



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## TEILURTEIL

XI ZR 17/15

Verkündet am:  
9. Januar 2018  
Weber  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 491 Abs. 2 Nr. 2 (Fassung bis 20. März 2016, jetzt: § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB),  
§§ 1195, 1293

Ein Darlehensvertrag, der durch die Bestellung eines Pfandrechts an einem Inhabergrundschuldbrief gesichert wird, fällt nicht unter die Ausnahmeregelung des § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF (jetzt: § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB).

BGB § 492 Abs. 4 Satz 1, § 494 Abs. 2 Satz 1

- a) Ein Verbraucherdarlehensvertrag, der auf Grund einer formunwirksam erteilten Vollmacht geschlossen wurde, kann unter den Voraussetzungen des § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB geheilt werden.
- b) Wird das Darlehen an den vollmachtlosen Vertreter als Empfangsboten ausbezahlt, ist der Verbraucherdarlehensvertrag erst dann geheilt, wenn jener die Darlehensvaluta mit dessen Einverständnis an den Darlehensnehmer weiterleitet oder aufgrund einer neuen Weisung des Darlehensnehmers über sie disponiert.

BGH, Teilurteil vom 9. Januar 2018 - XI ZR 17/15 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

ECLI:DE:BGH:2018:090118UXIZR17.15.0

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 2018 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Maihold und Dr. Matthias sowie die Richterinnen Dr. Derstadt und Dr. Dauber

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 7. Januar 2015 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als ein Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Inhabergrundschuldbriefs verneint worden ist.

Ein Herausgabeanspruch aus § 1223 Abs. 1 BGB besteht nicht. Zur Prüfung eines Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen bleibt das Revisionsverfahren unterbrochen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger verlangt vom Beklagten als Insolvenzverwalter über das Vermögen der L. GmbH & Co. KG (im Folgenden: Schuldnerin) die Herausgabe eines Inhabergrundschuldbriefs. Die Schuldnerin, über deren Vermögen im Laufe des Revisionsverfahrens das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, betrieb auf Grund einer Erlaubnis nach § 34 GewO ein Pfandleihgewerbe.

2 Im Jahre 2011 wandte sich der Kläger mit der Bitte um Vermittlung eines Kredits an die I. GmbH (im Folgenden: I. GmbH). Deren Mitarbeiter K. und H. führten über einen Herrn D. ein Vermittlungsgespräch mit der Schuldnerin.

3 Mit notarieller Urkunde vom 22. Dezember 2011 bestellte der Kläger an seinem Grundstück Bu. in B. eine Grundschuld über 250.000 € zugunsten des jeweiligen Inhabers des Grundschuldbriefs und unterwarf sich wegen der Verpflichtung aus der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung. In der notariellen Urkunde wird unter der Überschrift "IV. Grundbucheklärungen, Unwiderrufliche Abtretung, Durchführung" in Ziffer (2) Folgendes ausgeführt:

"Der Eigentümer hat sich mit der L. GmbH & Co. KG [...] - nachstehend "L." genannt - geeinigt, dass diese Eigentümerin des neuen Inhabergrundschuldbriefes werden soll. Die Übergabe ist dadurch ersetzt worden, dass der Eigentümer hiermit seinen Anspruch auf Herausgabe des Grundschuldbriefes an L. abtritt. Der Eigentümer verzichtet auf den Zugang der Annahmeerklärung der L. ."

4 Auf Veranlassung des Klägers übersandte der Notar den vom Grundbuchamt erteilten Inhabergrundschuldbrief an die Schuldnerin.

5 Am 6. Januar 2012 wandte sich der Kläger mit folgendem Schreiben an die Schuldnerin:

"Pfandbetrag B. , Bu.

Sehr geehrte Damen und Herren,

Bitte zahlen Sie den gesamten Pfandbetrag an

Herrn D.

aus.

Herr D. wird sich mit Personalausweis oder Reisepass legitimieren."

6 Daraufhin zahlte die Schuldnerin an Herrn D. am 11. Januar 2012 zunächst einen Betrag in Höhe von 30.000 € gegen Übergabe eines Pfandscheins aus und, nachdem sie eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde erhalten hatte, am 13. Januar 2012 einen weiteren Betrag in Höhe von 70.000 €. An diesem Tag übergab die Schuldnerin Herrn D. das Original des nachfolgend abgedruckten neuen Pfandscheins über den Gesamtbetrag von 100.000 €:

**L**  
**LOMBARDVERTRAG**

**KOPIE**

DARLEHENSNEHMER R pa 0510122049D 1218 WIR BESTÄTIGEN DEN ABSCHLUSS EINES PFANDKREDITVERTRAGES GEM. § 1 PFANDLV WWW. .DE	LOMBARDPFAND 1 INHABERGRUNDSCHULDBRIEF VON B BLATT 59, BU 1, B 1. RANG L GMBH & CO. KG TELEFON · TELEFAX GESCHÄFTSZEITEN: MO-FR 10-18 UHR · GERICHTSSTAND: HAMBURG · GESCHÄFTSBEDINGUNGEN UMSEITIG	BETRAG: IN WORTEN 100000.00 *EINS NULL NULL NULL NULL MONATL. ZINSEN: NULL* MONATL. KOSTEN: 1000.00 ABSCHLUSSTAG: 2500.00 VERFALLTAG: 13.01.2012 VERTRAGSNR.: 13.04.2012 FRÜHERE 49 VERTRAGSNR.: VERSICHERUNGSSUMME: DOPPELTER DARL.BETRAG. KEIN NACHNAHMEVERSAND
--	--	---

7 Die mit "Geschäftsbedingungen umseitig" im Pfandschein in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schuldnerin trafen unter anderem folgende Regelungen:

"1. Durch Übergabe des Pfandes, Entgegennahme des Pfandscheins und Auszahlung des Darlehens wird ein Pfandkreditvertrag gemäß der Verordnung über den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher, den sonstigen einschlägigen Vorschriften und diesen Geschäftsbedingungen geschlossen.

[...]

3. Ist das Pfandrecht gültig bestellt worden, so ist der Verpfänder von jeder persönlichen Verpflichtung dem Pfandleiher gegenüber aus dem Pfandkredit befreit. Wird das Pfand nicht ausgelöst (Ziffer 4), kann sich der Pfandleiher ausschließlich aus dem Pfand befriedigen. [...]

