Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Stodolkowitz, Kirchhof, Dr. Fischer und Raebel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 15. Oktober 1999 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter im Konkurs über das Vermögen der W. GmbH, (nachfolgend: W. oder Gemeinschuldnerin). Diese bebaute ein eigenes Grundstück mit 20 Eigentumswohnungen. Durch notariellen Vertrag vom 7. September 1994 kaufte der Beklagte eine im Bau befindliche Eigentumswohnung zum Preise von 398.446 DM. Der Kaufpreis sollte nach Baufortschritt fällig werden. Gemäß II Abs. 3 des Vertrages sollte der Kaufgegenstand nach Maßgabe "der Baubeschreibung nebst Bauzeichnung" erstellt werden. Beides war dem Vertrage nicht beigefügt und wurde nicht mitbeurkundet. Zugunsten des Beklagten wurde eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Sie war nach dem Kaufvertrag Voraussetzung für die Fälligkeit der Kaufpreisraten. Der Beklagte zahlte an die Wohnfinanz 424.463,56 DM, davon 332.663,56 DM auf die notariell vereinbarte Vergütung. Der weitergehende Betrag wurde für Zusatzlei-

stungen oder - nach der Behauptung des Klägers - in Höhe von 40.000 DM als Schwarzgeld gezahlt.

Am 11. März 1997 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der W. eröffnet. Zu dieser Zeit war die Wohnung des Beklagten noch nicht fertiggestellt. Inzwischen hat der Kläger die Masseunzulänglichkeit des Konkursverfahrens öffentlich angezeigt.

Mit der Klage begehrt der Kläger die Löschung der zugunsten des Beklagten eingetragenen Auflassungsvormerkung. Dieser hat u.a. ein Zurückbehaltungsrecht wegen des von ihm gezahlten Kaufpreises geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr uneingeschränkt stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Kläger könne gemäß § 894 BGB die Löschung der Vormerkung verlangen.

Ergäben sich Inhalt und Umfang der Pflichten eines am Grundstückskaufvertrag Beteiligten aus einer Baubeschreibung, einem Bauplan oder einer

Teilungserklärung, so gelte das Formerfordernis des § 313 BGB auch für diese Umstände. Der zwischen der W. und dem Beklagten abgeschlossene Vertrag enthalte keine Beschreibung der von der Verkäuferin zu erbringenden Bauleistungen und auch keine zeichnerische Darstellung der Bauanlagen mit Grundrissen. Über die Ausstattung der Wohnung sei gar nichts gesagt. Die vertraglich geschuldete Leistung lasse sich auch nicht auf andere Weise zweifelsfrei ermitteln, weil die Wohnung im maßgeblichen Zeitpunkt der Vertragsbeurkundung noch nicht fertiggestellt gewesen sei. Vielmehr seien zu dieser Zeit nicht einmal die Erdarbeiten für das Grundstück beendet gewesen. Der Grundstückskaufvertrag sei nicht gemäß § 313 Satz 2 BGB geheilt worden, weil weder der Kaufpreis vollständig gezahlt noch der Beklagte als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden sei.

Die eingetragene Auflassungsvormerkung sichere den Beklagten hier ebenfalls nicht. Denn sie sei ihrerseits nicht wirksam, weil der vorgemerkte schuldrechtliche Anspruch auf Eigentumsverschaffung mangels gültigen Kaufvertrages nicht bestehe.

Der zwischen der W. und dem Beklagten geschlossene Grundstückskaufvertrag sei ferner nicht nach den Grundsätzen der bereicherungsrechtlichen Saldotheorie rückabzuwickeln. Diese Theorie stehe im Widerspruch zu konkursrechtlichen Wertungen. Die unwirksame Vormerkung stelle im Hinblick auf § 24 KO den Erwerber nicht besser, als wenn zu seinen Gunsten gar keine Vormerkung eingetragen worden wäre. Seine Ansprüche begründeten nur einfache Konkursforderungen i.S.v. § 3 KO. Diese unterlägen dem Gebot der Gläubigergleichbehandlung.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Zwar könne das Berufen auf einen Formmangel nach Treu und Glauben ausnahmsweise unzumutbar sein, wenn sonst für eine Partei ein schlechthin unerträgliches Ergebnis entstünde. Hier sei jedoch nicht dargetan, daß eine Rückabwicklung des Vertrages die wirtschaftliche Existenz des Beklagten vernichten würde.

