



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 401/99

Verkündet am:
20. Dezember 2001
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 987 Abs. 2, 313, 812, 818 Abs. 4

KO §§ 17, 21, 55 Satz 1 Nr. 1

Wer eine Eigentumswohnung auf Grund eines formnichtigen Kaufvertrages als Käufer besitzt, schuldet jedenfalls ab Rechtshängigkeit Nutzungsersatz, wenn über das Vermögen des Verkäufers das Konkursverfahren eröffnet wurde; eine Aufrechnung mit Gegenansprüchen, die auf vorkonkurslichen Kaufpreiszahlungen des Käufers beruhen, ist ausgeschlossen.

BGH, Urteil vom 20. Dezember 2001 - IX ZR 401/99 - OLG Celle

LG Hannover

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Stodolkowitz, Kirchhof, Dr. Fischer und Raebel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Grundurteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 15. Oktober 1999 - berichtigt durch Beschluß vom 1. Dezember 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 30. August 1994 kaufte der Beklagte eine im Bau befindliche Eigentumswohnung für 398.446 DM; der Kaufpreis sollte gemäß Baufortschritt fällig werden. Nach III Abs. 2 des Vertrages sollte der Kaufgegenstand auf der Grundlage der Baubeschreibung sowie der Bauzeichnungen erstellt werden; diese sind nicht mit beurkundet worden. Zugunsten des Beklagten wurde eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

Am 11. März 1997 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der W. eröffnet. Zu dieser Zeit waren die Wohnungen noch nicht fertiggestellt. Der Beklagte hatte im Zusammenhang mit dem Wohnungserwerb - auch für Sonderleistungen - vor Konkurseröffnung insgesamt 420.563,56 DM gezahlt, davon nach der Behauptung des Klägers 20.000 DM als Schwarzgeld. Der Beklagte hat zu der von ihm gekauften Wohnung einen Schlüssel, nutzt das Objekt aber nicht.

Mit der Klage verlangt der Kläger für Zeiträume nach Konkurseröffnung die Zahlung von 16.106,87 DM in erster Linie als Erstattung anteiliger Mietnebenkosten (1.385,68 DM) sowie als Nutzungsentschädigung (14.721,19 DM), hilfsweise als Ersatz von Zinsschäden. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat den Anspruch des Klägers auf Ersatz der Nebenkosten ab 12. Mai 1997 und auf Nutzungsentschädigung ab 4. April 1998 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

A.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Klage sei gemäß §§ 987 Abs. 2, 990 BGB dem Grunde nach gerechtfertigt. Der zwischen der W. und

dem Beklagten geschlossene Kaufvertrag sei nichtig. Das Beurkundungserfordernis nach Maßgabe von § 313 BGB erfasse auch diejenigen Vereinbarungen, die den Inhalt und den Umfang der Leistung beschreiben und konkretisieren. Ergebe sich der Inhalt und Umfang der Pflichten einer Partei aus einer Baubeschreibung, einem Bauplan oder einer Teilungserklärung, so gelte das Formerfordernis des § 313 BGB auch für diese. Der zwischen der W. und dem Beklagten abgeschlossene Kaufvertrag enthalte keine Beschreibung der von der Verkäuferin zu erbringenden Bauleistungen und auch keine zeichnerische Darstellung der Bauanlage mit Grundrissen. Über die Ausstattung der Wohnung sei gar nichts gesagt. Die Ermittlung der jeweiligen vertraglich geschuldeten Leistung sei auch nicht auf andere Weise gesichert, weil die Wohnungen zum Zeitpunkt der Beurkundung - und auf diesen komme es an - noch nicht fertiggestellt gewesen seien. Bei Abschluß des Kaufvertrages seien noch nicht einmal die Erdarbeiten beendet gewesen.

