

**Die Änderungen des § 10 ZVG
durch das WEG-Änderungsgesetz ab dem 1.7.2007
und
die möglichen Auswirkungen der Bevorzugung des Hausgelds auf das
Insolvenzverfahren und evtl. Haftung des Insolvenzverwalters**

I. Hausgelder des säumigen Miteigentümers

1. Ausgangslage vor dem 1.7.2007

a) Titulierung und Vollstreckung

Bisher musste die Gemeinschaft die Hausgeldrückstände titulieren lassen (häufig im Mahnverfahren mit einem Vollstreckungsbescheid) und konnte danach die Vollstreckung betreiben: Sachpfändung durch den Gerichtsvollzieher, Forderungspfändung, Kontenpfändung oder Zwangssicherungshypothek.

Die Zwangssicherungshypothek bietet dem Gläubiger zunächst eine Rangssicherung an dem Wohnungseigentum.

Die Besonderheit ist: die Sicherheitshypothek berechtigt den Gläubiger nach § 867 Abs. 3 ZPO die Befriedigung aus dem Grundstück durch Zwangsversteigerung zu suchen, es genügt der vollstreckbare Titel, auf dem die Grundbucheintragung vermerkt ist.

Nach dieser gesetzlichen Regelung kann der Gläubiger auf Antrag die Zwangsversteigerung unmittelbar aus der Zwangssicherungshypothek einleiten. Ein gesonderter dinglicher Schuldtitel nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 ZPO ist nicht erforderlich. Grundsätzlich benötigt jeder Grundpfandrechtsgläubiger zur Zwangsvollstreckung aus dem Grundpfandrecht in das Grundstück einen Duldungstitel, § 1147 BGB. Für die dingliche Vollstreckung im Range der Sicherheitshypothek genügt der vollstreckbare (persönliche) Titel, es muss nur die Eintragung im Grundbuch auf dem Titel vermerkt sein. Insoweit erfolgt eine Gleichstellung mit einem titulierten Duldungsanspruch.

Trotz dieser formellen Bevorzugung bzw. Gleichstellung mit anderen dinglichen Gläubigern scheitert die erfolgreiche Durchsetzung für die Wohnungseigentümergeinschaft überwiegend daran, dass die Zwangssicherungshypothek erst zeitlich nach den Grundpfandrechten im Grundbuch eingetragen wird und diesen damit rangmäßig nachgeht. Alle Grundpfandrechte werden in der Zwangsversteigerung in der Rangklasse 4 nach § 10 Abs. 1 ZVG berücksichtigt, untereinander in der Reihenfolge des Grundbuchrangs. Hierbei steht die Zwangssicherungshypothek häufig an letzter Rangstelle. Bei den geringen Erlösen, die in einer Zwangsversteigerung erzielt werden, war und ist mit einer Befriedigung für den Gläubiger einer solchen Sicherheitshypothek nicht zurechnen. Der Ausfall der Wohnungseigentümergeinschaft bei der Beitreibung ihrer Ansprüche selbst in den Grundbesitz ist somit vorprogrammiert.

b) Durchsetzung nach Insolvenzeröffnung

Wie ist die Situation der Wohnungseigentümergeinschaft, wenn über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet wird?

Hausgeldrückstände, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, sind nach § 38 InsO einfache Insolvenzforderungen. Hierbei ist es auch unerheblich, dass die Jahresabrechnung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschlossen wird, dieser Beschluss hat hinsichtlich der Rückstände aus dem Wirtschaftsplan regelmäßig nur eine bestätigende und nicht eine rechtsbegründende Wirkung.¹ Eine Schuldumschaffung im Sinne einer Novation ist damit nicht bezweckt.² Die Gemeinschaft muss daher ihrer Ansprüche zur Insolvenztabelle anmelden und nimmt an der Verteilung gemäß §§ 187ff InsO teil, die Aussichten auf eine höhere Ausschüttung sind regelmäßig gering.

Nach der Insolvenzeröffnung kann der titulierte persönliche Zahlungsanspruch nicht mehr durchgesetzt werden, weil nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen einer Insolvenzforderung weder in die Masse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners die Zwangsvollstreckung zulässig ist (§ 89 InsO). Also selbst wenn der Insolvenzverwalter das Miteigentum aus der Masse freigibt, ist eine Zwangsvollstreckung nicht zulässig.

Verbessert sich die Situation mit der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek an dem Wohn- oder Teileigentum?

Sehr häufig fällt die Eintragung der Zwangssicherungshypothek in den Zeitraum der Rückschlagsperre, §§ 312, 88 InsO.

Nur wenn die WE-Gemeinschaft die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek im Grundbuch **außerhalb der Sperrfrist** erlangt hat, bleibt die Eintragung bestehen, der Gläubiger ist dann ein **absonderungsberechtigter Gläubiger**, § 49 InsO. Wegen des dinglichen Anspruchs aus der Hypothek auf Duldung der Zwangsvollstreckung kann jetzt im Wege der Zwangsversteigerung abgesonderte Befriedigung verlangt werden. Grundlage der dinglichen Vollstreckung ist gemäß § 867 Abs. 3 ZPO der Zahlungstitel, auf dem die Eintragung vermerkt wurde. Nach Insolvenzeröffnung muss und kann dieser Titel wegen der darin zugleich manifestierten Duldungspflicht gegen den Insolvenzverwalter analog § 727 ZPO umgeschrieben werden.

