

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.:** 196409**letzte Aktualisierung:** 05. Mai 2023**ZVG §§ 180, 182, 105 ff., 44, 49, 52; BGB §§ 1191, 1197, 242****Zeitlicher Vorteil bei Bestellung einer Eigentümergrundschuld vor der Teilungsversteigerung****I. Sachverhalt**

Es wurde eine Folgefrage zu dem im DNotI-Report 24/2022 veröffentlichten Gutachten zur Teilungsversteigerung und Eigentümergrundschuld gestellt. Folgender **Sachverhalt** liegt diesem Gutachten zugrunde:

M und F sind Eigentümer eines Grundstücks. Die Teilungsversteigerung wurde von M beantragt. F hat sich dem Antrag angeschlossen. Die Anordnung der Teilungsversteigerung ist im Grundbuch eingetragen. F möchte nun an ihrem Miteigentumsanteil eine Eigentümerbriefgrundschuld eintragen lassen. Ihr Anwalt habe ihr dazu geraten, um auf diese Weise aus dem Versteigerungserlös vorrangig befriedigt zu werden.

II. Frage und Bemerkung

Auch wenn die F die Teilungsversteigerung – wie im Reportgutachten dargestellt – nicht blockieren kann: Wird der den Eigentümern zustehende Erlösanteil bei Bruchteilseigentum entsprechend der Quote ausbezahlt oder erst bei Einigung ausbezahlt und andernfalls hinterlegt?

Wenn der Erlösanteil der F zunächst für ihre Eigentümergrundschuld ausbezahlt wird, könnte sie im letzteren Fall die Auszahlung an M durch Verweigerung einer Einigung (zunächst) blockieren.

III. Zur Rechtslage**1. Vorbemerkung**

Um diese Frage präzise und umfassend zu beantworten, muss der Ablauf eines Teilungsversteigerungsverfahrens skizziert werden. Damit die wesentlichen Fragen herauskristallisiert werden können, wird im Folgenden unterstellt, dass eine Eigentümergrundschuld der F an ihrem Miteigentumsanteil eingetragen wurde und ansonsten keinerlei weitere Belastungen auf dem Grundstück oder den einzelnen Miteigentumsanteilen eingetragen sind. Auf dieser Basis wird das Verfahren der Teilungsversteigerung, das von M und F betrieben wird, „durchgespielt“.

2. Geringstes Gebot, Zuschlag und Zahlung

Im Versteigerungstermin (§§ 66 ff. ZVG) wird zur Abgabe von Geboten aufgefordert und es beginnt die mindestens 30-minütige Bietzeit (§ 73 Abs. 1 S. 1 ZVG). Es werden bei der Teilungsversteigerung gem. §§ 180 Abs. 1, 44 Abs. 1 ZVG nur solche Gebote zugelassen, die die Anforderungen an das geringste Gebot i. S. d. § 182 ZVG erfüllen.

Das **geringste Gebot** setzt sich aus dem geringsten Bargebot (§ 49 Abs. 1 ZVG) sowie den bestehenbleibenden, vom Ersteher zu übernehmenden Grundbuchbelastungen zusammen (Kindl/Meller-Hannich/Stumpe/Simon, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021, § 44 ZVG Rn. 2; instruktiv und prägnant dazu Alff, Rpfleger 2004, 673; Münch, Die Scheidungsimmobilie, 3. Aufl. 2019, Rn. 887). Da es bei der Teilungsversteigerung keinen betreibenden Gläubiger i. S. d. § 44 ZVG gibt, sind gem. § 182 Abs. 1 ZVG **die den Anteil des Antragstellers belastenden Rechte maßgeblich** (Alff, Rpfleger 2004, 673, 673 f.). Zum Antragsteller wird auch derjenige, der dem Verfahren beitritt (§§ 180 Abs. 1, 27 ZVG; vgl. Böttcher, FPR 2013, 345, 347). Auf Basis der **Niedrigstgebots-Theorie** des BGH ist im hier betrachteten Fall die Eigentümergrundschuld der F für die Bemessung des geringsten Gebots nicht zu berücksichtigen, da es auf die **niedrigere Belastung** des Anteils des (ebenfalls) antragstellenden M ankommt (vgl. BGH NJW 2017, 1756 Rn. 25; DNotI-Report 2022, 185, 186).