4. Gegen Zahlung des Darlehens einschließlich der Zinsen und Unkostenvergütung kann das Pfand unter Ablieferung des Pfandscheins ausgelöst werden, soweit es nicht zum Zwecke der Verwertung dem Versteigerer ausgehändigt worden ist. [...]

8. Wird das Pfand nicht ausgelöst oder erneuert, wird es durch öffentliche Versteigerung verwertet. [...]"

8 Der Kläger hat sein Herausgabeverlangen auf § 985 BGB und auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB gestützt und hierzu geltend gemacht, er habe keinen wirksamen pfandbesicherten Darlehensvertrag mit der Schuldnerin geschlossen. Er habe weder selbst einen solchen Vertrag unterschrieben, noch habe er Herrn D. dazu bevollmächtigt. Überdies wäre ein solcher Darlehensvertrag gemäß § 492 Abs. 1 und Abs. 4 BGB formunwirksam. Der Kläger hat gemeint, er habe der Schuldnerin ausweislich der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde kein Pfandrecht bestellt, sondern Eigentum an dem Inhabergrundschuldbrief übertragen. Es sei kein Pfandkreditvertrag, sondern ein grundpfandrechlich gesichertes Immobiliendarlehen gewährt worden. Der Kläger hat sich zudem auf einen deliktischen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG berufen, weil die Schuldnerin ein Bankgeschäft ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben habe. Die Gewäh-

rung eines Darlehens gegen Verpfändung eines Inhabergrundschuldbriefs falle nicht unter die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 1 Nr. 5 KWG.

9 Die Schuldnerin hat geltend gemacht, der Kläger habe sie vertreten durch die I. GmbH und Herrn D. als deren Unterbevollmächtigten um die Gewährung eines Pfandkredits gebeten. Der mündliche Abschluss eines pfandbesicherten Darlehensvertrags, bei dem der Kläger durch die Herren K. und H. bzw. D. vertreten worden sei, ergebe sich aus dem Schreiben des Klägers vom 6. Januar 2012. Soweit in der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde von einer Eigentumsübertragung am Inhabergrundschuldbrief die Rede sei, handele es sich um eine falsa demonstratio. Die Schuldnerin hat sich auf die Ausnahmeregelungen in § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB und § 2 Abs. 1 Nr. 5 KWG berufen.

10 Der Kläger hat die Schuldnerin auf Herausgabe - hilfsweise zusätzlich zur Herausgabe auch auf Übereignung - des Grundschuldbriefs sowie auf Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Schuldnerin antragsgemäß zur Herausgabe und Übereignung des Grundschuldbriefs sowie zur Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten verurteilt. Auf die Berufung der Schuldnerin hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen.

11 Mit seiner von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision, die der Kläger innerhalb der Revisionsbegründungsfrist zunächst ausschließlich mit einem Bereicherungsanspruch wegen Unwirksamkeit des Darlehens (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB) und einem deliktischen Schadensersatzanspruch (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG, § 1004 BGB) und nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist zusätzlich wieder mit einem Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB und erstmals mit einem Herausgabeanspruch gemäß § 1223 Abs. 1 BGB begründet hat, verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

12 Das Revisionsverfahren ist mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin durch Beschluss des Amtsgerichts Niebüll vom 26. Juli 2017 gemäß § 240 ZPO unterbrochen worden. Mit Schriftsatz vom 16. November 2017 hat der Beklagte als Insolvenzverwalter die Aufnahme des Rechtsstreits erklärt.

Entscheidungsgründe:

A.

13 Der Beklagte hat das Revisionsverfahren gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO i.V.m. § 47 InsO nur insoweit wirksam aufgenommen, als der Kläger die Herausgabe des Inhabergrundschuldbriefs im Sinne der Verschaffung unmittelbaren Besitzes aus § 985 BGB und aus § 1223 Abs. 1 BGB verlangt. Nur diesen Ansprüchen kommt Aussonderungskraft zu. Im Übrigen bleibt das Revisionsverfahren gemäß § 240 ZPO unterbrochen.

14 1. Auch wenn der Kläger seine Herausgabeklage innerhalb der Revisionsbegründungsfrist ausschließlich auf einen Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB wegen Unwirksamkeit des Darlehens sowie auf einen deliktischen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG und - wegen Eigentumsbeeinträchtigung an seinem Grundstück - "gegebenenfalls i.V.m. § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB" gestützt hat, sind mögliche Ansprüche aus § 985 BGB und § 1223 Abs. 1 BGB, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgegriffen worden sind, zu prüfen. Es handelt sich dabei lediglich um unterschiedliche rechtliche Begründungen innerhalb eines einheitlichen prozessualen Anspruchs.

- 15           a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der Streitgegenstand durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund) bestimmt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. Zum Anspruchsgrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht vorträgt (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteil vom 5. Juli 2016 - XI ZR 254/15, BGHZ 211, 189 Rn. 24 mwN). Dies gilt unabhängig davon, ob einzelne Tatsachen des Lebenssachverhalts vom Kläger vorgetragen worden sind oder nicht (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 - IX ZR 207/11, WM 2012, 2242 Rn. 14 und Beschluss vom 3. März 2016 - IX ZB 33/14, BGHZ 209, 168 Rn. 27).
- 16           b) Hier bildet die Verpfändung des Inhabergrundschuldbriefs zur Absicherung des Pfanddarlehens einen solchen einheitlichen Tatsachenkomplex. Das Pfandrecht - als mögliches Recht zum Besitz (§ 986 Abs. 1 Satz 1 BGB) - ist akzessorisch zum Entstehen der gesicherten Forderung und daher unmittelbar mit den Fragen verknüpft, die die Revision im Rahmen des bereicherungsrechtlichen Anspruchs aufwirft. Der deliktische Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG knüpft ebenfalls an die vertragliche Abrede über die Ausführung des Bankgeschäfts oder der Finanzdienstleistung an und ist abgesehen von einer fehlenden Erlaubnis sowie einem - infolge der Unterrichtungspflicht - regelmäßig anzunehmenden fahrlässigen Verstoß nicht an besondere zusätzliche Voraussetzungen gekoppelt (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 - IX ZR 207/11, WM 2012, 2242 Rn. 15).
- 17           2. Gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO können gegen den Schuldner anhängige - unterbrochene - Verfahren durch den Insolvenzverwalter aufgenommen



werden, soweit sie auf die Aussonderung eines Gegenstands aus der Insolvenzmasse gerichtet sind.

