

46. 1. Ist der Käufer einer Ware beim Vorliegen der Voraussetzungen des Notverkaufs gemäß § 379 Absf. 1 und 2 H.G.B. verpflichtet, bei Vermeidung des Verlustes der Berechtigung hierzu diesen Notverkauf alsbald vorzunehmen?

2. Ist ein mittels öffentlicher Versteigerung vorgenommener Notverkauf, bei welchem der ursprüngliche Käufer die Ware angesteigert hat, als ein gültiges, neues Kaufgeschäft anzusehen? Wer hat in bezug auf das letztere als Verkäufer zu gelten?

3. Kann der ursprüngliche Käufer, welcher bei einem gemäß §§ 379 Absf. 2, 373 Absf. 4 H.G.B. auf sein Betreiben mittels öffentlicher Versteigerung erfolgten Notverkauf die beanstandete Ware gekauft hat, wegen eines nachträglich entdeckten weiteren Mangels derselben einen nochmaligen Notverkauf auf Grund des ursprünglichen Kaufes vornehmen?

4. Ist die Befugnis des Käufers, gemäß § 379 Absf. 2 H.G.B. einen Notverkauf der beanstandeten Ware vorzunehmen, an die in Absf. 1 daselbst bestimmte Voraussetzung geknüpft, daß ihm die Ware auf Grund des in Frage stehenden Kaufvertrags von einem anderen Orte übersendet ist?

5. Können einem Notverkaufe, welcher trotz des Mangels einer oder mehrerer der in § 379 Absf. 1 H.G.B. bestimmten Voraussetzungen von dem Käufer vorgenommen ist, dennoch dann, wenn diesem ein Wandelungsrecht zugestanden hat, nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. B.G.B.) Rechtswirkungen dem Verkäufer gegenüber beigelegt werden?

6. Kann ein auf einen zivilrechtlichen Grund gestützter Anspruch auf Ersatz der Kosten des Beweisicherungsverfahrens (§§ 485 ff. Z.P.O.) mittels Klage als selbständige Forderung zusammen mit dem Hauptanspruch geltend gemacht werden, wegen dessen das Beweisicherungsverfahren stattgehabt hat?

II. Zivilsenat. Ur. v. 7. Juni 1907 i. S. v. R. & S. (Rl.) w. R.
(Befl.). Rep. II. 39/07.

I. Landgericht Köln.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kaufmann S. in Berlin kaufte am 9. Dezember 1900 von dem in Köln wohnenden Beklagten 100 Kisten Kühlhauseier zum Preise von 60 *M* für das Tausend. Die Eier wurden am 24. Dezember von Köln abgeandt und am 29. Dezember dem S. nach Einzahlung des bedungenen Vorschusses von 8000 *M* ausgehändigt. Dieser stellte sie durch Telegramm vom 31. Dezember wegen Minderwertigkeit dem Beklagten zur Verfügung. Da der Beklagte aber keine Verfügung darüber traf, und durch die am 2. Januar 1901 vorgenommene Untersuchung der Ware mdriger Geschmack derselben festgestellt wurde, ließ S. am 4. Januar 1901 an der Berliner Börse durch einen Kursmakler 74 Kisten Eier versteigern, und zwar ohne Ausschluß der Gewährleistung den Berliner Börsenufancen gemäß. Er selbst steigerte dieselben, die Kiste zu 3,40 *M*, unter Verlust von zwei Schock an. Eine erneute Untersuchung vom 7. Januar 1901 ergab, daß die Ware zur menschlichen Nahrung unbrauchbar und nur zu gewerblichen Zwecken verwendbar sei. Auf Grund einer Untersuchung vom 10. Januar wurde am 14. Januar 1901 nochmals begutachtet, daß die Eier als Nahrungsmittel untauglich seien. S. teilte darauf dem Beklagten am 15. Januar mit, er werde die angesteigerten 74 und weitere 7 Kisten Eier versteigern lassen. Diese Versteigerung erfolgte am 19. Januar 1901 unter der Bezeichnung „Eier für gewerbliche Zwecke“. Hierbei wurden nur 1317,90 *M* Erlöst. Am 26. Januar 1901 veranlaßte S. die gerichtliche Vernehmung von Sachverständigen zur Sicherung des Beweises, wodurch 214,30 *M* Kosten entstanden. Die verauslagten Kosten für Fracht, Begutachtung und Versteigerung betragen zusammen 626,92 *M*. Den Preis der von ihm angenommenen 19 Kisten Eier berechnete S. nach Abzug des durch die Sachverständigen begutachteten Verlustes auf 1596,92 *M*. Derselbe trat am 24. Mai 1901 sämtliche ihm aus diesem Geschäfte gegen den Beklagten zustehenden Rechte an die Klägerin ab.

