

Fälle zum Handelsrecht

Bearbeitet von
Prof. Dr. Tobias Lettl

3., neu bearbeitete Auflage 2016. Buch. XV, 177 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 69631 2

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 359 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Handels- und Vertriebsrecht > Handelsrecht, HGB, Handelsvertreterrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Gliederung

	Rn.
I. Ansprüche des U gegen K	1
1. Benachrichtigung nach § 384 Abs. 2 Hs. 1 HGB	1
2. Rechenschaft nach § 384 Abs. 2 Hs. 2 Alt. 1 HGB	5
3. Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten nach § 384 Abs. 2 Hs. 2 Alt. 2 HGB	6
a) Gegenstand des Erlangten	6
b) Keine Unmöglichkeit der Herausgabe wegen Abtretung	8
c) Keine Unmöglichkeit der Herausgabe wegen Aufrechnung	10
aa) Rechtslage bei Aufrechnung mit konnexer Forderung	11
bb) Rechtslage bei Aufrechnung mit inkonnexer Forderung	13
(1) Ansatz 1: Keine Aufrechnung des Dritten mit inkonnexer Forderung wegen § 392 Abs. 2 HGB	14
(2) Ansatz 2: Zulässigkeit der Aufrechnung des Dritten mit inkonnexer Forderung trotz § 392 Abs. 2 HGB	15
4. Haftung auf Erfüllung	16
II. Ansprüche des K gegen U	17
1. Provision nach § 396 Abs. 1 HGB	17
2. Aufwendungsersatz nach §§ 670, 675 BGB, § 396 Abs. 2 HGB	18
III. Anspruch von K gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 i. V.m. §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 Satz 1 BGB	19
1. Kaufvertrag i. S.d. § 433 BGB	19
2. Mangelhaftigkeit der Kaufsache nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB	20
3. Mangelhaftigkeit der Kaufsache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§§ 446f. BGB)	21
4. Keine Kenntnis des Käufers nach § 442 Abs. 1 BGB	22
5. Besondere Voraussetzungen nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB	23
a) Schuldverhältnis	23
b) Pflichtverletzung	24
c) Vertretenmüssen	25
d) Fristsetzung zur Nacherfüllung oder Entbehrlichkeit der Fristsetzung	26
e) Schaden	27
aa) Schaden des K	27
bb) Schaden des U	28
cc) Rechtsfolge bei Auseinanderfallen von Anspruch und Schaden	29
dd) Schadensumfang bei Drittschadensliquidation	30
(1) Ansatz 1	31
(2) Ansatz 2	32
6. Stellungnahme und Ergebnis	33

Lösung

Vorüberlegungen: Die aufgeworfenen Fragestellungen könnten in erster Linie nach den §§ 384 ff. HGB zu beantworten sein. Denn es könnte sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen U und K um einen Kommissionsvertrag i. S. d. § 383 Abs. 1 HGB handeln (vgl. dazu *Lettl* § 12 Rn. 95–132). Der Kommissionär ist nicht *ipso iure* Kaufmann, sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen eines Tatbestands der §§ 1 ff. HGB erfüllt sind. §§ 384 ff. HGB gelten aber auch dann, wenn der Kommissionär nicht Kaufmann ist (§ 383 Abs. 2 Satz 1 HGB). Dasselbe gilt für die §§ 343 ff. HGB mit Ausnahme der §§ 348–350 HGB (§ 383 Abs. 2 Satz 2 HGB). §§ 383 ff. HGB gelten auch für einen Kaufmann, der ohne Kommissionär zu sein, Kommissionsgeschäfte zu schließen übernimmt (§ 406 Abs. 1 Satz 2 HGB; Gelegenheitskommission). Für die Frage, ob im Übrigen Dienstvertragsrecht oder Werkvertragsrecht für das Kommissionsgeschäft gilt, ist davon auszugehen, dass der Anspruch des Kommissionärs auf Provision zwar von einem Erfolg abhängt (§ 396 Abs. 1 Satz 1 HGB). Doch schuldet der Kommissionär meist lediglich eine sorgfältige Tätigkeit zur Herbeiführung eines solchen Erfolgs, sodass das Kommissionsgeschäft regelmäßiger Dienstvertrag ist.¹ Da der Kommissionsvertrag ein gegenseitiger Vertrag über Geschäftsbesorgung i. S. d. § 675 Abs. 1 BGB ist, kommen ergänzend (subsidiär) §§ 663, 665–670, 672–674, 611 ff. BGB zur Anwendung. Weil der Kommissionär zwar wie ein Eigenhändler in eigenem Namen, anders als ein Eigenhändler aber auf fremde Rechnung handelt, treffen die wirtschaftlichen Folgen der von dem Kommissionär abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht ihn selbst, sondern den Kommittenten. Deshalb liegt ein Fall mittelbarer Stellvertretung vor. Der Kommissionär schließt das Ausführungsgeschäft in eigenem Namen ab. Daher ist allein der Kommissionär Vertragspartei und Träger von Rechten und Pflichten.

