

6. 1. Dauer der Aufbewahrungspflicht des Käufers nach Art. 348 Absf. 1 S.G.B.
2. Voraussetzungen des Rechtes zum Notverkauf nach Art. 348 Absf. 5 S.G.B.; Verkauf gegen ein Verbot des Verkäufers.
3. Verliert der Verkäufer, wenn der von ihm vorgenommene Verkauf der zur Verfügung gestellten Ware wegen Mangels der in Art. 348 Absf. 5 S.G.B. bezeichneten Voraussetzungen als Notverkauf

nicht anzuerkennen ist, ohne weiteres alle Ansprüche wegen der Fehlerhaftigkeit der Ware?

4. Verliert der Käufer, der auf Grund seines Zurückbehaltungsrechtes (Art. 313 S. G. B.) zum Verkauf schreitet, ohne die Befugnis hierzu nach Art. 315 bei dem zuständigen Gerichte erwirkt zu haben, das Zurückbehaltungsrecht, bezw. den Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen dem Betrage seiner Forderung und dem Verkaufserlöse?

VI. Civilsenat. Urtr. v. 8. Dezember 1898 i. S. J. (Bekl. u. Widerkl.)  
w. T. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. VI. 262/98.

I. Landgericht Würzburg.

II. Oberlandesgericht Bamberg.

Aus den Gründen:

„Kläger, Kaufmann T. in Magdeburg, verkaufte am 15. November des Futternotjahres 1893 an den Beklagten, Kaufmann F. in Würzburg, 4000 Centner Weizenstroh (Futterstroh), zur Hälfte gepreßt, zur Hälfte gebunden, Lieferung November und Dezember 1893, zum Preise von 2,20 M pro Centner, Frachtparität Magdeburg, Kassa drei Viertel des Betrages bei Vorlage des Frachtbriefduplikates in Magdeburg, Rest zu zahlen bei Empfang der Ware. Die Versendung sollte in der Weise vor sich gehen, daß Beklagter nach Empfang der Anzeige des Klägers von den Stationen, von denen das Stroh abgehe, Frachtbriefe für die Wagen zu schicken, sowie die bedungene Anzahlung gegen Vorlegung der Frachtbriefduplikate bei Bankier Sch. in Magdeburg zu leisten habe. Trotz wiederholten Drängens des Beklagten verzögerte sich die Lieferung des Strohes, weil, wie Kläger behauptet, zur Beförderung des in Mecklenburg gekauften Strohes von der dortigen Bahnverwaltung Waggons nicht zu bekommen waren. Am 28. Dezember 1893 ließ Kläger den ersten Waggon mit 11920 kg Preßstroh der Bestimmung des Beklagten gemäß nach Kissingen abgehen, wofür er am 30. Dezember bei Bankier Sch. 375,48 M erhob. Ein zweiter Waggon mit 12590 kg Preßstroh ging am 29. Dezember 1893, und ein dritter Waggon mit 9870 kg Preßstroh am 2. Januar 1894 nach Kissingen ab. Für letztere beiden Waggons erhielt Kläger von Sch. am 4. Januar 1894 auf Vorlegung der Frachtbriefduplikate nur 424,52 M