Trotz dieser bevorrechtigten Rechtsstellung scheidet die erfolgreiche Durchsetzung für die Wohnungseigentümergeinschaft aber auch hier überwiegend daran, dass die Zwangssicherungshypothek sehr häufig letztrangig hinter den Grundpfandrechten im Grundbuch eingetragen und mit einer Befriedigung für den Gläubiger einer solchen Sicherungshypothek nicht zu rechnen ist.

Nur die nach Insolvenzeröffnung begründeten Hausgeldansprüche sind Masseschulden nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO.

Hinsichtlich einer sog. **Abrechnungsspitze** (Differenz zwischen den im beschlossenen Wirtschaftsplan veranschlagten, durch Vorschüsse zu deckenden Lasten und Kosten und den für das Wohnungseigentum tatsächlich entstandenen Lasten und Kosten) werden unterschiedliche Ansichten vertreten.

¹ BGH NJW 1994,1866; Hefermehl in MünchKomm-InsO § 55 Rdnr. 76.

² BGH NJW 1999,3713.

Wird nach Insolvenzeröffnung von der Wohnungseigentümergeinschaft eine einmalige **Sonderumlage** zum Zwecke der Investitionen bzw. Sanierung beschlossen, wird hierdurch formal ein neuer Anspruch begründet, somit handelt es sich um eine Masseschuld.

Wird jedoch eine Sonderumlage beschlossen, die den von einem Miteigentümer durch Hausgeldrückstand vor Insolvenzeröffnung verursachten Fehlbedarf der Gemeinschaft ausgleichen soll (**Ausfalldeckungsumlage**), ist umstritten, ob es sich hierbei um eine Masseverbindlichkeit handelt. Nach Auffassung des BGH³ wird mit dem Beschluss über die Sonderumlage erstmals eine Verbindlichkeit der Gemeinschaft begründet, die bis dahin nicht bestand (Fälligkeitstheorie). Die Sonderumlage tritt insoweit auf Seiten des insolventen Wohnungseigentümers zu seinen bis dahin bereits offenen Hausgeldrückstände noch hinzu. Es wird aber auch gegen den BGH teilweise eine **Aufteilungstheorie**⁴ vertreten. Da die Insolvenzenmasse für die aus ihr zu erfüllende Verpflichtung keine aquivalente Gegenleistung erhält, kann insolvenzrechtlich die ursprüngliche Insolvenzforderung durch einen Umlagebeschluss nicht wirtschaftlich zur Masseforderung werden. Nur die anteilige Verpflichtung aus einer nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschlossenen Sonderumlage ist eine vorweg zu befriedigende Masseverbindlichkeit.⁵

2. Gesetzliche Neuregelung im ZVG

a) Vorgabe des Gesetzgebers

Die bisherige Rangklasse 2 des § 10 ZVG wurde mit Wirkung vom 1.7.2007 völlig neu gefasst. Zu der Rangklassen in **§ 10 Abs. 1 ZVG**:

2. ***[Fassung ab 1.7.2007; gilt nicht für die am 1.7.2007 anhängig gewesenen Verfahren] bei Vollstreckung in ein Wohnungseigentum die daraus fälligen Ansprüche der anderen Wohnungseigentümer auf Zahlung der Beiträge zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums oder des Sondereigentums, die nach § 16 Abs. 2, § 28 Abs. 2 und 5 des Wohnungseigentumsgesetzes geschuldet werden, einschließlich der Vorschüsse und Rückstellungen sowie der Rückgriffsansprüche einzelner Wohnungseigentümer. Das Vorrecht erfasst die laufenden und die rückständigen Beträge aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten zwei Jahren. Das Vorrecht einschließlich aller Nebenleistungen ist begrenzt auf Beträge in Höhe von nicht mehr als 5 vom Hundert des nach § 74a Abs. 5 festgesetzten Wertes. Die Anmeldung erfolgt durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Rückgriffsansprüche einzelner Wohnungseigentümer werden von diesen angemeldet;***

³ So BGH, NJW 1989, 3018; Hefermehl in MünchKomm-InsO § 55 Rdnr. 76.

⁴ hierzu Wenzel ZInsO 2005,113 zu den Zahlungspflichten in der Zwangsverwaltung; kritisch hierzu Drado NZI 2005, 489

⁵ Hierzu Vallender, NZI 2004,407.

