

Das Provisions- und Aufwendungsrisiko bei der Kommission

Von Professor Dr. Ingo KOLLER, Passau

A. Aufriß des Problems

I. Risikoverteilung nach HGB

In den handelsrechtlichen Vorschriften über das Kommissionsgeschäft ist der Frage, wie das Provisions- und Aufwendungsrisiko zwischen Kommissionär und Kommittent verteilt werden soll, verhältnismäßig wenig Augenmerk geschenkt worden. In § 396 Abs. 1 HGB heißt es lediglich, daß der Kommissionär die Provision erst fordern kann, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist, es sei denn, daß die Ausführung aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grund unterblieben ist. Nicht ausdrücklich geregelt ist das Provisionsrisiko für den Fall, daß der Abschluß des Ausführungsgeschäftes oder dem Kommissionär die Herausgabe des aus dem Ausführungsgeschäft Erlangten unmöglich wird. Noch unvollständiger wird die Frage des Aufwendungsrisikos behandelt. § 396 Abs. 2 HGB statuiert, daß zu den dem Kommissionär zu ersetzenden Aufwendungen nach §§ 670, 675 BGB eine Vergütung für die Benutzung seiner Lagerräume und Beförderungsmittel gehört. Ob dies auch gelten soll, wenn sich die Ausführung der Kommission als unmöglich erweist oder das Erlangte nicht herausgegeben werden kann, wird nicht gesagt. Das Aufwendungsrisiko ist allein in § 385 Abs. 1 HGB angesprochen, der dem Kommittenten das Recht gibt, ein Geschäft (und damit Aufwendungen), das weisungswidrig getätigt wurde, nicht für seine Rechnung gelten zu lassen. Auch diese Norm schafft nicht die Klarheit, die sie verspricht; denn der Begriff der Weisung wird nicht näher bestimmt.

Wie diese Lücken zu schließen sind, hängt entscheidend davon ab, in welchem Umfang man die Pflichten des Kommissionärs, das Kommissionsgut zu lagern, die Interessen des Kommittenten wahrzunehmen, ein ihnen gemäßes Ausführungsgeschäft abzuschließen und es gegebenenfalls abzuwickeln, das Erlangte herauszugeben sowie Rechenschaft abzulegen einerseits und andererseits die Pflicht, Provision zu zahlen und die Aufwendungen zu ersetzen, in ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne der §§ 323 ff. BGB stellt.

II. Streitstand

In der Rechtsprechung und Literatur gehen die Ansichten auseinander, inwieweit diese Pflichten als „gegenseitig“ anzusehen sind.

1. Provisionsrisiko

So wird etwa im Hinblick auf das Provisionsrisiko zwar ganz allgemein der Abschluß des Ausführungsgeschäftes als Leistung im Sinne der §§ 323 ff. BGB qualifiziert, in der Pflicht zur Herausgabe des Erlangten aber nach verbreiteter Meinung lediglich eine Abwicklungspflicht gesehen¹. Gestützt wird dies auf einen Umkehrschluß aus § 396 Abs. 1 HGB². Der Gesetzgeber habe den Kommissionär mit der Gefahr belastet, daß das Ausführungsgeschäft vom Dritten nicht ausgeführt werde, um ihn zur Auswahl solventer und zuverlässiger Geschäftspartner zu bewegen³. Diese Regelung wäre überflüssig gewesen, wenn er die gesamte Überführung der im Ausführungsgeschäft versprochenen Leistung an den Kommittenten als Hauptleistung des Kommissionärs angesehen hätte, weil dann schon § 323 BGB eingegriffen hätte⁴. Dem wird entgegengehalten, daß der Kommittent weniger am Ausführungsgeschäft als solchem als vielmehr an dessen Ergebnis interessiert sei und nur hierfür die Provision aufopfern wolle⁵.

2. Aufwendungsrisiko

Den Aufwendungsersatzanspruch hat eine ältere RG-Entscheidung⁶ ohne nähere Begründung in das Synallagma mit dem Anspruch auf Herausgabe des Erlangten gestellt. Schmidt-Rimpler⁷ kommt zum gleichen Resultat, indem er zwar das Gegenseitigkeitsverhältnis verneint, dem Kommissionär aber den Aufwendungsersatzanspruch als „Modalität der Herausgabe“ nur Zug um Zug gegen den Transfer des aus dem Ausführungsgeschäft Erlangten zugesteht. Auf diese Weise soll erreicht werden, daß Herausgabe des Erlangten und Ersatz der Aufwendungen so abgewickelt werden, als ob sie im Synallagma stünden.

Die h.M.⁸ lehnt dieses Ergebnis ab. Der Kommissionär werde nicht tätig, um Aufwendungsersatz zu erhalten; der Ersatz der Aufwendungen erfolge ausschließlich im Rahmen der Abwicklung des Vertrages.

Das Aufwendungsrisiko wird aber von manchen zu Lasten des Kommissionärs dadurch erweitert, daß zum Kreis der Weisungen im Sinne des § 385 Abs. 1 HGB gleichermaßen nachträglich ergangene, konkret formulierte Handlungs- oder Unterlassungsprogramme wie allgemeine Vertragsziele gezählt werden, die vom Kommissionär im Rahmen pflichtgemäßen Verhaltens anzusteuern sind⁹. Hieraus wird zum Teil wieder all das herausgenommen, was zeitlich nach dem Abschluß des Ausführungsgeschäftes liegt. Dazu gehört insbesondere der Transfer des „Erlangten“¹⁰.

III. Kritik

Die bislang vorgetragenen Lösungsversuche vermögen teils in ihrem Ergebnis, teils in ihrer Begründung nicht zu überzeugen.

Es geht nicht an, das Aufwendungsrisiko immer dem Kommittenten mit dem Argument aufzuerlegen, der Kommissionär werde nicht tätig, um Aufwendungsersatz, sondern um Provision zu erlangen; denn mit der gleichen Begründung müßte man auch einem Bauunternehmer, der eine Vergütung nach Selbstkosten und einem Gewinnzuschlag vereinbart hat, voll vom Aufwendungsrisiko befreien. Auch der Bauunternehmer will nicht bloß seine Aufwendungen decken, sondern

1 Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl. 1977, § 384 Anm. 46; RGRK z. HGB - Ratz, 2. Aufl. 1960, § 384 Anm. 31; Knütel, ZHR 137 (1973) S. 285, 310 ff.

2 Knütel, ZHR 137 (1973) S. 285, 314 f.

3 Protokolle der Kommission zur Berathung eines ADHGB, hrsgg. von Lutz, 1858, Bd. III, S. 1206.

4 Knütel, ZHR 137 (1973) S. 285, 314.

5 Vgl. RGZ 53 S. 371; Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft, in: Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. V, 1. Abt. 2. Hälfte, 1928, S. 848 f.; Düringer/Hachenburg/Lehmann, HGB, 3. Aufl. 1932, § 384 Anm. 68; Baumbach/Duden, HGB, 23. Aufl. 1978, § 384 Anm. 4 c.

6 RGZ 53 S. 371; ebenso Düringer/Hachenburg/Lehmann, HGB (Fn. 5), § 384 Anm. 71.

7 Schmidt-Rimpler, a.a.O. (Fn. 5), S. 849.

8 Knütel, ZHR 137 (1973) S. 285, 311; Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 384 Anm. 46, jeweils m. w. Nachw.; i. E. ebenso RGZ 82 S. 403.

9 Schmidt-Rimpler, a.a.O. (Fn. 5), S. 664 ff.; Düringer/Hachenburg/Lehmann, HGB (Fn. 5), § 384 Anm. 32; RGRK z. HGB - Ratz (Fn. 1), § 384 Anm. 5; Knütel, ZHR 137 (1973) S. 285, 287 ff. m. w. Nachw.; a. M. RG, Warn 40 Nr. 20; Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 385 Anm. 3.

10 Schmidt-Rimpler, a.a.O. (Fn. 5), S. 861 f.; RGRK z. HGB - Ratz (Fn. 1), § 385 Anm. 5; Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 385 Anm. 5; Knütel, ZHR 137 (1973) S. 285, 309 ff.; a. M. Düringer/Hachenburg/Lehmann, HGB (Fn. 5), § 385 Anm. 2; Heymann/Kötter, HGB, 21. Aufl. 1971, § 385 Anm. 1.

in erster Linie ein Entgelt für den Einsatz seiner Arbeitskraft und die Übernahme unternehmerischer Risiken erhalten. Die Verteilung des Aufwandsrisikos kann man deshalb nicht an Willensfiktionen orientieren. Ausschlaggebend muß vielmehr – sofern die Parteien keine abweichenden Abreden getroffen haben – die den Vertragstypus prägende normative Wertung sein.

Diese Wertung läßt sich nicht mit Hilfe eines einfachen Umkehrschlusses aus § 396 Abs. 1 Satz 1 HGB ableiten. Um den Kommissionär anzuhalten, nur mit zuverlässigen Dritten zu kontrahieren, wäre diese Vorschrift nämlich auch dann erforderlich gewesen, wenn der Gesetzgeber davon ausgegangen wäre, die Herausgabe des „Erlangten“ sei „Leistung“ im Sinne des § 323 BGB; denn andernfalls wäre der Kommittent ungeschützt geblieben, falls der Kommissionär den Anspruch aus dem Ausführungsgeschäft an ihn abgetreten hätte und der Dritte dann nicht leistet¹¹.

Genausowenig einleuchtend ist die Behauptung, Herausgabe sowie Aufwendungsersatzpflicht seien Abwicklungspflichten und stünden deshalb außerhalb des Synallagmas, weil das Kommissionsgeschäft zu den Geschäftsbesorgungsverträgen gehöre, die mit dem Auftrag eng verwandt seien. Bei dieser Parallele wird nämlich übersehen, daß das BGB mit dem Typus „Auftrag“ einen unentgeltlichen Vertrag erfaßt hat, während die Geschäftsbesorgungsverträge entgeltliche Verträge darstellen. Zwar wird in § 675 BGB auf zentrale Vorschriften des Auftragsrechts verwiesen. In § 675 BGB ist aber ausdrücklich von einer „entsprechenden“ Anwendung die Rede, so daß es von daher ohne weiteres möglich ist, die für gegenseitige Verträge gültigen Normen einzubringen.

Die Lösung des hier aufgeworfenen Problems muß deshalb tiefer ansetzen. Man muß sich fragen, warum die für den Werk- und Dienstvertrag gültigen Gefahrtragungsregeln nicht oder nur eingeschränkt passen, falls die Elemente der Geschäftsbesorgung und der Kommission hinzutreten. Dazu ist zuerst auf die Funktion der Risikoverteilung bei normalen Austauschverträgen einzugehen und anschließend ist zu erörtern, was eine Entlastung des Geschäftsbesorgers vom Aufwandsrisiko rechtfertigen könnte.

B. Eigener Lösungsansatz

I. Risikoverteilung bei Geschäftsbesorgungsverträgen im Lichte normaler Austauschverträge

1. Risikoverteilung am Beispiel eines normalen Werkvertrages

Im Werkvertragsrecht¹² hat grundsätzlich der Unternehmer ohne Rücksicht auf ein Verschulden die Gefahr auf sich zu nehmen, daß er zur Erstellung des Werkes Aufwendungen an Material oder Arbeitskraft macht, diese Aufwendungen aber nicht zum Erfolg führen. Gleiches gilt, wenn das Werk vor der Abnahme in der Sphäre des Unternehmers untergeht (§ 644 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diese Form der Zurechnung von Vergütungsrisiken und damit zugleich von Aufwandsrisiken an den Werkunternehmer beruht auf dem Gedanken der generell-typischen Beherrschbarkeit und der Fähigkeit, Risikofolgen aufzufangen¹³.

Den Gedanken der generell-typischen Beherrschbarkeit kann man am besten dadurch umreißen, daß man ihn in Gegensatz zum Verschuldensprinzip stellt. Im Rahmen einer am Fahrlässigkeitsmaßstab orientierten Verpflichtung, Gefahren abzuwehren, die der Erstellung und Übergabe des Werkes drohen, steht es – idealiter – von vornherein fest, welche Anstrengungen der Verpflichtete machen muß, um sich nicht den Vorwurf eines Sorgfaltverstoßes gefallen lassen zu müssen. In der Regel ist dafür die Verkehrsüblichkeit bestimmter Vorkehrungen zur Gefahrenabwehr entscheidend¹⁴.

