

stehen, sodass ein etwaiger Vorrang nicht sofort erkennbar sein muss. Denkbar sind aber auch Fälle, in denen erst die grundbuchliche Absicherung durch Eintragung einer Zwangshypothek eine Berücksichtigung der Ansprüche im Versteigerungsverfahren (Rangklasse 4) ermöglicht, weil das gesetzlich vorgegebene Volumen im Vorrang der Rangklasse 2 bereits ausgeschöpft worden ist oder es sich noch um ein für das Grundbuchgericht nicht ohne Weiteres erkennbares „Altverfahren“ zur Versteigerung handelt.¹⁰⁰⁾ Letztlich nötigt die oben (I 8) dargestellte herrschende Auffassung zur Sicherung der Hausgeldansprüche durch Eintragung einer Zwangshypothek auch für den Fall einer freihändigen Veräußerung im Insolvenzverfahren, weil in diesem Fall nur die Eintragung überhaupt Wirkung zeigen kann.

Nicht in allen der genannten Fälle kommt somit eine Zuteilung auf die eingetragene Zwangshypothek erst nach Deckung der Ansprüche in der vorrangigen Rangklasse 2 in Betracht. Es trifft deshalb nicht zu, dass die Eintragung einer Zwangshypothek keinerlei rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil erbringen soll.¹⁰¹⁾ Infolgedessen ist auch die Schlussfolgerung *Zeisers* unzutreffend, ein Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers für die Eintragung könne nur bestehen, wenn die Zwangshypothek unter der aufschiebenden Bedingung eingetragen wird, dass das Vorrecht nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG entfällt.¹⁰²⁾

Vielmehr suggeriert die Eintragung einer aufschiebend bedingten Zwangshypothek eine Prüfung durch das Grundbuchgericht, die angesichts der Vielzahl der aufgezeigten Möglichkeiten mit den grundbuchverfahrensrechtlichen Erkenntnismöglichkeiten aber gar nicht geleistet werden kann. Es muss aus diesem Grunde im Gegenteil sogar davon abgeraten werden, Zwangshypotheken am betroffenen Wohnungseigentum lediglich aufschiebend bedingt in das Grundbuch einzutragen.

IV. Fazit

Der bis zu dieser Stelle ausharrende Leser mag nunmehr selbst beurteilen, ob die Einschätzung *Derleders* zutreffend ist, dem Gesetzgeber sei die „Operation (...) ohne größere Fehler relativ gut gelungen.“¹⁰³⁾ Allein die vorstehend ausgewählten Fragestellungen zur Immobiliervollstreckung zeigen jedenfalls, dass die WEG-Novelle des Jahres 2007 noch einigen Klärungsbedarf birgt.

100) *W. Schneider* (Fußn. 6), § 1 Rz. 184.

101) So aber *Zeiser*, Rpfleger 2008, 58, 59.

102) *Zeiser*, Rpfleger 2008, 58, 59 in Anlehnung an die Eintragungspraxis bedingter Zwangshypotheken für Ansprüche aus der Rangklasse 3 des § 10 Abs. 1 ZVG.

103) *Derleder*, ZWE 2008, 13.

Gerhard Schmidberger^{*)}/Ditmar Weis^{**)}

Mietvorauszahlungen und doch keine Ende?

Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 25. 4. 2007 – VIII ZR 234/06, ZfIR 2008, 207 – in diesem Heft

Mit Urteil vom 25. 4. 2007 (VIII ZR 234/06, ZfIR 2008, 207 – in diesem Heft) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen Mietvorauszahlungen dem betreibenden Gläubiger wirksam entgegengehalten werden können. Die Verfasser weisen auf die dogmatischen Schwierigkeiten sowie die Auswirkungen auf die Praxis – insbesondere vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung – hin. Der Bundesgerichtshof versagt sowohl dem Zwangsverwalter den Zugriff auf die Mieten, als auch dem Ersterer die Räumung, nachdem das Grundstück diesem zugeschlagen wurde.

Inhaltsübersicht

- I. Abgrenzung Miete zu dinglichen Rechten
 1. Der Grundgedanke
 2. Konkurrenz dingliche und obligatorische Rechte
 - 2.1 Miete/Pacht
 - 2.2 Nießbrauch/Wohnrecht
 3. Voraussetzungen über den Mietzins
 - 3.1 § 566b BGB/§ 57b ZVG
 - 3.2 § 1124 BGB/§ 148 ZVG
 4. Zwischenfazit
- II. Ansatz des Bundesgerichtshofs

- III. Auswirkung auf die Zwangsversteigerung- und Verwaltung
 - 1 §§ 57c und 57d ZVG a. F.
 2. Wirtschaftliche Bedeutung des Urteils

