

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 335, 883

Verpflichtet sich jemand in einem echten Vertrag zugunsten Dritter zur Übereignung eines Grundstücks an einen vom Versprechensempfänger noch zu benennenden Dritten, dann ist nur der Anspruch des Versprechensempfängers (§ 335 BGB) auf Übereignung an den Dritten (nicht jedoch der Anspruch des noch unbestimmten Dritten) vormerkungsfähig.

BGH, Urt. v. 22. Dezember 1982 - V ZR 8/81 - OLG Köln

LG Bonn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 8/81

URTEIL

Verkündet am
22. Dezember 1982
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Ludger W [REDACTED] jun. als Konkursverwalter über das Vermögen
der Firma Peter L [REDACTED], Zentralheizungen, sanitäre Installa-
tionen, Apparatebau GmbH & Co. KG in S [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],
B [REDACTED] (Bad G [REDACTED]),

Beklagter, Widerkläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma B [REDACTED] G [REDACTED] B.V., W [REDACTED]straat [REDACTED] I [REDACTED]-V [REDACTED]
(Niederlande), vertreten durch ihren Direktor Joannes Petrus
Adrianus van C [REDACTED], K [REDACTED], I [REDACTED]-V [REDACTED]
(Niederlande),

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thumm und die Richter Prof. Dr. Hagen, Linden, Dr. Vogt und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 4. Dezember 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Firma Peter L. [REDACTED] GmbH & Co. KG (im folgenden: Gemeinschuldnerin) als frühere Eigentümerin von Grundbesitz in W. [REDACTED], machte darüber in notarieller Urkunde vom 7. Juli 1978 der Firma C. [REDACTED]-H. [REDACTED] GmbH (im folgenden: C. [REDACTED]) ein bis 6. August 1978 befristetes Angebot zum Abschluß eines Kaufvertrages, mit der Maßgabe, daß C. [REDACTED] kein eigenes Recht zur Vertragsannahme haben, sondern nur "als Treuhänder" berechtigt sein sollte, einen oder mehrere von ihr zu benennende Dritte als Käufer zu bestimmen. Gleichzeitig bewilligte die Gemeinschuldnerin "zu Lasten des Kaufobjekts die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs



auf Übertragung des Grundbesitzes auf den/die von dem Treuhänder zu benennenden Dritten (Dritte) für den Treuhänder". In der Urkunde bevollmächtigte sie u.a. den Bürovorsteher des Notars, "nach erfolgter Annahme des Kaufangebots die Auflassung bezüglich des Grundbesitzes zu erklären". Der Käufer sollte verpflichtet sein, über die Grundstücke gemäß einem gesondert abgegebenen Angebot einen Mietvertrag mit der veräußernden Firma abzuschließen.

In notarieller Urkunde vom 2. August 1978 benannte die C [REDACTED] "den zu 2 erschienenen Herrn ... R [REDACTED] als Vertreter der in Gründung befindlichen B [REDACTED] G [REDACTED] B.V. I [REDACTED]-Niederlande" als Käufer. Herr R [REDACTED] nahm "Vollmacht nachzureichen versprechend" das Kaufangebot vom 7. Juli 1978 als Vertreter der B [REDACTED] (jetzige Klägerin) an. Gleichzeitig erklärten die Beteiligten (die Gemeinschaftnerin vertreten durch den Bürovorsteher des Notars) die Auflassung der Grundstücke zugunsten der Klägerin und bewilligten die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch sowie die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch "zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumsverschaffung".

Nachdem das Grundbuchamt einen Antrag des Notars auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der in Gründung befindlichen Klägerin abgelehnt hatte, wurde am 6. September 1978 folgende Vormerkung im Grundbuch eingetragen:

"Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums. Mit Bezug auf die Bewilligung vom 7. Juli 1978 für C [REDACTED]-Bau Gesellschaft mit beschränkter Haftung, L [REDACTED], ..."

