

**„Besondere Vertreter“
im Zwangsversteigerungsverfahren
ausgewählte Probleme bei abwesenden, unbekanntem und
prozessunfähigen Schuldner**

Diplomarbeit

**an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),
Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen
Fachbereich Rechtspflege**

vorgelegt von Judith Böhm
aus Chemnitz

Meißen, 05.06.2018

INHALTSVERZEICHNIS

1	Einleitung	1
2	Der abwesende Schuldner	2
2.1	Vorbemerkung	2
2.2	Der unbekannte Aufenthalt des Schuldners	3
2.2.1	Definition des unbekanntes Aufenthalts.....	3
2.3	Der Zustellvertreter nach § 6 ZVG.....	3
2.3.1	Aufgaben des Zustellvertreters, Anwendungsbereich	3
2.3.2	Bestellungsvoraussetzungen	4
2.3.3	Verfahren.....	8
2.4	Der Abwesenheitspfleger nach § 1911 BGB	12
2.4.1	Aufgaben des Abwesenheitspflegers, Anwendungsbereich	12
2.4.2	Bestellungsvoraussetzungen	12
2.4.3	Verfahren.....	14
2.5	Der Eigentumsvertreter nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB	17
2.5.1	Aufgaben des Eigentumsvertreters, Anwendungsbereich.....	17
2.5.2	Bestellungsvoraussetzungen	18
2.5.3	Verfahren.....	18
2.6	Fazit für das Versteigerungsverfahren.....	20
3	Der unbekannte Schuldner.....	20
3.1	Vorbemerkung	20
3.2	Der Begriff der unbekanntes Erben	21
3.3	Der einstweilige besondere Vertreter für die unbekanntes Erben des Schuldners nach § 779 Abs. 2 ZPO	22
3.3.1	Aufgaben des einstweilige besonderen Vertreters für die unbekanntes Erben des Schuldners, Anwendungsbereich	22
3.3.2	Bestellungsvoraussetzungen	22
3.3.3	Verfahren.....	23
3.4	Der Zustellvertreter nach § 6 ZVG.....	27

3.5	Der Nachlasspfleger nach §§ 1960, 1961 BGB	28
3.5.1	Aufgaben des Nachlasspflegers, Anwendungsbereich	28
3.5.2	Bestellungsvoraussetzungen nach § 1960 BGB	28
3.5.3	Bestellungsvoraussetzungen nach § 1961 BGB	28
3.5.4	Verfahren.....	29
3.6	Der Eigentumsvertreter nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB	30
3.7	Fazit für das Zwangsversteigerungsverfahren	31
4	Der prozessunfähige Schuldner	31
4.1	Vorbemerkung	31
4.2	Vorliegen von Prozessunfähigkeit	33
4.3	Der Zustellvertreter nach § 6 ZVG.....	36
4.4	Der Prozesspfleger nach § 57 ZPO.....	37
4.4.1	Aufgaben des Prozesspflegers, Anwendungsbereich	37
4.4.2	Bestellungsvoraussetzungen	38
4.4.3	Verfahren.....	39
4.5	Der Nachtragsliquidator nach § 273 Abs. 4 AktG	41
4.5.1	Aufgaben des Nachtragsliquidators, Anwendungsbereich	41
4.5.2	Bestellungsvoraussetzungen	41
4.5.3	Verfahren.....	41
4.6	Fazit für das Zwangsversteigerungsverfahren	43

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EMRK	Europäischen Menschenrechtskonvention

FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GenG	Genossenschaftsgesetz
GenRegV	Genossenschaftsregisterverordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
KG	Kammergericht
JurBüro	Das Juristische Büro
LG	Landgericht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar
NAZ	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht

OVG	Oberverwaltungsgericht
RdL	Recht der Landwirtschaft
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RPfIG	Rechtspflegergesetz
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Satz
VBVG	Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern
Verf.	Verfasser
VG	Verwaltungsgericht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
z. B.	zum Beispiel
ZMR	Zeitschrift für Mietrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
ZwVwV	Zwangsverwalterverordnung

1 Einleitung

Das Zwangsversteigerungsverfahren als Vollstreckungsverfahren bewegt sich im Spannungsfeld zwischen Schuldner- und Gläubigerschutz. Durch das Vollstreckungsverfahren wird das grundgesetzlich garantierte Recht des Schuldners auf Eigentum gemäß Art. 14 Abs. 1 GG zu Gunsten der Interessen des Gläubigers eingeschränkt.

Der Schuldner ist naturgemäß Beteiligter des Zwangsversteigerungsverfahrens, § 9 Nr. 1 Alt. 1 ZVG. Der Schuldner ist im Verfahren vor Entscheidungen, die seine Rechte betreffen, zu hören¹, zum Beispiel im Rahmen des Verkehrswertfestsetzungsverfahrens², so bei der Abgabe eines Meistgebotes unter 30 Prozent des Verkehrswertes³ oder im Rahmen eines Antrags auf abweichende Versteigerungsbedingungen, § 59 ZVG. Zudem sind der besondere gerichtliche Hinweis nach § 30a ZVG, Terminbestimmungen für Versteigerungs- und Verteilungstermin und das Groh an im Verfahren getroffenen Beschlüssen an den Schuldner als Verfahrensbeteiligten zuzustellen. Diese Zustellungen setzen wiederum Rechtsmittelfristen in Gang oder gewähren für den Fall der Nichteinhaltung besondere Zuschlagsversagungsgründe nach § 83 Nr. 1 Nr. 6 ZVG.

Ist der Schuldner abwesend, also nicht für den Gläubiger und das Gericht greifbar, ist er prozessunfähig oder sogar unbekannt, kann er nicht ordnungsgemäß am Verfahren beteiligt werden.

Für diese Fälle hat der Gesetzgeber jedoch Regelungen getroffen, die es dem Gläubiger ermöglichen sollen, trotzdem seine Ansprüche durchzusetzen und extreme Verfahrensverzögerungen zu verhindern. Zum einen existiert die Möglichkeit der öffentlichen Zustellung, zum anderen gibt es eine Vielzahl an besonderen Vertretern, die im Zwangsversteigerungsverfahren für den Schuldner bestellt werden können. Die Vertreterbestellung liegt aber nicht immer im Zuständigkeitsbereich des Vollstreckungsgerichts. Vollstreckungsgericht und Gläubiger sind daher auch von der Entscheidung anderer Gerichte abhängig.

Insbesondere durch die neuere Rechtsprechung⁴ zum Zustellungsvertreter nach § 6 ZVG hat die Thematik der Vertreterbestellung für den Schuldner wieder an Ak-

¹ BVerfG, BVerfGE 101, 397.

² BVerfG, MDR 1957, 11.

³ BVerfG, BVerfGE 46, 325; BGH, MDR 2005, 353.

⁴ LG Potsdam, ZfIR 2014, 785.

tualität gewonnen. Der Schuldnerschutz rückt in den Vordergrund. So wird im Rahmen einer geplanten Reform des Zwangsversteigerungsgesetzes eine Änderung der Rolle des Zustellvertreters diskutiert.⁵

Diese Arbeit soll einen Überblick zu möglichen Vertretern des Schuldners und den aktuellen Meinungsstand verschaffen sowie Lösungsmöglichkeiten im Zwangsversteigerungsverfahren aufzeigen.

2 Der abwesende Schuldner

2.1 Vorbemerkung

Eine Anwesenheit des Schuldners in Persona zu den gerichtlichen Terminen des Zwangsversteigerungsverfahrens ist grundsätzlich nicht erforderlich. Jedoch ist vom Schuldner eine Anwesenheit in der Form notwendig, dass Zustellungen an den Schuldner erfolgen können und er bei Bedarf schriftlich angehört werden kann.

Das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung ist ein zur Zivilprozessordnung gehörendes Gesetz, § 869 ZPO.⁶ Grundsätzlich sieht die Zivilprozessordnung für den Fall des unbekanntem Aufenthalts einer Person die öffentliche Bekanntmachung nach § 185 ZPO als Mittel der Ersatzzustellung vor, die innerhalb eines Monats ab Aushang der Benachrichtigung als bewirkt gilt, § 188 ZPO. Um dadurch resultierende erhebliche Verzögerungen zu vermeiden, erlaubt das Zwangsversteigerungsgesetz Zustellungen an den Schuldner oder auch an den gegebenenfalls beim Grundbuchamt benannten Zustellungsbevollmächtigten vorzunehmen, § 5 ZPO. Zudem existiert im Zwangsversteigerungsgesetz der Zustellvertreter nach § 6 ZVG, der im Zwangsversteigerungsverfahren die öffentliche Zustellung teilweise ersetzen kann.⁷ Neben dem Zustellvertreter werden als besondere Vertreter des Schuldners sowohl der Abwesenheitspfleger nach § 1911 BGB als auch der Eigentumsvertreter nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB im Folgenden näher beleuchtet.

⁵ vgl. BMJV, S. 10 f.

⁶ Zöller/Seibel, § 869 Rn. 1.

⁷ Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 1 ZVG; Steiner/Hagemann, § 6 Rn. 1 ZVG; Böttcher, §§ 6, 7 Rn. 1.

2.2 Der unbekannte Aufenthalt des Schuldners

2.2.1 Definition des unbekanntes Aufenthalts

Der Gesetzgeber verwendet den Terminus „unbekannter Aufenthalt“ sowohl bei den unter Punkt 2.1 erwähnten Vertretern als auch bei der öffentlichen Zustellung nach § 185 Nr. 1 ZPO.

Die von Literatur und Rechtsprechung genutzten Definitionen verdichten sich gesetzübergreifend im Kern auf folgenden Grundinhalt:⁸

Unbekannter Aufenthalt liegt dann vor, wenn der genaue Ort, an dem sich eine Person befindet, nicht bekannt ist und sich der neue Aufenthaltsort auch nicht mit vertretbarem Aufwand recherchieren lässt.

Dieser Aufenthaltsort ist bei natürlichen Personen in der Regel der Wohnsitz.⁹ Der Aufenthaltsort einer Gesellschaft ist der im Handelsregister eingetragene (Geschäfts-) Sitz.¹⁰

2.3 Der Zustellvertreter nach § 6 ZVG

2.3.1 Aufgaben des Zustellvertreters, Anwendungsbereich

Der Zustellvertreter nach § 6 ZVG nimmt im Zwangsversteigerungsverfahren lediglich die an den Schuldner gerichteten Zustellungen entgegen, § 7 Abs. 1 ZVG. Zudem hat der Zustellvertreter die Aufgabe, den Aufenthalt des abwesenden Schuldners zu ermitteln, diesen an das Gericht ohne schuldhaftes Zögern mitzuteilen,¹¹ den Schuldner dann über die Zustellungen zu benachrichtigen und ihm die Schriftstücke verfügbar zu machen,¹² § 7 Abs. 2 S. 1 ZVG. Eine aktive Vertretung des Schuldners, insbesondere durch Abgabe von Erklärungen oder Stellung von Anträgen, findet durch den Zustellvertreter gerade nicht statt.

⁸ vgl. für § 1911 BGB: BGH, ZfIR 2012, 661; Palandt/Götz, § 1911 Rn. 4; für § 6 ZVG: Böttcher, §§ 6, 7 Rn. 2, für § 185 ZPO: Musielak/Voith/Wittschier, § 182 Rn. 2; Baumbach/Hartmann, § 185 Rn. 5; für Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB: Böhringer, NJ 2015, 494.

⁹ Staudinger/Bienwald, § 1911, Rn. 17; Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 3.

¹⁰ OLG Stuttgart, MDR 2005, 472; Burmester, 71.

¹¹ Depré/Cranshaw, § 7 Rn. 6.

¹² Depré/Cranshaw, § 7 Rn. 6.

Die Zustellung von Anordnungs- und Beitrittsbeschluss schließt das Gericht aufgrund deren Bedeutung ausdrücklich aus, § 8 ZVG.¹³

2.3.2 Bestellungs Voraussetzungen

Nach § 6 Abs. 1 Alt. 1 ZVG hat das Gericht einen Zustellungsvertreter zu bestellen, wenn der Aufenthalt desjenigen, dem zugestellt werden soll und der Aufenthalt seines Zustellungsbevollmächtigten dem Vollstreckungsgericht nicht bekannt sind.

Bei der Prüfung des unbekanntes Aufenthalts ist auf die Person des Zustelladressaten abzustellen, § 6 Abs. 1 ZVG. Der Zustelladressat einer prozessfähigen, natürlichen Person ist diese selbst, der einer prozessunfähigen natürlichen Person deren gesetzlicher Vertreter, § 170 Abs. 1 S. 1 ZPO, also deren Eltern nach § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB, Vormund nach § 1793 Abs. 1 S. 1 BGB, Betreuer nach § 1902 BGB oder Pfleger nach §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1793 Abs. 1 S. 1 BGB.

Der Zustelladressat einer nicht natürlichen Person ist dessen Vertreter,¹⁴ § 170 ZPO, also regelmäßig der Geschäftsführer nach § 35 Abs. 1 GmbHG, der Vorstand nach § 26 BGB, § 78 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 24 Abs. 1 S. 1 GenG oder der vertretungsberechtigte Gesellschafter nach (§ 161 Abs. 2 HGB i. V. m.) § 125 Abs. 1 HGB oder nach § 714 BGB. Weil bei mehreren Vertretern die Zustellung an einen von ihnen genügt, § 170 Abs. 3 ZPO, ist der Aufenthalt der Gesellschaft im Ergebnis unbekannt, wenn der Aufenthalt aller ihrer Vertreter unbekannt ist.

Alternativ zum Schuldner muss auch sein Zustellungsbevollmächtigter unbekanntes Aufenthalts sein. Ein Zustellungsbevollmächtigter kann ein rechtsgeschäftlich durch den Schuldner für die Entgegennahme von Zustellungen Bevollmächtigter, ein Prozessbevollmächtigter gemäß § 79 ZPO oder der Zustellbevollmächtigte des Grundbuchamts, §§ 5 ZVG, 97 Abs. 1 GBO sein.

Während die beiden Erstgenannten dem Vollstreckungsgericht angezeigt werden müssten,¹⁵ erfährt das Vollstreckungsgericht vom Zustellbevollmächtigten des Grundbuchamts durch die Mitteilung nach § 19 Abs. 2 S. 1 ZVG, die das Grundbuchamt nach Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks an das Vollstreckungsgericht übersendet.

Im Rahmen der Bestellung des Zustellvertreters nach § 6 ZVG ist die subjektive Unkenntnis des Gerichts für die Feststellung des unbekanntes Aufenthalts maßgeb-

¹³ Depré/Cranshaw, § 8 Rn. 2.

¹⁴ Zöller/Schultzky, § 170 Rn. 1, 3.

¹⁵ Stöber, § 3 Rn. 3.5.

lich.¹⁶ Unbekannter Aufenthalt liegt dann vor, wenn sich aus den Verfahrensakten oder anderen zur Kenntnis des Gerichts gelangten Unterlagen ein aktueller Aufenthaltsort nicht ergibt.¹⁷

Zur Feststellung des unbekanntes Aufenthalts wurden in der Vergangenheit keine weitere Ermittlungspflichten des Vollstreckungsgericht gesehen, es genügte die bloße Tatsache des unbekanntes Aufenthalts aus den Gerichtsakten (s. 2.2.1),¹⁸ wobei Recherchen des Vollstreckungsgerichts aber zumindest unter der Voraussetzung als zulässig erachtet wurden, dass sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern.¹⁹ Die neuere Meinung²⁰ geht davon aus, dass Recherchen durch das Gericht sogar vorzunehmen sind. Begründet wird dies mit dem verfassungsmäßig garantierten Recht auf rechtliches Gehör und der Bedeutung des Zustellungsverreters als Ersatz für die öffentliche Zustellung nach § 185 ZPO.²¹ Nach Ansicht des Landgerichts Braunschweig²² hat „der ursprüngliche Zweck des § 6 ZVG, die Vermeidung von Verzögerungen im Zwangsversteigerungsverfahren [...], [...] vor diesen verfassungsrechtlichen Erwägungen zumindest in einem gewissen Ausmaß zurückzustehen.“

Insofern ist fraglich, welche Nachforschungen durch das Vollstreckungsgericht vorzunehmen sind.

Das Gericht hat nach einhelliger Auffassung²³ mindestens die eigenen Vollstreckungsakten und Unterlagen, die zum Vollstreckungsgericht gelangt sind, also die vollständige Mitteilung des Grundbuchamts nach § 19 Abs. 2 ZVG sowie die eventuell gerade vorliegende Grundakte, zu prüfen. Stöber²⁴ bejaht darüber hinaus eine generelle Prüfungspflicht der Grundakte sowie die Pflicht zur Einholung einer Einwohnermeldeauskunft am Ort der letzten bekannten Adresse des Schuldners.

¹⁶ BGH, NJW-RR 2012, 1012; LG Potsdam, ZfIR 2014, 785; Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 5.

¹⁷ BGH, NJW-RR 2012, 1012; LG Potsdam, ZfIR 2014, 785; Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 5.

¹⁸ Steiner/Hagemann, § 6 Rn. 13.

¹⁹ BGH, MDR 2003, 708; Stöber, § 6 Rn. 2.2; Steiner/Hagemann, § 6 Rn. 13.

²⁰ LG Potsdam, ZfIR 2014; LG Braunschweig, Beschluss vom 16.04.2012, 4 T 768/11 veröffentlicht unter www.juris.de; Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 5; Böttcher, § 6 Rn. 2; Stöber, § 6 Rn. 2.2, 2.3.