ausbezahlt, weil der Beklagte nur 800 *M* angewiesen hatte. Der erste Waggon kam am 2. Januar 1894 in Kissingen an. Am 4. Januar telegraphierte Beklagter an den Kläger von dort: „Refüsiere Strohmaggon, naß, schwarz, schlecht, erwarte Disposition Würzburg“, was Kläger mit Brief vom gleichen Tage bestätigte. Der zweite und dritte Waggon kamen am 7. Januar 1894 in Kissingen an. Auch den zweiten Waggon lehnte Beklagter mit Telegramm vom 7. Januar aus gleicher Ursache ab. Den dritten Waggon (9870 kg) behielt der Beklagte. Zu weiteren Lieferungen und Zahlungen ist es nicht gekommen. Es entstanden Differenzen zwischen den Parteien, indem der Beklagte den Ersatz der bei Sch. von dem Kläger erhobenen 800 *M* verlangte und weitere Kassa-Anweisung vor Lieferung anderen Strohes verweigerte, worauf Kläger nicht einging. Kläger hatte ferner dem Beklagten mitgeteilt, daß sein Verkäufer (B. aus Mecklenburg) nach Kissingen komme, um das abgelehnte Stroh zurückzunehmen. B. reiste auch dorthin, jedoch nach einem mehrtägigen Aufenthalt wieder ab, ohne daß es zu einer Zurücknahme des Strohes gekommen ist. Der Beklagte, der schon mit Brief vom 4. Januar 1894 dem Kläger geraten hatte, den ersten Waggon nach Würzburg rollen und dort versteigern zu lassen, sowie mit Brief vom 8. Januar dem Kläger angedroht hatte, die beiden refüsierten Waggonen gerichtlich versteigern zu lassen und den Kläger für die Differenz und Schadensersatz wegen Nichtlieferung in Anspruch zu nehmen, schrieb am 16. Januar dem Kläger, er sei jederzeit bereit gewesen und noch bereit, das Stroh (der beiden ersten Waggonen) an Kläger, oder an wen dieser wolle, gegen Ersatz seines Guthabens auszuliefern. Er sei, um mit dem Herrn aus Mecklenburg zusammenzutreffen, nach Kissingen gefahren; der Herr sei aber schon abgereist gewesen. Hiernach sei Kläger im Unrecht, liefere aber trotzdem nicht weiter. Das Stroh in Kissingen sei dem Verderben ausgesetzt, und Gefahr im Verzuge. Demgemäß werde zur öffentlichen Versteigerung auf Gefahr und im Interesse des Klägers geschritten. Weiter werde Kläger benachrichtigt, daß, nachdem er sich immer noch im Verzuge befinde, Beklagter vom Vertrage abgehe und Schadensersatz wegen Nichterfüllung beantrage. Am 18. Januar 1894 schrieb Kläger an Beklagten: da dieser der Aufforderung, Kasse bei Sch. für den dritten Waggon anzuweisen, nicht entsprochen, trotzdem aber den Waggon empfangen und abgenommen

und ihm somit die Möglichkeit, drei Viertel des Betrages in Magdeburg zu erheben, entzogen habe, erkläre er hiermit den Rücktritt vom Vertrage, da Beklagter mit Kasse im Verzuge sei. Beklagter hat, der Ankündigung vom 16. Januar entsprechend, den Gerichtsvollzieher in Kissingen „nach Artt. 348. 343 S. G. B.“ mit der öffentlichen Versteigerung des Strohes der zwei ersten Waggonns beauftragt. Der Gerichtsvollzieher nahm nach vorgängiger Benachrichtigung der Parteien die Versteigerung am 20. Januar 1894 vor. Sie ergab einen Erlös von nur 222 *M*, nach Abzug der Kosten von 202,59 *M*. Dieser Betrag ist bei der Bahn-Güterexpedition in Kissingen hinterlegt.

Mit der erhobenen Klage verlangt Kläger die Bezahlung des ihm nach seiner Behauptung nach Abzug der Zahlung von 800 *M* und des ihn selbst treffenden Frachtanteiles noch zukommenden Kaufpreiskrestes für die drei Sendungen Stroh mit 577,72 *M* nebst 6 Prozent Verzugszinsen seit dem 7. Januar 1894. Er behauptet, das sämtliche Stroh sei in fehlerfreier Qualität an den Beklagten abgegangen und in Kissingen angekommen, und erst dadurch verdorben, daß Beklagter es in Kissingen auf der Bahn im Freien vom 6. bis zum 20. Januar habe stehen lassen. Beklagter sei im Zahlungsverzuge gewesen, und er, Kläger, deshalb mit Grund mit seinem Schreiben vom 18. Januar vom Vertrage zurückgetreten. Der Notverkauf vom 20. Januar berühre die Rechte des Klägers nicht, da er nicht im Lieferungsverzuge sich befunden habe. Beklagter macht hiergegen geltend: das Stroh der zwei ersten Sendungen sei gänzlich unbrauchbar angekommen und von ihm deshalb mit Recht dem Kläger sofort zur Verfügung gestellt worden. Kläger habe die Dispositionsstellung auch angenommen. Durch die in Händen des Klägers befindlichen 800 *M* (Barzahlung) und die vom Kläger für die zwei ersten zurückgewiesenen Sendungen insgesamt zu tragende Fracht sei nicht bloß der Kaufpreis für die dritte, angenommene Sendung mit 434,28 *M* gedeckt gewesen, sondern es habe hiermit Kläger auch schon die Barzahlung für weitere Sendungen in Händen gehabt, weshalb er mit Recht weitere Kassenanweisung verweigert habe. Kläger habe hiernach ohne Grund fernere Lieferung verweigert, und Beklagter sei deshalb beim Vorhandensein der in Art. 348 Absf. 5 S. G. B. bezeichneten Voraussetzungen zum Notverkauf berechtigt gewesen, wie seine Erklärung vom 16. Januar, daß er wegen Lieferungsverzuges Schadensersatz wegen Nichterfüllung