Dort, wo Risiken – etwa der Untergang des Werkes – nach dem Prinzip der generell-typischen Beherrschbarkeit zugeordnet werden, werden dem Unternehmer ohne Rücksicht auf ein Verschulden grundsätzlich alle Gefahren aufgebürdet, die aus seiner Sphäre stammen oder sich in ihr zuerst niederschlagen haben. Der mit den Schäden belastete Unternehmer wird deshalb versuchen, Gefahren in dem Umfang auszuschalten, in dem die für die Gefahrenabwehr nötigen Kosten geringer sind als die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Schäden. Eine simple Rentabilitätsanalyse entscheidet also darüber, inwieweit Gefahren hintangehalten werden¹⁵. Letzten Endes entscheidet der Wettbewerb und der Markt über Art und Umfang der Abwehrmaßnahmen. Denn der Unternehmer muß alle Schäden und Risi-

ken nutzloser Aufwendungen, die er nicht zu vermeiden gewillt ist, in seine Kosten einkalkulieren und ihnen im Rahmen der Vergütung Rechnung tragen. Unterläßt er es, Gefahren zu bannen, obwohl dies durchaus rentabel ist, so werden die Besteller langfristig auf andere Unternehmer ausweichen, die billiger anbieten können. Umgekehrt resultiert für den Unternehmer aus der Ermittlung eines kostengünstigeren Weges der Gefahrenabwehr eine erhebliche Gewinnchance¹⁶, denn die anderen Anbieter müssen noch mit den hohen Kosten arbeiten. Das Prinzip der generell-typischen Beherrschbarkeit erfüllt mithin die Funktion, in einem selbststeuernden System unter dem Druck des Wettbewerbes einen Anreiz zu schaffen, alle rentablen Möglichkeiten zur Gefahrenabwehr auszuschöpfen und neue Wege dazu zu ermitteln, auch wenn das Unterlassen der Schadensabwehr nicht fahrlässig wäre¹⁷.

Verfehlen Aufwendungen ihren Erfolg, weil ihre Funktion von einzelnen oder allen Unternehmern rentabel nicht gewährleistet werden kann, so muß dies z. B. beim Werkvertrag hingenommen und als Risikozuschlag in den Preis einkalkuliert werden. Aus den Risikozuschlägen sind Rücklagen zu bilden, aus denen die Schäden abgedeckt werden können. Sind alle Unternehmer nicht in der Lage, bestimmte Gefahren rentabel abzuwehren, so erhöht sich der Preis bei allen Unternehmern gleichmäßig. Sind nur einzelne Unternehmer dazu außerstande, so kommt es darauf an, wie sich die Preise einpendeln. Decken sie auch die Risikozuschläge der weniger rentabel arbeitenden Unternehmer, so können jene erhöhte Gewinne ziehen. Gehen die Preise unter dem Druck des Wettbewerbes herunter, so müssen mittelfristig die weniger rentabel wirtschaftenden Unternehmer ausscheiden.

Von dem so skizzierten Gedanken generell-typischer Beherrschbarkeit her ist es richtig, den Unternehmer grundsätzlich für alle aus seinem Machtbereich stammenden oder sich in ihm zuerst auswirkenden Störungen eintreten zu lassen. Die Wahrscheinlichkeit derartiger Gefahren vermag nämlich der Unternehmer typischerweise am besten abzuschätzen und diese Informationen am leichtesten in rentable Abwehrmaßnahmen umzusetzen. Wo er im Einzelfall zum Ergebnis kommt, daß eine Abwehr unrentabel ist, vermag er immerhin genauestens die erforderlichen Risikozuschläge zu bestimmen¹⁸.

Das zweite tragende Element, der Absorptionsgedanke, knüpft an die Fähigkeit an, durch evident unbeherrschbare Störungen verursachte Fehlinvestitionen am besten aufzufangen und zu streuen¹⁹. Auch hier hängt diese Fähigkeit wesentlich davon ab, wie gut eine Partei die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß etwaiger Schäden prognostizieren kann. Je besser sie dazu in der Lage ist, desto sicherer und reibungsloser vermag sie etwaige Schäden durch ausreichende Rückstellungen aufzufangen. Im Rahmen des Werkvertrages ist dies bei Gefahren, die aus der Sphäre des Unternehmers stammen oder sich in ihr zuerst auswirken, regelmäßig der Unternehmer.

2. Risikoverteilung beim Geschäftsbesorgungsvertrag

§ 675 BGB verweist bei Dienst- und Werkverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, unter anderem auf § 670 BGB. Dieser Vorschrift zufolge darf der Auftragnehmer den Ersatz seiner Aufwendungen auch dann verlangen, wenn sie aus Ursachen, die in seiner Sphäre lagen oder sich dort zuerst auswirkten, erfolglos blieben, sofern der Auftragnehmer sie bei Einsatz pflichtgemäßer Sorgfalt für erforder-

11 Vgl. Schmidt-Rimpler, a.a.O. (Fn. 5), S. 798 f.; RGRK z. HGB – Ratz (Fn. 1), § 396 Anm. 3.

12 Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der Kommissionsvertrag zu den Dienst- oder Werkverträgen zu rechnen ist. Zu dieser Frage Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 383 Anm. 36 m. w. Nachw.

13 Vgl. dazu Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, 2. Kap., 4. Kap. § 3 II.

14 Vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963, S. 360 f.

15 Vgl. Calabresi, The Costs of Accidents, New Haven and London 1970, S. 69 ff.; Trimarchi, ZHR 136 (1972) S. 120 f.; Weyers, Unfallschäden, 1971, S. 505.

16 Vgl. Trimarchi, ZHR 136 (1972) S. 128.

17 Vgl. Trimarchi, ZHR 136 (1972) S. 129, 133; eingehend ferner Koller, Risikozurechnung, a.a.O. (Fn. 13), 2. Kap. § 1 I.

18 Vgl. Calabresi, Costs, a.a.O. (Fn. 15), S. 163; Calabresi/Hirschhoff, 81 Yale Law Journal 1060 ff. (1972); Barton, 1 Journal of Legal Studies, 293 f. (1972); ferner Koller, Risikozurechnung, a.a.O. (Fn. 13), 2. Kap. § 1 II.

19 Trimarchi, ZHR 136 (1972) S. 121; Calabresi, Costs, a.a.O. (Fn. 15), S. 40; Weyers, Unfallschäden, a.a.O. (Fn. 15), S. 518; ferner Koller, Risikozurechnung, a.a.O. (Fn. 13), 2. Kap. § 2.

derlich halten durfte. Beim Auftrag leuchtet die Sachgerechtigkeit dieser Regelung sofort ein, da der Auftragnehmer nicht aus der Vergütung Rücklagen bilden kann, falls Schäden, die seiner Sphäre angehören, überhaupt nicht oder nicht rentabel abgewehrt werden können. Vom Standpunkt der Risikoverteilung bei normalen Austauschverträgen ist jedoch eine unmodifizierte Übernahme des § 670 BGB auf entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge nur schwer verständlich.

Den Schlüssel für diese Regelung liefert das Kriterium der Geschäftsbesorgung. Die 2. Kommission, die dieses Kriterium in das BGB aufgenommen hatte, sah sich allerdings außerstande, es näher zu bestimmen²⁰. Auch im Laufe der Rechtsentwicklung ist es bislang nicht gelungen, die Konturen oder auch nur die zentralen Züge der „Geschäftsbesorgung“ übereinstimmend herauszuarbeiten. Zum Teil wird das Wesen der Geschäftsbesorgung in einer spezifischen Treuepflicht des Schuldners²¹, zum Teil in der „Tätigkeit wirtschaftlicher Art“ gesehen, „die für einen anderen und in seinem Interesse vorgenommen“ werde²². Beide Deutungen weisen auf eine spezifische Struktur der geschuldeten Leistung hin, die im wesentlichen dadurch charakterisiert ist, daß sie von den Parteien nicht inhaltlich konkret fixiert ist oder als objektiv bestimmbarer Erfolg durch eine Auslegung der Willenserklärungen zu ermitteln ist. Bei Geschäftsbesorgungsverträgen ist die geschuldete Leistung vielmehr typischerweise rahmenartig umrissen. Innerhalb dieses Rahmens ist es Aufgabe des Geschäftsbesorger, nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen so zu handeln, wie dies seiner Einschätzung der Chancen und Risiken zufolge am besten den Interessen des Geschäftsherrn entspricht. Diese Konstellation findet sich gerade bei der Kommission, wo der Kommissionär die Angebote zum Abschluß von Ausführungsgeschäften untereinander abwägen und sich z. B. auch überlegen muß, ob es sich rentiert, mit zusätzlichem Aufwand im Interesse des Kommittenten weitere Offerten einzuholen. Da die geschuldete Leistung intersubjektiv faßbar nur rahmenartig umrissen und der Rahmen treuegemäß auszufüllen ist, würde sich ein Geschäftsherr vielfach eher schaden als nützen, wenn er den Geschäftsbesorger mit dem vollen Aufwandsrisiko belasten wollte. Der Geschäftsbesorger könnte nämlich häufig versuchen, die Gefahr zu minimieren, daß der von ihm eingesetzte Aufwand seine Zwecke verfehlt, indem er – zwar pflichtwidrig, aber nicht nachweisbar – im eigenen Interesse in dem ihm gesteckten Rahmen denjenigen Erfolg anstrebt, der für ihn mit dem geringsten Aufwandsrisiko verbunden ist, selbst wenn ein anderer ebenfalls in dem Rahmen liegender Erfolg nach Meinung des Kommissionärs zwar höhere Risiken mit sich bringt, dem Geschäftsherrn jedoch einen insgesamt größeren Nutzen verspricht. Aus dieser Perspektive heraus liegt es somit im Interesse des Geschäftsherrn, daß der Geschäftsbesorger Aufwendungen auf ihn abwälzen darf, solange dieser nicht deren Erfolgslosigkeit bei sorgfältiger Prüfung aller Umstände vorhersehen mußte. Der Geschäftsherr kann dann nämlich davon ausgehen, daß sich der Geschäftsbesorger nicht bemüht, ohne Rücksicht auf den ihm als Geschäftsherrn zufließenden Nutzen seine Aufwandsgefahr zu minimieren, sondern versucht, das im Interesse des Geschäftsherrn liegende Optimum aus Aufwand und Vorteilen, aus Risiken und Chancen zu verwirklichen.