IV. Fazit

I. Abgrenzung Miete zu dinglichen Rechten

1. Der Grundgedanke

Seit es auswertbare Rechtsquellen gibt, lässt sich der Schutz des Pfandgläubigers vor doppelter Verfügung des Schuldners nachweisen bzw. des Käufers vor Unwissenheit über das Pfandrecht.¹⁾ Ein Beispiel bietet eine Verordnung aus dem 18. Jahrhundert,²⁾ nach der schädliche Verfügungen des Schuldners mit drakonischen Strafen³⁾ geahndet werden sollten. Eine zentrale Stärkung der wirksamen Dokumentation über die Verhältnisse an Grundstücken nach außen war schließlich die Einführung der Grundbücher, die in manchen Hansestädten bis ins ausgehende Mittelalter zurückgehen.⁴⁾ Einige Bundesstaaten führten dann Grund-

1) *Dernburg*, Das Pfandrecht, Bd. I, 1860, S. 71, beschreibt das griechische Pfandsystem im antiken Athen: Es wurden steinerne Tafeln am Haus als Beweis des Pfandrechtes angebracht.

2) Verordnung gegen betrügerisches Schuldnerverhalten, Der Bürgermeister und Rath dieser des heil. Reichs Stadt Frankfurt am Mayn v. 21. 2. 1743.

3) Die Verordnung spricht von der „Leibes=Straffe“.

4) Zum Beispiel in Bremen anno 1438; *Rehme*, über das älteste bremische Grundbuch, 1908, S. 11 ff.; *Mascher*, Das Deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen, 1869: Lübeck sogar 1227.

*) *Zwangsverwalter in Heilbronn*

**) *Zwangsverwalter in Osterspai*

bücher im 17. und 18. Jahrhundert ein.⁵⁾ Den Abschluss dieser Entwicklung bildete dann der Erlass der Grundbuchordnung.⁶⁾ Dem historischen Gesetzgeber war die formelle Dokumentation der Rechtslage im Grundbuch derart wichtig, dass das Liegenschaftsrecht im Reich erst dann in Kraft tritt, wenn das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.⁷⁾

Der Hypothek (für die Grund- und Rentenschuld gelten §§ 1192, 1200 BGB) als besitzlosem Pfandrecht muss ein besonderer Schutz gewährt werden, im Gegensatz zum vertraglichen Pfandrecht an Mobilien, bei denen zwingend der Besitz an der verpfändeten Sache erforderlich ist und damit schädliche Absprachen mit Dritten über eine etwaige Nutzung von vornherein ausgeschlossen sind. Frühere Regelungen, noch beschrieben bei Mascher,⁸⁾ nach denen der Schuldner seinem Geldgeber das Grundstück als Pfand zu übergeben hatte, wurden zu Recht in das moderne Recht nicht übernommen.

2. Konkurrenz dingliche und obligatorische Rechte

Obligatorische Rechte müssen hinter dingliche Rechte treten und dürfen diese in der Krise (sprich im Falle des § 1147 BGB) nicht beeinträchtigen. Eine Gebrauchsüberlassung kann den Wert des Grundstücks für Dritte, insbesondere für den Hypothekar, nahezu gegen null drücken.⁹⁾ Diese Folge tritt solange ein, als der Nutzer sein Recht ausüben darf, ohne hierfür zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein. Es verwundert daher nicht, dass ein bereits eingetragener Nießbrauch einem absoluten Beleihungshindernis gleichkommt.

Als Möglichkeiten der Gebrauchsüberlassung bietet das Gesetz an:

2.1 Miete/Pacht

Eine Eintragung dieser Verträge ins Grundbuch ist nicht statthaft.¹⁰⁾ Der Mieter verdient gleichwohl Schutz vor den dinglichen Rechten, weshalb normiert wurde, dass Kauf (grundsätzlich auch der Zuschlag in der Zwangsversteigerung) bzw. gerichtliche Verwaltung Miete nicht bricht;¹¹⁾ es gab zwar Überlegungen auf Eintragung, die aber allesamt verworfen wurden.¹²⁾ Der Schutz Dritter wurde anderweitig durchgeführt (siehe unten zu 3.1 und 3.2)

Als Gegenpart für die starke Besitzerstellung des Mieters führte der historische Gesetzgeber § 573 a. F. BGB (= §§ 566b und 578 BGB) und zum Schutz der Hypothek § 1124 BGB ein, der zum 1.1.1900 noch großzügig verlautbart, dass eine Verfügung über Miete „insoweit wirksam ist, als diese sich auf den Mietzins [...] für das laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht“. Schon 1913 musste festgestellt werden, dass die Vorausverfügungen überhand nahmen und Zwangsverwaltungen für das erste halbe Jahr aushöhlten.¹³⁾ Die §§ 57a und 57b ZVG wurden erst 1915 eingeführt und § 1124 BGB erstmals geändert.¹⁴⁾ 1931 bzw. 1933 wurden die Vorausverfügungsfristen nochmals, in die heutige Fassung, verkürzt.¹⁵⁾

Mietverhältnisse werden wirksam außerhalb des Grundbuchs begründet und haben daher bei einer dinglichen Rechtsänderung bzw. in der Vollstreckung gewisse rechtliche Einschränkungen hinzunehmen. Nicht ohne Grund rät Rosenthal:¹⁶⁾ „Der vorsichtige Mieter zahlt höchstens ein Halbjahr den Mietzins voraus“, lies heute: einen Monat (durch die spätere Änderung des § 1124 BGB).

