

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 214/62

URTEIL

Verkündet am

20. Januar 1965
Hirth, Just. Angest.

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Lehrerswitwe und Geschäftsinhaberin Babette S c h [REDACTED]
geb. Fi [REDACTED] in Schw [REDACTED], Sü [REDACTED] R [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Hermann K r [REDACTED] in N [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], als Verwalter im Konkurs über das Ver-
mögen des Kaufmanns Adolf Sch [REDACTED] in Schw [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Januar 1965 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter
Dr. Rothe, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Nürnberg vom 29. Mai 1962 wird auf Kosten
der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kaufmann Adolf Sch[REDACTED] aus Schw[REDACTED], für dessen Vermögen der Kläger als Konkursverwalter auftritt, ist ein Sohn der Beklagten, einer über 90 Jahre alten Lehrerswitwe. Er war der alleinige persönlich haftende Gesellschafter der Firma Adolf Sch[REDACTED] KG, an der die Beklagte mit einer Einlage von 5 000 DM als Kommanditisten beteiligt war. Ob sie diese Einlage erbracht hat, ist bestritten. Auch die Kommanditgesellschaft befindet sich in Konkurs.

Vor Konkurseröffnung erwarb Adolf Sch[REDACTED] für sich persönlich nacheinander die beiden ideellen Eigentümershälften des Grundstücks Sü[REDACTED] R[REDACTED]straße [REDACTED] in Schw[REDACTED]. Auf jeder der beiden Grundstückshälften bestellte er für sich selbst eine Eigentümerbriefgrundschuld von je 35 000 DM. Die erste dieser Grundschulden wurde unter der Nr. [REDACTED]/[REDACTED], die zweite unter der Nr. [REDACTED]/[REDACTED] im Grundbuch eingetragen. Die Grundschuld Nr. [REDACTED]/[REDACTED] wurde später als inhaltlich unzulässig gelöscht.

Unmittelbar nach der Eintragung der Grundschuld Nr. [REDACTED]/[REDACTED] vom [REDACTED]. [REDACTED] 1954 übersandte der Notar den Grundschuldbrief am [REDACTED]. [REDACTED] 1954 an die Warenkreditbank GmbH in N[REDACTED] (im folgenden WKV genannt), mit der die Adolf Sch[REDACTED] KG in einem Kreditverhältnis stand. Der Kläger hat behauptet, die Aushändigung des Briefes an die WKV sei deshalb erfolgt, weil Adolf Sch[REDACTED] ihr die Grundschuld zur Sicherung des Kredits abgetreten habe. Die Beklagte hat vorgetragen, der Brief sei der WKV lediglich als Sicherheit ins Depot gegeben worden.

- 3 -

Weiterhin behauptet die Beklagte, am ■. ■. 1954 mit ihrem Sohn Adolf Sch■■ einen "Sicherungs- und Abtretungsvertrag" unterzeichnet zu haben, in dem es u.a. heißt:

"Herr Adolf Sch■■, Schw■■, Komplementär der Firma Adolf Sch■■ KG, Schw■■, sichert Frau Babette Sch■■, Schw■■, als Kommanditistin obiger Firma für ihre Einlage von

DM 5 000,- ferner

DM 15 000,-

bisher entstandener und nicht entnommener Gewinn seit Januar 1952, ferner für weiter etwaig entstehende Forderungen und Zinsen in der Weise ab, daß Herr Schumann mit dem heutigen Tage das Eigentumsrecht und Recht auf Zurückgabe, das ihm seinerzeit gegenüber der Warenkredit-Bank, N■■, und dann Kreis- und Stadtsparkasse Schw■■ nach Zurückzahlung der Beleihung zusteht für seine 2 Eigentümer-Grundschuldbriefe à DM 35 000,- laut notarieller Beurkundung vom ■. ■. und ■. ■. 54 mit dem heutigen Tage an Frau Babette Sch■■, Schw■■,

a b t r i t t .

Frau Babette Schumann, Schwabach, nimmt diese Abtretung hiermit an und ist berechtigt, seinerzeit die 2 Grundschuldbriefe in ihren Besitz zu nehmen, bis ihre Forderungs-Ansprüche ausgeglichen sind."