Zur **Vollstreckung** aus der Rangklasse 2 wurde neu eingefügt in § 10 Abs. 3 ZVG:

- (3) *[gilt nicht für die am 1.7.2007 anhängig gewesenen Verfahren]*
Zur Vollstreckung mit dem Range nach Absatz 1 Nr. 2 müssen die dort genannten Beträge die Höhe des Verzugsbetrages nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 des Wohnungseigentumsgesetzes übersteigen. Für die Vollstreckung genügt ein Titel, aus dem die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung, die Art und der Bezugszeitraum des Anspruchs sowie seine Fälligkeit zu erkennen sind. Soweit die Art und der Bezugszeitraum des Anspruchs sowie seine Fälligkeit nicht aus dem Titel zu erkennen sind, sind sie in sonst geeigneter Weise glaubhaft zu machen.

Zur **Anmeldung** der Ansprüche in Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 wurde § 45 Abs. 3 ZVG angefügt:

- (3) Ansprüche der Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 sind bei der Anmeldung durch einen entsprechenden Titel oder durch die Niederschrift der Beschlüsse der Wohnungseigentümer einschließlich ihrer Anlagen oder in sonst geeigneter Weise glaubhaft zu machen. Aus dem Vorbringen müssen sich die Zahlungspflicht, die Art und der Bezugszeitraum des Anspruchs sowie seine Fälligkeit ergeben.**

b) Hinweise zum Verständnis

- Inhalt der Rangklasse 2

Das Vorrecht gilt nicht nur für Wohnungseigentum, sondern auch für Teileigentum, Wohnungserbbaurecht und Teilerbbaurecht (§ 1 Abs. 6, § 30 Abs. 3 Satz 2 WEG).

- Erfasst werden u.a.;
 - Ansprüche auf Tragung der Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums (z.B. Anliegerbeiträge, Müllabfuhrgebühren, Straßenreinigungskosten)
 - Kosten der Instandhaltung
 - Kosten der Instandsetzung
 - Kosten der sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums (z. B. Kosten der Heizung, der Wasserversorgung, des Stroms für gemeinschaftliche Anlagen, des Schornsteinfegers, des Hausmeisters, der Kontoführung, eines Rechtsstreits auf Entziehung des Wohnungseigentums) entsprechend dem jeweiligen Miteigentumsanteil des Wohnungseigentümers (§ 16 Abs. 2, 7 WEG)
 - Kosten des Sondereigentums, soweit sie von der Gemeinschaft abgerechnet werden (z. B. Kaltwasserkosten des Sondereigentums)
 - die durch den Wirtschaftsplan festgelegten Vorschüsse auf die anteiligen Lasten und Kosten (§ 28 Abs. 2 WEG)
 - Zahlungen auf die Instandhaltungsrückstellung (§ 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG)
 - Rückgriffsansprüche einzelner Wohnungseigentümer, die daraus entstehen, dass z.B. in einer Zweiergemeinschaft kein Verwalter bestellt ist, wegen des gesetzlichen Kopfprinzips (§ 25 Abs. 2 Satz 1 WEG) keine Mehrheitsbeschlüsse möglich sind und deshalb ein Wohnungseigentümer für die gemeinschaftlichen Lasten und Kosten in Vorlage tritt und bei dem anderen Wohnungseigentümer anteilig Regress nehmen kann.

➤ Zeitliche Begrenzung

In zeitlicher Hinsicht ist das Vorrecht begrenzt auf die **laufenden und rückständigen Beträge aus dem Jahr der Beschlagnahme und aus den letzten zwei Jahren.**

➤ Was sind laufende Beträge?

- Ansprüche der Gemeinschaft nach § 16 Abs. 2 WEG
- Abschlagszahlungen auf Grund des Wirtschaftsplans nach § 28 Abs. 2 WEG
- Sonderzahlung oder Nachzahlung nach § 28 Abs. 5 WEG

➤ Umfangsbeschränkung

Betragsmäßig ist das Vorrecht auf Beträge von 5 % des nach § 74a Abs. 5 ZVG festgesetzten Verkehrswertes begrenzt (wenn nicht festgesetzt, dann schätzen!!). Weiter gehende Ansprüche können in Rangklasse 5 berücksichtigt werden, wenn die Wohnungseigentümer einen entsprechenden Vollstreckungstitel erwirken und dem Verfahren beitreten.

➤ Rechtzeitige Anmeldung

Die Ansprüche müssen, da sie nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind, von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bzw. im Falle des Rückgriffsanspruchs eines einzelnen Wohnungseigentümers von diesem rechtzeitig angemeldet und auf Verlangen glaubhaft gemacht werden, § 45 Abs. 1 ZVG (auch § 37 Nr. 4, §§ 110, 114 Abs. 1, § 156 Abs. 2 Satz 4). Einwendungen sind von den Beteiligten durch Widerspruch geltend zu machen (§ 115). Die Glaubhaftmachung kann erfolgen durch einen Titel, z.B. Vollstreckungsbescheid oder ein Urteil über die bevorrechtigte Forderung oder eine Unterwerfungsurkunde des Schuldners (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) oder auch eine Niederschrift der maßgeblichen Beschlüsse der Wohnungseigentümer einschließlich ihrer Anlagen - etwa den Wirtschaftsplan oder die Jahresabrechnung, aus der die Zahlungspflicht (§ 28 Abs. 2 und 5 WEG) hervorgeht.