verlange, vollkommen begründet sei. Er sei überdies wegen des ihm an dem Stroh nach Art. 313 H.G.B. zugestandenen Retentionsrechtes zu dem Verkaufe auch nach Art. 315 befugt gewesen. Kläger könne hiernach jetzt nur fordern den Versteigerungserlös mit 202,59 *M* und den Kaufpreis für den dritten Waggon mit 434,28 *M*, zusammen 636,87 *M*, wogegen Beklagter jedenfalls zu fordern habe die von dem Kläger für die zwei ersten Waggonn bei Bankier Sch. erhobenen 800 *M*, 135 *M* und 142 *M* Frachtauslagen für diese Waggonn, 41 *M* Frachtdifferenz für den dritten Waggon, sowie 10 *M* Standgeld (in Rissingen), zusammen 1128 *M*, sodas hier von für die Widerklage 591,13 *M* als liquid entfallen. Beklagter macht aber weiter für das gesamte vom Kläger nicht gelieferte Stroh einen im einzelnen näher liquidirten Schadensersatzanspruch geltend, wonach er schließlich unter Verrechnung der klägerischen Forderung im bezeichneten Betrage die Abweisung der Klage und widerklagend die Verurteilung des Klägers zur Bezahlung von 2820,79 *M* nebst Prozeßzinsen beantragt.

Durch das Urteil erster Instanz ist Beklagter klagegemäß verurteilt, die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten ist zurückgewiesen. In der Berufungsinstanz hat Beklagter eventuell Preisminderung verlangt, unter Beweisantretung dafür, das das Stroh der beiden ersten Waggonn nicht mehr als 222 *M* wert gewesen sei.

Der Revision des Beklagten mußte stattgegeben werden.

Das Berufungsgericht prüft zunächst die Frage, ob der von dem Beklagten vorgenommene Verkauf des Strohes nach Art. 348 Abs. 5 oder Art. 315 H.G.B. als ein gesetzlich zulässiger anzusehen sei, und gelangt zur Verneinung dieser Frage, woraus es die Folgerung zieht, das der Beklagte der Rechte aus der Dispositionsstellung, insbesondere des Anspruches auf Preisminderung, verlustig gegangen sei, also auch den Preis für die erstgelieferten zwei Waggonn ungeschmälert zu zahlen habe. Festgestellt ist, das der Beklagte die in diesen Waggonn gelieferte Ware rechtzeitig zur Disposition gestellt, der Kläger die Dispositionsstellung zunächst angenommen und sodann die Verfügung getroffen hat, das das Stroh an seinen Verkäufer B. in Rissingen ausgeliefert werde. Das Berufungsgericht führt weiter aus: da der erste Waggon am 4. Januar, der zweite am 7. Januar 1894 telegraphisch zur Verfügung gestellt, und die Telegramme je an diesen