Der Beklagte könne seine Zahlungen an die W. in einer Größenordnung von etwa 400.000 DM nicht erfolgreich dem Kläger als Konkursverwalter entgegenhalten. Die bereicherungsrechtliche Saldotheorie sei hier nicht anwendbar, weil sie im Widerstreit zu abweichenden konkursrechtlichen Wertungen stünde. Der fragliche Kaufvertrag sei nicht im Hinblick auf die eingetragene Vormerkung "konkursfest", weil sie der Durchsetzung eines nicht bestehenden Erfüllungsanspruchs diene und deshalb auch selbst nicht entstanden sei. Der Beklagte könne deshalb im Konkurs nicht besser gestellt werden als ein Käufer, der einen zwar wirksamen, aber § 17 KO ohne Vormerkungsschutz unterliegenden Kaufvertrag geschlossen habe. Er könne deshalb die Durchsetzung der Rückabwicklungsansprüche der Konkursmasse nicht von der Rückzahlung seines Kaufpreises abhängig machen.

Der Beklagte sei auch Besitzer der gekauften Wohnung, weil er über einen Schlüssel dazu verfüge. Die Tatsache, daß er die Räume nicht selbst bewohne und auch nicht vermiete, ändere daran nichts, weil der Konkursverwalter ihm nicht den Besitz entziehen könne, ohne verbotene Eigenmacht zu begehen. Die Frage, ob und in welchem Umfang die Wohnung vermietbar sei, werde nach Rechtskraft des Grundurteils durch ein Sachverständigengutachten zu klären sein. Ein Grundurteil sei zulässig, weil eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, daß jedenfalls ein gewisser Mindestbetrag übrigbleibe.

Ein Zurückbehaltungsrecht am Kaufpreis nach § 273 BGB stehe dem Beklagten nicht zu, weil es im Konkurs erlösche. Darüber hinaus würde - folge man der gegenteiligen Rechtsansicht des Beklagten - Eigentum und Besitz auf Dauer auseinanderfallen und das Grundbuch auf Dauer unrichtig werden, weil der Konkursverwalter mangels Masse den Kaufpreis nicht zurückzahlen könne.

B.

Demgegenüber rügt die Revision:

Im vorliegenden Fall sei nicht von einer Nichtigkeit des Kaufvertrages auszugehen, weil die verkaufte Wohnungseigentumsanlage inzwischen weitgehend fertiggestellt und jedenfalls teilweise bewohnt sei. Unklarheiten hinsichtlich der geschuldeten Ausstattung der Wohnungen seien deshalb nicht (mehr) zu erwarten.

Im übrigen sei entscheidend, daß die Konkursmasse zur Rückzahlung des erhaltenen Kaufpreises nicht in der Lage sei. Dies führe im allgemeinen dazu, daß ein formnichtiger Grundstückskaufvertrag dennoch als rechtsgültig behandelt werden müsse, weil die Verweisung des Käufers auf die Nichtigkeitsfolgen sonst zu einem für ihn unzumutbaren Ergebnis führen würde.

Mindestens seien die bereicherungsrechtlichen Gegenforderungen des Beklagten zu berücksichtigen, weil der Kläger selbst nur einen vorkonkurslichen Bereicherungsanspruch geltend mache. Es fehle an einer Vindikationslage im Sinne von § 987 ff BGB, weil der Kläger nicht die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Herausgabe der Wohnung angeboten habe. Dies gebiete jedoch die bereicherungsrechtliche Saldotheorie, die auch im Konkurs anzuwenden sei.

C.

Der Kläger kann dem Grunde nach vom Beklagten Nutzungersatz jedenfalls ab 4. April 1998 - dem Tag nach Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage - gemäß § 987 Abs. 2 BGB verlangen.

I.

1. Der Kläger handelt für die Gemeinschuldnerin als Eigentümerin der vom Beklagten gekauften Eigentumswohnung. Der Beklagte ist im Sinne von §§ 985, 854 BGB Besitzer der Wohnung: Er hält unstreitig einen Wohnungsschlüssel in Besitz, den er trotz Aufforderung nicht an den Kläger herausgege-

ben hat, und er hat die Wohnung auf eigene Rechnung um- und ausbauen lassen. Auf eine förmliche Besitzübernahme kommt es insoweit aus Rechtsgründen nicht an.