18 a) Der auf Eigentum gestützte Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB begründet ein solches Aussonderungsrecht (BeckOK InsO/Cymutta, Stand: 31. Oktober 2017, § 86 Rn. 7; HK-InsO/Kayser, 8. Aufl., § 86 Rn. 7; KK-InsO/Plathner, § 86 Rn. 3; MünchKommInsO/Schumacher, 3. Aufl., § 86 Rn. 6).

19 b) Der Anspruch des Verpfänders gegen den Pfandgläubiger aus § 1223 Abs. 1 BGB auf Herausgabe der verpfändeten Sache nach Erlöschen des Pfandrechts hat ebenfalls Aussonderungskraft (A/G/R-Homann, InsO, 3. Aufl., § 47 Rn. 27; HambKomm/Büchler/Scholz, InsO, 6. Aufl., § 47 Rn. 29; KK-InsO/Hess, § 47 Rn. 316; allgemein für Ansprüche des Sicherungsgebers auf Rückgabe der Sicherheit nach Wegfall des Sicherungszwecks BeckOK InsO/Haneke, Stand: 31. Oktober 2017, § 47 Rn. 116a; MünchKommInsO/Ganter, 3. Aufl., § 47 Rn. 341).

20 3. Über einen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB oder gemäß § 1223 Abs. 1 BGB hinaus konnte der Beklagte den Rechtsstreit jedoch nicht aufnehmen, so dass das Revisionsverfahren insoweit gemäß § 240 ZPO unterbrochen bleibt.

21 a) Soweit der Kläger seine Herausgabeklage - unabhängig vom Eigentum am Inhabergrundschuldbrief - auf einen Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB und einen deliktischen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG stützt, handelt es sich nicht um einen Rechtsstreit im Sinne des § 86 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 InsO.

22 Weder der Herausgabeanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, den der Kläger damit begründet, dass das abzusichernde Darlehen mangels Vertretungsmacht nicht wirksam geschlossen, jedenfalls aber formunwirksam

(§ 492 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 Satz 1, § 494 Abs. 1 BGB) und sittenwidrig (§ 138 BGB) sei, noch der auf Naturalrestitution gerichtete deliktische Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG wegen Betreibens eines Bankgeschäfts ohne die erforderliche Erlaubnis bringen zum Ausdruck, dass der herausverlangte Gegenstand haftungsrechtlich nicht der Insolvenzmasse, sondern dem Anspruchsteller zuzuordnen ist (zur Abgrenzung vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - IX ZR 73/10, WM 2011, 612 Rn. 19 mwN). Die Ansprüche sind im Gegenteil darauf gerichtet, eine rechtsgrundlos zugunsten des Schuldners erfolgte Vermögensverschiebung aus der Masse zu korrigieren bzw. einen durch rechtswidriges Handeln des Schuldners bewirkten Schaden aus der Masse wieder auszugleichen. Derartige Verschaffungsansprüche begründen kein Aussonderungsrecht, sondern - abgesehen von den hier nicht vorliegenden Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 InsO - nur eine Insolvenzforderung (A/G/R-Homann, InsO, 3. Aufl., § 47 Rn. 30; BeckOK InsO/Haneke, Stand: 31. Oktober 2017, § 47 Rn. 8; FK-InsO/Imberger, 8. Aufl., § 47 Rn. 74; HK-InsO/Lohmann, 8. Aufl., § 47 Rn. 17; KK-InsO/Hess, § 47 Rn. 327; Karsten Schmidt/Thole, InsO, 19. Aufl., § 47 Rn. 45; MünchKommInsO/Ganter, 3. Aufl., § 47 Rn. 347; Nerlich/Römermann/Andres, InsO, Stand: September 2017, § 47 Rn. 50; Prütting in Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: September 2017, § 47 Rn. 48). Insolvenzgläubiger können ihre Forderung aber nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen (§ 87 InsO). Eine Fortsetzung des Revisionsverfahrens käme mithin nur nach §§ 174 ff., 179, 180 Abs. 2, § 184 InsO in Betracht.

- 23            b) Das gilt ebenso für den auf Zahlung vorgerichtlich entstandener Anwaltskosten gerichteten Klageantrag und den hilfsweise weiter verfolgten Antrag auf Übereignung des Inhabergrundschuldbriefs. Auch insoweit handelt es sich um Insolvenzforderungen.

24           4. Der teilweisen Aufnahme des Rechtsstreits steht nicht entgegen, dass der aufgenommene und der weiterhin unterbrochene Teil dieselben Rechtsfragen aufwerfen.

25           Zwar darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Teilentscheidung grundsätzlich nur ergehen, wenn sie von der Entscheidung über den verbleibenden Teil in der Art unabhängig ist, dass die Gefahr einander widerstreitender Erkenntnisse in der Teil- und in der Schlussentscheidung nicht besteht (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 20. Juni 2017 - XI ZR 72/16, WM 2017, 1599 Rn. 17 mwN). Das gilt aber nicht, wenn die Aufnahme eines durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochenen Rechtsstreits dem Insolvenzverwalter, dem Gläubiger oder dem Schuldner nur zu einem Teil möglich ist und Anhaltspunkte dafür, dass der unterbrochene Teil des Verfahrens alsbald fortgesetzt werden kann, - wie hier - nicht ersichtlich sind. Denn andernfalls würde der Rechtsschutz des das Verfahren aufnehmenden Insolvenzverwalters, Gläubigers oder Schuldners ohne sachliche Rechtfertigung verkürzt (BGH, Beschluss vom 7. Juli 2010 - XII ZR 158/09, ZIP 2010, 2410 Rn. 17 ff.; BGH, Urteil vom 30. November 2011 - XII ZR 170/06, WM 2012, 1091 Rn. 15; Senatsbeschluss vom 6. Dezember 2016 - XI ZR 46/14, juris Rn. 14).

## B.

26           Soweit der Beklagte den Rechtsstreit wirksam aufgenommen hat, hat die Revision teilweise Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und - soweit ein Anspruch aus § 985 BGB verneint worden ist - zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im Hinblick auf § 1223 Abs. 1 BGB hat sie keinen Erfolg.

I.

