

## **Fall 10 - Lösungsskizze: Die verflixte Graphik**

### **A. Anspruch B → F auf Herausgabe der Graphik gem. §§ 1227, 985**

*Der Pfandgläubiger wird gegen Beeinträchtigungen seines dinglichen Rechts bzw. seiner Durchsetzung geschützt durch die §§ 1227, 985 ff. BGB, durch die Besitzschutz- und Selbsthilferegeln der §§ 859 ff., 227 ff. BGB, das Deliktsrecht, insbesondere §§ 823 I, 823 II BGB i.V.m. § 289 StGB, das Bereicherungsrecht, Ansprüche aus dem mit der Pfandbestellung verbundenen gesetzlichen Schuldverhältnis gem. § 1215 BGB gegenüber dem Verpfänder und ggf. dem Eigentümer (wobei sich daraus insbesondere Pflichten des Pfandgläubigers ergeben), sowie durch die Rechte gegen den Verpfänder aus dem Pfandvertrag.*

B könnte gegen F einen Anspruch auf Herausgabe der Graphik gem. den §§ 1227, 985 haben. Dazu müssten B Pfandgläubiger und F unberechtigte Pfandbesitzerin sein.

### **I. Pfandrecht des B**

B könnte ein Pfandrecht von A erworben haben. Voraussetzungen für die Bestellung eines Pfandrechts an einer beweglichen Sache sind nach den §§ 1204, 1205 die Einigung zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder (Einigsein), die Übergabe des Pfandes, die Berechtigung des Verpfänders und die Existenz einer (auch künftigen oder bedingten, § 1204 II) gesicherten Forderung.

#### **1. Einigung**

Die Einigung muss sich auf die Bestellung eines Pfandrechts für den (bestimmten) Gläubiger an dem (bestimmten) Pfandgegenstand wegen einer (bestimmten) gesicherten Forderung beziehen. A und B waren sich darüber einig, dass B zur Sicherung der ihm zustehenden Darlehensforderung (Darlehen gem. § 488 I 2) i.H.v. € 2.500,- ein Pfandrecht an der Graphik bestellt werden sollte.

#### **2. Übergabe**

Da sich B noch nicht im Besitz der Graphik befand, war zur Bestellung des Pfandrechts noch die Übergabe des Pfandes gem. § 1205 I 1 oder ein Surrogat nach §§ 1205 II, 1206 erforderlich.

*Beachte: Anders als bei der Sicherungsübereignung ist die Bestellung eines Pfandrechts nicht möglich, bei dem der Verpfänder den unmittelbaren Alleinbesitz am Pfand behält.*

Eine Übergabe nach § 1205 I 1 konnte hier nicht erfolgen, da im Hinblick auf die Einigung kein Wechsel im unmittelbaren Besitz stattfand. In Betracht kommt allein ein Übergabesurrogat gem. § 1205 II. Also müsste der Eigentümer A den mittelbaren Besitz auf B übertragen und die Verpfändung dem (unmittelbaren) Besitzer angezeigt haben.

A hatte das Bild dem X zum Zwecke der Ausstellung geliehen und war insoweit gem. § 868 mittelbarer Besitzer (am erforderlichen Fremdbesitzerwillen des X zu zweifeln, besteht kein Anlass); sein Herausgabeanspruch gegen X ergibt sich aus dem Leihvertrag, § 604. Der mittelbare Besitz wird gem. § 870 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen. Hier hat A dem B alle Ansprüche gegen X bezüglich der Graphik – darunter auch den Herausgabeanspruch gem. § 604 – abgetreten, § 398. Für die Abtretung bzw. den Übergang des mittelbaren Besitzes kommt es auf die Kenntnis des X nicht an.

Weiterhin müsste die Verpfändung dem (unmittelbaren) Besitzer – X – auch vom Eigentümer A angezeigt worden sein. Die Verpfändungsanzeige ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (keine bloße Wissenserklärung). Durch

sie wird der unmittelbare Besitzer berechtigt und verpflichtet, die Sache an den Pfandgläubiger anstelle des Eigentümers herauszugeben. Sie bewirkt die Publizität der Verpfändung. Eine solche Anzeige liegt in dem Zettel, den A schrieb und der Haushälterin des X aushändigte.

