

100. 1. Kann dann, wenn ein Inbegriff von Sachen, insbesondere ein Warenlager, sich im unmittelbaren Besitze eines Dritten befindet, bezüglich eines realen Teils desselben durch eine von dem Eigentümer über eine gewisse, individuell nicht bestimmte Menge der Sachen getroffene Verfügung:

- a) das Eigentum gemäß § 931 B.G.B. übertragen oder
- b) ein Pfandrecht gemäß § 1205 Abs. 2 B.G.B. oder gemäß § 40 R.D. a. F. und § 14 Abs. 1 Einf.-Ges. zur R.D. a. F. oder
- c) ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 369 S.G.B. n. F. oder des Art. 313 S.G.B. a. F.

begründet werden, oder bedarf es hierzu einer individuellen Bestimmung derjenigen Bestandteile der Sachgesamtheit, an welchen das Eigentum oder der Besitz übertragen oder der Besitz bzw. Gewahrsam des Gläubigers begründet werden soll?

2. Ist die Frage der Gültigkeit und konkursrechtlichen Wirksamkeit einer vor dem 1. Januar 1900 vorgenommenen Rechtshandlung für ein nach diesem Zeitpunkte eröffnetes Konkursverfahren nach altem oder nach neuem Rechte zu beurteilen?

R.D. a. F. § 40.

Einf.-Ges. zur R.D. a. F. § 14.

R.D. n. F. § 48.

Einf.-Ges. zur R.D. n. F. vom 17. Mai 1898 Art. II Ziff. 4, Art. VI.

II. Zivilsenat. Urf. v. 28. Oktober 1902 i. S. Kommerzbank u. Gen.
(Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. II. 193/02.

I. Landgericht Lübeck.

II. Oberlandesgericht Hamburg.

Die vier beklagten Banken schlossen, und zwar jede für sich allein, in den Jahren 1899 und 1900 mit dem Kaufmann B. zu L. Kreditgeschäfte ab. Behufs Sicherung der den Beklagten hieraus gegen B. entstehenden Forderungen wurde von diesem bei jedem dieser Geschäfte eine Anzahl von Tonnen Teer, die zu seinem auf dem Teerhofe der Stadt L. im Gewahrsam des städtischen Teerhofverwalters befindlichen und Teer von sehr verschiedenem Werte enthaltenden Teerlager gehörten, der betreffenden Gläubigerin lombardiert. Dieses geschah in der Weise, daß B. den Teerhofverwalter ersuchte, eine Anzahl von Tonnen Teer, ohne nähere Bezeichnung derselben, zur Verfügung der betreffenden Gläubigerin zu halten und ihm zu bestätigen, daß er davon Notiz genommen habe und demgemäß verfahren werde. Nur auf das im Oktober 1900 von B. mit dem beklagten Vorschuß- und Sparverein abgeschlossene Kreditgeschäft hin benachrichtigte B. den Teerhofverwalter außerdem, daß eine gewisse Anzahl von Tonnen Teer von seinem Teerlager in das Eigentum dieser Beklagten übergegangen sei. Auf jede dieser Weisungen hin sandte der Teerhofverwalter eine entsprechende Bestätigung an B. zurück, die dieser der betreffenden Gläubigerin aushändigte. Im übrigen beschränkte sich der Teerhofverwalter im wesentlichen darauf, diese einzelnen von B. über sein Teerlager getroffenen Verfügungen zu notieren. Namentlich fand weder eine Aussonderung noch eine individuelle Bezeichnung der den einzelnen Beklagten lombardierten Tonnen Teer statt. Nachdem über das Vermögen des B. das Konkursverfahren eröffnet worden war, verständigten sich der Konkursverwalter und die vier Beklagten dahin, daß dem ersteren die Verfügung über das Teerlager des B. überlassen wurde gegen die Verpflichtung seinerseits, den Erlös desselben mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß er über das hinterlegte Geld nur mit Zustimmung der Beklagten verfügen könne. Demgemäß wurde das Teerlager veräußert und der Erlös hinterlegt. Daraufhin erhob der Konkursverwalter auf Grund dieser Tatsachen und unter der weiteren Behauptung, daß die Verfügungen des B.