²¹ LG Potsdam, ZfIR 2014, LG Braunschweig, Beschluss vom 16.04.2012, 4 T 768/11 veröffentlicht unter www.juris.de; Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 5.

²² LG Braunschweig, Beschluss vom 16.04.2012, 4 T 768/11 veröffentlicht unter www.juris.de.

²³ LG Potsdam, ZfIR 2014, 785; Stöber, § 6, Rn. 2.2; Böttcher, § 6 Rn. 2; Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 5; Steffen, ZfIR 2014, 758.

²⁴ Stöber, § 6, Rn. 2.2.

Das Landgericht Braunschweig²⁵ siedelt die Ermittlungspflichten des Zwangsversteigerungsgerichts mit Blick auf die Bedeutung des rechtlichen Gehörs und der Bedeutung des Zustellvertreters als Ersatz für die öffentliche Zustellung sogar generell im Umfang der gebotenen Ermittlungen im Rahmen der öffentlichen Zustellung an.

Wie stellt sich also der Nachforschungsumfang im Rahmen der öffentlichen Zustellung dar?

Im Verfahren der öffentlichen Zustellung sind, da es auf die Kenntnis der Allgemeinheit ankommt²⁶ und vor allem mit Blick auf die Beschneidung des rechtlichen Gehörs des Betroffenen²⁷, umfangreiche Nachforschungen nachzuweisen, sofern diese zumutbar bleiben.²⁸

Für die öffentliche Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses wertet der Bundesgerichtshof²⁹ bereits Einwohnermeldeamtsanfrage und Adressrecherche als ausreichende Ermittlung.

Für das Prozessverfahren werden jedoch weitergehende Anforderungen an die Recherchebemühungen gestellt. Der BGH³⁰ spricht davon, dass „alle der Sache nach geeigneten und [...] zumutbaren Nachforschungen“ angestellt werden müssen. Als in Betracht kommende Ermittlungsmöglichkeiten sieht die Rechtsprechung³¹ beispielsweise Erkundungen beim ehemaligen Arbeitgeber, beim letzten Vermieter, bei früheren Nachbarn, bei früheren Mitbewohnern, bei Angehörigen oder bei Sozialversicherungsbehörden.

Für die Immobilizarzwangsvollstreckung sind die Ermittlungspflichten im Rahmen der öffentlichen Zustellung aber höchstrichterlich ungeklärt³² und das Landgericht Braunschweig³³ hat offen gelassen, ob der Umfang der Ermittlungspflicht eher im Rahmen der Einzelzwangsvollstreckung oder des streitigen Verfahrens gesehen wird.

²⁵ LG Braunschweig, Beschluss vom 16.04.2012, 4 T 768/11, veröffentlicht unter www.juris.de.

²⁶ BGH, Rpfleger, 2013, 223; OLG Hamm, JurBüro 1994, 630.

²⁷ BGH, NJW 2012, 3582; BGH; Rpfleger, 2013, 223.

²⁸ BGH, NJW 2012, 3582; BGH; Rpfleger, 2013, 223.

²⁹ BGH, MDR 2003, 708.

³⁰ BGH, NJW 2012, 3582.

³¹ BGH, NJW 2012, 3582; OLG Zweibrücken, FamRZ 1983, 630.

³² *Meerhoff*, ZfIR 2015 S. 710.

³³ LG Braunschweig, Beschluss vom 16.04.2012, 4 T 768/11, veröffentlicht unter www.juris.de.

Meerhoff³⁴ plädiert dafür, den Umfang der Nachforschungspflicht im Bereich des Prozessverfahrens anzusiedeln: Er begründet dies damit, dass das Zwangsversteigerungsgesetz gerade keine Zustellerleichterungen wie im § 829 Abs. 2 S. 2 ZPO beim Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vorsähe. Zudem liegt der Zustellung des Anordnungsbeschlusses in der Regel die Belehrung über die Einstellungsmöglichkeit des § 30 a ZVG bei, deren Zustellung eine zwei-wöchige Ausschlussfrist nach § 30 Abs. 1 S. 1 ZVG auslöst.³⁵ Durch Verkehrswertfestsetzungs- und Zuschlagsbeschluss werden außerdem Rechtsmittelfristen in Gang gesetzt, die im Ergebnis bedeutungslos sind, da der Zustellvertreter gerade nicht für den Schuldner agieren kann.³⁶ Schließlich muss der Schuldner im laufenden Verfahren auch vor Entscheidungen gehört werden.³⁷

Stöber³⁸ verneint dagegen solche umfangreiche Nachforschungspflichten des Zwangsvollstreckungsgerichts als Bestellungsvoraussetzung des § 6 ZVG und siedelt sie eher im Bereich der Einzelzwangsvollstreckung an: Der Anspruch auf rechtliches Gehör des Schuldners werde bereits durch die Zustellung der Anordnungs- und Beitrittsbeschlüsse genügend beachtet.

Unbekannter Aufenthalt liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn eine Postfachadresse bekannt ist.³⁹ Der BGH⁴⁰ begründet seine Auffassung im Wege der teleologischen Reduktion: Durch den Zustellvertreter soll eine öffentliche Zustellung nach § 185 ZPO vermieden werden. Ein Postfach eröffnet aber die Möglichkeit der Ersatzzustellung nach § 180 S. 1 ZPO, da es unter das Tatbestandsmerkmal einer ähnlichen Vorrichtung, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und die in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist, subsummiert werden kann.

Für juristische Personen, die eine inländische Geschäftsanschrift zum Handelsregister anmelden müssen, erleichtert § 6 Alt. 2 ZVG die Bestellungsvoraussetzungen. Dies trifft für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 10 Abs. 1 S. 1 GmbH und die Aktiengesellschaft nach § 39 Abs. 1 S. 1 AktG zu. Für diese Gesellschaften ist demnach die Bestellung des Zustellvertreters bereits möglich, wenn eine Zustellung an die Geschäftsanschrift der juristischen Person, dem gegebenenfalls eingetragenen Zustellempfänger und an eine ohne Ermittlungen bekannte sonstige inlän-

³⁴ Meerhoff, ZfIR 2015 S. 710.

³⁵ Meerhoff, ZfIR 2015 S. 710.

³⁶ Meerhoff, ZfIR 2015 S. 710.

³⁷ Meerhoff, ZfIR 2015 S. 710.

³⁸ Stöber, § 6 Rn. 2.2.

³⁹ BGH, ZfIR 2012, 661.

⁴⁰ BGH, ZfIR 2012, 661.

dische Adresse nicht möglich ist, § 6 Abs. 1 Alt. 2 ZVG, § 185 Nr. 2 ZPO. Auf den Nachweis des unbekanntem Aufenthalts der geschäftsführenden Organe kommt es nicht mehr an, Privatadressen der geschäftsführenden Organe müssen nicht mehr ermittelt werden.⁴¹ Zustellversuche an die Geschäftsführer müssen lediglich vorgenommen werden, sofern die vollständigen Adressen dem Gläubiger bekannt sind.⁴²

Bei unbekanntem Aufenthalt einer juristischen Person oder einem Verein, die klagend und verklagt werden können, kann die Bestellung eines Zustellvertreters jedoch unterbleiben, wenn eine Aufsichtsbehörde existiert, § 6 Abs. 3 ZVG. Entgegen der Ansicht Stöbers⁴³ muss dies auch für den nicht rechtsfähigen Verein gelten: Der nicht eingetragene Verein ist nach allgemeiner Rechtsansicht⁴⁴ zumindest teilrechtsfähig und auch ausdrücklich nach § 50 Abs. 2 ZPO prozessfähig, kann damit also klagend oder verklagt werden.

Aufsichtsbehörde im Sinne der Vorschrift sind „nach Bundes- oder Landesrecht zuständige staatliche Stellen“.⁴⁵ Das kann beispielsweise für Stiftungen die Stiftungsbehörde der Bundesländer⁴⁶ (in Sachsen die Landesdirektion Sachsen nach § 3 Abs. 1, 2 SächsStiftG) oder für Banken die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht nach § 6 Abs. 1 KWG sein. Das Vollstreckungsgericht muss die Aufsichtsbehörde und dazugehörige Gesetzesgrundlage erforschen.⁴⁷ Da dies möglicherweise zeitaufwendige Ermittlungen voraussetzt, empfiehlt die Literatur⁴⁸ jedoch, lieber unmittelbar einen Zustellvertreter zu bestellen.

2.3.3 Verfahren

Sachlich zuständig ist das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht, §§ 764 Abs. 1, 869 ZPO, 1 Abs. 1 ZVG. Örtlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist, §§ 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 ZVG, wobei § 1 Abs. 2 ZVG die Konzentration mehrerer Amtsgerichtsbezirke auf ein Amtsgericht durch Rechtsverordnung der Länder zulässt. Funktionell zuständig ist der Rechtspfleger nach § 3 Nr. 1i RPflG.

⁴¹ vgl. BT-Drs. 16/6140 S. 50 f, 53 f; KG, MDR 2011, MDR 2011, 125.

⁴² vgl. BT-Drs. 16/6140 S. 50 f, 53 f; KG, MDR 2011, MDR 2011, 125.

⁴³ Stöber, § 6 Rn. 4.2.

⁴⁴ Palandt/*Ellenberger*, § 54 Rn. 4, 10; BGH, BGHZ 146, 341.

⁴⁵ Stöber, § 6 Rn. 4.2 m. w. N.; ebenso: Böttcher, § 6 Rn. 16; Depré/*Cranshaw*, § 6 Rn. 17.

⁴⁶ Depré/*Cranshaw*, § 6 Rn. 17.

⁴⁷ Depré/*Cranshaw*, § 6 Rn. 17.

⁴⁸ Depré/*Cranshaw*, § 6 Rn. 17; Stöber, § 6 Rn. 4.2.

Das Gericht ist in der Auswahl des Zustellungsververtreters im Rahmen seines Ermessens ungebunden.⁴⁹ Das Gesetz formuliert keine Anforderungen an die Person des Zustellvertreters. Er sollte aber zumindest in der Lage sein, die Verantwortung als Zustellvertreter zu erfassen und die Tätigkeit ordnungsgemäß zu erfüllen.⁵⁰

Der Zustellvertreter wird von Amts wegen durch Beschluss bestellt. Das Gericht hat hier keinen Ermessensspielraum, sondern muss ihn nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 ZVG bestellen, wenn die Voraussetzungen vorliegen.⁵¹ Es genügt eine formlose Übersendung des Bestellungsbeschluss an den Zustellvertreter, § 329 Abs. 2 S. 1 ZPO.⁵²

Zu beachten ist, dass mangels entsprechender Formulierung im Gesetz keine Pflicht zur Amtsübernahme besteht⁵³. Während eine Meinung⁵⁴ lediglich eine unverzügliche Ablehnungspflicht bejaht, sieht Cranshaw⁵⁵ als Voraussetzung für die wirksame Bestellung eine Amtsannahmeerklärung durch den Zustellvertreter als notwendig an: Erst mit der Amtsannahme könnten Zustellungen wirksam vorgenommen werden. Die Annahme des Amtes könne auch nachträglich erfolgen. Besser wäre jedoch die vorherige Einholung der Zustimmungserklärung.

Bei fehlender Zustimmungserklärung wird dem Zustellvertreter ein Erinnerungsrecht nach § 766 ZPO zugestanden.⁵⁶

Problematisch wird beim Zustellvertreter nach § 6 ZVG mit Blick auf mögliche Haftungsrisiken⁵⁷ und die schwierige Durchsetzbarkeit von Vergütungs- und Auslagenersatzansprüchen⁵⁸ gesehen, ob sich überhaupt eine Person findet, die sich bereit erklärt, das Amt als Zustellvertreter zu übernehmen. Wenn sich keine geeignete Person findet, kann das Gericht – auch wenn es müsste – keinen Zustellvertreter bestellen.⁵⁹

⁴⁹ Stöber, § 6 Rn. 3.3; Böttcher § 6 Rn. 5; *Steffen*, ZfIR, 2014, 760.

⁵⁰ *Depré/Cranshaw*, § 6 Rn. 10; Stöber, § 6 Rn. 3; *Drasdo*, ZfIR 2013, 6.

⁵¹ Stöber, § 6 Rn. 2.1.

⁵² Stöber, § 6 Rn. 3.2; *Depré/Cranshaw*, § 6 Rn. 11; *Steiner/Hagemann*, § 6 Rn. 19; *Schmidtberger/Traub*, ZfIR 2016, 341.

⁵³ *Drasdo*, ZfIR 2013, 6; *Depré/Cranshaw*, § 6 Rn. 10.

⁵⁴ *Schmidtberger/Traub*, ZfIR 2016, 342; Stöber, § 6 Rn. 3.3; *Steiner/Hagemann*, § 6 Rn. 19 für den Rechtsanwalt.

⁵⁵ *Depré/Cranshaw*, § 6 Rn. 11.

⁵⁶ *Schmidtberger/Traub*, ZfIR 2016, 342; *Depré/Cranshaw*, § 6 Rn. 11.

⁵⁷ LG Potsdam, Beschluss vom 29.02.2016, 4 O 360/14, veröffentlicht unter www.juris.de; *Schmidtberger/Traub*, ZfIR 2016, 342.

⁵⁸ vgl. dazu *Drasdo*, ZfIR 2013, 7f; *Depré/Cranshaw*, § 7 Rn. 9, 14.

⁵⁹ *Depré/Cranshaw*, § 6 Rn. 10.

Ob das Gericht Belehrungs- oder Überwachungspflichten wahrzunehmen hat, ist höchst strittig. Belehrungspflichten werden aber von der überwiegenden Meinung⁶⁰ zumindest für die Erstverpflichtung bejaht. Überwachungspflichten sind unstrittig, insoweit es die Prüfung betrifft, ob der Zustellvertreter überhaupt ermittelt und ob er die Ermittlungstätigkeit überhaupt ausführen kann.⁶¹ Für periodische Überwachungspflichten spricht sich lediglich eine Mindermeinung⁶² aus. Hagemann⁶³ hält Rückfragen oder Berichtsfragen für zulässig. Er spricht sich außerdem dafür aus, dass, wenn der Schuldner nicht in angemessener Zeit ermittelt werden kann, das Vollstreckungsgericht die Anregung einer Pflegschaft beim zuständigen Betreuungsgericht veranlassen sollte, um eine Verfahrensbeteiligung des Schuldners sicherzustellen.⁶⁴

Das Amt des Zustellvertreters endet ipso jure, wenn der Aufenthalt des Schuldners oder eines Zustellbevollmächtigten dem Gericht nicht länger unbekannt ist, § 7 Abs. 1 ZVG.⁶⁵ Wann das Amt des Zustellvertreters weiterhin endet, ist weder gesetzlich geregelt noch durch die Rechtsprechung ausgeurteilt. Es wird auch kaum von der Literatur thematisiert. Stöber⁶⁶ geht davon aus, dass Zustellungen, die nach Ableben des Schuldners an dessen Zustellvertreter erfolgen, auch gegen die Erben gültig sein sollen, solange das Gericht in Unkenntnis vom Tod des Schuldners wäre. Dies spricht für ein von Stöber angenommenes Ende kraft Gesetzes nach § 7 Abs. 1 ZVG analog. Cranshaw⁶⁷ stellt fest, dass es auch die Möglichkeit der Abberufung durch Beschluss geben muss, so zum Beispiel für die Falllage, dass der Zustellvertreter nicht (mehr) in der Lage ist sein Amt auszuüben.

Die jüngste Rechtsprechung⁶⁸ misst das Amt des Zustellvertreters am Amt des Abwesenheitspflegers und zieht für Haftungsansprüche die Regelungen zum Abwesenheitspfleger analog heran, mit dem Argument, dass die Tätigkeit des Zustellvertreters der des Abwesenheitspflegers mit eingeschränktem Aufgabengebiet vergleichbar wäre. Es böte sich deshalb auch hier an, die Beendigungsvoraussetzungen der Abwesenheitspflegschaft analog heranzuziehen. Mithin würde das Amt des

⁶⁰ bei Erstbestellung: Steiner/Hagemann, § 6 Rn. 19, § 7 Rn. 2; Steffen, ZfIR, 2014, 760; allgemein: Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 10; ablehnend: Stöber, § 6 Rn. 3.4; Dassler/Rellmeyer § 6 Rn. 7.

⁶¹ Stöber, § 6 Rn. 3.4 m. w. N.; RG, RGZ 157, 89; Drasdo, ZfIR, 2013; Steffen, ZfIR 2014, 760; Steiner/Hagemann, § 7 Rn. 2.

⁶² Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 10; Böttcher, § 6, 7 Rn. 6.

⁶³ Steiner/Hagemann, § 7 Rn. 2.

⁶⁴ Steiner/Hagemann, § 7 Rn. 9; Schmidtberger/Traub, ZfIR 2016, 343.

⁶⁵ Steiner/Hagemann, § 7 Rn. 9; Böttcher, § 6,7 Rn. 10; Depré/Cranshaw, § 7 Rn. 4.

⁶⁶ Stöber, § 6 Rn. 2.4.

⁶⁷ Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 12.

⁶⁸ LG Potsdam, Beschluss vom 29.02.2016, 4 O 360/14, veröffentlicht unter www.juris.de.