Der Zuschlag wird dem Meistbietenden erteilt (§§ 180 Abs. 1, 81 Abs. 1 ZVG). Mit dem Zuschlag erlöschen die nicht im geringsten Gebot enthaltenen Rechte gem. §§ 52 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 1 ZVG, an deren Stelle grundsätzlich der Anspruch auf Wertersatz tritt (§ 92 Abs. 1 ZVG; Surrogationsprinzip). Damit **erlischt die Eigentümergrundschuld der F mit dem Zuschlag**. Nach diesem Erlöschen wird die Eigentümergrundschuld – auch wenn es eine offene Eigentümergrundschuld ist – von Amts wegen **in den Teilungsplan aufgenommen**, § 114 ZVG (vgl. Stöber, ZVG-Handbuch, 9. Aufl. 2010, Rn. 431; Stöber/Nicht, ZVG, 23. Aufl. 2022, § 114 Rn. 97). Zinsen aus der Eigentümergrundschuld werden jedoch nicht berücksichtigt (§ 1197 Abs. 2 BGB).

Der Meistbietende schuldet sodann die Zahlung, die grundsätzlich an das Vollstreckungsgericht zu leisten ist (§§ 180 Abs. 1, 49 Abs. 1, 107 Abs. 2 S. 1 ZVG). Er muss diesen Betrag jedoch nicht stets hinterlegen. Der Ersteher kann die Zahlung vielmehr bewirken durch (vgl. Bothe, Die Teilungsversteigerung, 2. Aufl. 2020, § 2 Rn. 201):

- Überweisung an die Gerichtskasse gem. § 49 Abs. 3 ZVG;
- Hinterlegung gem. § 49 Abs. 4 ZVG, sofern die Hinterlegung unter Ausschließung der Rücknahme (§§ 376 Abs. 2, 378 BGB) erfolgt (vgl. Stöber, ZVG-Handbuch, 9. Aufl. 2010, Rn. 418);
- die Erklärung, dass eine im Termin von ihm geleistete Sicherheit als Teilzahlung gelten soll gem. § 107 Abs. 3 ZVG;
- die Erklärung, dass er selbst in Höhe seines Erlösanspruchs befriedigt sei, wenn er Inhaber eines Grundstücksrechts ist.

3. Verteilungstermin und Teilungsplan

Der Vollständigkeit halber sei hier kurz auf den – auf den Zuschlag folgenden – Verteilungstermin und den Teilungsplan eingegangen (ausführlich hierzu Böttcher, FPR 2013, 345, 348 ff.), um das Verfahren korrekt darzustellen.

Nach Zuschlagserteilung hat das Gericht gem. § 105 Abs. 1 ZVG einen Termin zur Verteilung zu bestimmen. Dieser findet bei unproblematischen (*sic!*) Versteigerungen ca. 6-10 Wochen nach dem Versteigerungstermin statt (Storz/Kiderlen, Praxis der Teilungsversteigerung, 6. Aufl. 2016, C.9.2.2, S. 399), teilweise liegen zwischen Versteigerungs- und Verteilungstermin mehrere Monate (Böttcher, FPR 2013, 345, 350). Bei der Erlösverteilung werden die aus dem Grundbuch ersichtlichen Rechte sowie laufende Beträge wiederkehrender Leistungen, die nach dem Inhalt des Grundbuchs zu entrichten sind (§ 114 Abs. 2 ZVG), berücksichtigt. Sonstige Rechte müssen angemeldet werden, wobei eine Anmeldung bis zum Versteigerungstermin fort gilt. Die **Ausführung des Teilungsplans** erfordert grundsätzlich, dass der Ersteheher sein Bargebot bis zum Verteilungstermin bezahlt hat (§ 49 Abs. 3 ZVG).

Das Gericht stellt gem. § 106 ZVG bis zum Verteilungstermin einen (**vorläufigen**) **Teilungsplan** auf, der die Verteilung des Bargebots regelt. Wird hingegen nicht offiziell zur Einreichung der Ansprüche aufgefordert, empfiehlt das Gericht den Berechtigten lediglich, ihre Ansprüche anzumelden und kann anstelle eines vorläufigen Teilungsplans einen bloßen internen Entwurf erstellen (Storz/Kiderlen, C.9.2.2, S. 400).