Am ■. ■. 1954 unterzeichnete Adolf Sch■■ eine weitere Urkunde, in der er der Kreis- und Stadtsparkasse Schw■■ (im folgenden Sparkasse genannt) zur Sicherung für alle Forderungen gegen die Adolf Sch■■ KG die Grundsuld abtrat und die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch bewilligte. Er erklärte in dieser Urkunde, daß er der Sparkasse "gleichzeitig den Grundschuldbrief übergebe". Diese Erklärung war unrichtig, weil sich der Brief noch bei



der WKV befand und auch dort verblieb, also der Sparkasse gar nicht übergeben werden konnte.

In der folgenden Zeit traf Adolf Schumann oder die Adolf Sch[REDACTED] KG noch mehrfach andere Verfügungen über den Grundsuldbrief oder die Grundsuld. So trat Adolf Sch[REDACTED] mit Schreiben vom 23. April 1955 "den Anspruch auf Rückabtretung der Grundsuld gegen die WKV sowie seinen Anspruch auf Rückgabe des Grundsuldbriefes" an die Firma Georg T[REDACTED] Sohn in Tu[REDACTED]/Wttbg. (im folgenden T[REDACTED] genannt) ab.

Am [REDACTED]. [REDACTED] 1955 wurde über das Vermögen der Adolf Sch[REDACTED] KG das Anschlußkonkursverfahren eröffnet, am [REDACTED]. [REDACTED] 1955 das Konkursverfahren über das Vermögen des Adolf Sch[REDACTED]. Adolf Sch[REDACTED] wurde später rechtskräftig wegen eines Konkursvergehens verurteilt - [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] des Amtsgerichts Schw[REDACTED] -.

Am 18. Februar 1957 schloß der damalige Verwalter in beiden Konkursen mit der Sparkasse einen Vergleich, nach dem er u.a. den Anspruch der Sparkasse gegen die WKV auf Aushändigung des Grundsuldbriefes anerkannte. Am 23. November 1957 stellte die WKV den Brief dem damaligen Konkursverwalter zur Verfügung, der ihn am 25. November 1957 der Sparkasse übersandte.

Sodann wurde über das belastete Grundstück das Zwangsversteigerungsverfahren eingeleitet - [REDACTED] [REDACTED]/58 Amtsgericht N[REDACTED] -. Bei der Versteigerung am [REDACTED]. [REDACTED] 1958 fiel die Grundsuld in das geringste Gebot und blieb deshalb bestehen. Ersteher des Grundstücks war der Kaufmann Ernst G[REDACTED].

Am ■. ■. 1958 vereinbarte der Kläger mit der Sparkasse eine Teilung der Grundschuld, weil die Sparkasse bereit war, einen Teil der Grundschuld von 18 700 DM freizugeben. Es wurden zwei Teilgrundschuldbriefe von 16 300 und 18 700 DM gebildet. Den Teilgrundschuldbrief über 16 300 DM behielt die Sparkasse, den über 18 700 DM hinterlegte sie am ■. ■. 1959 wegen Ungewißheit über die Person des Empfängers unter Verzicht auf das Rücknahmerecht zugunsten T■■■■, der Beklagten und des Konkursverwalters in beiden Konkursen - ■ ■/59 Amtsgericht Schw■■■■ -.

Am ■. ■. 1960 hinterlegte der Grundstückseigentümer G■■■■ das Grundschuldkapital von 18 700 DM unter Verzicht auf das Rücknahmerecht zugunsten T■■■■ und des Verwalters im Konkurse Adolf Sch■■■■ - ■ ■/60 Amtsgericht Schw■■■■ -. Später hinterlegte er dort auch die rückständigen Grundschuldzinsen.

Der Konkursverwalter, die Beklagte und T■■■■ erheben Ansprüche sowohl auf den Grundschuldbrief als auch auf das Grundschuldkapital.