Diese erhob Klage mit dem Antrage, den Beklagten zu ver-

urteilen, an Klägerin 5926,40 *M* nebst 5 Prozent Zinsen von 5712,10 *M* seit dem 29. Dezember 1900 und von 214,30 *M* nebst 4 Prozent Zinsen seit dem Tage der Klagezustellung zu zahlen. Diese Klage war auf die erwähnten Tatsachen und auf folgende weitere Behauptungen gestützt: der Beklagte sei verpflichtet, ihr die gezahlten 8000 *M*, sowie alle infolge der schlechten Qualität der Eier entstandenen Unkosten im Gesamtbetrage von 626,92 *M* zu ersetzen, von welchen Beträgen mit zusammen 8626,92 *M* der Kaufpreis der von S. angenommenen 19 Kisten Eier mit 1596,92 *M*, sowie der bei der zweiten Versteigerung vom 19. Januar 1901 für die damals verkauften 81 Kisten Eier erzielte Reinerlös im Betrage von 1317,90 *M*, zusammen also 2914,82 *M*, in Abzug gebracht würden, so daß S. noch zu fordern gehabt habe 5712,10 *M*. Hierzu kämen noch die Kosten des Verfahrens zur Sicherung des Beweises mit 214,30 *M*, was die Klagesumme ergebe.

Der Beklagte bestritt diese Forderung, da S. die etwaige schlechte Beschaffenheit der Eier, die sich in Berlin herausgestellt haben sollte, selbst verschuldet habe, die Eier übrigens auch bei ihrer Ankunft in Berlin zum größten Teile noch brauchbar gewesen seien.

Die Klägerin bestritt diese Behauptungen.

Die Klage wurde in erster Instanz vollständig und in zweiter Instanz bis auf einen der Klägerin zugesprochenen Teilbetrag von 731,20 *M* nebst Zinsen abgewiesen. Auf die von der Klägerin wegen dieser Klageabweisung eingelegte Revision wurde das Berufungsurteil insoweit aufgehoben, und die Sache in diesem Umfange zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

... „Das Berufungsgericht hat zunächst angenommen, daß die Klägerin weder einen Wandlungs- noch einen Preisminderungsanspruch, noch einen Anspruch auf mangelfreie Lieferung erhoben habe, sondern daß sie die Rückgabe des von dem Käufer S. auf die gekaufte Ware geleisteten Vorschusses auf Grund des Kaufvertrages verlange. In dieser Hinsicht hat das Berufungsgericht es als der Vertragsabsicht der Parteien entsprechend erachtet, daß, wenn Mangelhaftigkeit der Ware vorliegen sollte, an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung derjenige auf Rückgewähr des Kaufpreises trete. Ferner

hat dasselbe den Beklagten als beweispflichtig für die von ihm behauptete ordnungsmäßige Erfüllung des Kaufvertrages angesehen, aber den Beweis, daß von ihm die Ware in mangelfreiem Zustande geliefert worden sei, nicht für geführt erachtet. Demgemäß hat das Berufungsgericht die Klägerin für berechtigt gehalten, den Vorschuß abzüglich des Betrages, der, soweit die Ware angenommen sei oder als angenommen zu gelten habe, dem Beklagten zustehende, zurückzufordern, und es hat den Beklagten für verpflichtet erklärt, die von dem Käufer gemachten Auslagen, vorbehaltlich der näheren Prüfung derselben, sich anrechnen zu lassen.

I. Das Berufungsgericht hat daher zunächst von dem durch den Käufer gezahlten Vorschuß von 8000 *M* folgende Summen in Abzug gebracht:

A für die von dem Käufer angenommenen 19 Kisten Eier deren vertragmäßigen Kaufpreis mit 1596,92 *M*;

B den — abzüglich eines Betrages für Verlust — auf 588,35 *M* berechneten gesamten ursprünglichen Kaufpreis derjenigen 7 Kisten Eier, welche der Käufer bei der Versteigerung der übrigen 74 Kisten vom 19. Januar 1901 hatte mitversteigern lassen, was folgendermaßen begründet ist: die Mitversteigerung der 7 Kisten am 19. Januar 1901 sei unzulässig gewesen; wenn S. dieselben nicht hätte annehmen wollen, so hätte er sie sogleich versteigern lassen müssen; diese 7 Kisten gälten daher als genehmigt;

C den bei der ersten Versteigerung vom 4. Januar 1901 für die übrigen 74 Kisten erzielten Erlös von 5535,20 *M*, zu welchem Punkte in dem Berufungsurteile folgendes ausgeführt ist: da die Ware dem Verderben ausgesetzt gewesen, sei der Käufer berechtigt gewesen, sie unter Beobachtung der Vorschrift des § 373 H.G.B. verkaufen zu lassen. Dagegen habe ihm nicht das Recht zugestanden, die angesteigerten Kisten nochmals versteigern zu lassen. Möge auch nach Ortsgebrauch eine Versteigerung ohne Ausschluß der Gewährleistung zulässig sein, so habe doch S. von den hieraus abzuleitenden Rechten nicht Gebrauch machen können. Er habe die Mangelhaftigkeit der Ware genau kennen müssen und sei jedenfalls verpflichtet gewesen, die erste Untersuchung so gründlich vornehmen zu lassen, daß die Mängel würden festgestellt worden sein.

