

3. Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs nach § 89b I HGB

Wird § 89b I HGB zwischen U und V demnach analog angewandt, so müssen seine Voraussetzungen vorliegen.

a) Eine **wirksame Vertragsbeendigung** liegt infolge der ordentlichen Kündigung des U vor.

b) Nach dem Sachverhalt ist zu unterstellen, dass V viele neue Stammkunden für die Produkte des U geworben hat. Da sich U aufgrund der Übertragungspflicht des V den so geschaffenen Kundenstamm unmittelbar nutzbar machen kann, hat U auch nach Vertragsbeendigung **erhebliche Vorteile** aus den Geschäftsbeziehungen mit diesen Kunden (§ 89b I 1 Nr. 1 HGB); er hat die Chance zu weiteren Geschäften mit ihnen.

c) Weiter ist zu unterstellen, dass V infolge der Vertragsbeendigung **Gewinne entgehen**, die er bei hypothetischer Vertragsfortführung erzielt hätte (§ 89b I 1 Nr. 2 HGB analog: dort geht es um Provisionsverluste; beim Vertragshändler treten Verluste aus Gewinnen an die Stelle). Gründe, die der **Billigkeit** des Ausgleichs entgegenstehen, sind nicht ersichtlich; vielmehr entspricht eine Ausgleichszahlung wegen der Vorteile des U und des entgangenen Gewinns des V positiv der Billigkeit.

d) Ein **Ausschlussstatbestand** aus § 89b III HGB **greift nicht** ein: Es liegt keine Kündigung des V, sondern des U vor, sodass § 89b III Nr. 1 HGB ausscheidet. § 89b III Nr. 2 HGB ist nicht anwendbar, da die Kündigung des U eine ordentliche ist und auch kein außerordentlicher Kündigungsgrund existiert. Eine Übernahme i.S.v. § 89b III Nr. 3 HGB findet nicht statt.

Ergebnis: Ein Ausgleichsanspruch aus § 89b I HGB analog steht V dem Grunde nach zu.

§ 20. Fälle zum Kommissionär

Fall Nr. 39 – Krawatten-Krawall

Grundfall: Kommissionär K in Hamburg soll für den exklusiven Krawattenhersteller A aus München mehrere handgefertigte Krawatten an zahlungskräftige Kunden in Norddeutschland verkaufen. Vereinbart wird eine Provision i.H.v. 10 % des Verkaufspreises, welcher pro Krawatte bei € 150 liegt. A hatte K einige unverkäufliche Muster zur Verfügung gestellt, mittels derer er potenziellen Kunden die aktuelle Kollektion vorstellen sollte. Während K in Hamburg um Kunden werben sollte, wollte A in seinem „Atelier“ in München die Krawatten herstellen und dann nach Hamburg senden. K hat keine Mühe, 200 Käufer zu finden, die bereit sind, je eine Krawatte zu kaufen. Als er A anruft und ihm mitteilt, dass dieser 200 Krawatten nach Hamburg liefern solle, muss A ihm erklären, dass die Lieferung nicht erfolgen könne, da er seinerseits nicht wie erwartet von seinem Stofflieferanten aus Italien beliefert worden sei. Innerhalb der nächsten paar Monate sei auch nicht mit einer Belieferung zu rechnen; andere Stoffe seien nicht gut genug für seine Krawatten und könnten daher nicht verwendet werden. K ist erbost über das Verhalten von A, weil durch ihn sein guter Ruf ruiniert werde. Er fordert A auf, ihm wenigstens die vereinbarte Provision i.H.v. € 3.000 (= 200 × € 15) zu zahlen. Außerdem verlangt er Aufwendungsersatz für die getätigten Autofahrten und Telefongespräche i.H.v. € 75,

sowie für seine Tätigkeit als solche i.H.v. € 150. Kann K von A Provisionszahlung und Aufwendungsersatz fordern?

Abwandlung: A liefert die gewünschte Anzahl von Krawatten an K aus. Nach ein paar Wochen sind exakt hundert der Kunden erneut bei K vorstellig geworden, weil die Krawatten infolge eines Materialfehlers komplett verblasst sind; die restlichen Krawatten sind einwandfrei. Die Nachlieferungsverlangen der Kunden lehnte K ab, da A mittlerweile sein Geschäft aufgegeben hat und keine derartigen Krawatten mehr herstellen kann. Daraufhin treten alle Kunden, welche mangelhafte Krawatten erhalten hatten, vom Kaufvertrag zurück und erhalten ihr Geld wieder. Für die 100 fortbestehenden Geschäfte zahlt A anstandslos die Provision. K verlangt nun aber zusätzlich von A Provision i.H.v. € 1.500 (100 x € 15) für die 100 rückabgewickelten Geschäfte. Kann K von A Provision für die rückabgewickelten Geschäfte fordern?

Lösung zum Grundfall

I. Anspruch auf Provisionszahlung (§ 396 I 2 Hs. 2 HGB)

K kann einen Anspruch auf Provisionszahlung i.H.v. € 3.000 gegen A aus § 396 I 2 Hs. 2 HGB haben.

Zwischen K und A bestand ein **wirksamer Kommissionsvertrag**, aus welchem K im Grundsatz nur dann die Zahlung der Provision verlangen kann, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist (§ 396 I 1 HGB). Zur Ausführung gekommen ist das Geschäft nicht erst bei voller Abwicklung, sondern bereits dann, wenn der wirtschaftliche Erfolg im Wesentlichen hergestellt ist.¹⁰⁹ Das ist in der Regel der Fall, wenn der Dritte gezahlt hat. Aufgrund der Nichtbelieferung von A kam es jedoch gar nicht erst zu Zahlungen der Kunden. Es fehlt also bereits an der Ausführung des Geschäfts, sodass der Tatbestand von § 396 I 1 HGB nicht erfüllt ist. Nach § 396 I 2 Hs. 2 HGB besteht allerdings auch dann ein Anspruch auf Provision, wenn die Ausführung des Geschäfts aus einem nur in der Person des Kommittenten liegenden Grund unterbleibt. Was genau ein solcher Grund ist, ist umstritten. Einigkeit besteht insoweit, als die **Abgrenzung nach Risikosphären** zu erfolgen hat (→ § 9 Rn. 111); auf ein Verschulden des Kommittenten nach § 276 BGB kommt es also nicht an. In der Frage, wessen Risikosphäre betroffen ist, wenn die Verkaufskommission deshalb nicht zur Ausführung gelangt, weil der Kommittent seinerseits vom Vorlieferanten nicht beliefert wurde, gehen die Ansichten aber auseinander (→ § 9 Rn. 112).

Teilweise wird § 396 I 2 Hs. 2 HGB streng nach dem Wortlaut interpretiert. Demzufolge sei die Nichtbelieferung des Kommittenten kein Grund, der ausschließlich in dessen Person liege, denn dafür sei der Lieferant verantwortlich.¹¹⁰ Nach dieser Ansicht könnte K also nicht die Zahlung der Provision verlangen.

Die Gegenansicht siedelt den Fall der Nichtbelieferung des Kommittenten in dessen Risikosphäre an¹¹¹ und gibt dem Kommissionär folglich den Provisionsanspruch.

Der zuerst genannten Ansicht ist entgegenzuhalten, dass es zumindest fragwürdig scheint, das Risiko der Nichtbelieferung durch Entziehung des Provisionsanspruchs

¹⁰⁹ Hopt/Kumpan, § 396 Rn. 2.

¹¹⁰ Canaris, HandelsR, § 30 Rn. 43 (S. 464); MüKoHGB/Häuser, § 396 Rn. 18.

¹¹¹ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Füller, § 396 Rn. 11; Staub/Koller, § 396 Rn. 27.

indirekt der Risikosphäre des Kommissionärs zuzuschlagen. Dieser kann das Risiko nicht beherrschen, denn er hat nicht die Möglichkeit, einen zuverlässigen Lieferanten auszuwählen. Ob ein solcher ausgewählt wird, ist ein Umstand, der aus der Sphäre des Kommittenten stammt; folglich ist er auch dessen Risikosphäre zuzuschlagen. Insofern kann also der Ausfall der Provision für den Kommissionär zumindest nicht mit der Einteilung der Risikosphären gerechtfertigt werden. Weiterhin ist der Wortlaut des § 396 I 2 Hs. 2 HGB nicht zwingend so zu verstehen, dass der Grund ausschließlich in der Person des Kommittenten liegen muss. Mit dem Wortlaut vereinbar ist auch das Verständnis dahingehend, dass der Grund zumindest nicht in der Person des Kommissionärs liegt. Auch die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos bei der Kommission – die wirtschaftlichen Folgen des Ausführungsgeschäfts treffen den Kommittenten¹¹² – spricht dafür, dem Kommissionär den Provisionsanspruch zu geben. Wenn den Kommittenten die wirtschaftlichen Folgen treffen sollen, dann kann er auch mit der Provisionszahlung belastet werden, wenn ein Aufwand betrieben wurde, welcher sich letztlich aufgrund eines Umstandes wirtschaftlich nicht rentiert, den er selbst beeinflussen kann – hier die Auswahl eines zuverlässigen Lieferanten. Demnach ist der Grund für die Nichtausführung in der Person des Kommittenten zu sehen und K kann folglich Zahlung der Provision i.H.v. € 3.000 verlangen.

II. Anspruch auf Aufwendungsersatz (§§ 670, 675 BGB)

K kann gegen A einen Anspruch auf Aufwendungsersatz i.H.v. € 75 für seine Telefon- und Fahrtkosten sowie i.H.v. € 150 für seine Tätigkeit als solche aus §§ 670, 675 BGB haben.

Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, die der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags auf sich nimmt.¹¹³ Klassische Aufwendungen sind die von K geltend gemachten Telefon- und Fahrtkosten. Diese waren auch erforderlich (§ 670 BGB), da ohne sie ein Absatz der Krawatten nicht möglich gewesen wäre. Dass die abgeschlossenen Geschäfte wegen der Nichtbelieferung von A gar nicht zur Ausführung gelangten, steht dem Aufwendungsersatzanspruch nicht entgegen. Wie sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschriften ergibt und wie ferner die Formulierung von § 396 II HGB im Kontrast zu § 396 I HGB zeigt, ist Aufwendungsersatz unabhängig von der Ausführung des Geschäfts zu leisten.