➤ Objektbezug

Entgegen dem 1. Entwurf (Stand Oktober 2004) haben bei der Vollstreckung in ein Wohnungseigentum nur die „*daraus*“ fälligen Ansprüche ... ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück. Hat der Schuldner in derselben Wohnanlage mehrere Wohnungen, so kann bei der Versteigerung der Wohnung Nr. 3 nicht der Hausgeldrückstand bezüglich der Wohnung Nr. 5 im Vorrang geltend gemacht werden. Den „Objektbezug“ des Anspruchs als Voraussetzung des Vorrechts hat der Gläubiger bei seiner Anmeldung oder in seinem Versteigerungsantrag glaubhaft zu machen, notfalls durch eine eidesstattliche Versicherung des WEG-Verwalters. Künftig sollten die Gläubiger bereits bei der Titulierung darauf achten, den Objektbezug aus dem Tenor, zumindest aber aus den Gründen erkennbar werden zu lassen.

➤ Betreiben aus Rangklasse 2

Der neu geschaffene § 10 Abs. 3 ZVG legt besondere Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung aus Ansprüchen der Rangklasse 2 fest. Vollstreckung aus der Rangklasse 2 ist nur wegen einer Forderungshöhe zwischen mehr als 3 % des Einheitswertes (Grenzwert ausgeschlossen) und höchstens 5 % des Verkehrswertes (Grenzwert eingeschlossen) zulässig. Übersteigt die Forderung die Untergrenze nicht, so ist Anmeldung

in Rangklasse 2 und Vollstreckung aus Rangklasse 5 möglich; zugeteilt wird dann entsprechend der Anmeldung in Rangklasse 2. Forderungsteile, welche die Obergrenze übersteigen, können nur durch Betreiben in Rangklasse 5 erfasst werden.

Aus dem zur Vollstreckung aus der Rangklasse 2 vorzulegenden Titel müssen erkennbar sein:

- die Zahlungsverpflichtung des Schuldners
- die Art (Hausgeldforderung)
- Bezugszeitraum
- Fälligkeit des Anspruchs (wegen des nach § 10 Abs. 2 Nr. 2 berücksichtigungsfähigen Zeitraums)
- Objektbezug.

Es ist kein Duldungstitel erforderlich (wie bei der Zwangshypothek auch). Auch ein im Mahnverfahren erreichter Zahlungstitel reicht aus. Feststellungen des Vollstreckungsgerichts zu Art und Fälligkeit des Anspruchs sollen vermieden werden. Dem Vollstreckungsverfahren sind die Entscheidung des Prozessgerichts oder die Angaben im Vollstreckungsbescheid zugrunde zu legen.⁶

3. Auswirkungen der Neuregelung im Insolvenzverfahren

a) **Absonderungsrecht**

Sind rückständige Hausgelder aus dem Zeitraum vor der Insolvenzeröffnung weiterhin als Insolvenzforderungen zu qualifizieren oder sind sie nunmehr als absonderungsberechtigte Ansprüche einzustufen?

Die abgesonderte Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen regelt § 49 InsO: *Gläubiger, denen ein Recht auf Befriedigung aus Gegenständen zusteht, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen (unbewegliche Gegenstände), sind nach Maßgabe des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zur abgesonderten Befriedigung berechtigt.*

§ 10 ZVG beginnt mit den Worten: *Ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke gewähren nach folgender Rangordnung, bei gleichem Range nach dem Verhältnis ihrer Beträge...* und dann folgen die Ansprüche aufgeteilt in 9 Rangklassen.

Unter dem Begriff "**Recht auf Befriedigung**" darf man also nicht in erster Linie nur **Grundpfandrechte** verstehen, also Grundschulden oder Hypotheken. § 49 InsO setzt nicht voraus, dass es sich um ein Recht handeln muss, aus dem der Gläubiger aktiv die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung betreiben kann. Es muss nur ein Recht sein, das einen Befriedigungsanspruch beinhaltet. Somit fallen hierunter auch alle Rechte, die im Grundbuch in Abteilung II eingetragen werden, z. B. Dienstbarkeiten, Nießbrauchsrecht, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten etc.

Wer also ein Recht auf Befriedigung am Grundstück hat, bestimmt sich nach §§ 10-14 ZVG. Dabei sind unter dem Begriff „Recht“ alle Ansprüche zu verstehen, die in § 10 ZVG

⁶ Begründung zu Art. 2 Nr. 1 Buchst. b WEGuaÄndG, BT-Drucks. 16/887 S. 46.

aufgeführt sind. Hierbei regelt § 10 Abs. 1 ZVG dann noch speziell die Rangfolge der Absonderungsberechtigten am Grundstück zueinander.⁷

Beispielhaft hat daher auch ein **persönlicher Gläubiger** ein "**Recht auf Befriedigung**" am Grundstück. Hat der Gläubiger die Beschlagnahme in der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung insolvenzfest erlangt, ist er ebenfalls zur abgesonderten Befriedigung berechtigt. § 80 Abs. 2 Satz 2 InsO sagt hierzu, dass auch nach Insolvenzeröffnung die Vorschriften über die Wirkungen einer Pfändung oder einer Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung unberührt bleiben. Die auf Antrag eines persönlichen Gläubigers betriebene Zwangsversteigerung läuft auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens weiter, wenn die Beschlagnahme außerhalb der Fristen der Rückschlagsperre erlangt wurde, insoweit besteht nunmehr auch für diesen Insolvenzgläubiger ein gegen die Insolvenz durchsetzbares Absonderungsrecht.⁸

