

Intensiv und lebhaft über Umstrittenes ausgetauscht

Berlin. Der »Zwangsverwaltertag« der Arbeitsgruppe Zwangsverwaltung der Arge Insolvenz und Sanierung im DAV fand wie gewohnt im Vorfeld des Deutschen Insolvenzrechtstags am 22.03.2023 im Marriott Hotel in Berlin statt. Die Teilnehmerzahl einschließlich der Referenten belief sich wie im Jahr 2022 auf gegen 30, eine Folge der weiterhin sehr verhaltenen Zahlen von Zwangsversteigerungs- und -verwaltungsverfahren. Die Möglichkeit zum Austausch unter den Teilnehmern konnte umso intensiver genutzt werden. Leider entfiel auch 2023 der vorgesehene Programmpunkt »Aktuelles aus dem Ministerium zum ZVG«, doch eine Vertreterin des BMJ nahm an der Tagung teil.

Text: Rechtsanwalt Dr. Friedrich L. Cranshaw, Mutterstadt/Mannheim

Die Tagung leitete und moderierte wie stets **RA Peter Depré**, der Sprecher der Arbeitsgruppe. Nach der Begrüßung durch die Co-Vorsitzende der Arge Insolvenzrecht und Sanierung, **RAin Dr. Anne Deike Riewe**, referierte im ersten Vortrag **Prof. Dr. Florian Jacoby**, Universität Bielefeld, über »Die kalte Zwangsverwaltung – Pro und Kontra, Vor- und Nachteile und No-Gos« in der Insolvenz des Grundstückseigentümers. Jacoby stellte seinem Vortrag den Beschluss des BGH vom 14.07.2016 (IX ZB 31/14) voran, der die kalte Zwangsverwaltung durch den Insolvenzverwalter zulässt, »wenn die Masse keine Nachteile erleidet« (Ls.). Der Zugriff auf die Mieten bedürfe ungeachtet ihres Einschlusses in den Haftungsverband der Hypothek (§ 1123 BGB) der Beschlagnahme (BGH v. 17.09.2009 – IX ZR 106/08). In der Insolvenz des Eigentümers könne diese infolge § 49 InsO allein durch Zwangsverwaltung erfolgen. Parallele Zwangsverwaltungs- und Insolvenzverfahren würden als umständlich empfunden. Die Auflösung des Dilemmas biete die »kalte« Zwangsverwaltung.

Deren Grundlage sei ein privatrechtlicher Vertrag (zwischen Gläubiger und Insolvenzverwalter als »Amts-«, nicht als »Privatperson«) zur Rechtsdurchsetzung außerhalb staatlicher Vollstreckung. Das könne ein Geschäftsbesorgungsvertrag sein, § 675 BGB (Gegenstand: Der Grundpfandgläubiger unterlässt den Zwangsverwaltungsantrag, der Insolvenzverwalter zieht die Mieten im Rahmen seiner Amtspflichten ein.), bzw. ein Vergleich, § 779 BGB (privatautonome Haftungsrealisierung durch gegenseitiges Nachgeben zur Vermeidung der Beteiligung Dritter, hier von Gericht und Zwangsverwalter). Der Vertrag müsse, weil höchstpersönlich, vom Insolvenzverwalter selbst abgeschlossen werden, Dritte (Kanzleikollegen) könnten aber zur Aufgabenerledigung hinzugezogen werden. Das Handeln des Insolvenzverwalters als »Amtsperson« hat Folgen für die Verwaltervergütung bei der kalten Zwangsverwaltung. Einigkeit besteht darin, dass Vergütungen zugunsten des Verwalters persönlich durch den Grundpfandgläubiger ungeachtet der Vertragsstruktur einer Vereinbarung einen evidenten Missbrauch der Handlungsmacht des Verwalters darstellen und

als insolvenzzweckwidrig nichtig sind. Anders als der BGH meinte der Referent aber, die Qualifizierung des Verwalters als »Angehöriger des öffentlichen Dienstes« (unter Anwendung des § 45 Abs. 1 BRAO auf Insolvenzverwalter, die Anwälte sind) sei zweifelhaft. Fazit war zutreffend, dass der Verwalter nach der InsVV vergütet wird und ausgehandelte Nettoerlöse aus der Durchsetzung der Mieten der Masse zustehen. Die Vergütung für die Masse sei Abrede der Vertragsparteien der kalten Zwangsverwaltung, denkbar