Von den Aufwendungen nicht umfasst ist hingegen die Tätigkeit des Kommissionärs als solche, welche K mit € 150 veranschlagt. Sie ist ausschließlich über Provisionszahlungen zu vergüten,¹¹⁴ sodass K nicht noch zusätzlich € 150 für seine Tätigkeit als solche verlangen kann; ihm steht folglich nur ein Aufwendungsersatzanspruch i.H.v. € 75 zu.

Lösung zur Abwandlung

Der Provisionsanspruch gegen A i.H.v. € 1.500 für die rückabgewickelten Geschäfte kann K erneut aus § 396 I 2 Hs. 2 HGB zustehen.

Die 100 rückabgewickelten Geschäfte sind als nicht zur Ausführung gelangt anzusehen, denn der wirtschaftliche Erfolg kann nicht im Wesentlichen hergestellt

¹¹² Canaris, HandelsR, § 30 Rn. 4 (S. 455).

¹¹³ Grüneberg/Sprau, § 670 Rn. 3.

¹¹⁴ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Füller, § 396 Rn. 16.

sein, wenn die erbrachten Leistungen (Kaufpreise) dem Dritten im Rahmen der Rückabwicklung zurückgewährt werden.

Zu prüfen bleibt, ob der Anspruch auf € 1.500 trotz mangelnder Ausführung nach § 396 I 2 Hs. 2 HGB begründet ist. Bei einem **unerkenntbaren Mangel** der vom Kommissionär an den Dritten verkauften Ware soll dem Kommissionär nach einer Ansicht auch dann ein Provisionsanspruch zustehen, wenn der Dritte vom Kaufvertrag aufgrund dieses Mangels zurücktritt.¹¹⁵ Dies zeige auch der Rechtsgedanke des § 645 I 1 Alt. 1 BGB. K könnte also Zahlung der Provision verlangen.

Die Gegenansicht versagt den Provisionsanspruch, weil § 396 I 2 Hs. 2 HGB nicht nur die Nichtausführung eines „abgeschlossenen Geschäfts“ voraussetze, sondern zusätzlich, dass dieser Vertrag fortbestehen bleibe. Durch den Rücktritt des Dritten werde der Vertrag aber aufgelöst, so dass der Kommissionär aus § 396 I 2 Hs. 2 HGB keinen Anspruch auf Provision habe.¹¹⁶ Demgemäß könnte K nicht Zahlung der Provision verlangen.

Bei der Abwägung der beiden Ansichten ist wieder auf die bereits oben angesprochenen Risikosphären zurückzukommen. Diese sollen nach der h.M. die Zuordnung ermöglichen (→ § 9 Rn. 111). Die Belieferung des Kommissionärs mit mangelhafter Ware ist ebenso wie die Nichtbelieferung des Kommissionärs ein Umstand, der aus der Risikosphäre des Kommittenten stammt. Unter Umständen hat der Kommittent zwar jeweils keine Ursache selbst gesetzt, da die Lieferanten für die Nichtbelieferung oder die Belieferung mit mangelhafter Ware verantwortlich sind. Jedoch stehen die Lieferanten dem Kommittenten näher als dem Kommissionär, sodass Unregelmäßigkeiten zu seinen Lasten gehen. Letztlich kann konsequenterweise für den Fall der mangelhaften Belieferung nichts anderes gelten als für den Fall der Nichtbelieferung (Grundfall). Wenn also der Kommissionär bei der Nichtbelieferung die Provision erhält, dann auch, wenn der Kommittent mangelhafte Ware liefert und der Dritte deshalb zurücktritt. Dem Kommissionär ist es gleichgültig, aus welchem Grund die Ausführung letztlich unterbleibt. Bei der Belieferung mit mangelhafter Ware hat der Kommissionär sogar noch einen erhöhten Aufwand, denn er muss die Ware an die Kunden verteilen und die Rückabwicklung mit denen vornehmen, die zurücktreten. Dem Kommissionär dann auch noch die Provision zu versagen, erscheint nicht sachgerecht, zumal ein Schadensersatzanspruch des Kommissionärs gegen den Kommittenten aus § 280 I BGB bei Belieferung mit mangelhafter Ware im Falle unerkennbarer Mängel am fehlenden Verschulden des Kommittenten scheitern wird. Folglich ist also dem Kommissionär der Anspruch auf Provision auch bei Rücktritt des Dritten infolge mangelhafter Leistung zu geben. K kann also auch für die nicht zur Ausführung gelangten Geschäfte Provision verlangen und hat somit einen Anspruch gegen A auf Zahlung von insgesamt € 1.500.

Fall Nr. 40 – Der kleine Unterschied

Grundfall: N beauftragt Kommissionär K mit dem Erwerb eines Ringes, den er in einer Vitrine des Antiquitätenhändlers T gesehen hat. Er befürchtet, dass T den Preis, welcher am Ring als „VHS“ (= Verhandlungssache) aufgeführt ist, zu hoch ansetzen würde, wenn er selbst die Verhandlungen mit T führen würde, denn sein Reichtum ist in der Gegend wohlbekannt. Laut Auszeichnung soll es sich bei dem Ring um den Siegelring des letzten Kurfürsten der Pfalz handeln. Nachdem K den

¹¹⁵ Canaris, HandelsR, § 30 Rn. 43 (S. 464); MüKoHGB/Häuser, § 396 Rn. 18.

¹¹⁶ OLG Zweibrücken OLGZ 1986, 486, 488.

Ring für € 1.500 erworben hat, erscheint N bei ihm, um den Ring abzuholen. Mit ihm erscheint sein Freund, ein Sachverständiger für Schmuck. Dieser Freund sieht sich den Ring kurz interessehalber an und stellt relativ bald fest, dass es sich um eine Fälschung handelt, was K mangels Sachverstands aber nicht hätte erkennen können. Der Ring sei allenfalls € 100 wert. N erteilt K die Weisung, sich vom Geschäft mit T zu lösen. Als K bei T vorstellig wird, gibt T wahrheitsgemäß an, selbst über den Ursprung des Ringes getäuscht worden zu sein. Daraufhin erklärt K den Rücktritt vom Kaufvertrag und erhält anstandslos den Kaufpreis zurück. Später tritt K an N heran und verlangt die vereinbarte Provision i.H.v. € 150, was N verweigert. Kann K von N Zahlung der Provision verlangen?

Abwandlung: K wird von N nicht mit dem Erwerb eines bestimmten Siegelringes beauftragt, sondern mit dem Erwerb irgendeines Siegelringes aus dem 19. Jahrhundert, von denen viele im Umlauf sind. K erwirbt einen Ring, der vermeintlich aus dieser Zeit stammt. Wie sich später herausstellt, handelte es sich um eine Fälschung, die ohne Sachverständigen nicht erkannt werden konnte. Wiederum tritt K vom Kaufvertrag mit dem Dritten zurück und verlangt von N die vereinbarte Provision i.H.v. € 150. N verweigert die Zahlung. Kann K von N Zahlung der Provision verlangen?

Lösung zum Grundfall

Der Provisionsanspruch gegen N i.H.v. € 150 kann sich für K aus § 396 I 2 Hs. 2 HGB ergeben.

Aus dem wirksamen Kommissionsvertrag folgt in der Regel nur dann ein Anspruch auf Provision, wenn das Geschäft zur Ausführung gelangt ist (§ 396 I 1 HGB). Infolge des von K erklärten Rücktritts ist das Schuldverhältnis zwischen K und T rückabgewickelt worden, sodass nun nicht mehr von einer Ausführung des Geschäfts gesprochen werden kann. Der Anspruch auf Provision kann aber nach § 396 I 2 Hs. 2 HGB auch bei Nichtausführung des Geschäfts bestehen.

Dazu muss das Geschäft aus einem nur in der Person des Kommittenten liegenden Grund nicht zur Ausführung gekommen sein. Die Fälschung des Ringes ist jedenfalls kein in der Person des Kommittenten liegender Grund, was dazu führen würde, dass der Kommissionär keinen Anspruch auf Provision hat, obwohl er den Weisungen des Kommittenten folgte. In der Literatur wird dieses Ergebnis als unbillig empfunden, denn der Kommissionär habe weisungsgemäß genau diese bestimmte Sache (Spezies) erworben.¹¹⁷ Ihn dann das Provisionsrisiko tragen zu lassen, sei nicht sachgerecht; auch der Rechtsgedanke des § 645 BGB lege einen Provisionsanspruch des Kommissionärs nahe.¹¹⁸ Anders mag zu entscheiden sein, wenn der Kommissionär den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung nach § 123 I BGB anfechten kann und ihm dann eventuell ein Schadensersatzanspruch gegen den Dritten aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB zusteht. Dieser Schadensersatzanspruch könnte der Höhe nach der entgangenen Provision entsprechen, weshalb ein Provisionsanspruch gestützt auf Billigkeitsargumente nicht notwendig wäre. T hatte aber keine Kenntnis von der Unechtheit des Ringes und konnte daher auch nicht arglistig darüber täuschen, weswegen ein Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB hier ausscheidet. K ist also der Provisionsanspruch i.H.v. € 150 zu gewähren.

¹¹⁷ Canaris, HandelsR, § 30 Rn. 44 (S. 464 f.); MüKoHGB/Häuser, § 396 Rn. 18.

¹¹⁸ Canaris, HandelsR, § 30 Rn. 44 (S. 464 f.).

Lösung zur Abwandlung

Der Anspruch von K auf Provision i.H.v. € 150 kann sich wiederum aus § 396 I 2 Hs. 2 HGB ergeben.

