

14. 1. Nach den Gesetzen welchen Ortes ist der Besitzübergang an beweglichen Sachen zu entscheiden?

2. Enthält das Handelsgesetzbuch Bestimmungen darüber, unter welchen Bedingungen das Eigentum am Kommissionsgute auf den Kommittenten übergeht?

3. Ist nach deutschem Gewohnheitsrechte, oder nach dem preußischen Allg. Landrechte anzunehmen, daß der Kommittent durch

### Übergabe des Kommissionsgutes an den Kommissionär Besitz und Eigentum desselben erwirbt?

4. Welche Erfordernisse müssen vorhanden sein, um den Besitzübergang am Kommissionsgute durch *constitutum possessorium* zu vermitteln? Kann insbesondere nach preussischem Rechte nur derjenige, welcher den tatsächlichen Besitz hat, durch *constitutum possessorium* den Besitz übertragen?

III. Civilsenat. Ur. v. 15. Februar 1884 i. S. H. (Rl.) w. den Verwalter im F.'schen Konkurse (Bekl.). Rep. III. 252/83.

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

#### Aus den Gründen:

„Nach dem Thatbestande, welcher dem Berufungsurteile zu Grunde liegt, stand der Kläger mit der Firma M. S. F. & Co. zu Hannover in laufender Geschäftsverbindung. Am 16. August 1881 beauftragte er dieselbe, für ihn an der Berliner Börse 7500 Rubel 5% russische Südwestbahnaktien zu kaufen. Die Firma telegraphierte in Ausführung dieses Auftrages noch an demselben Tage an die Diskontogesellschaft in Berlin:

„Rehmt 7500 Rubel Südwestbahn,“

und bestätigte diesen Auftrag mittels Schreibens vom gleichen Tage unter Hinzufügung des Ersuchens, die gekauften 7500 Rubel russische Südwestbahn einstweilen dort zu asservieren.

In Ausführung des erhaltenen Auftrages hat die Diskontogesellschaft die in der Klage bezeichneten Aktien käuflich erworben, sie in eine besondere mit dem Namen der Firma M. S. F. & Co. bezeichnete Enveloppe gelegt und, absondert von ihrem Eigentume, aufbewahrt. Sie hat weiter unter dem 16. August 1881 an die gedachte Firma geschrieben: „Kaufte für Ihr Depot Rb. 6000 russische Südwestbahnaktien große, Rb. 1500 do. kleine laut Nota mit 16 112,40 M Val. hte. zu Ihren Lasten.“

Unter gleicher Bezeichnung dieser Aktien teilte die Firma M. S. F. & Co. unter dem 17. August 1881 dem Kläger brieflich mit, daß sie die Aktien für sein Debet angeschafft habe, mit dem Hinzufügen:

„und nehmen die Stücke in beste Verwahrung.“ Die Firma hat ferner in ihre auf das Depotwesen sich beziehenden Bücher folgende Eintragungen gemacht:

In das Depositenbuch, Konto Hasemann (des Klägers):

(1881.)		(Rurs).	Plus- termin.	Coupons betachtet.
August 17.	Rb. 6000 große russ. Südw.-Aktien, Zinsen 1/7	. . . 66,55	1/7	20./12.
„ 17.	Rb. 1500 kleine dto.	. . . 67,35	1/7	—

In das (Depot-) Kreditorenbuch, Konto Hasemann:

August 17.	Rb. 6000 große russ. Südw.-Aktien. Diskontogesellschaft
„ 17.	Rb. 1500 kleine dto.

In das (Depot-) Debitorenbuch, Konto der Direktion der Diskontogesellschaft:

August 16.	Rb. 6000 große russ. Südw.-Aktien . . . . .	66,30	Hasemann.
„ 16.	Rb. 1500 kleine dto. . . . .	67,15	dto.

Darüber, daß der Kaufpreis kreditiert oder vom Kläger berichtigt ist, waltet kein Streit ob. Die Aktien verblieben in der Verwahrung der Diskontogesellschaft, welche, nachdem die Firma M. S. F. & Co. in Konkurs verfallen war, sich wegen ihrer Forderungen an diese durch Verkauf von deponierten Papieren bezahlt machte, und den Rest, darunter auch die hier fraglichen Aktien, dem beklagten Konkursverwalter zuschickte.