II. Verteilung des Aufwands- und Provisionsrisikos bei der Geschäftsbesorgungskommission

1. Die Aufwandsgefahr

Auch im Kommissionsrecht hat der Gesetzgeber das Schwergewicht auf eine optimale Ausführung der Kommission gelegt, indem er in § 396 Abs. 2 HGB nicht nur auf § 675 BGB, sondern auch ausdrücklich auf § 670 BGB verwies.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß diese Wertung in allen Phasen des Kommissionsverhältnisses zum Tragen kommen müßte. Selbst im Bereich der Geschäftsbesorgungsverträge ist es durchaus anerkannt, daß § 670 BGB nicht immer eingreift. Bei den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträgen kann durchaus im Entgelt eine Vergütung für bestimmte Formen von Aufwendungen enthalten sein²³. Es stellt sich daher die Frage, ob z. B. die in § 670 BGB angelegte Wertung auch dann den Ausschlag gibt, wenn der Kommissionär das „Erlangte“ nicht herauszugeben in der Lage ist. Für eine Vernachlässigung dieser Wertung zugunsten einer Anwendung des § 323 BGB spricht hier der Umstand, daß sich der Kommissionär bei einer Belastung mit dem Auf-

wandsrisiko veranlaßt sähe, seine Bemühungen um die Gefahrenabwehr zu optimieren, und daß er etwaige Verluste in Anbetracht seiner Nähe zu den Risikofaktoren zuverlässiger einkalkulieren könnte. Auch scheint an sich die Gefahr, daß der Kommissionär die zur Ausführung der Kommission eingesetzten Aufwendungen ohne Rücksicht auf die Interessen des Kommittenten minimiert, nicht so groß zu sein; denn das Lagerrisiko ist vergleichsweise bedeutend geringer als die Gefahr, daß überhaupt kein passendes Ausführungsgeschäft zustande kommt oder trotz vernünftigen Einsatzes von Aufwendungen das angestrebte Ausführungsgeschäft scheitert. Aus der Perspektive des historischen Gesetzgebers mußte diese Gefahr jedoch angesichts der wirtschaftlichen Situation der Kommissionäre, die für sie zur Zeit der Kodifikation des Kommissionsrechtes charakteristisch war²⁴, als erheblich größer eingeschätzt werden. Die Kommissionäre hatten vielfach nicht das notwendige Eigenkapital, um als Eigenhändler aufzutreten und die damit verbundenen Gewinnchancen wahrnehmen zu können oder sie wurden aber durch die mächtigeren Kommittenten in die Rolle von Hilfspersonen der Kaufleute²⁵ abgedrängt. Da diese Kommissionäre auch, anders²⁶ als Handelsvertreter, nicht ständig für ihre Auftraggeber in überschaubaren Bereichen tätig waren, konnte der Gesetzgeber davon ausgehen, daß diese Kommissionäre in allen Bereichen so weit wie nur möglich versuchen würden, die ihnen verschuldensunabhängig zugerechneten Aufwandsrisiken zu minimieren, auch wenn sich dies letztlich zu Lasten einer optimalen Interessenwahrnehmung auswirken sollte. Vor diesem Hintergrund ist die gesetzgeberische Entscheidung verständlich, die Kommissionäre immer nur dann mit dem Aufwandsrisiko zu belasten, wenn ihnen ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, zumal damit zugleich einer gewissen sozialen Schutzbedürftigkeit der Kommissionäre Rechnung getragen werden konnte.

Freilich hat sich die Stellung der Kommissionäre seit der Mitte des 19. Jahrhunderts, als das Kommissionsrecht im ADHGB kodifiziert wurde, vornehmlich durch die steigende Bedeutung der Effektenkommission gewandelt²⁷. Der größte Teil der Effektenkommissionsgeschäfte wird heute von Banken abgewickelt, nicht zuletzt deshalb, weil die Rechtsprechung im Interesse der Bankkunden bestrebt war, den Banken einen Übergang zum Eigenhandel zu erschweren²⁸.

Die wirtschaftliche Entwicklung des Kommissionsgeschäftes rechtfertigt es indessen nicht, die Position des historischen Gesetzgebers völlig zu verlassen; denn auch heute noch stellt das Kommissionsgeschäft einen Vertragstypus dar, zu dem kapital- und marktschwache Kaufleute sollen greifen können, wenn sie nicht in der Lage sind, die Rolle eines Eigenhändlers zu übernehmen. Allerdings scheint es angebracht, gerade die kapital- und marktstarken Kommissionäre im Interesse einer besseren Risikosteuerung und -bewältigung in größerem Umfang mit Aufwandsrisiken zu belasten. Die Praktikabilität einer solchen Regelung verbietet es jedoch, im Einzelfall nach Kapital- und Marktstärke zu differenzieren. Man sollte vielmehr an den Umstand anknüpfen, daß kapital- und marktstarke Kommissionäre ihre Aufträge üblicherweise durch Selbsteintritt erledigen (vgl. 29 Abs. 1 AGB der Banken)²⁹. Der Selbsteintritt signalisiert außerdem eine dem

20 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1898, Bd. II, S. 351; vgl. ferner *Staudinger/Nipperdey*, BGB, 11. Aufl. 1958, § 675 Anm. 16.

21 Esser, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 4. Aufl. 1971, S. 184; Esser/Weyers, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Teilband 1, 5. Aufl. 1977, S. 280 f.

22 BGHZ 45 S. 223, 228; *Erman/Hauß*, BGB, 6. Aufl. 1975, § 675 Anm. 1, 2; *Palandt/Thomas*, BGB, 37. Aufl. 1978, § 675 Anm. 2; ähnlich *Larenz*, Schuldrecht, Bd. II, 11. Aufl. 1977, S. 307 ff.; w. Nachw. bei *Staudinger/Nipperdey*, BGB (Fn. 20), § 675 Anm. 4 ff., der seinerseits dem Kriterium „Geschäftsbesorgung“ jede eigenständige Bedeutung abspricht.

23 *Erman/Hauß*, BGB (Fn. 22), § 675 Anm. 8; *Palandt/Thomas*, BGB (Fn. 22), § 675 Anm. 4 b; vgl. ferner *BGH*, NJW 1973 S. 46 = BB 1973 S. 402 sowie den § 87 d HGB.

24 Vgl. dazu *Schmidt-Rimpler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 543 ff., bes. S. 566.

25 Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift, 1896, S. 231.

26 Von daher ist die Regelung des § 87 d HGB zu erklären. Das Interesse des Unternehmers allein, nicht mit Aufwandsrisiken belastet zu werden (vgl. *Steindorff*, Festschrift Dölle, Bd. I, 1963, S. 273, 283 f. m. Nachw.), kann nicht genügen, da dieses Argument auch zugunsten des Kommittenten ins Feld geführt werden könnte.

27 Vgl. *Schmidt-Rimpler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 554 ff.; *Freiherr von Dalwigk zu Lichtenfels*, Das Effektenkommissionsgeschäft, 1975, S. 59 ff.

28 Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1975, Anh. § 357 HGB Anm. 780; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (Fn. 1), § 383 Anm. 26, jeweils m. w. Nachw.

29 Vgl. dazu *Canaris*, Bankvertragsrecht, a.a.O. (Fn. 28), Anh. § 357 HGB Anm. 1351.

Eigenhandel angenäherte Situation; denn der selbst eintretende Kommissionär ist bereit, auf eigene Rechnung zu kaufen und zu verkaufen und ist regelmäßig in der Lage, gegenüber dem Kommittenten eine geminderte Rechenschaftspflicht durchzusetzen. Gegenüber dem Kreis der selbst eintretenden Kommissionäre erscheint es mithin durchaus vertretbar, die Belastung mit Aufwandsrisiken zu erhöhen. In welchem Umfang dies zu geschehen hat, soll unten weiter erörtert werden³⁰. Als Zwischenergebnis bleibt jedenfalls festzuhalten, daß der normale Kommissionär in allen Phasen der Geschäftsabwicklung den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann, es sei denn, ihn träfe ein Verschulden daran, daß bestimmte Aufwendungen nutzlos sind oder nutzlos werden.

2. Das Provisionsrisiko

Die Provision soll den Einsatz der Arbeitskraft des Kommissionärs und seiner Organisation entgelten. Im Unterschied zur Behandlung des Aufwandsrisikos hat der Gesetzgeber das Provisionsrisiko weitgehend dem Kommissionär aufgebürdet. Der Kommissionär trägt die Gefahr, daß er kein Ausführungsgeschäft zustande bringt. Der Gesetzgeber hat es hier also hingenommen, daß der Kommissionär unter Umständen sein Interesse, daß der Einsatz seiner Arbeitskraft entgolten wird, in den Vordergrund stellt und darüber das Interesse des Kommittenten an dem bestmöglichen Abschluß vernachlässigt. Er hielt es aber offensichtlich für geraten, den Kommissionär durch die Erfolgsabhängigkeit der Provision zu motivieren, sich mit allen Kräften um einen im tragbaren Rahmen liegenden Abschluß zu bemühen. Daneben spielt, wie sich aus den Motiven zum ADHGB³¹ ergibt, auch der Gedanke einer partiarischen³² Beteiligung an dem für den Kommittenten erzielten, pauschaliert erfaßten Nutzen eine wesentliche Rolle. Letzteres hat sich besonders deutlich in den Rechtsfolgen niedergeschlagen, die durch die Kündigung des Kommissionsvertrages ausgelöst werden. § 367 des Entwurfes eines HGB sah in Anlehnung an die §§ 628 Abs. 1 Satz 1, 649 BGB vor, daß der Kommissionär einen den Umständen nach angemessenen Teil der Provision erhalten sollte, falls der Kommittent die Kommission vor dem Abschluß eines Ausführungsgeschäftes widerrufe³³. Der Entwurf wurde jedoch nicht Gesetz. Damit schnitt man dem Kommissionär, dem gekündigt worden war, einen Anspruch auf eine Vergütung für seine bisherigen Bemühungen ab, auch wenn er keinerlei Grund für die Kündigung geliefert hatte. Zu erklären ist diese Regelung nur mit dem Umstand, daß die Provision auch die Funktion hat, den Kommissionär an dem (typisierten) Nutzen zu beteiligen, der dem Kommittenten aus einem Ausführungsgeschäft zufließen wird³⁴.

Der Gesetzgeber hat dem Kommissionär das Provisionsrisiko jedoch nicht nur bis zum Abschluß des Ausführungsgeschäftes auferlegt. Gemäß § 396 Abs. 1 Satz 1 HGB kann der Kommissionär die Provision erst fordern, wenn das zwischen ihm und dem Dritten vereinbarte Geschäft³⁵ zur „Ausführung“³⁶ gekommen ist; d. h. der Dritte geleistet hat. Diese Vorschrift sollte nach dem Willen des historischen Gesetzgebers den Kommissionär anspornen, „das Geschäft auf solider Basis“ auszuführen³⁷. Sie basiert demnach auf den Prinzipien der abstrakten Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit von Risiken, die für normale Austauschgeschäfte charakteristisch sind. In die gleiche Richtung weist ein Vergleich des § 396 Abs. 1 Satz 2 mit § 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB. Letztere Vorschrift befreit den Auftraggeber schon dann von der Pflicht, die Bemühungen des Handelsvertreters zu vergüten, wenn dem Auftraggeber aus einem nicht zu vertretenden Grund die Ausführung des vom Handelsvertreter vermittelten Geschäftes unmöglich oder unzumutbar geworden ist. Dadurch wird der Handelsvertreter in stärkerem Maß an dem Risiko beteiligt³⁸, daß der Unternehmer aus von ihm beherrschbaren oder kalkulierbaren Gründen leistungsunfähig ist und selbst aus dem Geschäft keinen Nutzen ziehen kann, weil der Dritte ebenfalls nicht leistet. Kommt hingegen bei der Kommission der Kommittent nicht in den Genuß der vom Dritten im Ausführungsgeschäft versprochenen Leistung, weil er selbst aus irgendeinem in seiner Person liegenden Grund leistungsunfähig ist, so muß er gleichwohl Provision entrichten. Es ist also unerheblich, ob der Kommittent letztlich den Umstand, daß er aus dem Ausführungsgeschäft keinerlei typisierten Nutzen zu ziehen vermag, selbst zu vertreten hat oder ihm ein anderes Verhalten zumutbar war. § 396 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz HGB kann mithin in Parallele zu dem auf Mietverträge zugeschnittenen § 552 BGB³⁹ gestellt werden. Die Verteilung des

Provisionsrisikos in der Durchführungsphase hat demnach grundsätzlich nach den für normale Austauschverträge gültigen Maßstäben zu erfolgen. Sie sind im Interesse einer schnellen, reibungslosen Abwicklung von Kommissionsverträgen allenfalls in dem Punkt zu modifizieren, daß der Kommissionär seines Provisionsanspruches auch dann verlustig geht, wenn der Dritte infolge eines aus der Perspektive des Kommissionärs unvorhersehbaren Grundes leistungsunfähig wird.

