BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 66/07

Verkündet am:
22. Januar 2009
Fritz
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

InsO § 55 Abs. 1 Nr. 2, § 103; BGB §§ 346, 883

Tritt der durch eine Vormerkung gesicherte Käufer nach Zahlung des Kaufpreises wegen eines Rechtsmangels von dem Grundstückskaufvertrag zurück und wird danach ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Verkäufers eröffnet, kann der Insolvenzverwalter von dem Käufer Bewilligung der Löschung der Vormerkung verlangen, ohne an ihn den Kaufpreis aus der Masse erstatten zu müssen.

BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 - IX ZR 66/07 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter und die Richter Prof. Dr. Kayser, Prof. Dr. Gehrlein, Dr. Fischer und Grupp

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 1. März 2007 und das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 18, vom 1. September 2006 teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden verurteilt, dem Kläger die Zustimmung zur Löschung der zu ihren Gunsten im Grundbuch von V. , Blatt ..... unter lfd. Nr. 5 und Blatt .... unter lfd. Nr. 4, eingetragenen Auflassungsvormerkung zu erteilen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden den Beklagten auferlegt. Der Nebenintervenient trägt seine Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. Juli 2005 über das Vermögen der W. GmbH (fortan: Schuldnerin) eröffneten Insolvenzverfahren.

2 Die Schuldnerin erwarb durch den von dem Nebenintervenienten notariell beurkundeten Vertrag vom 20. Februar 2004 die im Urteilstenor bezeichneten Grundstücke von dem Verkäufer R. F. Zugleich verpflichtete sich die Schuldnerin, an den Grundstücken zugunsten des Eigentümers des Nachbargrundstücks eine Dienstbarkeit und eine Reallast zu bestellen. Die beklagten Eheleute schlossen am 10. Juni 2004 mit der Schuldnerin einen ebenfalls von dem Nebenintervenienten beurkundeten Vertrag über den Kauf dieser Grundstücke. Darin sicherte die Schuldnerin den Beklagten zu, ihnen die Grundstücke frei von Belastungen in Abteilungen II und III des Grundbuchs zu übertragen. Den Kaufpreis von 165.000 € entrichteten die Beklagten auf ein Notaranderkonto des Nebenintervenienten. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war die Schuldnerin mangels Kaufpreiszahlung noch nicht im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. Zugunsten der Beklagten wurde vereinbarungsgemäß am 13. Juni 2004 für das jeweilige Grundstück eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Der Nebenintervenient ließ die Auflassungsvormerkungen am 28. Juli 2004 löschen, um rangwahrend die Eintragung der Dienstbarkeit und der Reallast vornehmen zu können. Unter Einsatz der von den Beklagten auf das Anderkonto überwiesenen Mittel bewirkte der Nebenintervenient am 3. August 2004 die Tilgung der noch offenen Kaufpreisforderung des Vorverkäufers gegen die Schuldnerin, die infolgedessen am 13. Oktober 2004 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde. Auf Veranlassung des Nebenintervenienten wurden am 19. Oktober 2004 erneut Auflassungsvormerkungen zugunsten der Beklagten eingetragen.

3 Die Beklagten traten am 23. Februar 2005 wegen der fortbestehenden abredewidrigen Grundstücksbelastungen von dem Kaufvertrag mit der Schuldnerin zurück. Danach verkaufte diese das Grundstück an die T. GmbH. Zu

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

einem Vollzug dieses Kaufvertrages kam es wegen des zwischenzeitlich eröffneten Insolvenzverfahrens nicht mehr.