Im Rahmen eines vorläufigen Teilungsplans ist die Rangfolge der Gläubiger (§ 10 ZVG) zu berücksichtigen. Der endgültige Teilungsplan wird gem. § 113 Abs. 1 ZVG nach Anhörung aufgestellt. Wird kein Widerspruch erhoben (§ 115 ZVG), erklärt das Gericht den vorläufigen Teilungsplan zum endgültigen Teilungsplan. Dieser wird anschließend vollzogen (vgl. Kiderlen, FPR 2013, 359, 360). Der **Teilungsplan begründet materielle Ansprüche auf Zuteilung** (BGH NJW 1991, 1063; Bothe, § 2 Rn. 202; Storz/Kiderlen, C.9.2.3, S. 401).

Der Teilungsplan umfasst (vgl. hierzu mit Details Bothe, § 2 Rn. 202 f. und Storz/Kiderlen, C.9.2.3, S. 401 f.):

- die Teilungsmasse gem. § 107 ZVG
- die bestehenbleibenden Rechte i. S. d. § 113 Abs. 2 ZVG
- die Schuldenmasse gem. §§ 109, 114 ZVG (bestehend aus den Kosten und den Ansprüchen auf Befriedigung der Berechtigten).

Das Verteilungsverfahren kann bei außergerichtlicher Einigung über die Erlösverteilung gem. §§ 143 f. ZVG deutlich vereinfacht werden (hierzu m. w. N. Storz/Kiderlen, S. 405-410).

4. Befriedigung der erloschenen Rechte im Versteigerungstermin

a) Grundsatz

Die durch den Zuschlag erloschenen Grundstücksrechte – damit auch die Eigentümergrundschuld der F – bestehen als Vorzugsrechte an dem Versteigerungserlös fort. Sie werden **im Versteigerungstermin** (dazu oben Ziff. 3) gem. § 109 Abs. 2 ZVG **befriedigt**, soweit die Teilungsmasse ausreicht (vgl. Storz/Kiderlen, E.4.1. [S. 710]; Kindl/Meller-Hannich/Stumpe/Simon, § 91 ZVG Rn. 6; Stöber, ZVG-Handbuch, Rn. 753a; Böttcher, FPR 2013, 345, 351; Kiderlen, FPR 2013, 359, 360).

Das Versteigerungsgericht muss ausnahmsweise **rechnerisch im Teilungsplan Einzelanteile des Erlösüberschusses feststellen**, wenn die Bruchteile verschieden belastet sind und Sonderrechte eines Anteils (teilweise) nicht in das geringste Gebot aufgenommen wurden – nur so lässt sich erreichen, dass die Sonderbelastungen eines Bruchteils lediglich aus dem auf diesen entfallenden Erlös gedeckt werden (Stöber, ZVG-Handbuch, Rn. 754; Storz/Kiderlen, C.9.4.3.3 [S. 420]). Es ist anerkannt, dass ein Bruchteilseigentümer durch die Belastung der anderen Anteile nicht beeinträchtigt werden darf (vgl. statt aller Stöber/Kiderlen, § 182 Rn. 41). Da die Eigentümergrundschuld der F nur an ihrem Bruchteil des versteigerten Grundstücks lastet, haftet ihr gegenüber auch **nur ein verhältnismäßiger Teil des Versteigerungserlöses** (vgl. Stöber/Becker, § 92 Rn. 6; Stöber, ZVG-Handbuch, Rn. 754).

In der Folge ist **§ 112 ZVG** anzuwenden. Die Verteilung des einheitlichen Meistgebots auf die Bruchteile ist über den Wortlaut des § 112 ZVG hinaus auch bei einer Teilungsversteigerung nach § 180 ZVG erforderlich, wenn diese mit außerhalb des geringsten Gebots stehenden Ansprüchen verschieden hoch belastet sind (Stöber, ZVG-Handbuch, Rn. 754 i. V. m. Rn. 550; Böttcher/Böttcher, ZVG, 7. Aufl. 2022, § 112 Rn. 114; Schneider/Becker, ZVG, 2020, § 180 Rn. 233). Dies bildet rechnerisch den oben dargelegten Grundsatz ab, dass für Belastungen, die nur an einem Anteil lasten, auch nur ein verhältnismäßiger Teil des Versteigerungserlöses haftet. Es erfolgt hierdurch auch keine Vorwegnahme der Auseinandersetzung der Miteigentümer (Becker, § 180 Rn. 233). Für – im hiesigen Beispiel nicht weitere relevante – Gesamtrechte käme § 122 ZVG entsprechend zur Anwendung (Becker, § 180 Rn. 233).