Mit der vorliegenden Klage hat der Konkursverwalter für beide Konkursmassen die Verurteilung der Beklagten begehrt einzuwilligen, daß der Grundschuldbrief über 18 700 DM an ihn herausgegeben wird, hilfsweise auf ihre Rechte aus dem Hinterlegungsverhältnis bezüglich des Briefes zu verzichten. Er hat behauptet, die Beklagte habe ihre Einlage nicht erbracht und sie habe auch niemals einen Gewinnanspruch gegen die Kommanditgesellschaft erworben. Deshalb hat er sich auf den Standpunkt gestellt, der Vertrag des Gemeinschuldners mit der Beklagten vom ■. ■. ■■■■ 1954 sei konkursrechtlich anfechtbar und gebe ihm

ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 41 Abs. 2 KO, so daß die Beklagte kein Anrecht auf den Brief habe. Vielmehr stehe die Grundsuld und der Brief ihm als Konkursverwalter zu.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, sie habe als Kommanditistin für das Jahr 1952 einen Gewinnanspruch von mehr als 2 000 DM, für 1953 von mehr als 16 000 DM gehabt. Nach dem Vertrage vom ■. ■■■■■ 1954 stehe ihr das Recht zu, die Herausgabe des Briefes von der Sparkasse zu verlangen.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen die Beklagte auf den Hilfsantrag wie folgt verurteilt:

"Die Beklagte hat gegenüber der Hinterlegungsstelle beim Amtsgericht Schw■■■ - ■■■/59 - auf ihre Rechte aus dem Hinterlegungsverhältnis, das für sie durch die Hinterlegung des Teilgrundschuldbriefes über 18 700 DM durch die Kreis- und Stadtparkasse Schw■■■ begründet worden ist, zugunsten von Rechtsanwalt Dr. Kr■■■ als Konkursverwalter im Konkurs über das Privatvermögen des Adolf Sch■■■ zu verzichten."

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung mit der Bitte eingelegt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage ganz abzuweisen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klagabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht geht davon aus, daß die Eigentümergrundschuld am ■. ■■■■ 1954 als Recht des Adolf Sch■■■ entstanden ist und ihm der Grundschuldbrief gehörte. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat er dieses Grundpfandrecht nicht an die WKV zur Sicherung abgetreten, weil er nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine schriftliche Abtretung nicht erklärt hat. Den Grundschuldbrief übersandte er der WKV, um sie für ihren Kredit zu sichern; sie nahm "den Brief als Sicherheit ins Depot". Das Oberlandesgericht sieht hierin die Begründung eines Zurückbehaltungsrechts an dem Brief und steht demzufolge auf dem Standpunkt, daß Adolf Sch■■■ noch Gläubiger der Grundschuld war, als er mit seiner Mutter, der Beklagten, am ■. ■■■■ 1954 den "Sicherungs- und Abtretungsvertrag" abschloß. Diese Würdigung des Sachverhalts läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Sie wird auch von der Revision nicht beanstandet. Dem Berufungsgericht ist ferner darin zu folgen, daß die Frage, ob die Beklagte durch die Vereinbarung vom ■. ■■■■ 1954 die Grundschuld erworben hat, von entscheidender Bedeutung ist.

A) Es führt hierzu aus, Adolf Sch■■■ habe den Brief nicht besessen, ihm habe aber ein bedingter Herausgabeanspruch zugestanden. Er habe indessen die Grundschuld nicht an die Beklagte abgetreten. Wenn auch der Wortlaut der Urkunde vom ■. ■■■■ 1954 für die Auslegung nicht ausschlaggebend sei, müsse doch beachtet werden, daß im Text die Grundschulden nicht erwähnt seien, sondern nur von den zwei Eigentümergrundschuld b r i e f e n zu 35 000 DM ge-