über sein Teerlager ungünstig seien, gegen die vier Beklagten Klage mit dem Antrage auf Verurteilung derselben, in die Verfügung des Klägers über den hinterlegten Erlös des Teerlagers einzuwilligen. Die Beklagten bestritten ihre Verpflichtung hierzu, indem sie ein Pfandrecht, eventuell ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an den den Verfügungen des B. entsprechenden Quoten des Teerlagers, der beklagte Vorschuß- und Sparverein überdies und zwar in erster Reihe fiduziarisches Eigentum daran, in Anspruch nahmen. Die Klage wurde in beiden Instanzen zugesprochen und die gegen das Urteil des Berufungsgerichts von den Beklagten eingelegte Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht hat die von den Beklagten behaupteten Rechte an dem Teerlager des B. und an dem hierfür erzielten und hinterlegten Erlöse, insbesondere das von dem Vorschuß- und Sparverein behauptete fiduziarische Eigentum und die von sämtlichen Beklagten geltend gemachten Pfandrechte und kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte an den ihnen von B. zur Sicherheit für ihre Forderungen überwiesenen Quantitäten Teer im wesentlichen deshalb verneint, weil es zur Übertragung des Eigentums und zur wirksamen Begründung der streitigen Pfand- und Zurückbehaltungsrechte der Übertragung des Besitzes an individuell bestimmten Quantitäten des Teerlagers bedurft, eine solche Besitzübertragung aber nicht stattgefunden habe, indem die Quantitäten Teer, welche den einzelnen Beklagten als Sicherheit dienen sollten, nicht „konkretisiert“, d. h. nicht individuell bestimmt worden seien.

Die Revisionskläger haben zunächst gerügt, daß diese Begründung des Berufungsurteils gegen die Vorschriften der §§ 931 und 1205 Abs. 2 B.G.B. verstoße, und hierzu ausgeführt: Nach diesen Vorschriften habe die Übertragung des Besitzes des gesamten Teerlagers an einen Dritten, — sei es zu Eigentum, sei es zur Begründung eines Pfandrechts, — durch B. mittels Abtretung des ihm gegenüber der Verwaltung des Teerhofes zustehenden Anspruchs auf Herausgabe des Teers bewirkt werden können. B. habe diese Besitzübertragung aber auch an einem Teile seines Teerlagers durch Angabe der betreffenden Anzahl von Tonnen vollziehen können, zumal da es sich hierbei um vertretbare Sachen gehandelt habe. Die entgegengesetzte

Annahme des Berufungsgerichts beruhe hauptsächlich auf der zwar nur vom Landgerichte ausgesprochenen, aber auch vom Berufungsgerichte stillschweigend gebilligten, gegen die Vorschriften der §§ 931 und 1205 Abs. 2 B.G.B. verstoßenden Ansicht, daß zur wirksamen Verpfändung beweglicher Sachen erforderlich sei, die Verpfändung müsse durch Aussonderung oder körperliche Bezeichnung der betreffenden Sachen zur öffentlichen Kenntnis gebracht werden.

Diese Beschwerde erscheint als unbegründet.