b) Eigentümerrechte

Hinsichtlich der **Eigentümerrechte** gilt, dass diese entsprechend ihrem Rang bei einer Zwangsversteigerung **am Versteigerungserlös** – und nicht lediglich am Überschuss – **teilnehmen** und sich Einschränkungen allein aus § 1197 BGB ergeben (ganz h. M., vgl. nur BeckOGK-BGB/Rebhan, Std. 1.2.2022, § 1196 Rn. 2; Böttcher/Böttcher, § 114 Rn. 21; MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1177 Rn. 3). Demnach würde die F als ehemalige Inhaberin der durch den Zuschlag erloschenen Eigentümergrundschuld insofern **schon an der Verteilung des Erlöses** nach § 109 Abs. 2 ZVG und nicht erst an der Verteilung des Übererlöses (dazu Ziffer 5.) teilnehmen, sofern man dieses Ergebnis nicht korrigieren wollte (dazu Ziffer 6).

5. Übererlös

Der für die bisherigen Miteigentümer verbleibende **Übererlös** wird nach Vorwegentnahme der Verfahrenskosten und Befriedigung der Berechtigten festgestellt (Storz/Kiderlen, C.9.5.1 S. 424). Ergibt sich ein an die Teilhaber auszukehrender Erlös, ersetzt dieser das Grundstück als Surrogat (vgl. DNotI-Report 2022, 185, 187); an die Stelle des Grundstücks tritt der Erlös und die den jeweiligen Miteigentümern gebührenden Anteile richten sich nach ihren bisherigen Miteigentumsanteilen an dem Grundstück (BGH DNotZ 2010, 777 Rn. 12).

Der Überschuss steht den bisherigen Miteigentümern **in dem Verhältnis zu, in dem sie bisher Miteigentümer waren** (Storz/Kiderlen, C.9.5.1, S. 425). Im Außenverhältnis aber steht der Überschuss den Miteigentümern **nur gemeinschaftlich** zu, was gem. § 432 BGB auch bei der Bruchteilsgemeinschaft gilt (vgl. BGH NJW 2008, 1807 Rn. 23; Bothe, § 2

Rn. 205). Freilich muss auch bei der Übererlösverteilung eine korrigierende Berechnung erfolgen, wenn die Miteigentumsanteile unterschiedlich hoch belastet waren (BGH DNotZ 2010, 777; dazu Münch, Rn. 932). Die Mitberechtigung nach § 432 BGB bewirkt jedoch, dass jeder Teilhaber vom Erstehher nur Zahlung an alle Teilhaber gemeinsam verlangen kann (BGH NJW 2008, 1807 Rn. 23).

Der BGH formuliert daher:

„Wird im Versteigerungstermin eine **Einigung** über die Aufteilung des Erlösüberschusses **nicht erzielt**, kann dieser **nur an die Berechtigten gemeinsam ausgezahlt werden** (...). Dem Versteigerungsgericht ist eine Aufteilung – etwa im Verhältnis der früheren Miteigentumsbruchteile – schon deshalb verwehrt, weil ihm nicht bekannt ist, welche Ansprüche die Berechtigten gegebenfalls untereinander haben (...). Der Erlös ist vielmehr **außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens zu verteilen**“

BGH NJW 2008, 1809 Rn. 31; Herv. d. DNotI

Der Hintergrund der möglichen internen Ausgleichsansprüche bewirkt im Übrigen auch, dass das Meistgebot im Verteilungstermin grundsätzlich selbst dann in voller Höhe zu zahlen ist, wenn einer der bisherigen Miteigentümer den Zuschlag erhält (Storz/Kiderlen, C.9.2.4, S. 403 f.; Kiderlen, FPR 2013, 359; hierzu, auch zu Ausnahmen, vgl. BGH NZFam 2014, 168 = WM 2014, 127).