Auch Ansprüche der Rangklasse 3 des § 10 Abs. 1 ZVG sind im Insolvenzverfahren absonderungsberechtigt. **Grundsteueransprüche** der Gemeinde, Stadt oder Finanzamt gemäß § 12 GrStG ruhen als öffentliche Last auf dem Grundstück und begründen ein Absonderungsrecht nach § 49 InsO (früher § 47 KO)⁹. Damit kann die Gemeinde wie ein Grundpfandrechtsgläubiger vollstrecken, sie benötigt für die Vollstreckung einen "Duldungsbescheid", den sie sich selbst erlassen kann.

Seit der Neufassung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG steht der WE-Gemeinschaft nunmehr auch ein dingliches Befriedigungsrecht – auch außerhalb einer Zwangssicherungshypothek - zu. Auch für die Rangklasse 2 beginnt § 10 Abs. 1 ZVG mit den Worten „*Ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück* gewähren

Folgerichtig lässt sich dieses Befriedigungsrecht als (latentes) Absonderungsrecht im Sinne des § 49 InsO qualifizieren, das auch nach Insolvenzeröffnung zwangsweise durchgesetzt werden kann, sofern die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben wird (dabei ist es gleichgültig, von welchem Gläubiger die Vollstreckung in Gang gesetzt wird).

b) Vollstreckung wegen Hausgelder gegen den Insolvenzverwalter

Will die WE-Gemeinschaft selbst gegen den Insolvenzverwalter die Zwangsvollstreckung betreiben, bedarf es eines Titels gegen den Verwalter (wie auch für öffentliche Lasten oder dingliche Rechte). Der Verwalter könnte sich kostengünstig in notarieller Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum unterwerfen (§ 794 Abs.1 Nr.5 ZPO), was aber eher praxisfremd sein dürfte. Sollte er dazu nicht bereit sein, muss er verklagt werden.

Existierte bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Zahlungstitel gegen den Schuldner, kann sich die WE-Gemeinschaft diesen Titel gegen den Verwalter analog § 727 ZPO umschreiben lassen, allerdings beschränkt auf die Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum (s. Ausführungen unter II.1.b.). In keinem

⁷ MünchKomm/Ganter, Inso, § 49 Rn. 45 ff.

⁸ MünchKomm/Ganter, InsO, vor § 49 Rn. 16.

⁹ OVG NW vom 19.8.1998, Rpfleger 1999, 89; OVG Magdeburg vom 14.3.2006, WM 2007, 1622.

Falle ist aber für die Zwangsvollstreckung aus der Rangklasse 2 - wie bereits eingangs erwähnt - ein gesonderter Duldungstitel erforderlich (wie auch bei der Zwangshypothek nicht), somit durchaus eine Besserstellung gegenüber den Grundpfandrechtsgläubigern, die dinglich in Rangklasse 4 vollstrecken wollen.

Die Wohnungseigentümergeinschaft wird aus verständlicher Sicht relativ zügig bemüht sein, rückständige Hausgelder beizutreiben. Die Bevorrechtigung in der Rangklasse 2 ist hierzu das geeignete Druckmittel. Betreibt die Gemeinschaft die Zwangsversteigerung aus dieser Rangklasse, erlöschen alle Ansprüche der nachfolgenden Rangklassen, dies trifft insbesondere sämtliche Grundpfandrechtsgläubiger in der Rangklasse 4. Dass für die Zwangsversteigerung aufzustellende geringste Gebot besteht regelmäßig nur aus den Verfahrenskosten, damit besteht die Gefahr, dass das Wohnungseigentum erheblich unter Wert versteigert wird, allerdings auch wiederum nicht zu einem solch niedrigen Gebot (das wäre dann Verschleuderung), dass die Wohnungseigentümergeinschaft selbst keine Zuzahlung erhält: Wird das Objekt versteigert, dürften deren Ansprüche in jedem Falle befriedigt werden.

Will der Insolvenzverwalter die Verwertung durch Zwangsversteigerung verhindern, kann er dies in erster Linie nur, wenn er die rückständigen Hausgelder aus der Masse zahlt. Ob dies überhaupt möglich ist, sei dahingestellt. Eine angeordnete Zwangsversteigerung kann den Handlungsspielraum des Insolvenzverwalters entscheidend beeinträchtigen. Will er das Objekt nicht freigegeben, sondern ein dort betriebenes Gewerbe fortführen, muss er Mittel und Wege finden, die Zwangsversteigerung zu verhindern.