Von diesem Ausgangspunkt aus ist die Frage zu klären, warum das Gesetz in Hinblick auf das Provisionsrisiko einen ganz anderen Weg eingeschlagen hat als bei der Behandlung des Aufwandsrisikos. Wenn nämlich einem Kommissionär in derart großem Umfang das Provisionsrisiko aufgebürdet wird, so liegt doch ähnlich wie im Zusammenhang mit dem Aufwandsrisiko⁴⁰ die Vermutung nahe, daß der Kommissionär im Rahmen seines Ermessens – treuwidrig, aber unnachweisbar – diejenigen Ausführungsgeschäfte anstreben werde, die mit dem geringsten Risiko und Einsatz an eigener Arbeitskraft und eigenen Organisationsmitteln erreicht werden können. Er wird sich – mit anderen Worten – also möglicherweise nicht so sehr um die Geschäfte mit dem höchsten Nutzen für den Kommittenten kümmern, sondern um diejenigen Geschäfte, die am sichersten zustande kommen und die von den als am leistungsfähigsten geltenden Dritten angeboten werden, mag auch seiner Einschätzung zufolge der potentielle Nutzen des Kommittenten bei anderen Geschäften höher sein. Unter seiner Ansicht nach gleich sicheren Geschäften wird der Kommissionär, der seiner Gewinnmaximierung den Vorrang einräumt, das Geschäft tätigen, das er mit dem verhältnismäßig niedrigsten Aufwand an eigener Arbeit und der Arbeit seiner Leute abzuschließen in der Lage ist. Bei näherem Zusehen zeigt sich jedoch, daß hierin gar kein so großer Wertungswiderspruch liegt, wie es den Anschein hat. Das Gesetz verteilt nur das Aufwands- und Provisionsrisiko nicht anhand einer einzigen Maxime, sondern setzt Prioritäten. An erste Stelle setzt es das Interesse des Kommittenten, daß überhaupt ein im auftragsgemäßen Rahmen liegendes Ausführungsgeschäft zustande kommt. Als Instrument zur Förderung dieses Zieles dient ihm die Erfolgsabhängigkeit der Provision. Das gleiche Mittel wird auch dort verwandt, wo es darum geht, daß der Kommittent durch die Leistung des Dritten überhaupt die konkrete Chance erhält, in den Genuß der mit Hilfe des Ausführungsgeschäftes erstrebten Vorteile zu gelangen. Erst in dritter Linie soll die Verteilung der Aufwands- und Provisionsrisiken dem Ziel eines in der Kosten/Nutzen-Relation für den Kommittenten optimalen Ausführungsgeschäftes nicht im Wege stehen. Dem hat das Gesetz zunächst dadurch Rechnung getragen, daß es dem Kommissionär das Risiko von Aufwendungen abgenommen hat. Würde sich dieses Risiko realisieren, so wäre das für den Kommissionär besonders schmerzhaft, weil er zur Aufgabe von Kapital gezwungen wäre. Er wird deshalb besonders geneigt sein, unter dem Deckmantel des Ermessens seine Aufwendungen und hiermit auch sein Risiko zu Lasten des Kommittenten niedrig zu halten. Das Provisionsrisiko spürt der Kommissionär jedoch nicht so hart; denn die Provi-

30 Siehe bei Fn. 72.

31 Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen Handelsgesetzbuches, 1857, S. 716.

32 Zum Begriff vgl. *Larenz*, Schuldrecht, Bd. II, a.a.O. (Fn. 22), S. 391 ff. m. Nachw.

33 Vgl. Denkschrift, a.a.O. (Fn. 25), S. 239.

34 Eine weitere Konsequenz der partiarischen Ausgestaltung des Provisionsanspruches ist, daß der Kommissionär selbst dann keine Provision fordern kann, wenn der Abschluß eines Ausführungsgeschäftes durch eine unvorhersehbare **höhetliche Maßnahme** blockiert worden sein sollte. Gleiches gilt, falls das Hindernis, an dem die Ausführung der Kommission scheitert, aus der Sphäre des Kommittenten stammte oder sich dort zuerst ausgewirkt hat; denn § 396 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz HGB bezieht sich nur auf die Durchführungsphase (Denkschrift, a.a.O. [Fn. 25], S. 239). Bei schuldhaftem Verhalten des Kommissionärs kommt jedoch ein Schadensersatzanspruch in Betracht.

35 Vgl. Denkschrift, a.a.O. (Fn. 25), S. 239.

36 Der Begriff „Auslieferung“ ist, wie schon bei den Beratungen zum ADHGB (Protokolle, a.a.O. [Fn. 3], S. 1205 f.) und zum HGB (Denkschrift, a.a.O. [Fn. 25], S. 238 f.) klar erkannt wurde, mißverständlich.

37 Protokolle, a.a.O. (Fn. 3), S. 1206.

38 Zutreffend *Heymann/Kötter*, HGB (Fn. 10), § 396 Anm. 2; *Gierke/Sandrock*, Handels- und Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 1975, S. 466.

39 Vgl. RGZ 98 S. 101 ff., 147, 304 ff.; *Beuthien*, Zweckstörung und Zweckerreichung, 1969, S. 84 f.; *Köhler*, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1971; ferner *Köller*, Risikozurechnung, a.a.O. (Fn. 13), 3. Kap. § 1 II, § 3 II c, 4. Kap. § 3 I.

40 Dazu oben bei Fn. 23.

sion deckt lediglich den Einsatz der Arbeitskraft und der persönlichen sowie sachlichen Organisationsmittel des Kommissionärs. Immerhin geht hier der Kommissionär gegebenenfalls seiner Chance verlustig, einen Geldanspruch zu erwerben und wird sich daher anstrengen, seine Provisionschance zu sichern. Gleichwohl wird er wahrscheinlich normalerweise nicht so sehr darauf achten, daß er den Aufwand an eigener Arbeitskraft und den seiner Leute möglichst gering hält, wenn er dadurch auf den seinem Ermessen zufolge optimalen Abschluß für den Kommittenten verzichten müßte. Der Einsatz der eigenen Arbeitskraft, seiner Leute und seiner sonstigen Organisationsmittel tragen nämlich Fixkostencharakter; d. h., sie müssen ohnehin bezahlt werden. Der Kommissionär wird daher wahrscheinlich – sofern er nicht von anderen Geschäften in Anspruch genommen ist – seine Interessen nicht so stark in den Vordergrund stellen; denn er hat auch die Rückwirkungen von günstigen Abschlüssen auf den Ruf seiner Firma in Rechnung zu setzen. Er wird – anders formuliert – eher der Optimierung des Nutzens des Kommittenten den Vorzug geben vor einer Minimierung der Belastung seiner Organisation und seiner Arbeitskraft, auch wenn ihm als Kommissionär eine Vernachlässigung der Kommittenten-Interessen nicht nachweisbar wäre, weil er jederzeit eine andere Bewertung der Geschäftsrisiken vorschützen könnte. Alles in allem stellt die gesetzliche Verteilung der Aufwands- und Provisionsrisiken einen brauchbaren Kompromiß zwischen dem Interesse des Kommittenten dar, daß er überhaupt in den Genuß eines Anspruches gegen einen leistungsfähigen Dritten gelangt und dem Interesse, daß ihm dieser Anspruch den optimalen Nutzen beschert.

Von diesem Standpunkt aus lassen sich nun die Fragen beantworten, ob der Kommissionär auch das Provisionsrisiko auf sich zu nehmen hat, falls das Erlangte in seiner Sphäre untergeht und wie § 396 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz HGB in einzelnen auszulegen ist.

a) Provisionsrisiko im Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe der vom Dritten erlangten Gegenstände

Es hat sich gezeigt, daß das Gesetz das Provisionsrisiko verwendet, um den Kommissionär zu motivieren, sich über die verkehrserforderliche Sorgfalt hinaus zu bemühen, daß überhaupt ein Ausführungsgeschäft mit einem leistungsfähigen Dritten zustande kommt. Hieraus darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß im übrigen der Kommissionär vom Provisionsrisiko befreit werden müßte⁴¹. Damit würde man nämlich dem Umstand zu wenig Gewicht beimessen, daß dem Kommittenten nicht damit gedient ist, daß überhaupt ein Ausführungsgeschäft vereinbart ist und der Dritte leistet, wenn die vom Dritten geleisteten Objekte später untergehen oder der Kommittent sie nicht programmgemäß erhält. Das Interesse des Kommittenten richtet sich letztlich darauf, daß er in den Genuß der mit Hilfe des Ausführungsgeschäftes zu beschaffenden Gegenstände gelangt. Die Ausführung der Kommission und die Leistung des Dritten sind nur Zwischenstationen auf dem Weg zu diesem Ziel. Deshalb erscheint es auch angebracht, das Provisionsrisiko soweit als möglich nach Maßgabe der Prinzipien abstrakter Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit⁴² einzusetzen, um die Erreichung dieses Zieles zu fördern oder zumindest die Konsequenzen einer Zielverfehlung zu mildern. In Betracht kommt hierfür vor allem der Zeitraum, in dem sich das vom Dritten „Erlangte“ in der Sphäre des Kommissionärs befindet. Die aus seiner Sphäre stammenden oder sich dort zuerst auswirkenden Gefahren vermag nämlich der Kommissionär bedeutend besser zu steuern und einzukalkulieren. Dagegen spricht auch nicht die Erwägung, daß eine höhere Risikobelastung letztlich zum Nachteil des Kommittenten ausschlagen müßte, da sich der Kommissionär noch stärker veranlaßt sähe, dasjenige Geschäft zu tätigen, das mit dem geringsten Arbeitseinsatz realisierbar ist. Es ist zuzugeben, daß die Erhöhung des Provisionsrisikos durch eine Zurechnung der die Herausgabe des „Erlangten“ hindernden Störungen in diese Richtung wirken kann. Man darf das Ausmaß eines solchen Einflusses jedoch nicht überschätzen, weil ja der Kommissionär aus seiner Sicht lediglich den Einsatz seiner Arbeitskraft und der seiner Leute minimieren könnte, die ohnehin weitgehend Fixkostencharakter aufweisen. Zum anderen wird in aller Regel der Gefahr, daß das Erlangte nicht wird herausgegeben werden können, wegen ihrer Überschaubarkeit keine so erhebliche Bedeutung beigemessen werden, daß allein deshalb der Kom-

missionär versuchen würde, unter Verzicht auf eine nach pflichtgemäßem Ermessen optimale Ausführung seinen Arbeitseinsatz auf den geringsten, nach außen vertretbaren Umfang zu senken; denn günstige Abschlüsse wirken sich immer vorteilhaft auf den „good will“ seiner Firma aus. Er wird sich eher bemühen, sich durch eine Steigerung seiner Anstrengungen um die Gefahrenabwehr seine Provisionschance zu bewahren. Die Belastung mit dem erweiterten Provisionsrisiko ist auch dem relativ kapital- und marktschwachen Kommissionär zuzumuten; denn die Gefahr einer Unmöglichkeit der Herausgabe ist verhältnismäßig gut kalkulierbar und das Risiko des Kommissionärs beschränkt sich auf den Verlust der Provision. Aus der Sicht einer Verbesserung der Gefahrenabwehr und Risikostreuung erscheint es demnach angebracht, dem Kommissionär die „Preisgefahr“ für den Fall eines Unterganges des von dem Dritten „Erlangten“ in seiner Sphäre dadurch aufzuerlegen, daß man die Pflichten, Provision zu zahlen und das „Erlangte“ herauszugeben, in ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne des § 323 Abs. 1 BGB stellt⁴³. § 447 BGB findet natürlich zugunsten des Kommissionärs Anwendung.

b) Der „in der Person des Kommittenten liegende Grund“ (§ 396 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz HGB)

Eine maßgebliche Rolle spielen die Gedanken abstrakter Beherrschbarkeit, Absorbierbarkeit und Veranlassung auch bei der Entscheidung der Frage, wann der Dritte wegen „eines in der Person des Kommittenten liegenden Grundes“ nicht leistet.

