

## Fälle zum Handelsrecht

Bearbeitet von  
Von Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M.

4. Auflage 2019. Buch. XV, 177 S. Softcover  
ISBN 978 3 406 72553 1  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



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 BGB i. V. m. §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 Satz 1 BGB .....	19
1. Kaufvertrag i. S. d. § 433 BGB .....	19
2. Mängelhaftigkeit der Kaufsache nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB .....	20
3. Mängelhaftigkeit 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 Frist- setzung .....	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 §§ 384ff. 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 *Letzl* § 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. §§ 384ff. HGB gelten aber auch dann, wenn der Kommissionär nicht Kaufmann ist (§ 383 Abs. 2 Satz 1 HGB). Dasselbe gilt für die §§ 343ff. HGB mit Ausnahme der §§ 348–350 HGB (§ 383 Abs. 2 Satz 2 HGB). §§ 383ff. 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 regelmäßig Dienstvertrag ist.<sup>1</sup> Da der Kommissionsvertrag ein gegenseitiger Vertrag über Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 Abs. 1 BGB ist, kommen ergänzend (subsidiär) §§ 663, 665–670, 672–674, 611ff. 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 Kammittenten. 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 Kammittenten die erforderlichen Nachrichten geben (§ 384 Abs. 2 Hs. 1 HGB), insbesondere also den Namen des Dritten, mit dem er das Ausführungsgeschäft geschlossen hat, mitteilen.<sup>2</sup>
- 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 Kammittenten 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

<sup>1</sup> GroßkommHGB/Koller § 383 HGB Rn. 58f.; *Canaris* § 33 Rn. 5.

<sup>2</sup> GroßkommHGB/Koller § 384 HGB Rn. 30f.

## *Fall 16. Antiquitätenhandel mit Hindernissen*

Gebiet ausübt.<sup>3</sup> 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 U außerdem im eigenen Namen 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 verlan- gen, 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 vereinbarten 12.000 EUR an U herausgeben und übereigenen. Dass U für den Verkauf der Standuhr einen Mindestverkaufspreis von 10.000 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 2.000 EUR in bar, sodass K Eigentum und Besitz an dem von D bezahlten Geld erlangt. U kann Herausgabe dieser 2.000 EUR verlangen.

Weiter erlangt K eine Forderung i. H. v. 10.000 EUR gegen D, nachdem die ur- 7 sprüngliche Forderung i. H. v. 12.000 EUR durch Barzahlung von 2.000 EUR in dieser Höhe nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen ist. Die Forderung i. H. v. 10.000 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 verfügen etwa durch Abtretung – auch an andere Personen als den Kommittenten, wobei dies regelmäßig eine Schadensersatzansprüche begründende Pflichtverletzung darstellte. Auch könnten Gläubiger des Kommissionärs nach §§ 829, 835 ZPO auf Forderungen des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft zugreifen.

<sup>3</sup> Zum Begriff des Gewerbes vgl. Lettl § 2 Rn. 5–22.

## *Fall 16. Antiquitätenhandel mit Hindernissen*

- 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 i.H.v. 12.000 EUR. Abzüglich der Barzahlung von 2.000 EUR besteht diese Forderung des K i.H.v. 10.000 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 Drittwidderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben.<sup>4</sup> 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).<sup>5</sup> Andernfalls würde der Gläubiger des Kommissionärs durch Rechtsgeschäft erhalten, was er durch Zwangsvollstreckung gerade nicht soll erlangen können.<sup>6</sup> 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 i.H.v. 1.000 EUR und einem früheren Geschäft mit K zustehenden Forderung i.H.v. 9.000 EUR auf. Ist diese Aufrechnung wirksam, kommt insoweit eine Abtretung der Forderung (K gegen D i.H.v. 10.000 EUR) von K an U nicht in Betracht. Denn die Forderung ist dann nach § 389 BGB erloschen, sodass ihre Abtretung unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB ist. 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 aufgrund der Verletzung einer Pflicht aus dem Ausführungsgeschäft durch den Kommissionär. Beide Forderungen beruhen auf demselben recht-

<sup>4</sup> BGHZ 104, 123, 127.

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

<sup>6</sup> Canaris § 30 Rn. 75.

