

5. Kommissionär und Kommissionsagent

Martin Trenker

Gliederung	Rz
I. Grundlagen	1
A. Einführung	1
B. Entwicklung und praktische Bedeutung	3
C. Definition des Kommissionärs	4
1. Außenverhältnis: Indirekte Stellvertretung	4
2. Innenverhältnis: Auftrag (§§ 1002 ff ABGB)	5
3. Kommissionsgut	6
4. Unternehmereigenschaft	8
5. Kommissionsagent	9
D. Rechtsquellen	11
E. Abgrenzung	12
II. Kommissionsvertrag	14
A. Abschluss des Kommissionsvertrags	14
B. Inhalt des Kommissionsvertrags	15
1. Überblick	15
2. Rechte des Kommissionärs	16
a) Provisionsanspruch (§ 396 Abs 1 UGB)	16
b) Aufwändersatzanspruch (§ 396 Abs 2 UGB)	22
c) Risikohaftungsanspruch (§ 1014 letzter HS ABGB)	25
d) Sicherungsrechte	26
3. Pflichten des Kommissionärs	32
a) Ausführungspflicht	32
b) Interessenwahrungspflicht	36
c) Weisungsbefolgung	39
d) Informationspflichten	42
e) Pflichten bei der Abwicklung des Ausführungsgeschäfts	46
f) Herausgabepflicht	51
g) Verwahrung des herauszugebenden Guts	55
4. Haftung des Kommissionärs	57
a) Grundsatz: Keine Haftung für Erfüllung des Ausführungsgeschäfts	57
b) Ausnahme: Delkrederehaftung	58
c) Schadenersatzpflicht als Sekundärpflicht	61
d) Beweislast	62
C. Rechtsstellung des Kommittenten	64
D. Beendigung	65
III. Ausführungsgeschäft	69
A. Vertragsverhältnis zwischen Kommissionär und Drittem	69
B. Kein Vertragsverhältnis zwischen Kommittent und Drittem	73
IV. Abwicklung von Ausführungsgeschäft und Kommission	76
A. Verkaufskommission	76
1. Kommissionsgut	76
2. Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft	79
a) Außenverhältnis	79
b) Innenverhältnis zwischen Kommittent, Kommissionär und Gläubigern	80

c) Aufrechnungsproblematik	81
3. Erlös aus dem Ausführungsgeschäft	82
4. Ersatzpflicht aus dem Ausführungsgeschäft	83
B. Einkaufskommission	84
1. Kaufpreis und Forderung auf Übertragung des Kaufgegenstands	84
2. Kaufgegenstand	85
a) Eigentumsübergang	85
b) Insolvenzrisiko	86
c) Untersuchungs- und Rügepflicht	88
d) „Annahmeverzug“ des Kommittenten	89
V. Selbsteintritt des Kommissionärs	90
A. Allgemeines	90
B. Voraussetzungen	91
1. Börsen- oder Marktpreis der Waren oder Wertpapiere	91
2. Vertragliche Vereinbarung	93
3. Aufrechter Kommissionsvertrag	95
4. Ausübung	96
C. Wirkung des Selbsteintritts	97
1. Entstehung eines Kaufvertrags – Verhältnis zum Kommissionsvertrag	97
2. Fortbestand der kommissionsrechtlichen Rechte und Pflichten	99
a) Interessenwahrungspflicht	99
b) Ausführungsanzeige	101
c) Preisfestsetzung	102
d) Provision, Aufwandsersatz und Sicherungsrechte des Kommissionärs	105
VI. Anzuwendendes Recht bei grenzüberschreitendem Bezug	108
A. Ausführungsgeschäft	108
B. Kommissionsvertrag	109
C. Verhältnis zwischen Kommittent und Drittem	110

Literatur:

Apathy, Drittschadensliquidation, JBl 2009, 69; *Avancini*, Ist § 392 Absatz 2 HGB auf die vom Kommissionär in Durchführung eines Kommissionsgeschäftes erworbenen Sachenrechte „analog“ anzuwenden? in FS Kastner (1972) 1; *Butschek*, Die Rechtsstellung des Treugebers bei der uneigennützigem Treuhand, JBl 1991, 364; *F. Bydlinski*, Die Risikohaftung des Arbeitgebers (1986); *W. Faber*, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht (2001); *Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse (1985); *G. Graf*, Aktueller Reformbedarf im Wertpapiergeschäft der Banken aufgrund der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, ÖBA 1999, 523; *Grundlach*, Die Anwendbarkeit des § 392 Abs 2 HGB auf das aus dem Ausführungsgeschäft Erlangte in der Insolvenz des Kommissionärs, DZWIR 2000, 449; *Grünhut*, Das Recht des Kommissionshandels (1879); *Hager*, Die Prinzipien der Mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980) 239; *Iro* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 7/73 ff; *Karner*, Rechtscheinwirkung des Besizes und Scheinermächtigung, JBl 2004, 486; *Knütel*, Weisungen bei Geschäftsbesorgungsverhältnissen, insbesondere bei Kommission und Spedition, ZHR 137 (1973) 285; *Koller*, Interessenkonflikte im Kommissionsverhältnis, BB 1978, 1733; *ders.*, Das Provisions- und Aufwandsrisiko bei der Kommission, BB 1979, 1725; *Leser*, Zum Entwurf eines einheitlichen Kommissionsgesetzes für den internationalen Handelsverkehr, ZHR 126 (1962) 118; *Lorenz*, Kommissionsgeschäft, in *Schlegelberger* (Hrsg), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes V (1936) 33; *Lukas*, Von liquidierbaren Drittschäden, anzurechnenden Vorteilen und unechten Gesamtschulden (Teil I), JBl 1996, 481; *Machowetz*, Kommissionär, in *Maultaschl/Schuppich/Stagel* (Hrsg), Rechtslexikon (1959); *Nußbaum*, Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsgeschäft (1917); *Oberhofer*, Die Risikohaftung wegen Tätigkeit in fremdem Interesse als allgemeines Haftungsprinzip, JBl 1995, 217; *ders.*, Außenhaftung des Arbeitnehmers (1996); *Oppitz* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Bankvertragsrecht VI² Rz 2/119 ff; *Pikart*, Mäklervertrag und Kommissionsgeschäft in

der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, WM 1956, 110; *Ch. Pollak*, Rechtsfragen des Verkaufsauftrages, JBl 1985, 646; *Ch. Rabl*, § 1026 ABGB und Konkurs des Machthabers, NZ 1997, 302; *Rasmus*, Das Selbsteintrittsrecht des Effektenkommissionärs, Bankrechtliche Sonderveröffentlichungen Köln V (1968); *H. Schmidt*, Treibstoffzuschläge provisionspflichtig? *ecolex* 1990, 744; *Schmidt-Rimpler*, Das Kommissionsgeschäft, in *Ehrenberg* (Hrsg), Handbuch des gesamten Handelsrechts V/1/2 (1928) 477; *Schwark*, Rechtsprobleme bei der mittelbaren Stellvertretung, JuS 1980, 777; *Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung (Habilschrift; 2012); *Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2014, 10; *Ulmer*, Der Vertragshändler (1969); *Wolter*, Effektenkommission und Eigentumserwerb (1979).

I. Grundlagen

A. Einführung

Nach der Legaldefinition des § 383 Abs 1 UGB ist **Kommissionär**, wer sich verpflichtet, **Waren** oder **Wertpapiere** unter **eigenem Namen**, aber auf **fremde Rechnung** zu kaufen oder zu verkaufen. Derjenige, auf dessen Rechnung gehandelt wird, ist der **Kommittent**. Da der Kommissionär – vorbehaltlich eines Selbsteintritts (§§ 400 ff UGB; unten Rz 90 ff) – ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten abschließen muss, begründet das Kommissionsgeschäft idR ein **dreipersonales Rechtsverhältnis**. Dementsprechend wird zwischen dem **Kommissionsvertrag** im Verhältnis des Kommissionärs zum Kommittenten (dazu Rz 14 ff) und dem sogenannten **Ausführungsgeschäft** differenziert, also dem Rechtsgeschäft des Kommissionärs mit dem Dritten auf Rechnung des Kommittenten (unten Rz 69 ff). Darüber hinaus wird noch das sogenannte **Abwicklungsgeschäft** unterschieden, also die Abwicklung der Kommission zwischen Kommittent und Kommissionär, insbesondere die Übertragung des durch das Ausführungsgeschäft Erworbenen (§ 384 Abs 2 HS 2 UGB; unten Rz 76 ff).¹ Dieses ist freilich mE nichts anderes als ein Aspekt der Erfüllung des Kommissionsvertrags (vgl auch § 1009 ABGB). Soweit die Übertragung von Sachenrechten erforderlich ist, handelt es sich dabei um das für den Eigentumserwerb des Kommittenten notwendige Verfügungsgeschäft.