Die h. M. unterscheidet in diesem Zusammenhang – gestützt auf den Wortlaut der Norm – zwischen Gründen, die ausschließlich die Person des Kommittenten betreffen und sonstigen Ursachen⁴⁴. Sie ist aber nicht ganz konsequent. Einerseits legt sie dem Kommittenten schlechthin die Gefahr auf, daß er fehlerhafte Ware liefert, auch wenn die Mangelhaftigkeit der Ware auf mit vertragsgemäßer Sorgfalt erkennbaren Fehlern des zugelieferten Materials beruhen sollte; andererseits soll sich der Kommissionär umsonst bemühen haben, falls der Kommittent nicht liefert, weil seinem Lieferanten ein Lieferverbot auferlegt wurde⁴⁵. So wie man in der ersten Variante argumentieren könnte, eine wesentliche Störungsquelle liege in der Person des Vorlieferanten, so kommt man in der zweiten Variante nicht umhin, festzustellen, daß der Kommittent den leistungsunfähigen Vorlieferanten ausgewählt hatte. Die Lösung des Problems hat bei der Feststellung anzusetzen, daß dem Kommissionär das Provisionsrisiko normalerweise auferlegt wird, weil er – generalisiert – es in der Hand hatte, einen leistungsfähigen Dritten als Partner des Ausführungsgeschäftes auszuwählen. Beruht jedoch die Ursache dafür, daß der Dritte nicht leistet, auf einem Umstand, der in der Sphäre des Kommittenten seinen Ursprung hatte oder sich dort zunächst auswirkte, so besaß typischerweise der Kommittent die besseren Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten. Der Kommittent hat deshalb in solchen Konstellationen das Provisionsrisiko auf sich zu nehmen (§ 396 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz HGB). Es ist mithin z. B. gleichgültig, ob der Dritte nicht programmgemäß zahlt, weil ihm der Kommittent mangelhafte Ware geliefert hat oder infolge der Leistungsunfähigkeit seines Vorlieferanten gar nichts geliefert hat. Sollte die aus der Sphäre des Kommittenten stammende oder sich in ihr zuerst auswirkende Störung unvorhersehbar gewesen sein, so ist dies normalerweise irrelevant. Der Kommissionär kann nämlich seinen Provisionsanspruch auch auf den Gedanken stützen, daß auch er selbst die Störung in keiner Weise besser zu steuern und aufzufangen in der Lage war und daß ihn der Kommittent zum Einsatz seiner Arbeitskraft und Organisation veranlaßt hatte⁴⁶. Verwei-

41 So Knütel, ZHR 137 (1973) S. 285, 314. Siehe dazu auch oben bei Fn. 11.

42 Zu den Begriffen siehe oben bei Fn. 12.

43 Ebenso RGZ 53 S. 371; Baumbach/Duden, HGB (Fn. 5), § 384 Anm. 4 c; Dürringer/Hachenburg/Lehmann, HGB (Fn. 5), § 384 Anm. 68; Schmidt-Rimpler, a.a.O. (Fn. 5), S. 848 m. w. Nachw.; ablehnend Knütel, ZHR 137 (1973) S. 285, 310 ff.; Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 384 Anm. 46, jeweils m. Nachw.

44 Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 396 Anm. 16; Schmidt-Rimpler, a.a.O. (Fn. 5), S. 802.

45 Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 396 Anm. 16; ähnlich RGRK z. HGB – Ratz (Fn. 1), § 396 Anm. 5; Schmidt-Rimpler, a.a.O. (Fn. 5), S. 803; Gierke/Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. I (Fn. 38), S. 466 m. Nachw.

46 Zu eng daher Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl. 1928, S. 171.

gern darf der Kommittent ausnahmsweise die Provisionszahlung jedoch dort, wo das Hindernis, das sich zuerst in seiner Sphäre ausgewirkt hatte, gleichzeitig auch anderen potentiellen Vertragspartnern des Kommissionärs die Durchführung unmöglich gemacht hätte⁴⁷. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an das Beispiel, daß der Kommissionär auf den Verkauf von Waren in das Ausland spezialisiert ist und die Durchführung des Ausführungsgeschäftes daran scheitert, daß ein Exportverbot ergeht.

III. Weisungsverstoß im Sinne des § 385 Abs. 1 HGB und die Aufwands-, Provisions- sowie Leistungsgefahr

1. Die Restriktion des § 385 Abs. 1 HGB im Falle unverschuldeter Weisungsverstöße

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß dem Kommissionär das Aufwandsrisiko nur bei Sorgfaltsverstößen auferlegt werden darf, scheint § 385 Abs. 1 HGB zu statuieren. Danach braucht der Kommittent das Ausführungsgeschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen, wenn der Kommissionär nicht gemäß seinen Weisungen gehandelt hat. „Nicht für seine Rechnung gelten lassen“ heißt, daß der Kommissionär weder Ersatz der mit dem Ausführungsgeschäft zusammenhängenden⁴⁸ Aufwendungen noch Provision verlangen darf, es sei denn, daß der Kommittent die Abweichung genehmigt⁴⁹. Nach dem Wortlaut des § 385 Abs. 1 HGB tritt diese Rechtsfolge auch dann ein, wenn den Kommissionär kein Verschulden am Weisungsverstoß trifft. In der Literatur wird diese Vorschrift damit gerechtfertigt, der Gesetzgeber trage mit ihr dem Umstand Rechnung, daß der Kommissionär mit einem Ausführungsgeschäft, das nicht den Weisungen entspreche, nur einen untauglichen Erfüllungsversuch gemacht habe⁵⁰. Der Kommittent, der das Geschäft zurückweise, mache nur geltend, daß das Ausführungsgeschäft keine Erfüllung des Kommissionsvertrages darstelle. Deshalb dürfe der Kommissionär, der sich nicht entsprechend den Weisungen des Kommittenten verhalte, die von ihm getätigten Aufwendungen nicht den Umständen nach für erforderlich halten (§ 670 BGB)⁵¹.

Diese Erklärung ist jedenfalls im Hinblick auf das Aufwandsrisiko nicht voll stichhaltig. Wie oben herausgearbeitet wurde, kann der Kommissionär den Ersatz der Aufwendungen auch dann verlangen, falls ein Ausführungsgeschäft nicht zustande gekommen ist, selbst wenn die Ursachen hierfür in seiner Sphäre lagen. Die Abwälzung der Aufwendungen scheidet nur dort, wo er nach sorgfältiger Prüfung aller Umstände erkennen mußte, daß die Aufwendungen nach verständigem Ermessen nicht zu dem angestrebten Ziele führen würden⁵². Auf den Umstand allein, daß der weisungswidrige Abschluß eines Ausführungsgeschäftes nicht zur Erfüllung des Kommissionsvertrages führt, kann demnach § 385 Abs. 1 HGB nicht gestützt werden⁵³.

Auch die Parallele zu § 670 BGB versagt, falls der Weisungsverstoß nicht schuldhaft war. In der Regel wird zwar der Abschluß eines Ausführungsgeschäftes unter Mißachtung von Weisungen von einem Verschulden des Kommissionärs begleitet sein. Das gilt vor allem dann, wenn man den Begriff der „Weisung“ eng im Sinne konkret formulierter Handlungs- oder Unterlassungsprogramme faßt. Hat der Kommissionär z. B. die Weisung vergessen, so beruht dies auf fahrlässigem Verhalten. Schuldhaft sind auch Interpretationsfehler, falls der Kommissionär die Weisung richtig verstehen mußte⁵⁴. Übergeht er willentlich die Weisung, so wird ihm dies gemäß §§ 385 Abs. 2 HGB, 665 BGB nur dann zugerechnet, wenn er nach verständigem Ermessen nicht annehmen durfte, daß der Kommittent eine Abweichung billigen würde. Es sind aber auch durchaus Weisungsverstöße vorstellbar, die ohne Verschulden des Kommissionärs erfolgen⁵⁵. Man stelle sich nur vor, daß sich bei der Übermittlung einer Weisung auf telegrafischem Wege an eine Filiale ein Übermittlungsfehler einschleicht oder daß dem Kommissionär eine Weisung zugegangen ist, die dem Kommissionär ohne dessen Verschulden nicht rechtzeitig zur Kenntnis gelangt ist.

Es zeigt sich in diesen Fällen ein gravierender Widerspruch einerseits zwischen der für den Kommissionsvertrag als Geschäftsbesorgungsverhältnis charakteristischen Verteilung des Aufwandsrisikos, die in den §§ 396 Abs. 2 HGB, 670 BGB ihren Niederschlag gefunden hat, und andererseits der dem Wortlaut des § 385 Abs. 1 HGB zu entnehmenden Regelung der Aufwandsgefahr. Von daher stellt sich die Frage, ob § 385 Abs. 1 HGB nicht zu restringieren ist, soweit er das Aufwandsrisiko regelt.

§ 385 Abs. 1 HGB erlaubt dem Kommittenten, weisungswidrige Ausführungsgeschäfte zurückzuweisen und/oder Schadensersatz zu verlangen. Das Zurückweisungsrecht entlastet den Kommittenten von dem unter Umständen schwierig zu führenden Nachweis eines Schadens⁵⁶. Gleichzeitig gibt es ihm ein Druckmittel an die Hand, den Kommissionär, der den Verlust seines Aufwendersatz-⁵⁷ und Provisionsanspruches befürchten muß, zu zwingen, seine Weisungen zu beachten, auch wenn für den Kommittenten nur Affektationswerte auf dem Spiel stehen sollten. Geschäfte, die seinen Weisungen nicht entsprechen, braucht sich der Kommittent nicht aufdrängen zu lassen, ohne zugleich seinen Anspruch auf weisungsgemäße Ausführung aufgeben zu müssen⁵⁸.

Diese Funktionen werden nur unwesentlich ausgehöhlt, falls man das Zurückweisungsrecht im Hinblick auf den Aufwendersatzanspruch an ein Verschulden des Kommissionärs bindet⁵⁹; denn in aller Regel wird sich der Kommissionär für einen Weisungsverstoß ohnehin nicht exkulpieren können. Andererseits wird auf diese Weise der § 385 Abs. 1 HGB bruchlos in das allgemeine System des Kommissionsrechtes eingefügt⁶⁰, so wie man ja auch nach ganz h. M.⁶¹ die in § 385 Abs. 1 HGB statuierte Schadensersatzpflicht von einem Verschulden abhängig macht, um einen Bruch mit allgemeinen Prinzipien des Schadensrechts zu vermeiden.

Restringiert man § 385 Abs. 1 HGB in der hier vorgeschlagenen Weise, so hat die Zurückweisung bei einem unverschuldeten Weisungsverstoß zunächst nur die Folge, daß der Kommissionär für das Geschäft keine Provision verlangen kann und sich – soweit möglich – erneut um ein Ausführungsgeschäft bemühen muß⁶².

Die Zuweisung der Entgelt- und Leistungsgefahr an den Gläubiger nach Grundsätzen abstrakter Beherrschbarkeit und Absorption⁶³ belastet den Kommissionär nicht allzu sehr, wie die Wertung des § 396 Abs. 1 HGB erhellt. Trotz der Zurückweisung muß nämlich der Kommittent dem Kommissionär die mit dem weisungswidrigen Ausführungsgeschäft im Zusammenhang stehenden Lasten ersetzen. Wird er vom

47 So im Ergebnis wohl auch *Heymann/Kötter*, HGB (Fn. 10), § 396 Anm. 2.

48 Es geht hier um die Aufwendungen, die eingesetzt wurden, um zum weisungswidrigen Ausführungsgeschäft zu gelangen bzw. die aus einem weisungswidrigen Geschäft resultierenden Belastungen. Hat der Kommissionär schon vorher ohne Weisungsverstoß Aufwendungen getätigt, die nicht zu einem Ausführungsgeschäft geführt haben, so muß der Kommittent diese Aufwendungen trotz der Zurückweisung gemäß § 385 HGB ersetzen. Entsprechendes gilt für den Rücktritt gemäß §§ 325 f. BGB.

49 Die Genehmigung stellt die Annahme einer Offerte zum Abschluß eines Schuldabänderungsvertrages dar. Die Offerte liegt z. B. in der Anzeige des weisungswidrigen Geschäftes. Vgl. *Knütel*, ZHR 137 (1973) S. 285, 298 m. Nachw.

50 *Knütel*, ZHR 137 (1973) S. 285, 297 ff.; *Schmidt-Rimpler*, a.a.O. (Fn. 5). S. 860 f.; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (Fn. 1), § 385 Anm. 1.

51 *Knütel*, ZHR 137 (1973) S. 285, 330 f.