Nach § 30d ZVG kann der Insolvenzverwalter eine Zwangsversteigerung einstellen lassen. Der Antrag kann bis zum Schluss der Versteigerung, also bis zur Verkündung des Zuschlages gestellt werden. Liegen die Voraussetzungen für eine einstweilige Einstellung nach § 30d ZVG vor, ist von Amts wegen die Auflage anzuordnen, dass den betreibenden Gläubiger für die Zeit nach dem Berichtstermin nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO laufend **die geschuldeten Zinsen** binnen zwei Wochen nach Eintritt der Fälligkeit aus der Insolvenzmasse zu zahlen sind, § 30e Abs. 1 S. 1 ZVG (zum Streit, ob es sich bei dem geschuldeten Zinsen um die im Grundbuch eingetragenen dinglichen Zinsen¹⁰ oder um die Zinsen der geschuldeten Forderung¹¹ handelt, muss hier nicht weiter eingegangen werden). Die Zinszahlung verfolgt den Zweck, dass dem betreibenden Gläubiger des Zwangsversteigerungsverfahrens kein wirtschaftlicher Nachteil dadurch entsteht, dass das Versteigerungsverfahren einstweilen eingestellt wird. Die Anordnung der Zinszahlung ist zwingend, ein Ermessen besteht nicht. Und genau diese Zinszahlungspflicht ist sicherlich einer der Gründe, warum von diesem Einstellungsrecht der Insolvenzverwalter in der Praxis eher selten Gebrauch macht. Auch handelt es sich hierbei um Masseschulden i.S.v. § 55 Abs. 1 InsO.¹² Die angeordneten Ausgleichzahlungen sind eine unmittelbare Folge der Handlung des Insolvenzverwalters. Der

¹⁰ Stöber, ZVG § 30e Rn. 2.2; Böttcher § 30e Rn. 4; Hintzen ZInsO 2004, 713 und ZInsO 2000,205; Alff Rpfleger 2000,228; Eickmann ZfIR 1999, 83; Schmidt InVo 1999, 76.

¹¹ LG Göttingen Rpfleger 2000,228 = NZI 2000,186; LG Stade Rpfleger 2002,479; Uhlenbruck, InsO § 165 Rn. 19; MünchKomm/Lwowski, InsO § 165 Rn. 104; HK-InsO/Eickmann § 165 Rn. 9 im Widerspruch zu ZfIR 1999, 83; Storz, ZVG, B 3.1.1.; Wenzel NZI 1999, 102; Tetzlaff WM 1999, 2336 und ZInsO 2004, 521.

¹² Uhlenbruck, InsO § 165 Rn. 19; MünchKomm/Lwowski, InsO § 165 Rn. 105; Becker in Nerlich/Römermann § 165 Rn. 44 legt sich nicht fest.

Verwalter begründet durch sein Handeln eine unmittelbare vertragliche Verpflichtung zu Lasten der Masse.

Die geltend gemachten Hausgelder in der Rangklasse 2 sind dem Kapitalbetrag des Grundpfandrechtes in der Rangklasse 4 vergleichbar. Laufend geschuldete Zinsen wie bei einem Grundpfandrecht sind in der Rangklasse 2 nur in Form titulierter Verzugszinsen vorhanden (z.B. 5%-Punkte über Basiszins). Es kann daher bei hohen Hausgeldrückständen zu einer Zinszahlung von bis zu 5% des Verkehrswertes kommen.

Diese Ausgleichspflicht nach § 30e ZVG darf nicht übersehen werden, es handelt sich um Masseverbindlichkeiten.

Sicherlich hatte der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Rangklasse 2 wenig oder überhaupt nicht an die Auswirkungen in der Insolvenz gedacht. Fest steht damit aber auch, dass der Insolvenzverwalter eine angeordnete Zwangsversteigerung der Wohnungseigentümergeinschaft mit seinem Einstellungsrecht nur nach reiflicher Überlegung entgegen treten sollte.

c) **Freigabe oder freihändiger Verkauf**

Der Insolvenzverwalter hat grundsätzlich die Pflicht und die Aufgabe, für eine bestmögliche Verwertung des Vermögens zu sorgen. Hat der Schuldner Grundbesitz, steht für den Insolvenzverwalter bei der Frage der Verwertung die Entscheidung zwischen Freigabe oder freihändigem Verkauf im Raum.

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für die **Freigabe**, die in seinem pflichtgemäßen Ermessen steht, erlangt der Schuldner die Eigentumswohnung bzw. das Teileigentum zur freien Verfügung zurück. Der Insolvenzverwalter verzichtet insoweit auf die Massezugehörigkeit. Die Freigabe kommt sicherlich dann in Betracht, wenn das Objekt für die Masse keinerlei Verwertungsoptionen bietet bzw. weitgehend nur Kosten verursacht. Mit der Freigabe verhindert der Insolvenzverwalter insbesondere eine Belastung der Masse mit Steuern, Hausgeldzahlungen oder Sonderumlagen.

Mit Blick auf § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ändert sich nach neuem Recht die Situation der Wohnungseigentümergeinschaft mit der Freigabe nur unwesentlich. Die Ansprüche in der Rangklasse 2 belasten auch weiterhin das Wohnungseigentum; der Anspruch richtet sich nunmehr vom Insolvenzverwalter gegen den Schuldner.

