

8. Kann ein dingliches oder ein persönliches Zurückbehaltungsrecht an einem Hypothekenbrief durch Vertrag rechtswirksam begründet sein, wenn
- a) die Voraussetzungen des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts nicht sämtlich vorliegen,

- b) der Wille der Vertragsschließenden auf die Bestellung eines Pfandrechts gerichtet war, der Vertrag aber als Pfandvertrag nichtig ist?

B.G.B. §§ 273, 140.

V. Zivilsenat. Urt. v. 17. April 1907 i. S. St. u. Gen. (Kl.) v. D. (Bell.). Rep. V. 505/06.

I. Landgericht Schweidnitz.

II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Kläger zu 1 bis 6 und R. St. sind die Erben des im Jahre 1897 verstorbenen K. St. Für letzteren stand auf dem Grundstück S. Bl. 2 eine Briefhypothek von 20400 *M* eingetragen. Der Beklagte D. gelangte Anfang 1902 in den Besitz des Hypothekenbriefes und verweigerte dann die Rückgabe. Die Kläger und R. St. klagten auf Herausgabe des Briefes zu Händen der Klägerin zu 1. Beklagter wandte ein, R. St., der Eigentümer des belasteten Grundstückes, habe am 3. Januar 1902 für sich selbst und zugleich im Auftrage der anderen Miterben die Hypothek für ein Darlehn von 6000 *M*, das er von ihm, dem Beklagten, erhalten habe, verpfändet, darüber ein Schriftstück des Inhalts ausgestellt: „Erhielt von D. für eine verpfändete Hypothek 6000 *M*“ und den Hypothekenbrief übergeben. Der erste Richter erkannte auf zugeschobene Eide für die Kläger und machte davon abhängig, ob die Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe des Briefes schlechthin oder Zug um Zug gegen Zahlung von 6000 *M* auszusprechen sei.

Der Berufungsrichter unterschied auf die Berufung des Beklagten zwischen der Klage der Kläger 1, 3, 4 und der Klage der Kläger 2, 5, 6. Auf die erstere Klage verurteilte er zwar den Beklagten zur Herausgabe, aber nur gegen Zahlung von 6000 *M*, und wies die Kläger 1, 3, 4 mit ihren weitergehenden Anträgen ab. Er gründete diese Entscheidung darauf, daß Klägerin zu 1 unstreitig, die Kläger 3, 4 erwiesenermaßen Auftrag bzw. Genehmigung zur Hingabe des Hypothekenbriefes zu dem in Rede stehenden Zwecke erteilt hätten. Auf die Klage der Kläger 2, 5, 6, deren Auftrag oder Genehmigung er nicht für erwiesen ansah, erkannte er auf den hierüber vom Beklagten zugeschobenen Eid für diese Kläger und machte davon die Verurteilung

des Beklagten zur Herausgabe schlechthin, oder gegen Zahlung von 6000 *M* abhängig.

Auf die Revision lediglich der Kläger 1, 3, 4 wurde das Urteil aufgehoben, und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

... „Der Berufungsrichter erachtet eine Verpfändung der in Rede stehenden Briefhypothek seitens der Erben des eingetragenen Gläubigers nicht als rechtswirksam erfolgt, weil die Verpfändung gemäß §§ 1274, 1154 B.G.B. schriftlich hätte geschehen müssen, die Urkunde vom 3. Januar 1902 aber eine Verpfändungserklärung bezüglich der Hypothek nicht enthalte. Er erklärt ferner, daß ein Pfandrecht an dem Hypothekbriefe nicht gültig bestellt sei, weil die Verpfändung eines Hypothekbriefes für sich allein nicht angängig sei. Weiter verneint er, daß dem Beklagten ein Recht an dem Hypothekbriefe in Gestalt eines Zurückbehaltungsrechts zustehe, da das Bürgerliche Gesetzbuch ein dingliches Zurückbehaltungsrecht nicht kenne. Dagegen erachtet er die Eingehung eines Schuldvertrages, durch den der eine Teil sich verpflichtet, dem andern Teile einen Hypothekbrief so lange zu belassen, bis dieser wegen einer Forderung befriedigt ist, für rechtlich zulässig, und er nimmt an, daß zwischen dem Beklagten und *H. St.* ein solcher Zurückbehaltungsvertrag geschlossen sei, und die drei Revisionskläger zufolge Beauftragung des *H. St.*, bzw. wegen erteilter Genehmigung ebenfalls an diesen Vertrag gebunden seien.