Was die bei derselben zunächst in Betracht kommenden Verpfändungen aus dem Jahre 1900 betrifft, auf welche die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs anwendbar sind, so ist nach § 1205 Abs. 1 zur Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, es solle dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen, und nach Abs. 2 daselbst kann die Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers befindlichen Sache dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besizer anzeigt. Im gegenwärtigen Rechtsstreite steht namentlich die Anwendung der letzteren Bestimmung in Frage, da nach der Feststellung des Berufungsgerichts das Leerlager des B., welches nach der unbestrittenen Absicht der Vertragsparteien zum Teil den Beklagten als Sicherheit für ihre Forderungen dienen sollte, zur Zeit der betreffenden Rechtsgeschäfte und bis nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des B. sich im unmittelbaren Besitze des Verwalters des Leerhofes befand, der dasselbe für B. als mittelbaren Besizer im Gewahrsam hatte. Das Berufungsgericht hat nun das Vorliegen der in § 1205 a. a. O. bestimmten Voraussetzungen für die Begründung der streitigen Pfandrechte festgestellt mit Ausnahme des Erfordernisses der Übertragung des dem B. an den fraglichen Waren zustehenden mittelbaren Besitzes auf die einzelnen Beklagten. Das Vorhandensein der letzteren Voraussetzung hat es dagegen verneint unter der Begründung, daß es an einer „Konkretisierung“ derjenigen Waren gefehlt habe, hinsichtlich welcher die Bestellung eines Pfandrechts stattfinden sollte. Dieses erscheint nicht als rechtsirrtümlich. Der hierbei in Frage kommende „Besitz“ körperlicher Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs setzt nämlich, wie schon nach dem früher in Deutschland geltenden Rechte,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civild. Bd. 13 S. 120 flg., Bd. 18 S. 353, Bd. 19 S. 26 flg., Bd. 35 S. 270 flg., Bd. 37 S. 34, die tatsächliche Gewalt über die betreffenden Sachen voraus (vgl. §§ 854, 856 B.G.B.). Eine solche tatsächliche Gewalt kann aber nur an individuell bestimmten Sachen unmittelbar ausgeübt werden. Solange eine oder mehrere Sachen einen Bestandteil einer Sachgesamtheit (d. h. einer Mehrheit einzelner Sachen, die im Verkehr als selbständige Sachen behandelt werden, die aber durch einen gemeinsamen Zweck zu einem Ganzen verbunden sind), z. B. eines Warenlagers, bilden, erstreckt sich die tatsächliche Gewalt über die Sachgesamtheit, welche Gewalt ja rechtlich nur an den dazu gehörenden körperlichen Gegenständen besteht (§ 90 B.G.B.), ohne weiteres auf die letzteren. Wenn aber bezüglich einer oder mehrerer der zu einer Sachgesamtheit gehörigen einzelnen Sachen ein besonderes, von dem Besitze der Gesamtheit verschiedenes Besitzverhältnis begründet werden soll, müssen diese Sachen nicht bloß der Menge oder Anzahl nach, sondern auch individuell wenigstens insoweit bestimmt werden, daß der neue Besitzer derselben unmittelbar, d. h. ohne daß es hierzu noch einer weiteren Bezeichnung oder Aussonderung derselben bedürfte, seine tatsächliche Gewalt gerade über sie — (im Gegensatz zu den anderen, zur nämlichen Sachgesamtheit gehörenden Sachen) — ausüben kann; denn solange er hierzu nicht in den Stand gesetzt ist, hat er in Wirklichkeit die unmittelbare tatsächliche Gewalt über die betreffenden Sachen und überhaupt über irgend einen Bestandteil der Sachgesamtheit noch nicht. Diese Grundsätze, — für welche sich schon im römischen Rechte (vgl. l. 3 § 2. l. 26 Dig. de acquir. poss. 41, 2, l. 30 § 2, l. 32 § 2 Dig. de usurp. 41, 3) und auch in der Theorie und Praxis des gemeinen und preussischen Rechts,

vgl. v. Savigny, Recht des Besitzes 7. Aufl. § 18 S. 236. § 20 S. 247. § 22 S. 260; v. Wächter, Erörterungen Bd. 1 S. 19 flg.; Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 4 S. 455 flg. und S. 466 flg.; Entsch. des preussischen Obergerichtes Bd. 9 S. 186 und Urth. des R.G.'s vom 13. Oktober 1881, Gruchots Beitrage Bd. 26 S. 933 flg.,