Aber neu ist: Die Wohnungseigentümergeinschaft kann auch nach der Freigabe die Zwangsversteigerung durchsetzen, § 89 InsO greift hier nicht, sie ist weiterhin mit ihren Ansprüchen absonderungsberechtigt (§ 52 InsO).

Der Insolvenzverwalter kann sich aber auch zur **freihändigen Veräußerung** des Wohnungs- oder Teileigentum entschließen, dass er hierzu berechtigt ist, dürfte unstrittig sein. Mit Blick auf die regelmäßig bestehenden Belastungen am Grundbesitz ist eine lohnenswerte Veräußerung ohne Abstimmung mit den Grundpfandrechtsgläubigern nicht möglich, potenzielle Käufer verlangen regelmäßig eine Lastenfreistellung, ohne Löschung der bestehenden Grundpfandrechte wird der Eigentumserwerb nicht vollzogen werden.

Veräußert der Insolvenzverwalter das Grundstück, hat dies hinsichtlich der Ansprüche der Rangklasse 3 des § 10 ZVG folgende Rechtsfolge: der Erwerber haftet für die Grundsteuerschuld vor der Veräußerung nicht als Gesamtschuldner zusammen mit dem bisherigen Eigentümer (§ 11 GrStG). Durch den Verkauf wird aber die dingliche Haftung für Rückstände nicht berührt. Ist also Grundsteuer rückständig, kann sich die Gemeinde mit einem Duldungsbescheid gegen den Erwerber an das Grundstück (nicht aber an dessen Privatvermögen) halten. Wer aus einer Insolvenzmasse ein Grundstück kaufen will (und wer es als Insolvenzverwalter veräußert), sollte dies unbedingt beachten.

Was für Grundsteuern gilt, gilt nach der Gesetzeslage nunmehr auch für Hausgeldansprüche im Rahmen der Rangklasse 2 des § 10 ZVG. Aus der vorstehend beschriebenen „dinglichen Rechtsnatur“ der Hausgeldansprüche, soweit sie die Voraussetzungen des § 10 Abs.1 Nr. 2 ZVG erfüllen, ergibt sich zwangsläufig, dass sie gegenüber jedem späteren Eigentümer durchgesetzt werden können. Wird das Wohnungs- oder Teileigentum rechtsgeschäftlich übertragen, kann die Gemeinschaft den bestehenden Zahlungstitel gegen den Erwerber umschreiben lassen. Der Erwerber ist zwar nicht Rechtsnachfolger des Schuldners hinsichtlich der persönlichen Zahlungsverpflichtung (diese verbleibt beim Schuldner), wohl aber hinsichtlich der dinglichen Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum. Für Ansprüche, die über die 5%-Obergrenze hinausgehen oder die außerhalb des Zeitrahmens des § 10 Abs.1 Nr.2 ZVG liegen, gilt dies jedoch nicht. Diese Ansprüche können auch nicht in der Rangklasse 5 gegen den rechtsgeschäftlichen Erwerber vollstreckt werden.

Neu ist somit: Der Käufer eines Wohnungseigentum wird künftig sicherstellen müssen, dass keine Hausgeldrückstände bestehen, weil er sonst Gefahr läuft, dafür mit der erworbenen Immobilie dinglich haften zu müssen.

d) Belehrungspflicht

Nach § 17 Abs. 1 BeurkG soll der **Notar** bei einer Beurkundung, insbesondere auch § 311b BGB bei Grundstücksübertragungen, den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Verletzt der Notar vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem anderen gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er diesem den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, § 19 BNotO¹³.

Völlig neu dürfte die Rechtslage mit Blick auf die möglicherweise fortbestehende dingliche Haftung eines Wohnungs- oder Teileigentum aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG haben. Die Notare werden ihre Beurkundungs- und Belehrungspraxis insoweit sicherlich anpassen müssen.

Aufklärungspflichten treffen aber nicht nur den Notar, sondern auch den Verkäufer. Im Rahmen eines Kaufvertrages über ein Grundstück treten zu den Übergabepflichten als Hauptpflichten auch Einweisungs-, Mitteilungs- und Aufklärungspflichten hinzu.¹⁴ Veräußert der Insolvenzverwalter die Immobilie, tritt er an die Stelle des Verkäufers. Nach § 60 InsO ist

¹³ BGH, Urteil vom 6.5.2004 - III ZR 247/03, DNotZ 2004, 849 = NJOZ 2004, 2400 = ZNotP 2004, 450.

¹⁴ MünchKomm/Westermann, BGB, § 433 Rdnr. 54.

der **Insolvenzverwalter** allen Beteiligten zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen. Er hat für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen. Die Rechtsprechung des BGH, aber auch der Instanzgerichte, zur Haftung des Insolvenzverwalters ist sicherlich recht vielfältig.

Aktuell entschied das AG Leipzig durch Urteil vom 16.5.2007¹⁵, dass bei einem Verkauf eines Wohnungseigentum der Käufer mit Zahlungsrückständen des Schuldners auf das Hausgeld rechnen muss, ansonsten wäre der Schuldner sehr wahrscheinlich nicht im Insolvenzverfahren. Beim Verkauf trifft den Insolvenzverwalter insoweit keine besondere Hinweispflicht.