Endlich stehe dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht am Kaufpreis nach § 273 BGB nicht zu. Ein solches Recht erlösche im Konkurs. Zudem würde die Bejahung eines solchen Rechts dazu führen, daß Eigentum und Besitz auf Dauer auseinanderfielen und das Grundbuch unrichtig bliebe, weil der Konkursverwalter mangels Masse den Kaufpreis nicht zurückzahlen könnte.

II.

Demgegenüber rügt die Revision:

Der Kaufvertrag sei nicht nichtig, weil die Wohnungen der Wohnungseigentumsanlage inzwischen weitgehend fertiggestellt und jedenfalls teilweise bewohnt seien. Deshalb seien Unklarheiten hinsichtlich der geschuldeten Ausstattung der Wohnungen nicht (mehr) zu erwarten.

Im übrigen sei entscheidend, daß der Kläger als Konkursverwalter seinerseits den erhaltenen Kaufpreis nicht zurückzahlen könne. Deshalb müsse der formnichtige Grundstückskaufvertrag gemäß § 242 BGB als rechtsgültig behandelt werden. Zudem sei in Fällen wie dem vorliegenden auch ohne näheren Vortrag nach der Lebenserfahrung ohne weiteres von der Existenzgefährdung für den Käufer auszugehen.

Der Kaufvertrag sei ferner sogar im Falle seiner Nichtigkeit nach den Grundsätzen der Saldotheorie rückabzuwickeln. Das gelte auch bei ungleichartigen Leistungen, wie im vorliegenden Fall. Der Kläger als Konkursverwalter habe die Rückgewähr des Kaufpreises Zug um Zug gegen die verlangte Löschung der Vormerkung anzubieten. Bereicherungsrechtliche Gegenansprüche seien auch im Konkurs eines der Bereicherungsgläubiger gegenüber dem dinglichen Löschungsanspruch zu berücksichtigen, wenn sie einredeweise geltend gemacht würden. Die §§ 17, 53 ff KO schlössen es aus, daß in Gegenseitigkeitsverhältnissen Konkursgläubiger ihre Leistungen voll zu erbringen hätten, wegen der Leistungen des Gemeinschuldners jedoch auf die Quote verwiesen würden. Die vorkonkurslichen Bereicherungsansprüche der Vertragsteile stünden im Gegenseitigkeitsverhältnis jedenfalls dann, wenn die von der Masse erhobenen Ansprüche nicht erst durch Leistung des Konkursverwalters mit Mitteln der Masse begründet worden seien. Hierbei sei das bereicherungsrechtliche Zurückbehaltungsrecht gemäß der Saldotheorie nicht mit der Einrede aus § 273 BGB vergleichbar. Vielmehr führe es dazu, daß der Gemeinschuldnerin von vornherein kein Anspruch zustehe. Der Konkursverwalter könne nur dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners verwerten, welches er bei Konkurseröffnung vorfinde. In diesem Zeitpunkt habe dem geltend gemachten Löschungsanspruch aber schon das bereicherungsrechtliche Zurückbehaltungsrecht des Beklagten entgegengestanden.

III.

Zutreffend hat das Berufungsgericht eine Pflicht des Beklagten angenommen, die Löschung der zu seinen Gunsten im Grundbuch eingetragenen Grundschuld zu bewilligen.

1. Nach § 894 BGB kann - wenn der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an dem Grundstück oder einer Verfügungsbeschränkung (§ 892 Abs. 1 BGB) mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht - derjenige, dessen Recht durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird.

a) Der Kläger handelt hierbei für die Konkursmasse, deren Rechtsträgerin Eigentümerin des vom Beklagten "gekauften" Wohnungseigentums ist oder im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz war. Die Konkursmasse wird demgemäß durch die für den Beklagten eingetragene Auflassungsvormerkung betroffen.

b) Die Vormerkung ist zu Unrecht im Grundbuch eingetragen. Denn gemäß § 883 BGB soll sie den Anspruch auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück sichern. Zu diesem Anspruch ist sie streng akzessorisch (vgl. BGH, Urt. v. 17. Juni 1994 - V ZR 204/92, NJW 1994, 2947 f). Besteht er nicht, so ist auch die Vormerkung wirkungslos (BGHZ 54, 56, 63). Ein sicherungsfähiger Anspruch auf Erklärung der Auflassung besteht vorliegend nicht, weil der Kaufvertrag, der ihn begründen soll (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB), gemäß §§ 313 Satz 1, 125 BGB nichtig ist.