Das Gericht zahlt demnach nur aus, wenn die Berechtigten übereinstimmend erklären, wie der Erlös aufzuteilen ist, andernfalls wird der Betrag **gem. § 117 Abs. 2 S. 3 ZVG in ungeteilter Gemeinschaft hinterlegt** (Bothe, § 2 Rn. 205; Storz/Kiderlen, C.9.2.1, S. 398 und C.9.5.4, S. 429; Böttcher/Böttcher, § 180 Rn. 113). Deshalb ist auch die Bezeichnung „Teilungsversteigerung“ unpräzise, da der Erlösüberschuss in aller Regel nicht im Rahmen des Verfahrens aufgeteilt, sondern hinterlegt wird (Böttcher, FPR 2013, 345). Obwohl das Gericht bei der **Einigung** über die Verteilung behilflich sein muss (Kiderlen, FPR 2013, 359, 360 f.), kann nicht immer eine Einigung erreicht werden. Die Hinterlegung ist daher praktisch von nicht zu unterschätzender Relevanz.

Die **Verteilung des Übererlöses ist nicht mehr Aufgabe des Vollstreckungsgerichts** (vgl. BGH NJW 2008, 1807 Rn. 30; Böttcher/Böttcher, § 180 Rn. 113; Storz/Kiderlen, C.9.2.3, S. 401; Stöber, Rn. 461). Der Anspruch jedes Teilhabers **auf Teilauszahlung gemäß seiner Miteigentumsquote** gegen die Hinterlegungsstelle kann bei zerstrittener Gemeinschaft nur im Klageweg – indem der andere Teilhaber auf Abgabe der entsprechenden Erklärung verklagt wird – durchgesetzt werden (Bothe, § 2 Rn. 205; Storz/Kiderlen, C.9.2.1, S. 398, C.9.5.2, S. 427 und C.9.5.4, S. 429). Eine Widerspruchsklage gem. § 115 ZVG i. V. m. § 878 ZPO ist insofern nicht möglich (vgl. Böttcher/Böttcher, § 180 Rn. 113).

Es sollte nicht unterschätzt werden, dass eine solche Klage ein mitunter **jahrelanges und kostenintensives Verfahren** zur Folge hat, während dem die hinterlegten Beträge kaum oder sogar gar nicht verzinst werden (vgl. Kiderlen, FPR 2013, 359, 361). Die Rechtsprechung des BGH zur Verteilung des Übererlöses – unter anderem dazu, welche Zurückbehaltungs- oder Aufrechnungsrechte geltend gemacht werden dürfen – war zudem in den letzten Jahren von einer Wandlung geprägt (hierzu Münch, Rn. 931).

6. Zusammenfassung und Lösungsvorschlag

a) Grundsatz

Damit würde sich bei der reinen Gesetzesanwendung das Problem ergeben, dass die F als Wertersatzberechtigte in Höhe ihrer Eigentümergrundschuld bereits am *Versteigerungserlös* (freilich nur hinsichtlich der auf ihren Miteigentumsanteil entfallenden Rechnungsmasse) partizipieren würde, während der M auf die „Freigabe“ des *Übererlöses warten müsste*. Die F erhielte einen mitunter wesentlichen Teil des auf ihren Anteil entfallenden Erlöses bereits vorab und **kann rein faktisch die Befriedigung des M blockieren**, indem sie der Teilauszahlung (oder gar Vollauszahlung, je nach Höhe der bestellten und vorab befriedigten Eigentümergrundschuld) an den M nicht zustimmt und sich verklagen lässt. Scheut M die Kosten und Dauer eines gerichtlichen Verfahrens, kann F aus einer **bequemen Position** heraus – sie hat ja wesentliche Teile ihres Erlöses schon erhalten – ggf. einen Vergleich erreichen und damit über Gebühr befriedigt werden. Zwar würde M den Rechtsstreit (theoretisch) gewinnen, sodass lediglich ein rein faktischer Zeitgewinn und eine faktisch bessere Verhandlungsposition der F aufgrund der vorab bestellten Eigentümergrundschuld bestehen. Nichtsdestotrotz baut sich ein **Störgefühl** auf.