II. Als Auslagen des Käufers, welche der Beklagte sich anrechnen zu lassen habe, sind in dem Berufungsurteile im ganzen 451,67 *M* festgesetzt, während die von der Klägerin weiter beanspruchten Kosten von zusammen 175,25 *M* für die nach der Versteigerung vom 4. Januar 1901 erfolgte Lagerung der Ware, für die zweite Untersuchung und die zweite Versteigerung derselben der Klägerin nicht zugebilligt worden sind.

Endlich hat das Berufungsgericht auch den Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Kosten des Verfahrens zur Sicherung des Beweises im Betrage von 214,80 *M* für nicht gerechtfertigt erachtet, indem es erwog, dieser Anspruch sei im Prozesse nicht geltend zu machen; die betreffenden Kosten bildeten einen Teil der Kosten des Hauptprozesses; ihre Zuebilligung sei Gegenstand des Kostenfestsetzungsverfahrens, und daher seien sie im Urteil nicht zu berücksichtigen.

Demgemäß hat das Berufungsgericht den Beklagten für verpflichtet gehalten, der Klägerin 731,25 *M* nebst Zinsen seit dem 29. Dezember 1900 zurückzuerstatten.

Zunächst kann dahingestellt bleiben, ob der von dem Revisionsbeklagten bestrittene Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß Klägerin keinen auf das gesetzliche Wandelungsrecht des Käufers gestützten Anspruch geltend gemacht habe, der Klagenanspruch vielmehr als auf Grund einer (stillschweigenden) vertraglichen Vereinbarung der Parteien erhoben anzusehen sei, richtig ist; denn die Revisionsklägerin hat diese Annahme des Berufungsgerichts nicht angefochten, wie dieselbe auch hierdurch nicht beschwert ist; der Revisionsbeklagte aber hat keine Anschlußrevision eingelegt. Auch wenn man im übrigen mit dem Revisionsbeklagten annimmt, daß das Berufungsgericht mit Unrecht das Vorliegen eines Wandelungsanspruchs und demgemäß auch mit Unrecht die Beweispflicht der Klägerin hinsichtlich der vertragswidrigen Beschaffenheit der Ware (vgl. Entsch. des R.O.'s in Zivilf. Bd. 57 S. 399) verneint habe, würde dies doch nicht zu einer Aufrechterhaltung des angefochtenen Teiles des Berufungsurteils führen können, falls die von der Revisionsklägerin erhobenen Angriffe begründet sein sollten. Die Entscheidung über die letzteren hängt aber ebenfalls nicht von der Beurteilung der von der Revisionsbeklagten angeregten Fragen ab.

Die Revisionsklägerin hat zunächst bezüglich des oben zu I, B angeführten Postens von 588,35 *M* gerügt, daß das Berufungsgericht hierbei mit Unrecht für die am 19. Januar 1901 versteigerten 7 Kisten Eier den in dem ursprünglichen Kaufvertrage vom 9. Dezember 1900 vereinbarten Kaufpreis statt des weit geringeren Betrages, der bei der Versteigerung vom 19. Januar 1901 für diese Waren erlöst worden ist, als für die anzurechnende Forderung des Beklagten maßgebend erachtet habe; denn S. sei nach § 379 *H.G.B.* zur Versteigerung dieser 7 Kisten Eier zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet gewesen. Diese Beschwerde erscheint als begründet. Das Berufungsgericht hat nämlich anscheinend bezüglich aller auf Veranlassung des S. versteigerten 81 Kisten Eier, also auch bezüglich der hier in Rede stehenden 7 Kisten, angenommen, daß S. berechtigt gewesen sei, dieselben sofort nach ihrer Ankunft in Berlin (29. Dezember 1900) unter Beobachtung der Vorschriften des § 373 *H.G.B.* verkaufen zu lassen; denn es hat dies bezüglich der zum erstenmal am 4. Januar 1901 versteigerten 74 Kisten dieser Ware unter Hinweis darauf, daß die Ware dem Verderben ausgesetzt gewesen sei, ausdrücklich ausgesprochen. Wenn auch hierbei das weitere Erfordernis des § 379 Abs. 2 *H.G.B.*, daß Gefahr im Verzuge sei, nicht besonders erwähnt ist, so läßt doch der gesamte dieser Vorschrift im übrigen entsprechende Inhalt dieses Satzes des Urteils darauf schließen, daß das Berufungsgericht damit feststellen wollte, daß bezüglich dieser 74 Kisten die Voraussetzungen eines Notverkaufs im Sinne der bezogenen Bestimmungen für die angegebene Zeit, insbesondere auch noch am 4. Januar 1901, vorgelegen hätten. In Verbindung mit dieser Feststellung rechtfertigt aber die angefochtene, auf die 7 Kisten Eier sich beziehende Erwägung die Annahme, daß das Berufungsgericht den S. zum Verkauf dieser 7 Kisten Eier gemäß § 379 Absf. 1 und 2 *H.G.B.* zwar für die Zeit bis zum 4. Januar 1901, nicht aber auch für die spätere Zeit, insbesondere nicht mehr am 19. Januar 1901, für berechtigt erachtet hat. Der angefochtenen Erwägung scheint daher die Rechtsansicht des Berufungsgerichts zugrunde zu liegen, daß der Käufer beim Vorliegen der Voraussetzungen des Notverkaufs gemäß § 379 Absf. 1 und 2 a. a. O. verpflichtet sei, denselben bei Vermeidung des Verlustes der betreffenden Berechtigung alsbald vorzunehmen. Diese Rechtsansicht ist jedenfalls in dieser

