

Handelsrecht

mit UN-Kaufrecht

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Georg Bitter, und Dr. Florian Schumacher, Rechtsanwalt

3. Auflage 2018. Buch. XIX, 346 S. Mit zusätzlichen Fällen und Lösungen zum Download. Kartoniert

ISBN 978 3 8006 5779 7

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 FACHBUCHHANDLUNG

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

mittent so bei drohender Zahlungsunfähigkeit des Dritten bessergestellt werde, weil anstelle der „schlechten“ (weil höchstwahrscheinlich nicht werthaltigen) Forderung gegen den Dritten eine „gute“ Forderung gegen den Kommissionär in derselben Höhe aus §§ 280 I, III, 283 BGB trete.

Ein großer Teil der Literatur⁵⁶⁷ und wohl auch der *BGH*⁵⁶⁸ 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.⁵⁶⁹ Nach dieser Ansicht wäre die Gegenseitigkeit der Forderungen, da wirtschaftlich zu bestimmen, zu verneinen.

Ausschlaggebend ist der dem § 392 II HGB immanente Kommittentenschutz, weshalb entgegen der h.L. eine Aufrechnung durch den Kommissionär nicht möglich ist. § 392 II HGB zeigt, dass der Kommittent geschützt werden soll. Dem widerspricht es, dass der Kommissionär die dem Kommittenten wirtschaftlich zugeordnete Forderung ganz oder teilweise durch Aufrechnung zum Erlöschen bringen kann. Wenn davon in Fällen der Aufrechnung durch den Dritten Ausnahmen gemacht werden (→ Rn. 118 f.), so bedeutet das keine Abkehr von diesem Gedanken, sondern ist durch höherwertige Interessen des Dritten gerechtfertigt. 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.

⇒ Fall Nr. 43 – Kommode in Kommission

g) Auswirkungen des § 392 II HGB auf Verfügungen des Kommissionärs

Ebenso wie § 392 II HGB Meinungsverschiedenheiten bei den Aufrechnungskonstellationen hervorruft, wirkt er auf die Diskussion um sonstige Verfügungen des Kommissionärs ein. In der Regel handelt es sich dabei um die Abtretung der Forderung gegen den Dritten an einen Gläubiger des Kommissionärs.

Die Rechtsprechung⁵⁷⁰ geht von der **relativen Unwirksamkeit** einer solchen Abtretung aus. Der Grund für die Unwirksamkeit der Abtretung liege darin, dass der Kommittent einer Pfändung der Forderung durch den Gläubiger mit einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO widersprechen könnte (→ Rn. 114). Dann müsse der Kommittent auch eine Abtretung nicht gegen sich gelten lassen. Die in der Literatur herrschende Meinung⁵⁷¹ folgt dieser Ansicht. Sie formuliert das Argument aber teilweise ein wenig anders: Der Gläubiger des Kommissionärs solle nicht im Wege einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung erlangen, was ihm im Wege der Zwangsvollstreckung verwehrt bliebe. Daraus folgt nach dieser teilweise vertretenen Ansicht eine weitere Konsequenz, zu der sich die Rechtsprechung bislang nicht geäußert hat: Die Abtretung sei nur dann unwirksam, wenn der Gläubiger bereits **vor der Abtretung Gläubiger des Kommissionärs** war.⁵⁷² So könne bei einem Neugeschäft mit einem Dritten (beispielsweise einem Forderungskauf) die Forderung

⁵⁶⁷ 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.

⁵⁶⁸ BGH NJW 1969, 276; siehe dazu die Analyse bei Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 479 ff.

⁵⁶⁹ Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 483 ff., insbesondere S. 489.

⁵⁷⁰ BGHZ 104, 123 = NJW 1988, 3203, 3204; BGH NJW 1959, 1678 (LS).

⁵⁷¹ Canaris, HandelsR., § 30 Rn. 75 f. (S. 474 f.); Baumbach/Hopt/Hopt, § 392 Rn. 10; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Krüger, § 392 Rn. 10; MüKoHGB/Häuser, § 392 Rn. 18 ff.

⁵⁷² Canaris, HandelsR., § 30 Rn. 75 f. (S. 474 f.); MüKoHGB/Häuser, § 392 Rn. 18.

wirksam erworben werden, denn eine Gläubigerstellung sei zuvor nicht gegeben gewesen.