2.2 Nießbrauch/Wohnrecht

Bei dinglichen Nutzungsrechten wie einem Nießbrauch oder einem Wohnrecht liegt die Sache völlig anders. Ein Blick ins

Grundbuch bewahrt den Geldgeber vor falschen Schritten – gewährt er trotzdem ein Darlehen, muss er ohne jeglichen Schutz das wertaushöhlende Besitzrecht dulden.

3. Vorausverfügungen über den Mietzins

Der Realkredit muss sich darauf verlassen können, dass nach der Beleihung der damalige rechtliche Zustand konserviert wird¹⁷⁾ – für eine tatsächliche Verschlechterung steht die Devastationsklage¹⁸⁾ gemäß §§ 1133–1135 BGB zur Verfügung; insoweit ist die Begründung des Bundesgerichtshofs im Urteil¹⁹⁾ zu kurz. Üblicherweise ist Mietzins in periodischen Raten geschuldet, wobei es den Parteien unbenommen bleibt, über die Verrechnungen gesonderte Vereinbarungen zu treffen.²⁰⁾ Es galt, sowohl den Ersterher als auch die Grundpfandrechtsgläubiger zu schützen.

3.1 Der Schutz des Ersterhers § 566c BGB/§ 57b ZVG

Der zentrale Grundsatz lautet: Kauf bricht nicht Miete. Somit muss der Käufer grundsätzlich Verfügungen über im Voraus geleisteten Mietzins hinnehmen. Zum Schutz des Erwerbers wurde in §§ 573–575 a. F. BGB (= 566b–566d BGB) normiert, dass Vorauszahlungen zum einen nur für eine gewisse Zeit gegen den Ersterher wirksam sind, und zum anderen bedürfen Mietverträge, die länger als für ein Jahr eingegangen sind, nach § 566 a. F. BGB (= 550 BGB) der Schriftform. Für Mietverträge über Wohnraum ist diese Vorschrift nur bedingt anwendbar, da der Eigentümer immer einen qualifizierten Kündigungsgrund vorweisen muss und somit Wohnraummietverträge, auch wenn diese mieterseits leistungsfrei geführt werden, als lebenslang angesehen werden können. Ergänzend und konsequent fordert daher die Rechtspre-

5) Nußbaum, Deutsches Hypothekenwesen, Ein Lehrbuch, 1913, S. 333.

6) Grundbuchordnung, RGBl. S. 139, in der Bekanntmachung v. 24. 3. 1897.

7) Hahn/Mugdan, Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 5, 1897, Denkschrift zum Entwurf eines Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung ZVG 1897, S. 149. Art. 189 EGBGB; in einigen Ländern bis weit nach 1910.

8) Mascher (Fußn. 4), S. 50.

9) Nußbaum, Die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, 1916, Neudruck 1969, in § 21 I zum Problem: „Das Ergebnis der Versteigerung hängt im wesentlichen davon ab, welche Verwertungsmöglichkeiten das Grundstück dem Ersterher bietet. Ist ein Grundstück mit ungünstigen langfristigen Miets- oder Pachtverträgen behaftet [...], so werden Bieter abgeschreckt.“

10) Nußbaum, Hypothekenwesen, 2. Aufl., 1921, S. 8.

11) Motive zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, ausgearbeitet durch die vom Bundesrat berufene Kommission, amtl. Ausgabe 1889 (zit. Mot. ZVG), S. 267; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, amtl. Ausgabe 1888 Verlag Guttentag Bd. I-VII (zit. Mot. II, Mot. III), Bd. II, S. 509.

12) Mot. II, S. 380, 381.

13) Nußbaum (Fußn. 5), S. 78; Seyfert, Mißstände im Hypothekenwesen, 1913, S. 12.

14) Gesetz zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 1915, RGBl. S. 327: Verkürzung auf „innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahres [...] für das folgende Kalendervierteljahr“.

15) Verordnung v. 8. 12. 1931, RGBl. I 699, 710 in § 12 (in Rpfleger 1932, 35, 36 finden sich Begründungen) und 1953 als Dauerrecht ins BGB übernommen.

16) Rosenthal, BGB gemeinverständlich erläutert, 1919, S. 184.

17) Mot. III S. 651.

18) Nußbaum (Fußn. 9), § 8 VI.

19) BGH, Urt. v. 25. 4. 2007 – VIII ZR 234/06, ZfIR 2008, 207, 210 Rz. 29 – in diesem Heft.