Wichtigstes Kriterium der Kommission ist, dass der Kommissionär **im eigenen Namen** auftritt, also nur **mittelbarer Vertreter**, nicht aber Bevollmächtigter iSd §§ 1002 ff ABGB ist (unten Rz 12). Aus der genannten Definition ergibt sich ferner, dass grundsätzlich zwischen **Ein-** und **Verkaufskommission** zu differenzieren ist (unten Rz 76 und 84). Geringe Bedeutung kommt dagegen der Beschränkung auf Waren oder Wertpapiere zu (arg: § 383 Abs 1 S 2 UGB; dazu unten Rz 6).

B. Entwicklung und praktische Bedeutung

Historisch gewachsen ist das Kommissionsgeschäft insbesondere als bedeutsames Rechtsinstitut für den Warenkauf, vorwiegend an ausländischen oder fremden Handelsplätzen.² Die zeitlich weit zurückreichende Bedeutung dieses Vertragstyps zeigt sich bereits an der eingehenden Regelung im AHGB (Art 360–378), die in vielen Bereichen mit der aktuellen Rechtslage identisch ist. Gewandelt hat sich freilich die praktische Funktion insofern, als die Warenkommission wohl va bedingt durch die zunehmende Globalisierung aktuell stark an Bedeutung verloren hat, wenngleich sie gerade beim **Kunst-, Antiquitäten- und Sammlerhandel** noch ge-

¹ ZB *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 2 ff, insb Rz 5; *Büchle* in *U. Torggler*, UGB² § 383 Rz 18 ff.

² *Flohr/Pohl* in *Martinek ua*, Handbuch Vertriebsrecht § 31 Rz 1.

wisse Verbreitung findet.³ Häufig anzutreffen ist das Kommissionsgeschäft auch bei der Versteigerung, zu deren Ausführung sich Versteigerungsunternehmer kommissionsweise verpflichten.⁴ Die größte Relevanz kommt aber sicherlich der Wertpapier- und dabei insbesondere der **Effektenkommission** zu, wobei sich allerdings auch in diesem Bereich ein Wandel abzeichnet (unten Rz 90).⁵ Ein Sonderfall der Kommission ist das Speditionsgeschäft, für das freilich eigene Regelungen bestehen (§§ 407 ff UGB), die als *leges speciales* den §§ 383 ff UGB vorgehen.

C. Definition des Kommissionärs

1. Außenverhältnis: Indirekte Stellvertretung

- 4 Das Außenverhältnis, also das Ausführungsgeschäft, begründet der Kommissionär durch Handeln im eigenen Namen. Die Besonderheit besteht lediglich darin, dass er auf fremde Rechnung handelt, er ist somit **indirekter (mittelbarer) Stellvertreter**, wird also unmittelbarer Vertragspartner des Dritten.⁶ Dies ist bei der Einkaufskommission für den Dritten schon deshalb von geringem Interesse, weil die Abwicklung zwischen Kommissionär und Kommittent regelmäßig erst vorgenommen wird, nachdem das Ausführungsgeschäft mit dem Dritten abgewickelt wurde;⁷ zu beachten ist idZ auch, dass der Dritte oft nicht einmal wissen wird, ob der Kommissionär für fremde Rechnung tätig wird, weil dies anders als bei der direkten Stellvertretung nicht offengelegt werden muss.⁸ Bei der Verkaufskommission bedarf der Kommissionär indes einer Verkaufsermächtigung (vgl § 368 Abs 1 S 2 ABGB), weil er andernfalls nicht wirksam über das Kommissionsgut verfügen kann (§ 442 S 3 ABGB). Denn das Eigentum am Kommissionsgut bleibt im Zweifel beim Kommittenten (Näheres unten Rz 76),⁹ sodass das Ausführungsgeschäft nicht völlig losgelöst von der Sphäre des Kommittenten abgewickelt werden kann.

2. Innenverhältnis: Auftrag (§§ 1002 ff ABGB)

- 5 Das Innenverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär ist durch einen herkömmlichen **Geschäftsbesorgungsvertrag** iSd §§ 1002 ff ABGB bestimmt. Freilich sind jene Bestimmungen der §§ 1002 ff ABGB, die nicht den Auftrag, sondern die Vollmacht betreffen, also die direkte Stellvertretung, auf den Kommissionär als mittelbaren Stellvertreter (vorige Rz) grundsätzlich nicht, allenfalls ausnahmsweise analog, anzuwenden.

3. Kommissionsgut

- 6 § 383 Abs 1 S 1 UGB spricht nur vom Ein- oder Verkauf von **Waren und Wertpapieren**. Diese Einschränkung ist jedoch von geringer Bedeutung, weil § 383 Abs 1 S 2 UGB klarstellt, dass auch auf andere Geschäfte, die ein Unternehmer in eigenem Namen auf fremde Rechnung vornimmt, die Bestimmungen der §§ 383 ff UGB anzuwenden sind. Darunter fällt etwa der Abschluss eines Werkvertrags über die Härtung von Stahl¹⁰, die Vermietung fremder

³ ZB Roth/Fitz, Unternehmensrecht² Rz 977; Canaris, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 10.

⁴ ZB OGH 7 Ob 603/91 RdW 1992, 307; 4 Ob 167/09a RdW 2010, 148.

⁵ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 383 Rz 3.

⁶ OGH 1 Ob 196/98z ecolex 1999/247.

⁷ Vgl OGH R VII 229/8 AC 2793.

⁸ Büchele in U. Torggler, UGB² § 383 Rz 2.

⁹ OGH 1 Ob 670/90 JBl 1991, 805; 6 Ob 701/83 HS 14.208; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 383 Rz 24; Krejci, Unternehmensrecht⁵ 434.

¹⁰ OGH 7 Ob 239/56 EvBl 1956/329, 577.

Sachen¹¹ oder die Inkassokommission¹². Nach hM enthält auch der Wahrnehmungsvertrag zwischen Urheber und Verwertungsgesellschaft zumindest Elemente eines Kommissionsvertrags.¹³ Zweifellos Gegenstand eines Kommissionsgeschäfts kann seit Einführung des UGB auch der Verkauf oder Kauf von unbeweglichen Sachen sein.¹⁴

Terminologisch wurde zumindest vor dem HaRÄG 2005 von **uneigentlicher** oder **unechter Kommission** gesprochen, wenn Gegenstand der Kommission kein Handel mit Waren oder Wertpapieren war.¹⁵ Wie gesagt ist diese Unterscheidung grundsätzlich irrelevant. Je weiter sich das jeweils aufgetragene Geschäft vom klassischen Typus der Waren- oder Wertpapierkommission unterscheidet, desto eher ist freilich zu überprüfen, ob die jeweils anzuwendende Norm noch auf die konkrete Konstellation zugeschnitten oder nicht eine teleologische Reduktion geboten ist.¹⁶

7

4. Unternehmereigenschaft

Voraussetzung der Anwendung der Vorschriften über das Kommissionsgeschäft ist wegen seiner systematischen Stellung im 4. Buch des UGB mangels anderer Anordnung zwar nur, dass das Geschäft zumindest für eine der Parteien unternehmensbezogen ist (§ 345 UGB). Aus der ratio legis der §§ 383 ff UGB wird allerdings von der ganz hM abgeleitet, dass der **Kommissionär** – und nicht bloß der Kommittent – **Unternehmer** iSd §§ 1 ff UGB sein muss.¹⁷ Für ihn muss das konkrete Geschäft **unternehmensbezogen iSd § 343 Abs 2 UGB** sein, was aber nicht voraussetzt, dass er regelmäßig oder gar schwerpunktmäßig als Kommissionär auftritt (Zulässigkeit der „Gelegenheitskommission“).¹⁸ Die Unternehmensbezogenheit ist im Zweifel zu vermuten (§ 344 UGB). Fehlt es an der Unternehmereigenschaft, kommen grundsätzlich allein die §§ 1002 ff ABGB zur Anwendung. In vielerlei Hinsicht sind die §§ 383 ff ABGB freilich nichts anderes als die Konkretisierung gewisser Generalklauseln des Auftragsrechts, wie etwa der Interessenwahrungspflicht des Auftragnehmers gem § 1009 ABGB, weshalb ihr Normgehalt häufig auch auf Nichtunternehmer übertragbar sein wird.