I. Ansprüche des U gegen K

1. Benachrichtigung nach § 384 Abs. 2 Hs. 1 HGB

- 1 Der Kommissionär muss dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten geben (§ 384 Abs. 2 Hs. 1 HGB), insbesondere also den Namen des Dritten, mit dem er das Ausführungsgeschäft geschlossen hat, mitteilen.²
- 2 Ein Anspruch des U gegen K auf Benachrichtigung nach § 384 Abs. 2 Hs. 1 HGB setzt voraus, dass K Kommissionär ist. Der Begriff des Kommissionärs ist in § 383 Abs. 1 HGB legaldefiniert. Danach setzt die Eigenschaft des Kommissionärs (1.) gewerbsmäßiges (nicht notwendig kaufmännisches, § 383 Abs. 2 HGB) Handeln, (2.) den Kauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren – auch Werklieferungsvertrag (§ 406 Abs. 2 HGB) – (eigentliche Kommission) oder ein anderes Geschäft (§ 406 Abs. 1 Satz 1 HGB; uneigentliche Kommission wie Inkassokommission), (3.) in eigenem Namen (4.) für Rechnung eines anderen voraus. Das Kommissionsgeschäft ist danach durch ein Drei-Personen-Verhältnis gekennzeichnet. Zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär besteht das Kommissionsgeschäft (z. B. Auftrag zum Verkauf des Kommissionsguts, hier: Standuhr), zwischen dem Kommissionär und dem Dritten das Ausführungsgeschäft (z. B. Verkauf des Kommissionsguts).
- 3 Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. K handelt als Antiquitätenhändler gewerbsmäßig, da er eine selbstständige, entgeltliche, auf eine Vielzahl von Geschäften gerichtete, nach außen in Erscheinung tretende Tätigkeit auf wirtschaftlichem

¹ Großkomm/Koller § 383 Rn. 58 f.; *Canaris* § 33 Rn. 5.

² Großkomm/Koller § 384 Rn. 30 f.

Gebiet ausübt.³ Ob es sich dabei um ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 HGB handelt, ist unerheblich. Denn auf die Kaufmannseigenschaft kommt es nicht an. K kauft und verkauft Antiquitäten, also Waren, sodass ein Fall sog. eigentlicher Kommission gegeben ist. K soll die Standuhr des K außerdem im eigenen Namen des K für Rechnung des U verkaufen.

U kann von K die erforderlichen Nachrichten wie die Mitteilung des Verkaufs der 4
Standuhr und des Namens des Käufers nach § 384 Abs. 2 Hs. 1 HGB verlangen.

2. Rechenschaft nach § 384 Abs. 2 Hs. 2 Alt. 1 HGB

Der Kommissionär hat gegenüber dem Kommittenten über das Geschäft Rechen- 5
schaft abzulegen (§ 384 Abs. 2 Hs. 2 Alt. 1 HGB). U kann deshalb von K verlangen, dass K Belege wie eine Rechnung über den Verkauf der Standuhr vorlegt.

3. Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten nach § 384 Abs. 2 Hs. 2 Alt. 2 HGB

a) Gegenstand des Erlangten

Der Kommissionär hat dem Kommittenten das aus der Geschäftsbesorgung Erlang- 6
te herauszugeben (§ 384 Abs. 2 Hs. 2 Alt. 2 HGB). Daher müsste K die für den Verkauf der Standuhr vereinnahmten 12000 EUR an U herausgeben und übereignen. Dass U für den Verkauf der Standuhr einen Mindestverkaufspreis von 10000 EUR festsetzt, steht dem nicht entgegen. Denn schließt der Kommissionär zu für den Kommittenten günstigeren Bedingungen ab, als sie ihm der Kommittent setzt, kommt dies – soweit nichts anderes vereinbart ist – dem Kommittenten zu Gute (§ 387 HGB). Hier bezahlt D an K 2000 EUR in bar, sodass K Eigentum und Besitz an dem von D bezahlten Geld erlangt. U kann Herausgabe dieser 2000 EUR verlangen.

Weiter erlangt K eine Forderung in Höhe von 10000 EUR gegen D, nachdem die 7
ursprüngliche Forderung in Höhe von 12000 EUR durch Barzahlung von 2000 EUR in dieser Höhe erloschen ist nach § 362 Abs. 1 BGB. Die Forderung in Höhe von 10000 EUR gegen D müsste K an U „herausgeben“, d.h. abtreten. Eine solche Abtretung wäre jedoch unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB), wenn K die Forderung wirksam an G abgetreten hätte.

b) Keine Unmöglichkeit der Herausgabe wegen Abtretung

Die Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft stehen, da der Kommissionär in 8
eigenem Namen handelt, zunächst nur ihm zu. Daher bestimmt § 392 Abs. 1 HGB folgerichtig, dass der Kommittent diese Forderungen erst nach Abtretung geltend machen kann. Der Kommissionär könnte daher über die Forderung wirksam etwa durch Abtretung – auch an andere Personen als den Kommittenten, wobei dies regelmäßig eine Schadensersatzansprüche begründende Pflichtverletzung darstellte – verfügen. Auch könnten Gläubiger des Kommissionärs nach §§ 829, 835 ZPO auf Forderungen des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft zugreifen.

³ Zum Begriff des Gewerbes vgl. *Lettl* § 2 Rn. 5–22.

- 9 Zum Schutze des Kommittenten ordnet § 392 Abs. 2 HGB an, dass Forderungen des Kommissionärs gegen Dritte aus Ausführungsgeschäften schon vor der Abtretung an den Kommittenten im Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Die Forderung gilt danach im Innenverhältnis sogleich als Forderung des Kommittenten. Verfügungen über diese Forderung zu Gunsten der Gläubiger des Kommissionärs braucht der Kommittent nicht gegen sich gelten zu lassen. Hier hat K aus dem Ausführungsgeschäft eine Kaufpreisforderung gegen D zunächst in Höhe von 12000 EUR. Abzüglich der Barzahlung von 2000 EUR besteht diese Forderung des K in Höhe von 10000 EUR gegenüber D. K tritt die Forderung an seinen Gläubiger G ab. Nach § 392 Abs. 2 HGB gelten jedoch Forderungen des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft im Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten. Deshalb ist eine Aufrechnung des Kommissionärs mit einer Forderung aus dem Ausführungsgeschäft gegenüber einer Forderung des Dritten aus dem Ausführungsgeschäft unwirksam. Pfändete ein Gläubiger des Kommissionärs die Forderung des Kommissionärs gegenüber dem Dritten, könnte der Kommittent Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben.⁴ Die Forderung des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft mit dem Dritten soll also Gläubigern des Kommissionärs nicht zur Befriedigung zur Verfügung stehen. Auch die Abtretung der Forderung des Kommissionärs – hier: K – aus dem Ausführungsgeschäft mit dem Dritten an einen Gläubiger des Kommissionärs – hier: G – zu Erfüllungs- oder Sicherungszwecken ist gegenüber dem Kommittenten unwirksam (relative Unwirksamkeit).⁵ Andernfalls würde der Gläubiger des Kommissionärs durch Rechtsgeschäft erhalten, was er durch Zwangsvollstreckung gerade nicht soll erlangen können.⁶ Die Abtretung der Forderung von K an G führt deshalb im Verhältnis zwischen U und K nicht zur Unmöglichkeit der Herausgabe nach § 275 Abs. 1 BGB.