3

sprochen werde und das zu einer Zeit, als die zweite Grundschuld überhaupt noch nicht und Adolf Sch[REDACTED] noch nicht als Eigentümer der zweiten Grundstückshälfte im Grundbuch eingetragen gewesen seien, als ein zweiter Grundschuldbrief deshalb noch nicht erteilt gewesen sei und sich auch nicht bei der WKV oder der Sparkasse habe befinden können. In der Urkunde sei "das Eigentumsrecht und Recht auf Zurückgabe" des streitbefangenen Grundschuldbriefes abgetreten worden. Das Eigentumsrecht am Brief allein habe Adolf Sch[REDACTED] nicht übertragen können. Der Herausgabeanspruch sei abtretbar gewesen. Seine Übertragung habe bedeutet, daß Adolf Sch[REDACTED] die Beklagte ermächtigte, sich den Grundschuldbrief von der WKV bzw. der Sparkasse herausgeben zu lassen, sobald das Zurückbehaltungsrecht dieser Gläubiger - für die Kasse sei es noch gar nicht entstanden gewesen - erloschen war, zu dem Zweck, daß dann die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht am Brief erwerben sollte. Der Vertrag vom [REDACTED]. [REDACTED] 1954 habe also der Beklagten kein Recht an der Grundschuld verschaffen, sondern ihr lediglich die Anwartschaft auf die Begründung eines persönlichen Zurückbehaltungsrechts einräumen sollen. Für eine derartige Auslegung sprächen folgende Umstände: Die Urkunde habe ein Laie verfaßt. Es liege nahe, daß Adolf Sch[REDACTED] seine Mutter auf die gleiche Art habe sichern wollen, wie er die WKV gesichert hatte. Das werde am Ende der Urkunde klar mit den Worten ausgedrückt, die Beklagte solle berechtigt sein, "seinerzeit die 2 Grundschuldbriefe in ihren Besitz zu nehmen bis ihre Forderungs-Ansprüche ausgeglichen sind". Diese Abrede entspreche genau seiner Vereinbarung mit der WKV. Wäre hingegen die Übertragung der Grundschuld beabsichtigt gewesen, hätte auch ein Laie die Bestimmung so gefaßt, daß die Beklagte berechtigt sein sollte, sich aus der Grundschuld zu befriedigen, die Rechte aus der Grundschuld geltend zu machen oder ähnlich.

Bezeichnend sei in diesem Zusammenhang, daß Adolf Sch[REDACTED] später bei der ebenso schlecht gefaßten Abtretungserklärung an T[REDACTED] vom [REDACTED]. [REDACTED] 1955 ausdrücklich "seine Inanspruchnahme aus der Grundschild" geregelt habe. Die unterschiedliche Formulierung spreche für die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung.

Die Beklagte habe zwar ihren Sohn Adolf Sch[REDACTED] als Zeugen dafür benannt, daß sie beide eine Abtretung der Grundschild selbst gewollt hätten. Das Beweismittel sei aber völlig ungeeignet, so daß es der Beweiserhebung nicht bedürfe. Sie wäre nutzlos, weil mit Sicherheit vorauszusehen sei, daß der Zeuge das Beweisthema jetzt bestätigen werde, das Berufungsgericht ihm aber trotzdem keinesfalls Glauben schenken könnte. Wenn auch die Ablehnung eines Beweisantrages aus dem genannten Grund im allgemeinen unzulässig sei, liege hier ein besonderer Fall vor. Der Zeuge sei die treibende Kraft des Rechtsstreits und bereits wegen Konkursvergehens rechtskräftig bestraft. Sein Gesamtverhalten vor Eröffnung des Konkursverfahrens erscheine äußerst bedenklich. Überdies bestehe der Verdacht, daß die Urkunde vom [REDACTED]. [REDACTED] 1954 zurückdatiert worden sei (dafür spreche die Erwähnung der Sparkasse und des zweiten noch gar nicht vorhandenen Grundschildbriefes), vielleicht sogar erst im Zusammenhang mit dem Konkursverfahren angefertigt worden sei.

B) 1. Die Revision rügt zunächst, daß der Berufungsrichter sich nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt habe, Adolf Sch[REDACTED] habe vor der Erklärung vom [REDACTED]. [REDACTED] 1954 das Recht aus der Grundschild weder der WKV noch der Sparkasse abtreten wollen.

Der Angriff hat keinen Erfolg.

Das Oberlandesgericht hat im Sinne der Beklagten angenommen, daß die Grundschild der WKV nicht abgetreten worden ist und diesen Umstand bei der Auslegung der Urkunde vom ■■■. ■■■■■ 1954 gewürdigt. Darauf, ob Adolf Sch■■■■ die Grundschild der Sparkasse nicht hat abtreten wollen, kommt es hier, wo nur die vertragliche Regelung der Beklagten mit ihrem Sohn zu prüfen ist, nicht an. Die Revision hat auch keinen einleuchtenden Grund angegeben, warum der Vortrag der Beklagten insoweit "bedeutsam" sein sollte. Dem Berufungsgericht ist kein Rechtsfehler unterlaufen.

2. Sodann wendet die Revision ein, die rechtskundigen Partner des Vertrags vom ■■■. ■■■■■ 1954 hätten eine Abtretung der Grundschild selbst gewollt; das ergebe der Sinn der Vereinbarung, der Beklagten eine Sicherheit für ihre Forderungen zu verschaffen.