4 Der Kläger verlangt von den Beklagten die Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkungen. Das Landgericht hat die Beklagten wegen des von ihnen geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts Zug um Zug gegen Zahlung von 165.000 € zur Abgabe der Erklärung verurteilt. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom erkennenden Senat zugelassenen Revision begehrt der Kläger die uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Klägers hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat - teils unter Bezugnahme auf die Darlegungen des Erstgerichts - ausgeführt: Zwar sei das den Beklagten wegen ihrer Kaufpreiszahlung aus § 273 BGB zustehende Zurückbehaltungsrecht nicht insolvenzfest und könne dem nach § 894 BGB begründeten Klaganspruch nicht entgegengehalten werden. Ein insolvenzbeständiges Zurückbehaltungsrecht folge jedoch aus der analogen Anwendung der §§ 103, 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur sei § 103 InsO auf beiderseits noch nicht voll erfüllte Rückabwicklungsschuldverhältnisse entsprechend anzu-

wenden. Durch die Geltendmachung eines Folgeanspruchs aus dem ehemaligen Vertragsverhältnis zwischen der Schuldnerin und den Beklagten habe der Kläger erkennen lassen, dass er die Erfüllung des Rückabwicklungsschuldverhältnisses verlange. Der entscheidende Unterschied zu den von dem Bundesgerichtshof entschiedenen Fallgestaltungen, in denen dieser die Insolvenzbeständigkeit eines Zurückbehaltungsrechts verneint habe (BGHZ 149, 326 ff; 150, 138 ff; 161, 241 ff), liege hier darin, dass der Vertrag zunächst wirksam und nicht von Anfang an nichtig gewesen sei.

II.

7 Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

8 1. Im Ausgangspunkt zutreffend haben die Vordergerichte angenommen, dass ein im Blick auf die Kaufpreiszahlung aus § 273 BGB hergeleitetes Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem - zumindest in analoger Anwendung (vgl. BGH, Urt. v. 11. November 1994 - V ZR 116/93, WM 1995, 159) - auf § 894 BGB beruhenden Begehren des Klägers nicht insolvenzbeständig ist, weil es ein Zwangsmittel zur Durchsetzung einer rein persönlichen Forderung darstellt, dessen Zulassung mit dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger unvereinbar wäre (BGHZ 150, 138, 145; BGH, Urt. v. 23. Mai 2003 - V ZR 279/02, ZIP 2003, 1406, 1407).

9 2. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten ergebe sich aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 103 Abs. 1 InsO. Auch in vorliegender Sache kann der Senat die Frage offenlassen (vgl. BGHZ 150, 138, 148; Urt. v. 23. Oktober 2003 - IX ZR

165/02, WM 2003, 2429, 2430 f mit jeweils bejahenden Nachweisen), ob § 103 InsO auf die Geltendmachung von Ansprüchen bei Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages überhaupt anwendbar ist (in diesem Sinne außerdem: OLG Stuttgart ZInsO 2004, 1087, 1088 f; Jaeger/Henckel, InsO § 55 Rn. 45; HK-InsO/Lohmann, 5. Aufl. § 55 Rn. 16; Wegener, Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters unter dem Einfluss des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2007, Rn. 686 ff; Kepplinger, Das Synallagma in der Insolvenz, 2000, S. 336 f) und der Kläger solche - tatsächlich in keinem Schriftsatz auch nur andeutungsweise erwähnte - Rechte neben dem Anspruch aus § 894 BGB verfolgt hat (vgl. Marotzke LM § 273 BGB Nr. 62 Bl. 6). Jedenfalls wäre selbst bei Geltendmachung auch des vertraglichen Rückgewähranspruchs durch den Kläger ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nicht geeignet, den dinglichen Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) zu beschränken, wie der Senat für den vergleichbaren Fall der Bestellung einer Vormerkung auf der Grundlage eines formnichtigen Kaufvertrages entschieden hat (BGHZ 150, 138, 148). Überdies fehlt es als Voraussetzung für die Anwendung des § 103 InsO an einer Leistungsbewirkung seitens der Schuldnerin an die Beklagten; denn in Ermangelung einer Leistung ist auch nichts rückabzuwickeln. Selbst wenn von einer Leistung der Schuldnerin auszugehen wäre, stünde sie mit der Kaufpreiszahlung durch die Beklagten nicht in dem zu fordernden synallagmatischen Austauschverhältnis.