Die Revision leugnet die Rechtswirksamkeit eines solchen Zurückbehaltungsvertrages und sucht auszuführen, es sei, weil ein dingliches Retentionsrecht dem Bürgerlichen Gesetzbuche fremd sei, auch das vom Berufungsrichter konstruierte Zurückbehaltungsrecht nicht anzuerkennen. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Der Kreis der dinglichen Rechte ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche allerdings ein bestimmt begrenzter; er kann durch Vereinbarung der Beteiligten nicht erweitert werden. Da das Bürgerliche Gesetzbuch ein dingliches Zurückbehaltungsrecht nicht kennt, kann ein solches auch nicht durch Vertrag begründet werden (Jurist. Wochenschr. 1902 Weil. S. 223). Anders verhält es sich jedoch mit einem persönlichen Zurückbehaltungsrecht. Zwar ist im Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 273, 274) ausdrücklich nur das kraft Gesetzes zustehende persönliche Zurückbehaltungsrecht geregelt. Nach dem das Gebiet der Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsätze der

Vertragsfreiheit ist es aber für zulässig zu erachten, daß durch Vertrag ein hinsichtlich seiner Wirkung auf die Vertragsschließenden beschränktes Zurückbehaltungsrecht, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen, auch dann begründet wird, wenn die Voraussetzungen für ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht nicht vorliegen. Es war daher auch ein Vertrag, durch den die Kläger als Erben des Gläubigers der fraglichen Briefhypothek sich dem Beklagten gegenüber verpflichteten, diesem den Hypothekenbrief so lange zu belassen, bis die Forderung des Beklagten gegen R. St. bezahlt sein würde, rechtlich möglich und für die Kläger verbindlich. Dem steht auch nicht entgegen, daß, wie der Berufungsrichter zutreffend annimmt, ein Hypothekenbrief für sich allein nicht Gegenstand eines die Berechtigung zur Zurückbehaltung der hingegebenen Sache ebenfalls in sich schließenden Pfandrechts sein kann. Ein Hypothekenbrief ist als Legitimations- und Beweisurkunde für die Hypothekensforderung mit dieser verbunden und von ihrem rechtlichen Schicksal abhängig; er kann daher nicht losgelöst von der Hypothekensforderung selbständig Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein.

Vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 47 S. 957, Bd. 49 S. 366; Motive zu § 1109 Entw. I Bd. 3 S. 744; Prot. Bd. 3 S. 645.

Aber dadurch, daß der Inhaber einer Hypothek einem anderen den Hypothekenbrief mit der Verpflichtung hingibt, den Brief nicht eher zurückzuverlangen, als bis eine bestimmte Voraussetzung erfolgt sei, gewährt er dem Empfänger nicht ein auch gegenüber Dritten wirkendes Recht an dem Hypothekenbriefe als an einer selbständigen Sache, sondern schließt nur das ihm als Eigentümer des Hypothekenbriefes an sich zustehende Recht auf Herausgabe für seine Person zeitweise und bedingt aus. Ein solches, durch obligatorischen Vertrag begründetes, nur zwischen den Vertragsschließenden persönlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht an einem Hypothekenbriefe ist daher für rechtsgültig zu erachten.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 51 S. 87, 88, Turnau u. Förster, Liegenschaftsr. Bd. 1 S. 502, 1098; v. Staudinger, Bem. I 1e zu § 1204 B.G.B.

Der in dieser Richtung erhobene Revisionsangriff ist sonach unbegründet. Zu beanstanden ist auch nicht die weitere Ausführung des Berufungsrichters, daß, wiewohl der Wille der Kontrahenten auf

Schaffung eines dinglichen Pfandrechts gerichtet gewesen sei, doch an Stelle der wegen Formmangels nichtigen Verpfändung ein persönliches Zurückbehaltungsrecht an dem Hypothekenbriefe gemäß § 140 B.G.B. als vertragsmäßig bestellt zu gelten habe. Der Berufsrichter erwägt mit Recht, daß der von den Kontrahenten verfolgte wirtschaftliche Zweck der Beschaffung einer Sicherheit auch, wenn schon in geringerem Maße, durch das persönliche Zurückbehaltungsrecht erreicht werde, und folgert daraus bedenkenfrei, daß, wenn die Kontrahenten die Nichtigkeit der Verpfändung gekannt hätten, sie die Geltung des einer Form nicht bedürfenden Vertrages über die Bestellung des persönlichen Zurückbehaltungsrechts gewollt haben würden (Prot. Bb. 1 S. 127).

Rechtsirrtümlich aber ist die Ansicht des Berufsrichters, daß der Beklagte jedem der den Auftrag oder die Zustimmung zu der Verpfändungserklärung des R. St. erteilenden Kläger für sich allein und ohne Rücksicht darauf, ob eine gleiche Willensäußerung der anderen Kläger vorliege, ein Recht auf Zurückbehaltung entgegensetzen könne."

(Es wird dies auf Grund von Vorschriften des preussischen Allgemeinen Landrechts näher dargelegt, und dann die Zurückverweisung an das Berufungsgericht ausgesprochen)