Anhaltspunkte finden, — ergeben sich auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unmittelbar aus den erwähnten Vorschriften der §§ 854 und 856, wonach der Besitz einer Sache durch Erlangung

der tatsächlichen Gewalt über sie erworben und durch Aufgeben oder anderweitigen Verlust der tatsächlichen Gewalt über sie beendet wird, in Verbindung mit § 90 B.G.B., wonach Sachen im Sinne dieses Gesetzes nur körperliche Gegenstände sind. Aus diesen Vorschriften ist nämlich zu schließen, daß der Gesetzgeber bei seinen den Besitz von beweglichen Sachen und namentlich die Übertragung eines solchen Besitzes betreffenden Bestimmungen auch nur körperlich und somit individuell bestimmte Gegenstände im Auge gehabt hat, über welche allein ja auch eine tatsächliche Gewalt im Sinne des Gesetzes ausgeübt werden kann.

Nach den oben entwickelten Grundsätzen ist also für die Übertragung des Besitzes an einzelnen Bestandteilen einer Sachgesamtheit (im Gegensatz zu ideellen Anteilen an einer solchen) erforderlich, daß eine tatsächliche Gewalt des neuen Besitzers gerade an einzelnen individuell zu bestimmenden Gegenständen der Gesamtheit begründet wird. Dies gilt insbesondere auch von dem Falle des § 1205 Abs. 2 B.G.B. Zwar kann in einem solchen Falle der unmittelbare Besitz des den mittelbaren Besitzer Vertretenden an sich äußerlich unverändert fortbestehen. Aber an die Stelle des mittelbaren Besitzes des Eigentümers muß, sofern die Verpfändung wirksam werden soll, der mittelbare Besitz des Pfandgläubigers treten, was nach obigen Erörterungen in dem unterstellten Falle nur bezüglich individuell bestimmter Sachen möglich ist; denn so lange eine individuelle Bestimmung der der Gewalt des Pfandgläubigers zu unterwerfenden Bestandteile der Sachgesamtheit nicht erfolgt ist, ist jedenfalls dieser nicht in der Lage, die aus dem mittelbaren Besitze sich ergebenden Rechte (§§ 859 flg. B.G.B.) über irgend eine zu der Sachgesamtheit gehörende Sache auszuüben. Die Bezeichnung der zu verpfändenden Gegenstände lediglich der Zahl oder Menge nach ist daher zur Übertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger jedenfalls dann nicht geeignet, wenn auch in der Folge die Pfandobjekte nicht individuell bestimmt werden, wie dies nach den von dem Berufungsgerichte getroffenen Feststellungen bei allen hier in Rede stehenden Verpfändungen zutrifft. (Die weitere Frage, ob es einer solchen individuellen Bestimmung der Pfandobjekte auch für die in § 1205 Abs. 1 B.G.B. vorgeschriebene Einigung der Parteien und für die in § 1205 Abs. 2 daselbst vorgesehene Anzeige der Verpfändung

an den unmittelbaren Besitzer bedarf, kann daher dahingestellt bleiben.) Hiernach ist auch für die im gegebenen Falle entscheidende Frage, ob der mittelbare Besitz von Bestandteilen des Warenlagers des B. in Wirklichkeit auf die Beklagten übergegangen ist, der von den letzteren hervorgehobene Umstand unerheblich, daß B. allerdings berechtigt war, einen solchen Besitz zu übertragen.

Die obigen Grundsätze sind aber sowohl auf vertretbare als auch auf nicht vertretbare Sachen in gleicher Weise anwendbar, da das Gesetz in dieser Hinsicht keinen Unterschied macht und der Grund desselben, die Rücksicht auf die Rechtsicherheit des Verkehrs, auch bei vertretbaren Sachen zutrifft, namentlich wenn es sich, wie im gegebenen Falle, um ein Warenlager mit Bestandteilen von sehr verschiedenem Werte handelt.