10 a) Der Insolvenzverwalter wählt mit der Ausübung eines Rücktrittsrechts nicht schon die Erfüllung des Rückabwicklungsverhältnisses. Vielmehr muss hinzutreten, dass er als Folge der Umgestaltung des Vertragsverhältnisses eine an den Vertragspartner bewirkte Leistung zurückverlangt (Jaeger/Henckel, aaO § 55 Rn. 45). Erklärt - wie im Streitfall - der Vertragsgegner den Rücktritt, kann eine Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter ebenfalls nur angenommen

werden, wenn er die Rückgewähr der an den Vertragsgegner erbrachten Leistung beansprucht. Bei der gebotenen insolvenzrechtlichen Betrachtungsweise begehrt der Kläger mit dem Grundbuchberichtigungsanspruch nicht eine von der Schuldnerin im Rahmen des Grundstückskaufvertrages erbrachte, im Vermögen der Beklagten dauerhaft einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert verkörpernde Leistung. Vielmehr zieht der Kläger mit seinem Klageantrag lediglich die Konsequenzen aus der gesetzlich festgelegten Rechtslage, dass infolge des von den Beklagten erklärten Rücktritts ihr Eigentumsübertragungsanspruch und damit die Vormerkung als akzessorisches Sicherungsmittel entfallen sind.

11 aa) Einer Vormerkung kommt selbst bei Bestehen des Erwerbsanspruchs für sich genommen kein wirtschaftlicher Wert zu. Ihr wohnt keine Leistung des Verkäufers inne, die sich nach grundbuchmäßigem Vollzug im Vermögen des Käufers wiederfindet. Die Bewilligung der Vormerkung belastet das Vermögen des Verkäufers nicht. Die Belastung liegt vielmehr allein in der Übernahme der Auflassungsverpflichtung. Spiegelbildlich vermehrt allein der Auflassungsanspruch und nicht die auf dessen Sicherung beschränkte Vormerkung das Vermögen des Käufers. Die Vormerkung ist lediglich eine "Durchgangserscheinung" auf dem Weg vom schuldrechtlichen Anspruch zur Begründung des dinglichen Rechts und erlischt, sobald es zur Begründung des dinglichen Rechts kommt und der geschützte Anspruch durch Erfüllung untergeht. Sie ist als bloßes Sicherungsrecht keine Vorstufe der Auflassung und darum von dem zu erfüllenden Anspruch zu unterscheiden (BGHZ 34, 254, 258). Eine Vormerkung bewirkt lediglich die Sicherung der Erfüllbarkeit eines Anspruchs auf eine Verfügung über ein dingliches Recht, ohne die Erfüllung in irgendeiner Weise einzuleiten (Assmann, Die Vormerkung, 1998, S. 298). Sie zwingt den Verkäufer weder zur Auflassung, noch nimmt sie diesem irgendwelche Einwendungen oder Einreden gegen den Anspruch des Käufers auf Auflassung (Ass-

mann, aaO S. 315). Über die Sicherung der Erfüllbarkeit des Anspruchs auf das dingliche Recht hinausgehende Rechte verleiht die Vormerkung nicht (Assmann, aaO S. 316). Folgerichtig ist die Vormerkung nicht als selbständiger wirtschaftlicher Wert von dem Auflassungsanspruch getrennt übertragbar, sondern geht mit der Abtretung des durch sie gesicherten Auflassungsanspruchs gemäß § 401 BGB auf den Zessionar über (BGHZ 25, 16, 23; Staudinger/Gursky, BGB (2008) § 883 Rn. 344 m.w.N.).

12 bb) Nach dem Rücktritt der Beklagten vom Kaufvertrag mit der Schuldnerin ist die zu ihren Gunsten bewilligte Vormerkung erloschen, weil die durch sie gesicherte Forderung nicht mehr existiert (BGHZ 143, 175, 179 m.w.N.; 150, 138, 142). Mit dem Untergang des Auflassungsanspruchs wird das Grundbuch wegen der Akzessorietät der eingetragenen Vormerkung "unrichtig" im Sinne des § 894 BGB (BGHZ 60, 46, 50). Eine nichtige Vormerkung hat keinerlei dingliche Wirkung (BGHZ 150, 138, 145). Die Beklagten sind damit nur noch Buchberechtigte einer keinen Rechtsanspruch verkörpernden Vormerkung, die nicht mehr der Sicherung eines Erwerbsanspruchs dient und allenfalls eine formale Rechtsposition ausdrückt. Der inhaltsleeren Vormerkung kommt im Blick auf die formellen Bestimmungen des Grundbuchrechts ein reiner "Lästigkeitswert" zu: Eine zu Unrecht noch eingetragene, durch einen Rücktritt des Berechtigten vom Kaufvertrag erloschene Vormerkung kann grundsätzlich gemäß § 22 Abs. 1 GBO auch ohne Bewilligung des als vormerkungsberechtigt Eingetragenen gelöscht werden (vgl. Assmann, aaO S. 385). Dazu müsste der Nachweis des Erlöschens der Vormerkung durch den Untergang des vorgemerkten Anspruchs von dem Eigentümer gegenüber dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt werden (vgl. § 29 Abs. 1 GBO). Da der Kläger dazu nicht in der Lage ist, muss er den Klagweg beschreiten.