Tagen auch dem Kläger zugestellt worden seien, so sei der Beklagte von da an zur Aufbewahrung des Strohes nicht mehr verpflichtet gewesen. Die Waggonen hätten jetzt auf Wag und Gefahr des Klägers in Riffungen gestanden, und der Beklagte habe nicht mehr darüber verfügen und das Stroh auch dann nicht mehr verkaufen lassen dürfen, wenn dasselbe dem Verderben ausgesetzt, und Gefahr im Verzuge gewesen wäre. Schon diese Auffassung ist rechtsirrig. Zunächst ist zu bemerken, daß die Aufbewahrungspflicht des Käufers (Art. 348 Abs. 1 H.G.B.) nicht schon mit der Ankunft der Dispositionsstellung bei dem Verkäufer, sondern erst dann endigt, wenn der letztere auf die ihm zugewandene Beauftragung der Ware nicht so bald als möglich seinerseits für die Aufbewahrung derselben sorgt oder sonst über sie verfügt. Weiter aber ist in Art. 348 Abs. 5 H.G.B. dem Käufer unter der einzigen Voraussetzung, daß die Ware dem Verderben ausgesetzt, und Gefahr im Verzuge ist, die Befugnis zum Verkaufe nach Maßgabe der Vorschriften des Art. 343 beigelegt, ohne Unterschied, ob der Verkäufer sich bereits seinerseits in der Lage befindet, über die Ware zu verfügen, oder nicht, und ob er im ersteren Falle eine solche Verfügung zu treffen unterlassen hat. Der Umstand allein, daß der Verkäufer keine Verfügung getroffen hat, obwohl er eine solche treffen konnte, giebt dem Käufer das Verkaufsrecht nach Art. 348 Abs. 5 allerdings nicht; hiermit entfällt nur die fernere Pflicht zur Aufbewahrung. Trifft aber die bezeichnete, in Art. 348 Abs. 5 bestimmte Voraussetzung thatsächlich zu, so kann der Käufer, obwohl der Verkäufer in der Lage sich befindet, über die Ware zu verfügen, zum sogenannten Notverkauf schreiten.

Vgl. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch zu Art. 348 § 9; Entsch. des R.D.H.G.'s Bd. 16 S. 324 flg.

Das Berufungsgericht ist aber der Ansicht, daß die erwähnte Voraussetzung zum Verkaufe nicht vorgelegen habe. In dieser Beziehung erwägt es: wenn auch nach den Aussagen der vernommenen Zeugen das Stroh naß, theilweise schimmelig und schwarz, und deshalb als Futterstroh nicht verwendbar gewesen, so habe der Beklagte doch dadurch, daß er nach Befichtigung des Strohes nicht zum Notverkaufe geschritten sei, sondern am 4. Januar dem Kläger brieflich geraten habe, es nach Würzburg zu schaffen und dort zu verkaufen, zu erkennen gegeben, daß er einen sofortigen Verkauf nicht für geboten er-

achte. Auch erwähne der Beklagte in den folgenden Briefen vom 5., 8. und 11. Januar 1894 nichts davon, daß das Stroh dem Verderben ausgesetzt, und Gefahr im Verzuge sei, sondern bemerke am 5. Januar nur, Kläger werde gut thun, baldmöglichst über das Stroh zu verfügen, weil anderen Tages ein Feiertag sei, und der Waggon immer mehr Kosten verursache, und am 8. Januar habe er mit der gerichtlichen Versteigerung beider Waggon gedroht, wenn Kläger nicht die erhobenen 800 *M* bei Sch. zur Verfügung stelle und weitere Ware expediere; am 11. Januar endlich habe er dem Kläger angezeigt, er habe den Gerichtsvollzieher mit der Versteigerung zu Lasten des Klägers beauftragt, mit dem Telegramm vom gleichen Tage jedoch bekannt gegeben, daß er die Versteigerung eingestellt habe. Erst in dem Briefe vom 16. Januar habe Beklagter erklärt, daß das Stroh dem Verderben ausgesetzt, und Gefahr im Verzuge sei, und das Stroh deshalb zur Versteigerung gebracht werde. Es könne nun dahingestellt bleiben, ob sich das Stroh bis zum 16. Januar derart verschlechtert habe, daß es unter keinen Umständen länger aufbewahrt werden konnte. Denn wäre dies auch der Fall gewesen, so habe der Beklagte das Stroh doch nicht versteigern dürfen, weil Kläger schon am 5. Januar brieflich über das Stroh durch das an den Beklagten gerichtete Verlangen, dasselbe an seinen demnächst in Rissingen erscheinenden Verkäufer B. auszuliefern, verfügt gehabt habe. Diese Verfügung sei . . auch auf den zweiten Waggon ausgedehnt worden. Kläger habe allerdings mit Brief vom 14. Januar dem Beklagten erklärt, er erkenne die Dispositionsstellung nicht mehr an, weil trotz seiner Weisung Beklagter das Stroh nicht an B. herausgegeben habe. Allein diese Erklärung sei ohne rechtliche Wirkung; denn Kläger habe wissen müssen, daß Beklagter das Stroh nur gegen Rückerstattung des Kaufpreises und Vergütung seiner Auslagen — Zug um Zug — herauszugeben verpflichtet, anderenfalls zur Retention berechtigt sei; gleichwohl habe weder Kläger noch B. sich zur Berichtigung des Guthabens des Beklagten erbotten. Letzterer habe von seiner Anwesenheit in Rissingen, woselbst er nicht einmal das Stroh besichtigt habe, dem Beklagten auch keine Kenntnis gegeben. Beklagter sei, obwohl von der beabsichtigten Reise des B. nach Rissingen in Kenntnis gesetzt, nicht verpflichtet gewesen, sich zu erkundigen, ob B. wirklich eingetroffen sei, habe vielmehr die entsprechende Mitteilung desselben