27           Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für den aufgenommenen Teil des Rechtsstreits relevant - im Wesentlichen ausgeführt:

28           Dem Herausgabeverlangen des Klägers aus § 985 BGB stehe das wirksame Pfandrecht der Schuldnerin als Recht zum Besitz entgegen.

29           Der Kläger habe mit der Schuldnerin wirksam einen Pfanddarlehensvertrag geschlossen und den Inhabergrundschuldbrief verpfändet. Er habe der Schuldnerin den Grundschuldbrief nicht übereignet. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus Ziffer IV. (2) der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde. Dort sei lediglich wiedergegeben, worüber sich Kläger und Schuldnerin angeblich zuvor geeinigt hätten. Dass es eine solche Einigung, die Schuldnerin solle Eigentümerin des neuen Inhabergrundschuldbriefs werden, tatsächlich gegeben habe, sei allerdings weder vorgetragen noch ersichtlich.

30           Die Schuldnerin habe sich mit Herrn D.           über die Gewährung eines Pfanddarlehens in Höhe von 100.000 € gegen Verpfändung des Grundschuldbriefs geeinigt, den Grundschuldbrief erhalten und die Darlehensvaluta ausgezahlt. Ob - entsprechend dem Vortrag der Schuldnerin - eine solche Einigung bereits vor dem 22. Dezember 2011 erfolgt sei, könne dahinstehen, weil spätestens mit Eingang des Grundschuldbriefs bei der Schuldnerin und Aushändigung der Pfandscheine an Herrn D.           sowohl ein Pfanddarlehensvertrag geschlossen als auch ein wirksames Pfandrecht an dem Grundschuldbrief bestellt worden sei. Mit Herrn D.           sei eine Einigung darüber getroffen worden, dass der Grundschuldbrief verpfändet werden solle. Allein in diesem Sinne sei die Entgegennahme der Pfandscheine und der Darlehensvaluta durch Herrn D.           zu verstehen. Entsprechend der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schuldnerin sei durch Übergabe des Pfandes, Entge-

gennahme des Pfandscheins und Auszahlung des Darlehens ein Pfandkreditvertrag gemäß der Pfandleihverordnung geschlossen worden.

31            Dabei sei der Kläger wirksam durch Herrn D.            vertreten worden. Er habe diesen mit Schreiben vom 6. Januar 2012 hinreichend deutlich gemäß § 167 BGB zum Abschluss des Pfanddarlehensvertrags bevollmächtigt. Dabei könne ebenfalls dahinstehen, ob schon vorher eine schuldrechtliche Einigung zwischen der Schuldnerin und Herrn D.            im Namen des Klägers getroffen worden sei, die der Kläger mit dem Schreiben vom 6. Januar 2012 gemäß § 184 BGB genehmigt habe, oder ob eine endgültige Einigung erst bei Übergabe der Pfandscheine und des Geldes am 11. und 13. Januar 2012 erfolgt sei, wofür der Kläger Herrn D.            mit dem Schreiben vom 6. Januar 2012 gemäß § 167 BGB Vollmacht erteilt habe.

32            Die Formvorschriften des § 492 Abs. 1 und Abs. 4 BGB für Verbraucherdarlehensverträge seien gemäß § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf den Pfanddarlehensvertrag und die Vollmacht nicht anwendbar, weil sich die Haftung des Klägers auf die im Grundschuldbrief verkörperte Grundschuld beschränke. Gemäß Ziffer 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schuldnerin sei der Verpfänder von jeder persönlichen Verpflichtung aus dem Pfandkredit befreit. Falls das Pfand nicht ausgelöst werde, könne sich der Pfandleiher ausschließlich aus dem Pfand befriedigen. Der Kläger hafte weder persönlich noch unmittelbar mit dem Grundstück.

## II.

33            Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Das Berufungsgericht hätte auf Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht annehmen dürfen, das Herausgabever-

langen des Klägers gemäß § 985 BGB scheitere an § 986 BGB, weil der Schuldnerin ein Pfandrecht an dem Inhabergrundschuldbrief zustehe.

34           1. Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Schuldnerin kein Eigentum an dem Inhabergrundschuldbrief erworben hat.

35           Gemäß § 1195 Satz 1 BGB kann eine Grundschuld in der Weise bestellt werden, dass der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Der Grundschuldbrief, der für die Inhabergrundschuld erstellt wird, ist ein Inhaberpapier (Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2015, § 1195 Rn. 8). Die darin verbriefte Inhabergrundschuld steht bei Entstehung stets dem Grundstückseigentümer zu und wird durch Übereignung des Briefs nach den Vorschriften über die Übereignung beweglicher Sachen (§§ 929 ff. BGB) übertragen (BeckOGK/R. Rebhan/S. Rebhan, BGB, Stand: 1. Juli 2017, § 1195 Rn. 3, 6; Münch-KommBGB/Lieder, 7. Aufl., § 1195 Rn. 4; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2015, § 1195 Rn. 10 f.).

36           Die tatrichterliche Auslegung des Berufungsgerichts, die notarielle Grundschuldbestellungsurkunde enthalte keine dahingehende Willenserklärung des Klägers, unterliegt im Revisionsverfahren nur der eingeschränkten Überprüfung darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen wurde (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteil vom 12. April 2016 - XI ZR 305/14, BGHZ 210, 30 Rn. 49 mwN). Solche Rechtsfehler sind nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht gerügt.

37           2. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe sich vertreten durch Herrn D.           mit der Schuldnerin über die Bestellung eines Pfandrechts an dem Inhabergrundschuldbrief geeinigt (§ 1293, §§ 1204 ff. BGB), hält revisionsrechtlicher Überprüfung ebenfalls stand.

38 a) Rechtsfehlerfrei und von der Revision unbeanstandet ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, durch die Auszahlung der insgesamt 100.000 € an Herrn D. unter Entgegennahme des entsprechenden Pfandscheins am 13. Januar 2012 habe sich dieser im Namen des Klägers mit der Schuldnerin sowohl über die Bestellung eines Pfandrechts an dem Inhabergrundschuldbrief, der sich bereits im Besitz der Schuldnerin befunden habe, geeinigt (§ 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB) als auch über den Abschluss eines pfandgesicherten Darlehensvertrags (§ 488 BGB).

39 b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, Herr D. sei zur Bestellung eines Pfandrechts an dem Inhabergrundschuldbrief im Namen des Klägers auch bevollmächtigt gewesen (§ 167 Abs. 1 BGB).