13 cc) Aus dem Fortbestand der Eintragung der materiell nicht mehr bestehenden Vormerkung können die Beklagten auch sonst keine Rechte herleiten. Die Vormerkung löst zugunsten der Beklagten gegenüber einem Dritterwerber weder außerhalb noch innerhalb des Insolvenzverfahrens Rechtswirkungen aus. Wäre der Kaufvertrag zwischen der T. GmbH und der Schuldnerin noch vor Insolvenzeröffnung vollzogen worden, könnten die Beklagten gegenüber dem Anspruch der Erwerberin aus § 894 BGB kein Zurückbehaltungsrecht erheben. Wegen des an die Schuldnerin gezahlten Kaufpreises könnten sie sich nicht auf § 404 BGB berufen (BGHZ 150, 138, 145, 147). Ebenso wäre die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Kläger als Insolvenzverwalter nach § 103 InsO die Erfüllung des Vertrages mit der T. GmbH gewählt hätte.

14 dd) Wie der Senat entschieden hat, ist eine Vereinbarung wegen Insolvenzzweckwidrigkeit nichtig, durch die der Insolvenzverwalter dem Inhaber einer nachrangigen, offensichtlich wertlosen Grundschuld für die Erteilung der Löschungsbewilligung eine über die verauslagten Löschungskosten hinausgehende, der teilweisen Durchsetzung der faktisch ungesicherten schuldrechtlichen Forderung gleichkommende Zahlung verspricht (BGH, Beschl. v. 20. März 2008 - IX ZR 68/06, ZIP 2008, 884 f. Rn. 6). Im Streitfall ist das bereits seiner Rechtsnatur nach wertlose grundbuchmäßige Recht der Beklagten sogar erloschen. Folglich wäre es erst recht insolvenzzweckwidrig, wenn der Kläger den Beklagten für die grundbuchmäßige Umsetzung des auf ihrer eigenen Rücktrittserklärung beruhenden unumkehrbaren Rechtsverlusts eine Vergütung in Höhe ihres ungesicherten Rückzahlungsanspruchs zusagen würde. Eine solchermaßen verbotene Vereinbarung kann auch nicht im Wege eines Rückabwicklungsverhältnisses erzwungen werden. Eine Erfüllungswahl, die offenkundig und für den Vertragsgegner erkennbar der Insolvenzmasse keinen Nutzen

bringen kann, wäre wegen Insolvenzzweckwidrigkeit unwirksam (BGHZ 150, 353, 360 ff; MünchKomm-InsO/Hefermehl, 2. Aufl. § 55 Rn. 107; Häsemeyer, Insolvenzrecht 4. Aufl. Rn. 14.09).

15 b) Der von dem Kläger verfolgte Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) steht überdies zu dem von den Beklagten erhobenen Kaufpreisrückzahlungsverlangen nicht in einem Synallagma. § 103 InsO betrifft nur gegenseitige Verträge im Sinne der §§ 320 ff BGB, bei denen Leistung und Gegenleistung synallagmatisch verknüpft sind. Damit sind Verträge gemeint, aus denen jeder Teil dem anderen Teil eine Leistung schuldet und bei denen jede Leistung deshalb geschuldet wird, weil die andere geschuldet wird (RGZ 147, 340, 342; MünchKomm-InsO/Huber, aaO § 103 Rn. 55; Nerlich/Römermann/Balthasar, InsO § 103 Rn. 8; Kepplinger, aaO S. 18 ff). Macht der Insolvenzverwalter einen nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis wurzelnden Anspruch geltend, ist § 103 InsO unanwendbar.