oder des Klägers erwarten dürfen. Nachdem Kläger einmal die Dispositionsstellungen des Beklagten angenommen gehabt, habe er „aus diesen Gründen“ die Annahmeerklärung nicht mehr rückgängig machen können. Beklagter aber habe keine weitere Verpflichtung gehabt, sich des Strohes anzunehmen, selbst wenn es zu Grunde gegangen wäre. Habe er im Interesse des Klägers sich noch weiter des Strohes anzunehmen zu sollen geglaubt, so hätte er es in einem eigenen Raume unterbringen und dort auseinandernehmen lassen können. Überdies habe Kläger mit der auch auf den zweiten Waggon ausgedehnten Weisung, das Stroh an B. zu verabfolgen, seinen Willen, daß das Stroh nicht verkauft werde, unzweideutig ausgesprochen, und gegen dieses Verbot habe Beklagter nicht zum Verkaufe schreiten dürfen. Hätte er gefürchtet, haftbar gemacht zu werden, so wäre ihm unbenommen gewesen, durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung den Verkauf des Strohes herbeizuführen. Da Beklagter trotz seiner Annahmeweigerung und des entgegenstehenden Verbotes des Klägers das Stroh veräußert habe, so gelte dies als Zurücknahme der Bemängelung und als Genehmigung der Ware.

Das Berufungsgericht hält hiernach den Kläger an der von ihm ausgesprochenen Annahme der Dispositionsstellungen des Beklagten fest, weil Kläger diese Annahme einseitig ohne gerechten Grund nicht habe zurückziehen können, und ein solcher Grund nicht vorgelegen habe, insbesondere in dem Umstande nicht zu finden sei, daß Beklagter das Stroh nicht an B. ausgeliefert habe. Kläger habe aus dieser nach Lage der Sache berechtigten Nichtauslieferung keinen Grund zum Widerruf der einmal erklärten Annahme der Dispositionsstellungen entnehmen können, und es sei diesem Widerruf deshalb die rechtliche Wirksamkeit abzuspochen. Diese Auffassung beschwert an sich den Beklagten nicht. . . . Der Revision muß aber darin beigetreten werden, daß die Annahme, dem am 20. Januar vorgenommenen Notverkauf habe ein Verbot des Klägers entgegengestanden, durch dasjenige, was das Berufungsgericht in dieser Beziehung ausführt, nicht begründet wird. In der Weisung des Verkäufers an den Käufer, die beanstandete Ware an einen Dritten auszufolgen, kann zweifellos, wie in einer anderen von dem Käufer zu befolgenden Verfügung des Verkäufers über die Ware, ein Verbot des Notverkaufes liegen, und gegen ein solches Verbot darf der Käufer zum Notverkaufe, durch den