Das Geschäft ist aufgrund des Rücktritts nicht zur Ausführung gelangt. Eine Abweichung zum Ergebnis des Grundfalls kann sich aber infolge der auf unterschiedliche Gegenstände gerichteten Kommissionsaufträge ergeben. Anders als im Grundfall soll K nicht eine bestimmte Sache (Spezies) erwerben, sondern eine nur der Gattung nach bestimmte (ein Siegelring aus dem 19. Jahrhundert). Der Erwerb einer mangelfreien Sache aus der Gattung ist weiterhin möglich, denn es sind viele der von N verlangten Ringe im Umlauf. Der Kommissionsauftrag war auf die Besorgung einer mangelfreien Sache gerichtet und ist noch erfüllbar. K kann sich seine Provision noch „verdienen“, sodass es nicht notwendig erscheint, ihm unter Billigkeitsgesichtspunkten – wie im Grundfall – einen Provisionsanspruch zu gewähren. Somit kann K von N nicht Zahlung der Provision i.H.v. € 150 verlangen.

Fall Nr. 41 – Halskette I

S ist Schmuckhersteller. Er schließt mit K einen Kommissionsvertrag, nach dem K als Kommissionär die von S hergestellten Schmuckstücke vertreiben soll. Daraufhin verkauft K dem Abnehmer A eine von S angefertigte Halskette. K schließt den Kaufvertrag mit A im eigenen Namen ab. Wie von S vorgegeben wird als Kaufpreis ein Betrag von € 1.500 vereinbart. Noch bevor A den Kaufpreis an K bezahlt, erwirkt der Gläubiger G des K einen gerichtlichen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (§§ 829, 835 ZPO), mit dem er die Kaufpreisforderung des K gegen A pfänden und sich zur Einziehung überweisen lässt. S möchte im Wege der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) gegen den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vorgehen, weil er der Auffassung ist, er sei Inhaber der Kaufpreisforderung. Hat die Klage des S Erfolgsaussichten?

Lösung

1. Betreibt ein Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner, so kann nach § 771 ZPO ein Dritter im Wege der Klage bei Gericht der Zwangsvollstreckung widersprechen, wenn er behauptet, dass ihm an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. Bei dieser sog. **Drittwiderspruchsklage** handelt es sich um einen besonderen vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelf. Da S der Auffassung ist, selbst Inhaber der gepfändeten und überwiesenen Forderung zu sein, also ein die Veräußerung hinderndes Recht an der Forderung innezuhaben, kann er Drittwiderspruchsklage gegen G erheben.

2. Die Drittwiderspruchsklage des A hat nur dann Erfolg, wenn ihm das behauptete Recht an der Forderung tatsächlich zusteht.

a) Die Forderung stammt aus dem Kaufvertrag über die Halskette zwischen K und A (§ 433 II BGB). Da nur K, nicht aber S Vertragspartei ist, steht die Kaufpreisforderung grundsätzlich K zu (vgl. § 392 I HGB). Fraglich ist daher, ob S die Forderung im Wege der Abtretung erworben hat.

Ein Forderungserwerb durch **Abtretung** setzt nach § 398 BGB einen Vertrag zwischen dem Gläubiger der Forderung und dem Erwerber voraus.

aa) Ein solcher Abtretungsvertrag kann schon vor der Entstehung der Forderung geschlossen werden (**antizipierte Abtretung**), wobei dies ausdrücklich oder konkludent geschehen kann. Ein ausdrücklicher antizipierter Abtretungsvertrag wurde zwischen S und K nicht geschlossen. Ein konkludenter antizipierter Abtretungsvertrag kann bei der Kommission nicht schon deshalb stets angenommen werden, weil dies den Interessen des Kommittenten entspricht. Vielmehr müssen irgendwelche Anhaltspunkte gegeben sein, die die Annahme eines konkludenten Vertragschlusses rechtfertigen. Der vorliegende Fall weist solche Anhaltspunkte nicht auf, sodass ein antizipierter Abtretungsvertrag zwischen S und K auch nicht konkludent geschlossen wurde.

bb) Ein Abtretungsvertrag zwischen S und K kann aber nach der Entstehung der Kaufpreisforderung bei K durch ein **Insichgeschäft des K** zustande gekommen sein. Voraussetzung ist ein Vertragsschluss des K mit sich selbst als Vertreter des S. Der Wirksamkeit eines solchen Vertrages würde § 181 BGB nicht entgegenstehen, da K mit dem Abtretungsgeschäft nur seine Pflicht zur Abtretung aus § 384 II Hs. 2 HGB erfüllen würde. Allerdings müsste der Sachverhalt irgendwelche Anhaltspunkte für ein Insichgeschäft des K liefern. Da solche Anhaltspunkte fehlen – etwa ein Ausbuchen der Forderung aus der Buchhaltung des K –, scheidet ein Forderungserwerb des S durch ein Insichgeschäft des K aus.

S hat die Forderung also nicht durch Abtretung erworben.

b) Ein Recht zur Drittwiderspruchsklage kann sich jedoch aus § 392 II HGB ergeben. Nach dieser Vorschrift gelten Forderungen aus einem Ausführungsgeschäft des Kommissionärs im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und den Gläubigern eines Kommissionärs als Forderungen des Kommittenten. Die Vorschrift ist Ausdruck des treuhänderischen Erwerbs des Kommissionärs für den Kommittenten: Die Forderung steht zwar formal dem Kommissionär (= Treuhänder) zu (§ 392 I HGB); wirtschaftlich wird sie jedoch dem Kommittenten (= Treugeber) zugeordnet. Das Gesetz bringt dies durch die Fiktion des § 392 II HGB („gelten“) zum Ausdruck. § 392 II HGB dient insbesondere dem Zweck, dem Kommittenten Schutz zu gewähren, wenn Gläubiger des Kommissionärs auf die wirtschaftlich dem Kommittenten zustehende Forderung aus dem Ausführungsgeschäft zugreifen.¹¹⁹ Erfolgt der Zugriff – wie hier – im Wege der Einzelzwangsvollstreckung, gewährt § 392 II HGB dem Kommittenten das Recht zur Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO). Wird der Kommissionär insolvent, hat der Kommittent ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO).

Die Drittwiderspruchsklage des S hat mithin Erfolgsaussichten.

Fall Nr. 42 – Halskette II

Wie in Fall Nr. 41 schließen S und K einen Kommissionsvertrag sowie K und A einen Kaufvertrag über die Halskette zu einem Kaufpreis von € 1.500 ab. A überweist den Kaufpreis auf ein Geschäftskonto des K, das vor der Überweisung glatt bei € 0 stand und dementsprechend nach der Überweisung ein Guthaben von € 1.500 aufweist. Nun erwirkt der Gläubiger G des K einen gerichtlichen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, mit dem er den Auszahlungsanspruch des K gegen seine Bank pfänden und sich zur Einziehung überweisen lässt. S möchte im Wege der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) gegen den Pfändungs- und Überwei-

¹¹⁹ Vgl. eingehend zu Geschichte und Funktion des § 392 II HGB *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 48 ff., 189 ff., 298 ff.

sungsbeschluss vorgehen, weil er der Auffassung ist, ihm stehe ein Vorrecht an dem Auszahlungsanspruch zu. Hat die Klage des S Erfolgsaussichten?

Lösung

1. S behauptet, ihm stehe ein Vorrecht an der gepfändeten und überwiesenen Auszahlungsforderung zu. Er macht also geltend, ein die Veräußerung hinderndes Recht an der Auszahlungsforderung innezuhaben. S kann deshalb nach § 771 ZPO **Drittwiderspruchsklage** gegen G erheben.

2. Als „die Veräußerung hinderndes Recht“ kommt auch hier zunächst die **Inhaberschaft an der gepfändeten und überwiesenen Forderung** in Betracht. Die Auszahlungsforderung rührt jedoch aus dem Kontoführungsvertrag zwischen K und seiner Bank her. Er steht grundsätzlich dem **K als Vertragspartner der Bank und Kontoinhaber** zu und eine Abtretung jener Forderung an S ist nicht ersichtlich.

3. Möglicherweise steht S aber gemäß § 392 II HGB ein Recht zur Drittwiderspruchsklage zu. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift gelten jedoch nur die Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft selbst im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und den Gläubigern des Kommissionärs als Forderungen des Kommittenten. Die Auszahlungsforderung des K gegen seine Bank stammt jedoch nicht aus dem Ausführungsgeschäft mit A, sondern aus dem Kontoführungsvertrag des K mit seiner Bank. Fraglich ist aber, ob § 392 II HGB analog zur Anwendung kommt, weil das Kontoguthaben an die Stelle der ursprünglichen Forderung aus dem Ausführungsgeschäft getreten ist (Surrogat), die – wie uns Fall Nr. 41 zeigt – eindeutig unter § 392 II HGB fällt (→ § 9 Rn. 127 f.). Die analoge Anwendbarkeit des § 392 II HGB auf das Surrogat wird von der deutschen Rechtsprechung verneint. Die inzwischen wohl herrschende Lehre sowie der österreichische OGH sprechen sich hingegen dafür aus.¹²⁰ Diese zuletzt genannte Ansicht überzeugt, weil nicht einzusehen ist, warum der Schutz des Hintermanns mit der Zahlung durch A enden soll. Auch die aus der Zahlung resultierende Forderung gegen die Bank kann der treuhänderischen Bindung aus dem Kommissionsvertrag unterliegen.¹²¹ Es ist deshalb davon auszugehen, dass S in analoger Anwendung des § 392 II HGB als Inhaber der Bankforderung „gilt“.

Die Drittwiderspruchsklage des S sollte folglich auch in Fall Nr. 42 Erfolg haben.