Am 7. September 1978 leitete der Notar den inzwischen bei ihm hinterlegten Kaufpreis in Höhe von 3 Millionen DM an die Gemeinschuldnerin weiter. Nachdem die Klägerin am 7. Februar 1979 im niederländischen Handelsregister eingetragen worden war, beantragte sie am 11. Mai 1979 die Eigentumsumschreibung im Grundbuch, u.a. unter Beifügung einer vom Vorstand der Klägerin unterzeichneten Vollmacht vom 12. Februar 1979.

Am 11. April 1979 war, nachdem die Gemeinschuldnerin Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens gestellt hatte, ein Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen worden. Später nahm sie diesen Antrag, bevor darüber entschieden worden war, zurück und stellte Konkursantrag. Am 15. Juni 1979 eröffnete das Amtsgericht Siegburg den Konkurs über das Vermögen der Gemeinschuldnerin. Der Beklagte ist Konkursverwalter.

Die Klägerin wurde am 14. Januar 1980 als Eigentümerin der Grundstücke im Grundbuch eingetragen.

Sie verlangt vom Beklagten Herausgabe der Grundstücke. Dieser hat den Eigentumserwerb der Klägerin nach der Konkursordnung angefochten und verlangt widerklagend Rückauflassung der Grundstücke.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Herausgabe der Grundstücke verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten blieb erfolglos.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag und sein Widerklagebegehren weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

A

Herausgabeklage

Das Berufungsgericht bejaht einen Herausgabeanspruch der Klägerin nach § 985 BGB.

I.

Ohne Erfolg bezweifelt die Revision nach dem bisherigen Streitstand einen rechtswirksamen Eigentumserwerb der Klägerin. Für sie streitet infolge ihrer Eintragung im Grundbuch die Rechtsvermutung des § 891 Abs. 1 BGB, die der Beklagte nicht widerlegt hat.

a) Zwar geht das Berufungsgericht selbst vom Eigentum der Klägerin aus, meint aber dann, die "endgültige Eigentumszuordnung" sei von der Wirksamkeit der am 6. September 1978 eingetragenen Vormerkung abhängig. Das trifft nicht zu, weil die Eigentumslage mit der Vormerkung nichts zu tun hat. Daß die Klägerin erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens im Grundbuch eingetragen wurde, stellt die Vermutungswirkung des § 891 BGB nicht in Frage. Die Klägerin kann nach § 15 Satz 2 KO in Verbindung mit § 878 BGB auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam Eigentum erworben haben. Sie hatte unter Vorlage der notariell beurkundeten Auflassung (§ 873 Abs. 2 BGB) vor Konkurseröffnung am 11. Mai 1979 den entsprechenden Umschreibungsantrag gestellt. Der Beklagte hat nicht einmal dargelegt, daß die Voraussetzungen des § 878 BGB fehlten (vgl. auch Beschluß des Oberlandesgerichts Köln vom

3. Dezember 1979 Az. 2 Wx 148/79 in der Grundbuchsache, die zur Eintragung der Klägerin geführt hat, Grundakten Blatt 180 ff). Es ist deshalb unverständlich, woraus das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang entnimmt (BU 12), "die Vorschriften der §§ 878, 892, 893 BGB" lägen "offensichtlich zugunsten der Klägerin nicht vor".

b) Ohne Bedeutung ist, daß die Klägerin die Eigentumsumschreibung erst beantragte, nachdem seit 11. April 1979 aufgrund des Vergleichsverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin ein Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen war. Der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens wurde noch vor einer Entscheidung hierüber zurückgenommen; dadurch wurde das Verfahren beendet (Bley/Mohrbutter, VerglO 4. Aufl. § 102 Rdn. 4; § 99 Rdn. 1; § 15 Rdn. 3). Das Veräußerungsverbot verlor damit seine Wirksamkeit (vgl. Böhle-Stamschräder/Kilger, VerglO 10. Aufl. § 103 Anm. 1; Jaeger/Weber, KO 8. Aufl. § 106 Rdn. 15). Ein neues Veräußerungsverbot nach § 106 Abs. 1 Satz 3 KO wurde erst erlassen, nachdem die Klägerin den Umschreibungsantrag gestellt hatte. Die im Vergleichsverfahren angeordnete Verfügungsbeschränkung der Gemeinschuldnerin wirkte nicht weiter. § 103 VerglO ist hier nicht anwendbar, weil der nach Beendigung des Vergleichsverfahrens angeordnete Konkurs kein Anschlußkonkurs ist. § 102 VerglO zählt die Fälle des Anschlußkonkurses erschöpfend auf (vgl. BGHZ 59, 356, 358 m.w.N.); eine entsprechende Anwendung von § 103 VerglO scheidet aus (Jaeger/Weber, KO aaO; vgl. auch BGHZ 59, 356, 358, 361 für den Fall von § 106 VerglO).

