

Fälle zum Handelsrecht

Lettl

5., neu bearbeitete Auflage 2021
ISBN 978-3-406-77186-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

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 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 12.000 EUR an U herausgeben und übereignen. 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 iHv 10.000 EUR gegen D, nachdem die ur- 7
sprüngliche Forderung iHv 12.000 EUR durch Barzahlung von 2.000 EUR in dieser Höhe nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen ist. Die Forderung iHv 10.000 EUR gegen D müsste K an U „herausgeben“, dh 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.

Zum Schutze des Kommittenten ordnet § 392 Abs. 2 HGB an, dass Forderungen 9
des Kommissionärs gegen Dritte aus Ausführungsgeschäften schon vor der Abtretung an den Kommittenten im Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissio-

när oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Die Forderung gilt danach im Innenverhältnis sogleich als Forderung des Kommittenten. Verfügungen über diese Forderung zugunsten der Gläubiger des Kommissionärs braucht der Kommittent nicht gegen sich gelten zu lassen. Hier hat K aus dem Ausführungsgeschäft eine Kaufpreisforderung gegen D zunächst iHv 12.000 EUR. Abzüglich der Barzahlung von 2.000 EUR besteht diese Forderung des K iHv 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 Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben.⁵ 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).⁶ Andernfalls würde der Gläubiger des Kommissionärs durch Rechtsgeschäft erhalten, was er durch Zwangsvollstreckung gerade nicht soll erlangen können.⁷ 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 iHv 1.000 EUR und einem früheren Geschäft mit K zustehenden Forderung iHv 9.000 EUR auf. Ist diese Aufrechnung wirksam, kommt insoweit eine Abtretung der Forderung (K gegen D iHv 10.000 EUR) von K an U nicht in Betracht. Denn die Forderung ist dann nach § 389 BGB erloschen, sodass ihre Abtretung unmöglich iSd § 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 rechtlichen 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).

⁵ BGHZ 104, 123 (127).

⁶ RGZ 148, 190 (191); BGHZ 104, 123 (127); BGH WM 1959, 1004 (1007); Baumbach/Hopt/*Kumpan* HGB § 392 Rn. 10.

⁷ *Canaris* HandelsR § 30 Rn. 75.

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 (zB § 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.⁸ Dies gilt auch dann, wenn der Dritte weiß, dass die andere Vertragspartei in Kommission handelt; § 390 BGB bezieht sich nämlich nur auf die Gegenforderung.⁹ 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 zulasten 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 zulasten 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 iHv 1.000 EUR zu und rechnet D mit dieser Forderung gegen die Kaufpreisforderung des K aus dem Ausführungsgeschäft iHv 12.000 EUR auf, greift diese Aufrechnung des D durch, sodass K gegen D (ohne Berücksichtigung der Barzahlung iHv 2.000 EUR) nur noch ein Zahlungsanspruch iHv 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 iVm § 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 S. 1 Alt. 2 BGB in Betracht.

bb) Rechtslage bei Aufrechnung mit inkonnexer Forderung

Die Aufrechnung des D gegenüber K iHv 9.000 EUR betrifft eine inkonnexe Forderung. Ob § 392 Abs. 2 HGB auch für inkonnexe Forderungen gilt, ist umstritten.

⁸ BGH NJW 1969, 276 (277); Baumbach/Hopt/Kumpan HGB § 392 Rn. 12.

⁹ BGH NJW 1969, 276 (277).

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

- 14 Ein Teil des Schrifttums¹⁰ 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 iHv 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.¹¹ 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.¹² Hinzu kommt, dass eine Ausnahmevorschrift 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 iHv 9.000 EUR nach § 389 BGB erlischt. U hat gegen K lediglich einen Anspruch nach § 285 iVm § 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 S. 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 (zB 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 Kommissionär und Kommittent voraussetzt.¹³ 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

- 17 Das wichtigste Recht des Kommissionärs ist der Provisionsanspruch, wenn „das Geschäft zur Ausführung gekommen ist“ (§ 396 Abs. 1 HGB). Dieser Anspruch ent-

¹⁰ K. Schmidt HandelsR § 31 VI 4b.

¹¹ BGH NJW 1969, 276 (277); Staub/Koller HGB § 392 Rn. 20; Baumbach/Hopt/Kumpan HGB § 392 Rn. 5; KKRD/Roth HGB § 392 Rn. 6; Canaris HandelsR § 30 Rn. 78.

¹² Canaris HandelsR § 30 Rn. 78.

¹³ K. Schmidt HandelsR § 31 V 2b.

steht 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 iHv 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 iSd § 670 BGB sind freiwillige Vermögensopfer, die der Kommissionär zum Abschluss oder zur Durchführung des Ausführungsgeschäfts erbringt (zB 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 iVm §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 1 BGB

1. Kaufvertrag iSd § 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 iSd § 433 BGB über das Gemälde zustande gekommen.

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

Da das Gemälde trotz Echtheitsgarantie des V eine Fälschung ist, könnte ein Sachmangel iSd § 434 Abs. 1 S. 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 aufgrund der Echtheitsgarantie vereinbart ist, fehlt hier. Das Gemälde ist daher sachmangelhaft iSd § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.

