

93. Kann derjenige, dem vertragsmäßig ein Zurückbehaltungsrecht an einem Grundschuldbriefe eingeräumt worden ist, nachdem er den Besitz des Grundschuldbriefes ohne seinen Willen, aber fehlerfrei an den anderen Teil verloren hat, auf Grund des Retentionsvertrages auf Wiedereinträumung der Retention Klage erheben?

B.G.B. §§ 273, 861 fig.

V. Zivilsenat. Ur. v. 16. Mai 1908 i. S. II. (Rl. u. Widerbefl.) w.  
B. (Befl. u. Widerfl.). Rep. V. 492/07.

I. Landgericht Oppeln.

II. Oberlandesgericht Breslau.

Im Jahre 1902 begann der Baumeister S. in Groß-St. mit der Errichtung eines Neubaus auf seinem dortigen Grundstücke. Da es ihm an Geldmitteln fehlte, ließ er für den Kläger, der ihm für den Bau, sowie für einen anderen Bau bereits Vorschüsse geleistet hatte, am 4. September 1902 in Abt. III Nr. 5 eine Grundschuld von 7000 M., unverzinslich und nach dreimonatiger Kündigung fällig, zu dem Zwecke eintragen, daß der Kläger ihm durch Verpfändung oder Abtretung weiteres Geld beschaffe. Nach anderen vergeblichen Bemühungen erklärte sich der Beklagte bereit, das Geld zu geben, sofern ihm die Grundschuld von 7000 M. als Sicherheit gegeben werde. Am 29. Mai 1903 übersandte ihm der Kläger den Grundschuldbrief mit der Bitte, das Besprochene zu besorgen, damit nach den Feiertagen mit den Arbeiten begonnen werden könne. Der Beklagte, dem noch anderweitige Darlehnsforderungen im Betrage von 12901,95 M. gegen S. zustanden, wollte darauf für den Neubau bis zum 8. November 1903 dem Kläger 10429 M. und an Baulieferanten noch 4903,80 M. gezahlt haben. Am 8. November 1903 kaufte der Beklagte zur Abwendung der Zwangsversteigerung das Grundstück durch notariellen Vertrag von S. für den Preis von 30000 M. Er verpflichtete sich, den noch nicht zu Ende geführten Bau zu vollenden, und übernahm in Anrechnung auf den Kaufpreis die eingetragenen Schulden von 18000 M., darunter die Grundschuld von 7000 M. und eine dahinter für ihn selbst eingetragene Hypothek von 5000 M. In betreff des Kaufgelderrestes von 12000 M. wurde vereinbart, daß er „mit denjenigen Forderungen, die der Beklagte in gleicher Höhe habe, verrechnet werde“. Die Auflassung erfolgte am 13. November 1903.

Inzwischen war der Beklagte mit dem Kläger wegen Abtretung der Grundschuld in Verbindung getreten. Er übergab zu diesem Zwecke den Grundschuldbrief dem Justizrat W., der die Abtretungserklärung des Klägers am 4. November 1903 aufnahm. Da dieser jedoch die Weitergabe der Urkunden an das Grundbuchamt von der Zahlung oder Sicherstellung seiner Ansprüche an S. im Betrage von 8200 M. abhängig machte, behielt W. die Urkunden in Verwahrung. Zu einer Einigung über die Abtretung kam es nicht. Auf Ersuchen des Beklagten verstand sich der Kläger dazu, am 5. Februar 1904 einem Hypothekendarlehn der Preussischen Zentral-

Bodenkredit-Aktien-Gesellschaft von 16 000 *M.*, daß der Beklagte unter Löschung der anderen eingetragenen Schulden aufnahm, den Vorrang einzuräumen, und erhielt, nachdem diese Eintragung am 9. desselben Monats bewirkt war, den Grundschuldbrief durch den Justizrat W. ausgehändigt.

Er erhob dann, nachdem er am 19. Juli 1904 die Grundschuld dem Beklagten gekündigt hatte, Klage mit dem Antrage, der Beklagte solle bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zur Zahlung von 7000 *M.* nebst 4 Prozent Zinsen seit dem 19. Oktober 1904 verurteilt werden. Der Beklagte erhob Widerklage auf Herausgabe des Grundschuldbriefs.