Fraglich ist jedoch, ob die Anzeige wirksam geworden ist. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung wird gem. § 130 I 1 erst mit ihrem Zugang wirksam. Zugang tritt dann ein, wenn die Willenserklärung zur Kenntnis genommen wird oder wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass unter gewöhnlichen Umständen bei Berücksichtigung der Verkehrsanschauung mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist. Tatsächlich selbst erhalten hat X den Zettel nicht; jedoch könnte die Haushälterin seine Empfangsbotin sein, so dass die ihr anvertraute Erklärung bereits in den Machtbereich des X gelangt war und dann in dem Moment zugegangen ist, in dem nach der Verkehrsanschauung mit einer Weiterleitung der Nachricht zu rechnen war. Empfangsbote ist, wer vom Empfänger dazu bestellt oder – mangels besonderer Anhaltspunkte – wer nach der Verkehrsanschauung als dazu bestellt anzusehen ist (Palandt-*Heinrichs*, § 130 Rn. 9). Zu diesem Kreis gehört auch die Haushälterin, insbesondere wenn sie aufgrund langjähriger Beschäftigung eine besondere Vertrauensposition innehat. Daher ist die Verpfändungsanzeige dem X – spätestens am Tag nach Aushändigung an die Haushälterin – auch zugegangen.

Es liegt also ein Übergabesurrogat gem. § 1205 II vor – zu diesem Zeitpunkt waren sich A und B über die Verpfändung auch noch einig.

3. Berechtigung des A

Als Eigentümer war A auch zur Verpfändung berechtigt.

4. gesicherte Forderung

Mit der Darlehensschuld gegenüber B bestand auch eine durch das Pfandrecht gesicherte (ggf. noch betagte) Forderung des Pfandgläubigers B.

5. Zwischenergebnis

Damit ist ein Pfandrecht des B entstanden.

6. Erlöschen des Pfandrechts durch Rückgabe des Gemäldes an A

Das Pfandrecht könnte jedoch gem. § 1253 I 1 durch Rückgabe des Pfandes an den Verpfänder und Eigentümer A untergegangen sein. Gemäß § 1253 II löst der Besitz des Eigentümers / Verpfänders eine entsprechende Vermutung aus, die durch die Weitergabe an F nicht ausgeschlossen wird (§ 1253 II 2).

Jedoch sind von § 1253 I 1 nur solche „Rückgaben“ erfasst, die durch den Pfandgläubiger erfolgen oder – wenn Dritte tätig werden – zumindest auf seinem Willen beruhen. Die Rückgabe ist hier aber ohne Kenntnis des B erfolgt. Damit ist das Pfandrecht nicht durch Rückgabe des Pfandes erloschen, die entsprechende Vermutung kann B widerlegen.

7. Erlöschen durch gutgläubigen, lastenfreien Erwerb der F

Das Pfandrecht könnte jedoch durch gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerb der F gem. § 936 erloschen sein. Die Graphik war mit dem Pfandrecht des B belastet, einem Recht im Sinne des § 936 I 1, als F sie von A bekam. Ferner müsste F das Eigentum an der Graphik erworben haben – gleich, ob vom Berechtigten oder Nichtberechtigten. Hier hat der Berechtigte A – davon kann ausgegangen werden, da es sich um ein Geburtstagsgeschenk handelt – ihr die Graphik gem. § 929 Satz 1 übereignet. F war ferner gutgläubig hinsichtlich der Lastenfreiheit des Bildes, § 936 II (§ 932 II).

Fraglich ist, ob ein Abhandenkommen des Pfandes den lastenfreien Erwerb hindert. § 936 nimmt § 935 nicht in Bezug; nach allgemeiner Auffassung

handelt es sich dabei jedoch um eine planwidrige Gesetzeslücke, da die gleichen Zurechnungserwägungen wie beim redlichen Eigentumserwerb eine Sperre bei abhanden gekommenen Sachen gebieten (vgl. MüKo-Quack, § 936 Rn. 15); deshalb findet § 935 entsprechende Anwendung. Allerdings liegt ein Abhandenkommen i.S.d. § 935 nur vor, wenn der unmittelbare Besitzer unfreiwillig den Besitz verliert – der Berechtigte B verlor hier nur seinen *mittelbaren* Besitz; es kommt dann gem. § 935 I 2 darauf an, ob die Sache dem unmittelbaren Besitzer – X – abhanden gekommen ist. X händigte die Sache aber freiwillig dem A aus – dass er dabei nicht wusste, dass nicht mehr A, sondern B mittelbarer Besitzer war, ist hier unbeachtlich, da es an der Freiwilligkeit nichts ändert. Daher ist die Graphik nicht abhanden gekommen.