Der Beklagte vermag dem hier geltend gemachten Anspruch auch kein Besitzrecht (§ 986 BGB) entgegenzusetzen.

a) Der Kaufvertrag, den der Beklagte am 30. August 1994 mit der W. geschlossen hat, gewährt kein Recht zum Besitz (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB), weil er wegen einer nicht dem § 313 Satz 1 BGB entsprechenden Beurkundung nach § 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 Vertrags-elementen (BGHZ 63, 359, 361 f; BGH, Ur. 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 soll auf der Grundlage der Baubeschreibung nebst Bauzeichnung erstellt werden. Diese haben dem Käufer vorgelegen, sind von ihm geprüft und inhaltlich akzeptiert" [Bl. 29 Bd. I GA]. Baubeschreibung und Bauzeichnung 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.

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 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 ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend, 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 aufgrund des Kaufvertrags. 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; eine etwaige Eintragung infolge eines Erwerbs in der Zwangsversteigerung genügt im vorliegenden Zusammenhang nicht.

b) Der Beklagte darf die Herausgabe auch nicht insgesamt - unabhängig vom Konkurs des Verkäufers (hierzu s.u. IV) - gemäß § 242 BGB verweigern.

Erstmals mit der Revision macht er geltend, die Verweisung auf die Nichtigkeitsfolgen führe zu einem für ihn unzumutbaren Ergebnis, weil der Klä-

ger als Konkursverwalter zur Rückzahlung des erhaltenen Kaufpreises nicht in der Lage sei. Mit solchen Erwägungen läßt sich aber nicht ein Recht zum Besitz im Sinne von § 986 BGB begründen, das allgemein jede Vindikationslage ausschließt.

aa) Allerdings hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß auch ein formfehlerhafter Erwerbsvertrag ein Recht zum Besitz gegenüber einem Herausgabeverlangen verschaffen kann, sofern die Berufung auf den Formmangel gegen Treu und Glauben verstößt (Urt. v. 1. Juli 1966 - V ZR 167/65, WM 1966, 1086, 1088). Für eine Anwendung des § 242 BGB fehlen jedoch im vorliegenden Fall die Voraussetzungen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist grundsätzlich die Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften unerläßlich; im allgemeinen kann über Formmängel nicht hinweggesehen werden. Eine Ausnahme kommt nicht schon in Betracht, wenn die Unwirksamkeit des Vertrages zu einem harten Ergebnis für den anderen Vertragsteil führt; das Ergebnis muß vielmehr schlechthin untragbar sein (BGH, Urt. v. 25. September 1957 - V ZR 188/55, LM § 313 BGB Nr. 13; v. 18. Oktober 1974 - V ZR 17/73, WM 1974, 1223 f; v. 10. Juni 1977 - V ZR 99/75, DNotZ 1978, 37, 38 f; v. 19. Januar 1979 - I ZR 172/76, DNotZ 1979, 332, 334 f). Dies ist angenommen worden, wenn entweder die wirtschaftliche Existenz des einen Vertragsteils durch die Nichtigkeit des Vertrages gefährdet worden wäre (BGHZ 16, 334, 338; 23, 249, 254 ff; Mattern WM 1972, 670, 677 f), oder in den Fällen einer besonders schweren Treuepflichtverletzung des anderen Teils (BGHZ 29, 6, 12; 48, 396, 398 f; 85, 315, 319). Für das Vorliegen einer dieser beiden Fallgruppen ist hier nichts dargetan. Trotz des Umstandes, daß der Beklagte auf den im notariellen Vertrag vereinbarten Kaufpreis und zur Erfüllung von Sonderwünschen außerhalb des Vertrages insgesamt rund 400.000 DM gezahlt hat, ist nach dem vorgetra-

genen Sach- und Streitstand nichts dafür ersichtlich, daß der Beklagte ernsthaft in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet wäre, wenn er weder den bereits gezahlten Kaufpreisanteil zurückerhielte noch Eigentümer der Wohnung würde. Zu vermuten ist eine Existenzgefährdung, entgegen der Auffassung der Revision, nach der Lebenserfahrung nicht; vielmehr entscheiden über diese Voraussetzung die wirtschaftlichen Verhältnisse des Käufers in jedem Einzelfall. Im vorliegenden Fall nutzt der Beklagte die Wohnung nicht selbst. Aus welchen Mitteln er den Kaufpreis aufgebracht hat, ist nicht vorgetragen. Für eine wie auch immer geartete Treuepflichtverletzung der Gemeinschuldnerin oder des Konkursverwalters ist erst recht nichts ersichtlich: den Beurkundungsfehler haben nicht sie, sondern der beurkundende Notar zu verantworten.