Allgemeinheit nicht zu billigen. Vor allem ist dem Käufer weder durch § 379 — (der Käufer „kann“ . . . die Ware verkaufen lassen) — noch durch eine andere gesetzliche Vorschrift eine Verpflichtung auferlegt, beim Vorliegen der hierfür bestimmten Voraussetzungen den Notverkauf vorzunehmen. (Vgl. auch die Motive zum preussischen Entwurf des Allgemeinen Handelsgesetzbuchs Art. 264). Das hiernach lediglich vorliegende Recht des Käufers zur Vornahme eines Notverkaufs ist aber weder durch eine besondere gesetzliche Vorschrift, noch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen an eine bestimmte Zeit geknüpft. Aus § 379 Abs. 2 a. a. O. ist bezüglich der Dauer desselben nur so viel zu entnehmen, daß ein Notverkaufsrecht dann nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen, daß die Ware dem Verderben ausgesetzt, und Gefahr im Verzuge sei, weggefallen sind. Solange aber diese Voraussetzungen noch vorliegen, erheischt in der Regel das Interesse des auswärtigen Verkäufers die Vornahme des Notverkaufs, was auch eine entsprechende Berechtigung des Käufers hierzu bedingt. Daß aber die fraglichen Voraussetzungen am 19. Januar 1901 bezüglich der hier in Rede stehenden 7 Kisten Eier weggefallen gewesen seien, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Es könnte sich daher höchstens noch fragen, ob die Verpflichtung des Käufers zur alsbaldigen Vornahme des Notverkaufs sich etwa aus den nach § 379 Abs. 2 für den Notverkauf maßgebenden Vorschriften des § 373 H.G.B., oder aus den für den Selbsthilfeverkauf anerkannten Rechtsgrundsätzen herleiten läßt. Doch ist auch dies zu verneinen. Zunächst enthält § 373 selbst keine Vorschrift über die Zeit, in der der Selbsthilfeverkauf vorzunehmen ist. Wenn aber ferner in analoger Anwendung der Rechtsgrundsätze, welche von der Rechtsprechung für den Selbsthilfeverkauf anerkannt sind, anzunehmen ist, daß auch der Notverkauf von dem Käufer nicht absichtlich verzögert werden darf, um den Verkäufer zu schädigen,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 20 S. 334, Bd. 21 S. 158;

Entsch. des R.O.'s in Zivilf. Bd. 41 S. 64,

und daß auch grobe Fahrlässigkeit des Käufers bezüglich der verzögerten Vornahme des Notverkaufs in gleicher Weise zu beurteilen ist, vgl. Entsch. des R.O.'s in Zivilf. Bd. 36 S. 89; Volze, Praxis Bd. 14 Nr. 441; Jurist. Wochenchr. 1892 S. 241 Nr. 18, 1901 S. 407 Nr. 27,

so hat doch das Berufungsgericht bezüglich des hier in Rede stehenden Verhaltens des S. weder selbst das Vorliegen einer dieser Voraussetzungen angenommen, noch auch solche tatsächlichen Feststellungen getroffen, auf Grund deren etwa eine absichtliche oder grob fahrlässige Verzögerung des in Rede stehenden Notverkaufs dieser 7 Kisten Eier angenommen werden könnte. Namentlich schließt die einstweilige Aufbewahrung der Ware, für die zu sorgen der Käufer sogar nach § 379 Abs. 1 H.G.B. verpflichtet ist, nicht eine Verfügung über dieselbe in sich, welche der späteren Ausübung des fraglichen Notverkaufrechts entgegenstände; es kann daher auch hierin nicht eine Genehmigung der einstweilen aufbewahrten Ware gefunden werden. Inwiefern aber diese im gegebenen Falle etwa aus einem anderen Grunde als genehmigt zu gelten hätte, hat das Berufungsgericht nicht dargelegt, namentlich nicht in irgend einer Weise das Vorhandensein eines Genehmigungswillens des S. festgestellt.

Hiernach erscheint die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Mitversteigerung dieser 7 Kisten am 19. Januar 1901 unzulässig gewesen, und das Ergebnis dieser Versteigerung daher für die fragliche Forderung des Beklagten nicht maßgebend sei, als nicht gerechtfertigt.