52 RGZ 149 S. 205; *Palandt/Thomas*, BGB, 37. Aufl., § 670 Anm. 2 c.

53 Zutreffend *Heymann/Kötter*, HGB (Fn. 10), § 385 Anm. 1.

54 Unzutreffend insoweit *Düringer/Hachenburg/Lehmann*, HGB (Fn. 5). § 385 Anm. 5; *Knütel*, ZHR 137 (1973) S. 285, 327.

55 Das verkennt *Heymann/Kötter*, HGB (Fn. 10), § 385 Anm. 2.

56 Insoweit erfüllt das Zurückweisungsrecht ähnliche Funktionen wie das Rücktrittsrecht gemäß den §§ 325 f. BGB. Letzteres greift nur dann ein, wenn eine weisungsgemäße Erledigung der Kommission unmöglich geworden sein sollte.

57 Es geht hier nur um die Aufwendungen, die im Rahmen des weisungswidrigen Vorgehens des Kommissionärs angefallen oder die gerade wegen der Abweichung des Kommissionärs von Weisungen im Lichte der Kommittenteninteressen nutzlos geworden sind.

58 Das wäre die Konsequenz eines Rücktritts gemäß § 326 BGB.

59 A. M. die h. M.: *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (Fn. 1), § 385 Anm. 12; *Schmidt-Rimpler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 864; *Heymann/Kötter*, HGB (Fn. 10), § 385 Anm. 2; *RGRK z. HGB - Ratz* (Fn. 1), § 385 Anm. 3.

60 Dies gilt auch dann, wenn der Kommissionär von der Weisung deshalb nichts wußte, weil ihm deren Zugang ohne sein Verschulden unbekannt geblieben war. § 647 BGB, der den Fortbestand des Auftrages nur in Situationen fingiert, in denen ein Auftrag anders als durch Widerruf erlischt, scheint zwar gegen diese These zu sprechen. § 647 BGB sagt jedoch nicht ausdrücklich, was beim bloßen Widerruf zu gelten habe. Man darf nun die Lösung der Frage, wann den Auftragnehmer das Aufwendersrisiko beim Widerruf trifft, nicht ausschließlich anhand der allgemeinen Zugangsvorschriften (§ 130 BGB) lösen. Vielmehr hat man auch hier für das Auftragsrecht zentralen Wertung des § 670 BGB Rechnung zu tragen.

61 Vgl. *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (Fn. 1), § 385 Anm. 6 m. w. Nachw.; a. A. *Heymann/Kötter*, HGB (Fn. 10), § 385 Anm. 2.

62 *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (Fn. 1), § 385 Anm. 8; *Knütel*, ZHR 137 (1973) S. 285, 299 ff., jeweils m. w. Nachw.

63 Bis zum Abschluß des Ausführungsgeschäftes kommen außerdem noch partiarische Risikozurechnungselemente zum Tragen. Dazu oben bei Fn. 31.

Kommissionär hierzu herangezogen, so muß dieser freilich die ihm aus dem weisungswidrigen Ausführungsgeschäft zugeflossenen Vorteile an den Kommittenten abführen.

Nach der grundsätzlichen Klärung der Position des § 385 Abs. 1 HGB ist noch dessen Reichweite im einzelnen zu untersuchen. Es geht dabei um die Frage, ob der § 385 Abs. 1 HGB auch bei Verstößen gegen allgemeine Vertragspflichten gilt, die bei Vertragsschluß vereinbart wurden oder sich aus dem dispositiven Recht ergeben. Ferner ist auf die Rolle des § 385 Abs. 1 HGB bei der Mißachtung von Weisungen im Abwicklungsstadium sowie in Fällen einzugehen, in denen es gar nicht zu einem Ausführungsgeschäft gekommen ist.

2. Begriff der Weisung in § 385 Abs. 1 HGB

Was zunächst die erste Frage anlangt, so ist im Einklang mit vielen Stimmen in der Literatur davon auszugehen, daß unter „Weisungen“ auch Pflichten des Kommissionärs zu verstehen sind, die bei Vertragsschluß vereinbart wurden, ja sogar auch Pflichten, die dem dispositiven Recht entspringen⁶⁴. Der Kommissionär muß seine allgemeinen Pflichten genauso gut kennen und beachten, wie die vom Kommittenten einseitig formulierten Handlungs- und Unterlassungsprogramme. Davon auszunehmen sind freilich Verstöße gegen reine Nebenpflichten. Bei ihnen wäre das Zurückweisungsrecht eine zu scharfe Waffe. Die unterschiedlichen Rechtsfolgen, die beispielsweise an den Verzug geknüpft sind, falls es um die Erfüllung von Hauptpflichten (§ 326 BGB) oder von Nebenpflichten (§ 286 Abs. 2 BGB) geht, signalisieren, daß das Gesetz dem Gläubiger das Recht, sich ohne Begründung vom Vertrag abzuwenden, nur geben will, wenn eine Hauptpflicht nicht richtig erfüllt wird. Damit soll verhindert werden, daß der Gläubiger sich bei der Verletzung von relativ zweitrangigen Pflichten von Verträgen löst, die für ihn unbequem geworden sind. Dieser Wertung ist auch im Rahmen des § 385 Abs. 1 HGB Rechnung zu tragen. Handelt der Kommissionär schuldhaft seinen Pflichten, in bestimmter Weise Rechenschaft zu legen, zuwider, so darf der Kommittent dies z. B. nicht dazu benutzen, ein Geschäft, durch das eine Einkaufskommission ausgeführt wurde, zurückzuweisen, weil die Einkaufspreise inzwischen erheblich gefallen sind. Die mit dem Zurückweisungsrecht immer verbundene Spekulationsgefahr gebietet eine Beschränkung des § 385 Abs. 1 HGB auf Hauptpflichten⁶⁵.

3. Relevanz eines Weisungsverstoßes in der Durchführungsphase

§ 385 HGB hat man grundsätzlich auch im Hinblick auf Hauptpflichten in der Durchführungsphase anzuwenden. Hierbei geht es vor allem um die Pflicht des Kommissionärs, das vom Dritten „Erlangte“ herauszugeben.

§ 385 Abs. 1 HGB kann zunächst einmal in den Konstellationen eingreifen, in denen dem Kommissionär die Herausgabe des „Erlangten“ unmöglich geworden ist, der Kommissionär aber nochmals ein weisungsgerechtes Ausführungsgeschäft tätigen könnte. Gibt man in solchen Fällen dem Kommittenten ein Zurückweisungsrecht mit der Konsequenz, daß der Kommissionär für seine bisherige Tätigkeit regelmäßig (bei schuldhaftem Verhalten) den gesamten⁶⁶ Aufwendersatz- sowie immer den Provisionsanspruch verliert und nochmals tätig werden muß, so kommt der Kommittent freilich in den Genuß einer Spekulationschance. Der Kommittent wird sich nämlich, jedenfalls bei schuldhaften Verstößen des Kommissionärs, nicht auf die Geltendmachung von Schadensersatz beschränken, sondern das Geschäft zurückweisen, falls nunmehr ein erneutes Ausführungsgeschäft günstiger abgeschlossen werden kann. Eine gewisse Spekulationschance ist indessen überall dort, wo zentrale Interessen eines Gläubigers zurechenbar verletzt werden, nichts Außergewöhnliches. Zu denken ist etwa an die Wahlmöglichkeit des Gattungskäufers zwischen Nachlieferung und Wandelung (§ 480 BGB). Gleiches gilt für die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz, die § 325 BGB eröffnet. Wird z. B. die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Grundes endgültig unmöglich, so wird sich der Gläubiger immer für den Rücktritt entscheiden, wenn das Geschäft inzwischen für ihn ungünstig geworden ist. Dem hier vertretenen Standpunkt zufolge gehört die Pflicht des Kommissionärs, das „Erlangte“ herauszugeben, zu den im Synallagma stehenden Pflichten. Wird die Herausgabe und zugleich der Neuabschluß eines vertragsgemäßen Ausführungsgeschäftes unmöglich⁶⁷, so findet ohnehin § 325 BGB mit der für ihn charakteristischen Spekulationschance Anwendung⁶⁸. Der Wert der Spekulationsmöglich-

lichkeit bzw. die Risikobelastung des Kommissionärs wird nur unwesentlich erhöht, wenn der Kommissionär im Falle einer Zurückweisung wegen verschuldeter Mißachtung der Weisungen den Provisions- sowie Aufwendersatzanspruch verliert⁶⁹ und sich darüber hinaus nochmals zu den früher vereinbarten Vergütungssätzen um ein neues Ausführungsgeschäft bemühen muß. Dieses Risiko ist auch für kapital- und marktschwache Geschäftsbesorgungskommissionäre ohne weiteres tragbar.

Bei bloßen weisungswidrigen Verzögerungen der Herausgabe des „Erlangten“ kann § 385 Abs. 1 HGB allerdings nur mit gewissen Modifikationen angewandt werden; sonst wird die Spekulationsgefahr, der der Kommissionär ausgesetzt wäre, unzumutbar groß. Würde man die Zurückweisung des Ausführungsgeschäftes schon bei jeder – verschuldeten – Verzögerung der Herausgabe zulassen, so wäre der Kommittent in der Lage, sich nur zu leicht von Geschäften zu lösen, die, wie sich herausgestellt hat, bei erneuter Vornahme wesentlich gewinnbringender abgeschlossen werden könnten. In § 25 Abs. 1 DepG hat der Gesetzgeber für die Effektenkommission das Zurückweisungsrecht von einer verschuldeten Verzögerung der Übersendung des Stückeverzeichnisses sowie davon abhängig gemacht, daß der Kommittent dem Kommissionär eine auf 3 Tage fixierte Nachfrist setzt. Damit wollte der Gesetzgeber nicht die Rechtsstellung des Kommissionärs verbessern, sondern sogar die des Kommittenten verstärken. Er setzte den § 25 Abs. 1 DepG in Parallele zu Art. 356 ADHGB⁷⁰, der für den Rücktritt ähnlich wie die §§ 326, 636 Abs. 1 i. V. m. § 634 Abs. 1 BGB fordert, daß der Gläubiger dem säumigen Schuldner eine angemessene Nachfrist gesetzt hat, innerhalb der der Schuldner das Versäumte nachholen kann. Für das allgemeine Kommissionsrecht ist deshalb die Wertung der §§ 326, 636 BGB, 25 DepG bei der Interpretation des § 385 Abs. 1 HGB zu berücksichtigen. Daraus folgt, daß der Kommittent das Ausführungsgeschäft bei schuldhafter Verzögerung der Herausgabe nur nach angemessener Fristsetzung⁷¹ voll zurückweisen und nochmalige Ausführung verlangen kann. Neben dem Zurückweisungsrecht steht dem Kommittenten natürlich auch der Rücktritt gemäß § 326 BGB offen.

IV. Aufwands- und Provisionsrisiko bei der Selbsteintrittskommission

1. Aufwandsrisiko

Gemäß § 403 HGB kann der Kommissionär bei der durch Selbsteintritt ausgeführten Kommission die regelmäßig vorkommenden Kosten berechnen. Nach allgemeiner Ansicht ist er hierauf aber nicht beschränkt. Sind ihm außergewöhnliche Kosten entstanden, so soll er auch deren Ersatz fordern können⁷². Begründet wird dies damit, daß der Kommittent im Falle eines Selbsteintrittes nicht besser gestellt werden dürfe als bei der normalen Kommission. Dem könnte man hinzufügen, daß auch der Kommissionär, der den Auftrag durch Selbsteintritt erledigt, verpflichtet sei, vorrangig die Interessen des Kommittenten wahrzunehmen. Er sei zwar nicht gehalten, für den Kommittenten ein Ausführungsgeschäft abzuschließen. Nach § 401 Abs. 2 HGB habe er aber dem Kommittenten zumindest den Preis zu berechnen, den er im Rahmen eines Deckungsgeschäftes erzielt habe, das er aus Anlaß des Auftrages vereinbart habe. Sei ein derartiges Deckungsgeschäft – im Vergleich zu normalen Markt- oder Börsengeschäften – nur mit über den regelmäßigen Kosten liegendem

64 Vgl. Knütel, ZHR 137 (1973) S. 285, 287 ff. m. w. Nachw.; a. A. Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 385 Anm. 3.

65 Darüber hinaus darf der Weisungsverstoß nicht lediglich geringfügig sein. Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 385 Anm. 9.