c) Keine Unmöglichkeit der Herausgabe wegen Aufrechnung

- 10 D rechnet gegenüber K mit einer ihm aus dem Kauf über die Standuhr zustehenden Forderung in Höhe von 1000 EUR und einem früheren Geschäft mit K zustehenden Forderung in Höhe von 9000 EUR auf. Ist diese Aufrechnung wirksam, kommt insoweit eine Abtretung der Forderung (K gegen D in Höhe von 10000 EUR) von K an U nicht in Betracht. Denn die Forderung ist dann erloschen nach § 389 BGB, sodass ihre Abtretung unmöglich ist i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB. Insoweit ist zwischen konnexen Forderungen und inkonnexen Forderungen zu unterscheiden. Konnexität bedeutet, dass die Forderung des Dritten gegen den Kommissionär Gegenstand des rechtlichen Verhältnisses ist, auf dem auch die Forderung des Kommissionärs beruht (gegenüberstehende Forderungen von K und D entstammen beide dem Ausführungsgeschäft). Konnexe Forderungen sind etwa die Forderung des Kommissionärs auf Zahlung des Kaufpreises aus dem Ausführungsgeschäft und ein Schadensersatzanspruch des Dritten auf Grund der Verletzung einer Pflicht aus dem Ausführungsgeschäft durch den Kommissionär. Beide For-

⁴ BGHZ 104, 123, 127.

⁵ RGZ 148, 190, 191; BGH WM 1959, 1004, 1007; BGHZ 104, 123, 127; Baumbach/Hopt/Hopt § 392 Rn. 10.

⁶ Canaris § 30 Rn. 75.

derungen beruhen auf demselben rechtlichen Verhältnis. Inkonnex sind Forderungen, die nicht auf demselben Rechtsverhältnis beruhen (Forderung des D ergibt sich nicht aus dem Ausführungsgeschäft, sondern aus einem anderen Rechtsgrund).