Ferner hat die Revisionsklägerin den Ansaß der oben zu I C aufgeführten Forderung des Beklagten wegen Verletzung des § 460 B.G.B. und der §§ 286, 313 Nr. 4, 551 Nr. 7 B.P.D. beanstandet, weil das Berufungsgericht den Anspruch des Beklagten auf den Erlös der zuerst am 4. und dann nochmals am 19. Januar versteigerten 74 Kisten Eier nach dem Ergebnisse der ersten Versteigerung, statt nach dem geringeren Ergebnisse der zweiten Versteigerung, berechnet habe. In dieser Hinsicht hat die Revisionsklägerin hauptsächlich gerügt, daß die Annahme des Berufungsgerichts, S. habe die Mangelhaftigkeit der Ware — daß sie nämlich für den menschlichen Genuß unbrauchbar sei — bei der Versteigerung vom 4. Januar 1901 genau kennen müssen, mit dem Tatbestande im Widerspruch stehe und jedenfalls tatsächlich nicht begründet sei, und daß das Berufungsgericht auch das nach § 460 Satz 2 B.G.B. für den Ausschluß eines Gewährleistungsanspruchs des Käufers erforderliche Vorliegen einer groben Fahrlässigkeit desselben in bezug auf seine Unkenntnis des fraglichen Mangels zur Zeit der ersten Versteigerung nicht festgestellt habe.

Diese Beschwerde erscheint nach beiden Richtungen hin als gerechtfertigt.

Wenn, was oben bereits erörtert ist, die Versteigerung vom 4. Januar 1901 als ein für Rechnung des Beklagten erfolgter Notverkauf im Sinne des § 379 Absf. 1 und 2 H.G.B. aufzufassen ist, so ist derselbe als ein neuer, selbständiger Kaufvertrag anzusehen, der zwischen dem durch S. als gesetzlichen Bevollmächtigten vertretenen Beklagten als Verkäufer und S. eigenen Namens als Käufer zu den von letzterem bei dieser Versteigerung gebotenen Preisen gültig zustande gekommen ist. Die Gültigkeit dieses Rechtsgeschäfts unterliegt namentlich im Hinblick auf die Vorschriften des § 378 Absf. 4 H.G.B. und des § 181 B.G.B. keinem Bedenken. Insbesondere ist aus § 379 Absf. 2 und § 378 Absf. 4 a. a. D. das Vorliegen eines der in § 181 B.G.B. vorgesehenen Ausnahmefälle herzuleiten, in denen dem Vertreter die Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Namen des Vertretenen mit sich selbst im eigenen Namen gestattet ist; denn die sich aus den ersteren Vorschriften ergebende Befugnis des Käufers, bei einem mittels öffentlicher Versteigerung erfolgenden Notverkauf mitzubieten, schließt nach der bargelegten Natur dieses Rechtsgeschäfts zugleich die Befugnis in sich, den mittels dieser Versteigerung zustande kommenden neuen Kauf als Vertreter des ursprünglichen Verkäufers im Namen und für Rechnung desselben mit sich als Käufer im eigenen Namen abzuschließen. Auf Grund der Versteigerung vom 4. Januar 1901 standen daher dem S. als Käufer für den Fall der Mangelhaftigkeit der Ware dieselben Rechte zu wie einem dritten Käufer, also insbesondere nach §§ 459 und 462 B.G.B. ein Wandelungsrecht. Ob nun die Ware in bezug auf den mittels der Versteigerung vom 4. Januar 1901 zustande gekommenen Kauf als mangelhaft im Sinne des § 459 B.G.B. zu gelten hat, ist lediglich nach dem Inhalt dieses Kaufes zu bestimmen. In dieser Hinsicht kommt aber in Betracht, daß nach dem Tatbestand diese Versteigerung ohne Ausschluß der Gewährleistung den Berliner Wörfenulancen gemäß erfolgt, und daß durch die nachher am 7. und 10. Januar 1901 vorgenommenen Untersuchungen der versteigerten Ware festgestellt worden ist, daß diese zur menschlichen Nahrung unbrauchbar sei. Aus den bezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts ergibt sich auch dessen Annahme, daß wegen des letzteren Mangels der am 4. Januar 1901 versteigerten Ware ein

dem S. bezüglich des letzteren Kaufes zustehendes Wandelungsrecht anzuerkennen sein würde, wenn nicht die Bestimmung des § 460 Satz 2 H.G.B. deshalb dem entgegenstände, weil S. den letzteren Mangel der Ware (zur Zeit der Versteigerung vom 4. Januar 1901) genau habe kennen müssen, indem er verpflichtet gewesen sei, die erste Untersuchung so gründlich vorzunehmen, daß der hier in Rede stehende Mangel schon vor der Versteigerung vom 4. Januar 1901 würde festgestellt worden sein. Mit Recht hat die Revisionsklägerin diese die Anwendbarkeit des § 460 Satz 2 a. a. D. im gegebenen Falle betreffenden Ausführungen als ungenügend beanstandet; denn vor allem erhellt aus denselben nicht, ob das Berufungsgericht sich dabei des nach § 460 Satz 2 bestehenden Erfordernisses bewußt gewesen ist, daß die Nichtkenntnis des Mangels seitens des Käufers auf grober Fahrlässigkeit desselben beruhen muß, und ob es auch eine grobe Fahrlässigkeit des S. bezüglich der fraglichen Unkenntnis desselben als vorliegend erachtet hat.“... (Wird näher ausgeführt)...