20) BGH, Urt. v. 25. 4. 2007 – VIII ZR 234/06, ZfIR 2008, 207, 209 Rz. 22 – in diesem Heft.

chung die schriftliche Abfassung über die Vereinbarung von Vorauszahlungen.²¹⁾

Um den Mieter für etwaige Vorzahlungen bereits ab Kenntnis der Beschlagnahme im Versteigerungsverfahren bösgläubig zu machen, wurde mit dem Gesetz zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsen²²⁾ der ursprüngliche § 57 ZVG in die §§ 57, 57a ZVG zerlegt, des Weiteren wurde auch die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme der Bösgläubigkeit zugrunde gelegt, sollte die Zwangsverwaltung bis zum Zuschlag andauern.

Eine weitere Durchbrechung findet sich in § 547 BGB.²³⁾

3.2 § 1124 BGB/§ 148 ZVG

Für die Hypothek haften die Früchte des Grundstücks, bei vermieteten Objekten die Mietzinsen. § 152 Absatz 2 ZVG bestimmt ausdrücklich, dass ein Mieter während der Dauer der Zwangsverwaltung nicht aus dem Besitz vertrieben werden kann, sondern erst mit dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung.²⁴⁾ Deshalb fallen Mieten in den Haftungsverband der Hypothek (§ 1123 BGB). Die Haftung wird jedoch erst in der Zwangsverwaltung aktiviert.²⁵⁾

Entsprechend der Regelung bei der Veräußerung des Grundstücks musste auch der Gläubiger in der Zwangsverwaltung vor Voraussetzungen geschützt werden. Es war politischer Wille, dem Realkredit ein starkes Rückgrat zu geben.²⁶⁾ In den Motiven zu § 1069 BGB-Entwurf (= § 1124 BGB)²⁷⁾ wird dem Mieter lediglich der drei- bzw. sechsmonatige Schutz zugestanden, der, wie vorstehend dargestellt, wegen des Missbrauchs bereits in den ersten Jahren des 20. Jahrhunderts sukzessive auf Monatsfrist verkürzt wurde.

Bis weit nach Einführung des Sachenrechts war durchaus nicht unüblich, dass Beleihungen von Banken lediglich bis etwa 50 % des Grundstückswertes erfolgten und darüber hinaus das Privatkapital direkt angesprochen wurde.²⁸⁾ Für diese Klientel wäre die trostreiche Begründung des Bundesgerichtshofs, nämlich dass der Wert durch den „Einmalzahl-Mietvertrag“ nicht gelitten hätte, wenig hilfreich – denn bis der Mieter die Vorausleistung abgewohnt hat, dürfte auch der Privatgläubiger dann durch seine Erben vertreten sein. Nur weil heute das Kapital anonymisiert über Banken vertreten wird, dürfen die grundlegenden Fundamente des Sachenrechts jedoch nicht aufgegeben werden. Nach § 11 HBG darf die Beleihung von Hypothekenspfandbriefen 60 % des Grundstückswertes nicht übersteigen. Der Beleihungswert wird in Anlehnung an den Sachwert bzw. bei Grundstücken mit Mieterträgen an den Ertragswert ermittelt.²⁹⁾ Ein vermietetes Grundstück ohne Mietertrag hat jedoch dann einen Ertragswert von 0 €.

Aus den historischen Quellen lässt sich, soweit verfügbar, nicht erkennen, dass der damalige Gesetzgeber im Entferntesten an eine Einmalzahlung gedacht hat. Eine Einmalzahlung ist auch in heutiger Zeit völlig abwegig und entspricht in keiner Weise dem realen Leben.³⁰⁾ Sollte der Schuldner Geld benötigen, steht es ihm frei, sich dieses gegen sichtbare Absicherung im Grundbuch zu beschaffen.

4. Zwischenfazit

Mit seinem Urteil vom 25. 4. 2007 hat der Bundesgerichtshof quasi einen Nießbrauch außerhalb des Grundbuchs zugelassen. Der dingliche Gläubiger kann mangels Publizität etwaige Folgen auf eine Beleihung und mögliche spätere Verwertung nicht abschätzen. Die Vorschrift, dass Mietverträge, die länger als ein Jahr Lauf-

zeit haben, schriftlich abzufassen sind, hilft überhaupt nicht weiter, denn es besteht nicht einmal ein Feststellungsanspruch des Gläubigers auf Auskunft gegenüber dem Schuldner, inwieweit schädliche Mietvertragsabreden vorliegen.³¹⁾

Zum Zeitpunkt der Beleihung wird ein derartiger Mietvertrag verschwiegen bzw. es erfolgen Vordatierungen. Und als besondere Überraschung tauchen solche ominösen Mietverträge gerne erst kurz vor oder in der Bietzeit des Zwangsversteigerungstermins auf.