Es ist aber nicht erfindlich, daß das Berufungsgericht bei der Aufstellung des Erfordernisses, daß die zu verpfändenden Sachen „konkretisiert“ sein müßten, von einer anderen als der oben dargelegten Rechtsansicht ausgegangen ist, daß es sich namentlich hierbei von dem in dem landgerichtlichen Urteil betonten, von den Revisionsklägern besonders beanstandeten rechtlichen Gesichtspunkte, daß die Pfandbestellungen an beweglichen Sachen äußerlich erkennbar hervortreten müssen, hat bestimmen lassen, da dieser Gesichtspunkt weder von dem Berufungsgerichte selbst erwähnt noch auch, soweit ersichtlich, mittelbar von ihm gebilligt worden ist. Es erübrigt sich daher ein Eingehen auf die hervorgehobene Erwägung des Landgerichts, namentlich auf die Frage, inwiefern der erwähnte Gesichtspunkt auch in den hier in Rede stehenden Fällen des § 1205 Abs. 2 a. a. D. zutrifft.

Ebenso kann das von den Revisionsklägern angeführte Urteil des IV. Senats des Reichsgerichts vom 19. April 1888 (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 33 flg.) hierbei nicht in Betracht kommen, da dasselbe eine ganz andere Frage betrifft und da daraus auch nicht zu ersehen ist, daß dieser Senat bezüglich der im gegenwärtigen Falle entscheidenden Frage des Übergangs des Besitzes von einer anderen Rechtsansicht als der oben dargelegten ausgegangen ist.

Was das im November 1899 zwischen der M. Sparbank und B. abgeschlossene Rechtsgeschäft betrifft, so sind auf dasselbe nicht die bisher erörterten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern

§ 40 R.D. a. F. und § 14 Einf.-Ges. zur R.D. vom 10. Februar 1877 anwendbar, unter deren Herrschaft dieses Geschäft zustande gekommen ist, und welche auch für die Frage der Wirksamkeit desselben in dem am 1. Dezember 1900 eröffneten Konkurse über das Vermögen des B. maßgebend sein müssen; denn wenn auch seit dem 1. Januar 1900 § 40 a. a. D. durch § 48 R.D. n. F. ersetzt und § 14 a. a. D. durch Art. II Ziff. 4 Einf.-Ges. zu dem Gesetze, betr. Änderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898 aufgehoben ist, so ist doch durch Art. VI des letzteren Einführungsgesetzes weiter bestimmt, daß auch in einem nach dem 1. Januar 1900 eröffneten Konkursverfahren, soweit für ein Rechtsverhältnis die Vorschriften des bisherigen bürgerlichen Rechts maßgebend sind, für das Rechtsverhältnis auch die Vorschriften des bisherigen Konkursrechts maßgebend bleiben. Die erstere Voraussetzung trifft aber bei dem hier in Rede stehenden Rechtsgeschäfte vom November 1899 zu, auf welches, soweit es obligatorischen Inhalt hat, Art. 170 Einf.-Ges. zum B.G.B. anwendbar ist und dessen etwaige dingliche Wirkungen, namentlich was den Inhalt und den Rang des dabei in Frage kommenden dinglichen Rechts betrifft, nach Art. 184 desselben Einführungsgesetzes ebenfalls nach den zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts geltenden Gesetzen zu bestimmen ist. Hiernach ist die Frage der Gültigkeit des im November 1899 zwischen B. und der Sparbank abgeschlossenen Rechtsgeschäfts und der Wirksamkeit desselben im Konkurse des B. zunächst nach § 14 a. a. D. zu beurteilen, welcher die Voraussetzungen, unter denen ein Pfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen im Konkursverfahren geltend gemacht werden kann, bestimmt hat, so daß etwaige abweichende landesgesetzliche Vorschriften dieser reichsgesetzlichen Bestimmung gegenüber nicht maßgebend sein und daher hier außer Betracht bleiben können. Es ist aber auf Grund der Ausführung des Berufungsurteils, betreffend die Anwendbarkeit des älteren Rechts auf das hier in Rede stehende Rechtsgeschäft, anzunehmen, daß das Berufungsgericht mit seiner Hervorhebung der mangelnden Konkretisierung der fraglichen Waren zugleich mit Bezug auf dieses Geschäft hat aussprechen wollen, daß aus diesem Grunde weder die Sparbank noch der Leerkhöfswalter für sie den Gewahrsam der der ersteren damals durch B. überwiesenen Tonnen Teer erlangt hat, und daß es somit im Anschluß an die herrschende Rechtsprechung,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 19 S. 26 flg., Bd. 37 S. 34, Bd. 43 S. 72,