## *Fall 16. Antiquitätenhandel mit Hindernissen*

lichen Verhältnis. Inkonnex sind Forderungen, die nicht auf demselben Rechtsverhältnis beruhen (die 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 Gegner 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.<sup>7</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Dritte weiß, dass die andere Vertragspartei in Kommission handelt; § 390 BGB bezieht sich nämlich nur auf die Gegenforderung.<sup>8</sup> 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 Kammittenten 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 Kammittent und Kommissionär zu trennen. Der Kommissionär schließt einen Vertrag nicht im Namen des Kammittenten, sondern im eigenen Namen. Das Innenverhältnis zwischen Kammittent 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 Kammittenten wegen seiner Forderung gegen den Kommissionär zu befriedigen. Auch kann es wegen Rechtsmissbrauchs gegen Treu und Glauben verstößen (§ 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 i.H.v. 1.000 EUR zu und rechnet D mit dieser Forderung gegen die Kaufpreisforderung des K aus dem Ausführungsgeschäft i.H.v. 12.000 EUR auf, greift diese Aufrechnung des D durch, sodass K gegen D (ohne Berücksichtigung der Barzahlung i.H.v. 2.000 EUR) nur noch ein Zahlungsanspruch i.H.v. 11.000 EUR zusteht. K könnte nur noch diese Forderung an U abtreten. Im Hinblick auf die 1.000 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 Ansprüche des U gegen K nach § 816 Abs. 2 BGB oder zumindest § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB in Betracht.

<sup>7</sup> BGH NJW 1969, 276, 277; Baumbach/Hopt/*Hopt* § 392 HGB Rn. 12.

<sup>8</sup> BGH NJW 1969, 276, 277.

**bb) Rechtslage bei Aufrechnung mit inkonnexer Forderung**

- 13 Die Aufrechnung des D gegenüber K i.H.v. 9.000 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 Schrifttums<sup>9</sup> 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 i.H.v. 9.000 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.<sup>10</sup> Insoweit gelten zunächst dieselben Erwägungen, wie sie für die Aufrechnung durch den Dritten mit einer konnexen Forderung anzustellen sind (→ Rn. 11 f.). Der Dritte ist nicht nur als Gläubiger, sondern auch als Vertragspartei betroffen. Diese Doppelrolle ist von § 392 Abs. 2 HGB nicht erfasst.<sup>11</sup> Hinzu kommt, dass eine Ausnahmeverordnung 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 i.H.v. 9.000 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 bürgschaftähnliches Rechtsverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittent voraussetzt.<sup>12</sup> Als Gegenleistung erhält der Kommissionär hierfür die Delkredereprovision. Einen besonderen Schuldgrund setzt K hier indes nicht.

---

<sup>9</sup> K. Schmidt § 31 VI 4b.

<sup>10</sup> BGH NJW 1969, 276, 277; GroßkommHGB/Koller § 392 HGB Rn. 20; Baumbach/Hopt/Hopt § 392 HGB Rn. 5; KKRM/Roth § 392 HGB Rn. 6; Canaris § 30 Rn. 78.

<sup>11</sup> Canaris § 30 Rn. 78.

<sup>12</sup> K. Schmidt § 31 V 2b.

## II. Ansprüche des K gegen U

### 1. Provision nach § 396 Abs. 1 HGB

Das wichtigste Recht des Kommissionärs ist der Provisionsanspruch, wenn „das 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 unklareren 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 i. H. v. 2.000 EUR in bar und rechnet im Übrigen mit Forderungen gegen K auf. Dies stellt eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung durch D dar (→ 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 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 BGB 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 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 zustande gekommen.

### 2. Mängelhaftigkeit der Kaufsache nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB

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 ge-

## *Fall 16. Antiquitätenhandel mit Hindernissen*

---

hört auch sein Alter sowie die Urheberschaft eines bestimmten Künstlers. Diese Beschaffenheit, die aufgrund der Echtheitsgarantie vereinbart ist, fehlt hier. Das Gemälde ist daher sachmangelhaft i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.

### **3. Mängelhaftigkeit 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 musste 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 (→ 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).

#### **e) Schaden**

##### **aa) Schaden des K**

- 27 Der Kommissionär schließt das Ausführungsgeschäft in eigenem Namen ab. Daher ist allein der Kommissionär Vertragspartei und Träger von Rechten und Pflichten.