aa) Rechtslage bei Aufrechnung mit konnexer Forderung

Es stellt sich die Frage, ob § 392 Abs. 2 HGB auch für den Fall gilt, dass der Gegen- 11
 ner des Ausführungsgeschäfts (hier: D) gegen die Forderung aus dem Ausführungsgeschäft mit einer anderen Forderung gegen den Kommissionär (z. B. § 280 Abs. 1 BGB) aufrechnet oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht. Soweit es sich um eine konnexe Forderung handelt, steht § 392 Abs. 2 HGB der Wirksamkeit der Aufrechnung nicht entgegen.⁷ Dies gilt auch dann, wenn der Dritte weiß, dass die andere Vertragspartei in Kommission handelt; § 390 BGB bezieht sich nämlich nur auf die Gegenforderung.⁸ Zwar kommt nach dem Wortlaut eine Aufrechnung des Dritten mit einer Forderung gegen den Kommissionär nicht in Betracht. Denn die Forderung des Kommissionärs gegen den Dritten ist durch § 392 Abs. 2 HGB dem Kommittenten zugewiesen, sodass eine Aufrechnung der Gläubiger des Kommissionärs mit einer ihnen gegen den Kommissionär zustehenden Forderung mangels Gegenseitigkeit der Forderungen an sich ausgeschlossen ist. Doch ist der Wortlaut des § 392 Abs. 2 HGB für diesen Fall der Aufrechnung eines Dritten zu weit und infolgedessen teleologisch zu reduzieren. § 392 Abs. 2 HGB ist danach auf einen Gläubiger des Kommissionärs, der zugleich dessen Schuldner ist, nicht anzuwenden. § 392 Abs. 2 HGB gilt nämlich grundsätzlich nicht für das Außenverhältnis zwischen dem Kommissionär und Dritten. Dieses Außenverhältnis ist, wie stets bei Geschäften für fremde Rechnung, rechtlich von den Beziehungen zwischen Kommittent und Kommissionär zu trennen. Der Kommissionär schließt einen Vertrag nicht im Namen des Kommittenten, sondern im eigenen Namen. Das Innenverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär darf die Rechte Dritter nicht beeinträchtigen. Die zu Lasten der Gläubiger des Kommissionärs in § 392 Abs. 2 HGB getroffene Regelung enthält zwar eine Ausnahme von diesen Grundsätzen. Sie ist aber nicht auf die Fallkonstellation, dass der Dritte sowohl Gläubiger als auch Schuldner des Kommissionärs ist, auszudehnen. Anders kann es bei einer Aufrechnung des Dritten liegen, wenn er eine Aufrechnungslage herbeiführt, um sich zu Lasten des Kommittenten wegen seiner Forderung gegen den Kommissionär zu befriedigen. Auch kann es wegen Rechtsmissbrauchs gegen Treu und Glauben verstoßen (§ 242 BGB), wenn der Dritte den Kommissionär in den Glauben versetzt, er werde bar bezahlen und nicht aufrechnen.

Steht wie hier D gegen K ein Anspruch in Höhe von 1000 EUR zu und rechnet D 12
 mit dieser Forderung gegen die Kaufpreisforderung des K aus dem Ausführungsgeschäft in Höhe von 12000 EUR auf, griffe diese Aufrechnung des D durch, sodass K gegen D (ohne Berücksichtigung der Barzahlung in Höhe von 2000 EUR) nur noch ein Zahlungsanspruch in Höhe von 11000 EUR zustünde. K könnte nur noch diese Forderung an U abtreten. Im Hinblick auf die 1000 EUR hat U gegen K einen Anspruch nach § 285 BGB i. V. m. § 275 BGB auf „Herausgabe“ der Schuldbefreiung, die K durch die Aufrechnung erlangt hat. Außerdem kommen

⁷ BGH NJW 1969, 276, 277; Baumbach/Hopt/Hopt § 392 Rn. 12.

⁸ BGH NJW 1969, 276, 277.

Ansprüche des U gegen K nach § 816 Abs. 2 BGB oder zumindest § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB in Betracht.

bb) Rechtslage bei Aufrechnung mit inkonnexer Forderung

- 13 Die Aufrechnung des D gegenüber K in Höhe von 9000 EUR betrifft eine inkonnexe Forderung. Ob § 392 Abs. 2 HGB auch für inkonnexe Forderungen gilt, ist umstritten.

(1) Ansatz 1: Keine Aufrechnung des Dritten mit inkonnexer Forderung wegen § 392 Abs. 2 HGB

- 14 Ein Teil des Schrifttums⁹ nimmt an, dass der Dritte nicht zur Aufrechnung oder Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts befugt ist, soweit es sich um eine inkonnexe Forderung handelt. Denn der Dritte habe bei einer nicht auf dem Ausführungsgeschäft beruhenden Forderung eine ähnliche Stellung wie ein Drittgläubiger. Danach griffe hier die Aufrechnung des D nicht durch, sodass K gegen D weiterhin ein Zahlungsanspruch in Höhe von 9000 EUR zustünde, den K an U abtreten könnte.