auf Grund der Vorschrift des § 14 Abs. 1 a. a. D. die Wirksamkeit des fraglichen Pfandrechts verneint hat. Nach dieser Vorschrift bestehen aber Faustpfandrechte im Sinne des § 40 R.D. an beweglichen körperlichen Sachen in der Regel nur dann, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sachen erlangt und behalten hat. (Einer der im § 14 Abs. 2 des angeführten Einführungsgesetzes vorgesehenen Ausnahmefälle, insbesondere die Übergabe eines Lagerscheins an die Gläubigerin, steht hier nicht in Frage.) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und nach den obigen, die Erfordernisse des Besitzes auch nach dem früheren Rechte darlegenden Erörterungen hat aber weder die Sparbank selbst noch der Teerhofverwalter für sie den Gewahrsam (im Sinne des § 14 a. a. D.) der zur Sicherheit für die erstere bestimmten 1500 Tonnen Teer erlangt, indem der Satz, daß nur an individuell bestimmten Sachen ein Besitz begründet oder übertragen werden kann, auch als für den „Gewahrsam“ zutreffend zu erachten ist; denn auch der Gewahrsam des früheren Rechts erfordert zu seiner Begründung die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die betreffenden Sachen. Wenn aber ein Dritter, der seither schon eine Quantität beweglicher Sachen für den Eigentümer im Gewahrsam gehabt hat, nunmehr einen Teil derselben für einen Pfandgläubiger in Gewahrsam nehmen oder für diesen den Gewahrsam an einem solchen Teile ausüben soll, so muß er mindestens den Willen haben, einen individuell bestimmten Teil derselben für den Gläubiger zu verwahren; denn in Ermangelung eines solchen Willens besteht eine für den Gläubiger ausgeübte tatsächliche Herrschaft bezüglich keines Teils der Sachen. Der Gläubiger ist tatsächlich nicht in der Lage, auf Grund des von dem Dritten ausgeübten Gewahrsams über irgend eine der betreffenden Sachen zu verfügen. Diese aus der Vorschrift des § 14 a. a. D. selbst hergeleitete Bedeutung des Willens des Vertreters entspricht aber auch dem für die Auslegung dieser Vorschrift heranzuziehenden gemeinen Rechte, wonach der Besitzwille des den eigentlichen Besitzer Vertretenden ein selbständiges Erfordernis für die Begründung des Besitzes des Vertretenen ist.

Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 155 S. 508. 512. 513.

Das Vorhandensein eines solchen Willens auf Seiten des Teerhofverwalters, nämlich individuell bestimmte 1500 Tonnen Teer von dem damals eine weit größere Zahl solcher Tonnen in sich begreifenden Teerlager des B. für die Sparbank zu verwahren, hat aber das Berufungsgericht mittelbar dadurch verneint, daß es auch bezüglich dieser Quantität feststellte, daß dieselbe weder von B. dem Teerhofverwalter individuell bezeichnet noch daß dieselbe aus dem gesamten Teerlager des B. ausgefondert worden sei.

Hiernach hat das Berufungsgericht mit Recht die sämtlichen, von den Beklagten beanspruchten Pfandrechte verneint.