RAin Dr. Anne Deike Riewe und RA Peter Depré

seien regelmäßig 10 % in Anlehnung an § 18 Abs. 1 ZwVwV. Unterlaufen dem Verwalter Fehler bei der kalten Zwangsverwaltung (unzureichende Durchsetzung von Mieten), hafte die Masse dem Gläubiger nach § 280 Abs. 1 BGB, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO; ihr Regressanspruch gegen den Verwalter resultiere aus § 60 InsO. Zusammenfassend hielt der Referent fest, die kalte Zwangsverwaltung sei zur Vermeidung von unnötigem Aufwand sinnvoll, der Grundpfandgläubiger erhalte eine zuverlässige Ertrags- und Kostenplanung (was nicht ganz zweifelsfrei erscheint). »No-Gos« seien Schlechterstellung der Masse gegenüber »jedem Alternativszenario« und die Festlegung der Vergütung des Insolvenzver-

walters »abseits« der InsVV. Die Diskussion war außerordentlich lebhaft mit gegenteiligen Positionen der Teilnehmer über die Zulässigkeit der kalten Zwangsverwaltung über die völlige Ablehnung bis zu dem Postulat der vorherigen Freigabe aus der Masse bei Zulassung bzw. ihrer Zulässigkeit, wenn sie praktisch ohne Abweichung wie die Zwangsverwaltung nach dem ZVG durchgeführt werde.

Im zweiten Vortrag des Vormittags behandelte **Professor Rainer Goldbach**, Hochschule für Recht und Wirtschaft, Berlin, äußerst engagiert zwei Themen. In einem ersten Themenbereich zu »Vorteile einer Zwangsverwaltung bei der zwangsweisen Immobilienverwertung« ging er zunächst auf die Ziele des Verfahrens ein (Einnahmeerzielung anstelle des Schuldners durch den Zwangsverwalter, Befriedigung »der laufenden Kosten sowie der Forde-



Prof. Dr. Florian Jacoby

runger der Gläubiger«, Erhaltung der Immobilie bei »wirtschaftlich vernünftiger Führung«, ggf. auch, um eine ertragreichere Nutzung zu erreichen, s. BGH v. 18.07.2002 – IX ZB 26/02). Im Einzelnen wies er u. a. auch auf die Wertverbesserung von Bauvorhaben hin, um das Ergebnis der Zwangsversteigerung zu effektuieren oder – generell – die Möglichkeit des freihändigen Verkaufs zu fördern. Hinreichende Mittel für erforderliche Investitionen müssten zur Verfügung stehen, deren Einsatz verhältnismäßig zum Mehrerlös erfolgen müsse. Unter dem Aspekt »Sicherheitsanalyse« behandelte Goldbach »Alternativen« wie die etwaige Sequesterbestellung zum Ausschluss des Schuldners von nicht ordnungsmäßiger Bewirtschaftung (§ 25 ZVG), die »kalte« Zwangsverwaltung oder »kalte Institutszwangsverwaltung« durch Gläubiger (letztere im Einklang mit dem Schuldner bzw. Insolvenzverwalter nach Freigabe aus der Masse). Aus dem Teilnehmerkreis wurde grundsätzliche Ablehnung der Institutszwangsverwaltung geäußert. Zu den Themenfeldern »Beschlagnahme« und »Amt des Zwangsverwalters« hob der Referent die Neutralität des Zwangsverwalters sowie seine normierte Pflicht zum »pflichtgemäßen Ermessen« hervor und er-