aa) Wird - wie hier - ein Vertrag zur Übertragung einer erst noch zu errichtenden Eigentumswohnung geschlossen, gehören auch die Ausgestaltung und Ausstattung der Wohnung für den Erwerber zu den wesentlichen Vertragselementen (BGHZ 63, 359, 361 f; BGH, Urt. v. 10. Juni 1977 - V ZR 99/75, DNotZ 1978, 37 f). In dem zwischen den Parteien geschlossenen notariellen Vertrag ist unter "II. Kaufgegenstand" im letzten Absatz lediglich geregelt, der Kaufgegenstand solle auf der Grundlage der Baubeschreibung nebst Bauzeichnung erstellt werden; diese hätten dem Käufer vorgelegen, seien von ihm geprüft und inhaltlich akzeptiert. Baubeschreibung und -zeichnung selbst sind aber nicht notariell beurkundet. Auch sonst regelt der Vertrag Ausgestaltung und Ausstattung der Wohnung nicht. Damit sind wesentliche Teile des schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäfts nicht mit beurkundet. Zu den Voraussetzungen des § 13 a Abs. 4 BeurkG ist nichts dargetan.

bb) Entgegen der Auffassung des Beklagten war die Beurkundung insoweit auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Ermittlung der vertraglich geschuldeten Leistung auf andere Weise gesichert gewesen sei. Es bedarf hier keiner Entscheidung darüber, ob bei Vorliegen einer solchen Voraussetzung eine unterbliebene Beurkundung der Baubeschreibung allgemein unschädlich wäre. Denn das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Wohnung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht weitgehend fertiggestellt war. Im Gegenteil waren nicht einmal die Erdarbeiten beendet. Insoweit erhebt die Revision keine Rügen. Sie will nur statt dessen auf den während des gegenwärtigen Prozesses erreichten Bauzustand abstellen. Das ist jedoch rechtlich verfehlt. Denn für die Frage der wirksamen Vertragsbeurkundung entscheidet grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, weil die Rechte und Pflichten der

Parteien von Anfang an feststehen müssen und nicht erst später durch faktische Handlungen eines Vertragsteils zu konkretisieren sind. Die nachträgliche Entwicklung nach dem Vertragsschluß kann nur unter den Voraussetzungen des § 313 Satz 2 BGB den Formmangel bedeutungslos machen, also im Falle der Eintragung im Grundbuch. Dazu ist es hier nicht gekommen. Eine heilende Grundbucheintragung ist auch nicht mehr zu erwarten, nachdem der Kläger die Rückabwicklung des Kaufvertrages mit dem Beklagten verlangt.

2. Unter diesen Umständen vermag der Beklagte im Konkurs der Verkäuferin auch keine Rechte aus § 24 KO herzuleiten. Nach dieser Vorschrift kann der durch eine eingetragene Vormerkung gesicherte Gläubiger zwar auch vom Konkursverwalter die Befriedigung des vorgemerkten Anspruchs verlangen. Eine solche Sicherung hat die Vormerkung aber nur, wenn sie wirksam ist, insbesondere wenn der vorgemerkte schuldrechtliche Anspruch auf Verschaffung des Eigentums besteht (Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 24 Rn. 28; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 24 Rn. 6; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 24 KO Anm. 2 unter b). Trifft das nicht zu, so ist die Rechtsstellung des Erwerbers nicht anders als in den Fällen, in denen zu seinen Gunsten keine Vormerkung eingetragen worden ist. Denn diese sichert nur den Anspruch, für den sie bestellt worden ist, hingegen nicht etwa die bereicherungsrechtliche Forderung auf Rückgewähr eines angezahlten Kaufpreisteils.

IV.

Der Umstand, daß der Beklagte für einen Erwerb des Grundstücks - und damit der Vormerkung - vertragsgemäß Gegenleistungen an die W. erbracht

hat, hindert seine uneingeschränkte Verurteilung zur Löschungsbewilligung ebenfalls nicht.

1. Der Beklagte darf die von ihm geforderte Berichtigung nicht gemäß § 242 BGB mit Rücksicht auf diese Gegenleistungen - unabhängig vom Konkurs über das Vermögen der W. - verweigern. Der Umstand allein, daß der Kläger zur Rückzahlung der "Kaufpreisleistungen" aus der Konkursmasse nicht in der Lage sein mag, macht sein Verlangen auf Grundbuchberichtigung nicht treuwidrig. Dies hat der Senat in dem in einem Parallelverfahren ergangenen Urteil vom 20. Dezember 2001 (IX ZR 401/99, ZIP 2002, 309, 310 f) näher begründet. Darauf wird verwiesen.