Fall Nr. 43 – Kommode in Kommission

Grundfall: Witwe W besitzt eine barocke Kommode aus dem Jahr 1750. Sie mochte diese Kommode noch nie, hatte jedoch ihrem Mann zuliebe das gute Stück jahrelang im Eingangsbereich ihrer ehelichen Wohnung stehen. Nachdem ihr Mann nun verstorben ist, möchte sie jemand anderem die Möglichkeit geben, sich an dem Möbel zu erfreuen. Zu diesem Zweck sucht sie den Kommissionär K auf und bittet ihn, die Kommode „in Kommission zu verkaufen.“

K wendet sich an seinen Bekannten B, von dem er weiß, dass dieser eine Schwäche für Barockmöbel hat. B zeigt sich begeistert über den guten Zustand und ist gerne bereit, den von W festgesetzten Kaufpreis i.H.v. € 3.500 zu zahlen. Davon, dass es sich um ein Kommissionsgeschäft handelt, hat B keine Ahnung.

¹²⁰ Umfassende Nachweise bei *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 192 ff.

¹²¹ Dazu *Ellenberger/Bunte/Bitter*, § 17 Rn. 105 ff.

B holt die Kommode tags darauf ab. Es wurde vereinbart, dass B am darauffolgenden Tag die Überweisung auf das Konto von K vornehmen sollte. B fällt dann bei der Durchsicht seiner Papiere auf, dass er vor einer Weile K ein zinsloses Darlehen i.H.v. € 3.500 gewährt hatte, dessen Rückzahlung mittlerweile fällig ist. Statt nun den Kaufpreis an K zu überweisen, ruft er ihn an und erklärt die Aufrechnung.

Wie ist die Rechtslage?

Hinweis zur Fallbearbeitung: Die Kaufmannseigenschaft des K ist zu unterstellen.

Abwandlung: Nicht B erklärt die Aufrechnung, sondern K. Kann W in diesem Fall von K Abtretung des Anspruchs gegen B verlangen?

Lösung zum Grundfall

A. Anspruch von W gegen B auf Kaufpreiszahlung

W kann gegen B einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von € 3.500 aus § 433 II BGB haben. Voraussetzung dafür ist ein bestehender Kaufvertrag zwischen ihnen.

W und B haben sich jedoch nicht direkt geeinigt. Daher ist fraglich, ob K als Stellvertreter von W den Vertrag mit B abgeschlossen hat und sich W somit die Willenserklärung des K gemäß § 164 I BGB zurechnen lassen muss.

Dazu muss es sich um eine zulässige **Stellvertretung** handeln und W mit Vertretungsmacht im fremden Namen eine eigene Willenserklärung abgegeben haben.

Der Abschluss eines Kaufvertrags ist kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft; folglich ist die Stellvertretung zulässig. K hat eine eigene Willenserklärung abgegeben, dies allerdings im eigenen und nicht in fremdem Namen. Somit ist der Offenkundigkeitsgrundsatz der Stellvertretung nicht gewahrt.

Möglicherweise liegt jedoch ein schuldrechtliches **Geschäft für den, den es angeht**, vor. Nach dessen Grundsätzen kann auf die Offenlegung der Stellvertretung verzichtet werden, wenn (1) der mittelbare Stellvertreter Vertreterwillen hat und (2) es dem Vertragspartner gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schließt; dies ist regelmäßig bei Bargeschäften des täglichen Lebens der Fall.¹²²

Selbst wenn man jedoch den Abschluss eines Kaufvertrags in Höhe von € 3.500 noch als Geschäft des täglichen Lebens ansehen wollte, so hätte doch zusätzlich die sofortige Erfüllung der Primäransprüche zu erfolgen (Bargeschäft). Ansonsten kann nicht davon ausgegangen werden, dass es der anderen Seite gleichgültig ist, wer ihr Vertragspartner ist und an wen sie sich gegebenenfalls mit ihrem Erfüllungsverlangen zu wenden hat.

B holte die Kommode erst tags darauf ab. Insofern ist keine sofortige Erfüllung gegeben, sodass die Voraussetzungen des schuldrechtlichen Geschäfts für den, den es angeht, nicht vorliegen. Es ist vielmehr ein dahingehendes Interesse des B festzustellen, dass er sich mit seinem Erfüllungsverlangen an K wenden kann und sich nicht an W verweisen lassen muss. Somit ist B sein Vertragspartner nicht gleichgültig. Ein schuldrechtliches Geschäft für den, den es angeht, liegt nicht vor. Die Voraussetzungen für eine wirksame Stellvertretung sind deshalb nicht erfüllt, sodass ein Kaufvertrag zwischen W und B nicht zustande gekommen ist.

¹²² Grüneberg/Ellenberger, § 164 Rn. 8; Bitter/Röder, BGB AT, § 10 Rn. 39 ff.; ausführlich zum Geschäft für den, den es angeht Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 221 ff.

Ergebnis: W hat keinen Anspruch gegen B auf Zahlung von € 3.500 aus § 433 II BGB.

B. Anspruch von K gegen B auf Kaufpreiszahlung

I. Allerdings steht möglicherweise K gegen B ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von € 3.500 aus § 433 II BGB zu. Wie ausgeführt trat K im eigenen und nicht in fremdem Namen auf. Demzufolge wurde zwischen K und B ein Kaufvertrag geschlossen, aus dem der Kaufpreisanspruch des K zunächst entstanden ist.

II. Der Anspruch des K auf Kaufpreiszahlung kann jedoch durch Aufrechnung seitens B erloschen sein (§ 389 BGB).

1. Die dafür zunächst erforderliche **Aufrechnungserklärung** (§ 388 BGB) hat B abgegeben, als er den K anrief.

2. Des Weiteren muss eine **Aufrechnungslage** bestanden haben.

Voraussetzung einer Aufrechnungslage i.S.v. § 387 BGB sind die Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungen, die Durchsetzbarkeit und Fälligkeit der Aktivforderung, d.h. der Forderung des Aufrechnenden gegenüber dem Aufrechnungsgegner, sowie die Erfüllbarkeit der Passivforderung, d.h. der Forderung des Aufrechnungsgegners gegen den Aufrechnenden.

a) B schuldete, wie oben bereits festgestellt, K den Kaufpreis in Höhe von € 3.500. K seinerseits schuldete B eine Rückzahlung in Höhe von € 3.500 aus dem zwischen ihnen geschlossenen Darlehensvertrag (§ 488 I 2 BGB). Beide Forderungen sind auf Geldzahlungen gerichtet, weshalb die **Gleichartigkeit** vorliegt.

b) Die Rückzahlung der € 3.500 aus dem Darlehensvertrag, die **Aktivforderung**, ist mittlerweile **fällig**. Die Kaufpreiszahlung ist B, wenn auch nur bis zum auf die Abholung folgenden Tag, gestundet und somit noch nicht fällig. Jedoch kann B gemäß § 271 II BGB die Leistung auch vor dieser Zeit erbringen, sodass die **Passivforderung erfüllbar** ist.

c) Problematisch erscheint jedoch, ob die Forderungen im notwendigen **Gegenseitigkeitsverhältnis** stehen. Vertragspartner von B ist K (s.o.). Eine (Voraus-) Abtretung des dem K gegen B zustehenden Anspruchs an W ist nicht ersichtlich. Demgemäß ließe sich auf den ersten Blick davon ausgehen, dass die Gegenseitigkeit der Forderungen besteht.

Etwas anderes kann sich aber möglicherweise aus § 392 II HGB ergeben. Nach § 392 II HGB gilt nämlich der Kaufpreisanspruch im Verhältnis zu Gläubigern des Kommissionärs als Forderung des Kommittenten, hier W. Die Schlussfolgerungen, die daraus für die Gegenseitigkeit der Forderungen gezogen werden, sind unterschiedlich (→ § 9 Rn. 116 ff.):¹²³

aa) Nach Ansicht von *Karsten Schmidt*¹²⁴ darf der Dritte (hier B) in diesen Fällen nur **mit konnexen Gegenforderungen aufrechnen**, also solchen, die im Zusammenhang mit dem Ausführungsgeschäft stehen. Im Gegensatz dazu sei die Aufrechnung mit inkonnexen Gegenforderungen dem Dritten deshalb verwehrt, weil er mit diesen Forderungen wie jeder andere Drittgläubiger anzusehen sei. Drittgläubiger hätten aber wegen § 392 II HGB und der darin enthaltenen Fiktion mangels Gegenseitigkeit keine Aufrechnungsmöglichkeit, da die Forderung nach dieser Vorschrift

¹²³ Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 435 ff., insbesondere S. 440 ff.

¹²⁴ *K. Schmidt*, HandelsR., § 31 Rn. 121 ff. (S. 1043 ff.), insbesondere Rn. 133 ff. (S. 1047 ff.).

nicht als Forderung des Kommissionärs, sondern als Forderung des Kommittenten gelte.

B will mit seiner Forderung aus dem Darlehensvertrag aufrechnen. Diese steht in keinem Zusammenhang mit dem Ausführungsgeschäft, dem Abschluss des Kaufvertrages zwischen B und K. Es handelt sich demnach um eine inkonnexe Forderung, bei der ihm nach dieser Ansicht mangels Gegenseitigkeit die Aufrechnung nicht möglich ist. Folglich bestünde der Kaufpreisanspruch nach wie vor.

bb) Die Rechtsprechung¹²⁵ und Teile der Literatur¹²⁶ erlauben dagegen die Aufrechnung des Dritten generell **bis zur Grenze der Arglist**. Die Rechte des Dritten (hier B) könnten nicht vom Innenverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittent bestimmt werden. Die Gegenseitigkeit der Forderungen sei also zu bejahen. Nach dieser Ansicht wäre folglich der Kaufpreisanspruch erloschen.