c) Daß es sich bei der eingetragenen Klägerin nunmehr um eine rechtsfähige juristische Person des niederländischen Rechts handelt, zieht auch der Beklagte nicht in

Zweifel. Soweit die Revision den Eigentumserwerb der Klägerin wegen angeblich fehlender Vollmacht des bei der Auflassung handelnden Herrn R. in Frage stellt, ist dies im vorliegenden Zusammenhang schon deshalb ohne Auswirkung, weil es Sache des Beklagten ist, die Rechtsvermutung des § 891 BGB zu widerlegen und in diesem Zusammenhang den vollen Beweis auch dafür zu erbringen, daß ein Vertreter ohne Vollmacht gehandelt hat (vgl. Senatsurteil vom 16. November 1979, V ZR 93/77, NJW 1980, 1047, 1048). Zu Recht verweist die Revisionserwiderung darauf, daß die Klägerin in den Tatsacheninstanzen immer behauptet hatte, Rozemeijer sei am 2. August 1978 wirksam bevollmächtigt gewesen (vgl. GA Blatt 177/178) und habe für die damals in Gründung befindliche Klägerin gehandelt. Das Gegenteil hat der Beklagte nicht unter Beweis gestellt.

II.

Der Beklagte könnte dem Herausgabeverlangen der Klägerin grundsätzlich allerdings einen Rückgewähranspruch nach § 37 Abs. 1 KO entgegensetzen, wenn er deren Eigentumserwerb wirksam nach §§ 42, 30 KO angefochten hätte. Ein solches Anfechtungsrecht kommt nach § 42 KO auch für die Fälle des Rechtserwerbs nach § 15 Satz 2 KO i.V. mit § 878 BGB in Betracht (RGZ 81, 424, 427; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO 13. Aufl. § 42 Anm. 2; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO 9. Aufl. § 42 Rdn. 1). Beim Eigentumserwerb an einem Grundstück, der die Eintragung im Grundbuch voraussetzt, bestimmt diese Eintragung den Zeitpunkt, in dem das Rechtsgeschäft im Sinne des Anfechtungsrechts als vorgenommen gilt (BGHZ 41, 17, 18 ff). Das Berufungsgericht hat zum

Anfechtungsrecht des Beklagten - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine tatsächlichen Feststellungen getroffen (von wirksamer Anfechtung ist daher auszugehen), weil es annimmt, daß die - nicht angefochtene - am 6. September 1978 eingetragene Vormerkung den Übereignungsanspruch der Klägerin konkursfest sichert (§ 24 KO).

1. Unstreitig hat der Beklagte weder die Vormerkung als solche noch den etwaigen durch sie gesicherten Anspruch wirksam angefochten. Wäre die Klägerin durch die Vormerkung gesichert, dann könnte sie damit die Anfechtung des Eigentumserwerbs abwehren; denn der Beklagte könnte nicht Rückgewähr des Eigentums nach § 37 KO verlangen, wenn er nach §§ 39, 24 KO gleichzeitig verpflichtet wäre, das Grundstück der Klägerin zu übereignen (vgl. § 242 BGB).