2. Dem Beklagten steht mit Rücksicht auf diese Gegenleistungen auch kein konkursbeständiges Leistungsverweigerungsrecht zu.

a) Die §§ 320 ff BGB sind auf die Rückabwicklung nichtiger Verträge unanwendbar (vgl. RGZ 94, 309, 310; MünchKomm-BGB/Emmerich, 4. Aufl., vor § 320 Rn. 31; Palandt/Heinrichs, BGB 61. Aufl., Einf. v. § 320 Rn. 1). Diese erfolgt vielmehr nach den Regeln für den Ausgleich ungerechtfertigter Bereicherungen.

b) Gegenüber einer Berichtigungsklage nach § 894 BGB ist regelmäßig ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB möglich (BGHZ 75, 288, 293; BGB-RGRK/Augustin, 12. Aufl. § 894 Rn. 47). Insbesondere kann die Rückabwicklung von Leistungen aus einem nichtigen Kaufvertrag auf solche Weise mit einer darauf beruhenden unrichtigen Grundbucheintragung verknüpft werden (BGH, Urt. v. 7. Oktober 1966 - V ZR 159/63, WM 1966, 1224,

1226 unter IV; RG LZ 1927, 48, 49; WarnR 1930 Nr. 28; Staudinger/Gursky, BGB 13. Bearb. § 894 Rn. 106; Soergel/Stürner, BGB 12. Aufl. § 894 Rn. 30). Die Berichtigungsbewilligung braucht dann lediglich nach Maßgabe des § 274 BGB abgegeben zu werden.

Nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 und 4 KO (§ 51 Nr. 2, 3 InsO) sind aber nur einzelne, bestimmte Zurückbehaltungsrechte konkursfest. Soweit dies für das Zurückbehaltungsrecht wegen wertbeständiger Verwendungen auf eine Sache der Konkursmasse zutrifft (§ 49 Abs. 1 Nr. 3 KO), hat der Beklagte hier schon nicht dargetan, daß seine Kaufpreiszahlungen der Konkursmasse einen Vorteil erbracht haben, der noch vorhanden ist (§§ 994 ff BGB). Auch ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht (§ 49 Abs. 1 Nr. 4 KO) kommt nicht in Betracht. Die Rechtsstellung des Beklagten, der rechtsgrundlos Vorleistungen erbracht hat, ist nicht mit derjenigen des Inhabers eines Zurückbehaltungsrechts i.S.v. § 369 HGB vergleichbar. Zwar gibt ihm die zu seinen Gunsten eingetragene - unwirksame (s.o. III 1 b) - Vormerkung eine begrenzte Sicherung. Diese entspricht aber nicht dem Besitz, den das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht voraussetzt und der dem Berechtigten sogar ein pfandrechtsähnliches Selbstverwertungsrecht verleiht (§ 371 Abs. 2 HGB). Die nichtige Vormerkung hat keinerlei dingliche Wirkung. Sie hat zudem keinerlei Drittwirkung, die mit § 369 Abs. 2 HGB vergleichbar wäre. Denn das gegenüber dem Grundbuch-Berichtigungsanspruch der Verkäuferin (W.) mögliche Zurückbehaltungsrecht hätte schon außerhalb des Konkurses keine Wirkung gegenüber einem neuen Eigentümer gehabt, welcher das Grundstück später rechtsgeschäftlich von der ursprünglichen Verkäuferin erworben hätte; insbesondere greift insoweit nicht § 404 BGB ein. Erst recht kann die Scheinvormerkung keine Besserstellung gegenüber sonstigen Konkursgläubigern der Verkäuferin begründen.