Andere Teile der Literatur¹²⁷ stimmen dem Ergebnis zu, wählen jedoch eine andere Begründung: § 392 II HGB sei nicht auf den Fall zugeschnitten, dass ein Gläubiger des Kommissionärs zugleich dessen Vertragspartner ist. Diese Doppelrolle des Gläubigers führe dazu, dass § 392 II HGB keine Anwendung finde, wenn der Dritte aufrechne. Die Fiktion der Forderungsinhaberschaft des Kommittenten komme somit nicht zum Tragen.

cc) Eine vermittelnde Ansicht differenziert nach der **Offenkundigkeit des Kommissionsverhältnisses für den Dritten**.¹²⁸ Im Grundsatz sei zwar – in Übereinstimmung mit der unter aa) angeführten Ansicht – die Aufrechnung mit einer inkonnexen Gegenforderung unzulässig, da § 392 II HGB die Forderung aus dem Ausführungsgeschäft, wirtschaftlich betrachtet, bereits dem Kommittenten zuordnet. Jedoch sei zu berücksichtigen, dass der Dritte durch die nur „wirtschaftliche“ Zuordnung der Forderung zum Hintermann nicht schlechter gestellt werden dürfe, als wenn die Forderung im Wege einer (gesetzlichen) Zession sogar rechtlich auf den Hintermann übergegangen sei. In einem solchen Fall der Zession sei der Dritte aber nach § 406 BGB geschützt, falls er beim Erwerb seiner Gegenforderung keine Kenntnis vom Forderungsübergang habe. Um den Dritten nicht in seinem Vertrauen auf eine Aufrechnungslage zu enttäuschen, ist nach dieser Ansicht die Aufrechnungsbefugnis des Dritten an dessen Kenntnis zu koppeln. Weiß er um das Kommissionsgeschäft, so werde er nicht in seinem Vertrauen enttäuscht. Ist er diesbezüglich jedoch unwissend, müsse ihm in entsprechender Anwendung des Gedankens des § 406 BGB die Aufrechnungsbefugnis gegeben werden.

B hat vom Kommissionsverhältnis zwischen W und K keine Kenntnis und ist somit schutzwürdig. Nach dieser Ansicht darf er also auch mit seiner inkonnexen Forderung aufrechnen.

dd) Für letztere Ansicht spricht, dass derjenige, der trotz seiner Kenntnis von dem Handeln des Kommissionärs für fremde Rechnung einen Vertrag mit diesem schließt, kein schutzwürdiges Vertrauen bezüglich der Gegenseitigkeit von entstehenden Forderungen haben kann. Er weiß vielmehr, dass die wirtschaftlichen Folgen dem Hintermann zugerechnet werden. Ihn dann mit der Ansicht der Rechtsprechung zu schützen, erscheint nicht notwendig, zumal die in § 392 II HGB zum Ausdruck kommenden Interessen des Kommittenten an der wirtschaftlichen Zuordnung der Forderung als höherwertig anzusehen sind. Die wirtschaftliche Forderungsinha-

¹²⁵ BGH NJW 1969, 276.

¹²⁶ Hopt/Kumpan, § 392 Rn. 12; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Füller, § 392 Rn. 12.

¹²⁷ Canaris, HandelsR, § 30 Rn. 77 ff. (S. 475 f.).

¹²⁸ Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 435 ff. (insbesondere S. 440, 445 ff. mit Ergebnis S. 451).

berschaft des Kommittenten zu entwerten, indem dem Dritten selbst bei Kenntnis vom Kommissionsgeschäft die Aufrechnung gegenüber dem Kommissionär mit inkonnexen Forderungen erlaubt wird, scheint unangemessen. Dagegen ist derjenige Inhaber einer inkonnexen Forderung schutzwürdig, der gerade wegen der zu erlangenden Aufrechnungsbefugnis – in Unkenntnis der Geschäftsführung für fremde Rechnung – das Geschäft eingegangen ist. Diesem Dritten die Aufrechnung zu versagen, ist mit den Gedanken der Schuldnerschutzvorschriften der §§ 404 ff. BGB nicht vereinbar. Sein Interesse an der Aufrechnungslage ist im Fall der Unkenntnis vom Kommissionsgeschäft als höherwertig anzusehen. Da auf diese Weise flexible und interessengerechte Ergebnisse erzielt werden, erscheint diese Ansicht im Grundsatz vorzugswürdig.

Problematisch erscheint jedoch, ob auch dann auf die Offenkundigkeit des Kommissionsverhältnisses abgestellt werden kann, wenn der Dritte im Einzelfall tatsächlich nicht auf die Aufrechnungsmöglichkeit vertraut hat. So hat B zunächst gar nicht an die Möglichkeit der Aufrechnung mit seinem Darlehensanspruch gedacht. Ihm ist erst später bei der Durchsicht seiner Papiere aufgefallen, dass er noch einen entsprechenden Anspruch gegen K besitzt.

Gleichwohl sollte auch in diesem Fall ein Schutz über die analoge Anwendung des § 406 BGB gewährt werden, da es auch bei einer direkten Anwendung der Norm nicht auf ein aktuelles Vertrauen ankommt. Die Möglichkeit der Aufrechnung wird vielmehr erst dann versagt, wenn der Schuldner beim Erwerb seiner Gegenforderung von der Abtretung der Forderung Kenntnis hatte. Mithin ist auch im Rahmen der unmittelbaren Anwendung des § 406 BGB ein Schuldner selbst dann geschützt, wenn ihm bei Entstehung der gegen ihn gerichteten Forderung nicht aktuell bewusst war, dass er eine Gegenforderung gegen den Gläubiger besitzt.

Infolgedessen bleibt bei der **analogen Anwendung des § 406 BGB** allein entscheidend, ob das Kommissionsverhältnis für B offenkundig war, während nicht zusätzlich verlangt wird, dass der Dritte – hier B – aktuell seine Gegenforderung im Blick hatte, als er die Forderung des Kommissionärs – hier K – gegen sich begründet. Mangels Kenntnis des B vom Kommissionsverhältnis ist dieser deshalb trotz der wirtschaftlich gemäß § 392 II HGB fehlenden Gegenseitigkeit aufgrund der analog anzuwendenden Schuldnerschutzvorschrift des § 406 BGB zur Aufrechnung gegenüber K mit der inkonnexen Gegenforderung berechtigt.

Hinweis: Bei unmittelbarer Anwendung des § 406 BGB besteht eine Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem neuen Gläubiger, weil ein rechtlicher Forderungsübergang auf diesen stattgefunden hat. Geht es hingegen nur um eine analoge Anwendung der Vorschrift bei einem wirtschaftlichen Forderungsübergang (§ 392 II HGB), muss die entsprechende Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem bisherigen Forderungsinhaber gewährt werden, weil dieser bis zur Abtretung weiter forderungsberechtigt bleibt (§ 392 I HGB).

3. Alle Voraussetzungen einer wirksamen Aufrechnung sind erfüllt. Der Anspruch von K gegen B auf Kaufpreiszahlung in Höhe von € 3.500 sowie der Anspruch von B gegen K auf Darlehensrückzahlung in der gleichen Höhe sind jeweils vollständig erloschen (§ 389 BGB).

III. Ergebnis: K hat gegen B keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB.

C. Anspruch von W gegen K auf Schadensersatz

W kann gegen K einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, III, 283 BGB in Höhe von € 3.500 haben.

I. Zwischen W und K besteht ein **Schuldverhältnis** in Gestalt des zwischen den beiden geschlossenen Kommissionsvertrags (§ 383 HGB).

II. Des Weiteren muss K eine **Pflichtverletzung** begangen haben.

K ist aufgrund des Kommissionsvertrags verpflichtet, das herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt (§ 384 II Hs. 2 HGB). K müsste also den Kaufpreisanspruch gegen B aus § 433 II BGB an W nach § 398 BGB abtreten. Dies ist dem K aber nun nicht mehr möglich (§ 275 I BGB), da B den Anspruch durch Aufrechnung zum Erlöschen gebracht hat (§ 389 BGB). Die Pflichtverletzung von K ist also in der Nichtleistung wegen nachträglicher Unmöglichkeit zu sehen.

III. Eine **Nachfristsetzung** ist bei §§ 280 I, III, 283 BGB im Gegensatz zu §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB **nicht erforderlich**.

IV. Ferner ist erforderlich, dass K sich hinsichtlich des **Vertretenmüssens** der Unmöglichkeit nicht entlasten kann (§ 280 I 2 i.V.m. § 276 I, II BGB).

Der Schuldner hat gemäß § 276 I, II BGB auch Fahrlässigkeit zu vertreten. § 347 I HGB ergänzt § 276 II BGB im Hinblick auf den anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab und verlangt die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. K ist Kaufmann, sodass die Vorschrift anwendbar ist.

Als Kommissionär müsste ihm bekannt sein, dass mindestens die für die Praxis maßgebliche Rechtsprechung die Aufrechnung generell zulässt. Insofern könnte man meinen, dass K ein Aufrechnungsverbot (§§ 387 ff. BGB sind dispositiv!) mit B hätte vereinbaren müssen, um auch nach der Ansicht der Rechtsprechung, welche die Aufrechnung durch den Dritten generell zulässt, die Aufrechnung auszuschließen. Dies könnte deshalb verlangt werden, weil der Sorgfaltsmaßstab beim Kaufmann höher ist als beim normalen Verbraucher.

Andererseits wäre dann jeder Kommissionär faktisch gezwungen, das Vorliegen des Kommissionsgeschäfts aufzudecken, wenn er jeweils ein Aufrechnungsverbot vereinbaren müsste, um sich nicht den Vorwurf der Außerachtlassung der kaufmännischen Sorgfaltspflichten zuziehen. Der Dritte könnte dann unter Umständen aus dem Aufrechnungsverbot auf das Kommissionsgeschäft schließen. Die Nichtvereinbarung eines Aufrechnungsverbots kann also auch den Grund haben, dass dem Dritten das Kommissionsgeschäft verborgen bleiben soll. Von daher ist beim Unterlassen der Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots nicht zwingend auf Fahrlässigkeit zu schließen.

K hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, erweitert um die kaufmännischen Sorgfaltspflichten, gewahrt. K kann sich bezüglich seines nach § 280 I 2 BGB vermuteten Verschuldens entlasten. Er hat nicht fahrlässig gehandelt.

V. **Ergebnis:** W hat gegen K keinen Anspruch auf € 3.500 aus §§ 280 I, III, 283 BGB.

D. Anspruch von W gegen K auf Herausgabe des stellvertretenden commodums

W hat aber möglicherweise gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden commodums aus § 285 I BGB.