2. a) Das Berufungsgericht führt aus, die Vormerkung sei nach ihrem Wortlaut zwar nicht für die Klägerin, sondern für die C■■■■ eingetragen, die Klägerin sei aber vormerkungsbegünstigt und habe auf der Grundlage eines echten Vertrages zugunsten Dritter ein eigenes Forderungsrecht (§ 328 Abs. 1 BGB). In einem solchen Falle könne nicht nur der Anspruch des Versprechensempfängers (§ 335 BGB), sondern auch der für den Dritten unmittelbar begründete Anspruch auf Einräumung des Rechts durch Vormerkung gesichert werden. Da die C■■■■ kein eigenes Recht zur Annahme des Vertragsangebots gehabt habe, sei die Vormerkungsbewilligung im Angebot so zu verstehen, daß der spätere Käufer - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - unmittelbar eine Sicherung erhalten sollte. Zum gleichen Ergebnis führe auch ein durch die Vormerkung gesicherter Anspruch der

C■■■■ gegenüber der Gemeinschuldnerin auf Verschaffung des Grundeigentums an einen noch zu benennenden Dritten, den das Berufungsgericht durch Auslegung bejaht.

b) Gegen diese Ausführungen bestehen durchgreifende Bedenken.

Soweit das Berufungsgericht versucht, die Sicherungswirkung der eingetragenen Vormerkung generell auf die Klägerin auszudehnen, unterscheidet es nicht genügend nach Gläubiger und Anspruchsinhalt. Vorgemerkt ist nach dem eindeutigen Wortlaut der Grundbucheintragung und der in Bezug genommenen Bewilligung ein "Anspruch auf Übertragung des Grundbesitzes auf den/die von dem Treuhänder zu benennenden Dritten (Dritte) für den Treuhänder". Vormerkungsinhaber ist mithin die C■■■■ als Treuhänderin, gesichert ihr Anspruch auf Eigentumsübertragung an die Klägerin. Die Überlegungen des Berufungsgerichts von einer gewollten "unmittelbaren Sicherung der Klägerin" übersehen, daß die Klägerin nicht Vormerkungsgläubigerin ist und auch ihr eigener Anspruch nach dem Grundbuchwortlaut nicht gesichert ist. Demgemäß wurde schon im Vertragsangebot in § 4 Ziff. 2 die Eintragung einer gesonderten Vormerkung "für den bzw. die von dem Treuhänder zu benennenden Dritten (Dritte) nach dessen (deren) Annahme des Kaufangebotes" bewilligt. Diese Vormerkung wurde jedoch nicht eingetragen. Ein eigener Anspruch der Klägerin wäre im Zeitpunkt der Bewilligung auch nicht vormerkbar gewesen, weil die Vormerkung für einen erst noch zu bestimmenden Dritten am Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchs hätte scheitern müssen. Vormerkbar ist in einem solchen Fall immer nur der Anspruch des Versprechensempfängers auf Leistung an den von ihm zu bestimmenden

Dritten (BGB-RGRK 12. Aufl. § 883 Rdn. 41 und 42; Erman/Hagen, BGB 7. Aufl. § 883 Rdn. 15; MünchKomm/Wacke, § 883 Rdn. 20; Palandt/Bassenge, BGB 41. Aufl. § 883 Anm. 2 c; Soergel/Baur, BGB 11. Aufl. § 883 Rdn. 14; Staudinger/Seufert, BGB 11. Aufl. § 883 Rdn. 16 und 28; Holch, JZ 1958, 724, 725; OLG Schleswig, DNotZ 1957, 661 mit Anm. von Hieber ebenda S. 662, 663; OLG Hamm, MDR 1953, 41). Nichts anderes folgt aus den Entscheidungen des Reichsgerichts (RGZ 128, 246, 250) und des Senats (BGHZ 28, 99, 103/104). Es kommt deshalb hier nicht mehr darauf an, ob die Klägerin gegen die Gemeinschuldnerin einen eigenen Anspruch auf Übereignung des streitigen Grundbesitzes erwarb; denn ein solcher Anspruch ist jedenfalls nicht vorgemerkt.

c) Das Berufungsgericht entnimmt allerdings den notariellen Urkunden vom 7. Juli 1978 und vom 2. August 1978 und der "nachträglichen Genehmigung bzw. Neuvernahme" durch Auslegung einen echten Vertrag zugunsten Dritter und folgert daraus auch - im Rahmen einer Hilfsbegründung (BU 20 ff) - auf einen Anspruch der C [REDACTED] gegenüber der Gemeinschuldnerin auf Übereignung der Grundstücke an die Klägerin (§ 335 BGB). Diese tatrichterlichen Feststellungen greift die Revision nicht an.