Zustellvertreters kraft Gesetzes mit Beendigung einer einzelnen Angelegenheit enden, also mit Beendigung des Zwangsversteigerungsverfahrens für den Schuldner, § 1918 BGB analog. Bei Versterben des Schuldners, würde das Amt des Zustellvertreters mit Aufhebung enden, § 1921 Abs. 2 BGB analog. Dies würde allerdings der oben dargestellten Auffassung Stöbers⁶⁹ widersprechen. Da der Zustellvertreter lediglich Zustellungen im Verfahren entgegen nimmt, er also den Schuldner nach außen hin nicht aktiv vertritt, und es deshalb im Gegensatz zum Abwesenheitspfleger keine schutzwürdige Allgemeinheit gibt sondern es nur auf die Kenntnis des Gerichts ankommt, § 6 Abs. 1 ZVG, erscheint es deshalb nach Sinn und Zweck vertretbar, der Auffassung Stöbers zu folgen und generell ein Ende der Vertretung kraft Gesetzes nach § 7 Abs. 1 ZVG analog, also abgestellt auf die Kenntnis des Vollstreckungsgerichts, anzunehmen.

Der Zustellvertreter kann für seine Tätigkeit eine Vergütung und Auslagenersatz verlangen, § 7 Abs. 2 S. 2 ZVG. Kostenschuldner ist der Schuldner, § 7 Abs. 2 S. 2 ZVG. Von den betreibenden Gläubigern kann der Zustellungsvertreter nach erfolgloser Inanspruchnahme des Schuldners lediglich Auslagenersatz verlangen, § 7 Abs. 3 1. HS ZVG. Der Gläubiger könnte diese Kosten als Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung zum Zwangsversteigerungsverfahren anmelden, § 7 Abs. 3 2. HS ZVG.⁷⁰

Das Gericht setzt auf Antrag die Vergütung nach freiem Ermessen fest, § 7 Abs. 2 S. 3 ZVG. Zur Höhe der Vergütung ist im ZVG nichts geregelt. Als Grundlage werden von der Literatur sowohl pauschale Vergütungen⁷¹ als auch Stundenvergütungen auf Grundlage der analogen Heranziehung anderer Vergütungsgesetze als zulässig gesehen, so zum Beispiel des VBVG⁷², der InsVV⁷³ oder der ZwVwV⁷⁴. Mit Blick darauf, dass das Amt des Zustellvertreters eher mit dem des Abwesenheitspflegers vergleichbar ist⁷⁵ und das Tätigkeitsfeld des Insolvenzverwalters bzw. des Zwangsverwalters eher geringe Ähnlichkeit mit dem des Zustellvertreters ausweist, erscheint eine Heranziehung des VBVG sachgerecht.

⁶⁹ Stöber, § 6 Rn. 2.4.

⁷⁰ Stöber, § 7 Rn. 7.3.

⁷¹ Schmidtberger/Traub, ZfIR 2016, 343.

⁷² Depré/Cranshaw, § 7 Rn. 8; Steffen, ZfIR, 2014, 761.

⁷³ Depré/Cranshaw, § 7 Rn. 8.

⁷⁴ Schmidtberger/Traub, ZfIR 2016, 343; Steffen, ZfIR, 2014, 761.

⁷⁵ LG Potsdam, Beschluss vom 29.02.2016, 4 O 360/14, veröffentlicht unter www.juris.de.

2.4 Der Abwesenheitspfleger nach § 1911 BGB

2.4.1 Aufgaben des Abwesenheitspflegers, Anwendungsbereich

Der Pfleger nach § 1911 Abs. 1 BGB ist der klassische besondere Vertreter, den der Gesetzgeber bei unbekanntem Aufenthalt vorsieht. Er vertritt den Schuldner treuhänderisch in allen Vermögensangelegenheiten⁷⁶, ermittelt dessen Aufenthalt und kann sogar Antrag auf Todeserklärung des Schuldners stellen⁷⁷. Ist ein Abwesenheitspfleger bestellt, entfällt das Bedürfnis für die öffentliche Zustellung nach § 185 ZPO. Der Abwesenheitspfleger kann den Schuldner im gesamten Verfahren aktiv vertreten, §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1793 Abs. 1 S. 1 BGB. Er kann also für den Schuldner Anträge stellen, Anhörungen für ihn wahrnehmen und Rechtsmittel einlegen.

Für nicht natürliche Personen scheidet die Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft aufgrund des Gesetzeswortlauts des § 1911 Abs. 1 S. 1 BGB allerdings aus.⁷⁸

2.4.2 Bestellungs Voraussetzungen

Die Voraussetzungen für die Bestellung eines Abwesenheitspflegers nach § 1911 Abs. 1 BGB liegen vor, wenn ein abwesender Volljähriger unbekanntem Aufenthalts ist und für eine ihn betreffende Vermögensangelegenheit ein Fürsorgebedürfnis besteht.

Der Terminus Abwesenheit bezieht sich dabei auf das Fehlen am Ort, wo das Fürsorgebedürfnis auftritt.

Ein Abwesenheitspfleger kann nur für einen Volljährigen nach § 2 BGB bestellt werden, § 1911 Abs. 1 BGB.

Bezüglich des unbekanntem Aufenthalts, wird auf die Ausführungen unter Punkt 2.2 verwiesen.

Für das Vorliegen einer Vermögensangelegenheit muss ein Bezug zum Vermögen des Schuldners bestehen. Die Vertretung im Zwangsversteigerungsverfahren dient zwar vorrangig der Wahrnehmung von Verfahrensrechten, jedoch wirkt sich das Verfahren auf das Vermögen des Schuldners aus. Deshalb muss es sich beim

⁷⁶ MüKoBGB/Schwab, § 1911 Rn. 18.

⁷⁷ BGH, BGHZ 18, 389; OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 109.

⁷⁸ BeckOK BGB (01.11.2017)/Bettin, § 1911 Rn. 2.

Zwangsversteigerungsverfahren um eine Vermögensangelegenheit im Sinne des § 1911 BGB handeln.

Problematisch kann jedoch sein, ob das Betreuungsgericht auch das Bestehen eines Fürsorgebedürfnisses aufgrund des Zwangsversteigerungsverfahrens für den abwesenden Schuldner sieht:

Ein Fürsorgebedürfnis wird verneint, wenn es für den Schuldner bereits einen anderen Vertreter gibt – ob gesetzlich oder durch Vorsorge des Betroffenen, § 1911 Abs. 1 S. 2 BGB im Umkehrschluss - wobei in diesem Fall auch die Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens möglich wäre. Das Fürsorgebedürfnis wird ebenfalls verneint, wenn der Schuldner sich erkennbar nicht mit der Angelegenheit befassen will.⁷⁹ Dies läge für das Zwangsversteigerungsverfahren offensichtlich vor, wenn „sich der Schuldner, trotz Kenntnis eines kurz bevorstehenden oder bereits angeordneten Zwangsversteigerungsverfahrens von seinem Wohnsitz nach ‚Unbekannt‘ abmeldet“.⁸⁰

Gemäß der bisher herrschenden Meinung⁸¹ ist zudem lediglich auf das Fürsorgeinteresse des Schuldners abzustellen, eine Anordnung ausschließlich im Interesse eines Dritten (in diesem Falle des Gläubigers) soll nicht möglich sein. Um eine Entscheidung zu treffen, soll eine Interessensabwägung zwischen möglichen Nachteilen, die aus der Nichtbestellung des Abwesenheitspflegers resultieren, sowie der Anordnung der Pflegschaft vorgenommen werden.⁸² Auf dieser Grundlage wurde das Fürsorgebedürfnis von der Rechtsprechung bejaht, wenn Schadensersatzansprüche drohen⁸³ oder wenn damit eine öffentliche Zustellung vermieden werden kann, mit dem Argument, dass in der Regel die öffentliche Zustellung dem Betroffenen nicht bekannt wird und es insofern im Interesse des Betroffenen läge, wenn ein Dritter in Form des Abwesenheitspfleger die Interessen des Betroffenen wahrnehme.⁸⁴ Fürsorgebedürfnis bestünde im letzteren Fall auch trotz einer bestehenden Prozesspflegschaft, da diese lediglich eine einstweilige Vertretung darstellen würde.⁸⁵

⁷⁹ LG Lüneburg, Beschluss vom 04.03.2015, 8 T 9/15, veröffentlicht unter www.openjur.de; Schulze/Kemper, §1911 Rn. 4.

⁸⁰ Meerhoff, ZfIR 2015, 709.

⁸¹ Palandt/Götz, § 1911 Rn. 6; OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 523; OLG Köln, FamRZ 1996, 694.

⁸² OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 52.

⁸³ OLG Zweibrücken, FamRZ 1987, 52.

⁸⁴ OLG Köln, FamRZ 1996, 694; OLG Braunschweig, NJW 1952, 31; OLG Hamm, Rpfleger 1953, 518.

⁸⁵ BGH, MDR 2012, 1246; BGH, MDR 2011, 314.

Die oben dargestellte Auffassung, dass eine ausschließliche Anordnung aufgrund Drittinteressen nicht möglich sein soll, wird aber von Rechtsprechung und Literatur in Frage gestellt. So wird ein Fürsorgebedürfnis vom Bundesgerichtshof⁸⁶ für möglich gehalten, wenn der Gläubiger „darlegt, dass er durch die Ablehnung der Abwesenheitspflegschaft von einem effektiven Rechtsschutz abgeschnitten wäre“. In seiner Entscheidung hat sich der Bundesgerichtshof auf seine Rechtsprechung vom 19.01.2011 bezogen, in der er die Möglichkeit eine Betreuerbestellung für einen prozessunfähigen Volljährigen zum ausschließlichen Rechtsschutz eines Dritten für die klageweise Durchsetzung einer Forderung bejaht, wenn keine weiteren Möglichkeiten der Vertretung des Betroffenen zur Verfügung stehen.⁸⁷ Der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit des Interesses auf Anordnung der Betreuung in der Gesetzesbegründung zum § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB erkannt und ausdrücklich zugelassen.⁸⁸

Schwab⁸⁹ schlägt betreffend das Fürsorgeinteresse folgenden Ansatz vor: Das Gericht solle prüfen, „...ob der Abwesende, wenn er anwesend wäre, vernünftigerweise einen Vertreter bestellt hätte“. Schließlich wolle der Gesetzgeber mit dem Institut Abwesenheitspfleger „den Abwesenden nicht dem Rechtsverkehr entziehen, sondern ihn am Rechtsverkehr teilnehmen lassen, sofern dafür ein Bedürfnis besteht“.⁹⁰

Schon allein auf Grundlage der Interessensabwägung sollte für das Zwangsversteigerungsverfahren das Fürsorgeinteresse bejaht werden können. Als nachteilig für den Schuldner können die von ihm zu tragenden Vergütungsansprüche des Abwesenheitspflegers gesehen werden. Als Vorteil für den Schuldner kann gesehen werden, dass der Abwesenheitspfleger die Interessen des Schuldners in einem Verfahren vertritt, in dem sein Grundrecht auf Eigentum nach Art. 14 GG beschnitten würde: Der Schuldner würde deshalb die ihm zustehenden Rechtsmittel und Antragsrechte nicht verlieren, sie würden vom Abwesenheitspfleger wahrgenommen werden können.

2.4.3 Verfahren

Sachlich zuständig für die Bestellung des Abwesenheitspflegers ist nicht das Vollstreckungsgericht, sondern das Amtsgericht als Betreuungsgericht gemäß §§ 23a Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, 23c Abs. 1 GVG, da es sich bei der Pflegerbestellung um eine betreuungsgerichtliche Zuweisungssache nach

⁸⁶ BGH, MDR 2012, 1246.

⁸⁷ BGH, MDR 2012, 1246; BGH, MDR 2011, 314.

⁸⁸ BGH, MDR 2012, 1246; BGH, MDR 2011, 314.

⁸⁹ MüKoBGB/Schwab, § 1911 Rn. 15.

⁹⁰ MüKoBGB/Schwab, § 1911 Rn. 15.

§ 340 Nr. 1 FamFG handelt. Örtlich zuständig bis zur Feststellung des unbekanntes Aufenthalts ist das Gericht am letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort des Schuldners, §§ 341, 271 Abs. 1 Nr. 2 FamFG, dies ist in der Regel der Wohnsitz.⁹¹ Gab es diesen im Inland nicht, so ist der Ort des Hervortretens des Fürsorgebedürfnisses maßgeblich, §§ 341, 271 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, also der Ort an dem die zu versteigernde Immobilie liegt. Funktionell zuständig ist der Rechtspfleger im Wege der Vorbehaltsübertragung, sofern der Schuldner nicht ausländischer Staatsbürger ist, §§ 3 Nr. 2 b Alt. 2, 15 Nr. 5 RPfIG.

Das Pflugschaftsverfahren ist ein amtswegiges Verfahren⁹² und wird nach § 24 Abs. 1 FamFG angeregt. Strittig ist, ob eine Anregung auch durch das Vollstreckungsgericht möglich ist. Dagegen spricht sich Meerhoff⁹³ aus, das Pflugschaftsverfahren wäre ein Antragsverfahren und der Antrag nur durch den Gläubiger möglich. Anderer Ansicht ist Hagemann⁹⁴, der die Anregung der Abwesenheitspflugschaft durch das Vollstreckungsgericht für möglich hält.

Die Anregung könnte durch § 22a Abs. 2 FamFG gedeckt sein. Demnach ist eine Datenübermittlung erlaubt, wenn das Vollstreckungsgericht die Kenntnisnahme des Familien- und Betreuungsgerichts für erforderlich hält, § 22 Abs. 2 FamFG. Dieser Fall läge vor, wenn das Vollstreckungsgericht „zu der Einschätzung gelangt, dass das Betreuungsgericht im Interesse eines Betroffenen von Amts wegen tätig werden oder zumindest die Sach- und Rechtslage näher prüfen sollte“.⁹⁵ Die Mitteilung ist aber erst nach Vornahme einer Interessensabwägung möglich, § 22 Abs. 2 FamFG: Das schützwürdige Interesse des Betroffenen – also des Schuldners - am Unterlassen der Datenübermittlung darf nicht das schützwürdige Interesse des Betreuten oder die Interessen der Allgemeinheit an der Datenübermittlung überwiegen. Mit Interessen des Betreuten sind auch die Interessen des möglicherweise zukünftig Betreuten gemeint.⁹⁶ Mit Blick darauf, dass das Betreuungsgericht ebenfalls für die Anordnung von Pflugschaften verantwortlich ist, § 340 Nr. 1 FamFG, muss unter den Begriff „Betreuer“ auch die von einer potentiellen Pflugschaft betroffenen Person subsummiert werden können.⁹⁷

Wird die Abwesenheitspflugschaft wegen des Zwangsversteigerungsverfahrens angeregt, so scheinen die Interessen des Schuldners an der Anordnung des Verfah-

⁹¹ OLG Köln, FamRZ 1993, 1107; Staudinger/*Bienwald*, § 1911, Rn. 31.

⁹² Staudinger/*Bienwald*, § 1911, Rn. 30.

⁹³ *Meerhoff*, ZfIR 2015, 709.

⁹⁴ Steiner/*Hagemann*, § 7 Rn. 9.

⁹⁵ Fröschle/*Jox*, § 22a Rn. 5 m. w. N.

⁹⁶ Fröschle/*Jox*, § 22a Rn. 8.

⁹⁷ vgl. BGH, BGHZ 117, 287.

rens seinem Interesse am Unterlassen der Datenermittlung zu überwiegen. Schließlich wird nur mit Bestellung des Abwesenheitspflegers eine aktive Vertretung des Schuldners im Verfahren sichergestellt. Dagegen erscheint das Recht des Schuldners auf informelle Selbstbestimmung nach Art. 8 Abs. 1 EMRK vernachlässigbar. Ein Mitteilungsbefugnis nach § 22a Abs. 2 FamFG kann bejaht werden.

Eine Mitteilungspflicht nach § 22a Abs. 1 FamFG besteht aber wohl nicht. Das wäre der Fall, wenn „die Maßnahme des Familien- oder Betreuungsgerichts für die ordentliche Durchführung des Verfahrens notwendig ist“. ⁹⁸ Definiert man ordentliche Durchführung mit gesetzmäßig, so muss eine Mitteilungspflicht verneint werden, da mit Bestellung des Zustellvertreters das Versteigerungsverfahren im Sinne des Gesetzgebers durchgeführt werden kann. Eine Mitteilungspflicht infolge⁹⁹ des Verfahrens ist nicht ersichtlich.

Im Pflugschaftsverfahren gilt der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 26 FamFG, das heißt die Tatsache des unbekanntes Aufenthalts ist vom Gericht zu ermitteln. Die Ermittlungen sollen „in angemessenem Verhältnis zur Eilbedürftigkeit und dem Fürsorgebedürfnis bzw. dem Entscheidungsbedarf stehen“. ¹⁰⁰ Der Ermittlungsumfang ist also ähnlich dem der öffentlichen Zustellung im Prozessverfahren (vergleiche Punkt 2.3.2). Es reiche nicht, lediglich Nachfragen bei Einwohnermeldeamt und Post zu tätigen. ¹⁰¹

Es besteht Amtsübernahmepflicht, §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1785 BGB.

Das Pflugschaftsverfahren nach § 1911 Abs. 1 S. 1 BGB endet mit Aufhebung bei Wegfall des Anordnungsgrundes, wenn der Schuldner nicht mehr unbekanntes Aufenthalts ist oder das Fürsorgebedürfnis wegfällt, §1919 BGB. Bei Versterben des Schuldners muss das Verfahren ebenso aufgehoben werden, § 1921, Abs. 2 BGB.