*Darauf, ob dem X das Wissen seiner Haushälterin analog § 166 I zuzurechnen ist, kommt es nicht an. Dies ist auch angesichts ihrer untergeordneten Stellung als Botin sehr zweifelhaft.*

F hat daher gem. § 936 I 1 redlich lastenfreies Eigentum an der Graphik erworben. Das Pfandrecht des B ist erloschen.

## II. Ergebnis

Ein Herausgabeanspruch gem. §§ 1227, 985 besteht nicht.

### B. Anspruch B → F gem. § 816 I 2

B könnte gegen F einen Anspruch gem. § 816 I 2 haben. Dann müsste ein Nichtberechtigter mit Wirkung gegen den Berechtigten unentgeltlich verfügt und F müsste daraus unmittelbar einen Rechtsvorteil gezogen haben.

A hat F die Graphik übereignet – *dazu* war er als Eigentümer zwar berechtigt, nicht jedoch zur Verschaffung *lastenfreien* Eigentums. Die Verfügung des A über sein Eigentum stellt sich zugleich als Verfügung über das Pfandrecht des B dar – insoweit war A Nichtberechtigter.

Diese Verfügung über das Pfandrecht war aufgrund der Vorschrift des § 936 I 1 dem B gegenüber wirksam.

Der Verfügung lag eine Schenkung gem. § 516 zugrunde, sie erfolgte also unentgeltlich.

B müsste durch die Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt haben. Der Durchgriff auf den Erwerber ist nur dann möglich, wenn der Erwerb des rechtlichen Vorteils durch dasselbe Rechtsgeschäft begründet worden ist wie der Rechtsverlust des Berechtigten (vgl. Palandt-Sprau, § 816 Rn. 15). Hier hat F lastenfreies Eigentum gerade durch die zum Erlöschen des Pfandrechts führende Übereignung erlangt.

Damit hat F an B das „durch die Verfügung Erlangte“ herauszugeben. Erlangt hat sie – neben dem ihr berechtigterweise verschafften Eigentum – die Freiheit der Graphik von einem Pfandrecht des B. Die Herausgabepflicht wird dadurch erfüllt, dass F dem B zur Sicherung seiner Darlehensforderung gegen A an der Graphik erneut ein Pfandrecht gem. §§ 1204, 1205 bestellt. B kann daher von F die Annahme eines Angebots zur Bestellung eines solchen Pfandrechts und die Herausgabe der Graphik verlangen.

### C. Anspruch B → A auf Schadensersatz gem. § 280 I

B könnte gegen A einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 I haben. Dazu müsste zwischen A und B ein Schuldverhältnis bestehen. Zwischen A und B besteht neben dem

(hier nicht interessierenden) Darlehensvertrag das der Pfandbestellung zugrunde liegende Kausalverhältnis, der Pfandbestellungs- bzw. Sicherungsvertrag.

A obliegt daraus die Pflicht, alles zu unterlassen, was die Durchsetzung des Pfandrechts gefährdet. Durch die kommentarlose Annahme der Graphik und schließlich die lastenfreie Übereignung an F hat A diese Pflicht verletzt. Er handelte dabei vorsätzlich und hat die Pflichtverletzung daher auch zu vertreten (§ 276 I).

Durch die Übereignung an F hat B das Pfandrecht verloren, ihm ist insoweit ein Schaden entstanden, den A zu ersetzen hat. Grundsätzlich hat Schadensersatz gem. § 249 I durch Naturalrestitution zu erfolgen – also durch Herstellung des Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Hier wäre dieser Anspruch eigentlich auf Neubestellung des Pfandrechts an der Graphik gerichtet – dazu ist A aber nicht mehr in der Lage. Es kommt jedoch für B nicht darauf an, dass das Pfandrecht gerade an dieser konkreten Graphik besteht, sondern darauf, dass er gleichwertig gesichert ist. Naturalrestitution erfasst daher grundsätzlich auch die Bestellung einer gleichartigen und gleichwertigen Sicherheit an einer anderen Sache (vgl. dazu etwa MüKo-Oetker, § 249 Rn. 338; Staudinger-Schiemann, § 249 Rn. 192) – etwa aus A's Kunstsammlung.