Ohne solche besonderen Umstände handelt der Verkäufer, der die Rückabwicklung des Kaufvertrages fordert, auch dann nicht treuwidrig, wenn er den von ihm empfangenen Kaufpreis verbraucht hat und seinerseits zur Rückzahlung nicht in der Lage ist. Dies gehört vielmehr zum normalen Risiko, das jeden an einem formnichtigen Vertrag Beteiligten treffen kann. Ihm läßt sich durchweg durch ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB oder eine Abwicklung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen begegnen (s.u. II). Nur in einem Einzelfall hat der Bundesgerichtshof (Urt. v. 19. Dezember 1956 - V ZR 197/55, n.v.) es unter den dort gegebenen, besonderen Umständen für einen Einwand gemäß § 242 BGB genügen lassen, daß der Verkäufer den Kaufpreis erhalten und verbraucht hatte und zur Rückzahlung nicht mehr in der Lage war. Dies ist jedoch nicht verallgemeinerungsfähig.

bb) Sogar wenn ein Herausgabeverlangen selbst im Hinblick auf § 242 BGB nicht durchzusetzen wäre, schließt das nicht ohne weiteres die Wirkungen der §§ 987 ff BGB aus. Vielmehr müßten auch dann die Folgen der Verwendungen und des Nutzungsersatzes sachgerecht geregelt werden (vgl. BGH, Urt. v. 2. Oktober 1970 - V ZR 125/68, WM 1970, 1366, 1367). Im vorliegenden Fall fordert der Kläger ein Entgelt dafür, daß die Gemeinschuldnerin dem Beklagten den Besitz an der fraglichen Eigentumswohnung überlassen hat. Aus der Konkursmasse fließt insoweit monatlich eine Vorleistung, für die der Beklagte eine selbständige Gegenleistung erbringen soll. Letzteres verstößt für sich nicht gegen Treu und Glauben. Statt dessen will der Beklagte dem Verlangen des Konkursverwalters im Ergebnis Zahlungen entgegenhalten, die der Beklagte vor Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner erbracht hat. Ein solches Begehren mag allgemein mit einer Aufrechnung gemäß § 387 BGB durchzusetzen sein. Wenn das wegen der Besonderheiten des Konkursverfahrens nicht durchzusetzen ist (s.u. II), kann dies allein nicht zu einer Anwendung des § 242 BGB führen.

c) Die früheren Kaufpreiszahlungen des Beklagten stehen dem hier geltend gemachten Anspruch des Klägers auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Leistungsverweigerungsrechts entgegen. Zwar hat der Bundesgerichtshof wiederholt angenommen (Urt. v. 1. Juli 1966 - V ZR 167/65, aaO S. 1087 f; v. 2. Oktober 1970 - V ZR 125/68, aaO), ein Zurückbehaltungsrecht könne ein Recht zum Besitz im Sinne von § 986 BGB begründen, allerdings mit der Einschränkung, daß es nicht zur Klageabweisung, sondern lediglich zur Zug-um-Zug-Verurteilung führe (BGH, Urt. v. 25. September 1985 - VIII ZR 270/84, WM 1985, 1421, 1422).

Jedoch schließt ein auf § 273 Abs. 1 BGB begründetes Recht zum Besitz die Anwendbarkeit gerade der hier entscheidungserheblichen §§ 987 ff BGB nicht allgemein aus. Vielmehr kann und muß auch beim rechtmäßigen Besitzer ergänzend auf eine Anwendung dieser Vorschriften zurückgegriffen werden, soweit das Rechtsverhältnis, welches das Besitzrecht begründet, eine Regelung der Ansprüche auf Nutzungsherausgabe und Verwendungsersatz nicht enthält (BGH, Urt. v. 2. Oktober 1970 - V ZR 125/68, aaO; v. 14. Juli 1995 - V ZR 45/94, NJW 1995, 2627, 2628 unter 6.).