I. Zwischen W und K bestand ein **Schuldverhältnis** in Gestalt des Kommissionsvertrags.

II. Ferner muss W einen Anspruch auf **Leistung** gehabt haben, der nunmehr **unmöglich** (§ 275 I BGB) geworden ist. Dies ist im Verhältnis zwischen W und K der

Anspruch auf Herausgabe (= Abtretung) des von K gegen B erworbenen Kaufpreisanspruchs. Diese Herausgabe ist – wie unter C. II. gezeigt – unmöglich geworden.

III. Weiterhin muss K aufgrund des Wegfalls der Leistungspflicht entweder einen Ersatz für den geschuldeten Gegenstand oder einen Ersatzanspruch erlangt haben (§ 285 I BGB). Der von K geschuldete Gegenstand bestand in seiner Forderung gegen B. Für diese Forderung hat er zwar keine Gegenleistung erhalten. Jedoch ist auch die Schuldbefreiung im Verhältnis zu B durch das Erlöschen des Rückzahlungsanspruchs von B aus § 488 I 2 BGB als **Surrogat** i.S.v. § 285 BGB anzusehen.¹²⁹ Es besteht nämlich kein Grund, den positiven Erwerb eines Anspruchs anders zu behandeln als das Freiwerden von einem Anspruch. Somit hat K ein Surrogat erlangt.

IV. Die Befreiung von der Leistungspflicht muss auch **kausal** gewesen sein für die Erlangung der Schuldbefreiung.

K wurde nur deshalb von seiner Leistungspflicht – der Abtretung des Kaufpreisanspruchs an W – befreit, weil B mit seinem Rückzahlungsanspruch gegen K aufrechnete. Die erlangte Schuldbefreiung war also kausal verknüpft mit der Befreiung von der Leistungspflicht.

V. Die ursprüngliche Leistungspflicht und das erlangte Surrogat müssen einen identischen Bezugspunkt haben (sog. wirtschaftliche Identität). Diese Identität liegt darin, dass K die Schuldbefreiung in Höhe des Wertes der Forderung gegen B erlangt. Die Schuldbefreiung tritt an die Stelle der Forderung.

VI. W hat gegen K einen Anspruch auf Herausgabe der Schuldbefreiung i.H.v. € 3.500. Eine Schuldbefreiung kann jedoch nicht herausgegeben werden, sodass insofern Wertersatz zu leisten ist.¹³⁰

VII. **Ergebnis:** K hat gegen B einen Anspruch auf € 3.500 aus § 285 I BGB.

Lösung zur Abwandlung

Anspruch von W gegen K auf Abtretung des Anspruchs gegen B

W kann gegen K einen Anspruch auf Abtretung des dem K gegen B zustehenden Anspruchs aus § 384 II Hs. 2 HGB haben.

1. Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs auf Abtretung ist, dass ein wirksamer Kommissionsvertrag (§ 383 HGB) besteht und K etwas aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.

Ein wirksamer Kommissionsvertrag zwischen K und W ist gegeben. Das Ausführungsgeschäft (Abschluss des Kaufvertrages zwischen K und B) verschaffte dem K einen Kaufpreisanspruch nach § 433 II BGB gegen B. Er hat also etwas aus der Geschäftsbesorgung erlangt. Demnach ist der Anspruch auf Abtretung entstanden.

2. Der Anspruch auf Abtretung kann jedoch wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) weggefallen sein. K ist die Abtretung des Anspruchs gegen B an W dann unmöglich, wenn die durch K erklärte Aufrechnung wirksam ist und die gegenseitigen Ansprü-

¹²⁹ BGH NJW 2000, 1496, 1498; RGZ 120, 347, 350 f.; Grüneberg/Grüneberg, § 285 Rn. 7.

¹³⁰ Vgl. MüKoBGB/Emmerich, § 285 Rn. 32.

che von K und B dadurch erloschen sind (§ 389 BGB). Zu prüfen ist also, ob die Aufrechnung durch K wirksam ist.

Eine **Aufrechnungserklärung** hat K abgegeben. Maßgeblich ist deshalb allein, ob eine **Aufrechnungslage** besteht, insbesondere die Gegenseitigkeit der Forderungen gegeben ist (→ § 9 Rn. 120 ff.).¹³¹

a) Die wohl h.L.¹³² gibt dem Kommissionär die Aufrechnungsbefugnis in diesem Fall. Als Argument wird vorgebracht, dass auf diese Weise der Kommittent bei drohender Zahlungsunfähigkeit des Dritten bessergestellt wird, weil anstelle der „schlechten“ Forderung gegen den Dritten eine „gute“ Forderung gegen den Kommissionär in derselben Höhe aus §§ 280 I, III, 283 BGB trete. Demnach bestünde die Gegenseitigkeit der Forderungen und der Kaufpreisanspruch des K wäre durch Aufrechnung erloschen.

b) Ein großer Teil der Literatur¹³³ und wohl auch der *BGH*¹³⁴ billigen dem Kommissionär jedoch keine Aufrechnungsbefugnis zu. Die dem Kommittenten wirtschaftlich durch § 392 II HGB zugeordnete Forderung erlaube keine Aufrechnung durch den Kommissionär, dem das Innenverhältnis bekannt sei. § 392 II HGB biete Schutz vor treuwidrigen Verfügungen durch den Kommissionär, wozu auch die hier in Rede stehende Aufrechnung gezählt werden müsse. Nach dieser Ansicht wäre die Gegenseitigkeit der Forderungen, da wirtschaftlich zu bestimmen, zu verneinen. Folglich wäre die Aufrechnung durch K nicht wirksam.

c) Der letzteren Ansicht ist aufgrund des dem § 392 II HGB immanenten Kommittentenschutzes der Vorzug zu geben. § 392 II HGB zeigt, dass der Kommittent geschützt werden soll. Wenn davon in Fällen der Aufrechnung durch den Dritten (siehe den Grundfall) Ausnahmen gemacht werden, so bedeutet das keine Abkehr von diesem Gedanken, sondern ist durch höherwertige Interessen des Dritten gerechtfertigt. Weiterhin kann man aus § 399 HGB schließen, dass der Kommissionär nur im Sicherungsfall auf die Forderung aus dem Ausführungsgeschäft zugreifen kann, nicht aber in einem Fall wie diesem. Auch der Verweis der h.L. auf mögliche Schadensersatzansprüche des Kommittenten gegen den Kommissionär ist nicht zielführend, da der Kommittent dann das Insolvenzrisiko des Kommissionärs trüge, was aber durch § 392 II HGB gerade verhindert werden soll.

Somit bleibt festzuhalten, dass die Aufrechnung nicht wirksam war. Infolgedessen bestehen sowohl der Anspruch auf Kaufpreiszahlung als auch der Darlehensrückzahlungsanspruch des B nach wie vor. K ist die Abtretung des Anspruchs gegen B an W also nicht unmöglich geworden.

3. Ergebnis: W hat gegen K einen Anspruch auf Abtretung des Anspruchs gegen B aus § 384 II Hs. 2 HGB.

Fall Nr. 44 – Bild in Flammen

Rechtsanwältin R hat bei der Kunsthandlung B in der Fressgasse ein bestimmtes Bild gesehen, das sie gerne erwerben möchte. Da sie in der Vergangenheit den Inhaber der Kunsthandlung in einer familienrechtlichen Angelegenheit verklagt und ob-

¹³¹ Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 478 ff.

¹³² Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Füller, § 392 Rn. 12; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 392 Rn. 3; kritisch Hopt/*Kumpen*, § 392 Rn. 4.

¹³³ K. Schmidt, HandelsR., § 31 Rn. 133 ff. (S. 1047 ff.), insbesondere Rn. 136 f. (S. 1049 f.); *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 483 ff. (insbesondere S. 489).

¹³⁴ *BGH* NJW 1969, 276; siehe dazu die Analyse bei *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 479 ff.

siegt hatte, geht sie davon aus, keine Basis für fruchtbare Verhandlungsgespräche zu haben. R möchte das einmalige Einzelstück aber trotzdem erwerben, um daraus Kapital schlagen zu können. So beauftragt sie den Kommissionär K mit dem Erwerb des Bildes. Von K weiß sie, dass er über ein ausgeprägtes Verhandlungsgeschick verfügt. K gelingt es, mit B einen äußerst günstigen Kaufpreis i.H.v. € 5.000 zu vereinbaren. Die Abholung und die Bezahlung des Bildes sind für den nächsten Tag vereinbart.

Am Abend wird es B in seinem Laden mangels Kundenansturms ein wenig langweilig und so beginnt er mit ein paar indianischen Feuersteinen zu hantieren, die ihm zum Geburtstag geschenkt wurden. Der Funkenschlag ist so enorm, dass die daneben liegende Zeitung in Brand gerät und auf das neben der Theke stehende Bild fällt. Bis B das Feuer gelöscht hat, ist das Bild vollständig verbrannt. R hätte das Bild an einen Bekannten zum Preis von € 10.000 weiterverkaufen können.

Haben R oder K einen Anspruch gegen B auf den entgangenen Gewinn in Höhe von € 5.000?

Hinweis zur Fallbearbeitung: Es ist davon auszugehen, dass K, wenn er das Bild für sich selbst erworben hätte, keinen Abnehmer für das Bild gehabt hätte, der € 10.000 zu zahlen bereit gewesen wäre.

Lösung

A. Ansprüche von R gegen B auf Schadensersatz

R können gegen B Ansprüche aus Vertrag (dazu I.) oder Delikt (dazu II.) zustehen.

I. Anspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB

Ein Anspruch von R gegen B auf Schadensersatz in Höhe € 5.000 kann sich aus §§ 280 I, III, 283 i.V.m. § 252 BGB ergeben.

1. Dazu muss zwischen R und B ein Schuldverhältnis bestanden haben.

Jedoch haben R und B sich nicht direkt miteinander geeinigt. K kann jedoch als **Stellvertreter** (§ 164 I BGB) von R den Vertrag abgeschlossen haben.