16 aa) Im Verhältnis zwischen dem Kaufpreisanspruch und dem Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung fehlt es an der erforderlichen synallagmatischen Verknüpfung. Die Vormerkung kann ihre auf die Vorleistung des Käufers gerichtete sichernde Wirkung gerade nur dann entfalten, wenn sie vor der Zahlung des Käufers eingetragen wird; ihr Bestand ist mithin von der Erfüllung des Kaufpreisanspruchs gänzlich unabhängig. Die Zahlung des Kaufpreises ist nicht Voraussetzung für die Eintragung einer Vormerkung, sondern umgekehrt die Eintragung einer Vormerkung Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs und damit seiner Erfüllung (vgl. Wolf in Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis 2. Aufl. Teil 2 Rn. 96 [S. 95]). Mit der Zahlung des Kaufpreises wird allein der die Vormerkung nicht berührende Zweck verfolgt, die Auflassung des Grundstücks herbeizuführen. Eine synallagmatische

Verbindung liegt folglich nur zwischen Kaufpreis und Eigentumsübertragungsanspruch vor.

17 bb) Ist der Übereignungsanspruch als Folge des Rücktritts entfallen, besteht zwischen einem Anspruch auf Kaufpreisrückerstattung und einem solchen auf Löschung der Vormerkung gleichfalls kein Gegenseitigkeitsverhältnis. Die Vormerkung sichert lediglich den Anspruch auf Erfüllung des Übereignungsanspruchs, auch in der Insolvenz, weil das vormerkungsgesicherte Recht gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO aus der Insolvenzmasse zu erfüllen ist. Fehlt es an einem sicherungsfähigen Eigentumsübertragungsanspruch, so sichert die Vormerkung nicht etwa den Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises nach Rücktritt von dem Kaufvertrag (BGHZ 150, 138, 143). Die gegenteilige Auffassung der Vordergerichte könnte nicht selten zu dem höchst unbefriedigenden Ergebnis führen, dass das Grundbuch auf Dauer unrichtig wird, weil der Verwalter angesichts des Kaufpreiserstattungsanspruchs von einer Durchsetzung seines Grundbuchberichtigungsanspruchs absieht (BGHZ 150, 138, 147). Diese Betrachtungsweise liefe nicht nur auf eine mit der eindeutigen Gesetzeslage unvereinbare Umwidmung der Sicherungsfunktion einer Vormerkung hinaus, sondern würde als weitere Folge eine der materiellen Rechtslage widersprechende formelle Rechtslage perpetuieren.

18 cc) Überdies stellt sich im hier gegebenen Fall, in dem der Kläger nach dem Rücktritt der Beklagten ein dinglich begründetes Recht der Insolvenzmasse geltend macht, die Rechtslage - wie schon eingangs unter 2. ausgeführt - bei wertender Betrachtung nicht entscheidend anders dar als bei einem von Anfang an nichtigen Vertrag (Schmitz, Die Bauinsolvenz 4. Aufl. Rn. 863; Volmer ZfIR 2002, 543; Blank MittBayNot 2005, 165, 166; a.A. OLG Stuttgart aaO S. 1089). In dieser Konstellation ist das aus § 273 BGB herzuleitende Zurückbehaltungs-

recht nach gefestigter Rechtsprechung, von der auch die Vorinstanzen ausgegangen sind, nicht insolvenzbeständig (BGHZ 150, 138, 145; BGH, Urt. v. 23. Mai 2003, aaO).

19 3. Auch aus § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO folgt kein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten.