Eben diese Taktik wird **im Schrifttum auch explizit beschrieben**, allerdings bezüglich einer Fremdgrundschuld: *Kiderlen* weist darauf hin, dass die Belastung des eigenen Anteils mit Grundpfandrechten (z.B. zur Finanzierung des eigenen Meistgebots) im Falle des Erlöschens des Grundpfandrechts dazu führt, dass der (befreundete) Grundpfandrechtsgläubiger ohne Zustimmung des anderen Miteigentümers den entsprechend entfallenden Erlös seitens des Versteigerungsgerichts zugeteilt bekommt (*Kiderlen*, FPR 2013, 359, 361 f. und *Storz/Kiderlen*, TH 8.4.19, S. 394 und TH 9.7.11, S. 436).

b) Lösungsmöglichkeiten

Es bieten sich wohl vor allem zwei denkbare Lösungs-/Korrekturmöglichkeiten (vgl. sublit. bb und cc) an, da eine direkte Anwendung des § 182 Abs. 2 ZVG ausscheidet (dazu sublit. aa). Beide Lösungsansätze sind aber weder durch Literatur noch Rechtsprechung abgesichert.

aa) Keine direkte Anwendung des § 182 Abs. 2 ZVG

Mittels einer Anwendung des § 182 Abs. 2 ZVG lässt sich das skizzierte Problem nicht beheben. Es wurde bereits ausgeführt, dass diese Vorschrift bei Einschlägigkeit der Niedrigstgebots-Theorie (mehrere Antragsteller, unterschiedlich hohe Belastungen) keinen Anwendungsbereich hat, da in der Folge *einheitlich* für alle Anteile dieselbe niedrigste Belastung zugrunde gelegt wird (vgl. DNotI-Report 2022, 185, 187; so auch Schneider, IVR 2017, 41; Alff, Rpfleger 2004, 673, 674 f.; Nickel, FPR 2013, 370, 375; vgl. auch *Storz/Kiderlen*, B.5.5.2.4, S. 216 f.).

bb) Wertungskorrektur auf Basis des § 1197 Abs. 1 BGB

Die Lösung dieses Problems könnte man über die Wertung des § 1197 Abs. 1 BGB suchen. Diese Norm verbietet eine Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung bei einer Eigentümergrundschuld.

Der BGH führt aus:

„(..); die Beschränkung des § 1197 Abs. 1 BGB ist demjenigen, der gleichzeitig Grundstückseigentümer und Inhaber der Grundschuld ist, als rein persönliche Beschränkung auferlegt, um die Ausschaltung nachrangiger Gläubiger zu verhindern, die in der Zwangsversteigerung mit ihren Rechten ausfallen könnten. **Dieser „Selbsttrieb“ des Eigentümers**, so die Motive zum Entwurf des BGB III, S. 679, 734, **könne nicht gestattet werden**, weil dieser dabei eine doppelte, in sich widerspruchsvolle Rolle übernehmen würde. Noch deutlicher heißt es in den Protokollen III, S. 573, der Eigentümer könne mit der Zwangsvollstreckung nur den Nebenzweck verfolgen, sein Grundstück für einen möglichst geringen Preis wiederzuerstehen und die nachfolgenden Rechte zum Erlöschen zu bringen; das sei mißbräuchlich“

BGH NJW 1988, 1026, 1027; Herv. d. DNotI

Zwar sollen damit primär nachrangige Gläubiger geschützt werden, damit nicht zum Zweck deren Ausschaltung die Zwangsvollstreckung betrieben wird (vgl. auch bereits BGH NJW 1975, 1356, 1357). Gleichwohl zeigt die Wertung des § 1197 BGB, dass dem Eigentümer keine Vollstreckungsbefugnisse zustehen.

Die Kommentare und Handbücher diskutieren die Thematik der bereits am Versteigerungserlös teilnehmenden Eigentümergrundschuld meist vor dem Hintergrund einer aus einem Fremdrecht entstandenen Eigentümergrundschuld (vgl. etwa Stöber/Nicht, § 114 Rn. 112-117a), etwa in den Fällen der Befriedigung des Grundschuldgläubigers (§§ 1192 Abs. 1, 1143 BGB) oder beim Verzicht auf die Grundschuld (§§ 1192 Abs. 1, 1168 BGB). Es lag also ursprünglich ein Fremdrecht vor, das erst in der Folge zur Eigentümergrundschuld wurde. Es erscheint nicht undenkbar, dass die herrschende Auffassung, wonach **Eigentümerrechte** entsprechend ihrem Rang bei einer Zwangsversteigerung **am Versteigerungserlös** – und nicht lediglich am Überschuss – teilnehmen (vgl. oben Ziff. 4 lit. b), daher **primär diese Konstellationen vor Augen hat**. Jedoch ist dies nicht gesichert.