läuterte Einzelheiten zur Inbesitznahme einschließlich der Herausgabevollstreckung in die Schuldnerwohnung (BGH v. 24.02.2011 – V ZB 280/10). Ferner trug er eingehend zum Rechtsschutzinteresse des Gläubigers vor, das nach der Judikatur weder dem Verbot zweckloser Pfändung unterliege noch die defizitäre Zwangsverwaltung (die das Objekt vor Verfall bewahrt) ausschließe (BGH v. 18.07.2002 – IX ZB 26/02 bzw. LG Verden v. 29.11.2019 – 6 T 164/19). Erst Vorschüsse des Gläubigers (§ 161 Abs. 3 ZVG) ermöglichten häufig die Durchführung der Zwangsverwaltung. Die Verfahrensbeendigung bedürfe entweder eines Aufhebungsbeschlusses (Restüberschüsse gehen aufgrund Teilungsplans bzw. aufgrund »Verteilungsbeschlusses« an den Gläubiger) oder der Antragsrücknahme (Folge: Restkassenbestand geht an den Schuldner, BGH v. 10.10.2013 – IX ZB 197/11). Der Verwalter darf lediglich noch laufende Geschäfte abwickeln, aber u. a. keine Aktivprozesse mehr führen. In der Insolvenz des Schuldners sind als Folge des § 91 Abs. 1 InsO Vorausabtretungen des Überschusses ausgeschlossen (OLG Düsseldorf v. 20.11.2018 – I-12 W 15/18). Unter dem Fazit »Zwangsverwaltungspraxis heute« schloss der Referent u. a. mit z. T. kritischen Feststellungen zur Parallelität zwischen Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung aus Gläubigersicht, zu unzureichender Kommunikation der Akteure und zu Möglichkeiten der Unterstützung der Zwangsversteigerung durch Informationsflüsse – und zu No-Gos dabei (wie absichtlich lange Leerstände, Räumung von Mietern oder Erzwingung von Besichtigungen gegenüber dem Mieter).

Zwangsverwalter ist nicht für die Grundsteuererklärung zuständig

Im zweiten Teil seines Beitrags befasste sich Goldbach mit dem Thema »Grundsteuerreform – Was muss der Zwangsverwalter speziell beachten?«. Der Zwangsverwalter solle sich gegen die Heranziehung zur Grundsteuer durch Einspruch (§ 347 AO) zur Wehr setzen, da zweifelhaft sei, ob er nach § 34 AO haftet; die Grundsteuererklärung sei Aufgabe des Eigentümers. Der Verwalter habe festzustellen, ob die Erklärung abgegeben worden ist; nach Zugang des Bescheids an ihn habe er Grundsteuermesszahl bzw. -messbetrag anhand der vorhandenen Fakten und der abgegebenen Erklärung zu prüfen und ggf. Einspruch einzulegen. Dasselbe gelte für den kommunalen Grundsteuerbescheid ab 2025.

Im dritten Tagungsbeitrag berichtete **Professor Ulrich Keller**, ebenfalls Hochschule für Recht und Wirtschaft, Berlin, wie gewohnt über »Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zur Zwangsverwaltung« zu verschiedenen Themenfeldern. Aus seinem Vortrag werden im Folgenden wenige Entscheidungen nach Auswahl des Berichtsverfassers skizziert. Interessant war ferner die in dem beigefügten Teilnehmerskriptum enthaltene synoptische Darstellung der zahlreichen Reformvorschläge zum ZVG in



dem Forschungsbericht von Böttcher/Keller/Schneider/Beenen aus dem Jahr 2017 für das BMJV (»Das ZVG auf dem Prüfstand – Teil I« (s. Anlegerschutz/ZVG_Abschlussbericht_Langfassung_Teil1.pdf;jsessionid=345580E50C43E8202B7A587A9328D081.1_cid289?__blob=publicationFile&v=1) mit Ergänzung von Keller (Publikation im Rpfleger vorgesehen).