40 Die Annahme des Berufungsgerichts, das Schreiben vom 6. Januar 2012, in dem der Kläger unter der Eingangszeile "Pfandbetrag B. , Bu. 1" die Schuldnerin bat, den gesamten Pfandbetrag an Herrn D. auszuzahlen, beinhalte aus der maßgeblichen Sicht der Schuldnerin als Erklärungsempfängerin (§§ 133, 157 BGB) eine Außenvollmacht, sowohl das Pfandrecht an dem der Schuldnerin bereits übersandten Inhabergrundschuldbrief zu bestellen als auch den pfandgesicherten Darlehensvertrag zu schließen, lässt revisionsrechtlich beachtliche Fehler nicht erkennen. Gerade auf Grundlage des von der Revision in Bezug genommenen Klägervortrags, es habe vor Übersendung des Schreibens keine rechtsgeschäftliche Einigung mit der Schuldnerin gegeben, lässt sich das Schreiben nur so auffassen, dass diese bei Auszahlung des Geldbetrags noch zustande kommen sollte. Soweit die Revision geltend macht, das Berufungsgericht habe wesentlichen Auslegungstoff übergangen, ist die Verfahrensrüge schon nicht ordnungsgemäß ausgeführt (§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO). Hierfür wäre es erforderlich gewesen, die Tatsachen zu bezeichnen, aus denen sich

die Verfahrensverletzung ergeben soll, unter Angabe der Fundstelle in den Schriftsätzen der Tatsacheninstanzen (Senatsurteil vom 22. Februar 2005 - XI ZR 359/03, WM 2005, 782, 786 mwN). Daran fehlt es. Welcher Vortrag angeblich übergangen worden sein soll, wird in der Revisionsbegründung nicht wiedergegeben.

41           3. Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die gesicherte Darlehensforderung, zu deren Entstehen das Pfandrecht am Inhabergrundschuldbrief akzessorisch ist (vgl. § 1204 BGB), sei wirksam begründet worden, ist jedoch rechtsfehlerhaft.

42           a) Ohne Erfolg bleibt die Revision allerdings, soweit sie geltend macht, der Darlehensvertrag sei gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam, weil die Konditionen der Schuldnerin in besonders grobem Missverhältnis zum Marktzins für grundpfandrechtlich gesicherte Kredite gestanden hätten, wie sie bei Vereinbarung des Pfanddarlehens Anfang des Jahres 2012 gegolten hätten. Dieses Vorbringen, das weder aus dem Berufungsurteil noch dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist, ist revisionsrechtlich unbeachtlich (§ 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Revisionsbegründung zeigt nicht auf, diesen Vergleich bereits in der Berufungsinstanz angestellt zu haben, so dass die auf eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG, § 286 ZPO gestützte Verfahrensrüge (§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO) ihr ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen kann. Unabhängig davon lässt die Revision bei ihrer Betrachtung die Besonderheiten eines Pfanddarlehens gegenüber einem Immobiliendarlehen außer Acht. Zum einen hat der Pfandleiher nach den Bestimmungen der Verordnung über den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher (im Folgenden: Pfandleiherverordnung), an denen das Vertragsverhältnis nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schuldnerin hier ausgerichtet ist, das Pfand spätestens sechs Monate nach Eintritt der Verwertungsberechtigung, die regelmäßig einen Monat nach Fälligkeit des gesamten Darlehens entsteht, zu verwerten (§ 9 Abs. 1 und Abs. 2 Pfandleiher-



verordnung). Für die Zeit danach werden Zinsen und Unkostenvergütung nicht mehr geschuldet (Damrau, Pfandleihverordnung, 2. Aufl., § 9 Rn. 19). Zum anderen ist der Verpfänder von jeder persönlichen Verpflichtung dem Pfandleiher gegenüber aus dem Pfandkredit befreit. Wird das Pfand nicht ausgelöst, kann sich der Pfandleiher ausschließlich aus dem Pfand befriedigen (vgl. Ziffer 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schuldnerin und § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Pfandleihverordnung).

43            b) Der Darlehensvertrag ist auch nicht gemäß § 134 BGB nichtig. Dabei kann dahinstehen, ob die Schuldnerin, wie die Revision meint, diesen ohne eine nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG erforderliche Erlaubnis abgeschlossen hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt das Erfordernis der Erlaubnis für das Betreiben von Kreditgeschäften nicht dazu, dass die ohne Erlaubnis abgeschlossenen Darlehensverträge gemäß § 134 BGB nichtig sind (vgl. Senatsurteil vom 19. April 2011 - XI ZR 256/10, WM 2011, 1168 Rn. 20 mwN).

44            c) Mit der gegebenen Begründung hätte das Berufungsgericht jedoch nicht davon ausgehen dürfen, die auf Abschluss des vorliegenden Darlehensvertrags Herrn D. erteilte Vollmacht und der Darlehensvertrag seien nicht gemäß § 494 Abs. 1 BGB in der hier maßgeblichen vom 30. Juli 2010 bis zum 20. März 2016 geltenden Fassung formunwirksam. Mangels Feststellungen des Berufungsgerichts ist revisionsrechtlich zu unterstellen, dass der Kläger vorliegend als Verbraucher gehandelt hat.

45            aa) Wie bereits ausgeführt, ist es aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht das Schreiben vom 6. Januar 2012 als Außenvollmacht (§ 167 Abs. 1 BGB) zum Abschluss eines Darlehensvertrags zu den im Pfandschein niedergelegten Konditionen ausgelegt hat. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, dass das Schreiben vom 6. Januar 2012

und der im Pfandschein niedergelegte Darlehensvertrag die Anforderungen des § 492 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 Satz 1 BGB an Form und Inhalt eines Verbraucherdarlehensvertrags und einer auf Abschluss eines solchen Vertrags erteilten Vollmacht nicht erfüllen.

46           bb) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist die Anwendbarkeit der verbraucherkreditrechtlichen Formvorschriften vorliegend nicht aufgrund der Ausnahmeregelung in § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB in der hier maßgeblichen vom 11. Juni 2010 bis zum 20. März 2016 geltenden Fassung (im Folgenden: aF; jetzt: § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB) ausgeschlossen. Gemäß § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF sind Verträge, bei denen sich die Haftung des Darlehensnehmers auf eine dem Darlehensgeber zum Pfand übergebene Sache beschränkt, keine Verbraucherdarlehensverträge. Diese Voraussetzungen erfüllt ein Darlehensvertrag, der durch die Bestellung eines Pfandrechts an einem Inhabergrundschuldbrief (§§ 1195, 1293 BGB) abgesichert wird, nicht (aA Jungmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 81 Rn. 30).