66 Vgl. dazu Fn. 57.

67 Eine Konkretisierung der Pflichten des Kommissionärs auf ein bestimmtes Ausführungsgeschäft, das er weisungsgemäß abgeschlossen hatte, findet nicht statt, falls dem Kommissionär auch die Durchführung der Kommission obliegt. Die Frage, ob die Leistung noch möglich ist, hängt deshalb wesentlich davon ab, wie der Erfüllungszeitraum bemessen ist.

68 A. A. Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 384 Anm. 53.

69 Der Begriff „verlieren“ ist nicht rechtstechnisch zu verstehen, sondern besagt nur, daß der Kommissionär mangels Genehmigung des Weisungsverstoßes nicht ordentlich erfüllt hat.

70 Amtliche Begründung zum Depotgesetz, abgedruckt bei Opitz, DepG, 2. Aufl., S. 481 f.; vgl. ferner Heinsius/Horn/Than, DepG, § 25 Anm. 1, 18 ff.: § 25 DepG schließt die allgemeinen Vorschriften des BGB nicht aus.

71 Ebenso im Ergebnis Knütel, ZHR 137 (1973) S. 285, 320 ff.

72 Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 1), § 403 Anm. 6 m. Nachw.

Aufwand möglich, den der Kommissionär nicht voll auf den Kommittenten abwälzen könne, so werde der Kommissionär derartige Deckungsgeschäfte auch nicht abschließen, selbst wenn die angebotenen Konditionen das außergewöhnliche Deckungsgeschäft per Saldo als günstiger erscheinen lassen. Mit den gleichen Argumenten könnte man den Kommissionär auch von der Gefahr schuldlos fehlgeleiteter Aufwendungen befreien.

Im Ergebnis ist jedoch diese Argumentation nicht voll haltbar. Der Gesetzgeber ging nämlich bei der Schaffung des § 403 HGB davon aus, daß der Kommissionär im Falle des Selbsteintritts vom eigenen Lager liefert bzw. für das eigene Lager kauft oder auf eigene Rechnung ein Deckungsgeschäft abschließt. In solchen Konstellationen werden nicht „zum Zwecke der Ausführung des Auftrages“ Aufwendungen gemacht. Da der Kommissionär trotz des Selbsteintritts nur die auf der dem Kommissionär vor- bzw. nachgelagerten Marktstufe geltenden Preise und sonstige Konditionen in Rechnung stellen darf, muß er seine Geschäftskosten weiterwälzen können und eine angemessene Belohnung für seine Tätigkeit sowie sein Unternehmerrisiko erhalten. Anders als der Eigenhändler kann er diese Faktoren nicht im Rahmen der Handelsspanne berücksichtigen. § 403 HGB gleicht diesen Nachteil aus und gibt dem Kommissionär einen Anspruch auf Erstattung der durchschnittlichen Unkosten⁷³ sowie auf Provision⁷⁴. Genauso wie man dem Kommissionär erlaubt, die gewöhnlichen Unkosten weiterzugeben, könnte man ihm freilich auch gestatten, die außerordentlichen Kosten sowie Risiken an den Kommittenten weiterzuleiten. Dabei hat man jedoch zwei Faktoren zu berücksichtigen.

Der selbsteintretende Kommissionär verfügt zum einen typischerweise über eine relativ starke Marktstellung und besitzt ausreichendes Kapital. Er ist nicht darauf angewiesen, Risiken einzeln abzuwälzen. Im Interesse einer Optimierung der Gefahrenabwehr und einer besseren Risikoabsorption⁷⁵ ist dem selbsteintretenden Kommissionär deshalb durchaus zuzumuten, die mit der Ausführung und Abwicklung der Kommission verbundenen Risiken einzukalkulieren und dem Kommittenten in Form der regelmäßigen Kosten zu berechnen. Zum anderen ist aus der Sicht des Kommittenten die Gefahr auch nicht so gravierend, daß der Kommissionär auf Geschäfte zusteuert, die für ihn mit geringen Risiken verbunden sind, obwohl andere Geschäfte dem Kommittenten einen höheren Nutzen bringen könnten. Der Kommissionär hat nämlich gemäß § 400 HGB ohne Rücksicht auf das konkrete Deckungsgeschäft zumindest den normalen Börsen- oder Marktpreis, gegebenenfalls sogar einen besseren Preis in Rechnung zu stellen, den er nachweisbar bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erzielen können (§ 401 Abs. 1 HGB). Insoweit kann sich der aus einer Risikobelastung resultierende Anreiz zu einer Vernachlässigung der Kommittenten-Interessen nicht auswirken.

Es bleiben allerdings die Fälle des § 401 Abs. 2 HGB, der vorschreibt, daß der Kommissionär keinen ungünstigeren Preis berechnen darf, als in einem Deckungsgeschäft vereinbart ist, das er aus Anlaß der Kommission verabredet hatte. Ein Vergleich mit § 401 Abs. 1 HGB zeigt, daß sich der Kommissionär hier im Rahmen eines treuegebundenen, aber wegen der Notwendigkeit von Risiko- und Chancenbeurteilungen weitgehend im Subjektiven bleibenden Ermessensspielraum bewegen kann⁷⁶. Es liegt hier deshalb nahe, den Kommissionär von außergewöhnlichen Aufwendungen sowie von „Aufwandsrisiken“ freizustellen und ihn nicht lediglich auf eine selbstverantwortliche Risikokalkulation zu verweisen. Andernfalls würde die Gefahr bestehen, daß der Kommissionär Deckungsgeschäfte, die nur unter außergewöhnlichen Kosten erreichbar sind, nicht eingeht, sofern ihm kein Pflichtverstoß nachgewiesen werden könnte. Außerdem ist zu besorgen, daß er zur Minimierung seines Risikos die Kosten für Deckungsgeschäfte möglichst gering hält. Es stellt sich aber die Frage, ob dem Kommittenten mehr mit der Chance der Konditionen aus besonders günstigen Deckungsgeschäften oder mit einer größeren Kosten- und Risikobelastung des Kommissionärs gedient ist.

Gemäß § 400 Abs. 2 HGB braucht der Kommissionär, der nachweist, daß der von ihm berechnete Preis dem Börsen- oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung entspricht, nicht weiter Rechenschaft abzulegen. Diese Regelung benutzten viele Kommissionäre, die mit Hilfe günstigerer Deckungsgeschäfte erzielten Gewinne nicht an den Kommittenten abzuführen; denn sie legten den Abschluß des Deckungsgeschäftes

nicht offen und rechneten auf der Basis des Börsen- bzw. Marktpreises ab. Derartige Kursschnitte sind zwar gemäß § 401 Abs. 2 HGB untersagt. Man ist sich jedoch darin einig, daß § 401 Abs. 2 HGB zur Verhinderung von Kursschnitten ein recht ungeeignetes Instrument darstellt, da der Kommissionär über seine Deckungsgeschäfte keine Rechenschaft ablegen muß⁷⁷. Es besteht also immer die Gefahr, daß der Kommittent – treuwidrig – nicht in den Genuß der Konditionen eines aus seiner Sicht optimalen Deckungsgeschäftes gelangt. Andererseits ist immer damit zu rechnen, daß sich der Kommissionär nur dort auf ein Deckungsgeschäft be ruht⁷⁸, wo es außergewöhnliche Kosten verursacht oder Risiken mit sich gebracht hat.

Aus dieser Perspektive heraus erscheint es wenig zweckmäßig, die Kostenentlastung und Risikoverteilung so zu regeln, daß dem Kommissionär möglichst wenig Steine auf den Weg zu einem aus der Sicht des Kommittenten optimalen Deckungsgeschäftes gelegt werden. Vielmehr sollte man das Schwergewicht auf eine für normale Austauschverträge übliche Risikobelastung und auf eine Kostenberechnung legen, die dem Kommittenten keine außergewöhnlichen, überdurchschnittlichen Kosten aufbürdet, wenn man ihn schon nicht an unterdurchschnittlichen Kosten sowie gegebenenfalls sicher an überdurchschnittlichem Nutzen teilhaben läßt.

Daraus folgt, daß auch der selbsteintretende Kommissionär zu fremdnützigem Verhalten verpflichtet ist und das Deckungsgeschäft abzuschließen hat, das als Ausführungsgeschäft am besten den Interessen des Kommittenten entsprechen würde. Er hat die Konditionen dieses Deckungsgeschäftes dem Kommittenten zugute kommen zu lassen. War das Deckungsgeschäft nur unter Einsatz außergewöhnlicher Kosten realisierbar, so darf er gleichwohl nur die regelmäßig vorkommenden Kosten berechnen (§ 403 HGB). Dabei ist freilich nach verschiedenen Typen von Deckungsgeschäften zu differenzieren.

Deckungsgeschäfte an einem auswärtigen Börsenplatz ziehen z. B. regelmäßig höhere Kosten nach sich als die am Niederlassungsort des Kommissionärs. Außergewöhnliche Kosten darf der selbsteintretende Kommissionär mithin nur nicht konkret abwälzen. Das Risiko, daß solche Kosten entstehen können, hat er vielmehr in seine Provisionsforderung⁷⁹ einzukalkulieren. Das ist dem selbsteintretenden Kommissionär, der typischerweise zu den markt- und kapitalkräftigen Marktpartnern gehört, durchaus zuzumuten.

Gleiches gilt für den Fall, daß der Kommissionär kein passendes Deckungsgeschäft zustande bringt. Hatte der Kommissionär die Wahl zwischen Selbsteintritt und normaler Ausführung der Kommission, so wird er freilich ohnehin auf der Grundlage der Regeln über die Geschäftsbesorgungskommission abrechnen. Es kann aber auch durchaus sein, daß die Parteien vereinbart haben, die Kommission könne nur mittels Selbsteintritt ausgeführt werden (z. B. § 29 Abs. 1 AGB der Banken). Dann darf der Kommissionär seine vergeblichen Aufwendungen für den Abschluß eines Deckungsgeschäftes nicht auf den Kommittenten abwälzen. § 403 HGB spricht

73 Daß dadurch Kommissionäre begünstigt werden, die die Mehrzahl der Kommissionen durch Kompensation ausführen können, ist ebenso hinzunehmen, wie die höheren Gewinne sonstiger besonders kostengünstig arbeitender Unternehmen.

74 Vgl. Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1857, S. 738 f.; *Schmidt-Rimpler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 1043.

75 Dazu oben bei Fn. 12.

76 *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (Fn. 1), § 401 Anm. 4 f.

77 Vgl. *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (Fn. 1), § 400 Anm. 5, 65.

78 Dann ist er nach Ansicht derjenigen Autoren, die auch die Abwälzung außergewöhnlicher Kosten zulassen, verpflichtet, über das Deckungsgeschäft Rechenschaft abzulegen. Vgl. *Schmidt-Rimpler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 1045; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (Fn. 1), § 403 Anm. 6.

79 § 403 HGB spricht von gewöhnlicher Provision. Darunter wird die Provision verstanden, die der Kommissionär fordern dürfte, wenn er die Kommission durch ein Ausführungsgeschäft ausgeführt hätte. Steht – faktisch oder vereinbarungsgemäß – von vornherein fest, daß die Kommission durch Selbsteintritt ausgeführt wird, so hindert nichts eine Abrede über risikodeckende Provisionen. Hat der Kommissionär die Provision in Hinblick auf eine Erledigung durch ein Ausführungsgeschäft kalkuliert und den besonderen Risiken der Selbsteintrittskommission keine Rechnung getragen, so braucht er auch nicht den Selbsteintritt zu erklären, wenn ihm ein Geschäft mit einem Dritten nur unter Einsatz ganz außergewöhnlicher Kosten möglich war. Ein derartiger „Rückzug“ auf die „normale“ Ausführung der Kommission scheidet freilich aus, wenn die Ausführung durch Selbsteintritt vereinbart worden ist (z. B. Nr. 29 Abs. 1 AGB der Banken).

nämlich davon, daß der Kommissionär „liefert“ oder „übernimmt“, nicht davon, daß er sich um Deckung bemüht hat. Diese Regelung ist aus denselben Gründen sachgerecht, die es als angebracht erscheinen lassen, dem selbsteintretenden Kommissionär nur die Berechnung der üblichen Kosten zu gestatten.