II. Ansatz des Bundesgerichtshofs

Das Urteil des LG Berlin³²⁾ in zweiter Instanz führt genügend Argumente an, weshalb § 1124 BGB auch dann gelten soll, wenn die Miete in einer Summe geschuldet ist. Der Senat hat sich mit den Gegenargumenten ausreichend auseinandergesetzt und führt trotzdem bedauerlicherweise die Aufweichung des Ersteher-/Gläubigerschutzes des Reichsgerichts fort.³³⁾

Diese Entscheidung des Reichsgerichts verdient eine nähere Betrachtung.³⁴⁾ Im damaligen Fall bezahlte der Pächter Pacht im Voraus. Es ging nicht nur um Pacht, sondern auch um die vertraglich vereinbarte Kiesausbeute. Vor Ablauf des Pachtvertrages wurde das Grundstück veräußert und mit einem Nießbrauch belastet. Der Nießbraucher untersagte dem Pächter die weitere Ausbeute.

Zunächst wurde problematisiert, ob Kauf oder Pacht vorliegt. Das Reichsgericht³⁵⁾ tendierte zur Pacht. Weiter wurden die Schutzvorschriften für den Mieter/Pächter ab Veräußerung gesetzesdogmatisch thematisiert, wobei die Handlungsfreiheit der Parteien in den Vordergrund gerückt wurde. Eine Einmalzahlung hätte, so das Reichsgericht, vom Gesetzgeber unterbunden werden können, was bekanntlich nicht erfolgt war. Deshalb war zum einen die Vorauszahlung zulässig und zum anderen, da keine Miet-/Pachtzinsansprüche mehr bestanden, auch vom Pächter keine Pachtzinszahlung mehr geschuldet.

21) OLG Düsseldorf, Urt. v. 19. 4. 2007 – I-10 U 122/06, NZM 2007, 643, nicht rechtskräftig, die Revision ist beim BGH unter dem Aktenzeichen XII ZR 71/07 anhängig; siehe auch Mot. II, S. 383, 384.

22) Gesetz v. 8. 6. 1915, RGBl, 327. Interessant sind die Ausführungen hierzu bei *Nußbaum* (Fußn. 19), § 21 II.

23) *Hintzen*, IGZInfo 2007, 88, 90.

24) Mot. III, S. 651.

25) Mot. ZVG, S. 135, 136.

26) Mot. III, S. 598 A. Allgemeine Gesichtspunkte I. Das Realkreditbedürfnis und die Hypothek.

27) Mot. III, S. 663, 664.

28) Exemplarisch: *Wolff*, Zwangswirtschaft und Wohnungswesen, Diss. 1929, S. 47; und offenbar noch bis in die fünfziger Jahre des letzten Jahrhunderts; aktuell: *Schäffner*, Was muss jeder von den Hypotheken und vom Grundbuch wissen, 7. Aufl., 1950, S. 5; aus einem Ratgeber die Anzeige eines Hypothekensmaklers: *Fränkel*, Ratgeber für Hausbesitzer und Mieter, 1921, im Werbeanhang.

29) *Schimansky/Bunte/Lwowowski*, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2007, § 90 Rz. 52.

30) Das LG Hamburg, Urt. v. 17. 3. 1994 – 333 O 228/93, Rpfleger 1995, 124, spricht auch zu Recht von einem atypischen Mietvertrag.

31) OLG Dresden, Urt. v. 12. 12. 2002 – 19 U 1678/02, Rpfleger 2003, 311 = ZfIR 2004, 40 (LS).

32) LG Berlin, Urt. v. 24. 7. 2006 – 67 S 316/03 (unveröff.).

33) RGZ 94, 279; BGH, Urt. v. 5. 11. 1997 – VIII ZR 55/97, BGHZ 137, 106 = ZfIR 1998, 292; BGH, Urt. v. 9. 6. 2005 – IX ZR 160/04, BGHZ 163, 201 = ZfIR 2005, 655 (m. Anm. *Clemente*) = ZIP 2005, 1452, dazu EWIR 2005, 879 (*Weber/Madaus*).

34) Zumal diese von einem bundesweit operierenden Versteigerungsverhinderer gerne zitiert wird.

35) RG, Urt. v. 14. 1. 1919 – Rep. III 336/18, RGZ 94, 279.

Soweit rechtsgeschäftliche Übertragungen stattfinden, argumentiert das Reichsgericht,³⁶⁾ gestützt auf die Protokolle der II. Kommission,³⁷⁾ dass der Ersteher sich am Veräußerer schadlos halten kann. Die Protokolle führen aus, der Käufer könne schon vor Abschluss des Kaufvertrages und der Auflassung über etwaige Vorauszahlungen der Mieter Erkundigungen einziehen und eine Gefährdung sei somit keine sehr erhebliche.³⁸⁾

Bei der Übertragung dieser Grundsätze in das Gebiet der Zwangsvollstreckung ist aber zu berücksichtigen, dass

- eine Gewährleistung bei Zuschlag nicht stattfindet;
- in der Zwangsverwaltung der Gläubiger ja gerade deshalb auf das Grundstück zugreift, weil der Schuldner Zahlungen verweigert;
- die Bietwilligen gerade bei kollusivem Zusammenwirken der Beteiligten keine Möglichkeiten haben, an Mietverträge zu gelangen;³⁹⁾
- der Schuldner im Zweifel zahlungsunfähig ist, da er ansonsten die Forderung des die Zwangsversteigerung betreibenden Grundpfandgläubigers befriedigen würde.