Das Pflugschaftsverfahren, das lediglich für eine einzelne Angelegenheit angeordnet wurde, endet dagegen kraft Gesetzes mit deren Erledigung, § 1918 Abs. 3 BGB. Eine einzelne Angelegenheit kann auch die "Durchführung eines ganz bestimmten Verfahrens" sein. ¹⁰² Wurde der Abwesenheitspfleger lediglich für das Zwangsversteigerungsverfahren bestellt, endet die Pflugschaft damit automatisch mit dem Ende des Zwangsversteigerungsverfahrens für den Schuldner.

⁹⁸ Bahrenfuss, § 22a Rn. 5 m.w.N.

⁹⁹ BGH, BGHZ 117, 287.

¹⁰⁰ Staudinger/*Bienwald*, § 1911 Rn. 34 m. w. N.

¹⁰¹ Keidel/*Zimmermann*, §364 Rn. 4; OLG Brandenburg, FAmRZ 2005, 2081.

¹⁰² MüKo BGB/*Schwab*, § 1918 Rn. 12.

Die Vergütung des Abwesenheitspflegers richtet sich nach §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 2 BGB, 1835f BGB i. V. m. VBVG. Kostenschuldner ist der Pflegling, also der Vollstreckungsschuldner, §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1835 Abs. 1 S. 1 BGB, 1836e Abs. 1 S. 1 BGB. Bei Mittellosigkeit des Schuldners kann der Pfleger etwaig bestehende Vergütungsansprüche oder Aufwendungersatzansprüche gegen die Staatskasse geltend machen, § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. §§ 1835 Abs. 4 S. 1 BGB, 1835a Abs. 3 1. HS, 1836 Abs. 1 S. 3 BGB i. V. m. § 1 Abs. 2 S. 1 VBVG, Diese Ansprüche gehen dann auf die Staatskasse über, §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1836 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Staatskasse könnte dann im Wege der Verwaltungsvollstreckung gegen den Schuldner vorgehen und im Ergebnis als betreibender Gläubiger oder als anmeldender Gläubiger mit verdinglichtem Anspruch im Verfahren auftreten.

2.5 Der Eigentumsvertreter nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB

2.5.1 Aufgaben des Eigentumsvertreters, Anwendungsbereich

Der Eigentumsvertreter nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB vertritt den Grundstückseigentümer und zwar auch gerichtlich, Art. 233 § 2 Abs. 3, S. 4 EGBGB, § 16 Abs. 4 Alt. 2 VwVfG, §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1793 Abs. 1 S. 1 BGB. Er kann das Grundstück und darauf stehende Gebäude bewirtschaften und sogar Kredite für Instandhaltungsmaßnahmen aufnehmen.¹⁰³ Zudem ist er zur Ermittlung des Aufenthalts des abwesenden Schuldners verpflichtet.¹⁰⁴

Der Eigentumsvertreter kann aber lediglich für den Eigentümer eines Grundstücks, bestellt werden, welches in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet liegt, Art. 230 EGBGB. Dieser Vertreter ist also für die sogenannten Neuen Bundesländer, aber auch für Niedersachsen,¹⁰⁵ von Relevanz.

Eine Bestellung des Eigentumsvertreters neben bereits bestehenden Vertretern des Schuldners ist möglich.¹⁰⁶

¹⁰³ *Böhringer*, NJ 2015, 497.

¹⁰⁴ BVerwG, RdL 2015, 250.

¹⁰⁵ vgl. Art. 1 Staatsvertrag zwischen den Ländern Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen über die Umgliederung der Gemeinden im ehemaligen Amt Neuhaus und anderer Gebiete nach Niedersachsen

¹⁰⁶ BGH, MDR 2000, 1183;

2.5.2 Bestellungsvoraussetzungen

Für den Eigentümer eines Grundstücks, das im Beitrittsgebiet belegen ist, kann ein Vertreter bestellt werden, wenn dieser unbekannt Aufenthaltsort hat und ein Bedürfnis besteht, seine Vertretung sicher zu stellen, Art. 233 § 2 Abs. 3 S. 1 EGBGB.

Nach überwiegender Meinung¹⁰⁷ muss als Voraussetzung lediglich das Grundstück im Beitrittsgebiet gelegen sein. Einzig Böhringer¹⁰⁸ schränkt die Anwendbarkeit nunmehr weiter ein: Es ergäbe sich aus Art. 233 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB, dass zudem „die dingliche Rechtslage mit einem unbekanntem oder nicht auffindbarem Berechtigten“ zum 03.10.1990 entstanden sein müsste. Er erklärt aber nicht, ob lediglich der Eigentümer zu diesem Zeitpunkt bereits eingetragen sein soll oder sogar der eingetragene Eigentümer zu diesem Zeitpunkt bereits unbekannt gewesen sein muss. Weiteres ist aber wohl auszuschließen.¹⁰⁹

Das Bedürfnis zur Sicherstellung der Vertretung kann sich sowohl aus privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Gründen¹¹⁰ seitens des Eigentümers oder eines Dritten¹¹¹ ergeben. Es besteht jedenfalls, sobald in irgendeiner Form „rechtliche Interessen des Eigentümers betroffen sind“.¹¹² Die Schwelle scheint niedrig zu sein, da das Bestehen des Bedürfnisses bereits für den Fall bejaht wurde, in dem ein Dritter eine zustellfähige Adresse für den Eigentümer benötigte.¹¹³ Das Bestehen des Sicherstellungsbedürfnisses kann also für das Betreiben eines Zwangsversteigerungsverfahrens bejaht werden.

2.5.3 Verfahren

Das Verfahren ist ein Antragsverfahren, Art. 233 § 2 Abs. 3 S. 1 EGBGB. Antragsberechtigt ist die Gemeinde, in der das Grundstück liegt, und jeder Dritte mit berechtigtem Interesse, Art. 233 § 2 Abs. 3 S. 1 EGBGB.

Zuständig ist der Landkreis beziehungsweise die kreisfreie Stadt, in der das Grundstück belegen ist, Art. 233 § 2 Abs. 3 S. 1 EGBGB.

¹⁰⁷ BVerwG, RdL 2015, 250; BT-Drs. 12/5553, 131; Palandt (2008)/Säcker, Art. 233 § 2 Rn. 7.

¹⁰⁸ Böhringer, NJ 2015, 493.

¹⁰⁹ vgl. BGH, RdL 2015, 250; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.04.2014, OVG 70 A 17.13, veröffentlicht unter www.juris.de für den Fall des unbekanntem Erben.

¹¹⁰ Böhringer, NJ 2015, 494; MüKo BGB/Rauscher, Art. 233 § 2 Rn. 58a.

¹¹¹ BVerwG, RdL 2015, 250; Böhringer, NJ 2015, 494; MüKo BGB/Rauscher, Art. 233 § 2 Rn. 58a.

¹¹² MüKo BGB/Rauscher, Art. 233 § 2 Rn. 58a.

¹¹³ BVerwG, RdL 2015, 250; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.04.2014, 70 A 17.13, veröffentlicht unter www.juris.de.

An Ermittlungspflichten und Ermittlungsumfang werden keine hohen Anforderungen geknüpft, es sind einzelfallbezogene, naheliegende Ermittlungsmöglichkeiten zu nutzen.¹¹⁴

Als Vertreter kommen sowohl natürliche als auch juristische Personen in Frage.¹¹⁵ Die für die Bestellung zuständige Behörde kann sich sogar selbst zum Vertreter bestellen.¹¹⁶ Wenn eine Gemeinschaft besteht und ein bekanntes Gemeinschaftsmitglied vorhanden ist, ist jedoch dieses als Vertreter zu bestellen, Art. 233 § 2 Abs. 3 S. 2 EGBGB.

Die Bestellung ist ein Verwaltungsakt und deshalb für die Gerichte bindend, sofern dieser nicht offensichtlich nach den Voraussetzungen des § 44 VwVfG nichtig ist, § 43 Abs. 3 VwVfG.¹¹⁷ Kein Nichtigkeitsgrund ist, dass das Motiv des Gesetzgebers zur Einführung des Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB - nämlich die Entlastung der Gerichte der neuen Bundesländer nach der Wiedervereinigung¹¹⁸ - für die Schaffung des Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB mittlerweile entfallen ist.¹¹⁹

Für den Eigentumsvertreter finden die Regelungen der Pflegschaft Anwendung, Art. 233 § 2 Abs. 3, S. 4 EGBGB, § 16 Abs. 4 Alt. 2 VwVfG.

Die Bestellung endet mit Abberufung, die auch auf Antrag des Eigentümers erfolgen kann.

Neben Auslagenersatz steht dem Vertreter eine Vergütung gegen den vertretenen Schuldner zu, sofern er nicht ehrenamtlich tätig war.¹²⁰ Ist der Antragsteller eine Gemeinde, so kann der Vertreter diese von der Gemeinde verlangen, Art. 233 § 2 Abs. 3, S. 4 EGBGB, § 16 Abs. 3 VwVfG, die Ansprüche des Vertreters gehen dann auf die Gemeinde über, Art. 233 § 2 Abs. 3 S. 4 EGBGB, § 16 Abs. 3 VwVfG.¹²¹ Ist der Antragsteller ein Dritter (also keine Behörde), so besteht ein Vergütungsanspruch des Eigentumsvertreters lediglich gegen den Ver-

¹¹⁴ OLG Brandenburg, OLGR Brandenburg 1995, 169.

¹¹⁵ OLG Rostock, OLGR 2004, 325.

¹¹⁶ BGH, MDR 2000, 1183.

¹¹⁷ BGH, MDR 2003, 324; OLG Rostock, OLGR Rostock 2004, 325; MüKo BGB (2006)/Rauscher, Art. 233 § 2 Rn. 59a.

¹¹⁸ BT-Drucks. 12/5553, 131.

¹¹⁹ OLG Rostock, OLGR Rostock 2004, 325.

¹²⁰ BVerfG, NJ 2008, 570; MüKo BGB (2006)/Rauscher, Art. 233 § 2 Rn. 62; Böhringer, NJ 2015, 499.

¹²¹ VG Halle, Beschluss vom 17.12.2012, 2 A 122/12, veröffentlicht unter www.juris.de; MüKo BGB (2006)/Rauscher, Art. 233 § 2 Rn. 62.

tretenen.¹²² Die Höhe des Vergütungsanspruchs soll sich wohl am VVBG orientieren.¹²³

2.6 Fazit für das Versteigerungsverfahren

Mit Blick auf den Stellenwert des rechtlichen Gehörs und des Rechtsstaatsprinzips empfiehlt sich für das Versteigerungsgericht folgendes Vorgehen:

1. Im Rahmen der Anordnung sollte auf die Bestellung eines Abwesenheitspflegers durch den Gläubiger statt der Vornahme einer öffentlichen Zustellung hingewirkt werden.
2. Vor der Bestellung des Zustellvertreters sollten eher umfangreichere Ermittlungen durchgeführt werden.
3. Ist ein Zustellvertreter für eine natürliche Person bestellt, so sollte bei ausbleibendem Ermittlungserfolg die Anregung eines Abwesenheitspflegschaftsverfahrens in Betracht gezogen werden.

3 Der unbekannte Schuldner

3.1 Vorbemerkung

Der Schuldner ist unbekannt, wenn nicht feststeht, wer tatsächlich Schuldner des Zwangsversteigerungsverfahrens ist.

Es sind nur wenige Konstellationen denkbar, in denen der Schuldner tatsächlich unbekannt ist. Grundsätzlich zählt für das Vollstreckungsgericht der im Grundbuch eingetragene Eigentümer - als Inhaber des Vollrechts „Eigentum“ - als Schuldner des Zwangsversteigerungsverfahrens, § 9 Abs. 1 ZVG. Wurde das Grundstück vor Anordnung des Verfahrens herrenlos, gibt es tatsächlich keinen Eigentümer, der Eigentümer kann deshalb tatsächlich nicht unbekannt sein. Gegenüber dem betreibenden Gläubiger ist eine Eigentumsaufgabe nach der Beschlagnahme unwirksam, § 23 ZVG, §§135, 136 BGB.¹²⁴ Nach einer Meinung¹²⁵ muss trotzdem das Verfahren einstweilen eingestellt und ein Vertreter nach § 787 ZPO bestellt werden. Meer-

¹²² BVerwG, NJ 2008, 570.

¹²³ VG Halle, Beschluss vom 17.12.2012, 2 A 122/12, veröffentlicht unter www.juris.de; MüKo BGB (2006)/Rauscher, Art. 233 § 2 Rn. 62.

¹²⁴ Meerhoff, ZfIR 19/2015, 705; Stöber § 15 Rn. 22.5.

¹²⁵ Stöber, § 15 Rn. 22.5; Böttcher § 28 Rn. 13.

hoff¹²⁶ sieht dagegen das Bedürfnis der einstweiligen Einstellung bis zur Bestellung des Vertreters nach § 787 ZPO erst, wenn die Eigentumsaufgabe durch den ehemaligen Eigentümer zum Verfahren angemeldet wird oder ein weiterer Beitritt erfolgen soll.

Der BGH¹²⁷ bejahte das Vorliegen eines unbekanntem Schuldners, wenn bei einer GbR, die Rechtsnachfolger einer im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft ist, unsicher ist, wer die Gesellschafter der GbR sind.

Denkbar ist zudem, dass nach Versterben des Eigentümers Unsicherheit darüber besteht, wer Erbe des Eigentümers geworden ist. Mit dieser letzten Konstellation beschäftigt sich diese Arbeit im weiteren Kapitel.

Grundsätzlich kann eine bereits zu Lebzeiten begonnene Zwangsvollstreckung gegen Schuldner in den Nachlass desselben fortgesetzt werden, § 779 Abs. 1 ZPO. Liegt dieser Fall nicht vor, so ist die Anordnung des Verfahrens aus einem Titel mit Vollstreckungsklausel gegen den Schuldner nicht möglich, §§ 750, 727 ZPO, eine bereits erlassene Verfahrensordnung ist wieder aufzuheben.¹²⁸

3.2 Der Begriff der unbekanntem Erben

Die Unsicherheit bezüglich der Erbenstellung, die auch der Gesetzgeber im § 779 Abs. 2 ZPO oder § 1960 Abs. 1 BGB erkannt hat, besteht vornehmlich in den folgenden drei Konstellationen:

- a) Die Erbschaft wurde noch nicht angenommen.
- b) Der Erbe ist tatsächlich unbekannt. Das liegt beispielsweise vor, wenn nicht bekannt ist, ob es überhaupt lebende Verwandte des Verstorbenen gibt, es ungewiss ist, ob ein ungeborener Erbe überhaupt geboren wird (§ 1923 Abs. 2 BGB) oder wenn Zweifel am Vorliegen oder der Wirksamkeit eines Testaments bestehen.¹²⁹
- c) Es ist unsicher, ob der Erbe die Erbschaft angenommen hat, da es an seinem schlüssigen Verhalten mangelt.¹³⁰

Für diese drei Falllagen werden im Weiteren der besondere einstweilige Vertreter des Erben nach § 779 Abs. 2 ZPO, der Zustellvertreter nach § 6 ZVG, der Nach-

¹²⁶ *Meerhoff*, ZfIR 19/2015.

¹²⁷ BGH, Rpfleger 2016, 909.

¹²⁸ *Steiner/Hagemann*, § 8 Rn. 11 m. w. N.; *Stöber*, § 15 Rn. 30.1 m. w. N.

¹²⁹ *MüKo BGB/Leipold*, § 1960 Rn. 17.

¹³⁰ *MüKo BGB/Leipold*, § 1960 Rn. 17.

lasspfleger nach §§ 1960, 1961 BGB und der Eigentumsvertreter nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB vorgestellt.

3.3 Der einstweilige besondere Vertreter für die unbekannt Erben des Schuldners nach § 779 Abs. 2 ZPO

3.3.1 Aufgaben des einstweilige besonderen Vertreters für die unbekannt Erben des Schuldners, Anwendungsbereich

Der einstweilige besondere Vertreter für die unbekannt Erben nach § 779 Abs. 2 ZPO vertritt die Erben in allen gegen den Nachlass gerichteten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, § 779 Abs. 2 S. 1 ZPO. Strittig ist lediglich, ob dies auch im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO möglich ist¹³¹, was aber für das Zwangsversteigerungsverfahren an sich bedeutungslos ist.

3.3.2 Bestellungs Voraussetzungen

Zunächst muss es sich beim Gläubiger um einen Nachlassgläubiger des verstorbenen Schuldners handeln, der in den Nachlass desselben vollstreckt, §§ 778 Abs. 1, 779 Abs. 1 ZPO.

Die Zwangsvollstreckung muss zum Zeitpunkt des Todes des Schuldners bereits begonnen haben, § 779 Abs. 1 ZPO. Maßgeblich ist nach heute herrschender Auffassung¹³² nicht die einzelne Vollstreckungsmaßnahme, sondern der Beginn der Vollstreckung aus diesem Vollstreckungstitel. Der konkrete Zeitpunkt des Vollstreckungsbeginns ist von Vollstreckungsmaßnahme zu Vollstreckungsmaßnahme unterschiedlich, er liegt jedenfalls nach Zeitpunkt des Eingangs des Vollstreckungsantrags des Gläubigers beim Gerichtsvollzieher beziehungsweise Gericht und vor dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Beschlagnahme.¹³³

Zudem muss die Hinzuziehung des Schuldners zur Zwangsvollstreckungsmaßnahme notwendig sein, § 779 Abs. 2 S.1, 1. HS ZPO. Dies ist im Zwangsversteigerungsverfahren so lange der Fall, wie an den Schuldner zugestellt und formlose Be-

¹³¹ Zöller/*Geimer*, § 779 Rn. 8; MüKo ZPO/*Schmidt/Brinkmann*, § 779 Rn. 9; a. A. *Meerhoff*, ZfIR 2015, 707; *Baumbach/Hartmann*, § 779 Rn.8; unentschieden: BeckOK ZPO/*Preuß*, § 779 Rn. 11.1.