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

Der Sachmangel liegt zum Zeitpunkt der Übergabe des Gemäldes iSd § 446 S. 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 iSd § 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 iSd § 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 S. 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 iSd § 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. Kommt der Dritte seinen Leistungspflichten schuldhaft nicht oder nicht ordnungsgemäß nach (Unmöglichkeit, Verzug, sonstige Pflichtverletzung), könnte an sich nur der Kommissionär Ansprüche und Rechte geltend machen. Ein Schaden tritt jedoch bei ihm nicht ein, da er für fremde Rechnung handelt. Er selbst erleidet keinen Schaden, da er lediglich das Gemälde an den Kommittenten weiterzugeben hat (§ 677 BGB) und der Kommittent gegen ihn keine Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Der Kommissionär behält seinen Aufwendungsersatzanspruch (§§ 670, 675 Abs. 1 BGB, § 396 Abs. 2 HGB) und verliert allenfalls seinen Provisionsanspruch.

bb) Schaden des U

- 28 U erleidet einen Schaden, da er dem K den an V bezahlten Kaufpreis iHv 300.000 EUR nach §§ 675 Abs. 1, 670 BGB zu ersetzen hat und dafür lediglich ein Gemälde mit einem Verkehrswert von 10.000 EUR als Gegenleistung erhält.

Außerdem hätte U das Gemälde an E zu einem Preis von 350.000 EUR weiterverkaufen können, sodass ihm ein Gewinn iHv 50.000 EUR entgeht. Der einen Schaden erleidende Kommittent U hingegen steht mit V nicht in vertraglichen Beziehungen, sodass ihm von vornherein kein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 iVm § 437 Nr. 3 BGB gegen V zusteht. Auch ein Anspruch von U gegen V nach § 823 Abs. 1 BGB besteht nicht.

cc) Rechtsfolge bei Auseinanderfallen von Anspruch und Schaden

Da aufgrund des Kommissionsgeschäfts Anspruch und Schaden auseinanderfallen (Schadensverlagerung), der Schädiger daraus aber keinen Vorteil soll ziehen dürfen, darf der Kommissionär den Schaden des Kommittenten in eigenem Namen im Wege der Drittschadensliquidation (allerdings nicht gegen den Willen des Kommittenten) geltend machen. Der Schaden des Kommittenten ist daher zur Anspruchsgrundlage des Kommissionärs zu ziehen. Dies gilt auch dann, wenn der Dritte beim Vertragsschluss nicht wusste, dass der Kommissionär auf fremde Rechnung handelt. Der Kommissionär muss den Anspruch gegen den Dritten an den Kommittenten aufgrund vertraglicher Nebenpflicht entsprechend §§ 255, 285 BGB abtreten. 29

dd) Schadensumfang bei Drittschadensliquidation

Im Hinblick auf die Berechnung des Schadens stellt sich die Frage, ob der Kommissionär nur den Schaden geltend machen darf, der ihm selbst (bei Handeln auf eigene Rechnung) ohne Schadensverlagerung entstanden wäre, oder ob er den Schaden geltend machen darf, der dem Kommittenten entstanden ist. Lediglich in letzterem Fall ist auch der entgangene Gewinn des Kommittenten zu berücksichtigen. Kann daher U das Gemälde mit einem Gewinn von 50.000 EUR weiterveräußern, könnte daher auch dieser Betrag ein ersatzfähiger, von K im Wege der Drittschadensliquidation geltend zu machender Schaden sein. 30

(1) Ansatz 1

Nach einer Auffassung¹⁴ darf der Kommissionär den Schaden geltend machen, der dem Kommittenten entstanden ist, selbst wenn es sich um atypische Schäden handelt. Denn der Schädiger könne sich niemals sicher sein, dass der Schaden der anderen Vertragspartei bestimmte Grenzen nicht überschreite. Auf die Erkennbarkeit für den Schuldner komme es nicht an. Danach darf der Kommissionär das konkrete Interesse des Kommittenten, also auch dessen entgangenen Gewinn, gegenüber dem Schädiger geltend machen. Danach wäre der Schadensersatzanspruch des K gegen V hier auf Zahlung von 350.000 EUR gerichtet (= 300.000 EUR als Kaufpreis + 50.000 EUR als entgangener Gewinn des U), Zug um Zug gegen Rückgabe des Gemäldes (großer Schadensersatz). K könnte auch das Gemälde behalten und von V Zahlung iHv 340.000 EUR verlangen (kleiner Schadensersatz). Darauf ist das Rechtsschutzinteresses des K aber hier nicht gerichtet, da er das Gemälde zurückgeben möchte. 31

(2) Ansatz 2

Nach anderer Ansicht¹⁵ ergibt sich hingegen aus der bloßen Tatsache der internen Schadensverlagerung nicht, dass der Schädiger den Schaden des Kommittenten er- 32

¹⁴ So zB MüKoBGB/Oetker BGB § 249 Rn. 298; Baumbach/Hopt/Kumpan HGB § 383 Rn. 21; *Canaris* HandelsR § 30 Rn. 85 f.

¹⁵ *Peters* AcP 180 (1980), 329 (351 ff.); *Steding* JuS 1983, 29 f.; *Strauch* JuS 1982, 823 (825).

setzen müsse. Die Tatsache der internen Schadensverlagerung liege nämlich allein in der Sphäre des Kommittenten und dürfe sich deshalb nicht zulasten des Schädigers auswirken. Danach sei der Schadensersatzanspruch des K gegen V hier lediglich auf Zahlung von 300.000 EUR Zug um Zug gegen Rückgabe des Gemäldes gerichtet.

6. Stellungnahme und Ergebnis

- 33** Die Begründung von Ansatz 1 überzeugt, weil der Schädiger näher dran ist, den tatsächlich (beim Hintermann) entstandenen Schaden in vollem Umfang zu ersetzen. K kann daher von V Zahlung von 350.000 EUR Zug um Zug gegen Rückgabe des Gemäldes nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 iVm §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 434 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen. (Ein solcher Anspruch ergibt sich auch aus § 346 Abs. 1 iVm §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 Abs. 1 S. 1 BGB, dessen Voraussetzungen nach § 323 BGB hier erfüllt sind.)