Erstens ist dieses Urteil noch zur alten Rechtslage ergangen, und zweitens würde ich mich nicht unbedingt hierauf verlassen, Obergerichte bzw. der BGH können dies auch anders sehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erwerber mit einer dinglichen Haftung für Hausgeldrückstände nicht rechnet und über die neue Rechtslage auch nicht aufgeklärt wird. Dies kann, wie bereits angedeutet, für den Erwerber mit nicht unerheblichen wirtschaftlichen Folgen verbunden sein. Hierüber sollte der Insolvenzverwalter in jedem Falle ausdrücklich aufklären.

4. Positive Auswirkung für die Insolvenzmasse

Die neue Qualität der Hausgeldforderung als Absonderungsrecht hat auch positive Aspekte für die Insolvenzmasse. Gläubiger, die abgesonderte Befriedigung verlangen können, sind zwar Insolvenzgläubiger, soweit ihnen der Schuldner auch persönlich haftet. Sie sind zur anteilmäßigen Befriedigung aus der Insolvenzmasse jedoch nur berechtigt, soweit sie auf eine abgesonderte Befriedigung verzichten oder bei ihr ausgefallen sind (§ 52 InsO). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, verzichten sie also nicht auf ihr Recht und erleiden sie auch keinen Ausfall, nehmen sie am Insolvenzverfahren nicht teil.

Genau in diese Problematik entschied der BGH mit Beschluss vom 29.11.2007, IX ZB 12/07 (noch nicht veröffentlicht) über einen Insolvenzantrag einer Bank bei dinglicher Sicherung wie folgt: **Ist die Forderung eines Gläubigers zweifelsfrei vollständig dinglich gesichert, ist dessen Insolvenzantrag unzulässig.**

Nach dem Sachverhalt hatte die Bank eine erstrangige Grundschuld in Höhe von 5.500.000 DM (=2.812.105,35 €). Der Verwalter hat den Wert des Grundstücks mit 10 bis 14 Mio. € beziffert; die Schuldnerin geht von einem noch höheren Verkehrswert aus.

Nach dem BGH setzt ein Eröffnungsantrag nach § 14 InsO voraus, dass der Gläubiger eine Forderung glaubhaft macht, die im Falle der Eröffnung des Verfahrens eine Insolvenzforderung darstellen würde. Die antragstellende Bank ist aber ein Gläubiger nach § 52 InsO. Gläubiger, denen ein Recht auf Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen zusteht, können sich sogar so verhalten, als wäre das Verfahren nicht eröffnet worden. Sie sind nämlich weiterhin nach Maßgabe des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zur abgesonderten Befriedigung berechtigt (§ 49 InsO). Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen (§ 1 Satz 1 InsO). Der Insolvenzantrag eines Gläubigers muss auf die Teilnahme

¹⁵ 104 C 10628/06, InVo 2007, 333.

an einem solchen Verfahren gerichtet sein und die mindestens anteilige Befriedigung der eigenen Forderung zum Ziel haben. Ist aber die Forderung des Gläubigers unzweifelhaft ausreichend dinglich gesichert, bringt ihm das Insolvenzverfahren keinerlei Vorteile mehr. Dann hat er auch kein rechtlich schützenswertes Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der titulierte Betrag von 5,5 Mio. DM (2.812.105,35 €) kann durch eine aus der erstrangigen Grundschuld betriebenen Zwangsversteigerung des Grundstücks ohne weiteres beigetrieben werden.

Da die Hausgelder zumindest im Umfang bis 5% des Verkehrswertes in der Rangklasse 2 nach § 10 Abs. 1 ZVG zu befriedigen sind und damit noch vor den öffentlichen Lasten und allen dinglichen Rechten am Grundstück stehen, werden sie bei einer Zwangsversteigerung in jedem Falle gezahlt. Damit hat die WE-Gemeinschaft a) kein Recht einen Insolvenzantrag zu stellen und b) kein Recht auf Befriedigung als Insolvenzgläubiger, auch nicht anteilig i.S. von § 52 ZVG. Sie kann nicht bei der abgesonderten Befriedigung ausfallen (s. BGH bei der erstrangigen Grundschuld), müssten also auf ihr Absonderungsrecht verzichten, was wohl nie vorkommen wird. Der Verwalter darf hierauf keine Zahlung leisten.

5. Zusammenfassung

- Hausgelder im Betragsrahmen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG sind absonderungsberechtigte Ansprüche
- die Wohnungseigentümergeinschaft kann dinglich in das Wohnungseigentum gegen den Insolvenzverwalter vollstrecken
- eine Freigabe durch den Insolvenzverwalter ändert daran nichts, nur die Person wechselt auf den Schuldner
- eine Veräußerung durch den Insolvenzverwalter könnte eine besondere Hinweispflicht auslösen
- Hausgelder im Betragsrahmen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nehmen mit Blick auf § 52 InsO am Insolvenzverfahren nicht teil.