Das vordergründig schlagende Argument lautet: Würde die Miete in einem einmaligen Betrag bezahlt, liegt dem Grunde nach gar keine Vorauszahlung vor. Der Erwerber kann somit auf keine Miete zugreifen, eine Beschlagnahme in der Zwangsverwaltung geht ebenso ins Leere und zwar solange, wie die Miete bereits für die Zukunft entrichtet worden war. Allein durch das Zauberwort „Einmalzahlung“ statt monatlicher oder anderer periodisch fälliger Beträge wird das Gefüge des Sachenrechts erschüttert.

III. Auswirkung auf die Zwangsversteigerung und -verwaltung

1. Rückblick §§ 57c und 57d ZVG a. F.

Nach der ersatz- und übergangslosen Streichung⁴⁰⁾ der §§ 57c und 57d ZVG zum 1. 2. 2007 waren alle in Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren auf Gläubigerseite Beteiligten und auch Zwangsverwalter dankbar, dass damit endlich eine „Baustelle“ weggefallen war.⁴¹⁾ Mit den ärgerlichen Vorschriften musste sich auch die Literatur befassen.⁴²⁾

Die Vorschrift zur Verrechnung von bezahlten Baukostenzuschüssen durch einen Mieter hatte unseriösen Schuldnerberatern bisher ein Mittel in die Hand gegeben, die Durchführung von Zwangsversteigerungsverfahren unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zusätzlich zu erschweren. Danach war die Ausübung des gesetzlichen Ausnahmekündigungsrechts durch den Ersteher solange gehemmt, wie ein Mieter einen gezahlten Baukostenzuschuss mit der von ihm zu zahlenden Miete verrechnen konnte. Dies galt zwar nur dann, wenn und solange die Miete zur Schaffung oder Instandsetzung des Mietraums ganz oder teilweise vorentrichtet oder mit einem sonstigen zur Schaffung oder Instandsetzung des Mietraums geleisteten Beitrag zu verrechnen war. So kam es regelmäßig vor, dass kurz vor oder sogar erst im Versteigerungstermin der Schuldner oder der Mieter einen Mietvertrag mit einem Baukostenzuschuss i. S. v. § 57c ZVG angemeldet hatte, um Bietinteressenten vom Bieten abzuhalten und damit eine Versteigerung zu verhindern. Der behauptete Mietvertrag war üblicherweise auch mit einem engen Familienmitglied abgeschlossen worden.⁴³⁾ Die Miete war meist sehr niedrig, damit sich die Verrechnungsdauer noch über mehrere Jahre erstreckt. Der Erfindungsreichtum der Schuldner schien grenzenlos zu sein.⁴⁴⁾ Es

gilt: Einfamilienhäuser machen entweder krank⁴⁵⁾ oder erfinderrisch.

Die Anmeldung von angeblich geleisteten Baukostenzuschüssen und Mietvorauszahlungen führte oft zu ergebnislosen Versteigerungsterminen.⁴⁶⁾ Soweit eine Zwangsverwaltung in solchen Fällen (was der Regelfall war) noch nicht betrieben wurde, war der Grundpfandgläubiger gezwungen, diese unverzüglich einzuleiten, um durch den Zwangsverwalter die Rechtmäßigkeit dieser angeblichen Zahlungen überprüfen zu lassen. Der Zwangsverwalter musste sich dann gegebenenfalls im Rahmen eines Prozesses gegen den Mieter die entsprechenden Nachweise führen lassen, was seitens der Mieter zwar in vielen Fällen nicht gelang. Bis zum Abschluss der meist erforderlichen Prozessverfahren vergingen jedoch manchmal Jahre, in denen der Schuldner teilweise sogar weiter im Objekt wohnte.⁴⁷⁾ Sieht man sich die Beteiligten in den Urteilsgründen des zu besprechenden Urteils an, kann man Mayer schon als Propheten bezeichnen, wenn er beschreibt, wie der Gläubiger um seine Realkreditsicherung durch „Mietverträge des Schuldners mit seiner ganzen Sippschaft gebracht wird“.⁴⁸⁾

In der Praxis spielten diese 1953 unter dem Eindruck der wirtschaftlichen Situation während des Wiederaufbaus nach dem Zweiten Weltkrieg zum Schutz der sogenannten Aufbaumietter geschaffenen Vorschriften⁴⁹⁾ (§§ 57c und 57d ZVG) keine Rolle mehr. In der heutigen Zeit hatten diese Normen ihre wirtschaftliche Bedeutung vollständig verloren.