Was ferner das von dem klagten Vorschuß- und Sparvereine auf Grund der beiden Rechtsgeschäfte vom Oktober 1900 an 1700 und 1000 Tonnen des fraglichen Teerlagers in erster Reihe geltend gemachte fiduziarische Eigentum betrifft, so kann nach § 931 B.G.B. dann, wenn ein Dritter im Besitze einer beweglichen Sache ist, die nach § 929 daselbst an sich erforderliche Übergabe derselben an den Erwerber dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt. Das Berufungsgericht hat aber das Vorliegen der letzteren Voraussetzung im gegebenen Falle ebenfalls aus dem Grunde verneint, daß es an der nötigen „Konkretisierung“ derjenigen Waren gefehlt habe, hinsichtlich deren der behauptete Eigentumsübergang stattfinden sollte. Diese Begründung ist ebenfalls nicht rechtsirrtümlich.

Da durch die in § 931 a. a. D. vorgesehene Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache (d. h. unter allen Umständen des dinglichen Anspruchs des Eigentümers im Sinne des § 985 B.G.B. und, wenn dieser mittelbarer Besitzer der Sache ist, auch seines persönlichen Anspruchs) die körperliche Übergabe der Sache und somit die Übertragung des Besitzes an denselben ersetzt und die Übertragung des Eigentums unmittelbar bewirkt werden soll, so muß auch diese Abtretung des Anspruchs individuell bestimmte Sachen zum Gegenstande haben. Wenn diesem Erfordernisse nicht genügt ist, so kann jedenfalls die beabsichtigte dingliche Wirkung dieser Abtretung unmittelbar nicht eintreten und daher derjenige, zu dessen Gunsten die Abtretung erfolgt, durch letztere selbst unmittelbar nicht Eigentümer bestimmter Sachen werden, wie er ja auch nach obigen Ausführungen durch ein derartiges, sich nicht auf bestimmte

Sachen beziehendes Rechtsgeschäft nicht mittelbarer Besitzer solcher Sachen wird. Dies gilt aber namentlich für die hier in Rede stehenden Rechtsgeschäfte, welche sich nur auf nicht individuell bestimmte Bestandteile eines Warenlagers bezogen haben, selbst wenn man dabei mit dem Berufungsgerichte unterstellt, daß nach der Absicht der Parteien durch die Abtretung des Herausgabeanspruches Eigentum habe übertragen und nicht bloß ein Pfandrecht habe begründet werden sollen. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß diese Abtretung in Wirklichkeit überhaupt keinen Übergang des Eigentums bewirkt habe, ist daher rechtlich nicht zu beanstanden.

Was endlich das von den Beklagten hülfsweise geltend gemachte kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an dem Warenlager des B. betrifft, so erscheint die Verneinung dieses Rechts seitens des Berufungsgerichts um deswillen, weil die Beklagten einen zur Begründung eines solchen Rechts geeigneten Besitz an dem Warenlager oder an Teilen desselben nicht erlangt hätten, als rechtlich einwandfrei; denn nach Art. 313 H.G.B. a. F. und dem im wesentlichen damit übereinstimmenden § 369 H.G.B. n. F. ist dieses Zurückbehaltungsrecht nur dann begründet, wenn die betreffenden Sachen in den Besitz des Gläubigers gelangt sind und er sie noch in seinem Besitz (§ 369 a. a. D.) bezw. Gewahrsam (Art. 313 a. a. D.) hat. Das Vorliegen dieser letzteren Voraussetzungen hat aber das Berufungsgericht auf Grund der Vorschriften des alten und des neuen Rechts mit Recht verneint. Insbesondere kann nach obigen Erörterungen auch der hier in Frage kommende Besitz bezw. Gewahrsam nur durch Begründung der tatsächlichen Gewalt des Gläubigers über individuell bestimmte Sachen erworben werden.

Vgl. Entsch. des R.D.H.G.'s Bd. 10 S. 163. . . .