„Hiernach beruht die Verneinung eines dem S. bezüglich des Verkaufs vom 4. Januar 1901 zustehenden Wandelungsrechts auf Verletzung des § 460 Satz 2 H.G.B. und der §§ 286, 313 Nr. 4, 551 Nr. 7 B.P.O. Daher wird auch die nur durch die Verneinung dieses Wandelungsrechts begründete Annahme des Berufungsgerichts, daß dem S. nicht das Recht zugestanden habe, die am 4. Januar 1901 von ihm angesteigerten Eier nochmals (für Rechnung des Beklagten) versteigern zu lassen, durch den seither erörterten Inhalt des angefochtenen Urteils nicht gerechtfertigt.

Andererseits ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, auch bei der Unterstellung eines dem S. bezüglich des Kaufes vom 4. Januar 1901 zustehenden Wandelungsrechts, noch nicht, daß die zweite Versteigerung vom 19. Januar 1901 als ein gemäß § 379 Absf. 1 und 2 H.G.B. berechtigter Notverkauf erfolgt anzusehen sei. Es kommt in dieser Hinsicht nicht nur die von dem Revisionsbeklagten aufgeworfene, aber in den Vorinstanzen noch nicht erörterte und in Ermangelung der erforderlichen tatsächlichen Feststellungen auch gegenwärtig noch nicht zur Entscheidung reife Frage, ob S. bezüglich dieses zweiten Kaufes dem Beklagten die nach § 377 H.G.B. notwendige Anzeige des Mangels der Unbrauchbarkeit der Eier zur menschlichen Nahrung recht-

zeitig erstattet habe, sondern auch der weitere Umstand in Betracht, daß die aus dem Wortlaut des Abs. 1 des § 379 und dem Zusammenhange dieser Bestimmung mit derjenigen des Abs. 2 daselbst auch für den Notverkauf sich ergebende Voraussetzung, daß die Ware dem Käufer von einem anderen Orte übersendet sei, bezüglich der von S. am 4. Januar 1901 ersteigerten Ware nicht zutrifft; denn da letztere sich bereits vor dieser Versteigerung am Versteigerungsort Berlin im Besitz des sie ansteigernden ursprünglichen Käufers S. befand, und dieser sie daselbst bis zu der am 19. Januar 1901 erfolgten nochmaligen Versteigerung im Besitz behielt, so hatte eine Übersendung der Ware auf Grund des hier in Rede stehenden Kaufes vom 4. Januar 1901 nicht stattzufinden und hat auch nicht stattgefunden. Letzterer Kauf ist daher nicht als ein Überverkauf im Sinne des § 379 Abs. 1 und 2 (vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 33 S. 25) anzusehen. Namentlich kommt hierbei der Umstand, daß dieselbe Ware Gegenstand eines früheren, zwischen denselben Personen geschlossenen Überverkaufes gewesen war, für den Verkauf vom 19. Januar 1901 nicht weiter in Betracht, da S. das ihm auf Grund des ersten Kaufes gemäß § 379 a. a. D. zustehende Notverkaufsrecht bereits mittels der Versteigerung vom 4. Januar 1901 ausgeübt hatte, und dasselbe somit zur Zeit der Versteigerung vom 19. Januar 1901 erloschen war. Da aber jedenfalls die hier allein unmittelbar in Betracht kommende Vorschrift des § 379 Abs. 2 wegen der darin liegenden Beschränkung des dem Verkäufer im Falle der Wandelung nach §§ 467, 346 B.G.B. zustehenden Rechtes auf Zurücknahme der Ware als eine handelsrechtliche Ausnahmebestimmung aufzufassen ist, so erscheint eine analoge Anwendung derselben in solchen Fällen als ausgeschlossen, in denen zwar die Voraussetzung des § 379 Abs. 1 H.G.B. nicht vorliegt, im übrigen aber der alsbaldige Verkauf einer vom Käufer beanstandeten Ware durch diesen im Interesse des Verkäufers liegen mag.

Wenn aber auch hiernach die zweite Versteigerung vom 19. Januar 1901 nicht als ein Notverkauf im Sinne des § 379 Abs. 1 und 2 H.G.B. anzusehen, und dieselbe daher von diesem rechtlichen Gesichtspunkte aus nicht zu rechtfertigen ist, so ist hieraus doch nicht ohne weiteres zu folgern, daß die Klägerin sich in keiner Weise dem Beklagten gegenüber auf das Ergebnis der durch S. veranfaßten