125 Eine abweichende Meinung in der Literatur⁵⁷³ hingegen will aus § 392 II HGB dem Kommittenten **Schutz gegen alle treuwidrigen Verfügungen** gewähren. Der Kommittent sei als wirtschaftlicher Forderungsinhaber schutzwürdig und die Beschränkung der Unwirksamkeit durch die herrschende Meinung auf Fälle der Abtretung an Altgläubiger sei nicht überzeugend. Es werde übersehen, dass der Dritte beim Beispiel des Forderungskaufs zum Zeitpunkt der Erfüllung bereits Gläubiger des Kommissionärs sei. Durch den Abschluss des Kaufvertrages über die Forderung werde der Dritte ein Gläubiger des Kommissionärs, so dass bei Vornahme der Verfügung (= die Abtretung) § 392 II HGB Anwendung finde.⁵⁷⁴ Nur auf den Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Geschäfts abzustellen und danach zu entscheiden, ob es sich um einen Alt- oder Neugläubiger handele, überzeuge nicht. Weiterhin sei die Forderung dem Vermögen des Kommittenten wirtschaftlich zugeordnet, weshalb dieser einen Eingriff des Kommissionärs zur Tilgung von dessen Privatverbindlichkeiten nicht hinnehmen müsse.⁵⁷⁵

126 Die zuletzt genannte Ansicht erscheint deshalb vorzugswürdig, weil sie im Gegensatz zur in der Literatur herrschenden Meinung die Zufälligkeiten in Bezug auf Alt- oder Neugläubigereigenschaft vermeidet. Wie auch das Beispiel des Forderungskaufs zeigt, erfolgt die Einteilung in Alt- und Neugläubiger nach der herrschenden Meinung ohnehin nicht konsequent und ist daher abzulehnen. Weiterhin deutet der Wortlaut von § 392 II HGB die Unterscheidung nicht an. Vielmehr legt der den § 392 II HGB tragende Gedanke des Kommittentenschutzes es nahe, Letzteren unabhängig von der Eigenschaft als Alt- oder Neugläubiger zu gewähren.

h) Analogie zu § 392 II HGB bei Surrogaten?

127 Über § 392 II HGB i.V.m. § 771 ZPO kann der Kommittent verhindern, dass sich Gläubiger des Kommissionärs im Wege der Zwangsvollstreckung aus der Forderung gegen den Dritten befriedigen (→ Rn. 114). Umstritten ist, ob § 392 II HGB auch dann Anwendung findet, wenn die Forderung durch Erfüllung erloschen ist und an ihre Stelle ein sogenanntes Surrogat getreten ist. Bei der Verkaufskommission ist das Surrogat der Forderung in der Regel der bar bezahlte Kaufpreis des Dritten oder die von diesem veranlasste Kontogutschrift zugunsten des Kommissionärs. Das Surrogat der Forderung bei der Einkaufskommission sind die erworbenen Gegenstände. Selbstverständlich muss der Kommissionär die Surrogate an den Kommittenten herausgeben (§ 384 II Hs. 2 HGB; → Rn. 109). Aber in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob zugunsten des Kommittenten ein Vollstreckungsschutz besteht, wenn Gläubiger des Kommissionärs die Surrogate pfänden wollen.

128 Aus der Tatsache, dass sich der Wortlaut von § 392 II HGB nur auf *Forderungen* erstreckt, ziehen die Rechtsprechung und Teile der Literatur den Schluss, dass § 392 II HGB nicht analog auf das Surrogat anzuwenden sei.⁵⁷⁶ Die mittlerweile herrschende Lehre⁵⁷⁷ will § 392 II HGB analog auf das Surrogat anwenden, solange

⁵⁷³ Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 487 ff.

⁵⁷⁴ Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 488.

⁵⁷⁵ Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 488.

⁵⁷⁶ BGH NJW 1981, 918, 919; MüKoHGB/Häuser, § 392 Rn. 43, 45.