Ein allein auf § 273 Abs. 1 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht hat zugunsten bloßer Konkursgläubiger innerhalb des Konkurses grundsätzlich keine Wirkung (BGH, Urt. v. 20. Januar 1965 - V ZR 214/62, WM 1965, 408, 410 f; RGZ 77, 436, 438 f; Kuhn/Uhlenbruck, aaO § 17 Rn. 23c und § 49 Rn. 24; Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch 2. Aufl. § 42 Rn. 48; Henckel ZZP 99, 419, 421 ff). Denn es stellt ein Zwangsmittel zur Durchsetzung einer rein persönlichen Gegenforderung dar, das im Konkurs über die Grenzen des § 49 Abs. 1 Nr. 3 und 4 KO hinaus nicht zugelassen werden kann, weil es im Widerspruch zu dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger stünde. Soweit demgegenüber Marotzke (Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl., Rn. 2.50, 2.63, 2.70 f) das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB für den Fall für konkursfest hält, daß es sich auf eine eigene - also noch nicht zur Konkursmasse gehörende - Sache des anderen Teils bezieht, kommt es darauf hier nicht entscheidend an. Denn der Beklagte will im vorliegenden Fall mit dem Zurückbehaltungsrecht verhindern, daß die Rechtslage bezüglich des zur Konkursmasse gehörenden Grundstücks richtiggestellt wird, solange nicht die schon zuvor an die Gemeinschuldnerin gezahlten Geldbeträge zurückgewährt werden. Mit diesem Verlangen soll im Ergebnis die abgesonderte Befriedigung am Grundstück der Konkursmasse wegen eines Bereicherungsanspruchs erzwungen werden. Dafür gibt es keine Rechtsgrundlage.

c) Der Beklagte beruft sich auf die gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß die Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge bereicherungsrechtlich (§§ 812, 818 BGB) nach den Grundsätzen der Saldotheorie zu erfolgen hat. Der klagende Bereicherungsgläubiger hat danach im

Falle ungleichartiger Gegenleistungen die Rückgewähr seiner Gegenleistung Zug um Zug anzubieten (BGH, Urt. v. 24. Juni 1963 - VII ZR 229/62, NJW 1963, 1870 f; v. 11. November 1994 - V ZR 116/93, NJW 1995, 454, 455; v. 10. Februar 1999 - VII ZR 314/97, NJW 1999, 1181). Der Grund für diese enge Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung liegt darin, daß Wertungswidersprüche zwischen Vindikations- und Bereicherungsrecht vermieden werden sollen: Der rechtsgrundlos besitzende Eigentümer soll im Ergebnis keine schlechtere Rechtsposition einnehmen als andere rechtsgrundlose Besitzer (BGH, Urt. v. 14. Juli 1995 - V ZR 45/94, NJW 1995, 2627, 2628).

Darum geht es hier aber nicht. Der Kläger macht einen Anspruch geltend, der einseitig aus dem originären dinglichen Recht der Konkursmasse folgt. Er wurzelt nicht im Kaufvertrag mit dem Beklagten, sondern dieser ist nur der Anlaß für die unrichtige Grundbucheintragung. Der Berichtigungsanspruch steht der W. als Eigentümerin zu.

Nachdem die Verfügungsbefugnis über diesen Anspruch auf den Kläger als Konkursverwalter übergegangen ist, vermag der Beklagte ihm den bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Kaufpreisrückgewähr - der eine bloße Konkursforderung darstellt - nicht (mehr) entgegenzuhalten. Es liegt ähnlich, wie wenn das Eigentum am Grundstück auf einen Dritten übertragen worden wäre. Diesem gegenüber könnte der Bereicherungsschuldner sein Gegenrecht nicht geltend machen. Für eine "Verdinglichung" seiner Rechtsstellung gegenüber Dritten bietet auch die Saldotheorie keine Grundlage. Die Konkursmasse des Eigentümers wird gegen reine schuldrechtliche Gegenrechte eines Vertragspartners in gleicher Weise geschützt wie ein Dritter. Wie ein solcher braucht das Interesse der Gläubigergesamtheit nicht allein wegen der zu Unrecht zu-

gunsten des Beklagten eingetragenen Vormerkung hinter dessen Belangen zurückzustehen. Andere Konkursgläubiger mögen durch den Konkurs der W. vergleichbar hart geschädigt worden sein wie der Beklagte. Zudem weist das Berufungsgericht zutreffend darauf hin, daß das Grundbuch auf Dauer unrichtig würde, wenn die zu Unrecht eingetragene Vormerkung nicht gelöscht werden könnte und der Konkursverwalter den von der Gemeinschuldnerin längst verbrauchten Kaufpreis mangels Masse nicht zurückzuzahlen vermag.

d) Demgegenüber vermag die Revision sich nicht mit Erfolg auf das Senatsurteil vom 15. Dezember 1994 (IX ZR 252/93, WM 1995, 353, 354) zu berufen. Zwar hat der Senat darin einer Bereicherungseinrede (§§ 812 Abs. 2, 813 Abs. 1 Satz 1, 821 BGB) Wirkungen gegenüber der Konkursmasse zuerkannt. In dem zugrundeliegenden Fall hatte aber die Bank des späteren Gesamtvollstreckungsschuldners ihm zu Unrecht eine Gutschrift erteilt. Später verlangte der Gesamtvollstreckungsverwalter die Auszahlung des entsprechenden Betrages. Die dagegen erhobene Bereicherungseinrede der Bank hat der Senat mit der Begründung für konkursfest gehalten, daß es allein um die Abwehr einer ohne Rechtsgrund bestehenden Forderung gehe. Diese wirke sich auf den Wert der Konkursmasse nicht aus, weil eine Forderung, der eine dauernde Einrede entgegenstehe, von vornherein wertlos sei.

Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um die Werthaltigkeit der eingeklagten Forderung selbst. Vielmehr will der Beklagte mit einem dinglichen Berichtigungsanspruch das Schicksal der Gegenleistung aus einem nichtigen gegenseitigen Vertrag verknüpfen. Das ist im Konkurs des Löschungsberechtigten nicht zulässig.

e) Diesem Ergebnis steht endlich nicht der Rechtsgedanke des § 17 KO entgegen.

Zwar ist diese Vorschrift sinngemäß auch auf Rückgewährschuldverhältnisse auf vertraglicher Grundlage angewendet worden (BGH, Urt. v. 14. Februar 1960 - VIII ZR 24/60, WM 1961, 482, 485 f; RG LZ 1915, 217 Nr. 17; vgl. Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 17 KO Anm. 2 c; Staudinger/
Kessal-Wulf, BGB 13. Bearb. § 9 VerbrKrG Rn. 101; E. von Olshausen, Festschrift für H.F. Gaul, 1997, 497, 516). Ferner wird die Ansicht vertreten, auch beiderseits unerfüllte Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung fielen unter § 17 KO, soweit die ohne Rechtsgrund empfangene Leistung selbst noch zurückgegeben werden könne (Jaeger/Henckel, aaO § 17 Rn. 28; Kuhn/Uhlenbruck, aaO § 17 Rn. 2 l; MünchKomm-InsO/Huber, § 103 Rn. 86; Marotzke, Gegenseitige Verträge aaO Rn. 4.114; Kepplinger, Das Synallagma in der Insolvenz, 2000, S. 336 f; von Caemmerer, Festschrift für Larenz, 1973, S. 621, 635 f).

Eine solche Erwägung kann aber jedenfalls nicht dazu führen, die Durchsetzung dinglich begründeter Ansprüche der Konkursmasse einzuschränken. § 17 KO bezweckt - ebenso wie § 103 InsO - in erster Linie, es dem Verwalter zu ermöglichen, einen von keiner Seite bereits vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag zum Vorteil der Masse und damit der Gläubigergesamtheit auszuführen, insoweit dann aber zugleich auch dem Vertragspartner den durch das funktionelle Synallagma vermittelten Schutz zu erhalten (MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 2; Bork, in Festschrift für Zeuner, 1994, S. 297, 309; vgl. Marotzke, Gegenseitige Verträge aaO Rn. 2.78, 2.80; Jae-

ger/Henckel, aaO § 17 Rn 6 f). Eine solche einseitige Wahlmöglichkeit unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zum Vorteil der Konkursmasse hat der Verwalter im Streitfall nicht: Hier geht es von Anfang an nur um gesetzlich festgelegte Ansprüche eines Teils oder beider Seiten. Sofern der andere Teil nicht freiwillig einer mindestens ebenso massegünstigen vertraglichen Neuregelung zustimmt, hat der Verwalter im Rahmen seiner Liquidationsaufgabe (§ 117 Abs. 1 KO) die gesetzlichen Folgen daraus zu ziehen, daß die Eigentumsübertragung auf den Beklagten infolge der Unwirksamkeit des Vertrages gescheitert ist. Würde man ein solches gesetzlich gebundenes Verlangen allgemein der fakultativen Erfüllungswahl i.S.v. § 17 KO gleichstellen, so hätte dies ausschließlich die Wirkung, den vor Konkurseröffnung begründeten Gegenanspruch der anderen Seite - der im Ansatz nur eine Konkursforderung darstellt - sogar gegen die Konkursmasse durchzusetzen. Das entspricht nicht dem Zweck des § 17 KO. Insbesondere kann auf solche Weise nicht ein nur auf § 273 BGB zu stützendes Zurückbehaltungsrecht (s.o. b) dahin aufgewertet werden, daß es die Durchsetzung eines Grundbuchberichtigungsanspruchs der Konkursmasse einzuschränken vermöchte.

Kreft Stodolkowitz Kirchhof

Fischer Raebel