Es würde damit einen denkbaren Ausweg darstellen, eine **offen bestellte Eigentümergrundschuld anders zu behandeln** und diese gerade nicht bereits am Versteigerungserlös partizipieren zu lassen. Letztlich handelt es sich um die **Sanktionierung eines missbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB)**, was im Rahmen der Niedrigstgebots-Lösung bei der Teilungsversteigerung auch in anderen Konstellationen diskutiert wird (vgl. etwa Alff, Rpfleger 2004, 673, 675 zur Missbrauchsmöglichkeit durch Einstellung des Verfahrens nach Abschluss der Bietzeit seitens des aufhebungsunwilligen Miteigentümers mit dem am niedrigsten belasteten Bruchteil).

Dies würde jedoch **komplexe Abgrenzungsprobleme** aufwerfen; ferner bietet die analoge Anwendung des § 182 Abs. 2 ZVG einen dogmatisch besseren Anknüpfungspunkt (dazu sogleich lit. cc).

cc) Analoge Anwendung des § 182 Abs. 2 ZVG bei einer selbst bestellt (offenen) Eigentümergrundschuld

Nach Auffassung des Sachbearbeiters könnte die Lösung in einer – von einem für dieses Gutachten hinzugezogenen Patennotar erdachten – (doppelt) analogen Anwendung des **§ 182 Abs. 2 ZVG** zu suchen sein. Insofern würde der Miteigentümer, dessen Anteil nicht belastet ist, bereits aus dem Versteigerungserlös in der gleichen Höhe befriedigt werden wie der Miteigentümer, der im Versteigerungstermin aus einer offenen Eigentümergrundschuld befriedigt wird.

Der Ausgleichsbetrag nach § 182 Abs. 2 ZVG soll vermeiden, dass aufgrund einer unterschiedlich hohen Belastung der Miteigentumsanteile eine wirtschaftliche Schieflage entsteht – der Miteigentümer, dessen Anteil belastet ist, soll nicht übervorteilt werden (Schneider, IVR 2017, 41; Storz/Kiderlen, B.5.5.1, S. 210). Es ist ferner anerkannt, dass der Gesetzgeber die Konstellation, dass mehrere Miteigentümer als Antragsteller agieren, im Rahmen des § 182 Abs. 2 ZVG **nicht bedacht hat** (Schneider, IVR 2017, 41; Alff. Rpfleger 2004, 673, 674; Hintzen in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 15. Aufl. 2016, § 182 Rn. 22), sich also eine **Gesetzeslücke** ergibt. Dies gilt umso mehr, als der BGH nunmehr die **Niedrigstgebots-Theorie** bestätigt hat – denn diese ergibt sich nicht aus dem Gesetz und **widerspricht sogar dem Gesetzeswortlaut des § 182 Abs. 1 ZVG** (vgl. deutlich Streuer, Rpfleger 2001, 119, 120; ähnlich Alff, Rpfleger 2004, 673, 675; Nickel, FPR 2013, 370, 375; Storz/Kiderlen, B.5.4.3, S. 207). Damit bestehen die Möglichkeit und der Bedarf, korrigierende Eingriffe auf Basis der gesetzlichen Wertungen vorzunehmen. Die Regelungslücke für eine Analogie ist eröffnet. Die Planwidrigkeit ergibt sich nicht nur daraus, dass der Gesetzgeber die Konstellation offenbar gar nicht bedacht hat, sondern auch daraus, dass der BGH mit der Etablierung der Niedrigstgebots-Theorie letztlich rechtsfortbildend in das Gefüge der §§ 180 ff. ZVG eingriff.