⁵⁷⁷ Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 191 ff.; Baumbach/Hopt/Hopt, § 392 Rn. 7; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, § 392 Rn. 5; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Füller, § 392 Rn. 6 f.; K. Schmidt, HandelsR, § 31 Rn. 138 ff. (S. 1050 ff.); Canaris, HandelsR, § 30 Rn. 81 ff. (S. 476 ff.).

dieses unterscheidbar im Vermögen des Kommissionärs vorhanden ist. Zum einen sei nicht einzusehen, warum ein Gläubiger des Kommissionärs, der vor dem Einzug der Forderung vollstreckt, anders behandelt werden soll als der, der nach dem Einzug der Forderung vollstreckt. Die Zufälligkeit des Zeitpunkts könne nicht ausschlaggebend sein für den Erfolg der Vollstreckung. Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass ein ausdrücklicher Schutz für Surrogate während des Gesetzgebungsverfahrens zum ADHGB⁵⁷⁸ zunächst vorgesehen war und er später allein aufgrund gesetzgeberischer Zufälligkeiten nicht ins Gesetz aufgenommen wurde; die dadurch entstandene Lücke könne durch eine Analogie zu § 392 II HGB geschlossen werden.⁵⁷⁹ Schließlich seien auch die transportrechtlichen Vorschriften der §§ 422 II, 457 S. 2 HGB, die beide ausdrücklich das Surrogat mit einbeziehen, dem Rechtsgedanken des § 392 II HGB nachgebildet, sodass letztere Vorschrift auch auf Surrogate anwendbar sei.⁵⁸⁰

Letztlich ist die Analogie zu § 392 II HGB vorzugswürdig, weil sie logische Brüche vermeidet. Die Gegenmeinung macht im Hinblick auf den fehlenden Schutz der Surrogate ohnehin nicht ernst, weil sie Hilfskonstruktionen zum Eigentumserwerb des Kommittenten bei der Einkaufskommission entwickelt hat, mit denen die Folgen der Ablehnung einer Analogie zu § 392 II HGB faktisch umgangen werden (→ Rn. 130). 129

⇒ Fall Nr. 42 – Halskette II

i) Der Eigentumserwerb bei der Einkaufskommission

Wie bereits angesprochen, wird der Kommissionär Vertragspartner des Dritten 130 (→ Rn. 104). Bei Vornahme des dinglichen Geschäfts wird grundsätzlich der Kommissionär Eigentümer der gekauften Sache, denn er erklärt auch die dingliche Einigung im eigenen Namen. Er ist dann verpflichtet, im Rahmen seiner Herausgabepflicht aus § 384 II Hs. 2 HGB dem Kommittenten das Eigentum zu übertragen (→ Rn. 109). Da die Rechtsprechung und Teile der Literatur § 392 II HGB nicht analog auf Surrogate anwenden wollen (→ Rn. 128), besteht ein Bedürfnis dafür, den Kommittenten möglichst schnell zum Eigentümer der Sache werden zu lassen. Erst wenn er Eigentümer ist, kann er nach § 771 ZPO gegen eine Zwangsvollstreckung durch Gläubiger des Kommissionärs vorgehen und genießt er nach § 47 InsO i.V.m. § 985 BGB Schutz in der Insolvenz des Kommissionärs.

Die Weiterübertragung des Eigentums beim Erwerb durch mittelbare Stellvertretung (mit Durchgangserwerb des Kommissionärs) kann nach § 929 BGB durch Einigung und Übergabe erfolgen, oder aber die Übergabe wird durch Vereinbarung eines Besitzkonstituts ersetzt (§ 930 BGB). Die Einigung und das Besitzkonstitut können im Rahmen der Übereignung nach §§ 929, 930 BGB auch antizipiert (= im Voraus erklärt) werden, was zur Folge hat, dass der Durchgangserwerb beim Kommissionär nur eine logische Sekunde dauert. Umstritten ist bei der Übereignung nach §§ 929, 930 BGB – unabhängig davon, ob eine antizipierte oder später erklärte Einigung gegeben ist –, ob es eines nach außen erkennbaren Aktes bedarf, der die Übereignung kenntlich macht.⁵⁸¹ Dies könnte beispielsweise durch gesonderte Lagerung der Ware oder besondere Kennzeichnung geschehen. Richtigerweise wird man 131

⁵⁷⁸ Zur Historie → § 1 Rn. 9.

⁵⁷⁹ Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 198 ff.

⁵⁸⁰ Canaris, HandelsR, § 30 Rn. 83 (S. 477 f.) unter Hinweis auf BT-Drs. 13/8445, S. 56.