2. Wirtschaftliche Bedeutung des Urteils

Nunmehr hat der Bundesgerichtshof diese „Baustelle“ wieder neu eröffnet. Mit dem vorliegenden Urteil hat er entschieden, dass eine Mietvorauszahlung in einem Einmalbetrag, die nicht auf der Grundlage periodischer Zeitabschnitte bemessen ist, dem Grundpfandgläubiger gegenüber wirksam ist, wenn sie vor der Beschlagnahme erfolgt ist. Hierbei ist es sogar unerheblich, ob diese Einmalzahlung vor oder nach der Bestellung des Grundpfandrechts

36) RG, v. 14.1.1919 – Rep. III 336/18, RGZ 94, 279, 281.

37) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches im Auftrage des Reichs-Justizamts (im Folgenden: Prot.), Bd. I-VII, bearbeitet von *Achilles/Gebhard/Spahn*, 1897, Bd. II, S. 146.

38) Prot., Bd. II, S. 146.

39) *Nußbaum* (Fußn. 9): Angaben über Mietverträge werden nicht veröffentlicht. Der Versteigerungsrichter hält sich an das Grundbuch, um jede Unrichtigkeit zu vermeiden, § 13 II; so werden Bedenken über die volle Offenlegung der Mietverträge geäußert: Es ist dem Mieter ohne dessen Zustimmung nicht zuzumuten, den Vertrag in vollem Umfang jedermann zugänglich zu machen, § 13 IV.

40) Angenommene Petition *Ertle* PET 4-15-07-31052-005683.

41) Siehe *Weis*, ZfIR 2007, 477, 479.

42) Abhandlungen: *Witthinrich*, Rpfleger 1986, 46; *Ertle*, ZInsO 2003, 644; *Ertle*, Rpfleger 2003, 14; *Garczynski*, JurBüro 1999, 61; *Klawikowski*, Rpfleger 1997, 418; amüsant: *Mayer*, RpfStud 1988, 13, 16 „Aufregungen im Hause Habenix“.

43) *Bergsdorf*, ZfIR 2007, 164.

44) *Schmidberger*, IGZInfo 2007, 119, bietet Beispiele abenteuerlicher Konstruktionen.

45) *Keller*, DZWIR 2006, 315.

46) Mehr hierzu in: *Weis*, Zwangsversteigerungsrecht für Banken, 2. Aufl., 2003, Rz. 432.

47) Siehe auch OLG Rostock, Urt. v. 3. 7. 2006 – 3 U 149/05, ZfIR 2007, 210 (m. Anm. *Zipperer*) – nicht rechtskräftig, die Revision ist beim BGH unter dem Az. XII ZR 121/06 anhängig.

48) *Mayer*, RpfStud Hef 1988, 13, 15.

49) Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über den Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung, BT-Drucks. 1/4452, S. 5–8; siehe auch *Wilhelmi/Vogel*, ZVG, 4. Aufl., 1956, § 57c.

vereinbart und gezahlt worden ist. Durch diese Entscheidung ermöglicht der Bundesgerichtshof die legale Entwertung eines Grundpfandrechts. Für ein Kreditinstitut als Grundpfandgläubiger stellt nach den üblichen Beleihungswertrichtlinien der Ertragswert einen wesentlichen, je nach Objekt sogar den entscheidenden Faktor im Rahmen der bankinternen Beleihungswertermittlung dar. Dieser Ertragswert, der auf der Basis der nachhaltig erzielbaren Miete ermittelt wird, kann durch eine vom Bundesgerichtshof nunmehr sanktionierte Vereinbarung auch ohne Zustimmung und Kenntnis des Grundpfandgläubigers gegen 0 € gebracht werden. „Gewieft“ Schuldner oder solche mit entsprechenden Beratern (dank Internet ist ein solcher leicht zu finden) werden künftig Vereinbarungen mit Einmalzahlung der Miete vorlegen, um damit das durch den Wegfall der §§ 57c und 57d ZVG verloren geglaubte Ziel (Verhinderung oder mindestens Erschwerung der Zwangsversteigerung) doch wieder zu erreichen.

So weist der Bundesgerichtshof unter Rz. 29 des Urteils zwar zu Recht darauf hin, dass der Grundpfandgläubiger gegen eine unwirtschaftliche Nutzung nicht gesichert sei. Der Eigentümer könne das als Sicherheit dienende Grundstück unter Wert vermieten oder dessen Nutzung und Pflege derart unterlassen, dass auch im Rahmen üblicher Zwangsverwaltung eine wirtschaftliche Nutzung nicht möglich wird. Hier scheint der Senat zu verkennen, dass es im Rahmen eines Zwangsverwaltungsverfahrens möglich ist, das Grundstück wieder in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen (ggf. auch mit Vorschüssen des Gläubigers) und es damit wieder verwertbar zu machen. Zusätzlich bietet § 25 ZVG ein äußerst probates, aber leider selten beantragtes Mittel anstelle einer regulären Zwangsverwaltung.