Das Landgericht erkannte nach dem Klagantrage und wies die Widerklage ab. Das Oberlandesgericht wies umgekehrt die Klage ab und gab dem Antrage der Widerklage statt. Die Revision des Klägers und Widerbeklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter nimmt an, daß der Beklagte den Grundschuldbrief vom Kläger auf Grund einer Vereinbarung erhielt, die dahin ging, daß der Beklagte den Brief als Sicherheit behalten und der Kläger ihn nicht eher zurückverlangen sollte, als bis der Beklagte wegen seiner Bauforderungen befriedigt sei. Der Berufungsrichter sieht hierin die nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts zulässige Einräumung eines persönlichen Zurückbehaltungsrechts an dem Grundschuldbriefe. Den Umstand, daß der Justizrat W. den Brief dem Kläger zurückgegeben hat, erachtet er für unwesentlich, weil W. dazu nicht befugt gewesen sei. Der Beklagte, der den Besitz wider seinen Willen verloren habe, könne nach § 861 B.G.B. von dem fehlerhaft besitzenden Kläger die Wiedereinräumung des Besizes verlangen. Die Forderungen des Beklagten für den Neubau seien unstreitig in Höhe von 12 895,89 *M.*, nach Abzug der für den Beklagten auf dem Grundstücke eingetragenen 5000 *M.* noch in Höhe von 7 895,89 *M.* Den Kaufgelderrest von 12 000 *M.* habe der Beklagte mit Recht auf seine älteren Forderungen von 12 901,95 *M.* gemäß § 366 Abs. 2 B.G.B. verrechnet. Der Beklagte könne also bis zur Befriedigung wegen seiner 7 895,89 *M.* das Zurückbehaltungsrecht am Grundschuldbriefe geltend machen, und da der Kläger den Grundschuldbrief nicht rechtmäßig besitze, auch die Zahlung der

Grundschuld vertweigern. Wenn der Kläger dieses Recht nicht gelten lassen wolle, so handle er vertragswidrig und arglistig.

Von diesen Ausführungen sind zunächst diejenigen über die Einräumung eines persönlichen Zurückbehaltungsrechts an dem mit dem Schreiben vom 29. Mai 1903 übersandten Grundschuldbrief nicht zu beanstanden. Sie stehen mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts, insbesondere auch der des erkennenden Senats (Entsch. in Zivilf. Bd. 66 S. 24; Gruchot, Beitr. Bd. 47 S. 955), im Einklang. Nicht frei von Rechtsirrtum sind allerdings die weiteren Ausführungen des Berufungsrichters, soweit sie aus den §§ 858, 861 B.G.B. die Fortdauer des Zurückbehaltungsrechts herzuleiten suchen. Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß der Beklagte, nachdem er den Grundschuldbrief dem Justizrate W. in Verwahrung gegeben hatte, nur noch mittelbarer Besitzer war (§ 868 B.G.B.). Der mittelbare Besitzer aber hat den Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes (§ 861 B.G.B.) nur dann, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz gegen seinen — des unmittelbaren Besitzers — Willen verloren hat (§ 869 B.G.B. und Pland, Bem. 1a dazu). Dieser Fall liegt nicht vor, weil W. den Grundschuldbrief freiwillig herausgegeben hat. Überdies ist auch allem Anscheine nach die Klagefrist des § 864 B.G.B. veräumt, weil die Widerklage erst am 2. Oktober 1905, also länger als ein Jahr nach der Aushändigung des Grundschuldbriefes, erhoben worden ist. Es kommt aber nicht darauf an, weil im vorliegenden Falle ein durch Vertrag begründetes Zurückbehaltungsrecht in Frage steht. Nach dem Zurückbehaltungsvertrage war der Kläger, wie der Berufungsrichter rechtlich einwandfrei festgestellt hat, verpflichtet, den Grundschuldbrief dem Beklagten so lange zu belassen, bis er wegen seiner Bauforderungen befriedigt sein würde. Diese vertragsmäßige Verpflichtung wurde dadurch, daß der Kläger ohne den Willen des Beklagten durch einen Zufall den Besitz des Grundschuldbriefes erlangt hat, nicht aufgehoben. Sie besteht auch jetzt noch, da die Befriedigung des Beklagten noch nicht eingetreten ist. Der Kläger ist daher, mag er immerhin fehlerfrei in den Besitz des Grundschuldbriefes gelangt sein, vertragsmäßig verpflichtet, dem Beklagten den Brief wieder auszuhandigen, und die auf Herausgabe des Grundschuldbriefes gerichtete Widerklage ist daher begründet. Damit fällt aber auch die Klage.

Denn ohne den Grundschuldbrief kann der Kläger nach §§ 1144, 1150, 1192 B.G.B. die Grundschuld nicht geltend machen, und über den Grundschuldbrief steht ihm keine Verfügung zu, da er vertragsmäßig verpflichtet ist, ihn ohne Zahlung dem Beklagten herauszugeben.“ . . .