(2) Ansatz 2: Zulässigkeit der Aufrechnung des Dritten mit inkonnexer Forderung trotz § 392 Abs. 2 HGB

- 15 Eine andere Auffassung bejaht das Recht zur Aufrechnung oder Zurückbehaltung zutreffend generell, sofern sich der Dritte die Gegenforderung nicht arglistig verschafft hat. Danach ist die Aufrechnung oder die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts durch den Dritten uneingeschränkt zulässig.¹⁰ Insoweit gelten zunächst dieselben Erwägungen, wie sie für die Aufrechnung durch den Dritten mit einer konnexen Forderungen anzustellen sind (siehe Rn. 11f.). Der Dritte ist nicht nur als Gläubiger, sondern auch als Vertragspartei betroffen. Diese Doppelrolle ist von § 392 Abs. 2 HGB nicht erfasst.¹¹ Hinzu kommt, dass eine Ausnahmenvorschrift wie § 392 Abs. 2 HGB eng auszulegen ist. Außerdem sprechen die Wertungen der §§ 404, 406 BGB für dieses Ergebnis. Danach greift die Aufrechnung des D in vollem Umfang durch, sodass die Forderung des K gegen D in Höhe von 9000 EUR nach § 389 BGB erlischt. U hat gegen K lediglich einen Anspruch nach § 285 BGB i.V.m. § 275 BGB auf „Herausgabe“ der Schuldbefreiung, die K durch die Aufrechnung erlangt. Außerdem kommen Ansprüche des U gegen K nach § 816 Abs. 2 BGB oder zumindest § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB in Betracht.

4. Haftung auf Erfüllung

- 16 Der Kommissionär haftet grundsätzlich nicht für die Erfüllung des Ausführungsgeschäfts. Eine solche Haftung besteht aber dann, wenn der Kommissionär einen besonderen Schuldgrund (z.B. Schuldübernahme) setzt, oder in den Fällen der §§ 384 Abs. 3, 393, 394 HGB. § 394 HGB betrifft den Fall der Delkrederehaftung des Kommissionärs, die ein bürgschaftsähnliches Rechtsverhältnis zwischen Kom-

⁹ K. Schmidt § 31 VI 4b.

¹⁰ BGH NJW 1969, 276, 277; Großkomm/Koller § 392 Rn. 20; Baumbach/Hopt/Hopt § 392 HGB Rn. 5; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth § 392 Rn. 6; Canaris § 30 Rn. 78.

¹¹ Canaris § 30 Rn. 78.

missionär und Kommittent voraussetzt.¹² Als Gegenleistung erhält der Kommissionär hierfür die Delkredereprovision. Einen besonderen Schuldgrund setzt K hier indes nicht.

II. Ansprüche des K gegen U

1. Provision nach § 396 Abs. 1 HGB

Das wichtigste Recht des Kommissionärs ist der Provisionsanspruch, wenn „das 17
Geschäft zur Ausführung gekommen ist“ (§ 396 Abs. 1 HGB). Dieser Anspruch entsteht bereits mit Abschluss des Ausführungsgeschäfts, ist jedoch aufschiebend bedingt durch die im Wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung dieses Geschäfts durch den Dritten. Auf eine unbedingt exakte Erfüllung kommt es nicht an. Das Gesetz wählt bewusst den unklarerer Ausdruck der Ausführung, um dem Einzelfall Rechnung zu tragen. Ausgeführt ist das Geschäft daher schon dann, wenn sein wirtschaftlicher Erfolg im Wesentlichen hergestellt ist. Danach kann K erst dann Provision verlangen, wenn D im Wesentlichen den Kaufpreis bezahlt hat. Hier bezahlt D den Kaufpreis in Höhe von 2000 EUR in bar und rechnet im Übrigen mit Forderungen gegen K auf. Dies stellt eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung durch D dar (siehe Rn. 7 und 15). K kann daher von U Provision verlangen. Die Höhe der Provision bemisst sich, falls – wie hier – nichts anderes vereinbart ist, nach den üblichen Sätzen (§ 354 Abs. 1 HGB).