Bestritten sind die Behauptungen des Klägers, daß die Diskontogesellschaft am 16. August 1881 in ihren Büchern die Aktien

unter genauer Bezeichnung der einzelnen Stücke auf den Namen der Firma M. S. F. & Co. eingetragen, ferner daß Kläger sich einige Tage nach Empfang des Schreibens vom 17. August 1881 persönlich zu F. begeben und diesem sein Einverständnis zu dem ihm brieflich Mitgetheilten erklärt habe. In zweiter Instanz ist für letztere Thatsache, sowie für die neue Behauptung des Klägers, daß er sich von der Firma ein Verzeichnis der Nummern der Papiere habe geben lassen, Zeugenbeweis angetreten.

Der Kläger folgert aus diesem Sachverhalte, daß er Eigentümer der fraglichen Aktien geworden sei, und beantragt, den Beklagten zu verurtheilen, sein Eigentum an einer bestimmt bezeichneten Aktie über 1000 Rubel nebst Dividendenschein und Talon anzuerkennen und ihm dieselbe herauszugeben.

Der Beklagte bestreitet das Eigentum des Klägers und bittet um Abweisung der Klage. Beide Vorderrichter haben die Klage abgewiesen.

Die vom Kläger gegen das Berufungsurteil eingelegte Revision erscheint begründet.

Dem Berufungsrichter ist darin beizustimmen, daß die beiden Aufträge, nämlich der des Klägers an die Firma M. S. F. & Co., und dieser an die Diskontogesellschaft zum Ankaufe der fraglichen Aktien, unter den Rechtsbegriff der kaufmännischen Kommission fallen. Hieraus würde folgen, daß Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über den Eigentumserwerb am Kommissionsgute in erster Linie zur Anwendung zu bringen wären. Der Berufungsrichter führt jedoch zutreffend aus, daß das Handelsgesetzbuch derartige Bestimmungen nicht enthält. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes liefert den klaren Beweis, daß alle Anträge, welche nach dieser Richtung von verschiedenen Seiten gestellt wurden, abgelehnt sind. Mit Recht giebt auch der Berufungsrichter den Sinn des Art. 368 Abs. 2 H.G.B. dahin an, daß er sich nur auf Forderungen, welche der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten erworben hat, bezieht. Aus diesem Gesetze kann nicht geschlossen werden, daß der Kommissionär Besitz und Eigentum an dem Kommissionsgute sofort mit der Übergabe seitens des dritten Verkäufers an ihn für den Kommittenten erwirbt.

Vgl. Entsch. des R.D.H.G.'s Bd. 16 S. 118. 211.

Die Frage, wann und unter welchen Bedingungen der Kommittent Eigentümer wird, ist vielmehr im Handelsgesetzbuche offen gelassen, und also nach dem zur Anwendung gelangenden, territorialen Rechte zu entscheiden. Der Berufungsrichter nimmt an, daß dieses Recht das allgemeine preussische Landrecht sei. Auch hierin ist ihm beizustimmen. Der Übergang des Besitzes und damit des Eigentumes an beweglichen Sachen untersteht den Gesetzen desjenigen Ortes, wo sie sich befinden, nicht den Gesetzen des Ortes, wo der Besitzer oder Eigentümer wohnt. Da nun im gegebenen Falle die fraglichen Aktien sich bis nach Ausbruch des F.'schen Konkurses in Berlin befunden haben, und zwar, wie der Berufungsrichter bemerkt, nicht in lediglich vorübergehender Weise, so ist die Frage nach dem Übergange des Besitzes und des Eigentumes an denselben nach den Vorschriften des dort geltenden allgemeinen Landrechtes zu beurteilen. Dies gilt für beide Fälle, sowohl für den Eigentumserwerb der Firma M. S. F. & Co., als für denjenigen des Klägers.

Behufs Begründung seines Eigentumsanspruches führt Kläger

zunächst aus, daß der Kommissionär als Bevollmächtigter des Kommittenten handle, und daß deshalb nach allgemeinem, auch für das Gebiet des Allgemeinen Landrechtes geltendem Handelsbrauche die dem Kommissionär übergebenen Sachen sofort in das Eigentum des Kommittenten fallen. Der Berufungsrichter billigt diese Ansicht nicht. Die gegen seine Entscheidung gerichtete Revisionsbeschwerde kann nicht für begründet erachtet werden. Als Regel ist anzunehmen, daß der Kommissionär, weil er in eigenem Namen kauft, auch das Eigentum an dem Kommissionsgute erwirbt. Soll diese Rechtsfolge ausgeschlossen sein, so müssen besondere Umstände ergeben, daß der Kommissionär beim Erwerbe als Stellvertreter des Kommittenten für diesen handelte. Es hat zwar von alters her Rechtslehrer gegeben, welche mit der Besitzergreifung durch den Kommissionär Eigentumserwerb für den Kommittenten annehmen, aber die neuere Doktrin vertritt überwiegend die entgegengesetzte Ansicht, und daselbe gilt von der Praxis, insbesondere des Reichsoberhandelsgerichtes. Für das preussische Recht hatte bereits der Plenarbeschluß vom 2. Oktober 1848,