Diese Rüge ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil auch bei der vom Oberlandesgericht vorgenommenen Auslegung dem Sicherungsbedürfnis der Beklagten Rechnung getragen ist, und zwar in dem gleichen Umfang, wie Adolf Sch■■■■ dem Sicherungsverlangen der WKV durch die Begründung des sie begünstigenden Zurückbehaltungsrechts entsprochen hat. Die Beklagte durfte annehmen, daß die Zurückbehaltung des Briefs Adolf Sch■■■■, den persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, zur Tilgung ihrer Forderungen gegen die Gesellschaft veranlassen werde (vgl. RGZ 124, 28, 30), weil er sonst in der Verfügungsmöglichkeit über seine Grundschild beschränkt blieb. Im übrigen erweist sich die tatrichterliche Auslegung der Vereinbarung zum mindesten als möglich. Das Oberlandesgericht hat dabei weder gegen gesetzliche Vorschriften noch gegen allgemeine Auslegungsgrundsätze verstoßen. Es hätte seinen Erwägungen noch anfügen können, daß

die Beklagte erstmals im zweiten Rechtszug (vgl. ihren Schriftsatz vom 30. Oktober 1961 S. 8/9, Bl. 122/123 GA) behauptet hat, sie und ihr Sohn Adolf Sch[REDACTED] hätten eine Abtretung der G r u n d s c h u l d gewollt. Sie hat sich zum Beweise dessen auf das Zeugnis des Vorgenannten berufen. Vor dem Landgericht lautete ihr Vortrag anders. Im Schriftsatz vom 16. April 1960 (Bl. 8, 10 GA) hat sie angeführt, ihr sei am [REDACTED]. [REDACTED] 1954 "der Anspruch auf Verzicht oder Abtretung der Grundschuld gegen die Sparkasse" abgetreten worden. Dafür hat sie Beweis durch Benennung ihres Sohnes Adolf Sch[REDACTED] als Zeugen angeboten. In ihren Schriftsätzen vom 18. Juni 1960 (Bl. 29 R GA) und 16. Mai 1961 (Bl. 85 GA) hat die Beklagte in Bezug auf den Vertrag vom [REDACTED]. [REDACTED] 1954 von der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der B r i e f e an sich gesprochen. Auch dafür hat sie sich auf das Zeugnis Adolf Sch[REDACTED] berufen. Im Schriftsatz vom 1. Juni 1961 (Bl. 88 GA; ähnlich im Schriftsatz vom 16. April 1960, Bl. 10 GA) hat sie vorgetragen, die Grundschuld sei vor der Konkurseröffnung n i e abgetreten und n i e zu einer Fremdgrundschuld geworden, "letzter Gläubiger der Grundschuld" sei "ganz einwandfrei" Adolf Sch[REDACTED] gewesen. Die Beklagte hat wiederum Beweis hierfür durch dessen Vernehmung als Zeugen angeboten. Für ihr unterschiedliches Vorbringen in den beiden Rechtszügen hat die Beklagte keine Erklärung gegeben.

3. Weiterhin rügt die Revision, daß § 286 ZPO verletzt sei. Sie meint, das Oberlandesgericht habe nicht das Gesamtbild der vertraglichen Beziehungen geprüft. Es hätte Adolf Sch[REDACTED] als Zeugen darüber vernehmen müssen, daß am [REDACTED]. [REDACTED] 1954 die Grundschuld selbst abgetreten werden sollte. Es habe unzulässigerweise eine Beweismwürdigung vorweggenommen. Das Berufungsgericht hätte seinen gegen die Glaubwürdigkeit sprechenden Erwägungen nur Raum geben können, nachdem es

den Zeugen gesehen und gehört hatte. Die im Berufungsurteil hierzu geäußerten Bedenken seien auch nicht geeignet, das Beweismittel wegen völligen Unwerts abzulehnen.