8

5. Kommissionsagent

Der Kommissionsagent unterscheidet sich vom bloßen Kommissionär auf Tatbestandsebene dadurch, dass er vom Kommittenten **ständig** mit Kommissionsgeschäften **betraut** ist (§ 383 Abs 2 UGB). Der Kommissionsagent wird also durch eine Rahmenvereinbarung zur fortlaufenden Wahrnehmung der Interessen des Kommittenten verpflichtet.¹⁹ Häufig verpflichtet er sich zB zum Vertrieb in einem bestimmten Gebiet.

9

Rechtsfolgenrechtlich kommen gem § 383 Abs 2 S 2 UGB auf das **Verhältnis zum Kunden die §§ 383 ff UGB** zur Anwendung; bei genauerer Betrachtung regeln diese Normen freilich primär die **Rechtsbeziehung** zwischen **Kommittenten und Kommissionär**.²⁰ Für dieses Verhältnis ordnet § 383 Abs 2 S 3 UGB aber gerade die Anwendung der Bestimmungen des

10

¹¹ Vgl BGH VIII ZR 79/87 BGHZ 104, 123.

¹² Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 4; Apathy in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 4.

¹³ OGH 4 Ob 340/78 EvBl 1979/24, 74; 4 Ob 353/86 JBl 1986, 780.

¹⁴ S nur Schauer in *Krejci*, RK-UGB § 383 Rz 5.

¹⁵ Apathy in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 4 mwN.

¹⁶ Ausf Koller in *GroßkommHGB*⁵ § 406 Rz 6 ff; vgl auch Schauer in *Krejci*, RK-UGB § 383 Rz 5; Griss in *Straube*, HGB³ § 406 Rz 1.

¹⁷ Ausf Schauer in *Krejci*, RK-UGB § 383 Rz 4; Büchele in *U. Torggler*, UGB² § 383 Rz 9.

¹⁸ Büchele in *U. Torggler*, UGB² § 383 Rz 9; Roth/Fitz, *Unternehmensrecht*² Rz 972.

¹⁹ Koller in *GroßkommHGB*⁵ § 383 Rz 58.

²⁰ Vgl Schauer in *Krejci*, RK-UGB § 383 Rz 6.

HVertrG an. Nach zutr hM gilt dies wiederum jedoch nur, soweit diese teleologisch auf den Charakter des Kommissionsgeschäfts „zugeschnitten“ sind.²¹ Dies wird insbesondere für §§ 20–26 HVertrG bejaht.²² Wegen seiner überragenden praktischen Bedeutung ist dabei besonders hervorzuheben, dass der Kommissionsagent also auch Anspruch auf den **Ausgleichsanspruch gem § 24 HVertrG** hat. Ferner sind mE jedenfalls auch die Bestimmungen über das Geschenkannahmeverbot (§ 9 HVertrG), die Fälligkeit des Provisionsanspruchs (§ 15 leg cit), das Bucheinsichtsrecht (§ 16 leg cit), die Verjährung (§ 18 leg cit) und wohl auch das Zurückbehaltungsrecht (§ 19 leg cit) anwendbar, soweit dieses über § 397 UGB hinausgeht. Auch § 26 HVertrG ist einschlägig (unten Rz 67). Ein völliger Ausschluss der Anwendung der §§ 383 ff UGB auf das Verhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten kann § 383 Abs 2 S 3 leg cit insgesamt dennoch nicht entnommen werden.²³

D. Rechtsquellen

- 11 Primäre Rechtsquellen für das Kommissionsgeschäft sind die **§§ 383–405 UGB**. Diese betreffen wie gesagt (vorige Rz) vorwiegend das Verhältnis von Kommissionär und Kommittent. Soweit keine besondere kommissionsrechtliche ratio entgegensteht, gelten subsidiär die **§§ 1002 ff ABGB**.²⁴ Für das Ausführungsgeschäft sind grundsätzlich der jeweilige Vertragstyp sowie die darauf anzuwendenden Vorschriften maßgeblich, soweit nicht §§ 383 ff UGB – zumindest reflexartig – das Außenverhältnis determinieren.²⁵ Sonderbestimmungen gelten für die Wertpapierkommission in den **§§ 13–23 DepG**. Große praktische Bedeutung kommt idZ auch den (vormals gemeinsamen) der Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte (**ABB**) zu (s insb Z 63–67 idF ABB 2013). Zum Kommissionsagenten s vorige Rz.

E. Abgrenzung

- 12 Zum einen ist der Kommissionär als indirekter Stellvertreter (oben Rz 2, 4) von allen Vertriebsformen zu unterscheiden, bei denen der Handelnde **als echter Bevollmächtigter, also in fremdem Namen**, auftritt (zB typischer Handelsvertreter [vgl § 2 HVertrG], uU Handelsmakler, Abschlussvertreter etc).²⁶ Dadurch unterscheidet er sich auch von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, die im Übrigen nach richtiger Ansicht wie der Kommissionär nicht zwingend unselbständig oder gar ins Unternehmen integriert sein müssen.²⁷ Schließlich geht die Kommission über die bloße Vermittlung eines Geschäfts weit hinaus.
- 13 Zum anderen ist Abgrenzung gegenüber jenen Personen geboten, die in eigenem Namen und auf **eigene Rechnung** tätig werden (zB Vertragshändler²⁸, Franchisenehmer). So handelt etwa der Trödler (§ 1086 ABGB) auf eigene Rechnung.²⁹ Ob ein Geschäft auf eigene Rechnung vorliegt, richtet sich letztlich gem § 914 ABGB nach dem Parteiwillen. Indizien für ein Kommissionsgeschäft sind Provisionsanspruch, Weisungsgebundenheit, Bestimmung eines

²¹ Schauer in *Krejci*, RK-UGB § 383 Rz 6; Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 1; vgl auch *Apathy in Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 2.

²² Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 1; *Apathy in Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 2; *Büchle in U. Torggler*, UGB² § 383 Rz 5.

²³ So wohl auch Schauer in *Krejci*, RK-UGB § 383 Rz 6.

²⁴ *Kalss/Schauer/Winner*, Unternehmensrecht² Rz 11/78; Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 1.

²⁵ Vgl Schauer in *Krejci*, RK-UGB § 383 Rz 6.

²⁶ Vgl auch *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 969.

²⁷ Denkschrift HGB (1897) 50; *U. Torggler/Trenker in Zib/Dellinger*, UGB § 54 Rz 9 mwN.

²⁸ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 6.

²⁹ OGH 2 Ob 513/93 JBl 1994, 617; 5 Ob 171/62 HS 3189; *Aicher in Rummel*, ABGB³ § 1086 Rz 3.