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 17 S. 19,

generell den Rechtsgrundsatz ausgesprochen, daß der Machtgeber, dessen Bevollmächtigter auf Grund erhaltenen Auftrages eine Sache von einem Dritten in eigenem Namen kauft, durch die an den Bevollmächtigten geschehene Übergabe der Sache nicht sofort das Eigentum derselben, sondern nur das persönliche Recht, von dem Bevollmächtigten die Übertragung des Eigentumes an ihn zu fordern, erwirbt. Denselben Rechtsgrundsatz wendet das Reichsoberhandelsgericht im Geltungsgebiete des Landrechtes auf den Eigentumserwerb des Kommittenten bei Ausführung einer kaufmännischen Kommission durch den Kommissionär an.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 19 S. 78.

Das Reichsgericht ist dieser Ansicht beigetreten. Da im vorliegenden Falle besondere Umstände, welche darauf hindeuten, daß der Kommissionär beim Erwerbe der Aktien für den Kommittenten als dessen Stellvertreter gehandelt habe, nicht behauptet sind, so kann der auf diesen ersten Grund gestützte Eigentumsanspruch des Klägers nicht für begründet erachtet werden.

Der Kläger macht aber weiter geltend, daß er infolge eines constitutum possessorium zwischen der Diskontogesellschaft und der Firma M. J. F. & Co. einerseits, und zwischen letzterer und ihm andererseits,

somit durch Kauf und Tradition Eigentümer der fraglichen Aktie geworden sei. Auch diesen Erwerbsgrund haben beide Vorderrichter in Übereinstimmung zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision erscheint begründet. Der vom Berufungsrichter gebilligte Entscheidungsgrund des ersten Richters geht dahin: es könne unerörtert bleiben, ob die Firma M. S. F. & Co. juristischen Besitz an den Aktien erlangt habe; jedenfalls habe sie nicht den thatsächlichen Besitz gehabt, und da nach preußischem Rechte nur der thatsächliche Besitzer vermittelt constitutum possessorium den Besitz weiter übertragen könne, so sei eine Besitzübertragung durch die gedachte Firma auf den Kläger rechtlich nicht möglich gewesen. Diese Ausführung beruht auf einem Rechtsirrtume.

Für das gemeine Recht ist derjenigen Ansicht beizutreten, welche annimmt, daß es beim constitutum possessorium nicht darauf ankommt, ob der bisherige Besitzer die Detention an der Sache selbst ausübt, oder durch andere (Mieter, Bewahrer u) ausüben läßt. Zutreffend führt Kanda (Besitz 3. Aufl. S. 461) aus, daß durch den Detentor der Sache vermittelte Machtverhältnis zur Sache werde dadurch nicht berührt, daß der Besitzer einverständlich mit einem neuen Erwerber (Käufer u) sich entschließt, die Sache in Zukunft für diesen zu besitzen. Der Detentor will für seinen Vormann detinieren, und somit diesem die Verfügung über die Sache offen halten. Sache des letzteren ist es, ob er die Herrschaft über die Sache für sich oder einen Anderen haben will. Denselben Gedanken führt v. Savigny (Besitz 7. Aufl. S. 320) unter Hinweis darauf aus, daß die Repräsentation im Besitze durch mehrere Personen hindurch gehen kann.

Von diesem Grundsatz des gemeinen Rechtes weicht auch das preußische Recht nicht ab. Das allgemeine Landrecht (§. 3 I. 7) bezeichnet denjenigen, welcher eine Sache unmittelbar oder durch Andere in seine Gewahrsam nimmt, als den Besitzer. Damit ist die Zulässigkeit der Repräsentation beim Besitzerwerbe anerkannt. Dasselbe muß auch von der Übertragung des Besitzes auf einen Anderen gelten. Die äußere Handlung, durch welche eine körperliche Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt, nennt das Landrecht (§. 50 a. a. D.) Besitzergreifung. Dazu ist (§. 51) jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst oder durch Andere zu gebrauchen und darüber zu verfügen. Als solche Handlungen be-

zeichnet das Landrecht die Übergabe der Sache (körperliche §. 61, symbolische §. 62), die Anweisung (§§. 66 flg.) und die bloße Willenserklärung (§§. 70 flg.). Daß in letzterem Falle eine Erklärung, es solle der Besitz übertragen sein, allein noch nicht die Veränderung der Besitzverhältnisse zur Folge hat, sondern daß diese Rechtswirkung nur unter den in §§. 70. 71 a. a. D. speziell hervorgehobenen Bedingungen, also im Falle der traditio brevi manu und des constitutum possessorium, eintritt, wird auch von den Vorderrichtern nicht verkannt. In betreff des constitutum possessorium bestimmt §. 71 a. a. D.:

„Auch alsdann ist die Übergabe des Besitzes für vollzogen zu achten, wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache nunmehr für einen Anderen in seiner Gewahrsam zu halten, rechtsgültig erklärt hat.“

Danach erfordert das Gesetz:

1. daß derjenige, welcher den Besitz überträgt, bisheriger Besitzer war. Daß das Landrecht hier mit dem Ausdrucke „Besitzer“ einen engeren Begriff, als an vielen anderen Stellen verbinden, und namentlich denjenigen, welcher die Gewahrsam durch einen Anderen ausübt, nicht als Besitzer gelten lassen wolle, dafür fehlt jeder Anhalt.

2. die Willenserklärung des bisherigen Besitzers, die Sache nunmehr für einen Anderen in der Gewahrsam zu haben. Die Folgerungen, welche der erste Richter aus dem Worte: „Gewahrsam“ gezogen hat, können nicht für zutreffend erachtet werden. Der Gesetzgeber will mit den gebrauchten Ausdrücken nur sagen, die Willenserklärung des bisherigen Besitzers müsse dahin gehen, daß er seine Rechte als solcher aufgeben, und die ihm unverändert verbleibende tatsächliche Macht über die Sache für den neuen Erwerber, d. i. als dessen Stellvertreter, ausüben wolle. Hatte ein Anderer durch den Willen des bisherigen Besitzers die Gewahrsam der Sache, so hat die von letzterem abgegebene Erklärung in betreff der Besitzveränderung die Wirkung, daß der bisherige Detentor fortan für den neuen Besitzer detiniert.

Diese Intention des Gesetzgebers ist für den Fall der Besitzübertragung durch Anweisung im §. 67 a. a. D. deutlich zum Ausdrucke gelangt:

„der Besitz der angewiesenen Sache — fängt von dem Augenblicke an, wo die Anweisung von dem neuen Besitzer angenommen wird.“ Die Willenserklärung des anweisenden bisherigen Besitzers und die Annahme derselben seitens des neuen Besitzers bewirken also den Be-

sitzübergang. Auf die Kenntnis des Detentors kommt in dieser Beziehung nichts an. Er detiniert für seinen Vormann oder nach dessen Willen für einen Anderen. Wie aber bei der Anweisung die Willenserklärung allein ohne körperliche oder symbolische Tradition den Übergang des Besitzes vermittelt, so muß dies auch bei derjenigen Form der Besitzübertragung durch bloße Willenserklärung, von welcher §. 71 I. 7 handelt, gelten.

Vgl. Meißcheider, Besitz S. 296. 262.

Wenn also derjenige, welcher seine Sache vermietet oder in Verwahrung gegeben hat, seinen Willen, die Sache nunmehr für einen Anderen in der Gewahrsam zu halten, erklärt, so geht damit der Besitz auf diesen über, und der Mieter oder Verwahrer detiniert für ihn.

Die Ausführung des Berufungsrichters, daß das frühere preussische Obertribunal in seiner Rechtsprechung zu entgegengesetzten Resultaten gelangt sei, ist nicht richtig. Das Obertribunal hat in den von den Vorderrichtern angezogenen Erkenntnissen nur ausgesprochen, daß in denjenigen Fällen, wo der Besitz an einer Sache nicht möglich ist, wie bei ungetrennten organischen Teilen der Sache, oder wo aus rechtlichen Gründen dem Besitzer die Verfügungsgewalt über die Sache fehlt, auch die Besitzübertragung durch *constitutum possessorium* ausgeschlossen ist.

Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 48 S. 8; Striethorst, Archiv Bd. 76 S. 369.