Der Revision ist zuzugeben, daß im allgemeinen der Richter nicht von der beantragten Vernehmung eines Zeugen wegen dessen voraussichtlicher Unglaubwürdigkeit absehen darf, er ihn vielmehr erst hören und sich dann ein Urteil über dessen Glaubwürdigkeit bilden soll. Es gibt jedoch, wie in der Rechtsprechung anerkannt ist, Ausnahmefälle, in denen die besonderen Umstände jenes sonst zu mißbilligende Verhalten zu rechtfertigen vermögen (RG HRR 1925 Nr. 933; BGH, Urteil vom 4. Mai 1960 - V ZR 163/58; BGH, Urteil vom 12. Juli 1962 - III ZR 139/61 S. 16 ff und BGH DRiZ 1962, 167). Ob dies hier der Fall ist, wofür manches sprechen mag, kann aber dahinstehen. Denn das als übergangen gerügte Beweisangebot Bl. 122/123 GA enthielt nur die Beweisbehauptung des beiderseitigen Abtretungswillens. Nähere Tatsachen, woraus sich die Kenntnis des Zeugen von dem angeblichen Abtretungswillen seines Vertragspartners entnehmen ließ, sind nicht bezeichnet. Mangels genügender Substantiierung brauchte daher schon aus diesem Grund das Berufungsgericht darauf nicht einzugehen, zumal da die Beklagte selbst in ersten Rechtszug vorgetragen hatte, die Grundsuld sei vor Konkurseröffnung nie abgetreten worden (vgl. oben S. 10), und keinen Aufschluß darüber gab, warum sie nunmehr das Gegenteil behauptet. Einer weiteren Prüfung unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des gerichtlichen Geständnisses (§ 288 ZPO) bedarf es bei dieser Sachlage nicht. Es braucht auch nicht erwogen zu werden, ob das Berufungsgericht die neuerliche Behauptung, Adolf Sch[REDACTED] habe seiner Mutter die Grundsuld selbst abgetreten, etwa im Hinblick auf § 138 ZPO wegen mangelnden Wahrheitsgehalts hätte unberücksichtigt lassen können (vgl. Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 138 I 3 a und d).

III.

Hiernach hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei seine Ansicht begründet, daß der Beklagten am ■. ■. 1954 die Grundsschuld nicht abgetreten worden ist. Ihm ist im Ergebnis auch darin zuzustimmen, daß der Beklagten aus der ihr eingeräumten Befugnis, den Grundschuldbrief "in Besitz zu nehmen, bis ihre Forderungen ausgeglichen sind", gegenüber dem Kläger kein Recht auf die Erlangung der Hinterlegungsmasse zuerkannt werden kann. Der Beklagten ist in jener Urkunde der Anspruch übertragen worden, sich den Brief der WKV "und dann von der Sparkasse nach Zurückzahlung der Beleihung" herausgeben zu lassen. Es mag zugunsten der Beklagten unterstellt werden, daß sie noch vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen Adolf Sch■■ den bedingten Herausgabeanspruch gegen die Sparkasse erworben hatte und damit mittelbare Besitzerin geworden war (§ 870 BGB). Das setzt sie aber jetzt nicht mehr in den Stand, mit Erfolg die Herausgabe des Briefes zu fordern. Das Rechtsverhältnis, auf das sie ihr Verlangen stützt, liegt in der ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht begründenden Vereinbarung vom ■. ■. 1954. Diesem Recht ist jedoch die Wirksamkeit im Konkurs versagt. Das folgt insbesondere aus §§ 47, 48, 49 Nr. 3, 4 KO, deren Ausnahmefälle hier nicht gegeben sind. Der Konkursverwalter hat die Pflicht, Sachen, in Ansehung derer eine schuldrechtlich wirksame Zurückbehaltungsbefugnis begründet, durch die Konkurseröffnung aber hinfällig geworden ist, zur Verwaltung und Verwertung an sich zu ziehen (vgl. insbesondere RGZ 51, 83, 86; 68, 278, 282; 77, 436, 438; Jaeger, KO 8. Aufl. § 49 A 42 mit weiteren Nachweisen; Mentzel/Kuhn, KO 7. Aufl. § 49 A 24). Das Verlangen des Klägers, die Beklagte solle auf ihre Rechte aus dem

Hinterlegungsverhältnis verzichten, ist danach begründet.

Der Tenor des landgerichtlichen Urteils begegnet keinen durchgreifenden Bedenken (vgl. Krieger/Bülow, Kommentar zur HinterlO 1937 § 13 A 5 c und e).

IV.

Da das Urteil auch sonst keinen von Amts wegen zu berücksichtigenden Rechtsirrtum zu Lasten der Revisionsklägerin enthält, ist das Rechtsmittel mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Mattern

Offterdinger

Dr. Grell