⁵⁸¹ Für einen nach außen erkennbaren Akt: Canaris, HandelsR, § 30 Rn. 67 (S. 472); Baumbach/Hopt/Hopt, § 383 Rn. 26.

wohl auf den äußerlich erkennbaren Akt verzichten können, denn §§ 929, 930 BGB verlangen gerade keinen nach außen erkennbaren Publizitätsakt. Warum für Kommissionsgeschäfte etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich. Eher wird man darauf abstellen müssen, ob der Gegenstand individualisierbar ist.⁵⁸²

132 Der unmittelbare Eigentumserwerb des Kommittenten (ohne Durchgangserwerb des Kommissionärs) ist im Wege eines dinglichen Geschäfts für den, den es angeht, möglich.⁵⁸³ Die h.M.⁵⁸⁴ will das Geschäft für den, den es angeht, nur für Bargeschäfte des täglichen Lebens zulassen, da dieser Grundsatz eine Ausnahme zum Offenkundigkeitsprinzip darstellt. Häufig sind Ausführungsgeschäfte im Rahmen der Kommission aber keine Bargeschäfte des täglichen Lebens. Die Begrenzung der h.M. überzeugt jedoch – wie im Lern- und Fallbuch zum BGB AT näher dargelegt – allenfalls für das schuldrechtliche Geschäft für den, den es angeht.⁵⁸⁵ Für das dingliche Geschäft für den, den es angeht, kann es – entgegen der h.M. – nicht auf den Bargeschäftscharakter ankommen. Der Veräußerer kann nämlich ohnehin nicht verhindern, dass der Erwerber das Eigentum nach dem Erwerb auf einen Dritten überträgt.⁵⁸⁶ Dann kann er auch kein Interesse daran haben, dass ein Direkterwerb des Dritten unterbleibt.

133 Die Konstruktionen zum Eigentumsübergang bei der Einkaufskommission zeigen deutlich, dass das Schutzbedürfnis des Kommittenten anerkannt wird. Allerdings wird auch klar, dass sich die h.M. letztlich wertungsmäßig widerspricht. Die beschränkte Rechtsfolge, nämlich die bloß wirtschaftliche Zuordnung des Surrogats zum Vermögen des Kommittenten durch analoge Anwendung des § 392 II HGB, lehnt sie ab (→ Rn. 128). Indem sie aber den Kommittenten möglichst schnell zum Eigentümer machen will – gleichgültig auf welchem Wege – erkennt sie sogar eine weitergehende Rechtsfolge an.⁵⁸⁷ In der Klausur und in der Rechtspraxis muss die Frage nach dem genauen Eigentumsübergang in der Regel nicht geklärt werden, wenn § 392 II HGB analog angewandt wird. Die besseren Argumente sprechen aber für einen direkten Erwerb durch den Kommittenten mittels eines dinglichen Geschäfts für den, den es angeht, vorausgesetzt der Kommissionär hat den hierfür erforderlichen Vertreterwillen.⁵⁸⁸

⇒ Fall Nr. 44 – Bild in Flammen

k) Besonderheiten im Schadensrecht

134 Lehnt man den Direkterwerb des Kommittenten bei der Einkaufskommission ab, weil man den Anwendungsbereich für ein dingliches Geschäft für den, den es angeht, enger als hier vertreten zieht oder weil im konkreten Fall der Vertreterwille des Kommissionärs nicht vorhanden ist, wird der Kommissionär (zunächst) formalrechtlich Eigentümer des erworbenen Gutes, während es wirtschaftlich dem Kommittenten gehört. Die dadurch begründete, auch von anderen Treuhandverhältnissen bekannte Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung bringt bei einer Beschädigung des Treuguts durch Dritte Besonderheiten auch im Schadensrecht mit

⁵⁸² So auch *K. Schmidt*, HandelsR., § 31 Rn. 117 (S. 1041 f.); *Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth*, § 383 Rn. 20.

⁵⁸³ Dazu allgemein *Bitter/Röder*, BGB AT, § 10 Rn. 45 ff.

⁵⁸⁴ BGHZ 154, 276, 279 = NJW-RR 2003, 921, 922; *MüKoBGB/Schubert*, § 164 Rn. 132 ff.