¹³² BGH, BGHZ 182, 293 m. w. N.; OLG München, Rpfleger 2014, 205; LG Meiningen, Rpfleger 2007, 217..

¹³³ BGHZ 182, 293 für Zwangsversteigerung; vgl. Zöller/*Seibel*, vor § 704 ZPO Rn. 33 m. w. N. für weitere Vollstreckungsarten.

nachrichtigungen getätigt werden müssen, wenn der Schuldner angehört werden muss oder der Schuldner Zustimmungen erklären soll.¹³⁴

Zudem darf die Erbschaft noch nicht angenommen sein oder der Erbe muss unbekannt sein oder es muss ungewiss sein, ob der Erbe die Erbschaft angenommen hat (s. 3.2).

Eine Bestellung muss unterbleiben, wenn bereits ein Nachlasspfleger bestellt wurde oder einem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht, § 779 Abs. 2 S. 2 ZPO, schließlich besteht dann auch kein Bedürfnis für eine Vertreterbestellung.

3.3.3 Verfahren

Sachlich zuständig ist das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht, § 764 Abs. 1 ZPO, § 23 ZVG.

Die örtliche Zuständigkeit ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt und wird in der Literatur nicht weiter problematisiert bzw. dargestellt. Meerhoff¹³⁵ nimmt eine Zuständigkeit nach §§ 23, 802 ZPO an. Heßler¹³⁶ verweist dagegen auf § 764 ZPO.

Aufgrund der Formulierung und des Kontextes des § 779 ZPO in der Zivilprozessordnung ergeben sich mehrere Wege, die örtliche Zuständigkeit zu bestimmen:

Zunächst könnte sich eine örtliche Zuständigkeit aus § 764 Abs. 2 ZPO ergeben. Dieser findet für unselbständige Folgemaßnahmen der Zwangsvollstreckung Anwendung.¹³⁷ Ob die Erbenvertreterbestellung eine unselbständige Folgemaßnahme darstellt, ist daran zu messen, ob es sich „um die Überprüfung, Fortdauer oder Auswirkung der vorangegangenen [Zwangsvollstreckungs-¹³⁸] Maßnahme handelt“. ¹³⁹ Folgemaßnahmen dienen also „der Abwicklung eines einheitlichen Vollstreckungsaktes“. ¹⁴⁰ Für das Vorliegen einer solchen Folgemaßnahme spricht, dass ohne die Versteigerung als Zwangsvollstreckungsmaßnahme das Bedürfnis der Vertreterbestellung gar nicht erst entstanden wäre und dass ohne die Bestellung des Vertreters das Zwangsversteigerungsverfahren erst einmal nicht weiter fortgesetzt werden könnte. Gegen das Bestehen einer Folgemaßnahme spricht, dass der

¹³⁴ vgl. Zöller/Geimer, Vor § 779 Rn. 6.

¹³⁵ Meerhoff, ZfIR 2015, 707.

¹³⁶ MüKo ZPO/Heßler, § 779 Rn. 8.

¹³⁷ Zöller/Seibel, § 764 Rn. 4; MüKo ZPO/Heßler, § 764 Rn. 26.

¹³⁸ Ergänzung des Verfassers.

¹³⁹ Zöller/Seibel, § 764 Rn. 4; MüKo ZPO/Heßler, § 764 Rn. 26.

¹⁴⁰ MüKo ZPO/Heßler, § 764 Rn. 26.

Vertreter nach § 779 Abs. 2 ZPO nicht nur in der konkreten Zwangsvollstreckungsmaßnahme zur Vertretung der unbekanntenen Erben berechtigt ist, für die er bestellt wurde, sondern auch in allen anderen laufenden oder zukünftigen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen agieren kann.

Wird die Auffassung vertreten, dass die Vertreterbestellung nach § 779 Abs. 2 ZPO eine unselbständige Folgemaßnahme der Zwangsvollstreckung darstellt und sich die örtliche Zuständigkeit aus § 764 Abs. 2 ZPO ergibt, so ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattfindet. Aufgrund der Sonderregelung nach § 1 ZVG für das Zwangsversteigerungsverfahren, wäre es das nach § 1 ZVG örtlich zuständige Vollstreckungsgericht (Zwangsversteigerungsgericht).

Wird die Ansicht vertreten, dass es sich bei der Vertreterbestellung um eine selbständige Folgemaßnahme oder um ein separates Verfahren handelt, ist fraglich, nach welchen Vorschriften sich nun die örtliche Zuständigkeit richtet.

Nach der Systematik des Gesetzes würden die allgemeinen Vorschriften, das heißt §§ 12 ff, 802 ZPO zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit herangezogen werden können. Da örtliche Gerichtsstände im Vollstreckungsverfahren direkt im Achten Buch der Zivilprozessordnung beziehungsweise im Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, zugeschnitten auf die jeweilige Vollstreckungssache geregelt werden, entstehen beim Versuch der Anwendung der Gerichtsstände des allgemeinen Teils Folgeprobleme. Als Gerichtsstand böte sich der § 28 ZVG an, wenn sich die Vollstreckung gegen den Nachlass eines verstorbenen Deutschen richtet. Die örtliche Zuständigkeit läge dann beim Gerichts am letzten Wohnsitz des verstorbenen Schuldners, §§ 28, 27, 12, 13, 802 ZPO, beziehungsweise des Amtsgerichts Berlin Schönefeld für den verstorbenen Deutschen, der niemals einen Wohnsitz in Deutschland hatte, §§ 28, 27 Abs. 2, 2. HS, 15 Abs. 1 S. 2, 802 ZPO.

Für den Nachlass eines verstorbenen ausländischen Staatsbürgers mit im Inland belegenem Vermögen findet sich keine Regelung in der ZPO. Der Gläubiger könnte sein Antragsrecht auf Bestellung eines Vertreters nach § 779 ZPO gar nicht ausüben und würde damit in seinen Rechten auf Durchsetzung seines Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung beschnitten werden. Das kann nicht Wille des Gesetzgebers sein. In Betracht käme deshalb eine Anwendung des § 23 ZPO als besonderer Gerichtsstand des Vermögens oder Gegenstand. Außerdem könnte die analoge Anwendung des ausschließlichen dinglichen Gerichtsstandes nach § 24 ZPO in Betracht kommen, da das Rechtsobjekt des Zwangsversteigerungsver-

fahrens eine unbewegliche Sache darstellt. Zuständig wäre in beiden Fällen das Gericht, in dessen Bezirk das Zwangsversteigerungsobjekt belegen ist.

Sowohl der § 23 ZPO als auch der § 24 ZPO oder § 28 ZPO sind ihrem Wortlaut nach nur für das streitige Verfahren zulässig. Eine analoge Anwendung wäre notwendig. Im Ergebnis könnte zudem das örtlich zuständige Gericht für die Vertreterbestellung und das für die Zwangsversteigerungssache auseinanderfallen, insbesondere da verschiedene Bundesländer von der Möglichkeit der Konzentration nach § 1 Abs. 2 ZVG Gebrauch gemacht haben, aber §§ 23, 24 ZPO gerade keine Konzentration erlauben.

Nach Sinn und Zweck des Vertreters nach § 779 Abs. 2 ZPO könnte auch die Auffassung vertreten werden, dass das Vollstreckungsgericht, bei dem das Bedürfnis der Vertreterbestellung entsteht, für die Bestellung zuständig sein soll. Mit Blick auf die beschriebenen Schwierigkeiten bei der Anwendung der allgemeinen Gerichtsstände nach § 12 ff ZPO wäre eine Lösung über diese teleologische Reduktion wohl sachgerechter.

Insgesamt gesehen, erscheint jedoch die Subsumierung der Erbenvertreterbestellung unter unselbständige Folgemaßnahme und damit die Anwendung des § 764 Abs. 2 ZPO überzeugend.

Funktionell zuständig ist der Rechtspfleger nach §§ 3 Nr. 3a, 20 Abs. 1 Nr. 17 RPfG.

Der Vollstreckungsrechtspfleger wird nur auf Antrag des Gläubigers tätig, § 779 Abs. 2 S. 1 ZPO.

Das Gericht wählt den Vertreter mangels gesetzlicher Vorgaben nach pflichtgemäßem Ermessen aus. Der Beschluss ist dem antragstellenden Gläubiger und dem Vertreter formlos mitzuteilen, §§ 764 Abs. 3, 329 Abs. 2 ZPO. Mangels Regelung im Gesetz besteht keine Amtsübernahmepflicht. Belehrungs- und Überwachungspflichten des Gerichts sind gesetzlich nicht geregelt und werden auch nicht in der Literatur diskutiert.

Der Streit, wie die Vertreterbestellung nach § 779 Abs. 2 ZPO endet - ipso jure mit Wegfall der Voraussetzungen oder mit förmlichen Beschluss des Gerichts - wurde mit BGH Beschluss vom 23.09.2009¹⁴¹ beendet: Da der Zeitpunkt, wann ein möglicher Erbe die Erbschaft tatsächlich annimmt für den Rechtsverkehr nicht ersichtlich

¹⁴¹ BGH, BGHZ 182, 293.

wäre aber der Bedarf der Rechtssicherheit bestünde, kann der Vertreter so lange im Rechtsverkehr den unbekanntem Erben vertreten, wie er nicht durch förmlichen Beschluss abberufen wird.¹⁴² Um Schadensersatzpflichten zu umgehen, darf der Vertreter nach § 779 Abs. 2 ZPO jedoch nur noch nach Abstimmung mit dem Erbe handeln, sobald dieser ihm bekannt wird.¹⁴³

Wer die Vergütung des Erbenvertreters zu tragen hat, ist strittig. Eine Meinung¹⁴⁴ sieht den antragstellenden Gläubiger als Vergütungsschuldner. Meerhoff¹⁴⁵ geht davon aus, dass ein Kostenfestsetzungsverfahren zwischen Vertreter und Gläubiger nicht vorgesehen wäre und empfiehlt deshalb dem Gläubiger, die Vergütungsfrage vorab mit dem Vertreter abzustimmen.

Eine andere Meinung¹⁴⁶ sieht die unbekanntem Erben als Kostenschuldner, jedoch wären die Vergütungskosten vom Gläubiger zu bevorschussen.

Schmidt¹⁴⁷ hält auch ein Kostenfestsetzungsverfahren gegen den Schuldner für möglich, wobei der Festsetzungsbeschluss keinen Vollstreckungstitel darstellen soll. Schmidt¹⁴⁸ führt weiter aus, dass dem Erbenvertreter eine angemessene Vergütung nach Ermessen des Gerichts zustehen soll. Wird ein Rechtsanwalt als Vertreter bestellt, so könne er für „schwierige Zwangsversteigerungssachen, in denen ein Schuldner oder Schuldnervertreter, der nicht Rechtsanwalt ist, einen Rechtsanwalt hinzuziehen würde“, Vergütung nach RVG verlangen.¹⁴⁹

Der Gläubiger kann diese Kosten jedenfalls als Kosten der Zwangsvollstreckung nach § 788 ZPO gegen den Schuldner durchsetzen¹⁵⁰. Eine Klassifizierung als Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung ist sachgerecht, weshalb diese auch zum Zwangsversteigerungsverfahren durch den betreibenden Gläubiger anmeldet werden können, §§ 10 Abs. 2, 45 Abs. 1 ZVG.

¹⁴² BGH, BGHZ 182, 293.

¹⁴³ BGH, BGHZ 182, 293 m. w. N.

¹⁴⁴ Meerhoff, ZfIR 2015, 707; Zöller/Geimer, § 779 Rn. 10.

¹⁴⁵ Meerhoff, ZfIR 2015, 707.

¹⁴⁶ Musielak/Voith/Lackmann, § 779 Rn. 5; Stein/Jonas/Althammer, § 779 Rn. 11; Schmidt, JurBüro 1962, 261.

¹⁴⁷ Schmidt, JurBüro 1962, 261.

¹⁴⁸ Schmidt, JurBüro 1962, 261.

¹⁴⁹ Schmidt, JurBüro 1962, 261.

¹⁵⁰ Zöller/Geimer, § 779 Rn. 10; Meerhoff, ZfIR 2015, 707; Musielak/Voith/Lackmann, § 779 Rn. 5; Stein/Jonas/Althammer, § 779 Rn. 11.

3.4 Der Zustellvertreter nach § 6 ZVG

Die überwiegende Literaturmeinung¹⁵¹ vertritt die Ansicht, dass dem unbekanntem Aufenthalt des Schuldners, das Unbekanntsein des Erben des Schuldners gleich stünde. Auch der BGH¹⁵² bejaht grundsätzlich die erweiternde Auslegung des § 6 ZVG auf das Unbekannt sein des Zustelladressats. Cranshaw¹⁵³ begründet die Notwendigkeit der erweiternden Auslegung damit, dass auf diesem Wege unter Wahrung der Rechte der unbekanntem Erben das Verfahren für den Gläubiger trotzdem fortgesetzt werden könne.

Dieser Auffassung widerspricht jedoch Meerhoff¹⁵⁴: Paragraph 779 Abs. 1 ZPO erlaube zwar grundsätzlich die Fortführung der Zwangsvollstreckung nach dem Tod des Schuldners, aus § 779 Abs. 2 ZPO ergäbe sich aber, dass sobald der Schuldner zum Verfahren hinzuzuziehen wäre, das Verfahren einstweilig nach § 28 ZVG bis zur Vertreterbestellung einzustellen wäre. Die erweiternde Auslegung des § 6 ZVG würde als Folge die Verfahrensrechte des unbekanntem Erben beschneiden.¹⁵⁵

Der Meinung Meerhoffs ist zuzustimmen, die erweiternde Auslegung für den Fall der unbekanntem Erben scheint zweifelhaft. Nach Sinn und Zweck sollen durch die Bestellung des Zustellvertreters Verfahrensverzögerungen durch zeitaufwendige öffentliche Zustellung vermieden werden. Beim Vertreter für die unbekanntem Erben nach § 779 ZPO liegt es jedoch in der Hand des betreibenden Gläubigers zeitnah die Bestellung des Erbenvertreters beim Vollstreckungsgericht zu beantragen und damit Vollstreckungsverzögerungen vorzubeugen. Das Zwangsvollstreckungsgericht müsste sowohl bei der Bestellung des Zustellvertreters als auch des Erbenvertreters das Unbekanntsein der Erben feststellen. Bejaht es das Vorliegen der Voraussetzungen für den Zustellvertreter, so wird es das auch für den Erbenvertreter tun. Insofern ist die erweiternde Auslegung des § 6 ZVG für den unbekanntem Erben unnötig und zudem mit Blick auf die Argumentation Meerhoffs dogmatisch zweifelhaft.

Im Übrigen wird zum Zustellvertreter auf die Ausführungen unter Punkt 2.5 verwiesen.

¹⁵¹ Stöber, § 6 Rn. 2.4; Böttcher, §§ 6, 7 Rn. 2; Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 6; Stöber, Rpfleger 1965, 145.

¹⁵² BGH, Rpfleger 2016, 494; LG Aachen, Rpfleger 1965, 144.

¹⁵³ Depré/Cranshaw, § 6 Rn. 6.

¹⁵⁴ Meerhoff, ZfIR 2015, 708.

¹⁵⁵ Meerhoff, ZfIR 2015, 708.

3.5 Der Nachlasspfleger nach §§ 1960, 1961 BGB

3.5.1 Aufgaben des Nachlasspflegers, Anwendungsbereich

Der Nachlasspfleger nach §§ 1960, 1961 BGB ermittelt die Erben, sichert und erhält den Nachlass¹⁵⁶ und kann in diesem Rahmen die unbekannteten Erben auch vor Gericht vertreten¹⁵⁷, §§ 1962, 1915 Abs. 1 S. 1, 1793 Abs. 1 S. 1 BGB. Es können also sämtliche Zustellungen des Zwangsversteigerungsverfahrens an den Nachlasspfleger erfolgen, er kann im Verfahren angehört werden, Anträge stellen und auch Rechtsmittel für den Schuldner einlegen.

3.5.2 Bestellungs Voraussetzungen nach § 1960 BGB

Die Nachlasspflegschaft wird angeordnet, wenn Unsicherheit in der Person des Erben (siehe 2.2) und zugleich ein Bedürfnis zur Sicherung des Nachlasses besteht, § 1960 Abs. 1 BGB.

Das Sicherungsbedürfnis ist Ausdruck des staatlichen Fürsorgeprinzips.¹⁵⁸ Es besteht, wenn der Nachlass in seinem Bestand gefährdet wäre.¹⁵⁹ Diese Gefährdung muß aus Sicht des Schuldnererben bestehen.¹⁶⁰ Es wird in der Regel verneint, wenn ein Testamentsvollstrecker¹⁶¹ agiert, aber auch wenn Miterben oder enge Verwandte des verstorbenen Schuldners „den Nachlass zuverlässig verwalten“^{162, 163}.