Allerdings kann B nur entweder die Neubestellung des Pfandrechts durch F oder die Bestellung eines Pfandrechts durch A verlangen. Bestellt F dem B das Pfandrecht, hat er keinen Schaden mehr; bestellt A hingegen das Pfandrecht, kann er wohl von B nach § 255 die Abtretung des Anspruchs gegen F aus § 816 I 2 verlangen.

*Eine interessante Frage, die hier nicht vertieft werden soll, ist, ob A nun von F die Bestellung des Pfandrechts (zudem: für welche Forderung?) tatsächlich zu seinen Gunsten verlangen kann oder ob dem der Rechtsgedanke des § 185 II und/oder der Schenkungsvertrag entgegenstehen. Vertretbar wäre es allerdings wohl auch, A und B wie Gesamtschuldner (§ 421) zu behandeln.*

#### D. Anspruch B → A auf Schadensersatz gem. §§ 687 II, 678

Ein Schadensersatzanspruch des B gegen A könnte sich auch aus den §§ 687 II, 678 ergeben. Diese sind neben dem Pfandgläubiger-Besitzer-Verhältnis (PBV) anwendbar. Mit der Übereignung der Graphik an F als „lastenfrei“ führte A ein Geschäft, das in Bezug auf das bestehende Pfandrecht des B ein für ihn objektiv fremdes war. Er war dazu nicht berechtigt. All dies wusste A und maßte sich die Geschäftsführung gleichwohl an. Daher ist er wegen seines Übernahmeverschuldens gem. §§ 687 II, 678 zum Schadensersatz verpflichtet.

#### E. Anspruch B → A auf Schadensersatz gem. §§ 1227, 990, 989

B könnte gegen A einen Schadensersatzanspruch aus den §§ 1227, 990, 989 haben.

##### I. Pfandgläubiger-Besitzer-Verhältnis (PBV)

Zum Zeitpunkt des schadensbegründenden Ereignisses – des redlichen Wegerwerbs des Pfandrechts durch F – müsste zwischen B und A ein PBV bestanden haben. B war zu diesem Zeitpunkt noch Pfandgläubiger (s.o.), A war Besitzer, und A hatte trotz seines Eigentums kein Besitzrecht gegenüber dem Pfandgläubiger B. Also bestand ein PBV.

##### II. Unredlichkeit des Besitzers

A wusste auch, dass er als Verpfänder nicht zum Besitz berechtigt war, § 990 I 1.

### III. verschuldete Beeinträchtigung der Rechte des Pfandgläubigers

Durch die Weggabe des Pfandes und vor allem die Ermöglichung des lastenfreien Eigentumserwerbs wurden die Rechte des Pfandgläubigers B beeinträchtigt. A handelte vorsätzlich, hat diese Beeinträchtigung also verschuldet.

### IV. Schaden / Rechtsfolge

Dadurch hat B seine Sicherung verloren, ihm ist insoweit ein Schaden entstanden. B hat daher gegen A einen Anspruch aus den §§ 1227, 990, 989, der – erneut – auf Bestellung einer neuen, gleichartigen und gleichwertigen Sicherheit gerichtet ist (§ 249 I).

### F. Anspruch B → A auf Schadensersatz gem. §§ 1227, 992, 823 ff.

Ein Schadensersatzanspruch des B gegen A könnte sich auch aus den §§ 1227, 992, 823 ff. ergeben. Dann müssten die Voraussetzungen des § 992 gegeben sein.

Ein PBV lag vor. A müsste sich den Besitz durch (schuldhaft) verbotene Eigenmacht (§ 858) oder durch eine gegen das Pfandrecht gerichtete Straftat verschafft haben. Da der Vorbesitzer X die Graphik freiwillig an A herausgab, scheidet verbotene Eigenmacht aus (eine verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer kennt das Gesetz nicht). Es kommt jedoch die Besitzerlangung durch eine Straftat, nämlich die Pfandkehr gem. § 289 I StGB in Betracht. Diese Vorschrift besteht gerade zum Schutz des Pfandgläubigers und unterfällt daher den §§ 1227, 992.