Die Rechtsfolge des § 182 Abs. 2 ZVG (Erhöhung des niedrigsten Gebots) kann den Miteigentümer, dessen Anteil nicht belastet ist, allerdings gerade benachteiligen, weil insofern das geringste Gebot künstlich so hochgetrieben werden könnte, dass kein Zuschlag mehr zustande kommt (vgl. statt aller Storz/Kiderlen, B.5.5.2.4, S. 217). Daher muss die **Rechtsfolge des § 182 Abs. 2 ZVG** hier **abweichend** darin bestehen, dass dieser Miteigentümer in **derselben Höhe aus dem Versteigerungserlös befriedigt** wird – dogmatisch mag man dies für eine doppelte Analogie oder aber eine teleologische Extension halten. Hierdurch werden weder Dritte noch der andere Miteigentümer benachteiligt. Auch die Wertung des § 1197 Abs. 1 BGB wird nicht verletzt. Zudem kann hierin keine unzulässige Vorwegnahme der Verteilung des Übererlöses liegen. Denn die Vorabbefriedigung aus dem Versteigerungserlösen mittels der Eigentümergrundschuld bewirkt dies bereits, sodass die (doppelt) analoge Anwendung des § 182 Abs. 2 ZVG letztlich nur – dem Zweck dieser Vorschrift entsprechend – einen Ausgleich für eine ungleich hohe Belastung der Miteigentumsanteile (in der Sondersituation der Niedrigstgebots-Lösung) bereitstellt.

Auf dieser Basis würde M im Versteigerungstermin in derselben Höhe wie die F befriedigt werden, also letztlich so behandelt, als hätte auch er eine Eigentümergrundschuld in derselben Höhe bestellt, die aber ebenfalls nicht Teil des geringsten Gebots gewesen wäre. Diese – dogmatisch zwar anspruchsvolle, aber letztlich aus

der Niedrigstgebotslösung folgende – Anwendung des § 182 Abs. 2 ZVG führt dazu, dass ein Eigentümerrecht insofern nicht hilft, als die Miteigentümer in derselben Höhe ebenfalls bereits im Rahmen des Versteigerungstermins befriedigt würde. Freilich würde dem Miteigentümer, der es „verschlafen“ hat, das taktische Mittel der Eigentümergrundschuld einzusetzen (welches nach Schilderungen aus der Praxis schon seit Jahrzehnten genutzt wird), insofern ein „Geschenk des Himmels“ gemacht, da er nicht auf die Verteilung des Übererlöses warten und keine Klage auf Zustimmung erheben müsste. Allerdings wird man es ihm nicht zum Vorwurf machen können, diese bestehende Rechtsmacht nicht ausgenutzt zu haben. Es handelt sich um eine **Wertungsfrage** und um eine Frage zur Reichweite des hinter § 182 Abs. 2 ZVG stehenden Zwecks.

Ob man diese (doppelt) analoge Anwendung **stets** zu befürworten hat, wenn eine offene Eigentümergrundschuld im Grundbuch eingetragen ist, kann hier dahinstehen. Letztlich ist auch insofern zuzugeben, dass die Frage der Anwendbarkeit einer solchen doppelten Analogie ebenfalls **komplexe Abgrenzungsprobleme** aufwerfen würde, da sie auf derselben Wertung beruht wie der oben unter sublit. bb dargestellte „Missbrauchseinwand“. Zudem mag es hehre Absichten für die Bestellung einer Eigentümergrundschuld geben, etwa um selbst mitbieten zu können und die Eigentümergrundschuld (nach entspr. Liegenbelassungsvereinbarung nach § 91 Abs. 2 ZVG) zur Finanzierung nutzen zu können. Überdies könnte – wenn eine Eigentümergrundschuld keine Vorteile mehr bieten sollte – auf die Bestellung einer Fremdgrundschuld für einen Bekannten/den neuen Lebenspartner etc. ausgewichen werden. Es wäre kaum erkennbar, wann die analoge Anwendung des § 182 Abs. 2 ZVG denkbar ist und es müssten **Fallgruppen** gebildet werden.

7. Fazit

Belässt man es bei der Gesetzesanwendung, so kann sich der geschilderte **zeitliche Vorteil** und eine faktische „**Blockadeposition**“ ergeben. Die unter Ziff. 6 lit. b angedachten Lösungsmöglichkeiten sind allesamt nicht abgesichert und stellen allein die persönliche Rechtsauffassung des Sachbearbeiters dar. Für die Praxis erscheint daher der beschriebene Vorteil zu bestehen – dies zeigt erneut, von wie vielen taktischen Erwägungen das Verfahren nach dem ZVG geprägt ist. Es bleibt gleichwohl bei allen rechtlichen Schlussfolgerungen aus DNotI-Report 2022, 185 – denn der von hier dargestellte Vorteil ist rein faktischer Natur (was praktisch natürlich gleichwohl relevant sein kann).