Mindest- oder Höchstpreises³⁰ oder die Vereinbarung, dass zum bestmöglichen Preis gekauft werden soll.³¹ Diese Kriterien sind freilich dann wenig hilfreich, wenn gerade vom einschlägigen Vertragstyp auf deren (Nicht-)Vorliegen als Rechtsfolge geschlossen werden soll.³²

II. Kommissionsvertrag

A. Abschluss des Kommissionsvertrags

Das Kommissionsgeschäft beruht auf dem Kommissionsvertrag. Es handelt sich dabei um einen **Konsensualvertrag**, der nach hM **formfrei** abgeschlossen werden kann, auch wenn das Ausführungsgeschäft formpflichtig ist.³³ Besonders bei der Verkaufermächtigung (oben Rz 4; unten Rz 76) steht diese Auffassung allerdings in einem Spannungsverhältnis zu jener Ansicht, wonach das Formgebot von Rechtsgeschäften sehr wohl auf die Bevollmächtigung durchschlägt, wenn es Übereilungsschutz dient.³⁴ Denn der Ermächtigte handelt zwar in fremdem Namen, verfügt aber dennoch mit derselben Wirkung wie ein Vertreter über das Eigentum des Kommittenten. Der hM ist daher insoweit zu widersprechen. Schweigen bindet den Kommissionär nach allgemeinen Grundsätzen mangels besonderer Geschäftsbeziehung, die ausnahmsweise eine Reaktion erfordern könnte, nicht. Sofern seine Berufstätigkeit als Kommissionär öffentlich bekannt gemacht ist, ist er aber nach hM gem § 1003 ABGB verpflichtet, ein Anbot ohne Zögern abzulehnen.³⁵ Andernfalls haftet er auf den Vertrauensschaden.³⁶

14

B. Inhalt des Kommissionsvertrags

1. Überblick

Der **Vertragsinhalt** besteht kurz gesagt darin, dass der Kommissionär sich darum bemüht, ein oder mehrere Rechtsgeschäfte (regelmäßig, aber nicht zwangsläufig: Kaufverträge [oben Rz 6 f]) im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Kommittenten abzuschließen und im Zweifel auch abzuwickeln³⁷ (ausf unten Rz 33). Es handelt sich um eine Ausformung des Geschäftsbesorgungsauftrags iSd §§ 1002 ff ABGB; der Kommissionär hat daher die Interessen des Kommittenten zu wahren, sich insbesondere um den Abschluss und die Abwicklung des Ausführungsgeschäfts zu bemühen (ausf unten Rz 32 f). Umgekehrt erhält er seine Gegenleistung, die Provision, nur, soweit das Ausführungsgeschäft erfolgreich durchgeführt wurde (unten Rz 18).

15

2. Rechte des Kommissionärs

a) Provisionsanspruch (§ 396 Abs 1 UGB)

Die **Gegenleistung für den Kommissionär** ist der **Anspruch auf Provision**. Dessen Höhe ist grundsätzlich Vereinbarungssache. Der Kommittent schuldet eine angemessene Provisi-

16

³⁰ Büchele in U. Torggler, UGB² § 383 Rz 2.

³¹ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 383 Rz 9.

³² Vgl Trenker in U. Torggler, UGB² § 179 Rz 5.

³³ Hämmerle/Wünsch, Handelsgeschäfte III³ 271; Kalss/Schauer/Winner, Unternehmensrecht² Rz 11/78; Hejfermehl in Schlegelberger, HGB⁵ § 383 Rz 39.

³⁴ RIS-Justiz RS0104095, zB OGH 4 Ob 144/62 SZ 36/9; 5 Ob 77/98d EvBl 1998/196, 867; Strasser in Rummel, ABGB³ § 1005 Rz 5; Rubin, Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft, ecoloex 2010, 24 mwN.

³⁵ Strasser in Rummel, ABGB³ § 1003 Rz 4; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 383 Rz 12.

³⁶ Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1003 ABGB Rz 3; Strasser in Rummel, ABGB³ § 1003 Rz 9.

³⁷ Canaris, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 11; Häuser in MünchKommHGB³ § 384 Rz 6.

on auch ohne ausdrückliche Vereinbarung (§ 354 UGB). § 396 Abs 1 UGB ist gegenüber anderen möglichen Anspruchsgrundlagen abschließend,³⁸ aber dispositiv³⁹. Eine besondere **Delkredereprovision** steht dem Kommissionär zu, wenn er eine Delkrederehaftung übernommen hat (§ 394 Abs 2 S 2 UGB; dazu unten Rz 59).

- 17 **Anspruchsvoraussetzung** ist zunächst, dass der Vertrag **wirksam** zustande gekommen ist und auch noch **fortbesteht**⁴⁰. Widerruft (dazu unten Rz 68) der Kommittent den Auftrag freilich vor Geschäftsabschluss, um den Kommissionär um seine Provision zu bringen,⁴¹ schuldet er die Provision dennoch (mE gem § 396 Abs 1 S 2 HS 2 UGB analog⁴²). Das ist insbesondere anzunehmen, wenn der Kommittent den Geschäftsabschluss nach Widerruf mit einem Dritten, mit dem der Kommissionär bereits in Verhandlungen stand, selbst vornimmt. Nach Geschäftsabschluss besteht diese Gefahr nicht, weil ein Widerruf nach hM gar nicht mehr möglich ist (unten Rz 68).
- 18 Wichtigste Voraussetzung ist, dass das „**Geschäft zur Ausführung gekommen ist**“ (§ 396 Abs 1 UGB). Das bedeutet, dass der Dritte seine Leistung (oder zumindest das positive Interesse als Schadenersatz⁴³) erbracht haben muss. Insoweit trägt der Kommissionär also das Risiko der fehlenden Leistungsfähigkeit des Dritten. Es genügt freilich auch jedes Erfüllungssurrogat (Hinterlegung, Aufrechnung etc).⁴⁴ Bei teilbarer Leistung (§ 920 S 2 ABGB) besteht der Provisionsanspruch grundsätzlich aliquot.⁴⁵ Auch bei zufälligem Untergang der Sache beim Kommissionär, also nach Ausführung des Geschäfts, bleibt der Provisionsanspruch nach wohl hM bestehen (strittig).⁴⁶ Anderes gilt nach verbreiteter Ansicht bei verschuldetem Untergang.⁴⁷ Der Kommittent muss sich aber mE auch unter dieser Annahme die ersparte Provision auf seinen Schadenersatzanspruch anrechnen lassen, sofern dieser nach dem erzielbaren Verkaufspreis berechnet wird (unten Rz 56).
- 19 Unterbleibt die Ausführung nach Geschäftsabschluss aus **Gründen in der Sphäre des Kommittenten**, ändert dies an der Provisionspflicht nichts (§ 396 Abs 1 S 2 HS 2 UGB). Dies gilt unabhängig davon, ob den Kommittenten Verschulden trifft,⁴⁸ anderes wird nur bei Unzumutbarkeit der Ausführung für den Kommittenten angenommen. Auch dies ist mE nur unter der Einschränkung zutreffend, dass die Unzumutbarkeit nicht aus Gründen resultiert, die der Sphäre des Kommittenten zuzurechnen sind. **Beweispflichtig** für das Vorliegen der Voraussetzungen gem § 396 Abs 1 S 2 HS 2 UGB ist nach allgemeinen Grundsätzen der Kommissionär.⁴⁹
- 20 Sofern ortsüblich oder ausdrücklich bedungen, wird der Kommissionär vom Ausführungsrisiko insofern entlastet, als er trotz Nichtausführung Anspruch auf eine sogenannte

³⁸ OGH 2 Ob 599/55 HS ErgBd 86.

³⁹ Büchele in U. Torggler, UGB² § 396 Rz 6.

⁴⁰ Vgl nur Denkschrift HGB (1897) 238.

⁴¹ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 396 Rz 2; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 396 Rz 2; vgl zu diesem Problem OGH 2 Ob 599/55 HS ErgBd 86.

⁴² Alternativ wird bisweilen auch § 1295 Abs 2 ABGB herangezogen.

⁴³ Koller in GroßkommHGB⁵ § 396 Rz 10; Füller in Ebenroth ua, HGB³ § 396 Rz 9.

⁴⁴ Ausf Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 396 Rz 3 mwN.

⁴⁵ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 396 Rz 3; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 396 Rz 4.

⁴⁶ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 396 Rz 8; Krüger in Ebenroth ua, HGB² § 384 Rz 29; Knütel, ZHR 137 (1973) 285 (314 ff); aA Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 384 Rz 10; Canaris, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 45; Koller in GroßkommHGB⁵ § 384 Rz 135 mwN.