wesentlich die Interessen des Verkäufers wahrgenommen werden sollen, nicht schreiten. Dafür, ob die Voraussetzungen des Notverkaufs vorlagen, und ob Kläger dem Verkaufe widersprochen hatte, kommt es aber auf den Zeitpunkt des stattgehabten Verkaufes, hier auf den 20. Januar, an. An eine bestimmte Zeit ist die Vornahme des Verkaufes nach Art. 348 Abs. 5 S. O. B. nicht gebunden. Das Berufungsgericht erblickt nun das Verbot des Klägers lediglich in der mit dem Brief vom 5. Januar ausgesprochenen, später auch auf den zweiten Wagon ausgedehnten Weisung des Klägers, das Stroh an B. auszuliefern. Es nimmt jedoch selbst an, daß die Auslieferung an B. aus Gründen unterblieben sei, welche lediglich von dem Kläger oder B. zu vertreten seien, sowie daß Beklagter die Weisung deshalb zu befolgen nicht verpflichtet gewesen sei, weil ihm nicht gleichzeitig der Ersatz des vorausbezahlten Kaufpreises und seiner Auslagen angeboten wurde, ja daß Beklagter lediglich infolge des Verhaltens des B. diesem nicht einmal das Stroh auszuliefern in der Lage gewesen wäre. Es erscheint nicht angängig, in einer Verfügung des Verkäufers, welche der Käufer zu befolgen nicht verpflichtet, und die zu befolgen er thatächlich (ohne sein Verschulden) außer stande ist, einen Widerspruch des Verkäufers gegen den Notverkauf zu finden, wenn nicht der Widerspruch gleichzeitig oder in der Folge unzweideutig besonders zum Ausdruck gebracht ist. Hiervon liegt aber im vorliegenden Falle nichts vor. Im Gegenteil hat Kläger, was das Berufungsgericht übersehen hat, am 14. Januar in Kenntnis von der Ergebnislosigkeit der Reise des B. an den Beklagten geschrieben, er bedauere, nun in der Sache nichts mehr thun zu können, er erkenne (jetzt) die Dispositionsstellungen nicht an. Diese Zurückziehung der Annahme der Dispositionsstellung stand dem Notverkauf nicht im Wege. Im übrigen kann diese Erklärung nur so aufgefaßt werden, daß Kläger selbst seine Verfügung, das Stroh an B. auszuliefern, für erledigt erachte; jedenfalls stand nunmehr der Beklagte vor der durch den Kläger herbeigeführten neuen Sachlage, daß an die Stelle der für den Beklagten nicht bindenden und erledigten Verfügung vom 5. Januar eine andere Verfügung nicht getreten war. Überdies hat Kläger auf den Brief des Beklagten vom 16. Januar 1894, mit dem letzterer den bevorstehenden Verkauf unter Hinweisung darauf anzeigte, daß das Stroh dem Verderben ausgesetzt, und Gefahr im

Verzuge sei, gegen den Verkauf nicht protestiert, sondern mit seinem Brief vom 18. Januar, ohne über den angebotenen Verkauf ein Wort zu verlieren, nur seinen Rücktritt wegen des angeblichen Zahlungsverzuges des Beklagten erklärt. Keinesfalls erscheint nach alledem die Annahme begründet, der Beklagte habe in den Briefen und dem Verhalten des Klägers einen Widerspruch desselben gegen den Verkauf nach Art. 348 S. O. B. erblicken müssen. Darauf endlich, ob der Beklagte durch dieses Verhalten der weiteren Aufbewahrungs- und Fürsorgepflicht in Ansehung der beanstandeten Ware enthoben war, kommt es so wenig an, als darauf, ob der Beklagte für die Ware im Interesse des Klägers in anderer Weise sorgen, oder welche Maßregeln er in seinem eigenen Interesse ergreifen konnte. Lag ein Verbot des Klägers nicht vor, so konnte Beklagter zum Verkaufe nach Art. 348 Absf. 5 schreiten, wenn die Ware wirklich dem Verderben ausgesetzt, und Gefahr im Verzuge war. Ob diese Voraussetzung vorgelegen, hat das Berufungsgericht dahingestellt gelassen. Dasselbe geht sodann davon aus, daß in einem Verkaufe gegen den Widerspruch des Verkäufers die Zurücknahme der zuvor vom Käufer ausgesprochenen Bemängelung und die Genehmigung der Ware zu finden, und demzufolge der Käufer den Kaufpreis voll zu bezahlen verpflichtet sei, insbesondere Preisminderung nicht geltend machen könne. Das Berufungsgericht wird, wie zu vermuthen, dieselbe Rechtsfolge auch an einen Verkauf zu knüpfen geneigt sein, dem die Eigenschaft eines Notverkaufes deshalb abzusprechen ist, weil thatsächlich die Ware nicht dem Verderben ausgesetzt, und nicht Gefahr im Verzuge war. Diese Ansicht findet sich allerdings in der Litteratur,

so z. B. Buchelt-Förtsch, zu Art. 348 Absf. 5; vgl. aber Staub, zu Art. 348 §§ 10. 11, zu Art. 347 § 39,

im vermeintlichen Anschlusse an das Urtheil des I. Civilsenats des Reichsgerichts vom 3. November 1886,