Diese Fälle liegen hier nicht vor. Dagegen hat das Obertribunal in dem Urteile vom 16. Januar 1871,

vgl. Striethorst, Archiv Bd. 80 S. 221, ausdrücklich erkannt:

„Bei dem Verkaufe vermieteter Häuser ist die Übergabe durch Anweisung keineswegs die ausschließlich zulässige. Es ist die körperliche Übergabe ebenso zulässig, wie durch *constitutum*.“

Danach muß die Entscheidung des Berufungsrichters, daß nach preussischem Rechte nur derjenige, welcher den tatsächlichen Besitz hat, den Besitz durch *constitutum possessorium* übertragen könne, für rechtsirrtümlich erachtet, und das auf diesem Entscheidungsgrunde beruhende zweite Urteil aufgehoben werden. Es ist nunmehr zu prüfen, ob die Behauptungen des Klägers den Thatbestand eines *constitutum possessorium* enthalten, und zwar sowohl zwischen der Diskontogesellschaft und der Firma M. J. F. & Co., als zwischen dieser und dem Kläger.

Ersteren Fall hat der Berufsrichter unerörtert gelassen. Er ist zu Gunsten des Klägers zu entscheiden. Ein bloßer Vermerk über den Abschluß des Geschäftes und den Einkauf generell bezeichneter Papiere in den Büchern des Kommissionäres genügt allerdings nicht, um den Übergang des Besitzes am Kommissionsgute darzuthun. Wenn jedoch der Einkaufskommissionär durch Bezeichnung bestimmter Effekten mit dem Namen des Auftraggebers, durch Begung derselben in ein besonderes Verhältnis, speziell auch durch einen sich auf bestimmte Stücke beziehenden Vermerk in den Handelsbüchern, die Effekten individualisiert und aus seinem Vermögen abge sondert hat, und wenn er ferner dem Kommittenten schreibt, daß er die Effekten für diesen in Verwahrung nehme, so ist damit sein Wille, fortan nur Verwahrer zu sein, und diese Effekten für den Kommittenten in Gewahrsam zu halten, genugsam zum Ausdruck gebracht, und also gemäß §. 71 A.L.R. I. 7 der Besitz und das Eigentum auf den Kommittenten übergegangen.

Vgl. Entsch. des R.D.S.G.'s Bd. 25 S. 250 flg.

So liegt nach dem mitgeteilten Thatbestande hier die Sache. Es ist deshalb anzunehmen, daß die Diskontogesellschaft den Besitz und damit das Eigentum an den fraglichen Südwestbahnaktien auf die Firma M. S. F. & Co. übertragen hat.

In betreff des Verhältnisses zwischen dem Kläger und dieser Firma geht der unbestrittene Sachverhalt dahin, daß letztere den Kläger in ihren Depositenbüchern als den Berechtigten für eine bestimmte Quantität russischer Südwestbahnaktien bezeichnet, und ihm geschrieben hat, sie habe die nur generell bezeichneten Aktien angeschafft und in beste Verwahrung genommen. Hierin allein kann der Thatbestand eines constitutum possessorium nicht gefunden werden. Da jede nähere Bezeichnung der Aktien, sowie eine Angabe über deren Aufbewahrungsort fehlt, so ist nicht genugsam zum Ausdruck gebracht, daß die Firma in betreff der bei der Diskontogesellschaft deponierten Aktien einen Verwahrungsvertrag abschließen wollte. Die briefliche Benachrichtigung an den Kläger läßt sich vielmehr auch dahin auffassen, daß die Firma dem Kläger nur von der Ausführung des Auftrages zum Ankaufe der Aktien Kenntnis geben wollte. Die bloße Anzeige des Kommissionäres, gewisse nur der Zahl und Gattung nach bezeichnete vertretbare Sachen dem Auftrage gemäß angeschafft und für den Kommittenten in Verwahrung (ins Depot) genommen zu haben, giebt dem

Kommittenten kein Recht auf eine Spezies dieser Sachen. Wenn jedoch die Firma dem Kläger, wie dieser in zweiter Instanz behauptet, das Nummernverzeichnis der Aktien übergeben hat, so ist damit ausgedrückt, daß sie die speziell bezeichneten, von der Diskontogesellschaft für sie aufbewahrten Aktien nunmehr für den Kläger aufbewahren wollte. Hiermit würden die Bedingungen für ein *constitutum possessorium* gegeben sein. Der Umstand, daß die Diskontogesellschaft von dem Abschlusse des Verwahrungsvertrages zwischen dem Kläger und der Firma keine Kenntnis erhielt, hinderte (ebensowenig, wie nach §. 67 A.L.R. I. 7 die Unkenntnis des Angewiesenen von der Anweisung) nicht den Übergang des Besitzes auf den Kläger.

Da es sonach noch einer Beweisaufnahme über die Behauptung des Klägers bedarf, kann eine definitive Entscheidung noch nicht ergehen.“ ...