47           (1) Bereits vor Inkrafttreten der gesetzlichen Ausnahmeregelung in § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF im Zuge der Umsetzung der - auf den vorliegenden Fall bereits aus anderen Gründen nicht anwendbaren (vgl. deren Art. 2 Abs. 2 Buchst. c) - Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (ABl. EU L 133 S. 66) wurde die Vergabe von Darlehen durch gewerbliche Pfandleiher (§ 34 GewO) anerkanntermaßen nicht von den Vorschriften zum Verbraucherkreditrecht, sondern ausschließlich von den Regelungen der aufgrund der Ermächtigungsnorm des § 34 Abs. 2 GewO erlassenen Pfandleihverordnung erfasst, die auch Vorgaben dazu macht, wie das Pfandleihverhältnis auszugestalten ist (Bülow in Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 9. Aufl., § 491 Rn. 163; MünchKommBGB/Schürnbrand, 7. Aufl.,

§ 491 Rn. 10; Münstermann/Hannes, VerbrKrG, § 1 Rn. 14; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2012, § 491 Rn. 8, 77).

48 Die Ausnahmeregelung des § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF (jetzt: § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB) setzt voraus, dass ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache (§§ 1204 ff. BGB) vereinbart und die verpfändete Sache übergeben worden ist. Der Begriff der "Haftung" umschreibt sämtliche Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag. Der Pfandgegenstand muss daher kraft Vertrags alle zukünftigen Zahlungsverpflichtungen des Darlehensnehmers abdecken. Die Vorschriften zum Verbraucherdarlehen sind nur dann nicht anwendbar, wenn der Darlehensgeber keine weiteren Ansprüche aus dem Darlehensvertrag oder aus dem Gesetz (z.B. Verzug oder Nichterfüllung) gegen den Darlehensnehmer geltend machen kann als die Befriedigung aus dem Pfand (BT-Drucks. 16/11643, S. 76; MünchKommBGB/Schürnbrand, 7. Aufl., § 491 Rn. 66; PWW/Nobbe, BGB, 12. Aufl., § 491 Rn. 31; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2012, § 491 Rn. 77 ).

49 (2) Der durch Bestellung eines Pfandrechts an dem Inhabergrundschuldbrief gesicherte Darlehensvertrag zwischen dem Kläger und der Schuldnerin wird nach dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der - grundsätzlich eng auszulegenden (PWW/Nobbe, BGB, 12. Aufl., § 491 Rn. 31; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2012, § 491 Rn. 77) - Ausnahmeregelung von dieser nicht erfasst.

50 Zwar wird der Inhabergrundschuldbrief als Inhaberpapier nach den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen gemäß §§ 1205 f. BGB verpfändet (§ 1293 BGB). Wirtschaftliche Bedeutung hat die Verpfändung des Briefs aber nur deshalb, weil sie es ermöglicht, die darin verbrieftete Grundschuld zu verwerten. Obwohl das Pfandrecht am Inhaberpapier festgemacht wird, ist sein wesentlicher Gegenstand das Recht aus dem Papier (MünchKommBGB/

Damrau, 7. Aufl., § 1293 Rn. 1; Staudinger/Wiegand, BGB, Neubearb. 2009, § 1293 Rn. 1). Gemäß § 1294 BGB kann der Pfandrechtsinhaber an einem Inhaberpapier die verbrieftete Forderung bereits vor Pfandreife im Sinne des § 1228 Abs. 2 BGB und ohne Rücksicht auf die Höhe der eigenen Forderung in vollem Umfang einziehen (MünchKommBGB/Damrau, 7. Aufl., § 1294 Rn. 1 bis 3; PWW/Nobbe, BGB, 12. Aufl., § 1294 Rn. 1; Staudinger/Wiegand, BGB, Neubearb. 2009, § 1294 Rn. 4). Nach Eintritt der Pfandreife und in Höhe der gesicherten Forderung kann er an Zahlungs statt gemäß § 1282 Abs. 1 Satz 3 BGB auch die Abtretung der verbrieften Forderung verlangen (vgl. MünchKommBGB/Damrau, 7. Aufl., § 1294 Rn. 4; PWW/Nobbe, BGB, 12. Aufl., § 1294 Rn. 1; Staudinger/Wiegand, BGB, Neubearb. 2009, § 1294 Rn. 4; Soergel/Habersack, BGB, 13. Aufl., § 1294 Rn. 2). Wahlweise kann er das verbrieftete Recht ohne Vollstreckungstitel durch Pfandverkauf gemäß §§ 1228, 1235 Abs. 1 BGB oder mit Vollstreckungstitel gemäß § 1233 Abs. 2 BGB bzw. § 1277 BGB im Wege der Zwangsvollstreckung verwerten (MünchKommBGB/Damrau, 7. Aufl., § 1293 Rn. 4; Palandt/Wicke, BGB, 77. Aufl., § 1293 Rn. 3; PWW/Nobbe, BGB, 12. Aufl., § 1293 Rn. 5; Staudinger/Wiegand, BGB, Neubearb. 2009, § 1293 Rn. 9). Vorliegend wurde der Schuldnerin bereits eine vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erteilt, die es ihr als Pfandgläubigerin ermöglicht, die Zwangsversteigerung des Grundstücks zu betreiben (vgl. Staudinger/Wiegand, BGB, Neubearb. 2009, § 1277 Rn. 9). Die Verwertungsmöglichkeiten des Inhabers eines Pfandrechts am Inhabergrundschuldbrief verdeutlichen, dass der Verpfänder nicht ausschließlich mit der "zum Pfand übergebenen Sache", sondern mit dem darin verbrieften Recht haftet. Der Umstand, dass sich Übertragung und Belastung der Inhabergrundschuld im Interesse erleichterter Verkehrsfähigkeit (vgl. BeckOGK/R. Rebhan/S. Rebhan, BGB, Stand: 1. Juli 2017, § 1195 Rn. 1) an den Brief als bewegliche Sache knüpfen, ändert daran nichts. Bereits nach dem Wortlaut des § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF (jetzt: § 491

Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB) ist allein entscheidend, womit der Verpfänder haftet, und nicht auf welche Weise diese Haftung begründet wird.