Reform des ZVG (Beispiele): Vorgeschlagen wird u. a. eine Neukonzeption der Behandlung unbekannter Verfahrensbeteiligter in den §§ 3–5 ZVG n. F. sowie der Zustellung unter Wegfall der aktuellen §§ 3–9 ZVG, ebenso die Präzisierung des § 765 a ZPO für die Immobilienvollstreckung in § 30 c ZVG n. F. §§ 34 a ff. ZVG n. F. enthalten eine völlig neue Idee: Der Gläubiger kann danach mit dem Versteigerungsantrag ein notariell beurkundetes Erwerbangebot eines Interessenten vorlegen und beantragen, »das Verfahren der vereinfachten Veräußerung« zu betreiben. Die Zustimmung des Schuldners zur freihändigen Veräußerung kann durch das Gericht nach § 34 d ZVG n. F. ersetzt werden. **BGH v. 22.04.2022 – V ZB 12/20:** Keine Prüfung der Zulässigkeit einer einfachen Vollstreckungsklausel bei einer vollstreckbaren Notarurkunde als Titel durch das Vollstreckungsgericht dahin gehend, ob die Kündigungsfrist nach § 1193 Abs. 1 BGB eingehalten ist. Die Prüfung der Zulässigkeit der Erteilung einer einfachen Vollstreckungsklausel unmittelbar nach Grundschuldbestellung oder ob es hier einer qualifizierten Klausel nach § 726 ZPO bedarf, ist nicht Aufgabe des Vollstreckungsgerichts. Keller hält die verbreitete Praxis, die vollstreckbare Ausfertigung sofort zu erteilen und die Prüfung dem Vollstreckungsorgan zu überlassen, für fragwürdig. **BGH v. 14.01.2022 – V ZR 245/20:** Der Zustimmungsanspruch des Vormerkungsberechtigten aus § 888 Abs. 1 BGB ist entsprechend § 902 Abs. 1 Satz 2 BGB unverjährbar. Ist der gesicherte Anspruch verjährt, kann der vormerkungswidrig Eingetragene aber im Grundsatz dennoch die Verjährungseinrede erheben und die Zustimmung verweigern. **VG Wiesbaden v. 14.11.2022 – 1 K 2154/18.WI:** Keine dingliche Haftung des Grundstückserwerbers, der infolge Zuschlagsbeschlusses erwirbt, für die Grundsteuer, anders als beim rechtsgeschäftlichen Erwerb (hier: § 12 GrStG, § 77 AO). Folge: Rechtssicherheit des Erstehers. **BGH v. 22.09.2022 – V ZB 8/22:** Bei der Versteigerung eines Miteigentumsanteils (MEA) sind die anderen Miteigentümer nur dann Beteiligte i. S. d. § 9 Nr. 1 ZVG, wenn sie ein im Grundbuch eingetragenes Recht an dem versteigerten MEA haben oder sonst ausnahmsweise ein rechtliches aus dem Grundbuch ersichtliches Interesse besteht, wie die Belastung mit einer Gesamtgrundschuld. »Großzügige« Auslegung des Beteiligungsbegriffs gefährde Zwangsversteigerung oder Zu-

schlag (Keller). **BGH v. 11.01.2023 – V ZB 33/22, 11:** Führt der Zwangsverwalter einen Gewerbebetrieb fort, richtet sich seine Vergütung nach § 19 Abs. 1 ZWVwV, also nach Zeitaufwand; § 18 ZWVwV setzt hingegen Vermietung und Verpachtung voraus. Der Aufwand für die Fortführung werde nur bei »exorbitant großzügigem Stundenhonorar angemessen abgebildet« (Keller). **BGH v. 28.01.2022 – V ZB 86/21 und BGH v. 16.12.2022 – V ZR 263/21:** Aufgrund Rechtsänderung im WEG-Recht ist die Durchsetzung der Eigentümerbeschlüsse nicht mehr Pflicht des Verwalters, sondern der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (V ZR 263/21). Ab demselben Datum kann ein einzelner Wohnungseigentümer von einem anderen Eigentümer bzw. dessen Mieter nicht mehr die Unterlassung zweckwidriger Nutzung des Wohnungseigentums verlangen, sondern nur noch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Und: **Kaufpreisfälligkeit, Lastenfreiheit und Cum-ex als unlösbares Problemfeld** (nach einem Bericht in der FAZ): Ein Grundstückseigentümer veräußert seinen mit einer Briefgrundschuld der DB belasteten Grundbesitz unter üblicher Lastenfreistellungsklausel; der Brief wird von der Staatsanwaltschaft (StA) bei der Bank beschlagnahmt, der Eigentümer ist nicht Beschuldigter. Lastenfreiheit scheidet wegen § 41 GBO aus; der Kaufpreis wird nicht fällig oder ausbezahlt. Keller schloss mit der Feststellung, hier gebe es aktuell viele Fragen, aber keinerlei Antworten.