K hat eine eigene Willenserklärung abgegeben, da er nicht nur eine fremde Willenserklärung überbracht (Bote), sondern im Rahmen der Verhandlungen selbst den Willen – insbesondere die Höhe des Kaufpreises betreffend – gebildet hat. Diese Erklärung gab K als Kommissionär jedoch im eigenen und nicht in fremdem Namen ab. Somit ist der Offenheitsgrundsatz der Stellvertretung nicht gewahrt.

Möglicherweise liegt jedoch ein schuldrechtliches **Geschäft für den, den es angeht**, vor. Nach dessen Grundsätzen kann bei vorhandenem Vertreterwillen auf die Offenlegung der Stellvertretung verzichtet werden, wenn es dem Vertragspartner gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schließt; dies ist regelmäßig bei Bargeschäften des täglichen Lebens der Fall.¹³⁵

Selbst wenn man jedoch den Abschluss eines Kaufvertrags in Höhe von € 5.000 noch als Geschäft des täglichen Lebens ansehen wollte, so hätte doch zusätzlich die sofortige Erfüllung der Primäransprüche zu erfolgen (**Bargeschäft**). Ansonsten kann nicht davon ausgegangen werden, dass der anderen Seite gleichgültig ist, wer ihr

¹³⁵ Grüneberg/Ellenberger, § 164 Rn. 8; Bitter/Röder, BGB AT, § 10 Rn. 39 ff.; ausführlich zum Geschäft für den, den es angeht Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 221 ff.

Vertragspartner ist und an wen sie sich gegebenenfalls mit ihrem Erfüllungsverlangen zu wenden hätte. Insbesondere die Bonität des Vertragspartners ist bei nicht sofortiger Erfüllung von Interesse.

Die Abholung sowie die Bezahlung haben B und K erst für den nächsten Tag vereinbart. Somit ist keine sofortige Erfüllung des Vertrages vorgenommen worden. Mangels Bargeschäfts kann B folglich nicht unterstellt werden, dass ihm sein Vertragspartner gleichgültig ist. Es liegt kein schuldrechtliches Geschäft für den, den es angeht, vor.

Wegen der fehlenden Offenkundigkeit ist eine wirksame Stellvertretung nicht gegeben. Demnach ist ein Kaufvertrag zwischen R und B nicht zustande gekommen.

2. Ergebnis: R hat keinen Anspruch gegen B in Höhe von € 5.000 aus §§ 280 I, III, 283 i.V.m. § 252 BGB. Nichtsdestotrotz hat sie einen Schaden in Höhe von € 5.000 in Form des entgangenen Gewinns.

II. Anspruch aus § 823 I BGB

Möglicherweise ergibt sich ein Anspruch von R gegen B auf Schadensersatz in Höhe von € 5.000 jedoch aus § 823 I BGB.

1. Voraussetzung dafür ist die Verletzung eines in § 823 I BGB geschützten Rechtsguts von R durch B. In Betracht kommt nur das **Eigentum**. Fraglich ist, wer Eigentümer des Bildes im Zeitpunkt der Zerstörung ist. Ursprünglich war B Eigentümer des Bildes. R kann das Bild entweder direkt gemäß § 929 BGB von B erworben haben, was mangels Offenkundigkeit der Stellvertretung durch K (s.o.) allerdings nur im Wege eines dinglichen Geschäfts für den, den es angeht, möglich wäre.¹³⁶ Alternativ kann R das Eigentum von K erworben haben, was allerdings grundsätzlich dessen vorherigen Erwerb voraussetzen würde. Unabhängig von der Frage eines Direkt- oder Durchgangserwerbs wäre also in jedem Fall erforderlich, dass sich K und B überhaupt über den Eigentumsübergang i.S.v. § 929 BGB geeinigt haben. Mangels Einigung hätte nämlich B sein Eigentum gar nicht – weder an K noch an R – verloren.

Eine solche **Einigung ist nicht ersichtlich**. Insbesondere kann B schon nicht unterstellt werden, dass er sich über den Übergang des Eigentums an dem Bild einigen will, bevor der Kaufpreis gezahlt ist. Folglich ist B weiterhin Eigentümer des Bildes und R damit nicht Inhaberin eines der gemäß § 823 I BGB geschützten Rechtsgüter.

2. Ergebnis: R hat keinen Anspruch in Höhe von € 5.000 gegen B aus § 823 I BGB.

B. Anspruch von K gegen B auf Schadensersatz

Möglicherweise steht aber K gegen B ein Anspruch auf € 5.000 aus §§ 280 I, III, 283 BGB i.V.m. den Grundsätzen der **Drittschadensliquidation** zu.

I. Schuldverhältnis

Zwischen K und B muss ein Schuldverhältnis bestanden haben.

K und B haben einen Kaufvertrag geschlossen. Beim Vertragsabschluss handelte K nicht als Stellvertreter, sondern – wie es für einen Kommissionär typisch ist – im eigenen Namen. Somit besteht ein Schuldverhältnis zwischen K und B.

¹³⁶ Zum dinglichen Geschäft für den, den es angeht, vgl. *Bitter/Röder*, BGB AT, § 10 Rn. 45 ff.; ausführlich *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 238 ff.

II. Pflichtverletzung

Zu prüfen ist weiterhin eine Pflichtverletzung durch B.

Die Pflichtverletzung ist darin zu sehen, dass B das Bild nicht an K übereignet hat, also in der **Nichtleistung**. B kann das Bild auch nicht mehr übereignen, da es verbrannt ist und es sich um ein Einzelstück handelte. Ein Nachlieferungsanspruch (§ 439 I BGB) scheidet demnach aus. B ist die Leistung damit nach § 275 I BGB unmöglich.

III. Nachfristsetzung

Eine Nachfristsetzung ist bei §§ 280 I, III, 283 BGB entbehrlich, da sie bei Unmöglichkeit der Leistung keinen Sinn machen würde.

IV. Vertretenmüssen

B darf sich des Weiteren hinsichtlich des Vertretenmüssens der Unmöglichkeit nicht entlasten können (§ 280 I 2 i.V.m. § 276 I, II BGB).

Der Schuldner hat gemäß § 276 I BGB auch Fahrlässigkeit zu vertreten. Gemäß § 276 II BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. B kann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt dadurch außer Acht gelassen haben, dass er mit den Feuersteinen hantierte, ohne sich damit auszukennen oder wenigstens Sicherungsmaßnahmen zu treffen. Das ungeübte Hantieren mit Feuersteinen in der Nähe von brennbarem Material kann weitreichende Folgen haben. Zumindest das Entfernen der danebenliegenden Zeitung hätte sich einer vernünftigen und vorsichtigen Person aufgedrängt. Somit handelte B fahrlässig. Eine Entlastung hinsichtlich des Vertretenmüssens der Unmöglichkeit gelingt ihm nicht.

V. Schaden

Problematisch erscheint jedoch, ob K einen Schaden erlitten hat. Ihm selbst entgeht nämlich nicht der Gewinn aus dem Weiterverkauf i.H.v. € 5.000, sondern der Schaden liegt insoweit bei R.

Hinweis: K könnte einen eigenen Schaden nur insoweit erleiden, als er seinen Provisionsanspruch aus § 396 I 1 HGB verliert. Eine Ausführung des Geschäfts i.S.v. § 396 I 1 HGB setzt nämlich wenigstens Erfüllung durch den Dritten voraus¹³⁷, welche nicht mehr möglich ist, nachdem das Bild zerstört wurde. Nach dem Ersatz dieses (Provisions-)Schadens ist aber nicht gefragt.

Bliebe man bei dieser Feststellung eines dem Vertragspartner fehlenden Schadens stehen, würde B allein aufgrund der internen Gefahrverlagerungsregel im Kommissionsvertrag von seiner Schadensersatzpflicht gegenüber R und K freigestellt, obwohl er auf das die Schadensverlagerung herbeiführende Innenverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittent gar keinen Einfluss hatte.

1. Lehre von der Drittschadensliquidation

Dieses Ergebnis erscheint unbefriedigend und wird nach h.M. mit der Lehre von der Drittschadensliquidation korrigiert.¹³⁸

¹³⁷ Hopt/Kumpan, § 396 Rn. 2; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Füller, § 396 Rn. 7.

¹³⁸ Zur Drittschadensliquidation siehe Medicus/Petersen, Rn. 838 ff.; ausführlich Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 369 ff., 394 ff.

Um eine Drittschadensliquidation vornehmen zu können, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Derjenige, der einen Schaden erleidet, darf keinen eigenen Anspruch gegen den Schädiger haben. Umgekehrt darf derjenige, dem grundsätzlich ein Anspruch gegen den Schädiger zusteht, keinen Schaden erleiden. Schließlich muss die Verlagerung des Schadens aus Sicht des Schädigers zufällig sein. Sind diese Erfordernisse gegeben, so hat die Drittschadensliquidation zur Folge, dass der Schaden zum Anspruch „gezogen“ wird (und nicht der Anspruch zum Schaden). Anspruchsinhaber wird dann derjenige, der zwar grundsätzlich den Anspruch gegen den Schädiger hatte, aber keinen Schaden. Die Drittschadensliquidation ist also eine Ausnahme vom Dogma des Gläubigerinteresses, demzufolge nur demjenigen ein Schadensersatzanspruch zusteht, der selbst einen Schaden erleidet. Mittels des komplettierten Anspruchs ist der Anspruchsinhaber in der Lage, den Schaden des Dritten beim Schädiger zu liquidieren (deshalb „Drittschadensliquidation“). Ob die Voraussetzungen hier erfüllt sind, ist nun zu prüfen.

a) Derjenige, dem der Schaden entsteht, darf keinen Anspruch gegen den Schädiger haben. Dieses Erfordernis ist gewahrt, denn R hat einen Schaden – ihren entgangenen Gewinn in Höhe von € 5.000 –, aber keinen Anspruch gegen den Schädiger B.

b) Derjenige, bei dem grundsätzlich die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, darf keinen Schaden erleiden.