⁵⁸⁵ Dazu *Bitter/Röder*, BGB AT, § 10 Rn. 41 ff.

⁵⁸⁶ *Bitter/Röder*, BGB AT, § 10 Rn. 45 ff.; *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 238 ff.

⁵⁸⁷ *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 221 ff.

⁵⁸⁸ Siehe erneut *Bitter/Röder*, BGB AT, § 10 Rn. 45 ff.

sich, weil dann im Rahmen des § 823 I BGB zu entscheiden ist, ob es auf die formale Eigentümerstellung des Kommittenten oder die wirtschaftliche Zuordnung zum Kommittenten ankommt.⁵⁸⁹ Ferner stellt sich bei einer Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Vertragspartner des Ausführungsgeschäfts die Frage, ob der Kommissionär im Rahmen seiner nur ihm zustehenden vertraglichen Ansprüche auch einen Schaden geltend machen kann, der seinem Hintermann, dem Kommittenten, durch die unterbliebene, verspätete oder mangelhafte Lieferung entstanden ist. Diese im allgemeinen Schuldrecht unter dem Stichwort der sog. Drittschadensliquidation erörterten Probleme werden ebenfalls näher diskutiert in unserem

⇒ Fall Nr. 44 – Bild in Flammen

l) Bereicherungsrechtliche Besonderheiten bei Verfügungen über fremdes Gut

Schwierigkeiten macht das Handeln des Kommissionärs im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung auch im Bereicherungsrecht, wenn ein Verkaufskommissionär über fremdes, nicht dem Kommittenten gehörendes Gut verfügt. Erwirbt in diesem Fall der Partner des Ausführungsgeschäfts die Sache gutgläubig vom Kommissionär gemäß §§ 932 ff. BGB oder wegen seines guten Glaubens (nur) an die Verfügungsmacht gemäß § 366 HGB (→ § 7 Rn. 39 ff.), stellt sich die schwierige Folgefrage, von wem der Berechtigte gemäß § 816 I 1 BGB Herausgabe des Erlangten verlangen kann und ob insoweit zwischen der Provision, welche üblicherweise vom Verkaufserlös einbehalten wird, und dem Restkaufpreis zu unterscheiden ist.⁵⁹⁰ 135

Bei juristischer Betrachtung ist Verfügender i.S.v. § 816 I 1 BGB der Kommissionär, weil dieser ja beim Ausführungsgeschäft im eigenen Namen handelt und folglich Vertragspartner nicht nur des schuldrechtlichen Verpflichtungs-, sondern auch des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts ist (→ Rn. 104). Die mittelbare Stellvertretung unterscheidet sich insoweit von der unmittelbaren, bei welcher die Willenserklärung des Vertreters dem Vertretenen zugerechnet wird und folglich auch (nur) der Vertretene im Sinne des § 816 I 1 BGB verfügt. Da der Kommissionär als mittelbarer Stellvertreter selbst verfügt, wird er von einem Teil des Schrifttums im Rahmen des Bereicherungsausgleichs gegenüber dem Berechtigten als der Verpflichtete angesehen, zumal das „Erlangte“ im Sinne des § 816 I 1 BGB in der Befreiung von der Verbindlichkeit liege, die der Kommissionär selbst im eigenen Namen eingegangen sei. Werde der Kommissionär vom Berechtigten in Anspruch genommen, könne er aufgrund des zum Kommittenten bestehenden Geschäftsbesorgungsverhältnisses bei jenem Regress nehmen.⁵⁹¹ 136

Andere wollen die insbesondere in § 392 II HGB zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Zuordnung des Ausführungsgeschäfts zum Hintermann, dem Kommittenten, auch im Rahmen des § 816 I 1 BGB berücksichtigen. Das „Erlangte“ i.S.v. § 816 I 1 BGB sei die Forderung aus dem Ausführungsgeschäft und diese werde gemäß § 392 II HGB dem Kommittenten zugeordnet; eine Abtretung an den Berechtigten sei als treuwidrige Verfügung (→ Rn. 123 ff.) nicht einmal möglich. Deshalb richte sich der Anspruch aus § 816 I 1 BGB gegen den Kommittenten und nur gegen diesen; im Umfang erfasse er den vollen Erlös einschließlich der vom Kommissionär einbehaltenen Provision.⁵⁹² 137

⁵⁸⁹ Dazu eingehend *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 369 ff.