Entsch. des R. O. 's in Civilf. Bd. 17 S. 65 flg.,

vertreten. Der I. Civilsenat hat jedoch diesen allgemeinen Satz nicht aufgestellt. Der von ihm entschiedene Fall unterschied sich von dem vorliegenden zunächst darin, daß der Käufer die von ihm bemängelte Ware ohne Beobachtung der Vorschriften in Art. 348 Absf. 5 für eigene Rechnung verkauft hatte. Sodann erkennt der I. Civilsenat an, daß weder nach gemeinem Rechte,

vgl. hierzu Windscheid, Pandektenrecht Bd. 2 § 394 Anm. 12a, und Entsch. des R.D.S.G.'s Bd. 22 S. 35 flg., noch nach Handelsrecht der Käufer durch Weiterveräußerung der Ware alle wegen Mängel derselben zu erhebenden Ansprüche verlieren, auch eine Handelsstille dieses Inhaltes nicht bestehe. Es könne vielmehr, da die Veräußerung der gekauften Ware auch im Handelsverkehre mit der Geltendmachung eines Anspruches auf Preisminderung (oder Schadenserfaz wegen mangelhafter Beschaffenheit) vereinbar sei, die Weiterveräußerung für sich allein die Bedeutung einer Genehmigung der Ware oder des Verzichtes auf alle Ansprüche wegen Mängel der Ware nicht haben, sondern nur in Verbindung mit anderen, im Einzelfalle zu prüfenden Umständen. In dieser Richtung legt der I. Civilsenat Gewicht darauf, ob der Verkäufer die beanstandete Ware zur Verfügung gestellt, also den Empfang verweigert habe, oder nicht. Sei dies geschehen, so setze sich der Käufer durch einen ohne Ermächtigung des Käufers und ohne die Voraussetzungen des Art. 348 Absf. 5 in eigenem Namen vorgenommenen Weiterverkauf der Ware in Widerspruch mit der Dispositionsstellung, und es werde in diesem Falle regelmäßig eine jeden Anspruch wegen Mängel der Ware, besonders die Preisminderung, ausschließende Genehmigung derselben anzunehmen sein. Sei die Ware dagegen zwar bemängelt, aber nicht zur Disposition gestellt, so könne in Ermangelung besonderer Umstände in der nachherigen Weiterveräußerung eine derartige Genehmigung nicht gefunden werden. Im wesentlichen erachtet der I. Civilsenat hiernach die konkreten Umstände für maßgebend, worin ihm nur beizutreten ist, und nicht einmal für den Fall der stattgehabten Dispositionsstellung stellt er (abweichend anscheinend von der allgemeinen, positiven Behauptung von Gareis [Das Stellen zur Disposition § 50 und bei Endemann, Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 S. 720]) den Rechtsfaz auf, daß die nachherige Weiterveräußerung immer als Genehmigung der Ware und Verzicht auf die Bemängelung zu gelten habe. Wo aber der Käufer den nachherigen Verkauf unter klarer Beziehung auf das ihm nach Art. 348 Absf. 5 eingeräumte Recht und in gutem Glauben an das Vorhandensein des dort aufgestellten Erfordernisses dem Verkäufer angedroht und sodann ausgeführt hat, kann vollends eine derartige Fiktion der Genehmigung aus dem Grunde allein nicht durchgreifen, weil er sich in der An-

nahme, daß jenes Erfordernis vorhanden, d. h. die Ware dem Verderben ausgesetzt, und Gefahr im Verzuge, sei, getäuscht hat. Nach der bis jetzt festgestellten Sachlage könnte also dem Beklagten das eventuell geltend gemachte Recht auf Preisminderung nicht ver sagt werden. Wenn man freilich die Erklärung der Dispositionsstellungen des Beklagten und die Erklärung des Klägers, er nehme dieselben an, dahin auffassen müßte, die Parteien seien darüber einig, daß insoweit redhibiert werden solle, dann könnte allerdings, zumal da dem Wahlrecht zwischen Redhibition und Preisminderung durch den Prozeßbeginn ein Ende gesetzt wird,