Fraglich ist, ob A eine Pfandkehr gem. § 289 I StGB begangen hat. Bei der Graphik handelte es sich um *seine* bewegliche Sache. B war Pfandgläubiger und aufgrund der Übertragung des mittelbaren Besitzes gem. §§ 1205 II, 870 auch mittelbarer Besitzer erster Stufe. A müsste B das Pfand „weggenommen“ haben. Anders als beim Diebstahl gem. § 242 StGB wird „Wegnahme“ bei der Pfandkehr von der herrschenden Meinung recht weit definiert und insbesondere nicht durch den tatsächlichen Gewahrsamsbruch, sondern – zur Erfassung auch der besitzlosen Pfandrechte, insbesondere im Fall des „Mieterrückens“ – durch die Vereitelung der Ausübung des geschützten Rechts charakterisiert, die durch ein „Wegschaffen“ aus dem Herrschaftsbereich des Berechtigten eintritt. Die im Vergleich zu den §§ 136, 288 StGB hohe Strafdrohung und der dem § 242 StGB parallele Wortlaut erwecken bereits Bedenken gegen diese weite Auslegung. Vor allem jedoch ließe sich hier selbst bei weiter Auslegung des Wortlauts in der Entgegennahme der Graphik von X (= Besitzerlangung des A) kein Wegschaffen aus dem – wie auch immer umgrenzten – Herrschaftsbereich des B und keine „Wegnahme“ sehen. Ein Verständnis aber, dass als „Wegnahme“ des Pfandgegenstandes jedes Vereiteln der Rechtsausübung sieht, ist mit dem äußersten Wortsinn nicht mehr vereinbar.

*Eine a.A. mit der Konstruktion einer Wegnahme durch Unterlassen (§§ 289, 13 StGB) erscheint als noch vertretbar. Dann müsste eine Haftungsbegründung aus §§ 823 I, 823 II BGB, 289 StGB geprüft und angenommen werden.*

Ein Anspruch aus den §§ 1227, 992, 823 ff. besteht nicht.

### G. Anspruch B → A auf Schadensersatz gem. § 826

Ein Schadensersatzanspruch könnte sich aus § 826 ergeben. Dieser ist neben dem PBV anwendbar, da der vorsätzlich sittenwidrig Handelnde den Schutz des Gesetzes nicht verdient.

A müsste sich sittenwidrig verhalten haben. Nach einer gebräuchlichen Formel ist sittenwidrig, was gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (RGZ 48, 124). Die Verwerflichkeit kann sich aus dem Zweck, den Mitteln oder der Zweck-Mittel-Relation ergeben (vgl. Bamberger/Roth-*Spindler*, § 826 Rn. 8). Durch das Geschenk an F und das Verschweigen des daran bestehenden Pfandrechts entzieht A dem B „grundlos“ eine Sicherheit. Dieses Vorgehen ist missbilligenswert und objektiv sittenwidrig. A kannte alle die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände; ob er sich der Sittenwidrigkeit bewusst war, ist irrelevant (vgl. Palandt-*Thomas*, § 826 Rn. 11). Durch das sittenwidrige Verhalten des A hat B das Pfandrecht verloren und ist ihm mithin ein Schaden entstanden.

A müsste schließlich auch hinsichtlich der Schadenszufügung (zumindest bedingt) vorsätzlich gehandelt haben. Da A hier die Vereinbarung mit B bereute und die Graphik vor diesem Hintergrund der F schenkte, ist davon auszugehen, dass er sich bewusst war, dass er B's Sicherheit dadurch beeinträchtigte. Er handelte also auch vorsätzlich und ist B daher aus § 826 zum Schadensersatz verpflichtet.

#### H. Ergebnis

B hat gegenwärtig gegen F einen Anspruch auf Wiedereinräumung des Pfandrechts an der Graphik gem. § 816 I 2. Gegen A hat er Schadensersatzansprüche – gerichtet auf Bestellung eines gleichwertigen Ersatzpfandrechts (§ 249 I) – aus § 280 I, aus §§ 687 II, 678, aus §§ 1227, 990, 989 und aus § 826.

Außerdem hat B die Möglichkeit, wegen der Veräußerung der Graphik und damit vorsätzlichen Vereitelung des Pfandrechts, den Darlehensvertrag gem. §§ 314, 490 III außerordentlich fristlos zu kündigen (eine Abmahnung ist angesichts der Schwere der Pflichtverletzung und des Vertrauensbruchs gem. §§ 314 II 2, 323 II Nr. 3, III entbehrlich) und so den Rückzahlungsanspruch gegen A in Höhe von € 2.500,- fällig zu stellen.