51 Vor allem lässt es sich mit dem Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung des § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF (jetzt: § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB) nicht vereinbaren, von einem Verbraucher aufgenommene Darlehen, die durch ein Pfandrecht an einem Inhabergrundschuldbrief abgesichert sind, vom Anwendungsbereich der verbraucherschützenden Vorschriften generell auszunehmen. Die Ausnahmetatbestände des § 491 Abs. 2 BGB aF (jetzt: § 491 Abs. 2 Satz 2 BGB) tragen besonderen Situationen Rechnung, in denen einerseits der Verbraucher nicht oder signifikant weniger schutzbedürftig ist sowie andererseits die Einhaltung der §§ 491 ff. BGB dem Unternehmer nicht zumutbar ist und aus Sicht des Verbrauchers nur zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Verteuerung des Darlehens führte (MünchKommBGB/Schürnbrand, 7. Aufl., § 491 Rn. 62). Der Verpfänder einer beweglichen Sache, den § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF (jetzt: § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB) im Blick hat, ist deshalb weniger schutzbedürftig, weil er die Sache, deren Verlust er im schlimmsten Falle zu besorgen hat, bereits übergeben und damit zu erkennen gegeben hat, dass er sie in einer Notsituation entbehren kann. Durch die Übergabe des Pfandgegenstands ist der Verpfänder hinreichend vor den Folgen gewarnt (Jungmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 81 Rn. 30). Damit lässt sich der vorliegende Fall nicht vergleichen. Die Übergabe des Inhabergrundschuldbriefs führt dem Verbraucher die wirtschaftlichen Folgen, die ihm bei nicht rechtzeitiger Auslösung des Pfandes drohen, gerade nicht vor Augen. Auch wenn die Schuldnerin vom Kläger persönlich keine Zahlung verlangen, sondern "nur" die Grundschuld verwerten kann, ist der Kläger deshalb nicht signifikant weniger schutzbedürftig als ein Darlehensnehmer, der dem Darlehensgeber zur Absicherung der Ansprüche aus dem Darlehensvertrag an seinem Grundstück eine Grundschuld bestellt hat.

III.

52 Nach Maßgabe des vorliegend zulässigen Prüfungsumfangs stellt sich das Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Kläger das Darlehen als Verbraucher aufgenommen hat, so dass dies revisi-  
onsrechtlich zu seinen Gunsten zu unterstellen ist. Auf dieser Basis kann der Senat mangels hinreichender Feststellungen nicht davon ausgehen, dass der formunwirksam geschlossene Verbraucherdarlehensvertrag gemäß § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB geheilt worden ist. Der Kläger als Darlehensnehmer hat die Darlehensvaluta nicht dadurch empfangen, dass sie aufgrund seines Schreibens vom 6. Januar 2012 an Herrn D. ausbezahlt wurde.

53 1. Die Heilungsmöglichkeit des § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB ist auch dann eröffnet, wenn - wie hier aufgrund unter anderem fehlender Angaben gemäß Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 EGBGB - die auf Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Vollmacht formun-  
wirksam erteilt wurde. Sind die Voraussetzungen einer Genehmigung des voll-  
machtlosen Vertreterhandels gemäß § 177 Abs. 1 BGB, die als schlüssige Er-  
klärung voraussetzt, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder  
zumindest mit ihr rechnet (vgl. Senatsurteil vom 14. Mai 2002 - XI ZR 155/01,  
WM 2002, 1273, 1275), nicht erfüllt, tritt unter den in § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB  
genannten Voraussetzungen Heilung des Vertrags genauso ein, wie wenn der  
Verbraucher selbst einen formwidrigen Vertrag abgeschlossen hätte (Bülow in  
Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 9. Aufl., § 494 Rn. 9, 59; Möller in  
Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 494 Rn. 18; MünchKommBGB/Schürnbrand,  
7. Aufl., § 494 Rn. 17; Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 494 Rn. 4; Nobbe/  
Müller-Christmann, Kommentar zum Kreditrecht, 2. Aufl., § 494 Rn. 16; Peters

in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 81 Rn. 251; Roth, WM 2003, 2356, 2358; Soergel/Seifert, BGB, 13. Aufl., § 494 Rn. 38; Timmann, BB 2003, Beilage 6, 23, 30; wohl auch Habersack, Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte - Wissenszurechnung bei Kreditinstituten, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung Bd. 20, S. 3, 26 f.; aA nur Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB: PWW/Nobbe, BGB, 12. Aufl., § 494 Rn. 4; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2012, § 494 Rn. 13).

54           Hierfür spricht bereits der Wortlaut des § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB, nach dem die Möglichkeit der Heilung des Vertrags in allen Fällen der in Absatz 1 benannten Mängel besteht. Der Gesetzeszweck des § 492 Abs. 4 Satz 1 BGB, den mit den Formvorschriften erstrebten Verbraucherschutz in Vertretungsfällen nicht leer laufen zu lassen (BT-Drucks. 14/7052, S. 201), rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung beider Formfehler ebenfalls nicht. Es gibt keinen Grund, dem Verbraucher in den Fällen, in denen die Formvorschriften auch oder nur bei der Vollmachterteilung missachtet wurden, die Heilungsmöglichkeit des § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB mit den ihm günstigen Modifikationen des § 494 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 bis 6 BGB zu versagen und ihn ausschließlich auf die Möglichkeit zu verweisen, den Vertrag unter Inkaufnahme des vorgesehene Vertragsinhalts zu genehmigen, um nicht nach Bereicherungsrecht die Darlehensvaluta sofort zurückzahlen zu müssen.

55           Die Stellungnahme des Rechtsausschusses im Gesetzgebungsverfahren führt zu keinem anderen Auslegungsergebnis. Dieser hielt es nur deshalb nicht für erforderlich, die Heilungsmöglichkeit auch auf die formunwirksam erteilte Vollmacht zu erstrecken, weil er rechtsirrig davon ausging, jede Empfangnahme des Darlehens durch den Darlehensnehmer bringe bereits konkludent eine Genehmigung des Darlehensvertrags gemäß §§ 177, 182 BGB zum Ausdruck (BT-Drucks. 14/7052, S. 202).