⁵⁹⁰ Dazu eingehend *K. Schmidt*, HandelsR, § 31 Rn. 106 ff. (S. 1036 ff.); *Canaris*, HandelsR, § 30 Rn. 89 ff. (S. 479 f.).

⁵⁹¹ In diesem Sinne *MüKoBGB/Schwab*, § 816 Rn. 11.

⁵⁹² So *Canaris*, HandelsR, § 30 Rn. 89 ff. (S. 90 f.).

138 Eine dritte Ansicht geht davon aus, dass der Kommissionär zwar grundsätzlich als Verfügender zur Herausgabe gemäß § 816 I 1 BGB verpflichtet, er aber nach der Weiterleitung des – nach Abzug seiner Provision verbleibenden – Restkaufpreises an den Kommittenten insoweit gemäß § 816 III BGB entreichert ist.⁵⁹³ Der Berechtigte könne dann aber auf den Kommittenten zugreifen, was entweder als „Durchgriff auf den hinter dem verfügenden Treuhänder stehenden Treugeber“⁵⁹⁴ oder in (entsprechender) Anwendung des § 822 BGB begründet wird.⁵⁹⁵ Die einbehaltene Provision soll der Kommissionär behalten dürfen, weil er insoweit gemäß §§ 397, 399 i.V.m. § 366 III HGB durch ein Pfand- und Befriedigungsrecht gesichert gewesen sei.⁵⁹⁶

3. Kommissionsagent

139 Der Kommissionsagentenvertrag ist gesetzlich nicht geregelt. Er verbindet Elemente des Kommissionsvertrages und des Handelsvertretervertrages. Wie der Verkaufskommissionär übernimmt es der Kommissionsagent, Produkte des Hauptunternehmers im eigenen Namen und für Rechnung des Hauptunternehmers zu verkaufen. Im Unterschied zum Kommissionär und entsprechend einem Handelsvertreter ist der Kommissionsagent mit dieser Aufgabe aber *ständig* betraut.

140 Im Außenverhältnis (Kommissionsagent – Dritter) findet § 392 HGB Anwendung; das Innenverhältnis (Kommittent – Kommissionsagent) unterliegt in erster Linie den kommissionsrechtlichen Vorschriften der §§ 383 ff. HGB.⁵⁹⁷ Wegen der ständigen Betrauung werden außerdem die Vorschriften über den Handelsvertretervertrag (§§ 84 ff. HGB) zum Teil analog angewendet. Die Anwendung oder Nichtanwendung richtet sich danach, ob die Norm gerade im Zusammenhang steht mit der Ständigkeit der Betrauung.⁵⁹⁸

140a Für den Kommissionsagenten ist vor allem die von der h.M.⁵⁹⁹ befürwortete **analoge Anwendung von § 89b HGB** von Bedeutung. Diese hat der I. Zivilsenat des BGH in einem Urteil aus dem Jahr 2016 mit dem Hinweis darauf bejaht, dass sich die erforderliche **Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms** (→ Rn. 95) beim Kommissionsagenten angesichts des geschäftsbesorgungsrechtlichen Charakters **bereits aus dem Gesetz** ergebe (§ 384 II HGB)⁶⁰⁰ und damit jenes Argument bemüht, das *Canaris* beim Vertragshändler *gegen* die Rechtsprechung anführt (→ Rn. 97). Den Umstand, dass es sich um ein anonymes Massengeschäft handelt (Sonderpostenhandel), hat der I. Zivilsenat zudem – exakt gegenteilig zum VIII. Zivilsenat des BGH im Franchiserecht (→ Rn. 102b) – als Argument *für* und nicht gegen die analoge Anwendung des § 89b HGB eingesetzt: Bei einem stationären Sonderpostenmarkt benötige der Hersteller oder Lieferant für eine Übernahme des Kundenstamms nicht in gleicher Weise wie beim Verkauf hochwertiger Wirtschaftsgüter den

⁵⁹³ OLG Hamburg MDR 1954, 356, 357; K. Schmidt, HandelsR, § 31 Rn. 111 (S. 1038); für Entreichering auch BGHZ 47, 128 = WM 1967, 394, weshalb die Frage nach dem „Verfügenden“ offen gelassen werden konnte.