2. Aufwendungsersatz nach §§ 670, 675 BGB, § 396 Abs. 2 HGB

Über die Provision hinaus kann der Kommissionär vom Kommittenten Erstattung 18
seiner Aufwendungen verlangen. Dies folgt aus §§ 670, 675 BGB, die auf den Kommissionsvertrag ergänzend anwendbar sind (vgl. § 396 Abs. 2 HGB). Aufwendungen i.S.d. § 670 BGB sind freiwillige Vermögensopfer, die der Kommissionär zum Abschluss oder zur Durchführung des Ausführungsgeschäfts erbringt (z.B. Eingehen einer Verbindlichkeit) und die nicht mit der Provision abgegolten sind. Mit der Provision sind grundsätzlich der Einsatz der eigenen Arbeitskraft und allgemeine Geschäftskosten wie Personalkosten oder Kosten für Büroräume abgegolten. § 396 Abs. 2 HGB konkretisiert den Begriff der Aufwendungen dahin, dass auch die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel erstattungspflichtige Aufwendungen darstellen.

III. Anspruch von K gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 i.V.m. §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 Satz 1 BGB

1. Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB

Der Kommissionär schließt das Ausführungsgeschäft in eigenem Namen ab. Daher 19
ist allein der Kommissionär Vertragspartei und Träger von Rechten und Pflichten. Zwischen K und V ist wirksam ein Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB über das Gemälde zu Stande gekommen.

¹² K. Schmidt § 31 V 2b.

2. Mangelhaftigkeit der Kaufsache nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB

- 20 Da das Gemälde trotz Echtheitsgarantie des V eine Fälschung ist, könnte ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegen. Dies setzt voraus, dass dem Gemälde die vereinbarte Beschaffenheit fehlt. Zur Beschaffenheit eines Gemäldes gehört auch sein Alter sowie die Urheberschaft eines bestimmten Künstlers. Diese Beschaffenheit, die auf Grund der Echtheitsgarantie vereinbart ist, fehlt hier. Das Gemälde ist daher sachmangelhaft i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.

3. Mangelhaftigkeit der Kaufsache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§§ 446f. BGB)

- 21 Der Sachmangel liegt zum Zeitpunkt der Übergabe des Gemäldes i.S.d. § 446 Satz 1 BGB vor, sodass das Gemälde zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs sachmangelhaft ist.

4. Keine Kenntnis des Käufers nach § 442 Abs. 1 BGB

- 22 Anhaltspunkte dafür, dass K den Sachmangel kennt oder kennen muss i.S.d. § 442 Abs. 1 BGB, finden sich nicht.

5. Besondere Voraussetzungen nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB

a) Schuldverhältnis

- 23 Zwischen K und V besteht ein Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB und damit ein Schuldverhältnis.

b) Pflichtverletzung

- 24 V verletzt gegenüber K die Pflicht, das Gemälde mit der vereinbarten Beschaffenheit zu liefern (siehe Rn. 20). Darin liegt eine Pflichtverletzung von V.

c) Vertretenmüssen

- 25 V muss die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung ist nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vermuten. Anhaltspunkte für eine Widerlegung dieser Vermutung liegen nicht vor.

d) Fristsetzung zur Nacherfüllung oder Entbehrlichkeit der Fristsetzung

- 26 Ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung wegen eines Sachmangels besteht erst dann, wenn der Käufer den Verkäufer unter Setzung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung auffordert und diese Frist erfolglos verstreicht (§§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB). Eine Frist setzt K hier nicht gegenüber V. Doch ist die Fristsetzung entbehrlich, weil V mit der Ablehnung weiterer Verpflichtungen eine Nacherfüllung i.S.d. § 439 Abs. 1 BGB ernsthaft und endgültig verweigert (§ 281 Abs. 2 Alt. 1 BGB).