Auch können vom Schuldner abgeschlossene Mietverträge vom Zwangsverwalter gegebenenfalls angefochten werden. Eine solche Anfechtung wäre zum einen bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nach den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes möglich (z. B. nach § 3 AnfG wegen vorsätzlicher Benachteiligung). Zum anderen könnte ein Mietvertrag mit einer deutlich zu geringen Miete sittenwidrig und damit nichtig sein. Insoweit hat der Bundesgerichtshof bereits in seinem Urteil vom 4. 2. 2005⁵⁰⁾ entschieden, dass die Beschlagnahme im Rahmen der Zwangsverwaltung auch Forderungen aus einem Untermiet- oder Unterpachtverhältnis erfasst, wenn der Hauptmietvertrag wegen Vereitelung der Gläubigerrechte nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.

Der Bundesgerichtshof stellt in seinen Entscheidungsgründen im Urteil vom 25. 4. 2007 alleine darauf ab, dass es sich um eine Vorausverfügung handelte, die vor der Beschlagnahme erfolgt ist und somit nach § 1124 Abs. 1 Satz 1 BGB dem Grundpfandgläubiger gegenüber wirksam sei. Vorliegend sei eine Einmalzahlung der Miete für die gesamte Laufzeit des Mietverhältnisses vereinbart worden und diese Miete sei bezahlt worden, sodass Erfüllung ein-

getreten sei und der Grundpfandgläubiger sie gegen sich wirken lassen müsse.

Insbesondere die Schlussfolgerung des Senats, dass solches hinzunehmen sei, da dem Grundpfandgläubiger in erster Linie das Grundstück selbst hafte, erscheint sehr blauäugig und falsch zu sein. Wie soll ein Grundstück, für welches auf mehrere Jahre keine Erträge zu erzielen sind, wirtschaftlich vernünftig verwertet werden können?⁵¹⁾ Die Gründe, die zur Einführung des § 1124 Abs. 2 BGB geführt haben (siehe oben I), werden hierbei nicht berücksichtigt, denn dadurch sollte der Grundpfandgläubiger gegen Vorausverfügungen und Entwertung seines Grundpfandrechts geschützt werden. Im Ergebnis wäre es somit entsprechend der Entscheidung des Bundesgerichtshofs möglich, durch einen entsprechenden, am besten auf Lebenszeit des Mieters abgeschlossenen Mietvertrag (natürlich mit der Möglichkeit der Untervermietung) das Grundpfandrecht des Gläubigers vollständig zu entwerten. Es handelt sich somit wirtschaftlich um einen Nießbrauch, jedoch mit der Ausnahme, dass dieser ohne Grundbucheintragung und als rein schuldrechtliche Vereinbarung dem Grundpfandgläubiger gegenüber wirksam ist. Ob der Bundesgerichtshof sich dieser Konsequenz bewusst war und sie in Kauf genommen hat, ergibt sich nicht aus dem Urteil. Der Grundpfandgläubiger scheint dem Bundesgerichtshof jedoch nicht schutzwürdig.

IV. Fazit

Sollte der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung beibehalten, muss der Kreditwirtschaft geraten werden, sich aus der Finanzierung von freistehenden Wohnhäusern oder Reihenhäusern zurückzuziehen. Gerade in diesem Segment sind Manipulationen mit obskuren Mietverträgen an der Tagesordnung. Kommt es zur Krise sollte der Gläubiger mit dem Versteigerungsantrag sofort auch parallel die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme erwirken, da in nahezu allen Fällen erst im Laufe des langen Verfahrens die Schuldner, hauptsächlich mit Hilfe professioneller Versteigerungsverhinderer, vordatierte Verträge präsentieren. Soweit solche Verträge dann auch noch entsprechend penibel abgefasst sind und die entsprechenden Zahlungen – z. B. durch Zeugenbeweis eines anderen Familienmitglieds oder schriftliche Quittung einer Barzahlung – „bewiesen“ werden, droht dem Grundpfandgläubiger zumindest ein langwieriger Rechtsstreit. Unter Umständen muss er dann sogar mit einem Totalausfall rechnen. Der Kreditwirtschaft hat der Bundesgerichtshof – unter völliger Missachtung der historischen Entwicklung und der tatsächlichen Verhältnisse – mit seiner Entscheidung einen Bärendienst erwiesen.

50) BGH, Urt. v. 4. 2. 2005 – V ZR 294/03, Rpfleger 2003, 323.

51) *Witthinrich*, Rpfleger 1986, 46, zeigt den Zusammenhang zwischen restriktiver Rechtsprechung zugunsten des Mieters und der Bietfreudigkeit auf; *Streuer*, Einführung in das ZVG, 2002, S. 42, spricht von „gedämpfter Bietfreudigkeit bei Dumpingmieten“.