3.5.3 Bestellungs Voraussetzungen nach § 1961 BGB

Der Nachlasspfleger ist nach § 1961 BGB zu bestellen, wenn die Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet, bezweckt wird und ein Rechtsschutzbedürfnis¹⁶⁴ des Gläubigers besteht.

Die Ungewissheit der Erbfolge muss aus Sicht des antragstellenden Gläubigers beurteilt werden.¹⁶⁵

¹⁵⁶ BGH, BGHZ, 49, 1.

¹⁵⁷ BGH, BGHZ, 49, 1.

¹⁵⁸ vgl. Palandt/*Weidlich*, § 1960 Rn. 1.

¹⁵⁹ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.10.1994, 3 Wx 232/93, veröffentlicht unter www.juris.de; OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, 895.

¹⁶⁰ OLG Dresden, Rpfleger 2011, 35; BeckOK BGB (15.06.2017)/*Siegmann/Höger*, § 1960 Rn. 3.

¹⁶¹ KG, OLGZ 1973, 106.

¹⁶² MüKo BGB/*Leipold*, § 1960 Rn. 26.

¹⁶³ OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, 895.

¹⁶⁴ BayObLG, FamRZ 2003, 562.

Mit dem Anspruch gegen den Nachlass sind die Nachlassverbindlichkeiten nach § 1967 BGB gemeint, also vom Erblasser eingegangene Verbindlichkeiten und auch Erbfallschulden, wie Beerdigungskosten¹⁶⁶, Pflichtteils- und Vermächtnisansprüche (§ 1967 Abs. 2 BGB) sowie der Anspruch des Miterben auf Aufhebung der Erbengemeinschaft im Wege der Teilungsversteigerung.¹⁶⁷

Die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs durch den Gläubiger darf zumindest nicht ausgeschlossen sein, es reicht jedoch aus, wenn er erst später oder nur behelfsweise gerichtlich durchgesetzt werden soll.¹⁶⁸ Auch das Zwangsversteigerungsverfahren und die Teilungsversteigerung sind Wege der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs.¹⁶⁹

Das Rechtsschutzbedürfnis ist das Pendant zum Fürsorgebedürfnis im § 1960 BGB. Ein Rechtsschutzbedürfnis ist grundsätzlich mit Blick auf die Antragstellung durch den Gläubiger zu bejahen.¹⁷⁰ Es besteht jedoch nicht, wenn bereits ein Vertreter für den Nachlass bestellt ist oder die Zwangsvollstreckung gegen den Erblasser bereits begonnen hat, da dann die Vollstreckung nach § 779 Abs. 1 ZPO fortgesetzt werden kann und mithin die Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 779 Abs. 2 ZPO möglich ist.¹⁷¹

3.5.4 Verfahren

Der Nachlasspfleger nach den Vorschriften des § 1960 BGB wird auf Anregung nach § 24 FamFG von Amts wegen bestellt, § 1960 Abs. 1 S. 1 BGB.

Die Bestellung des Nachlasspflegers auf Grundlage des § 1961 BGB ist ein Antragsverfahren nach § 23 Abs. 1 FamFG, § 1961 BGB. Antragsberechtigt ist der Berechtigte, § 1961 BGB, also der den Anspruch innehabende Gläubiger selbst. Der Gläubiger muss lediglich die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs glaubhaft machen.

Sachlich zuständig für die Bestellung des Nachlasspflegers als Nachlasssache ist das Nachlassgericht, § 23a Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 GVG, § 342 Abs. 1 Nr. 2 FamFG, § 1962 BGB. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich

¹⁶⁵ MüKo BGB/*Leipold*, § 1961 Rn. 5.

¹⁶⁶ KG Berlin, Rpfleger 1980, 79.

¹⁶⁷ OLG Hamm, ZEV 2011, 190.

¹⁶⁸ OLG Hamm, MDR 2011, 370; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.10.1994, 3 Wx 232/93, veröffentlicht unter www.juris.de; MüKo BGB/*Leipold*, § 1960 Rn. 7.

¹⁶⁹ OLG Hamm, ZEV 2011, 190; OLG Rostock, Rpfleger 2013, 397.

¹⁷⁰ OLG München, Rpfleger 2014, 205.

¹⁷¹ OLG München, Rpfleger 2014, 205.

regelmäßig nach dem (letzten) gewöhnlichen Aufenthalts des Verstorbenen im Inland, § 343 Abs. 1, 2 FamFG. Für andere deutsche Staatsbürger mit Nachlassgegenständen im Inland ist das Amtsgericht Berlin Schöneberg zuständiges Gericht, § 343 Abs. 3 FamFG. Daneben besteht als weitere örtliche Zuständigkeit nach § 344 Abs. 4 FamFG der Ort an dem das Sicherungsbedürfnis besteht, also das Gericht in dessen Bezirk der Nachlass - ergo das Zwangsversteigerungsobjekt - liegt.

Es besteht Amtsermittlungsgrundsatz nach § 26 FamFG

Das Nachlassgericht wählt den Nachlasspfleger nach pflichtgemäßem Ermessen.¹⁷² Dieser muss eine geeignete Person nach §§ 1962, 1915 Abs. 1 S.1, 1779 Abs. 2 S. 1 BGB sein. Es besteht Amtsübernahmepflicht, §§ 1962, 1915 Abs. 1 S.1, 1785 BGB.

Die Pflegschaft endet mit Beschluss, wenn die Voraussetzungen der Nachlasspflegschaft nicht mehr bestehen, das heißt nach Ermittlung der Erben, §§ 1962, 1919 BGB. Wurde das Pflegschaftsverfahren nur für die einzelne Angelegenheit „Versteigerungsverfahren“ bestellt, endet es ipso jure mit Schluss des Zwangsversteigerungsverfahrens, §§ 1962, 1918 Abs. 3 BGB.

Die Vergütung des Nachlasspflegers erfolgt wie die des Abwesenheitspflegers, insofern wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

3.6 Der Eigentumsvertreter nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB

Der Eigentumsvertreter nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB kann für den Eigentümer eines Grundstücks, das im Beitrittsgebiet vom 03.10.1990 liegt, auch unter der Voraussetzung bestellt werden, dass der Eigentümer selbst unbekannt ist und ein entsprechendes Bedürfnis besteht. Es werden mithin alle Fälle abgedeckt, in den Zweifel daran besteht, wer Rechtsinhaber des Vollrechts Eigentum ist. Insofern ist eine Bestellung auch für den unbekanntem Erben möglich.

Wie bereits im Punkt 2.4.2 dargestellt geht Böhringer¹⁷³ davon aus, dass zudem die Rechtslage zum 03.10.1990 vorgelegen habe müsse. Folgt man dieser Auffassung, so ist aber fraglich, auf was sich die "Rechtslage" bezieht. Es ist offen ob Böhringer damit meint, dass lediglich der Eigentümer zum 03.10.1990 eingetragen sein muss, oder ob er auch für notwendig hält, dass der Eigentümer zu diesem Zeitpunkt be-

¹⁷² BAyOBLG, FamRZ 1993, 241; MüKo BGB/Leipold, § 1960 Rn. 44.

¹⁷³ Böhringer, NJ 2015, 493.

reits verstorben sein musste oder Erben zu diesem Zeitpunkt bereits unbekannt gewesen sein müssen. Zumindest die Alternativen 2 und 3 haben der Bundesgerichtshof¹⁷⁴ als auch das Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg¹⁷⁵ nicht als Ausschlussgründe für eine Vertreterbestellung gesehen.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen in Punkt 2.4 verwiesen.

3.7 Fazit für das Zwangsversteigerungsverfahren

Handlungsempfehlung für den Versteigerungsrechtspfleger könnte sein:

1. Zunächst sollte das Nachlassgericht angefragt werden, ob bereits Erben bekannt sind, Testamentsvollstrecker oder Nachlasspfleger bestellt ist.
2. Ist der Vollstreckungsschuldner vor Anordnung des Zwangsversteigerungsverfahrens verstorben, so sollte der betreibenden Gläubiger angehört werden, um zu eruieren, ob bereits die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner aus dem zu Grunde liegenden Titel vor dessen Tod begonnen wurde.
3. Hatte die Vollstreckung aus diesem Titel zum Todeszeitpunkt des Schuldners schon begonnen oder war der Anordnungsbeschluss bereits erlassen¹⁷⁶, sollte auf Antrag des Gläubigers ein Erbenvertreter in eigener Zuständigkeit des Versteigerungsgerichts bestellt werden.
4. Wurde zum Todeszeitpunkt des Schuldners noch nicht anderweitig gegen diesen vollstreckt und war die Anordnung des Zwangsversteigerungsverfahrens zum Todeszeitpunkt des Schuldners noch nicht erlassen, so hat das Zwangsversteigerungsgericht dem Gläubiger aufzugeben, für eine ordnungsgemäße Vertretung des unbekanntes Schuldnererben zu sorgen, indem er die Einrichtung einer Nachlasspflegschaft am zuständigen Nachlassgericht beantragt.

4 Der prozessunfähige Schuldner

4.1 Vorbemerkung

Die Prozessfähigkeit des Vollstreckungsschuldners ist allgemeine Prozessvoraussetzung, §§ 51 ff ZPO. Das Bestehen der Prozessfähigkeit wird aber grundsätzlich angenommen, sofern sich aus dem der Vollstreckung zu Grunde liegenden Titel

¹⁷⁴ BGH, RdL 2015, 250.

¹⁷⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.04.2014, OVG 70 A 17.13, veröffentlicht unter www.juris.de.

¹⁷⁶ BGH, BGHZ 182, 293.

nichts anderes ergibt.¹⁷⁷ Prozessunfähige müssen ordnungsgemäß vertreten werden, § 51 Abs. 1 ZPO. Beides ist von Amts wegen während des gesamten Verfahrens durch das Gericht zu prüfen, § 56 Abs. 1 ZPO

Gegen einen prozessfähigen, nicht ordnungsgemäß vertretenen Schuldner kann das Zwangsversteigerungsverfahren trotzdem angeordnet werden, maßgebliche Beschlagnahme ist der Eingang des Ersuchens über die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks beim Grundbuchamt nach § 22 Abs. 1 S. 2 ZVG.¹⁷⁸ Der wirksame Beitritt zum Verfahren soll ebenfalls möglich sein.¹⁷⁹ In der Zwischenverfügung zur Anordnung oder Beitritt ist auf das Fehlen der Prozessfähigkeit des Schuldners aber hinzuweisen.¹⁸⁰ Sofern der Titel an den bereits prozessunfähigen Schuldner zugestellt wurde, liegt zudem ein Verstoß gegen § 750 Abs. 1 ZPO vor, das Verfahren ist deshalb nach § 28 Abs. 2 ZVG¹⁸¹ einstweilen einzustellen, so lange die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter nicht nachgeholt wurde. Der Schuldnervertreter kann den Mangel zudem mit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO anfechten.

Nach Anordnung gegen den prozessunfähigen Schuldner oder für den Fall, dass der Vollstreckungsschuldner im laufenden Zwangsversteigerungsverfahren prozessunfähig wird, darf das Verfahren nicht fortgesetzt werden, sondern ist einstweilen einzustellen bis der prozessunfähige Schuldner vertreten wird, § 28 Abs. 2 ZVG analog.¹⁸²

Die Zustellung einer Terminbestimmung an oder Zuschlag gegen den prozessunfähigen, nicht ordnungsgemäß vertretenen Schuldner stellen einen absoluten Zuschlagsversagungsgrund nach §§ 83 Nr. 6, 84 ZVG dar, schließlich ist eine Zustellung an den Prozessunfähigen unwirksam nach § 170 Abs. 1 S. 2 ZPO und der Prozessunfähige nicht „in der Lage [...] , [...] seine Rechte selbstverantwortlich wahrzunehmen.“¹⁸³

¹⁷⁷ Böttcher, §§ 15, 16 Rn. 21.

¹⁷⁸ OLG Stuttgart, Rpfleger 1996, 36; LG Saarbrücken, FamRz 2010, 587.

¹⁷⁹ OLG Stuttgart, Rpfleger 1996, 36; LG Saarbrücken, FamRz 2010, 587.

¹⁸⁰ Böttcher, §§ 15, 16 Rn. 21.

¹⁸¹ Stöber, Einl. Rn. 44.3.

¹⁸² RG, RGZ 105, 401.; OLG Stuttgart, Rpfleger 1996,36; Böttcher, §§ 15,16 Rn. 21; Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, vor § 15 Rn. 22; Stöber, Einl. Rn. 44.3 (lediglich für den Fall der Prozessunfähigkeit bei Anordnung).

¹⁸³ OLG Stuttgart, Rpfleger 1996, 36; Böttcher, §§ 15, 16 Rn. 21; Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, vor § 15 Rn. 22.

War der Schuldner bereits zu Beginn des Zwangsversteigerungsverfahrens prozessunfähig, so ist das Verfahren gegebenenfalls aufzuheben.¹⁸⁴

Zudem ist bei prozessunfähigen natürlichen Personen die Mitteilungspflicht nach § 22a Abs. 1 ZPO durch das Vollstreckungsgericht zu beachten.¹⁸⁵ Stöber nimmt die Mitteilungspflicht nach § 22a Abs. 1 FamFG lediglich für den Fall des Verlustes der Prozessfähigkeit nach Beschlagnahme an.¹⁸⁶ Der BGH sieht eine Pflicht zur Mitteilung an das Familien- und Betreuungsgericht nach § 22a FamFG, wenn infolge eines Gerichtsverfahrens oder zur ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens dessen tätig werden notwendig ist.¹⁸⁷ Hier könnte das Vorliegen des zweiten Falles zu bejahen sein, denn das Zwangsversteigerungsverfahren kann unabhängig davon, ob die Prozessunfähigkeit vor oder nach Beschlagnahme eingetreten ist, wie gerade festgestellt nur durchgeführt werden, wenn der Prozessunfähige nur durch die Bestellung des Betreuers ordnungsgemäß vertreten werden wird.

4.2 Vorliegen von Prozessunfähigkeit

Prozessfähigkeit ist „die Fähigkeit selbst oder durch bestellte Vertreter Prozesshandlungen wirksam vor- und entgegen zu nehmen“.¹⁸⁸

Prozessfähig kann nur die Person sein, die unbeschränkt geschäftsfähig ist, §§ 51 Abs. 1 Alt. 1, 52 ZPO, §§ 104, 105 Nr. 1, 106 BGB im Umkehrschluss, also volljährige Erwachsene, die sich nicht in einem nicht nur vorübergehenden ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden.

Nicht prozessfähige natürliche Personen sind lediglich prozessfähig, soweit sie im Prozess wirksam vertreten werden, § 51 Abs. 1 Alt. 2 ZPO. Minderjährige werden durch Eltern (§ 1629 BGB) oder einen Vormund (§ 1793 Abs. 1 BGB) vertreten. Dem geschäftsunfähigen Erwachsenen kann ein Betreuer bestellt werden, der diesen nach § 1902 BGB vertritt, daneben ist auch die Vertretung durch einen Pfleger möglich §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1793 Abs. 1 BGB.

Es ist strittig, ob Gesellschaften an sich prozessfähig sind.¹⁸⁹ Es besteht aber Konsens darüber, dass Gesellschaften prozessunfähig sind, insoweit sie nicht ordnungsgemäß von ihren gesetzlichen Vertretern vertreten werden.¹⁹⁰

¹⁸⁴ BGH, NJW-RR, 1986, 157; Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeier, vor § 15 Rn. 22.

¹⁸⁵ OLG Karlsruhe, FamRZ 2010, 1762.

¹⁸⁶ Stöber, Einleitung Rn. 44.4.

¹⁸⁷ BGH, BGHZ 117, 287; BGH, ZMR 2012, 264; Stöber, Einleitung 44.4.

¹⁸⁸ BGH, ZIP 2007, 144; OLG Dresden, NJW-RR 2000, 579.

Die Gesellschaft ohne gesetzliche Vertreter wird im Gesetz als führungslos definiert, §§ 78 Abs. 1 S. 2 AktG, 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG, 24 Abs. 1 S. 2 GenG.¹⁹¹

Personengesellschaften werden durch ihre Gesellschafter (z.B. §§ 161 Abs. 2, 125 HGB für die Kommanditgesellschaft, § 125 HGB für die offene Handelsgesellschaft, § 714 BGB für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts) vertreten. In der Liquidationsphase, das heißt nach Auflösung der Gesellschaft, erfolgt eine Vertretung durch Liquidatoren (§§ 149 S. 2 HGB für die offene Handelsgesellschaft, §§ 161 Abs. 2, 149 S. 2 HGB für die Kommanditgesellschaft). Werden keine Liquidatoren bestellt, erfolgt die Vertretung durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren (§ 146 Abs. 1 S. 1 HGB für die offene Handelsgesellschaft; §§ 161 Abs. 2, 146 Abs. 1 S. 1 HGB für die Kommanditgesellschaft). Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wird nach deren Auflösung durch sämtliche Gesellschafter gemeinsam vertreten,¹⁹² wobei aber abweichende gesellschaftsvertragliche Regelungen möglich sind, § 730 Abs. 2 S. 2 BGB.