nochmaligen Versteigerung der Ware vom 19. Januar 1901 berufen dürfe, vielmehr das Ergebnis der ersten Versteigerung vom 4. Januar 1901 schlechthin für den betreffenden Anspruch des Beklagten maßgebend sei; denn es ist trotz der Nichtanwendbarkeit des § 379 a. a. D. dann, wenn bezüglich des Kaufes vom 4. Januar 1901 ein Wandelungsrecht des S. begründet gewesen sein sollte, bei der gegebenen Sachlage die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der nochmaligen Versteigerung der fraglichen Ware vom 19. Januar 1901 nach den Grundrissen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 flg. B.G.B.) gegenüber dem Beklagten als Geschäftsherrn Rechtswirkungen beigelegt werden könnten, welche geeignet wären, den Anspruch der Klägerin auf Berücksichtigung des Ergebnisses dieser Versteigerung bei Bemessung der bezüglichen Forderung des Beklagten ganz oder teilweise zu rechtfertigen. Wenn nämlich auf Grund des dem Käufer S. gemäß dem Kaufe vom 4. Januar 1901 etwa zustehenden Wandelungsanspruchs der Beklagte als Verkäufer, für dessen Rechnung dieses Rechtsgeschäft als abgeschlossen zu gelten hat, zur Zurücknahme der am 4. Januar 1901 versteigerten Ware verpflichtet gewesen sein sollte, so könnte vielleicht wegen des zu befürchtenden weiteren Verderbs der Ware oder aus anderen Gründen auch die nochmalige Versteigerung derselben in Berlin als dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Beklagten entsprechend erachtet werden.

Vgl. Entsch. des R.D.F.G.'s Bd. 12 S. 132, Bd. 16 S. 326.

Hiernach ist die erörterte Begründung des Berufungsurteils nicht genügend, um die Festsetzung des hier in Rede stehenden Anspruchs des Beklagten nach dem Ergebnis der Versteigerung vom 4. Januar 1901 zu rechtfertigen. Vielmehr besteht die rechtliche Möglichkeit, daß es in dieser Hinsicht auch auf das Ergebnis der Versteigerung vom 19. Januar 1901 ankommen könnte. Zur Entscheidung dieser Frage bedarf es aber weiterer tatsächlicher Feststellungen auf Grund der oben dargelegten rechtlichen Gesichtspunkte.

Daselbe gilt auch von dem seitens der Klägerin erhobenen, aber vom Berufungsgericht aberkannten Anspruch auf Ersatz derjenigen Kosten, welche durch die nach der Versteigerung vom 4. Januar 1901 stattgehabte Lagerung der Ware, die zweite Untersuchung und die zweite Versteigerung derselben entstanden sind, in welcher Hin-

sicht eine weitere Revisionsbeschwerde erhoben ist; denn die Entscheidung über diesen Anspruch der Klägerin hängt hauptsächlich von der Beantwortung der oben erörterten Fragen ab, ob dem S. auf Grund der Versteigerung vom 4. Januar 1901 ein Wandelungsanspruch und bejahendenfalls ein Anspruch aus nützlicher Geschäftsführung entstanden ist.

Endlich erscheint auch die letzte Revisionsbeschwerde als begründet, welche wegen der Abweisung des klägerischen Anspruchs auf Ersatz der Kosten des Beweisicherungsverfahrens erhoben ist. Zwar sind dann, wenn es wegen der Angelegenheit, die ein solches Verfahren veranlaßt hat, zu einem Prozesse kommt, die durch ersteres Verfahren entstandenen Kosten als zu den Kosten des Rechtsstreits gehörig anzusehen, so daß die in letzterem ergehende Kostenentscheidung ohne weiteres auch auf die durch das Beweisicherungsverfahren entstandenen Kosten zu beziehen ist (vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 13 S. 325). Im übrigen hängt aber, sofern in dem Urteile nichts anderes bestimmt ist, die Erstattungsfähigkeit der letzteren Kosten davon ab, ob dieselben von dem Gerichte bei der Kostenfestsetzung als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig erachtet werden (§§ 91, 104 B.P.O.). Andererseits besteht aber allseitige Übereinstimmung darüber, daß, wenn es nicht zum Prozesse kommt, der Anspruch auf Ersatz dieser Kosten auf Grund einer etwa nach bürgerlichem Rechte begründeten Verpflichtung des Gegners hierzu durch besondere Klage geltend gemacht werden kann, indem in den das Beweisicherungsverfahren betreffenden Vorschriften eine Entscheidung über die Kosten dieses Verfahrens nicht vorgesehen ist (vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 13 S. 325). Im gegebenen Falle hat aber die Klägerin die von ihr geltend gemachte Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz dieser Kosten auf einen zivilrechtlichen Grund, nämlich auf die vertragswidrige Beschaffenheit der von dem Beklagten gelieferten Ware gestützt, diesen Anspruch aber nicht mittels einer besonderen, ausschließlich diese Forderung betreffenden Klage, sondern zugleich mit anderen aus der vertragswidrigen Lieferung des Beklagten hergeleiteten Ansprüchen in der nämlichen Klage geltend gemacht und sich zur Begründung der letzteren Ansprüche auch auf das Ergebnis des Beweisicherungsverfahrens berufen. Es fragt sich daher, ob diese Umstände sowie