Davon ist hier ebenfalls auszugehen: Der von Anfang an nichtige Kaufvertrag war - ohne eine neue Beurkundung - gescheitert. Das dadurch entstandene Rückabwicklungsschuldverhältnis regelt den Nutzungsersatz jedenfalls nicht in einer dem Beklagten günstigeren Weise (§ 818 Abs. 4 BGB) als § 987 BGB.

2. Für die Frage, ob dem Kläger Nutzungsersatz zusteht, kommt es weiter nicht darauf an, ob der Beklagte die Wohnung tatsächlich selbst bewohnt oder an Dritte vermietet hat. Gemäß § 987 Abs. 2 BGB hat der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit dem Eigentümer auch Nutzungen zu ersetzen, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätten gezogen werden können, aber schuldhaft nicht gezogen wurden. Ermöglicht das Besitzrecht objektiv eine Nutzung, so handelt der Besitzer regelmäßig schuldhaft, wenn er seine Pflicht zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung nach Rechtshängigkeit nicht erfüllt. Die hier gekaufte Eigentumswohnung war zur Benutzung bestimmt. Der zu ersetzende Gebrauchsvorteil (§ 100 BGB) besteht in der durch den Besitz der Sache vermittelten objektiven Möglichkeit der Nutzung. Bemessungsgrundlage für die Höhe des Nutzungsersatzes ist in der Regel der

- vom Eigentümer nachzuweisende - übliche Miet- oder Pachtzins. Insoweit wird allerdings auf den Zustand der Wohnung abzustellen sein, wie er ohne Ausbauarbeiten des Beklagten selbst bestand. Den von ihm geschaffenen Investitionsmehrwert hat jedoch der Beklagte zu beweisen (vgl. BGH, Urt. v. 14. Juli 1995 - V ZR 45/94, aaO unter 4).

II.

Ohne den Umstand, daß über das Vermögen der Gemeinschuldnerin zwischenzeitlich das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wäre der nichtige Vertrag allerdings nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gemäß den Grundsätzen der "Saldotheorie" abzuwickeln. Danach besteht zwischen den Parteien eines gescheiterten Grundstückserwerbsvertrages ein umfassendes Abwicklungsschuldverhältnis, in dem die beiderseitigen Leistungen, Nutzungen und Verwendungen zu verrechnen sind (BGH, Urt. v. 11. November 1994 - V ZR 116/93, NJW 1995, 454, 455; v. 14. Juli 1995 - V ZR 45/94, aaO S. 2628 unter 6.). Demzufolge wäre durch Vergleich der infolge des Bereicherungsvorgangs verursachten Vor- und Nachteile zu ermitteln, für welche Beteiligten sich ein Überschuß ergibt; dieser Vertragsteil wäre dann Gläubiger eines einheitlichen, von vornherein durch Abzug des ihm zugeflossenen Vorteils beschränkten Anspruchs. Im Konkurs gelten diese Grundsätze aber nur in abgewandelter Form.

1. Gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 KO ist eine Aufrechnung im Konkursverfahren unzulässig, wenn jemand eine (Konkurs-)Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden

ist. Der Rückzahlungsanspruch des Beklagten ist hier vor der Konkurseröffnung entstanden und begründet eine reine Konkursforderung. Denn der Vertrag zwischen dem Beklagten und der Gemeinschuldnerin war von Anfang an nichtig, so daß mit jeder Zahlung des Beklagten aufgrund des nichtigen Vertrages zugleich der bereicherungsrechtliche Rückzahlungsanspruch entstand. Alle Zahlungen sind, soweit dargetan, vor Konkurseröffnung geleistet worden.

2. Der hier vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Nutzungersatz für einen Zeitraum nach der Konkurseröffnung ist hingegen im Sinne des § 55 Satz 1 Nr. 1 KO nach dieser entstanden. Das ergibt sich im einzelnen aus folgenden Gründen:

a) Ein nichtiger Vertrag kann im Konkurs eines Vertragspartners jedenfalls keine stärkeren Wirkungen äußern als ein rechtsgültiger Vertrag, dessen Erfüllung der Konkursverwalter nicht gewählt hat. Die Möglichkeit einer einseitigen Erfüllungswahl besteht wegen der Nichtigkeit von vornherein nicht. Im übrigen sieht das Konkursrecht allgemein keine Verstärkung für Rückabwicklungsansprüche aus nichtigen, vorkonkurslichen Rechtsgeschäften vor; diese werden vielmehr gar nicht besonders geregelt.