⁴⁷ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 384 Rz 10, § 396 Rz 5; Koller in GroßkommHGB⁵ § 384 Rz 129; Hefermehl in Schlegelberger, HGB⁵ § 396 Rz 18 zur Auslieferungsprovision.

⁴⁸ OGH 1 Ob 83/54 HS 1942.

⁴⁹ Kalss/Schauer/Winner, Unternehmensrecht² Rz 11/87; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 396 Rz 7 mit mE unzutreffend Berufung auf § 1298 ABGB.

Auslieferungsprovision hat. Diese – geringere⁵⁰ – Provision gilt jene Leistungen ab, die mit der Verwahrung und Auslieferung des Kommissionsguts verbunden sind.⁵¹ Sie setzt daher die Übernahme des Kommissionsguts durch der Kommissionär voraus⁵² und kommt dementsprechend idR wohl nur bei der Verkaufskommission in Betracht.

Bemessungsgrundlage für den Provisionsanspruch ist mangels anderer Vereinbarung der volle Rechnungsbetrag. Skonti und sonstige Rabatte sind abzuziehen.⁵³ Im Zeitpunkt der Ausführung entsteht der Anspruch⁵⁴ und tritt mangels anderer Vereinbarung **Fälligkeit** ein;⁵⁵ Letzteres setzt aber mE zumindest beim Kommissionsagenten (oben Rz 10) entsprechende Abrechnung voraus (§ 15 HVertrG). Der Provisionsanspruch **verjährt** nach 3 Jahren (§ 1486 Z 1 ABGB).⁵⁶ 21

b) Aufwandsersatzanspruch (§ 396 Abs 2 UGB)

Unter der Voraussetzungen eines wirksamen Kommissionsvertrags (andernfalls steht uU Ersatz gem §§ 1035 ff ABGB zu⁵⁷) kann der Kommissionär seine Aufwendungen ersetzt verlangen; anders als der Provisionsanspruch besteht der **Aufwandsersatz unabhängig von der Ausführung des Geschäfts**.⁵⁸ Irrelevant ist also auch, ob das Geschäft aus Gründen aus der Sphäre des Kommittenten (vgl Rz 19) oder aus sonstigen Gründen unterblieben ist. Selbst bei einem vom Kommissionär verschuldeten Untergang der herauszugebenden Sache wird ihm nach hA Aufwandsersatz geschuldet (unten Rz 56).⁵⁹ Vom Kommissionär sorgfaltswidrig und schuldhaft vorgenommene Aufwendungen sind nicht notwendig (nächste Rz) und daher nicht ersatzfähig.⁶⁰ 22

Ersatzfähig sind **notwendige Aufwendungen**. Das sind solche, die der Kommissionär ex ante⁶¹ für erforderlich oder zweckmäßig halten durfte,⁶² so wie etwa Porti, Telefonspesen, Reise- und Beförderungskosten⁶³, aber auch die Bezahlung des Kaufpreises bei der Einkaufskommission.⁶⁴ Nicht darunter fallen nach hM Schmiergelder.⁶⁵ Gerade bei ausländischen Transaktionen geht dies freilich häufig an praktischen Bedürfnissen vorbei, weshalb die „Notwendigkeit“ der Aufwendung vorbehaltlich eines Verstoßes gegen (Straf-)Gesetze (§ 879 ABGB) mE von den Umständen des Einzelfalls abhängig gemacht werden sollte.⁶⁶ Nicht ersatzfähig sind weisungswidrige Aufwendungen. **Arbeits- und Personaleinsatz** sowie **sonstige Fixkosten** des Geschäftsbetriebs werden nach hM ebenfalls **nicht als ersatzfähiger Auf-** 23

⁵⁰ Krüger in Ebenroth ua, HGB² § 396 Rz 10 uvm.

⁵¹ Hämmerle/Wünsch, Handelsgeschäfte III³ 289; Büchele in U. Torggler, UGB² § 396 Rz 11.

⁵² ZB Krejci, Unternehmensrecht⁵ 429.

⁵³ Ebenso Koller in GroßkommHGB⁵ § 396 Rz 45; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 396 Rz 10.

⁵⁴ W.-H. Roth in Koller ua, HGB⁸ § 396 Rz 2.

⁵⁵ Koller in GroßkommHGB⁵ § 396 Rz 39.

⁵⁶ OGH 8 Ob 511/79 JBl 1980, 149.

⁵⁷ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 396 Rz 9.

⁵⁸ RIS-Justiz RS0113252; OGH 2 Ob 52/00m ÖBA 2000/915; Denkschrift HGB (1897) 238.

⁵⁹ Koller in GroßkommHGB⁵ § 384 Rz 129 mwN.

⁶⁰ Im Ergebnis OGH 2 Ob 52/00m ÖBA 2000/915; RIS-Justiz RS0113252 aE.

⁶¹ OGH 4 Ob 53/11i ÖBA 2012, 257; RIS-Justiz RS0116446; Kalss/Schauer/Winner, Unternehmensrecht² Rz 11/88.

⁶² RIS-Justiz RS0113252; OGH 2 Ob 52/00m ÖBA 2000/915.

⁶³ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 396 Rz 12.

⁶⁴ K. Schmidt, Handelsrecht⁶ § 31 Rz 77.

⁶⁵ BGH VII ZR 103/63 NJW 1965, 293; Krejci, Unternehmensrecht⁵ 430; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 396 Rz 14; Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 396 Rz 10.

⁶⁶ Vgl K. Schmidt, Handelsrecht⁵ 882 (in der Folgeauflage weggefallen).

wand angesehen,⁶⁷ weil diese Kosten durch die Provision abgegolten sind; jedenfalls für den Fall unbegründeten Widerrufs ist dies wenig sachgerecht, weshalb sich aus Sicht des Kommissionärs eine andere Vereinbarung empfiehlt, sofern nicht im Einzelfall ohnehin ausdrücklich oder stillschweigend auf das jederzeitige Widerrufsrecht verzichtet wurde (unten Rz 68). Kraft ausdrücklicher Anordnung sind aber Lager- und Beförderungskosten ersatzfähig (§ 396 Abs 2 S 2 UGB). Dogmatisch zu unterscheiden ist der Aufwandsersatzanspruch vom Anspruch auf Befreiung von noch nicht getilgten, für den Kommittenten eingegangenen Verbindlichkeiten (dazu unten Rz 25).⁶⁸ Insgesamt ist eine exakte vertragliche Vereinbarung dringend zu empfehlen.

- 24 Der Ersatzanspruch **entsteht** mangels anderer Vereinbarung mit dessen Vornahme und ordnungsgemäßer Rechnungslegung.⁶⁹ Der Kommissionär muss aber außer bei Gefahr in Verzug oder anderer Vereinbarung nicht in Vorleistung treten, sondern kann eine Bevorschussung durch den Kommittenten verlangen (§ 1014 ABGB).⁷⁰ Durchsetzbar ist dieser Anspruch freilich grundsätzlich nicht, weil der Kommissionär den Auftrag einfach zuvor widerrufen kann.⁷¹ Der Anspruch **verjährt** mE gem § 1486 Z 1 ABGB analog in 3 Jahren.⁷²

c) Risikohaftungsanspruch (§ 1014 letzter HS ABGB)

Literatur (Auswahl):

F. Bydliński, Die Risikohaftung des Arbeitgebers (1986); *W. Faber*, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht (2001); *Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse (1985); *G. Graf*, Rechtliche Probleme der Online-Banking-AGB, in *G. Graf/M. Gruber*, Rechtsfragen des Internetbanking (2002) 56; *Oberhofer*, Die Risikohaftung wegen Tätigkeit in fremdem Interesse als allgemeines Haftungsprinzip, JBl 1995, 217; *ders.*, Außenhaftung des Arbeitnehmers (1996).

