verlangt, so überzeugt das nicht. Nach der Systematik des Gesetzes wird zwischen formbedürftigen (zB § 71 II) und formlosen Zustimmungen (zB § 65 I 2) ausdrücklich unterschieden. § 84 II trifft unseren Fall nicht, weil es sich hier nicht um die Genehmigung eines gesetzwidrigen Verfahrens handelt, sondern um die Einwilligung in ein gesetzmäßiges Verfahren. Da das Gesetz keine Form verlangt, ist die Zustimmung des § 59 I 3 formlos möglich.

Wird die Zustimmung nicht beigebracht, wozu gegebenenfalls durch Terminunterbrechung in Bezug auf abwesende Beteiligte Gelegenheit gegeben werden kann,¹⁹ so ist der Antrag zurückzuweisen.

c) Wenn die Beeinträchtigung eines Beteiligten nicht feststeht, aber möglich erscheint, insbesondere also in allen den Fällen, in denen die Frage der Beeinträchtigung von der Höhe des Meistgebotes abhängt, hat ein Doppelausgebot zu erfolgen, sofern dieser Beteiligte nicht zustimmt. D.h. es wird ausgebaut zu den gesetzli-

¹⁷ Ganz herrschende Meinung: *Schiffhauer* Rpfleger 1986, 335, *Muth* Rpfleger 1987, 397, 398; *Steiner/Storz* § 59 Rn. 43; *Stöber* § 59 Rn. 4.3, 4.5; *Muth* Anm. 1 V Rn. 11; *Böttcher* § 59 Rn. 11.

¹⁸ *Schiffhauer* Rpfleger 1986, 335; *Böttcher* § 59 Rn. 11. *A.A.* *Stöber* § 59 Rn. 4.3; *Muth* Anm. 1 V Rn. 11.

¹⁹ Vgl. die wertvollen Hinweise zur praktischen Bewältigung der Angelegenheit bei *Schiffhauer* Rpfleger 1986, 330/331.

chen Bedingungen und daneben, also in einer zusätzlichen Ausgebotsart, mit der verlangten Abweichung. Dieses Doppelausgebot hat den Zweck, die ungewisse Frage der Beeinträchtigung zu klären. Soll ein bestehen bleibendes Recht erlöschen und in den bar zu zahlenden Teil des geringsten Gebots eingestellt werden, so ist dieses Abweichungsverlangen von der Folge des § 52 I zulässig. Unter dieser Bedingung kann das Meistgebot niedriger ausfallen. Außerdem ist der Erlös für die nachrangigen Gläubiger niedriger, da das erlöschende Recht Zinsen bis zum Verteilungstermin bekommt, und nicht nur bis zum Zuschlag. Grundsätzlich muss daher ein Doppelausgebot erfolgen, es sei denn die Zustimmungen des Berechtigten des erlöschenden Rechts (fehlt diese, ist der Antrag zurückzuweisen, da dessen Beeinträchtigung feststeht) und der nicht im geringsten Gebot stehenden nachrangigen Berechtigten und des Vollstreckungsschuldners liegen vor.²⁰

d) Besonderer Erörterung bedarf das Abweichungsverlangen, dass ein an sich erlöschendes Recht bestehen bleiben solle.

Beispiel:

- | | |
|---|------------------------|
| 1. Betreibender Gläubiger Abt. III Nr. 1: | A 50 000 EUR |
| 2. Abt. II Nr. 1 Wegerecht | (Ersatzwert: 5000 EUR) |
| 3. Abt. III Nr. 2: | B 30 000 EUR. |

Es wird Antrag gestellt, II/1 solle bestehen bleiben.

Der Berechtigte des Rechts II/1 ist nach der hier vertretenen Auffassung des Beeinträchtigungsbegriffes nicht mit Gewissheit beeinträchtigt, denn wenn er keine Zuteilung aus dem Meistgebote bekäme, ist das Bestehenbleiben des Rechts zweifellos besser als dessen ersatzloser Wegfall. Ob A (III/1) beeinträchtigt ist, hängt von der Höhe des Meistgebotes ab. Dasselbe müsste für B (III/2) gelten, stünde nicht § 59 III verbal entgegen.

Die Regelung hat schon sehr früh starke Kritik erfahren;²¹ in jüngerer Zeit ist diese Kritik von *Muth* erneut aufgegriffen worden.²² Er hat dahin argumentiert, dass anhand der Entstehungsgeschichte²³ die Norm nicht als eine – aus der Sicht des Art. 14 GG wohl auch höchst bedenkliche – Fiktion gedacht war, sondern allenfalls als widerlegbare Vermutung angesehen werden könne. Sie gehe von der Erfahrung aus, dass bei Bestehenbleiben eines an sich erlöschenden Grundpfandrechts (!) eine Beeinträchtigung Nachrangiger regelmäßig nicht vorliegen werde, so dass „der Vereinfachung halber“ (so die Motive) von deren Zustimmung abgesehen wurde.

Welche Konsequenzen müssten sich daraus ergeben? *Muth* lässt ein Ausgebot allein zu der abgeänderten Bedingung des Bestehenbleibens nur dann zu, wenn alle möglicherweise Beeinträchtigten, also A, B und der Vollstreckungsschuldner zustimmen; wenn einer von ihnen nicht zustimmt, müsse Doppelausgebot erfolgen.²⁴ Wird dann zB auf das Ausgebot zu den gesetzlichen Bedingungen 60 000 EUR geboten, auf das andere jedoch weniger als 55 000 EUR, dann stehe fest, dass B benachteiligt ist und die Vermutung des § 59 III sei widerlegt. *Stöber*²⁵ hingegen lässt die Vermutung des § 59 III als solche wirken, solange sie nicht widerlegt ist. Das bedeutet, dass er bei Zustimmung von A ein Ausgebot allein zu den abgeänderten Bedingungen zulässt, auf Zustimmung des B und des Schuldners jedoch verzichtet. Nur wenn A nicht zustimmt, kommt es zum Doppelausgebot. Dann allerdings

²⁰ LG Arnsberg Rpfleger 2005, 42; *Böttcher* § 59 Rn. 16.

²¹ *Nussbaum* S. 108.

²² *Muth* JurBüro 1985, 13.

²³ Mot., S. 79.

²⁴ *Muth* JurBüro 1985, 13, 22.

²⁵ *Stöber* § 59 Rn. 7.