Das ist der Fall bei K. Bei ihm liegen alle Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB vor, es fehlt ihm jedoch ein Schaden.

Hinweis: Nach dem Schaden, der K durch den Verlust des Provisionsanspruchs entsteht, ist nicht gefragt (s.o.).

c) Des Weiteren muss die **Schadensverlagerung aus Sicht des Schädigers zufällig** erfolgen. Für dieses Kriterium existieren drei Fallgruppen: (1) die mittelbare Stellvertretung, (2) die obligatorische Gefahrentlastung (häufig beim Versendungskauf) sowie (3) die Fälle der Obhut für fremde Sachen.

Hinweis: Bisweilen wird die Treuhand als vierte Fallgruppe genannt, wobei allerdings darauf hinzuweisen ist, dass die mittelbare Stellvertretung bei richtiger Betrachtung letztlich nur ein Weg zur Begründung eines Treuhandverhältnisses im Sinne einer Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung ist.

Die Kommission ist der Standardfall der **mittelbaren Stellvertretung**. Die Schadensverlagerung ist in diesem Fall für den Schädiger wegen der durch das Innenverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittent erfolgenden Gefahrverlagerung zufällig. Durch das Handeln für fremde Rechnung werden die Geschäftsrisiken an den Hintermann – den Kommittenten – weitergegeben. Auf diese Weitergabe hat der Dritte keinen Einfluss, sodass insoweit eine zufällige Schadensverlagerung gegeben ist. Der Schädiger soll sich nicht auf Umstände berufen können, die außerhalb seines Einwirkungsbereichs liegen.

Da im Verhältnis zwischen R und K ein solches Kommissionsverhältnis besteht, ist auch die dritte Voraussetzung der Drittschadensliquidation, die Zufälligkeit der Schadensverlagerung, erfüllt.

d) Wie oben bereits erwähnt, besteht die Folge der Drittschadensliquidation darin, dass der Schaden zum Anspruch „gezogen“ wird und somit ein vollständiger Anspruch in der Person desjenigen entsteht, bei dem bis auf den Schaden alle Anspruchsvoraussetzungen gegeben waren. Folglich wäre K nun Inhaber eines kompletten Anspruchs i.H.v. € 5.000.

2. Lehre vom normativen Schaden

Teilweise wird die Notwendigkeit der Drittschadensliquidation aber mit einer anderen Konstruktion bestritten. Nach der Lehre vom normativen Schaden ist durchaus ein eigener, nach wertenden Gesichtspunkten zu bestimmender Schaden des Vertragspartners – hier K – anzuerkennen, weil die zufällige Möglichkeit der Gefahrverlagerung auf einen Dritten den Schädiger nicht befreien soll. Die Lehre vom normativen Schaden orientiert sich dabei an den Grundsätzen des versagten Vorteilsausgleichs im Schadensrecht, denen zufolge es einen Schädiger nicht entlastet, wenn der Geschädigte gegen die Schadensentstehung versichert ist, er also die Schadensfolgen auf die Versicherung abwälzen kann. In gleicher Weise soll die obligatorische Gefahrentlastung zwischen dem Rechtsträger und dem wirtschaftlich geschädigten Hintermann im Verhältnis zwischen Schädiger und Rechtsträger unerheblich sein. Der Rechtsträger könne – ebenso wie der versicherte Geschädigte – trotz der Gefahrentlastung den Schaden ersetzt verlangen.

Die Folge dieser Ansicht ist, dass ein eigener Schaden in der Person desjenigen konstruiert wird, der strenggenommen gar keinen Schaden hat. Aufgrund eines gegebenen Eigenschadens dieser Person bedürfe es keiner Drittschadensliquidation.¹³⁹

Allerdings führt die Idee des versagten Vorteilsausgleichs nicht zum Ersatz des Drittschadens, sondern eben nur zur Annahme eines eigenen, normativ bestimmten Schadens beim Anspruchsinhaber. Dieser braucht mit dem Drittschaden insbesondere dann nicht identisch zu sein, wenn nur der Dritte eine lukrative Weiterveräußerungsmöglichkeit hat, die der Anspruchsinhaber selbst nicht gehabt hätte.¹⁴⁰ Nach der Lehre vom normativen Schaden wäre also im Gegensatz zur Drittschadensliquidation nicht der entgangene Gewinn des Dritten – hier R – zu ersetzen. Vielmehr wäre nur der in der Person des Anspruchsinhabers – hier K – zu bemessende normative Schaden ersatzfähig, der letztlich an demjenigen Betrag zu orientieren ist, zu dem K selbst die Sache hätte veräußern können. Der dem K potentiell entgangene Gewinn läge jedoch deutlich unterhalb des geforderten Betrags von € 5.000, weil er keinen Abnehmer für das Bild gehabt hätte, der € 10.000 zu zahlen bereit gewesen wäre.

Diese Ansicht ist allerdings zum einen deshalb abzulehnen, weil der normative Schadensbegriff schon in seinen Konturen unklar ist.¹⁴¹ Zum anderen kommt in § 392 II HGB die gesetzliche Wertung zum Ausdruck, dass das Ausführungsgeschäft wirtschaftlich dem Hintermann (Kommittenten) zuzurechnen ist. Hat dieser jedoch die Risiken und Gefahren des Ausführungsgeschäfts zu tragen, sollte umgekehrt auch bei der Schadensbestimmung auf den Hintermann – den Kommittenten – abgestellt und kein Eigenschaden des Kommissionärs konstruiert werden.¹⁴²

3. Einschränkung bei entgangenem Gewinn des Kommittenten?

Selbst wenn man aber grundsätzlich dem Kommissionär gestattet, den Schaden des Kommittenten zu liquidieren, bleibt doch zu prüfen, ob dies auch im hier vorliegenden speziellen Fall des entgangenen Gewinns des Kommittenten der Fall ist.

¹³⁹ Hagen, JuS 1970, 442, 444; Büdenbender, JZ 1995, 920, 927.

¹⁴⁰ Vgl. dazu Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 397f. m.w.N.

¹⁴¹ Zum normativen Schadensbegriff vgl. MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 23.

¹⁴² So für die Fälle deliktischer Schädigung eines für fremde Rechnung gehaltenen Rechtsguts Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 394 ff. (insbesondere S. 399 ff.).

a) Teilweise wird vertreten, der Schädiger könne ein solches Risiko nicht kalkulieren, weshalb individuelle Schadensposten des Geschäftsherrn nicht ersatzfähig seien.¹⁴³ Da der entgangene Gewinn von R ein solcher individueller Schadensposten ist, könnte K – im Ergebnis ähnlich wie bei der Lehre vom normativen Schaden – den entgangenen Gewinn der R nicht liquidieren, da insoweit für B keine Erkennbarkeit gegeben war.

b) Die h.M. will hingegen auch den entgangenen Gewinn des Geschäftsherrn ersetzen.¹⁴⁴ Die Erkennbarkeit der Schadenshöhe sei ohnehin nicht ausschlaggebend für die Zurechnung eines Schadens. Weiterhin verdiene der Dritte auch keinen Vertrauensschutz, solange der Schaden des Hintermanns sich in den Grenzen der Adäquanz halte. Ferner sei zu beachten, dass der durch eine Schadensverlagerung entstehende Schaden auch geringer sein könne, was aber auf jeden Fall dem Schädiger zugutekomme. Deshalb sei es im umgekehrten Fall gerechtfertigt, auch einen entgangenen Gewinn des Geschädigten vom Schädiger ersetzt verlangen zu können.

Nach dieser Ansicht kann K den Schaden von R bei B liquidieren.

c) Für die zuletzt genannte Ansicht der h.M. spricht zum einen die Überlegung, dass die Drittschadensliquidation gerade aufgrund des Interesses des Dritten gewährt wird und deshalb auch der entgangene Gewinn ersatzfähig sein muss. Weiterhin soll sich der Schädiger nicht mit einem Hinweis auf die Gefahrverlagerung im Innenverhältnis entlasten können, denn der entgangene Gewinn hätte ebenso gut bei seinem Vertragspartner eintreten können. Er wird demnach nicht mit unvorhersehbaren Risiken konfrontiert. Somit ist die h.M. vorzugswürdig und K kann den entgangenen Gewinn von R liquidieren.

4. Pflicht zur Abtretung des Schadensersatzanspruchs an den Kommittenten

Im Ergebnis wird also der Schaden zum Anspruch „gezogen“. K hat damit einen kompletten Anspruch, den er an R abtreten muss, wobei als Anspruchsgrundlage § 384 II Hs. 2 HGB in Betracht kommt. Auch wenn diese Vorschrift aufgrund der bestehenden Regelung in §§ 667, 675 BGB nicht zwingend erforderlich ist,¹⁴⁵ so sollte doch aufgrund des expliziten Zuschnitts auf Kommissionsgeschäfte von Spezialität ausgegangen werden. Der Kommissionär ist nach dieser Vorschrift verpflichtet, alles herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Dazu zählen sowohl Schadensersatzansprüche gegen Dritte als auch erlangte Surrogate.¹⁴⁶ Folglich muss K seinen Schadensersatzanspruch an R abtreten, oder aber er muss R ermächtigen, diesen Anspruch in gewillkürter Prozessstandschaft für sich (K) einzuklagen. Das eigene schutzwürdige Interesse von R besteht darin, dass sie ansonsten auf dem Schaden sitzen bliebe.

V. Ergebnis

K hat einen Anspruch auf € 5.000 gegen B aus §§ 280 I, III, 283 BGB i.V.m. den Grundsätzen der Drittschadensliquidation.

¹⁴³ Peters, AcP 180 (1980), 329, 352 ff.

¹⁴⁴ Medicus/Petersen, Rn. 838; Staudinger/Höpfner (2021), Vor § 249 Rn. 70; nunmehr auch MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 298.

¹⁴⁵ K. Schmidt, HandelsR, § 31 Rn. 65 (S. 1022).

¹⁴⁶ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Füller, § 384 Rn. 33; vgl. auch MüKoHGB/Häuser, § 384 Rn. 83 ff.