⁵⁹⁴ So K. Schmidt, HandelsR, § 31 Rn. 115 (S. 1040).

⁵⁹⁵ So Baumbach/Hopt/Hopt, § 383 Rn. 23; siehe auch Oetker, HandelsR, § 9 Rn. 34.

⁵⁹⁶ OLG Hamburg MDR 1954, 356, 357 f.; im Ergebnis zustimmend K. Schmidt, HandelsR, § 31 Rn. 112 (S. 1039) m.w.N.

⁵⁹⁷ *Canaris*, HandelsR, § 16 Rn. 4 (S. 279).

⁵⁹⁸ MüKoHGB/Häuser, § 406 Rn. 24; *Canaris*, HandelsR, § 16 Rn. 6 (S. 280).

⁵⁹⁹ BGH ZIP 2017, 822, 825 ff. (Rn. 26 ff., insbes. Rn. 32 ff.); K. Schmidt, HandelsR, § 28 Rn. 45 ff. (S. 913 ff.); Baumbach/Hopt/Hopt, § 84 Rn. 19.

⁶⁰⁰ BGH ZIP 2017, 822, 825 f. (Rn. 37 f.).

Zugang zu vollständigen Kundendaten.⁶⁰¹ Dabei stellt der I. Zivilsenat ausdrücklich auf die *faktische Kontinuität des Kundenstamms* ab,⁶⁰² obwohl er zugleich betont, dass diese *im Verhältniss der Vertragsbändlerverhältnisse* nach der BGH-Rechtsprechung keine Analogie zu § 89b HGB rechtfertigt.⁶⁰³ In der Sache wird damit jene Rechtsprechungslinie in Zweifel gezogen.

Die Provision für den Kommissionsagenten bestimmt sich analog §§ 87 ff. HGB, 141 wobei insbesondere § 87 II, III HGB hervorzuheben sind. Die dort geregelten Provisionen sind Ausdruck der ständigen Betrauung des Handelsvertreters, weshalb sie sinngemäß auch auf den Kommissionsagenten anzuwenden sind. Im Gegenzug muss der Kommissionsagent sich aber bei Nichtausführung des Geschäfts auf § 87a III 2 HGB verweisen lassen und kann die Provision nicht nach der insoweit günstigeren Vorschrift des § 396 I 2 Hs. 2 HGB fordern.⁶⁰⁴ Die Ständigkeit der Betrauung rechtfertigt diesen Gedanken, da provisionsträchtige Geschäfte für die Zukunft zu erwarten sind und der Kommissionsagent Ausfälle darüber kompensieren kann. Ähnlich ist der Gedankengang beim Aufwendungsersatzanspruch, der sich nach § 87d HGB und nicht nach §§ 396 II HGB, 675 I, 670 BGB richtet. Der Kommissionsagent kann seine Lagerkosten besser kalkulieren und soll diese in seine Provisionsberechnung einfließen lassen.⁶⁰⁵

§ 10. Recht des grenzüberschreitenden Handelskaufs

Bei einem grenzüberschreitenden Handelskauf, also bei einem Handelskauf, bei dem 1 dem Verkäufer und Käufer ihren Sitz nicht in demselben Staat haben, stellt sich die Frage, welches Recht auf den Kaufvertrag zur Anwendung kommt.*

I. Grundlagen

In der Regel wollen die Parteien nicht, dass im Streitfall das Recht des Staats der 2 jeweils anderen Partei Anwendung findet. Viel leichter fällt es, sich auf einheitliche Regeln zu einigen, die sich aus internationalen Gepflogenheiten oder einer internationalen Rechtsordnung ergeben. Dem tragen die International Commercial Terms (Incoterms) der International Chamber of Commerce (ICC) und die United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Rechnung.

⁶⁰¹ BGH ZIP 2017, 822, 826 (Rn. 44).

⁶⁰² BGH ZIP 2017, 822, 826 (Rn. 43 a.E.).

⁶⁰³ BGH ZIP 2017, 822, 826 (Rn. 43 a.E.).

⁶⁰⁴ *Canaris*, HandelsR, § 16 Rn. 8 (S. 280).