Konfliktpotenzial in der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung

In einem engagierten und durchaus kritischen Beitrag berichtete **RA Folker Bittmann**, Leitender Oberstaatsanwalt a. D., über »Strafrechtliche Vermögensabschöpfung und ihr Echo in der Rechtsprechung der Zwangsverwaltung«, der deutlich potenziellen Konfliktstoff zwischen Staatsanwaltschaft und Zwangsverwalter, Staat und Grundpfandgläubigern anhand von Beispielen aufzeigte. Aus der Judikatur wies er auf BGH v. 28.05.2020 – V ZB 56/19 sowie aus der strafrechtlichen Rechtsprechung auf AG Tiergarten (Berlin) v. 08.02.2021 – 351 GS 344/21 (247 Js 5/19) und LG Berlin v. 11.11.2021 – 502 Qs 36/21 hin.

Ausgangslage, von der aus der Referent die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Aspekte erörterte, war der folgende Fall: Ein Eigentümer hat ein Wohn- und Geschäftshaus (Berlin-Mitte) zu 75 % darlehensfinanziert und die Bank mittels Grundschuld abgesichert. 2021 bezahlen Mieter nur noch 50 % der Miete; aufgrund Darlehensrückständen betreibt die Bank die Zwangsverwal-



Professor Ulrich Keller



Professor Rainer Goldbach und Claudia Liebreich (Referat R A 4 im BMJ)

tung, kurz danach beansprucht die StA »Grundstück und Mietzins«, weil Eigenkapital zum Erwerb und Darlehensraten aus Straftaten stammten und die Mieten Nutzung dieses Tatertrags waren. Eine Fallvariante betraf den Zugriff der StA vor dem Zwangsverwaltungsantrag. Mit der Feststellung, die Abschöpfung von Taterträgen sei unabhängig von schuldhaftem Handeln strafrechtlich handelnder Akteure, differenzierte der Referent sodann zwischen der Einziehung nach den §§ 73–76 b StGB und der Vermögensabschöpfung im engeren Sinne der §§ 73–73 e StGB sowie der Einziehung von Taterträgen bzw. Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten (§§ 74–74 f StGB). Auf dieser Grundlage stellte er die sehr komplexe materielle wie verfahrensrechtliche Lage zu den Formen der Vermögensabschöpfung dar. Für die Zwangsverwaltung gilt Folgendes: Das Grundstück als solches könne Tatertrag (betrügerischer Erwerb), Tatprodukt (praktisch irrelevant), Tatmittel (Hanfanbau) oder Tatobjekt sein (Grundstücksspekulation als Geldwäscheobjekt; ab Gesetzesänderung zum 18.03.2021 vorrangig Tatertrag), der Mietzins Tatertrag (bei Auftritt als angeblicher Vermieter oder Empfangsberechtigter) oder Gegenstand der Einziehung als Nutzung des Originaltatertrags nach § 73 Abs. 2 StGB.