20 a) Diese Vorschrift setzt einen Anspruch aus § 812 ff BGB gegen die Masse voraus, während eine schon vor Insolvenzeröffnung eingetretene Bereicherung des Schuldners lediglich eine Insolvenzforderung erzeugt (RGZ 94, 20, 25; Uhlenbruck/Berscheid, InsO 12. Aufl. § 55 Rn. 74; HK-InsO/Lohmann, aaO § 55 Rn. 26; Pape in Kübler/Prütting/Bork, § 55 Rn. 60). Soweit als Folge der pflichtwidrigen Weiterleitung des Kaufpreises in dem Eigentumserwerb der Schuldnerin an den Grundstücken eine ungerechtfertigte Bereicherung liegen sollte, wäre diese bereits bei der Schuldnerin und nicht erst bei der Masse eingetreten.

21 b) Aus dem Urteil vom 15. Dezember 1994 (IX ZR 252/93, NJW 1995, 1484, 1485) vermögen die Beklagten entgegen der nicht näher begründeten Auffassung des Berufungsgerichts nichts für sich herzuleiten. Zwar hat der Senat dort einer Bereicherungseinrede (§ 812 Abs. 2, § 813 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB) Wirkungen gegenüber der Masse zuerkannt. Der Senat hat aber wiederholt klargestellt, dass dieses Urteil eine besonders gelagerte Fallgestaltung betraf, in der sich die Abwehr einer ohne Rechtsgrund entstandenen Forderung auf den Wert der Masse nicht auswirkte, weil eine Forderung, der eine dauernde Einrede entgegensteht, von vornherein wertlos ist (vgl. BGHZ 150, 138, 147; 161, 241, 254 f).

22 4. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

23 a) Das Berufungsgericht weist darauf hin, der Kläger könne das Grundstück nur deshalb verwerten, weil die Schuldnerin dieses mit Mitteln der Beklagten zu Eigentum erworben habe. Zu erwägen könnte daher die Anwendung des Surrogationsgedankens sein. Dieser vermag ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten jedoch nicht zu begründen. Ein gesetzlich geregelter Fall der Surrogation liegt nicht vor (vgl. Ganter NZI 2008, 583 ff). Der Surrogationsgedanke stellt für sich allein keine tragfähige dogmatische Grundlage dar, um wirkliche oder vermeintliche Gesetzeslücken zu schließen (Ganter aaO S. 588).

24 b) Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hindert gleichfalls nicht die uneingeschränkte Geltendmachung des Rückgewähranspruchs. Die Vordergerichte haben es als unbillig erachtet, die Beklagten für ihren Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises auf eine Insolvenzforderung (§ 38 InsO) zu verweisen, obwohl die Grundstücke mit ihren Mitteln erworben wurden. Dieses Ergebnis beruht aber zum einen darauf, dass die Beklagten durch das - möglicherweise einen Schadensersatzanspruch nach § 19 BNotO auslösende - Handeln des Nebenintervenienten eine Vorleistung auf eine infolge der dinglichen Belastungen nicht vertragsgemäße Gegenleistung erbracht haben. Zum anderen ist dieses Ergebnis die Folge des von den Beklagten bereits vor Insolvenzeröffnung erklärten Rücktritts. Ohne dessen Ausübung hätten sie den Anspruch aus dem Kaufvertrag aufgrund der nachrangig zu den Belastungen eingetragenen Vormerkung auch in der Insolvenz der Schuldnerin noch durchsetzen können (§§ 883 BGB, 106 Abs. 1 Satz 1 InsO). Die Beklagten wären dann zumindest Eigentümer der durch die Rechtsmängel objektiv wohl nur geringfügig wertgeminderten Grundstücke geworden. Eine Einschränkung dinglich

begründeter Ansprüche der Insolvenzmasse ist nicht dadurch zu rechtfertigen, dass sich die Beklagten selbst um ihre Sicherung gebracht haben. Bei dieser durch das eigenverantwortliche Vorgehen der Beklagten geprägten Sachlage kann von einem für sie schlechthin untragbaren Ergebnis keine Rede sein (BGHZ 149, 326, 331; 150, 138, 144).

III.

25 Das angefochtene Urteil kann damit nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und die Sache nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat eine ersetzende Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Voraussetzungen eines Zurück-

behaltungsrechts der Beklagten sind nicht gegeben. Die Klage ist insgesamt begründet.

Ganter Kayser Gehrlein

Fischer Grupp

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 01.09.2006 - 318 O 43/06 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 01.03.2007 - 6 U 230/06 -