Wurde die ins Handelsregister eingetragene Personengesellschaft gelöscht, hat dies für das Bestehen der Gesellschaft und damit deren Prozessfähigkeit ebenfalls keine Auswirkung, weil die Eintragung der Löschung lediglich deklaratorisch¹⁹³, da nach § 157 HGB anmeldepflichtig, ist. Sie besteht, solange noch Aktivvermögen vorhanden ist.¹⁹⁴ Die gelöschte Personengesellschaft wird weiterhin durch deren zuletzt bestellten Liquidatoren bzw. sämtliche Gesellschafter gemeinsam vertreten, § 146 Abs. 1 S. 1 HGB und bleibt weiterhin partei- und prozessfähig.¹⁹⁵

Im Ergebnis kann eine Personengesellschaft nicht ohne Vertreter sein, da sowohl als werbende als auch als sterbende Gesellschaft die gesetzliche Regelung der Vertretung durch Gesellschafter greift. Eine führungslose Personengesellschaft und damit prozessunfähige Personengesellschaft gibt es nicht.

Anders stellt sich die Situation bei den Kapitalgesellschaften dar.

Diese werden durch ihre geschäftsführenden Organe vertreten, also Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung) oder Vorstand (§ 26 BGB für den Verein, § 78 Abs. 1 S. 1 AktG für die Aktiengesellschaft,

¹⁸⁹ Musielak/Voit/Weth, § 51 Rn. 6; Zöller/Vollkommer, § 52 Rn. 2.

¹⁹⁰ BGH, MDR 2011, 56; BGH, ZIP 2007, 144; OLG Dresden, NJW-RR 2000, 579; Musielak/Voit/Weth, § 51 ZPO Rn. 6.

¹⁹¹ Scholz/U. Schneider/S. Schneider/Hohenstatt, § 35 Rn. 75 für die Abwicklungsphase der Gesellschaft.

¹⁹² BGH, MDR 2011, 1246.

¹⁹³ BGH, Rpfleger 1979, 335.

¹⁹⁴ BGH, Rpfleger 1979, 335.

¹⁹⁵ BGH, Rpfleger 1979, 335.

§ 24 Abs. 1 S. 1 GenG für die Genossenschaft). In der Liquidationsphase erfolgt eine Vertretung durch Abwickler (§§ 268 Abs. 2 S. 1, 78 Abs. 1 S. 1 AktG für die Aktiengesellschaft) oder Liquidatoren (§ 70 S. 2 GmbHG für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 88 S. 1, 2. HS GenG für die Genossenschaft, §§ 48 Abs. 2, 26 Abs. 1 S. 1 BGB für den Verein).

Wird die Kapitalgesellschaft nach ihrer Abwicklung im Register mit konstitutiver¹⁹⁶ Wirkung gelöscht und ergibt sich hernach, dass weiterer Abwicklungsbedarf besteht, so wird diese gelöschte Gesellschaft als weiterbestehend (Theorie des Doppeltatbestandes) oder in einer Nachgesellschaft als weiterbestehend (Theorie der Nachgesellschaft) angenommen, sie bleibt also trotz Löschung im Ergebnis parteifähig^{197 198}.

Der Fall der Führungslosigkeit kann zum einen eintreten, wenn alle organschaftlichen Vertreter der verbenden oder sterbenden Kapitalgesellschaft ihr Amt wirksam niederlegen, zum anderen, wenn das Erlöschen der Kapitalgesellschaft ins Register eingetragen wird: Der BGH¹⁹⁹ geht davon aus, dass in Anmeldung des Schlusses der Abwicklung der Gesellschaft, regelmäßig auch die Amtsniederlegung der Organe zu sehen ist.

Im Falle der Führungslosigkeit sieht das Gesetz für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft lediglich vor, dass Zustellungen an die Gesellschafter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 35 Abs. 1. S. GmbHG bzw. an den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft oder Genossenschaft nach §§ 78 Abs. 1 S. 2 AktG, 24 Abs. 1 S. 2 möglich sind.²⁰⁰ Diese Passivvertretung kann bei der Genossenschaft oder der Aktiengesellschaft nach Löschung aus dem Register aber nicht mehr funktionieren, denn mit Löschung der Gesellschaft bestehen auch deren Organe nicht länger.²⁰¹

Zudem wird zur aktiven Vertretung der Kapitalgesellschaft ein geeigneter Vertreter benötigt.

Diese Arbeit beschäftigt sich nachfolgend mit möglichen Vertretern für den prozessunfähigen natürlichen Schuldner und die führungslose Gesellschaft nach Beendigung der Liquidation in Person des Zustellvertreters nach § 6 ZVG, des Prozess-

¹⁹⁶ Roth/Altmeppen, § 35 Rn. 30; Hüffer/Koch, § 273 Rn. 7.

¹⁹⁷ BGH, MDR 2011, 56; BAG, BAGE 106, 217.

¹⁹⁸ zum Theorienstreit vgl. MüKo AktG/J. Koch, § 262 Rn. 86 ff; Scholz/Schmidt, § 74 Rn. 13.

¹⁹⁹ BGH, BGHZ 53, 264.

²⁰⁰ BGH, MDR 2011, 56.

²⁰¹ MüKo/J. Koch, § 273 AktG Rn. 38.

pflegers nach § 57 ZPO sowie des Nachtragsliquidators nach 273 Abs. 4 AktG (analog).

4.3 Der Zustellvertreter nach § 6 ZVG

Wie bereits unter Punkt 3.4 beschrieben, bejaht die überwiegende Literaturmeinung²⁰² sowie der BGH²⁰³ die erweiternde Auslegung des § 6 ZVG in der Form, dass dem unbekanntem Aufenthalt des Schuldners das Unbekanntsein des Schuldners gleich stünde. Diese erweiternde Auslegung wird durch die Literatur auch bezüglich des gesetzlichen Vertreters des Schuldners vorgenommen, die damit auch den Fall des vollständigen Fehlens eines gesetzlichen Vertreters zu lösen versucht.²⁰⁴ Stöber schränkt die Bestellung des Zustellvertreters auf den Fall ein, dass der Schuldner nach Anordnung des Verfahrens prozessunfähig geworden ist und die Bestellung des gesetzlichen Vertreters wegen Eilbedürftigkeit nicht abgewartet werden kann.²⁰⁵

Ebenso wie im Falle der Bestellung des Zustellvertreters für den unbekanntem Erben als unbekanntem Schuldner (vgl. 3.4) ist diese ausweitende Auslegung aber kritisch zu hinterfragen:

Ein nicht bestellter gesetzlicher Vertreter ist nicht unbekannt, er ist schlichtweg nicht existent. Unbekannt kann schließlich nur eine Person sein, die auch tatsächlich existiert. Eine Körperschaft kann aber führungslos sein, einem geschäftsunfähigen Volljährigen muss kein Betreuer bestellt sein.

Wird das Verfahren nicht einstweilen eingestellt, sondern mit Hilfe des Zustellvertreters weiter durchgeführt, so wird der Prozessunfähige in seinen Verfahrensrechten beschnitten. Mit Blick auf das verfassungsmäßige Recht auf ein faires Verfahren sollte aber gerade eine prozessunfähige natürliche Person ebenso geschützt werden wie ein unbekannter Erbe. Die Gleichsetzung des Prozessunfähigen mit einer Person, die ob aus Unbekümmertheit oder mit Absicht unbekanntem Aufenthalts ist, erscheint zweifelhaft. Zudem sieht die Zivilprozessordnung mit dem Prozesspfleger nach § 57 ZPO einen geeigneten Vertreter für den prozessunfähigen Schuldner vor.

²⁰² Böttcher, §§ 6,7 Rn. 2; Deprés/Cranshaw, § 6 Rn. 6, 13, 17; Dassler/Schiffhauer/u.a./Rellermeyer, § 6 Rn. 3; im Ergebnis: Stöber, Einleitung Rn. 44.4, § 6 Rn. 2.4 für unbekanntem Erben.

²⁰³ BGH, Rpfleger 2016, 494.

²⁰⁴ Deprés/Cranshaw, § 6 Rn. 6, 13, 17; im Ergebnis: Stöber, Einleitung Rn. 44.4.

²⁰⁵ Stöber, Einleitung Rn. 44.4.

4.4 Der Prozesspfleger nach § 57 ZPO

4.4.1 Aufgaben des Prozesspflegers, Anwendungsbereich

Der Prozesspfleger nach § 57 ZPO vertritt den prozessunfähigen Schuldner im gerichtlichen Verfahren, für das er bestellt wurde und kann sogar sachdienliche Erklärungen mit materiell-rechtlicher Wirksamkeit abgeben.²⁰⁶ Wurde der einstweilige besondere Vertreter im Rahmen eines Erkenntnisverfahrens bestellt, so gilt seine Vertretungsmacht für das sich anschließende Zwangsversteigerungsverfahren als Vollstreckungsverfahren fort.²⁰⁷ Zu beachten ist, dass Zustellungen neben dem Prozesspfleger in der Regel weiterhin an den prozessunfähigen natürlichen Schuldner selbst vorgenommen werden müssen.²⁰⁸

Es ist jedoch strittig, ob der Prozesspfleger nach § 57 ZPO überhaupt bestellt werden kann. Sowohl Vollkommer²⁰⁹ als auch Weth²¹⁰ und Althammer²¹¹ verneinen eine Anwendbarkeit mit dem Argument, dass § 57 ZPO ausdrücklich das Klageverfahren voraussetzt. Ebenso verneint Hartmann die Anwendbarkeit des § 57 ZPO für das Vollstreckungsverfahren, allerdings erklärt er gleichzeitig, dass der §§ 50 ff ZPO für alle zivilprozessualen Verfahren Anwendung finden sollen.²¹² Für eine analoge Anwendbarkeit des § 57 ZPO im Zwangsvollstreckungsverfahren sprechen sich sowohl der BGH²¹³, Lindacher²¹⁴, Jacoby²¹⁵ und Seibel²¹⁶ aus.

Ausgehend von der Systematik des Gesetzes, müsste der § 57 ZPO auch für das Zwangsvollstreckungsverfahren gelten. Nicht abzustreiten ist jedoch, dass § 57 ZPO ausdrücklich vom Fall der Klage ausgeht. Es könnte jedoch eine rechtswidrige Regelungslücke bestehen, da das Gesetz für das Zwangsversteigerungsverfahren keinen vergleichbaren Vertreter vorsieht. Es besteht auch das Bedürfnis einer erweiternden Auslegung: Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts²¹⁷ ist der Prozesspfleger „notwendig, damit der Prozess unter geordneter Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters des Prozessunfähigen, entschieden werden kann“. Auch im Zwangsversteigerungsverfahren gibt es dieses Bedürfnis. Ist der Schuldner pro-

²⁰⁶ MüKo ZPO/Lindacher, § 57 Rn. 19 m. w. N.

²⁰⁷ MüKo ZPO/Lindacher, § 57 Rn. 19 m. w. N.

²⁰⁸ BVerfG, NJW 2009, 3051; BSG, NJW 94, 215.

²⁰⁹ Zöller/Vollkommer, § 57 Rn. 1a.

²¹⁰ Musielak/Voit/Weth, § 57 Rn. 1.

²¹¹ Zöller/Althammer, § 57 Rn. 2.

²¹² Baumbach/Hartmann, § 57 Rn. 2, vor § 50 ff Rn. 3, vor §§ 57, 58 Rn. 3.

²¹³ BGH, ZMR 2012, 264.

²¹⁴ MüKo ZPO/Lindacher, § 57 Rn. 5.

²¹⁵ Stein/Jonas/Jacoby, § 57 Rn. 2 m. w. N.

²¹⁶ Zöller/Seibel, vor § 704 Rn. 16.

²¹⁷ RG, RGZ 105, 401.

prozessunfähig, ist das Verfahren nach § 28 ZVG bis zur Behebung der Vertretungslosigkeit einstweilen einzustellen.²¹⁸ Zudem kann kein wirksamer Zuschlagsbeschluss erfolgen, §§ 83 Nr. 6, 84 ZVG.²¹⁹ Wird kein Vertreter für den Prozessunfähigen bestellt, kann der Gläubiger dann seinen Anspruch nicht gegen den Schuldner durchsetzen. Dies kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

4.4.2 Bestellungsvoraussetzungen

Paragraph 57 ZPO bestimmt, dass einer nicht prozessfähigen Partei ohne gesetzlichen Vertreter ein besonderer Vertreter bestellt werden kann, wenn Gefahr in Verzug ist.

Die Partei, also der Schuldner, muss prozessunfähig sein, es genügt jedoch auch, wenn es sich trotz Nutzung aller vorhandenen Quellen nicht mit Sicherheit sagen lässt, ob die Partei prozessunfähig ist.²²⁰ Die überwiegende Meinung²²¹ spricht sich dafür aus, dass die Prozessunfähigkeit auch erst nach Rechtshängigkeit, also während des Verfahrens, eintreten kann.

Ohne gesetzlichen Vertreter ist der Schuldner, wenn es diesen (noch) nicht gibt oder dieser rechtlich an der Ausübung seines Amtes verhindert ist.²²²

Gefahr in Verzug wird vom BGH²²³ wie folgt definiert: „Gefahr im Verzug besteht für den Kläger immer dann, wenn die Verwirklichung seiner Rechte ohne die Pflegerbestellung ernstlich gefährdet, wenn nicht vereitelt würden. Genügen kann, dass ein Aufschub mit erheblichen Nachteilen für den Kläger verbunden oder ein Abwarten unzumutbar wäre“. In die Beurteilung, ob Gefahr im Verzug besteht, solle das Gericht berücksichtigen, „dass die Kosten [für den Prozesspfleger]²²⁴ notfalls von der Staatskasse zu tragen sind“.²²⁵ Der günstigere Beschlagnahmezeitpunkt und damit bessere Rang des Gläubigers kann jedenfalls kein Grund für Gefahr im Verzug sein, da Anordnung und Beitritt auch gegen den prozessunfähigen, nicht vertretenen Schuldner wirksam sein sollen. Denkbar wäre die Annahme von Gefahr im Verzug in folgenden Fällen:

²¹⁸ OLG Stuttgart, Rpfleger 1996,36; Böttcher, §§ 15, 16 Rn. 21.

²¹⁹ OLG Stuttgart, Rpfleger 1996,36; Böttcher, §§ 15, 16 Rn. 21; Dasser/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, vor § 15 Rn. 22.

²²⁰ BGH, NJW 1962, 1510.

²²¹ BAG, NAZ 2008, 1031; OLG Köln, OLGR 2005, 684; OLG Dresden, GmbHR 2002, 163; Zöller/Althammer, § 57 Rn. 3; Musielak/Voit/Weth, § 57 Rn.2; a. A. Putzo, § 57 Rn. 3..

²²² MüKo ZPO/Lindacher, § 57 Rn. 6.

²²³ BGH, FamRZ 2010, 548.

²²⁴ Ergänzung des Verfassers.

²²⁵ Stein/Jonas/Jacoby, § 57 Rn. 8.

- bei drohender Verschlechterung des Objektzustandes und damit des Wertes des Versteigerungsobjekts,
- für den Fall, dass bereits ein Zwangsversteigerungstermin vor dem Eintritt der Prozessunfähigkeit des Schuldners bestimmt wurde und der Gläubiger mit dem Absprung eines Bietinteressenten zu rechnen hat, wenn der Zuschlag nicht erfolgen kann und zugleich mit einem weitaus geringeren Erlös in einem späteren Termin gerechnet werden muss oder
- wenn das Betreuungsgericht eine Betreuerbestellung nicht vornimmt, da der Schuldner die Einrichtung einer Betreuung ablehnt, und der Gläubiger mithin an der Durchsetzung seiner Ansprüche gegen den Schuldner dauerhaft gehindert wäre.

Das Bundesarbeitsgericht²²⁶ hat Gefahr im Verzug bei Mutwilligkeit und nicht bestehen Erfolgsaussichten verneint. Damit wäre die Bestellung eines besonderen Pflegers nach § 57 ZPO abzulehnen, wenn die Vollstreckung aus einem aussichtslosen Rang betrieben wird/werden soll. Abgelehnt wird Gefahr im Verzug zudem, wenn „die Bestellung des gesetzlichen Vertreters/Organvertreters aus Gründen [scheitert]²²⁷, die in die Verantwortungssphäre des Klägers [also des Gläubigers]²²⁸ fallen“.²²⁹ Dies könnte sein, wenn der Gläubiger beispielsweise nicht bereit ist einen Vorschuss für Vergütung und Auslagen des Nachtragsliquidators zu bezahlen.

4.4.3 Verfahren

Die Bestellung erfolgt auf Antrag des Gläubigers, § 57 Abs. 1 ZPO.

Zuständig ist der Vorsitzende des Prozessgerichts, § 57 Abs. 1 ZPO. Übertragen auf das Zwangsversteigerungsverfahren wäre das der Rechtspfleger, der für das Versteigerungsverfahren zuständig ist, § 3 Nr. 1i RPflG.

Es genügt Glaubhaftmachung.²³⁰ Über das Tatbestandsmerkmal „Gefahr im Verzug“ entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßen Ermessen.²³¹ Dem natürlichen Schuldner muss vor der Feststellung seiner Prozessunfähigkeit rechtliches Gehör gewährt werden und zwar im Umfang des § 278 FamFG, also persönlich, eine schriftliche Anhörung genügt nicht.²³² Die Entscheidung ergeht bei Stattgabe als

²²⁶ BAG, NAZ 2008, 1030.

²²⁷ Ergänzung des Verfassers.

²²⁸ Ergänzung des Verfassers.

²²⁹ MüKo ZPO/Lindacher, § 57 Rn. 9 m. w. N.

²³⁰ RG, RGZ 105, 401.