Nach eingehenden Ausführungen zu weiteren materiell-rechtlichen Erwägungen, zur Vollstreckung der rechtskräftigen Einziehungsentscheidung und zu vorläufigen Sicherungsmaßnahmen der StA (gegenständliche Sicherung: Beschlagnahme; wertmäßige Sicherung: Vermögensarrest), zu Rechtsschutzfragen (Anrufung des Gerichts mit Instanzenzug) sowie zur Rechtsmittelbefugnis (Zwangsverwalter: nur bei Beschlagnahmeanordnung ad rem), auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann, löste der Referent die sich aus dem Ausgangsfall ergebende Fragestellung auf. Die StA sei hier nachrangig gegenüber dem Zwangsverwalter bzw. Grundpfandgläubiger (§§ 155, 10 ZVG). Die Zwangsverwaltung erstreckt sich nicht auf strafprozessuale Ansprüche, mit der rechtskräftigen Aufhebung der Zwangsverwaltung rücke der Anspruch der StA auf. Wird die Zwangsverwaltung erst nach »Zugriff« der StA angeordnet (Variante des Ausgangsfalls), müssen sich die Beteiligten über den Umfang der staatsanwaltlichen Sicherung vergewissern. Die Beschlagnahme (= Abschöpfung von Tatertrag, Tatmittel und Tatobjekt oder Surrogaten bzw. Nutzungen »im Original«) zur Sicherung der späteren Einziehung, hier des Grundstücks, müsse im Grundbuch vermerkt werden, sie umfasse aber die Mieterträge nicht, die gesondert beschlagnahmt werden könnten, sofern sie »Nutzungen in Form von Früchten des Tater-

trags im Original seien«. Ist Wertersatz (§§ 73 c, 74 c StGB) abzuschöpfen, ist Sicherungsinstrument der Vermögensarrest durch Sicherungshypothek. Die Kritik des Referenten an der Cum-ex-Judikatur des BGH zu dort überzogener Reichweite der Einziehung/Abschöpfung der nach sog. zweiter Surrogation vorhandenen Gegenstände oder der »Surrogatnutzung« zeigte die Komplexität der Materie. Die Zwangsverwaltung könne ungeachtet staatsanwaltlichen Zugriffs erfolgen; Konflikte ergäben sich erst im Rahmen des Verteilungsplans. Mietzinsen seien Nutzungen des Surrogats, daher nicht einziehungsfähig. Nach der Judikatur können sie aber bei Geldwäsche beschlagnahmt werden, womit ein Verteilungskonflikt entsteht.

In der Variante des Ausgangsfalls (s. o.) sei die Sicherung für die StA vorrangig. Der Mieter dürfe aber weder an den Zwangsverwalter zahlen noch an die StA, die aber ihrerseits weder bei Beschlagnahme noch Vermögensarrest Zahlung bzw. Hinterlegung fordern kann. Der Verwalter könne zwar Zahlung von den Mietern verlangen, nach vorrangiger Beschlagnahme durch die StA darf er aber über die Mieten nicht verfügen – Folge: gegenseitige Blockade mit Bonitätsrisiko der StA für die Mietzahlung ggf. über Jahre. Als Lösungsvorschlag regte Bittmann eine Vereinbarung zwischen Verwalter und StA (mit Wirkung auch für die Mieter) an, wonach – in verschiedenen Varianten vertrauensvoller (ggf. vertraglicher) Kooperation – der Verwalter die notwendigen Mittel für die Zwangsverwaltung erhält und die Überschüsse der StA überlässt. Endet die Zwangsverwaltung des Gläubigers, kann die StA selbst die Zwangsverwaltung betreiben und in der Folge auch mit Rechtskraft der Einziehungsentscheidung die Verwertung des Grundbesitzes durch Versteigerung. Wird der Grundbesitz selbst eingezogen, wird die StA (das Land, wie in den bekannten Berliner Fällen) selbst Eigentümer (ohne Grundbucheintrag). Die Belastungen des erworbenen Grundbesitzes bleiben bestehen, ausgenommen in den Fällen der §§ 74 b, 75 Abs. 2 Satz 2 StGB (Einziehung als Tatobjekt) und in den Fällen der gerichtlichen Ermessensentscheidung nach den §§ 74, 74 a StGB i. V. m. § 75 Abs. 2 Satz 3 StGB. Der Vortrag zeigte u. a. die komplexe Rechtslage zwischen StA und Zwangsverwalter sowie Grundpfandgläubigern, deren Grundlagen der weiteren Durchdringung und Festigung in der Rechtspraxis bedürfen, bevor ein Problemverständnis aller Beteiligten auf Augenhöhe besteht und die strafrechtliche Praxis nicht zulasten der Gläubiger einschließlich der Zwangsverwalter und Insolvenzverwalter ausschlägt. <<