- 25 Erleidet der Kommissionär **Schäden aufgrund geschäftstypischer Gefahren** im Rahmen seines Auftrags (**ex causa mandati**), wird von der hM eine **verschuldensunabhängige Haftung** des Kommittenten gem § 1014 letzter HS ABGB bejaht.⁷³ Nach einem Teil der Lehre ist diese Norm aber auf entgeltlich handelnde, selbständige Unternehmer nicht anwendbar.⁷⁴ Jedenfalls soll die Haftung entfallen, soweit sich ein vom konkreten Auftrag unabhängiges Berufsrisiko des entgeltlich tätig werdenden Unternehmers verwirklicht.⁷⁵ Auch eine Risikoabgeltung durch entsprechende Provisionshöhe wird für möglich gehalten,⁷⁶ programmiert aber Auslegungsschwierigkeiten vor. Wegen dem unbestritten dispositiven Cha-

⁶⁷ BGH XI ZR 156/02 NZG 2003, 433; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 396 Rz 12; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 396 Rz 10.

⁶⁸ Insoweit zu undifferenziert OGH 2 Ob 52/00m ÖBA 2000/915; RS0113252.

⁶⁹ *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 396 Rz 12; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 396 Rz 15. Auch die Rechnungslegung während eines laufenden Zivilverfahrens genügt dementsprechend (OGH 5 Ob 91/85 SZ 58/197; aA *Griss* aaO; *Apathy* aaO), weil der Eintritt der Fälligkeit des eingeklagten Anspruchs vor Schluss der mündlichen Streitverhandlung nach allgemeinen Grundsätzen (§ 406 ZPO) ausreichend ist.

⁷⁰ *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 431.

⁷¹ Vgl *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 396 Rz 64.

⁷² *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 431; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 396 Rz 14; vgl auch OGH 8 Ob 511/79 JBl 1980, 149; *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1478 Rz 6; abw *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 396 Rz 15.

⁷³ Dafür OGH 6 Ob 167/13x EvBl 2014/146, 1013; 2 Ob 468/53 HS ErgBd 37; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 430; *Kalss/Schauer/Winner*, Unternehmensrecht² Rz 11/88; *W.-H. Roth* in *Koller* *et al.*, HGB⁸ § 396 Rz 8.

⁷⁴ *Fitz*, Risikozurechnung 89 ff, 160 ff; *Oberhofer*, JBl 1995, 217 (226 f); *ders.*, Außenhaftung 135; *G. Graf* in *Graf/Gruber*, Internetbanking 56 (68 FN 24).

⁷⁵ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 396 Rz 16.

⁷⁶ So OGH 4 Ob 179/02f SZ 2002/153 mwN.

rakter der Norm⁷⁷ ist jedenfalls eine ausdrückliche Abbedingung möglich. Wichtiger Anwendungsfall ist die Ersatzpflicht für eine vom Kommissionär übernommene Verbindlichkeit. Dieser Anspruch ist prinzipiell als Befreiungsanspruch zu verstehen, den der Kommitent genau genommen nur erfüllen kann, indem er die Forderung des Drittgläubigers tilgt oder sonst zum Erlöschen bringt.⁷⁸ Mit Zahlung direkt an den Kommissionär entfällt freilich dessen Schaden, sodass im Ergebnis auch so „schuldbefreiend“ geleistet werden kann.⁷⁹ Der Anspruch gem § 1014 letzter HS ABGB **verjährt** als Schadenersatzanspruch gem § 1489 ABGB in 3 Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger.

d) Sicherungsrechte

Der Kommissionär hat gem § 397 UGB am **Kommissionsgut**, das in **seinem Besitz** steht, **ein Pfandrecht** wegen seines **Provisionsanspruchs** (oben Rz 16 ff) sowie der auf das Gut aufgewendeten Kosten, gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel und Verbindlichkeiten – kurz gesagt: wegen seines **Aufwandersatzanspruchs** (oben Rz 22 ff). Ferner sind nicht nur Forderungen iZm dem konkreten Kommissionsauftrag, sondern auch alle anderen Forderungen aus laufender Rechnung gesichert (**inkon-nexe Forderungen**), sofern sie aus Kommissionsgeschäften entstanden sind.⁸⁰ Anderes gilt gem § 9 Abs 2, § 21 DepG. Auf allfällige Risikohaftungsansprüche (oben Rz 25) ist § 397 UGB mE analog anzuwenden. 26

Kommissionsgut sind jene Sachen, die Gegenstand des Ausführungsgeschäfts sind, also sowohl die zu verkaufenden als auch die zu kaufenden Sachen. Im Ergebnis irrelevant ist, ob der Kommitent bereits Eigentum erworben hat.⁸¹ Ist dies der Fall, greift § 397 UGB. Ist der Kommissionär noch Eigentümer (vgl unten Rz 85), dürfte dies den Hauptanwendungsfall von § 398 UGB darstellen: Danach kann sich der Kommissionär aus dem Kommissionsgut wie aus einem sonstigen Pfandgegenstand befriedigen (dazu Rz 30), obwohl er selbst Eigentümer dieser Sache ist.⁸² Nur für Sachen, die noch im Eigentum eines Dritten stehen, besteht keine Sicherungsrecht. Ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb analog § 456 ABGB ist aber zulässig.⁸³ Das Sicherungsrecht besteht grundsätzlich am gesamten Kommissionsgut; bei eklatanter Übersicherung soll die Weigerung, das Gut teilweise „frei zu geben“, allerdings rechtsmissbräuchlich sein.⁸⁴ Ist eine teilweise Freigabe nicht möglich gilt dies mE freilich nur, sofern der Geschäftsherr Zug-um-Zug entsprechende Sicherstellung (§ 1373 ABGB) leistet. 27

Gegenstand des Pfandrechts gem § 397 UGB sind nur körperliche Sachen.⁸⁵ An **Forderungen aus dem Kommissionsgeschäft**, zB der Kaufpreisforderung bei der Verkaufskommission oder auch Schadenersatz- oder Gewährleistungsansprüchen,⁸⁶ hat der Kommissionär aber für die in § 397 UGB genannten Ansprüche (oben Rz 26) gem § 399 UGB ein **pfandrechtsähnliches Befriedigungsrecht**. Dieses äußert sich darin, dass der Kommissionär die Abtretung der 28

⁷⁷ Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1014 Rz 1 mwN.

⁷⁸ ZB B. A. Oberhofer, ÖJZ 1995, 180 (181); G. Kodek, Zak 2015, 204 (205).

⁷⁹ Insoweit zutr OGH 6 Ob 167/13x EvBl 2014/146, 1013; Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 396 Rz 11.

⁸⁰ OGH 2 Ob 62/04p ecolx 2006, 383; Krejci, Unternehmensrecht³ 431 f; Büchele in U. Torggler, UGB² § 397 Rz 1.

⁸¹ Denkschrift HGB (1897) 240.

⁸² Hofmann in Rummel, ABGB³ § 448 Rz 4; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 397 Rz 3.

⁸³ Büchele in U. Torggler, UGB² § 397 Rz 6. Seit dem Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts (dBGBl I S. 831) besteht insoweit ein Unterschied zur deutschen Rechtslage.

⁸⁴ OGH 2 Ob 62/04p ecolx 2006, 383: Gesicherte Forderung unter 12% des Werts des Kommissionsguts.

⁸⁵ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 397 Rz 2; Koller in GroßkommHGB⁵ § 397 Rz 7.

⁸⁶ ZB Häuser in MünchKommHGB³ § 399 Rz 2.