⁶⁰⁵ *Canaris*, HandelsR, § 16 Rn. 8 (S. 280).

* Vom Recht des grenzüberschreitenden Handelskaufs werden in diesem Buch die International Commercial Terms (Incoterms) der International Chamber of Commerce (ICC) und die United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) behandelt. Vgl. zu den International Commercial Terms (Incoterms) etwa Baumbach/Hopt/Hopt, 2. Teil, Handelsrechtliche Nebengesetze, (6) Incoterms und andere Handelskaufklauseln; vgl. zur United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) insbesondere die Online-Datenbank www.cisg-online.ch, die sich vor allem bei der Rechtsprechungsrecherche als sehr hilfreich erweist. Soweit nachfolgend für zitierte Entscheidungen CISG-online Nummern angegeben werden, sind die Entscheidungen unter diesen Nummern in der Datenbank leicht zu finden.

1. International Commercial Terms (Incoterms)

- 3 Die Parteien eines grenzüberschreitenden Handelskaufs können die Anwendung fremden Rechts dadurch weitgehend ausschließen, dass sie eine Vielzahl von Rechtsfragen in dem Kaufvertrag individuell regeln, so dass der Rückgriff auf (irgendein) nationales Kaufrecht nur bei den wenigen nicht geregelten Rechtsfragen erforderlich und möglich ist. In der Praxis erfolgt die individuelle Regelung einzelner Rechtsfragen häufig durch Bezugnahme auf die International Commercial Terms (Incoterms) der International Chamber of Commerce (ICC). Dabei handelt es sich um einen **Katalog von Vertragsklauseln**, die aufgrund ihrer häufigen Verwendung in der Praxis von der International Chamber of Commerce (ICC) mit Auslegungserläuterungen versehen wurden. Dieser Klauselkatalog wurde von der International Chamber of Commerce (ICC) erstmals 1936 aufgestellt. Nach mehrmaliger Überarbeitung stammt die aktuelle Fassung aus dem Jahr 2010 (Incoterms 2010).⁶⁰⁶
- 4 Zu den Incoterms 2010 gehören die folgenden Vertragsklauseln:
- CFR cost and freight (= Kosten und Fracht)
 - CIF cost, insurance, freight (= Kosten, Versicherung, Fracht)
 - CIP carriage and insurance paid (= frachtfrei versichert)
 - CPT carriage paid to (= frachtfrei)
 - DAT delivered at terminal (= geliefert Terminal)
 - DAP delivered at place (= geliefert Ort)
 - DDP delivered duty paid (= geliefert verzollt)
 - EXW ex works (= ab Werk)
 - FAS free alongside ship (= frei Längsseite Schiff)
 - FCA free carrier (= frei Frachtführer)
 - FOB free on board (= frei an Bord)
- 5 Wird eine dieser Vertragsklauseln in einen Handelskaufvertrag aufgenommen, so gilt sie zwischen den Parteien mit dem Inhalt, der ihr durch die Auslegungserläuterungen der International Chamber of Commerce (ICC) verliehen wird, es sei denn, aus den Umständen des Einzelfalles ergibt sich im Wege der Vertragsauslegung, dass die Parteien der Klausel eine abweichende Bedeutung beimaßen.⁶⁰⁷

2. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – UN-Kaufrecht

- 6 Schon in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts wurden vom Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT) Bemühungen zur internationalen Vereinheitlichung des Rechts für den grenzüberschreitenden Warenverkehr aufgenommen. Diese Bemühungen mündeten im Jahre 1964 in die sog. Haager Kaufgesetze, namentlich das Einheitliche Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (EAG) und das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG). Als völkerrechtliche Verträge galten die Haager Kaufgesetze nur in denjenigen Staaten, die sie in Geltung setzten. Dazu entschlossen sich weltweit aber nur neun Staaten, sodass die Haager Kaufgesetze nicht die erhoffte internationale Rechtsvereinheitlichung bringen konn-

⁶⁰⁶ Soll für einen Vertrag die Geltung eines der Incoterms vereinbart werden, so sollte dies stets unter Angabe der gemeinten Fassung geschehen, z.B.: „Der Kaufpreis versteht sich FOB Bremen gemäß Incoterms 2010.“

⁶⁰⁷ BGH ZIP 2013, 44, 46 ff.