56                    2. Die Voraussetzungen einer Heilung des Vertrags gemäß § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB lassen sich aufgrund der vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen jedoch nicht bejahen. Die Auszahlung an Herrn D. führte nicht dazu, dass der Kläger als Darlehensnehmer die Darlehensvaluta empfangen hat.

57                    a) Anders als die Revision meint, folgt dies allerdings nicht daraus, dass Herr D. dabei als "verlängerter Arm" der Schuldnerin gehandelt hat.

58                    Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist von einem Empfang des Darlehens auszugehen, wenn der Darlehensgegenstand aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Vertragsgegners in der vereinbarten Form endgültig zugeführt wurde (Senatsurteile vom 9. Mai 2006 - XI ZR 119/05, WM 2006, 1243 Rn. 19 und vom 9. Dezember 2008 - XI ZR 513/07, BGHZ 179, 126 Rn. 27 und mwN). Wird die Darlehensvaluta auf Weisung des Darlehensnehmers an einen Dritten ausgezahlt, so hat der Darlehensnehmer regelmäßig den Kreditbetrag empfangen, wenn der von ihm als Empfänger namhaft gemachte Dritte das Geld vom Darlehensgeber erhalten hat, es sei denn, der Dritte ist nicht überwiegend im Interesse des Darlehensnehmers, sondern sozusagen als "verlängerter Arm" des Darlehensgebers tätig geworden (Senatsurteile vom 12. November 2002 - XI ZR 47/01, BGHZ 152, 331, 336 f., vom 25. April 2006 - XI ZR 29/05, BGHZ 167, 223, 235 f., vom 9. Mai 2006 - XI ZR 119/05, WM 2006, 1243 Rn. 19 und vom 15. Juni 2010 - XI ZR 309/09, WM 2010, 1399 Rn. 22, jeweils mwN). Letzteres liegt hier nicht vor. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass das Darlehen überwiegend oder zumindest gleichrangig im (Sicherungs-)Interesse der Schuldnerin an Herrn D. ausbezahlt worden sein könnte (vgl. dazu BGH, Urteile vom 13. April 1978 - III ZR 125/76, WM 1978, 878 und vom 7. März 1985 - III ZR 211/83, WM 1985, 653). Solche Anhaltspunkte ergeben sich auch nicht aus dem von der Revision in Bezug genommenen Klägervor-



trag, nach dem Herr D. "im Lager" der Schuldnerin gestanden habe und für diese als Pfandvermittler tätig geworden sei. Daraus lässt sich ein Interesse der Schuldnerin daran, die Darlehensvaluta an ihn als Dritten auszukehren, nicht herleiten.

59                    b) Im Schreiben vom 6. Januar 2012 liegt jedoch keine dem Kläger zurechenbare Auszahlungsanweisung.

60                    Eine entgegen § 492 Abs. 4 Satz 1, § 494 Abs. 1 BGB formunwirksam erteilte Vollmacht kann in den Fällen, in denen der Vertreter auch das Erfüllungsgeschäft vornimmt, nicht herangezogen werden, um die Heilung des Kausalgeschäfts mit Entgegennahme der Darlehensvaluta durch den Vertreter als Empfangsboten zu begründen (zutreffend BT-Drucks. 14/7052, S. 202; Roth, WM 2003, 2356, 2358 f.). Wird das Darlehen an den vollmachtlosen Vertreter als Empfangsboten ausbezahlt, ist der formunwirksam geschlossene Darlehensvertrag vielmehr erst dann gemäß § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB geheilt, wenn jener die Darlehensvaluta mit dessen Einverständnis an den Darlehensnehmer weiterleitet oder aufgrund einer neuen Weisung des Darlehensnehmers über sie disponiert (Bülow in Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 9. Aufl., § 494 Rn. 59; MünchKommBGB/Schürnbrand, 7. Aufl., § 494 Rn. 17; Nobbe/Müller-Christmann, Kommentar zum Kreditrecht, 2. Aufl., § 494 Rn. 16; Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 494 Rn. 4; Roth, WM 2003, 2356, 2359). Hierzu fehlen Feststellungen.

#### IV.

61                    Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben, soweit das Berufungsgericht einen Anspruch auf Herausgabe des Inhabergrundschuldbriefs verneint hat (§ 562 Abs. 1 ZPO).

62           1. Ein Herausgabeanspruch aus § 1223 Abs. 1 BGB, der von der Aufnahme des Rechtsstreits durch den Beklagten erfasst ist (vgl. dazu oben unter A. 2. b), steht dem Kläger entgegen der Ansicht der Revision nicht zu.

63           Der Anspruch ist Teil des in §§ 1215 ff. BGB näher geregelten gesetzlichen Schuldverhältnisses, das mit Verpfändung der Sache zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger entsteht. Er setzt voraus, dass das einmal wirksam bestellte Pfandrecht durch nachträglich eingetretene Umstände, z.B. Tilgung der gesicherten Forderung (§ 1252 BGB), Übertragung der Forderung unter Ausschluss des Pfandrechtsübergangs (§ 1250 Abs. 2 BGB), rechtsgeschäftliche Aufhebung des Pfandrechts (§ 1255 BGB), Zusammentreffen von Pfandrecht und Eigentum (§ 1256 BGB) oder den Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB), erloschen ist (Erman/Schmidt, BGB, 15. Aufl., § 1223 Rn. 1, 3; PWW/Nobbe, BGB, 12. Aufl., § 1223 Rn. 1; MünchKommBGB/Damrau, 7. Aufl., § 1223 Rn. 1, 2; Staudinger/Wiegand, BGB, Neubearb. 2009, § 1223 Rn. 1, 4). Ein solcher Sachverhalt steht hier nicht in Rede. Aus den beiden von der Revision angeführten Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 3. Februar 1971 (VIII ZR 94/69, WM 1971, 346) und vom 26. Januar 1983 (VIII ZR 257/81, BGHZ 86, 340, 346 ff.), in denen das Pfandrecht für eine künftige Forderung bestellt wurde (§ 1204 Abs. 2 BGB), ergibt sich nichts anderes.

64                    2. Mangels Entscheidungsreife ist die Sache aber insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, als es einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB verneint hat (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ellenberger

Maihold

Matthias

Derstadt

Dauber

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 12.02.2014 - 330 O 558/12 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 07.01.2015 - 15 U 7/14 -