Forderung an den Kommittenten verweigern kann.⁸⁷ Er kann die Forderung aber auch ohne Exekutionstitel einziehen und anschließend mit seinen Forderungen gegen den Herausgabeanspruch des Kommittenten aufrechnen.⁸⁸ Verkauf der Forderung ist ihm nach hM ohne entsprechende Exekutionsführung (§ 317 EO) untersagt.⁸⁹ Er ist mit dem Befriedigungsrecht gem § 399 UGB auch im Verhältnis zu den Gläubigern des Kommittenten vorrangig, sodass diesen im Umfang des Befriedigungsrechts trotz § 392 Abs 2 UGB weder ein Exszindierungs- noch ein Aussonderungsrecht bei zwangsweisem Zugriff auf das Vermögen des Kommissionärs zu steht (vgl dazu unten Rz 80).⁹⁰

- 29 Der Rang des Pfandrechts richtet sich – mit Ausnahme von § 443 UGB – nach Prioritätsgrundsätzen; das **Pfandrecht** nach § 397 ABGB **entsteht** mit **Inbesitznahme** durch den Kommissionär; auch die Innehabung von Konnossement, Lager- oder Ladeschein ist ausreichend. Generell genügt mittelbarer Besitz.⁹¹ Konsequenterweise erlischt das Pfandrecht auch mit Besitzverlust. Entsprechend überprüfungsbedürftiger hA⁹² zum vertraglichen Faustpfand gelte dies aber nicht bei unfreiwilligem Verlust (strittig).⁹³
- 30 Die Verwertung des Pfandrechts folgt allgemeinen Bestimmungen, insbesondere ist eine **außergerichtliche Verwertung** gem §§ 466a ff ABGB möglich. Dafür ist kein Titel, sondern lediglich Fälligkeit der Forderung⁹⁴ sowie die Androhung der Verwertung unter Setzung einer 1-monatigen (bei beiderseitig unternehmensbezogenen Vorschriften: 1-wöchigen [§ 368 UGB]) Frist erforderlich. Der Kommissionär hat – wie jeder andere Pfandgläubiger – angemessen auf die Interessen des Pfandgebers Bedacht zu nehmen (§ 466a Abs 2 ABGB). Freihändige Veräußerung ist nur bei Gütern mit Markt- und Börsenpreis möglich (§ 466b Abs 4 ABGB), ansonsten ist eine öffentliche Versteigerung durchzuführen (§ 466b Abs 2 ABGB). Eine **Provision** steht dem Kommissionär für diese Tätigkeit aber – wie jedem anderen Pfandgläubiger – **nicht zu** (strittig).⁹⁵ Der Kommissionär muss freilich nicht durch Verkauf tätig werden, er kann seine Ansprüche auch einklagen und zwangsweise durchsetzen.⁹⁶ Keine durchgreifenden Bedenken bestehen schließlich dagegen, dass er bei Verzug des Kommittenten vom Vertrag zurücktreten und das im Rahmen der Einkaufskommission erworbene Gut als Eigentümer behalten kann (strittig).⁹⁷ Denn als entgeltlicher Vertrag sind §§ 918 ff ABGB anwendbar, nach Auflösung des Vertrags besteht aber keine Pflicht mehr, das Kommissionsgut herauszugeben.
- 31 Neben den soeben dargestellten, besonderen Sicherungsrechten der §§ 397–399 UGB besteht bei beiderseitigem unternehmensbezogenem Geschäft auch das **Zurückbehaltungsrecht gem § 369 UGB**. Ist der Kommittent Privater, ist **§ 471 ABGB** anwendbar. Beide Normen dürften aber idR keinen zusätzlichen Schutz zu §§ 397 ff UGB bieten.

⁸⁷ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 399 Rz 3.

⁸⁸ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 399 Rz 4; Häuser in MünchKommHGB³ § 399 Rz 8 f.

⁸⁹ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 399 Rz 3 mwN.

⁹⁰ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 399 Rz 5.

⁹¹ Kalss/Schauer/Winner, Unternehmensrecht² Rz 11/90.

⁹² Hofmann in Rummel, ABGB³ § 467 Rz 4.

⁹³ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 397 Rz 6; ausf Koller in GroßkommHGB⁵ § 397 Rz 25 mwN auch der Gegenansicht.

⁹⁴ OGH 2 Ob 62/04p ecolex 2006, 383.

⁹⁵ Koller in GroßkommHGB⁴ § 397 Rz 24; Häuser in MünchKommHGB² § 397 Rz 31; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 398 Rz 2; aA Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁶ § 397 Rz 9; Hefermehl in Schlegelberger, HGB⁵ § 397 Rz 26.

⁹⁶ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 398 Rz 1.

⁹⁷ Koller in GroßkommHGB⁵ § 398 Rz 6; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 398 Rz 2; Hopt Baumbach/Hopt, HGB³⁶ § 397 Rz 1; aA Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 397 Rz 1; Hefermehl in Schlegelberger, HGB⁵ § 398 Rz 4.

3. Pflichten des Kommissionärs

a) Ausführungspflicht

§ 384 Abs 1 UGB spricht davon, dass der Kommissionär verpflichtet ist, das Geschäft mit entsprechender unternehmerischer Sorgfalt auszuführen. Diese Bestimmung ist letztlich nichts anderes als ein Ausfluss der umfassenden Interessenwahrungspflicht, welche die zentrale, prägende Pflicht des Kommissionärs darstellt (dazu sogleich Rz 36).⁹⁸ Der Kommissionär schuldet dementsprechend **sorgfältiges Bemühen** um die **Ausführung des Geschäfts (Sorgfaltspflicht)**.⁹⁹ Dagegen ist die Annahme einer Erfolgspflicht iSe zwangsweise durchsetzbaren Verpflichtung auf Abschluss des Ausführungsgeschäfts insoweit schwerlich mit dem Kommissionsgeschäft vereinbar, als dies entweder die Mitwirkung eines Dritten oder eine Pflicht zum Selbsteintritt bedeuten würde. Ersteres ist aber nicht möglich (§ 880a ABGB). Letzteres kann zwar vereinbart werden, gilt aber im Zweifel nur, wenn ein Deckungsgeschäft möglich ist und begründet daher ebenfalls keine echte Erfolgspflicht iS (unten Rz 93).¹⁰⁰ Wenn ausnahmsweise eine unbedingte Verpflichtung zum Selbsteintritt vereinbart wurde, liegt wohl kein Kommissionsgeschäft, sondern ein Kaufvertrag vor (vgl oben Rz 13). Nichtsdestotrotz haftet der Kommissionär bei **unterlassenem Vertragsabschluss** jedenfalls, wenn ein Ausführungsgeschäft im Rahmen sorgfältiger Bemühungen abgeschlossen werden hätte können, aufgrund schuldhafter Verfehlungen von ihm aber nicht zustande kam. Generell darf der Kommissionär zweckdienliche Maßnahmen nicht unterlassen, weil sie Aufwendungen verursachen;¹⁰¹ im Regelfall (Ausnahme: andere Vereinbarung oder uU besondere Dringlichkeit) kann er aber einen Vorschuss des Kommittenten verlangen (oben Rz 24).

32

Nicht zu entnehmen ist dem Gesetz, ob unter Ausführung iSd § 384 Abs 1 UGB nur der Abschluss oder auch die **Abwicklung des Ausführungsgeschäfts** zu verstehen ist. Dies ergibt sich vielmehr aus der konkreten Vereinbarung bzw den Umständen des Einzelfalls;¹⁰² im Zweifel ist aber mE schon wegen der Abhängigkeit des Provisionsanspruchs von der Abwicklung (oben Rz 18) auch eine Pflicht hierzu anzunehmen.¹⁰³ Bei der Effektenkommission ist eine Abwicklungspflicht in aller Regel zu bejahen, zumal der Kommittent oftmals gar nicht selbst zur Abwicklung in der Lage sein wird. Jedenfalls pflichtwidrig ist die **Stornierung eines abgeschlossenen Ausführungsgeschäfts**, sofern dies nicht – insbesondere wegen einer vom Dritten durchsetzbaren Verpflichtung hierzu – unvermeidbar ist.¹⁰⁴ In diesem Ausnahmefall hat der Kommittent den bereits erhaltenen Erlös gem § 1435 ABGB (analog) zurückzuerstatten.¹⁰⁵

33

Bedarf der Kommissionär der **Mitwirkung des Kommittenten**, etwa zB durch Ausstellung eines Akkreditivs¹⁰⁶, soll letzterer hierzu verpflichtet sein.¹⁰⁷ Eine klagbare Verpflichtung ist aber zu verneinen, weil der Kommittent ohnehin jederzeit den Auftrag widerrufen könnte;

34

⁹⁸ ZB Koller in GroßkommHGB⁵ § 384 Rz 2, 5.

⁹⁹ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 384 Rz 2; Häuser in MünchKommHGB³ § 384 Rz 5.

¹⁰⁰ Abw aber Martinek in Oetker, HGB⁴ § 384 Rz 1; Füller in Ebenroth ua, HGB³ § 384 Rz 4, die von den Umständen des Einzelfalls auf das Bestehen einer Erfolgs- oder Sorgfaltspflicht schließen wollen.