Die für den Beklagten eingetragene Vormerkung, die einen nicht bestehenden Anspruch sichern soll, verstärkt dessen Wirkungen nicht im Konkurs. § 24 KO setzt vielmehr eine Vormerkung für eine rechtsgültige Forderung voraus.

b) Wäre der Kaufvertrag des Gemeinschuldners mit dem Beklagten formgültig gewesen und hätte der Kläger nicht die Vertragserfüllung gewählt,

so müßte der Beklagte ebenfalls die nach Konkurseröffnung gezogenen Nutzungen erstatten. Denn ihm fließt damit die Nutzungsmöglichkeit an dem Eigentum zu, das in die Konkursmasse gefallen ist.

aa) Zwar wird nach § 54 Abs. 1 KO die Aufrechnung im Konkursfall unter anderem nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch bedingt war. Der Begriff der Bedingung ist weit auszulegen und kann unter anderem gesetzliche Voraussetzungen für das Entstehen der Forderung umfassen. Die gesetzlichen Voraussetzungen für das Entstehen eines Anspruchs auf Nutzungersatz waren hier auch schon vor der Konkurseröffnung erfüllt. Denn die Nutzungsent-schädigung ist Bestandteil des vor Konkurseröffnung eingetretenen Rückabwicklungs-schuldverhältnisses. Der vom Beklagten nach dem notariellen Vertrag zu zahlende Kaufpreis sollte Gegenleistung nicht nur für die Eigentums- und Besitzverschaffung an der Wohnung sein, sondern zugleich für die damit notwendig verbundene Nutzungsmöglichkeit.

bb) Jedoch hat der Bundesgerichtshof für den Fall eines Erfüllungsverlangens des Konkursverwalters ausgesprochen, daß der Konkursmasse für die von ihr erbrachten Leistungen auch die Gegenleistung ungeschmälert durch Aufrechnungen mit vorkonkurslichen Leistungen zustehen soll (BGHZ 116, 156, 158 ff). Dies gelte in dem Fall, daß zur Zeit der Konkurseröffnung ein gegenseitiger Vertrag vom Gemeinschuldner bereits teilweise erfüllt war, für denjenigen Teil der Gegenleistung, der auf die noch ausstehende und mit Mitteln der Masse zu erbringende Vertragserfüllung entfalle. Insoweit habe die Masse aus eigenen Mitteln Aufwendungen zu erbringen (BGH, Urt. v. 22. Februar 2001 - IX ZR 191/98, WM 2001, 1470 f, z.V.b. in BGHZ 147, 28). Abgrenzend

hat der Bundesgerichtshof für einen bei Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Bauunternehmers teilweise und danach weiter erfüllten Bauwerkvertrag entschieden, daß - nur - gegen den Teil der Werklohnforderung, die der vor Verfahrenseröffnung erbrachten Werkleistung entspreche, von dem Besteller mit einer Konkursforderung aufgerechnet werden könne (BGHZ 129, 336, 339 ff).

Dies entspricht insbesondere für den Anspruch auf Nutzungersatz einem allgemeinen konkursrechtlichen Grundsatz. Nach § 21 Abs. 3 KO kann der Mieter oder Pächter eines Grundstücks, dem eine Gegenforderung gegen den Gemeinschuldner zusteht, gegen den von ihm der Masse geschuldeten Pachtzins nur insoweit aufrechnen, als nach § 21 Abs. 2 Satz 1 KO eine Verfügung darüber der Masse gegenüber wirksam wäre, also äußerstenfalls bis zum Betrag des Miet- oder Pachtzinses für den laufenden und den folgenden Kalendermonat.

Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof bei einem auf die entgeltliche Überlassung von Wohncontainern gerichteten Rechtsverhältnis die Teilbarkeit entsprechend den Zeiteinheiten angenommen und ausgeführt, der Vergütungsanteil, welcher der Nutzung nach Konkurseröffnung entspreche, müsse der Masse zufließen. Für den Fall einer Erfüllungswahl des Konkursverwalters ist deshalb gegen diese Vergütung ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen, welches eine Aufrechnung vorbereiten soll (BGHZ 145, 245, 251 ff).

Für die Zukunft verallgemeinern die Vorschriften der Insolvenzordnung (§§ 105, 108 Abs. 2 und 110 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1) diesen Schutz.

Die den genannten Vorschriften zugrunde liegenden Wertungen sind auf gegenseitige Verträge allgemein übertragbar, weil sie Ausprägungen des Grundsatzes sind, daß grundsätzlich der Konkursmasse die Gegenleistung gebührt, soweit aus ihr gegenseitige Verträge zu erfüllen sind (BGHZ 129, 336, 343).

cc) Für die durch einen nichtigen Leistungsaustauschvertrag vermittelten Nutzungen - wie im vorliegenden Fall - gilt Entsprechendes. Der Käufer, hier der Beklagte, nutzt objektiv ohne Rechtsgrund Eigentum, das Bestandteil der Konkursmasse ist. Für dieses Eigentum hat der Kläger als Konkursverwalter die Steuern, öffentlichen Abgaben und Erhaltungskosten laufend aufzubringen sowie die angefallenen Nebenkosten vorgeschossen. Er muß das Gebäude auch mindestens in einem verkehrssicheren Zustand erhalten. Dazu ist er nicht mit solchen Mitteln in der Lage, die der Nutzende zwar vorher an den Gemeinschuldner gezahlt hat, die aber wegen dessen Insolvenz nicht mehr verfügbar sind. Der Kläger hat hier bereits die Unzulänglichkeit der Konkursmasse öffentlich angezeigt.

Auch Gründe der Billigkeit (§ 242 BGB) gebieten es - entgegen der Auffassung des Beklagten - nicht, dem vermeintlichen Käufer die unentgeltliche Nutzung auf Kosten der anderen Konkursgläubiger zu erhalten. Diese mögen infolge der Insolvenz in vergleichbar schwerer Weise geschädigt worden sein wie der Beklagte. Die Aufrechterhaltung unentgeltlicher Nutzungsmöglichkeiten würde folglich den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz durchbrechen. Zudem birgt ein Rechtsstandpunkt wie der vom Beklagten hier vertretene die Gefahr, daß die Konkursmasse alsbald erschöpft wird und infolge dessen jede ordnungsmäßige Erhaltung und Verwaltung des gesamten bebauten Grund-

stücks endet. Durch eine sich daran anschließende Zwangsversteigerung des dinglich belasteten Grundstücks könnte auch der Beklagte seinen Besitz ersatzlos verlieren.

D.

Gegen die Erstattung der tatsächlich angefallenen und von dem Kläger verauslagten Nebenkosten (§§ 683, 670 BGB) erhebt auch die Revision keine selbständigen Rügen.

E.

1. Das vom Berufungsgericht erlassene Grundurteil war gemäß § 304 Abs. 1 ZPO nicht nur hinsichtlich der zu erstattenden Nebenkosten, sondern auch für die geforderte Nutzungsentschädigung zulässig. Die vom Beklagten geltend gemachten Mängel der Wohnung stellen nicht erkennbar in Frage, daß eine Nutzungsentschädigung in irgendeiner Höhe gerechtfertigt ist. Insbesondere schließen die im Schriftsatz des Beklagten vom 13. Juli 1999 vorgetragenen Umstände - in Verbindung mit den im Verhandlungstermin vorgelegten Lichtbildern - eine Benutzbarkeit nicht gänzlich aus.

2. Über die Höhe der Klageforderungen wird nunmehr das Landgericht zu entscheiden haben.

Mit Verwendungsersatzansprüchen könnte der Beklagte gegen die Klageforderung allenfalls aufrechnen, wenn und soweit Verwendungen nach der Konkurseröffnung vorgenommen wurden und gerade der Konkursmasse zugute kommen. Derartiges hat der Beklagte hier nicht dargetan.

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer

Raebel