Dieser Vertrag bedurfte aber der Form des § 313 BGB. Das Berufungsgericht verneint dies, stellt dabei aber fehlerhaft nur darauf ab, daß sich die C [REDACTED] weder zur Veräußerung noch zum Erwerb eines Grundstücks verpflichtet habe. Übersehen ist dabei jedoch, daß sich nach der Auslegung des Berufungsgerichts die Gemeinschuldnerin vertraglich zur Veräußerung von Grundeigentum an einen noch zu bestimmenden Dritten verpflichtete und die entsprechende Vereinbarung

deshalb notarieller Beurkundung bedurfte (allgemeine Meinung vgl. BGB-RGRK 12. Aufl. § 313 Rdn. 20; Erman/Battes, BGB 7. Aufl. § 313 Rdn. 4; MünchKomm/Kanzleiter, BGB § 313 Rdn. 31 m.w.N.; vgl. auch BGH Urteil vom 1. Juli 1970, IV ZR 1178/68, NJW 1970, 1915, 1916). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß ein etwaiges Angebot der Gemeinschuldnerin auf Abschluß eines Vertrages mit der C■■■■ formgültig (etwa am 2. August 1978) angenommen wurde.

Die vom Berufungsgericht hilfsweise erwogene Heilung des Formmangels "durch Eintragung der Klägerin im Grundbuch" kann aus den nachfolgend unter 3 b erörterten Gründen nicht zur Entstehung einer Vormerkung vor Konkurseröffnung geführt haben.

3. Nach zutreffender Auffassung des Berufungsgerichts setzt die Entstehung einer Vormerkung auch einen rechtswirksamen Kaufvertrag über die streitigen Grundstücke zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin voraus, insbesondere eine fristgerechte Annahme des Vertragsangebots.

a) Das Berufungsgericht unterstellt offenbar, daß R■■■■ für die in Gründung befindliche Klägerin am 2. August 1978 ohne wirksame Vollmacht handelte (BU S. 17). Es betrachtet die nachgereichte Vollmacht vom 12. Februar 1979 als Genehmigung, die aber im vorliegenden Fall nicht auf den Zeitpunkt der Annahmeerklärung zurückwirke (Hinweis auf das Senatsurteil vom 13. Juli 1973, V ZR 16/73, NJW 1973, 1789). Aus der Tatsache, daß die Gemeinschuldnerin gegen die erst am 6. September 1978 eingetragene Vormerkung keinen Widerspruch erhob und den am 7. September 1978 erhaltenen Kaufpreis entgegennahm und behielt, folgert das Berufungsgericht, die Gemeinschuldnerin sei mit einer

stillschweigenden Verlängerung oder Aufhebung der Annahmefrist einverstanden gewesen. Jedenfalls liege in der am 12. Februar 1979 erteilten Vollmacht ein erneutes Vertragsangebot der Klägerin, das die Gemeinschuldnerin stillschweigend angenommen habe. Der sowohl im Hinblick auf die Fristverlängerung als auch im Hinblick auf den Neuabschluß des Kaufvertrags bestehende Formmangel (§ 313 BGB) sei durch die Eintragung der Klägerin am 14. Januar 1980 geheilt worden.

b) Auch das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

Das Vertragsangebot der Gemeinschuldnerin erlosch mit Ablauf des 6. August 1978, falls es nicht bis dahin angenommen worden war. Es ist schon nicht ersichtlich, wie das Berufungsgericht aus Tatsachen nach dem 6. August 1978 (widerspruchslose Hinnahme der Vormerkung und Behalten des Kaufpreises) auf eine Fristverlängerung schließen kann. Die erwähnten Umstände können allenfalls auf eine neue Fristvereinbarung und damit auf eine Erneuerung der Verpflichtung zur Grundstücksübereignung hindeuten (vgl. auch Senatsurteil vom 12. Dezember 1962, V ZR 111/61, WM 1963, 407, 408). Daraus folgt - was das Berufungsgericht auch nicht erkennt - ohne weiteres auch die Formbedürftigkeit dieser Vereinbarungen zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin.

Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht im vorliegenden Fall von einer Heilung des Formmangels aus. Es übersieht, daß es im vorliegenden Fall darum geht, ob vor der Konkurseröffnung wirksam eine Vormerkung entstanden war. Erst nach der Konkurseröffnung wurde die Klägerin im Grund-

buch eingetragen. Frühestens damit konnte § 313 Satz 2 BGB eingreifen. Die Heilung des Formmangels wirkt jedoch nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück, vielmehr "wird" der schuldrechtliche Vertrag mit Auflassung und Eintragung im Grundbuch - d.h. in dem Zeitpunkt, in dem beide Voraussetzungen erfüllt sind - wirksam. Das hat zur Folge, daß auch die Vormerkungswirkung erst im Zeitpunkt der Heilung eintritt, weil der formnichtige Vertrag auch nicht etwa einen künftigen Anspruch im Sinne von § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet (BGHZ 54, 57, 63 ff). An dieser Auflassung hält der Senat gegen die Kritik von Lücke (JuS 1971, 341, 343) fest.

§ 313 Satz 2 BGB verlangt auch eine Auflassung. Inso- weit hebt das Berufungsgericht - ohne dies allerdings aus- drücklich zu erwähnen - wohl auf die Auflassung vom 2. August 1978 ab. Eine Auflassung heilt zwar auch dann, wenn sie nicht nach den schuldrechtlich getroffenen Ver- einbarungen, sondern gleichzeitig mit deren Abschluß er- klärt wird (Senatsurteil vom 17. März 1978, V ZR 217/75, NJW 1978, 1577). So kann die vor formunwirksamen Absprachen erklärte Auflassung aber nicht wirken, weil sie nicht in Erfüllung der formnichtigen Vereinbarungen erfolgt sein kann (vgl. Senatsurteil vom 5. Mai 1972, V ZR 63/70, NJW 1972, 1364, 1366; Erman/Battes, BGB 7. Aufl. § 313 Rdn. 76; Staudinger/Wufka, BGB 12. Aufl. § 313 Rdn. 221).

III.

Eine abschließende Entscheidung kann der Senat nicht treffen, weil weitere tatrichterliche Feststellungen er- forderlich sind (vgl. oben II, 2 c). Zu Recht verweist die Klägerin u.a. auch darauf, daß sie im Berufungsrechtszug mit

Beweisangebot behauptet hatte, R [REDACTED] sei auch schon am 2. August 1978 bevollmächtigt gewesen, für die in Gründung befindliche Klägerin zu handeln (GA Blatt 177/178), und die Urkunde vom 12. Februar 1979 habe nur die schon am 2. August 1978 vorhandene Vollmacht bestätigen sollen; die Klägerin im Gründungsstadium habe nach niederländischem Recht auch damals schon Träger von Rechten und Pflichten sein können (GA Bl. 172

Unter dem Gesichtspunkt eines Herausgabeanspruchs der Klägerin nach § 556 Abs. 1 BGB ergibt sich kein Unterschied. Auch für diesen Anspruch ist erheblich, ob ihn der Beklagte mit einem Rückgewähranspruch (§ 37 KO) abwehren kann.

B

Widerklage

Das Berufungsgericht hält die Widerklage auf Rückübergabe der streitigen Grundstücke für unbegründet. Auf der Grundlage der Ausführungen zur Klage ist dies zwar folgerichtig, hält aber den Revisionsangriffen aus den oben unter A dargelegten Gründen ebenfalls nicht stand. Der auf § 37 KO gestützte Widerklageantrag ist unbegründet, wenn im Zeitpunkt der Konkurseröffnung eine wirksame Vormerkung bestand, die den Beklagten nun daran hindert, den

Eigentumserwerb der Klägerin anzufechten (§ 39 KO;
§ 242 BGB). Dazu sind noch weitere tatrichterliche Fest-
stellungen nach den Ausführungen oben unter A III er-
forderlich.

Dr. Thumm

Vogt

Hagen

Räfle

Linden