Ebensowenig darf sich der Kommissionär darauf berufen, der Partner des Deckungsgeschäftes habe nicht geleistet und er habe deshalb nochmals für den Abschluß eines weiteren Deckungsgeschäftes sorgen müssen. Die Auswahl eines leistungsfähigen Partners kann vom Kommissionär typischerweise besser gesteuert, die Risiken können von ihm besser einkalkuliert werden. Hinzu kommt, daß der Kommissionär mit dem Selbsteintritt ein eigenes Leistungsversprechen abgegeben hat. Er hat damit die Rolle eines Käufers bzw. Verkäufers übernommen. Kann er seine Verpflichtung nur unter zusätzlichen Anstrengungen erfüllen, so hat er diese Lasten nach den für den Kaufvertrag geltenden Grundsätzen auf sich zu nehmen. Die erhöhte Risikobelastung fördert zwar die Neigung des Kommissionärs, der eigenen Risikominimierung vor einer Optimierung des Nutzens des Kommittenten den Vorzug zu geben. Dies ist jedoch zugunsten einer vom Kommittenten besser übersehbaren Aufwandsbelastung hinzunehmen.

Auch in späteren Phasen der Abwicklung der durch Selbsteintritt ausgeführten Kommission sind im Hinblick auf das Aufwandsrisiko grundsätzlich die kaufrechtlichen⁸⁰ Risikoverteilungsprinzipien heranzuziehen. So hat der Kommissionär die volle Gefahr zu tragen, daß die zu liefernde Ware bei ihm untergeht. Bei der Verkaufskommission, bei der der Kommissionär die Ware „übernimmt“, finden die §§ 446 f. BGB Anwendung. Hat beispielsweise der Kommittent an den Kommissionär geliefert und geht die Ware vor Übereignung beim Kommissionär unter, so hat der Kommissionär die normale Preisgefahr zu tragen. Das bedeutet, daß er von den Preisen im Sinne der §§ 400 f. HGB u. a. die gewöhnlichen, pauschalierten Aufwendungen (§ 403 HGB) in Abzug bringen kann⁸¹; denn der gemäß den §§ 400 f. HGB geschuldete Preis ist an den Verhältnissen der nächsten Marktstufe orientiert und damit um Aufwendungen und Provision gleichsam überhöht. Eine Abweichung von kaufrechtlichen Regeln ist indessen dort angebracht, wo der Kommittent das Risiko einer Leistungsstörung besser zu beherrschen und einzukalkulieren in der Lage ist. Dabei ist z. B. an die Konstellation zu denken, in der bei einer Verkaufskommission die Ware vor Lieferung beim Kommittenten untergeht. Traf den Kommittenten hierbei kein Verschulden, so braucht er keinen Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses zu zahlen (§ 323 BGB). Dies steht jedoch einem Aufwandsersatzanspruch nicht im Wege, der im Unterschied zum Schadensersatzanspruch von vornherein fest umrissen und daher leicht kalkulierbar ist. Die Gefahr eines solchen Aufwandsersatzanspruches hat der Kommittent auf sich zu nehmen, wenn die Störung seiner Sphäre entsprang oder sich zuerst in ihr auswirkte.

2. Provisionsrisiko

Herrschender Ansicht⁸² zufolge soll auch bei der Selbsteintrittskommission das Provisionsrisiko nach Maßgabe des § 396 Abs. 1 HGB verteilt werden. Auf den ersten Blick scheint § 396 HGB auf die Selbsteintrittskommission nicht ganz zu passen; denn § 396 Abs. 1 Satz 1 HGB hat das Recht, den Anspruch auf Provision geltend zu machen, bis zur Ausführung des Geschäftes, d. h. Leistung des Dritten, hinausgeschoben, um den Kommissionär zu bewegen, nur mit leistungsfähigen Dritten abzuschließen⁸³. Bei der Selbsteintrittskommission wird indessen ein eigenes Leistungsversprechen des Kommissionärs wirksam. Außerdem – so kann man sagen – soll der Provisionsanspruch gemäß § 403 HGB dem selbst eintretenden Kommissionär letztlich nur dazu verhelfen, daß er die Preise bezahlen muß oder zu Preisen liefern muß, die für seine Marktstufe gelten, obwohl die gemäß § 400 f. HGB zu berechnenden Preise den Märkten auf der vor- bzw. nachgelagerten Stufe entnommen sind. Deutlich wird dies z. B. bei der Verkaufskommission. Tritt der Kommissionär selbst ein, so hat er Preise zu bezahlen, die ein Dritter auf den nachgelagerten Handelsmärkten zahlen würde, kann seinerseits aber mit der Provisionsforderung aufrechnen und kommt so auf einen für seine Handelsstufe gültigen Einkaufspreis. Diese Argumentation verkennt jedoch, daß der selbst eintretende Kommissionär nicht beliebige Preise in Rechnung stellen darf. Er muß sich vielmehr als Interessenwahrer des Kommittenten betätigen und darf deshalb nur Preise zugrunde

legen, zu denen er bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt die Kommission ausführen konnte (§ 401 Abs. 1 HGB). Auch der Kommissionär, der selbst eintritt, ist eben nicht ausschließlich Käufer oder Verkäufer. Das gilt auch dann, wenn er zum Börsen- oder Marktpreis eintritt. Voraussetzung dafür ist nämlich, daß er sich zuvor nach günstigeren Abschlußmöglichkeiten umgesehen hatte. Außerdem übernimmt der Kommissionär, der selbst eintritt, ohne zuvor ein Deckungsgeschäft abgeschlossen zu haben, die Gefahr, daß sich die Konditionen auf den Märkten, deren Preise für die Abrechnung maßgeblich sind (§ 400 HGB), bis zum Abschluß eines eigenen Deckungsgeschäftes zu seinem Nachteil verändern. Ein normaler Käufer oder Verkäufer hätte dieses Risiko bei der Preisbildung berücksichtigen können. Auch bei der Selbsteintrittskommission tritt mithin das Geschäftsbesorgungselement nicht gänzlich in den Hintergrund. Das rechtfertigt es, auch bei der Selbsteintrittskommission den § 396 Abs. 1 HGB mit der Modifizierung auf den § 403 HGB anzuwenden, daß an Stelle des Dritten die Leistung des Kommissionärs tritt. Der Kommissionär braucht sich also nicht als bloßen Käufer bzw. Verkäufer behandeln zu lassen. Die wesentlichste Konsequenz dieses Interpretationsansatzes liegt darin, daß der Kommissionär, der bei einer Verkaufskommission selbst eintritt, Provision fordern kann, auch wenn dem Kommittenten (Verkäufer) die Lieferung der versprochenen Ware ohne sein Verschulden aus Gründen, die seiner Sphäre entsprangen oder sich in ihr zunächst ausgewirkt haben, unmöglich wird.

3. Aufwands- und Provisionsrisiko bei Weisungsverstößen

§ 385 HGB findet auf die Selbsteintrittskommission Anwendung. Der Kommittent kann also einen Selbsteintritt zurückweisen, der sich nicht im weisungsgemäßen Rahmen hält. Er kann sein Zurückweisungsrecht auch ausüben, wenn der Kommissionär seine ihm aus dem Kaufvertrag erwachsenen Hauptpflichten – trotz Nachfrist – nicht ordnungsgemäß erfüllt. Der Kommissionär ist dann gehalten, die Kommission nochmals – gegebenenfalls durch Selbsteintritt – auszuführen⁸⁴. Die Konsequenz einer wirksamen Zurückweisung ist zunächst, daß der Kommissionär keinerlei Provision fordern darf. Er kann aber auch nicht Aufwandsersatz verlangen, selbst wenn ihn an dem weisungswidrigen Verhalten kein Verschulden treffen sollte. § 403 HGB gibt dem Kommissionär lediglich einen Anspruch auf Ersatz der gewöhnlich vorkommenden Kosten und auch das nur, falls der Kommissionär selbst das Gut liefert bzw. übernimmt. Das Risiko nutzloser Aufwendungen wird – wie eben dargelegt wurde – dem selbst eintretenden Kommissionär nach verschuldensunabhängigen Prinzipien abstrakter Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit zugerechnet, wenn die Störungsquelle seiner Sphäre entsprang oder sich zunächst in ihr auswirkte⁸⁵. Dieser Grundsatz ist auch in den Konstellationen zu beachten, in denen der Kommissionär das Geschäft berechtigterweise nicht für sich gelten lassen braucht.

C. Zusammenfassung

1. Bei der Verteilung des Risikos nutzloser Aufwendungen, die bei der Aus- und Durchführung der Kommission angefallen sind, ist der Umstand zu berücksichtigen, daß der Kommissionär in aller Regel einen gewissen Ermessensspielraum besitzt. Damit dieses Ermessen nicht zu Lasten des Kommittenten ausgeübt wird, ist es sinnvoll, dem Kommissionär auch Aufwendungen zu ersetzen, die im Ergebnis nutzlos sind, sofern der Kommissionär deren Nutzlosigkeit nicht bei Einsatz der verkehrserforderlichen Sorgfalt vorhersehen konnte.
2. Daraus folgt insbesondere, daß ein unbeschränktes Zurückweisungsrecht (§ 385 HGB) bei der Geschäftsbesorgungskommission nur dort besteht, wo der Kommissionär schuldhaft gegen Weisungen verstoßen hat. Hatte er schuldlos gehandelt, so wirkt sich die Zurückweisung nur dahin aus, daß

⁸⁰ Soweit das zu besorgende Geschäft zum Typus der Kaufverträge gehört. Andernfalls gelten natürlich die besonderen Regeln der jeweils einschlägigen Vertragstypen.

⁸¹ Ebenso im Ergebnis *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (Fn. 1), § 403 Anm. 2.

⁸² *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (Fn. 1), § 403 Anm. 2; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1975, Anh. zu § 357 HGB Anm. 837; *Heymann/Kötter*, HGB (Fn. 10), § 403 Anm. 2; ähnlich *Schmidt-Rimpler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 1045 f.

⁸³ Siehe Fn. 37.

⁸⁴ Dazu oben bei Fn. 62.

⁸⁵ Vgl. dazu oben bei Fn. 78.

der Kommissionär nochmals das Geschäft auszuführen und mit dem zurückgewiesenen Geschäft keine Provision verdient hat; die Aufwendungen kann er jedoch ersetzt verlangen.

3. Der Provisionsanspruch entfällt, wenn dem Kommissionär die Herausgabe des aus der Kommission „Erlangten“ unmöglich wird. Andererseits behält der Kommissionär in aller Regel den Provisionsanspruch, falls der Dritte nur deshalb nicht leistet, weil der Kommittent aus einem in seiner Sphäre liegenden oder ihr entspringenden Grund nicht in der Lage ist, das zur Gegenleistung Erforderliche beizutragen. Die in § 396 Abs. 1 Satz 2 HGB verwandten Begriffe „aus einem in seiner Person liegenden Grund“ sind mithin weit auszulegen.

4. Bei der Selbsteintrittskommission ist es angebracht, den Kommissionär stärker mit Aufwands- und Provisionsrisiken zu belasten. § 403 HGB gibt zunächst die Handhabe dafür,

dem Kommissionär zu verbieten, nach Selbsteintritt außergewöhnliche Aufwendungen auf den Kommittenten abzuwälzen. Ob die Aufwendungen „gewöhnlich“ oder „außergewöhnlich“ sind, ist hierbei anhand typischer Geschäfte zu ermitteln. Der selbst eintretende Kommissionär darf ferner seine Aufwendungen – im Unterschied zum Geschäftsbesorgungskommissionär – grundsätzlich nur dann ersetzt verlangen, wenn er tatsächlich leistet. Die kaufrechtlichen Gefährtragungsgrundsätze finden weitgehend Anwendung. Eine Ausnahme gilt dort, wo der Grund dafür, daß der selbst eintretende Kommissionär nicht leistet, in der Sphäre des Kommittenten liegt oder sich dort zuerst bemerkbar gemacht hat. Gleiches gilt für die Provisionsforderung. Wird eine durch Selbsteintritt ausgeführte Kommission wegen Weisungsverstoßes zurückgewiesen, so ist dies ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Kommissionärs wirksam.