die für die Klägerin gegebene Möglichkeit, im Falle der ausschließlichen gerichtlichen Geltendmachung der erwähnten Hauptansprüche auch zu einer gerichtlichen Anerkennung und Festsetzung des Anspruchs auf Erfaz der Kosten des Beweisicherungsverfahrens gemäß § 91 B.P.O. zu gelangen, der auf einen besonderen zivilrechtlichen Verpflichtungsgrund des Beklagten gestützten Einlagung dieser Kosten als eines besonderen, selbständigen Klagepostens und dem Erlasse einer ausdrücklichen sachlichen Entscheidung in dem Urteile darüber entgegensteht, ob dieser Anspruch zivilrechtlich begründet sei. Diese Frage ist zu verneinen. Zwar geht bezüglich der Prozeßkosten als solcher die herrschende Meinung dahin, daß dieselben nicht mittels besonderer Klage gefordert werden können, sondern daß über die Verpflichtung zur Tragung derselben zunächst im Urteile des betreffenden Rechtsstreits im allgemeinen zu entscheiden ist, und daß auf Grund einer solchen Entscheidung in dem Kostenfestsetzungsverfahren die einzelnen zu erstattenden Kostenbeträge festzusetzen sind (vgl. §§ 308 Abs. 2, 104, 105 B.P.O.). Dies wird damit begründet, daß die Prozeßkosten ihren Entstehungsgrund in dem Rechtsstreite haben, nach Existenz und Umfang von demselben abhängig sind und jeder eigenen Selbständigkeit entbehren (vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 22 S. 423). Diese Gründe treffen zwar bezüglich der in dem Prozesse selbst, d. h. mit und nach Erhebung der Klage, entstandenen Kosten, für deren Tragung ja auch in der Regel kein anderer Verpflichtungsgrund als das Unterliegen der Partei in dem Prozesse besteht, nicht aber bezüglich der schon vor der Klagerhebung entstandenen Kosten zu, für welche der Gegner schon vor Einleitung des Prozesses aus einem zivilrechtlichen Grunde haftbar war. Denn wenn ein solcher zivilrechtlicher Anspruch, wie jeder andere derartige Anspruch, vom Zeitpunkte seiner Entstehung an von dem Gläubiger durch eine selbständige Klage geltend gemacht werden kann, so ist nicht einzusehen, weshalb eine Geltendmachung desselben dann, wenn diese mittels der zugleich wegen des damit zusammenhängenden Hauptanspruchs erhobenen Klage erfolgt, aus dem Grunde nicht zulässig sein sollte, weil im Falle der Erhebung der letzteren Klage und der Durchführung des Prozesses der Gläubiger in der Entscheidung über die Kosten des Prozesses vielleicht eine anderweite gerichtliche Festsetzung des ersteren Anspruchs als eines prozessualen

Kostenanspruchs würde erlangen können. Es kommt hierbei in Betracht, daß sich auf dem letzteren Wege nur eine Entscheidung über die prozeßrechtliche, nicht aber auch über die zivilrechtliche Verpflichtung des Gegners zur Tragung der fraglichen Kosten erzielen läßt, eine Verpflichtung der letzteren Art aber auch dann begründet sein kann, wenn eine solche prozeßrechtliche Verpflichtung des Gegners deshalb nicht besteht, weil diese Kosten nicht gemäß § 91 Abs. 1 Z.P.D. als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig zu erachten sind. Wollte man daher die ausdrückliche klageweise Geltendmachung eines solchen materiellrechtlichen Kostenanspruchs in dem wegen der Hauptforderung einzuleitenden Prozesse für ausgeschlossen halten, oder eine Verpflichtung des erkennenden Gerichts, in diesem Prozesse über einen solchen Kostenanspruch mittels Urteils materiell zu entscheiden, verneinen, so würde dies dem sich aus § 260 Z.P.D. ergebenden Grundsatz widersprechen, wonach mehrere Ansprüche eines Klägers gegen denselben Beklagten in einer Klage verbunden werden können, wenn für sämtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig, und dieselbe Prozeßart zulässig ist. Eine Abweichung von diesem Grundsatz läßt sich namentlich bezüglich des hier in Rede stehenden, auf einem zivilrechtlichen Grunde beruhenden Kostenanspruchs jedenfalls deshalb nicht rechtfertigen, weil vielleicht die rechtliche Möglichkeit gegeben ist, auf dem oben dargelegten anderen Wege zu einer anderweiten gerichtlichen Festsetzung dieses Anspruchs gemäß §§ 91 Abs. 1, 308 Abs. 2, 104 und 105 Z.P.D. zu gelangen. In demselben Sinne hat auch der erkennende Senat in seinem Urteile vom 21. April 1896 (Entsch. in Zivils. Bd. 37 S. 49) bezüglich derartiger, vor Einleitung des Prozesses wegen der Hauptforderung gemäß Art. 348 H.G.B. a. F. entstandener Kosten entschieden.

Das Berufungsgericht hätte daher nicht aus den erwähnten, als rechtsirrtümlich zu erachtenden prozeßrechtlichen Gründen von der Entscheidung über den hier in Rede stehenden Anspruch der Klägerin absehen dürfen, sondern es hätte darüber entscheiden sollen, ob derselbe materiellrechtlich begründet ist.“ ...