²³¹ RG, RGZ 105, 401; BGH, FamRZ 2010, 548; OLG Stuttgart, MDR 1996, 198.

²³² BSG, NJW 1994, 215.

formlose Mitteilung, § 329 Abs. 2 ZPO, bei Zurückweisung als formloser Beschluss, § 329 Abs.3 ZPO.²³³ Im Falle der Zurückweisung mangels Bestehens von Gefahr in Verzug entsteht unter gleichzeitiger Feststellung der Prozessunfähigkeit bei natürlichen Personen die Pflicht, der Information des Familien- und Betreuungsgericht nach § 22a Abs. 1 FamFG, da das Zwangsversteigerungsverfahren ohne dessen Tätigwerden nicht fortgesetzt werden kann (vgl. 4.1).²³⁴

Bestellt werden kann mangels gesetzlicher Vorgaben jede prozessfähige Person. Es besteht keine Pflicht zur Amtsübernahme.²³⁵

Das Amt erlischt mit der Anzeige des ordentlichen gesetzlichen Vertreters zum Versteigerungsverfahren, § 241 Abs. 1 ZPO analog²³⁶ sowie mit (Wieder-) Erlangung der Prozessfähigkeit²³⁷ oder Widerruf der Vertreterbestellung²³⁸. Der Schuldner kann jederzeit die Überprüfung seiner Prozessfähigkeit verlangen.²³⁹ Sollte sich die Prozessfähigkeit des Schuldners nachträglich herausstellen, so bleibt das Handeln des Prozesspflegers dennoch wirksam.²⁴⁰

Der anwaltliche Prozesspfleger kann eine Regelvergütung nach RVG vom Schuldner als Vertretenem nach § 41 RVG sowie der Staatskasse nach § 45 Abs. 1 RVG verlangen. Eine Kostenfestsetzung gegen den Schuldner ist nach § 11 RVG möglich.²⁴¹ Anderen Prozesspflegern steht Aufwendungsersatz nach § 1835 BGB analog zu.²⁴² Bei Mittellosigkeit des Schuldners sollen die Kosten gegen die Staatskasse festgesetzt werden können, § 1835 Abs. 4 BGB analog, § 45 Abs. 1 RVG analog.²⁴³

Wird die Vergütung aus der Staatskasse gezahlt, so ist diese eine Auslage nach KV 9007 GKG²⁴⁴ und ist im geringsten Gebot als Gerichtskosten zu berücksichtigen, § 44 Abs. 1 ZVG. Sie wird aus der Teilungsmasse vorab entnommen § 109 ZVG oder im Rahmen der Schlusskostenrechnung erhoben. Kostenschuldner für die Kosten des Prozesspflegers sind der antragstellende Gläubiger nach § 22 Abs. 3 GKG, der betreibende Gläubiger § 26 Abs. 1 ZVG und der Schuldner nach § 29 Nr. 4 GKG.

²³³ Baumbach/Hartmann, §§ 57, 58 Rn. 8.

²³⁴ OLG Karlsruhe, FamRZ 2010, 1762; Prütting/Helms/Ann-Roth, § 22a Rn. 2.

²³⁵ Baumbach/Hartmann, § 57, 58 Rn. 8, 11.

²³⁶ Baumbach/Hartmann, § 57, 58 Rn. 12.

²³⁷ BGH, NJW 10, 157.

²³⁸ Baumbach/Hartmann, § 57, 58 Rn. 12.

²³⁹ Musilak/Voit/Weth, § 57 Rn. 4; BSG, NJW 1994, 215.

²⁴⁰ RG, RGZ 105, 401.

²⁴¹ OLG Düsseldorf, MDR 2009, 415.

²⁴² Zöller/Althammer, § 57 Rn. 8.

²⁴³ OVG Koblenz, Rpfleger 1996, 508.

²⁴⁴ OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 712.

4.5 Der Nachtragsliquidator nach § 273 Abs. 4 AktG

4.5.1 Aufgaben des Nachtragsliquidators, Anwendungsbereich

Der Nachtragsliquidator nach § 273 Abs. 4 AktG vertritt die Gesellschaft im Rahmen seines Aufgabenbereichs auch gerichtlich. Paragraph 273 Abs. 4 AktG findet auch für die GmbH²⁴⁵ und die Genossenschaft²⁴⁶ analoge Anwendung. Streitig ist jedoch, ob für den Verein Nachtragsliquidatoren nach § 273 Abs. 4 AktG²⁴⁷ oder Nachtragsliquidatoren als Notabwickler nach §§ 48 Abs. 1 S. 2 HS. 2, 29 BGB²⁴⁸ zu bestellen sind.²⁴⁹

4.5.2 Bestellungs Voraussetzungen

Voraussetzung für die Bestellung eines Nachtragsliquidators ist, dass sich nach der Eintragung der Löschung einer Kapitalgesellschaft in ihrem Register herausgestellt, dass die Notwendigkeit weiterer Abwicklungsmaßnahmen besteht, § 273 Abs. 4 S. 1 AktG. Zudem darf die Löschung nicht wegen Vermögenslosigkeit von Amts wegen nach § 394 FamFG aufgelöst worden sein, beispielsweise nach Durchführung eines Insolvenzverfahrens. Für diesen Fall sieht das Gesetz nämlich den Nachtragsliquidator nach § 66 Abs. 5 S. 1 GmbHG für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, den Nachtragsliquidator nach § 83 Abs. 5 S. 1 GenG für die Genossenschaft bzw. der Nachtragsabwickler nach § 264 Abs. 2 S. 1 AktG für den Aktiengesellschaft vor.

Die Notwendigkeit weiterer Abwicklungsmaßnahmen besteht unter anderem dann, wenn es weiteres Gesellschaftsvermögen gibt, welches noch liquidiert werden kann.²⁵⁰ Das ist also auch der Fall, wenn eine gelöschte Kapitalgesellschaft noch Grundstückseigentümer ist.

4.5.3 Verfahren

Der Nachtragsliquidator wird auf Antrag bestellt, § 273 Abs. 4 S. 1 AktG. Antragsberechtigt ist der Beteiligte, § 273 Abs. 4 S. 1 AktG. Beteiligte können Gesellschafter

²⁴⁵ BGH, BGHZ 53, 264.

²⁴⁶ Thüringer OLG, RdL 2001, 36; AG Charlottenburg, Beschluss vom 08.03.2018, GnR 70 B, veröffentlicht unter www.juris.de; Beuthien/Wolff, § 93 Rn. 5.

²⁴⁷ MüKo BGB/*Arnold*, § 49 Rn. 19.

²⁴⁸ Eрман/*Westermann*, § 49 Rn. 5.

²⁴⁹ vgl. zum Meinungssteit BeckOK BGB/*Schöpflin*, § 49 Rn. 16 m.w.N.

²⁵⁰ OLG Düsseldorf, Rpfleger 2013, 458; BayObLG, Rpfleger 2004, 707.

und Aktionäre²⁵¹, frühere Organmitglieder oder auch nicht befriedigte Gläubiger sein.²⁵²

Zuständig für die Bestellung des Nachtragsliquidators ist das Amtsgericht als Handelsgericht²⁵³ am Sitz der Gesellschaft, §§ 23 a Abs. 1 S. 1 Nr.2, Abs. 2 Nr. 4 GVG, §§ 375 Nr. 3, 376 FamFG, weshalb auch Richterzuständigkeit besteht, §§ 3 Nr. 2d, 17 Nr. 2c RPfIG.

Das Gericht wählt den Nachtragsliquidator nach seinem pflichtgemäßen Ermessen, wobei sowohl die früheren Liquidatoren als auch gänzlich andere bestellt werden können.²⁵⁴ Es besteht keine Amtsübernahmepflicht.²⁵⁵

Der Nachtragsliquidator wird entweder in das Register eingetragen oder erhält als Nachweis über seine Bestellung eine Bestellsurkunde.²⁵⁶

Das Amt des Nachtragsliquidators endet mit Eintragung des Abwicklungsschlusses²⁵⁷ bzw. Löschung der wiedereingetragenen Gesellschaft²⁵⁸. Für den Fall, dass der Nachtragsliquidator lediglich für den einzelnen Aufgabenkreis Zwangsversteigerung bestellt wurde, endet sein Amt mit der Erledigung des Zwangsversteigerungsverfahrens.²⁵⁹

Der Abwickler hat einen Vergütungsanspruch, der sich gegen die Gesellschaft, also gegen den Schuldner, richtet nach §§ 273 Abs. 4 S. 2, 265 Abs. 4 S. 1, 2 AktG. Der antragstellende Gläubiger muss gegebenenfalls einen Vorschuss zur Sicherstellung der Vergütung des Nachtragsliquidators leisten, wenn absehbar ist, dass das Vermögen, das verteilt werden soll, nicht zur Deckung dieser Kosten ausreicht.²⁶⁰ Es erscheint denkbar, dass dieser Vorschuss als Kosten der notwendigen dinglichen Rechtsverfolgung zum Verfahren angemeldet werden kann, da ohne die Bestellung des Nachtragsliquidators das Zwangsversteigerungsverfahren - je nach vertretener Meinung bezüglich der Anwendbarkeit des § 57 ZPO - für den Gläubiger sonst gar nicht möglich wäre.

²⁵¹ Hüffer/Koch, § 273 Rn. 13

²⁵² MüKo AktG/J. Koch, § 273 Rn. 33; Hüffer/Koch, § 273 Rn. 15.

²⁵³ OLG Frankfurt, OLGZ 1993, 412.

²⁵⁴ BGH, BGHZ 53, 264.

²⁵⁵ MüKo AktG/J. Koch, § 273 Rn. 39.

²⁵⁶ MüKo AktG/J. Koch, § 273 Rn. 41.

²⁵⁷ MüKo AktG/J. Koch, § 273 Rn. 45; Scholz/Schmidt, § 74 Rn. 24.

²⁵⁸ BGH, BGHZ 53, 264.

²⁵⁹ OLG Düsseldorf, GmbHR 2011, 873.

²⁶⁰ MüKo AktG/J. Koch, § 273 AktG Rn. 40; Scholz/Schmidt, § 74 Rn. 22.

4.6 Fazit für das Zwangsversteigerungsverfahren

Handlungsempfehlung für den Zwangsversteigerungsrechtspfleger könnte sein:

Wird die Prozessunfähigkeit eines natürlichen Schuldners festgestellt, sollte

1. Zunächst das Familien- und Betreuungsgericht nach § 22a Abs. 1 FamFG über die bestehende Prozessunfähigkeit informiert und angefragt werden, ob bereits eine Betreuung für den Prozessunfähigen eingerichtet wurde.
2. Auf Antrag des Gläubigers kann ein Prozesspfleger für den natürlichen Schuldner bestellt werden, insbesondere wenn die Einrichtung einer Betreuung abgelehnt wurde.

Wurde festgestellt, dass eine Kapitalgesellschaft im Register gelöscht wurde, könnte das Zwangsversteigerungsgericht wie folgt vorgehen:

1. Dem Gläubiger sollte die Beantragung eines Nachtragsliquidators nach § 273 Abs. 4 ZVG aufgegeben werden.
2. Die Prozesspflegschaft kann auf Antrag des Gläubigers bei Gefahr in Verzug eingerichtet werden.

Bis zur Bestellung eines Vertreters sollte das Verfahren einstweilen eingestellt werden, § 28 ZVG analog.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Altmeppen, Holger / Roth, Günter, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, München 2015.

Bahrenfuss, Dirk (Hrsg.), FamFG, 3. Auflage, Berlin 2017.

Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert / Hau, Wolfgang / Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 45. Edition, Stand 01.03.2018, München 2018.

Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert / Hau, Wolfgang / Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 44. Edition, Stand 01.11.2017, München 2017.

Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert / Hau, Wolfgang / Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 44. Edition, Stand 15.06.2017, München 2017.

Baumbach, Adolf (Begr.) / Hueck, Alfred (Hrsg.), GmbH-Gesetz, 21. Auflage 2017.

Baumbach, Adolf (Begr.) / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung: ZPO, 76. Auflage, München 2018.

Beuthien, Volker / Wolff, Reinmar / Schöpflin, Martin, Genossenschaftsgesetz: GenG, 15. Auflage, München 2011.

Bitter, Georg / Crezelius, Georg / Cramer, Carsten / Cziupka, Johannes / Emmerich, Volker / Hohenstatt, Klaus-Stefan / Priester, Hans-Jochaim / Rönna, Thomas / Schmidt, Karsten / Schneider, Sven / Schneider, Uwe / Seibt, Christoph H. / Seyfahrt, Georg / Tebben, Joachim / Veil, Rüdiger / Verse, Dirk A. / Westermann, Harm Peter / Wicke, Hartmut (Verf.), Scholz GmbH-Gesetz, 12. Auflage, Köln 2018.

Böhringer, Walter, Vertretung für unbekanntes Eigentümernach Art. 233 § 2 EGBGB, NJ 12/2015, 492.

Böttcher, Roland, Aktuelle Rechtsprechung zur Zwangsversteigerung im Jahr 2012, ZfIR 17/2013, 157.

- Böttcher, Roland, Anmerkung zum Urteil des Landgericht Aachens vom 13.03.1964, Az. 7 T 544/63, RPfleger 1965, 144.
- Böttcher, Roland, ZVG, 6. Auflage, München 2016.
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Das ZVG auf dem Prüfstand, Teil I Rechtstatsachen - Kurzfassung, Berlin 2017.
- Burmester, Arne, Die öffentliche Zustellung juristischer Personen nach dem MoMiG, Frankfurt am Main 2010.
- Depré, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung ZVG, 1. Auflage, Köln 2014.
- Drasdo, Michael, Die Vergütungs- und Auslagenerstattungsansprüche des Zustellungsverreters, ZfIR 1/2013, 5.
- Fröschle, Tobias (Hrsg.), Praxiskommentar Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, 3. Auflage, Köln 2014.
- Goette, Wulf / Habersack, Mathias (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, München, 2016.
- Hüffer, Uwe (Begr.), Aktiengesetz: AktG, 13. Auflage, München 2018.
- Keidel, Theodor (Begr.) / Engelhardt, Helmut / Sternal, Werner (Hrsg.), FamFG, 19. Auflage, München 2017.
- Krüger, Wolfgang / Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 5. Auflage, München 2016.
- Meerhoff, Norbert, Zwangsversteigerungsverfahren ohne Schuldner, Eigentumsvertreter gem. § 787 ZPO, Vertreter gem. § 779 Abs. 2 ZPO, Nachlass- oder Abwesendheitspfleger, Zustellungsverretter, ZfIR 19/2015, 704.
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), Familiengerichtliches Verfahren, 6. Auflage, München 2018.
- Musielak, Hans-Joachim / Voit, Wolfgang (Hrsg.), Zivilprozessordnung: ZPO, 14. Auflage, München 2017.

Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 77. Auflage, München 2018.

Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Auflage, München 2005.

Prütting, Hanns / Helms, Tobias, FamFG, 4. Auflage, Köln 2018.

Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, 4. Auflage, München 2006.

Reinhard, Paul / Müller, Hans (Begr.) / Dassler, Gerhard / Schiffhauer, Horst (Fortgeführt) / Hintzen, Udo / Engels, Ralf / Rellermeyer, Klaus, ZVG, 15. Auflage, Bielefeld 2016.

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland, Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 10. Band, 7. Auflage, München 2017.

Schmidberger, Gerhard / Traub, Roland, Hat § 6 ZVG eine Zukunft?, ZfIR 10/2016, 339.

Schmidt, Herbert, Vergütung des gemäß § 779 ZPO bestellten Erbenvertreters, JurBüro 5/1962, 261.

Schulze, Reiner / Dörner, Heinrich / Ebert, Ina / Hoeren, Thomas / Kemper, Rainer / Schreiber, Klaus / Schulte-Nölke, Hans / Saenger, Ingo, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 9. Auflage, Mannheim 2016.

Stein, Friedrich / Jonas, Martin (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, 1. Band, 23. Auflage, Köln 2014.

Steiner, Anton (Hrsg.) / Eickmann, Dieter / Storz, Karl-Alfred / Teufel, Helmut, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Auflage, München 1984.

von Staudinger, Julius (Begr.) / Bienwald, Werner (Hrsg.) / Veit, Barbara (Hrsg.) / Coester, Michael (Hrsg.), BGB, Berlin, 2017.

Steffen, Manfred, Der Wegfall des rechtskräftigen Zuschlags wegen unzulässiger Bestellung eines Zustellungsververtreters, ZfIR 21/2014, 757.

Stöber, Kurt, Zwangsversteigerungsgesetz, 21. Auflage, München 2016.

Vorwerk, Vokert / Wolf, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar
ZPO, 27. Edition, München, Stand 01.12.2017.

Ziemons, Hildegard / Jaeger, Carsten, Beck'scher Online-Kommentar
GmbHG, 33. Edition, München, Stand 01.11.2017.

Zöller, Richard (Begr.), ZPO Zivilprozessordnung, 32. Auflage, Köln 2018.

EIDESSTATTLICHE VERSICHERUNG

Hiermit erkläre ich an Eides statt, dass ich die Diplomarbeit selbständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt sowie die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit habe ich bisher keinem anderen Prüfungsamt in gleicher oder ähnlicher Form vorgelegt. Zudem bestätige ich, dass die gedruckte und die digitalisierte Form der Diplomarbeit identisch sind, § 24 Abs. 4 FHMeißen-GO.

Chemnitz, den 05. Juni 2018

Judith Böhm