vgl. Entsch. des R.O.'s in Civils. Bd. 34 S. 174,

das Zurückgreifen auf die Preisminderung ausgeschlossen erscheinen. Allein der Beklagte hat nach der vorliegenden Korrespondenz in der That nicht die Redhibition verlangt, vielmehr das ihm von dem Kläger in den beiden ersten Waggons behufs der Vertragserfüllung angebotene Stroh zurückgewiesen, weil es zur Erfüllung des Vertrages nicht geeignet sei, und zugleich von dem Kläger an Stelle dieses Strohes zum Zwecke richtiger Vertragserfüllung die Lieferung anderen, fehlerfreien Strohes gefordert, wozu er an sich berechtigt war. Die Dispositionsstellung und deren Annahme stehen also der Preisminderung nicht im Wege.

Die Berufung des Beklagten auf das in Art. 315 S.O.B. normierte Verkaufrecht fertigt das Berufungsgericht mit dem Satze ab: habe der Beklagte das Retentionsrecht an dem Stroh ausüben und durch den Verkauf desselben seine Befriedigung erreichen wollen, so hätte er nach Art. 315 vorgehen müssen. Es ist nicht klar zu erkennen, ob hierin eine thatsächliche Erwägung dahin liegt, aus den Umständen sei zu entnehmen, daß Beklagter an die Ausübung seines Retentionsrechtes und an einen Verkauf nach Art. 315 nicht gedacht habe, oder die Aufstellung der Rechtsansicht, Beklagter könne diese Gesetzesbestimmung nicht für sich anrufen, weil er versäumt habe, im Wege der Klage, wie dort vorgeschrieben ist, gegen den Kläger den Verkauf des Strohes zu beantragen. Diese Ansicht wäre nicht zu billigen. Durch Nichtbeobachtung dieser Formvorschrift wäre Beklagter weder des Retentionsrechtes, noch des Rechtes, die Differenz zwischen seiner Forderung und dem Verkaufserlös von dem Kläger

zu fordern, verlustig gegangen, vielmehr dem Kläger nur Schadensersatzpflichtig geworden.

Vgl. Staub, a. a. D. zu Art. 315 § 10; v. Hahn, Kommentar, 2. Aufl. Bd. 2 S. 189; Entsch. des R.O.G.'s Bd. 25 S. 224; Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 1 S. 185.

Daß hier die Voraussetzungen des Retentionsrechtes (Art. 313 H.G.B.) des Beklagten an dem Stroh der beiden ersten Waggon's, nachdem er dasselbe zur Disposition gestellt, und Kläger diese Dispositionsstellung angenommen hat, für seine fällige Forderung auf Rückerstattung des hierauf vorausgezählten Kaufpreises und seiner Frachtauslagen gegeben sind, scheint das Berufungsgericht mit Recht nicht zu bezweifeln.

Vgl. hierzu Staub, a. a. D. zu Art. 348 § 9, zu Art. 313 § 5; Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 12 S. 81 fg. 83, Bd. 18 S. 161. Hervorzuheben bleibt nur, daß beide Teile Kaufleute sind, und es sich um eine Forderung des Beklagten an den Kläger aus einem zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäfte handelt, in tatsächlicher Beziehung aber, daß Beklagter zunächst — im Brief vom 8. Januar 1894 — dem Kläger den Verkauf des Strohes für den Fall angedroht hat, daß Kläger nicht die 800 *M* bei Sch. beder und weitere Ware für ihn expediere. Das Berufungsgericht, das jedoch kaum zu bezweifeln scheint, daß der Beklagte das Retentionsrecht an dem Stroh ausüben wollte, hätte erforderlichen Falles zu prüfen, ob in dieser Erklärung nicht die deutliche Erklärung solcher Ausübung gelegen hat, andererseits ob Beklagter hierauf etwa durch das Telegramm vom 11. Januar, daß er die gemäß dem Briefe vom 8. Januar schon angeordnete Versteigerung wieder rückgängig gemacht habe, sowie durch den später auf Grund des Art. 348 Abs. 5 H.G.B. vorgenommenen Verkauf verzichtet hat." . . .