¹⁰¹ OGH 7 Ob 603/91 RdW 1992, 307.

¹⁰² Koller in GroßkommHGB⁵ § 384 Rz 4; Krüger in Ebenroth ua, HGB² § 384 Rz 4.

¹⁰³ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 384 Rz 2; Häuser in MünchKommHGB³ § 384 Rz 6; offener Koller in GroßkommHGB⁵ § 384 Rz 4; Füller in Ebenroth ua, HGB³ § 384 Rz 3; aA BGH VIII ZR 165/57 WM 1959, 269: Bloße Pflicht zum Vertragsabschluss als Regelfall.

¹⁰⁴ OGH 7 Ob 603/91 RdW 1992, 307; 4 Ob 167/09a RdW 2010, 148.

¹⁰⁵ OGH 4 Ob 167/09a RdW 2010, 148.

¹⁰⁶ Dazu OGH 2 Ob 599/55 HS ErgBd 86.

¹⁰⁷ ZB Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 384 Rz 5; Häuser in MünchKommHGB³ § 384 Rz 7.

an der Provisionspflicht ändert dies ohnedies nichts, weil die unterlassene Ausführung diesfalls der Sphäre des Kommittenten zuzurechnen ist (§ 396 Abs 1 S 2 HS 2 UGB; oben Rz 19). Auch eine Haftung des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten ist kaum denkbar.¹⁰⁸ Zur möglichen Haftung des Kommittenten gegenüber dem Dritten unten Rz 75.

- 35 **Wann und wo** der Kommissionär das **Geschäft ausführen muss**, richtet sich grundsätzlich nach der Vereinbarung bzw den Weisungen des Kommittenten.¹⁰⁹ **Erfüllungsort** im Verhältnis von Kommissionär und Kommittenten für die Herausgabe des Erlangten ist im Zweifel gem § 905 ABGB der Ort der **Niederlassung des Kommissionärs**.

b) Interessenwahrungspflicht

- 36 Der Kommissionär handelt zwar im eigenen Namen, aber in fremdem Interesse (oben Rz 2, 4 f), weshalb seine zentrale Pflicht in der grundsätzlich uneingeschränkten **Wahrnehmung der Interessen des Kommittenten** besteht (§ 384 Abs 1 HS 2 UGB). Neben der allgemeinen Pflicht zur bestmöglichen Interessenwahrung bei der Ausführung des Geschäfts (oben Rz 32 ff) ist wichtigster Ausfluss der Interessenwahrungspflicht wie bei allen fremdnützigen Rechtsverhältnissen die Pflicht zur Befolgung der **Weisungen des Kommittenten** (§§ 385 f UGB; unten Rz 39 f). Als Schutzbestimmung zugunsten des Kommittenten kann dieser bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit aber auch auf die Einhaltung der mit der Interessenwahrung verbundenen Pflichten verzichten, weshalb das Pflichtenprogramm des Kommissionärs weitestgehend (vgl aber zB §§ 402, 405 Abs 2 UGB) dispositiv ist.¹¹⁰ Bei der Interessenwahrnehmung hat der Kommissionär die **Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers** einzuhalten (§ 384 Abs 1 HS 1; s auch § 347 UGB, § 1299 ABGB).¹¹¹
- 37 Der Kommissionär muss den Kommittenten über einen allfälligen **Interessenkonflikt** aufklären. Nimmt er den Auftrag trotz Interessenkonflikts an, gehen die Interessen des Kommittenten seinen eigenen vor.¹¹² Ergibt sich während aufrechten Vertrags ein unüberbrückbarer Interessenkonflikt, hat der Kommissionär zu kündigen; ob er dennoch für allfällige Schäden haftet, hängt davon ab, ob der Interessenkonflikt ex ante vorhersehbar war (§ 1021 S 2 HS 2 ABGB). Bei konfligierenden Interessen mehrerer Kommittenten gehen jene des früher abgeschlossenen Kommissionsgeschäfts vor; ein allfälliger späterer Kommittent ist freilich vor Vertragsabschluss entsprechend aufzuklären.¹¹³ IZm Interessenkonflikten ist auch das generelle **Geschenkannahmeverbot gem § 1013 S 2 ABGB** zu nennen; Rechtsfolge bei verbotener Zuwendung ist nach hM die Herausgabepflicht an den Machthaber (§ 384 Abs 2 HS 2 UGB; § 1009 ABGB; s noch unten Rz 51 ff), subsidiär an den Bezirksfürsorgeverband (§ 1013 S 3 ABGB).¹¹⁴
- 38 Die Zulässigkeit der Einschaltung eines **Unterkommissionärs** richtet sich mE ausschließlich nach § 1010 ABGB.¹¹⁵ Der Kommissionär darf das Geschäft daher einem Dritten nur bei ausdrücklicher – wobei dies von der hM nicht wörtlich verstanden wird und auch konkluden-

¹⁰⁸ S aber *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 5.

¹⁰⁹ *Häuser* in *MünchKommHGB*³ § 384 Rz 13.

¹¹⁰ Vgl *Martinek* in *Oetker*, HGB⁴ § 384 Rz 21.

¹¹¹ OGH 7 Ob 575/93 wbl 1994, 28 (Effektenkommission); 4 Ob 266/99t RdW 2000/242.

¹¹² HM, zB *Bücheler* in *U. Torggler*, UGB² § 384 Rz 3; *Kalss/Schauer/Winner*, Unternehmensrecht² Rz 11/83.

¹¹³ Zum Ganzen *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 384 Rz 2.

¹¹⁴ OGH 6 Ob 110/07f ÖBA 2008, 705; 9 ObA 206/92 DRdA 1993/37 (*Ritzberger-Moser*); differenzierend *P. Bydlinski* in *KBB*, ABGB⁴ § 1013 Rz 2.

¹¹⁵ Zutr *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 384 Rz 5; vgl dagegen *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 4; *Bücheler* in *U. Torggler*, UGB² § 384 Rz 6.

te Einwilligung genügt¹¹⁶ – Zustimmung oder Unvermeidlichkeit übertragen. Rechtsfolge ist, dass er bei unzulässiger Einschaltung unabhängig vom Verschulden des Unterkommissionärs haftet (§ 1010 S 1 HS 2 ABGB), sofern er nicht beweist, dass der Schaden auch ohne Weitergabe des Auftrags eingetreten wäre.¹¹⁷ Bei zulässiger Unterkommission haftet er dagegen nur für Auswahl- oder Überwachungsverschulden (§ 1010 S 2 HS 2 ABGB) sowie für die Verletzung allfälliger sonstiger Informationspflichten.¹¹⁸ Von der Unterkommission ist die **Einschaltung eines Gehilfen** zu unterscheiden,¹¹⁹ die mangels ausnahmsweise bestehender Verpflichtung zur höchstpersönlichen Ausführung zulässig ist – die Haftung richtet sich nach § 1313a ABGB.¹²⁰ Die Abgrenzung ist allerdings schwierig: Bisweilen wird darauf abgestellt, dass der Erfüllungsgehilfe weisungsgebunden und unter der Kontrolle des Kommissionärs tätig werden soll. Dies ist freilich erstens nicht zwingend Voraussetzung für § 1313a ABGB¹²¹ und zweitens bestehen auch gegen den Unterkommissionär gewisse Weisungsrechte. Vorzugswürdig ist es daher danach zu differenzieren, dass bei „echter Unterkommission“ der Kommissionär sich jeglicher Mitwirkungspflicht entledigt und die Aufgabe vom Substituten in vollem Ausmaß übernommen wird.

c) Weisungsbefolgung

Wie erwähnt (Rz 36) hat sich der Kommissionär an die **Weisungen des Kommittenten** zu halten (§ 384 Abs 1 HS 2; § 385 Abs 1 UGB), zumal dem Willen des Kommittenten bei der Verfolgung seiner eigenen Interessen naturgemäß der Vorrang zukommt. **Eigenmächtig** darf er von einer Weisung nur **abweichen**, wenn er berechtigterweise davon ausgehen durfte, dass der Kommittent bei uneingeschränkter Kenntnis der Sachlage anders disponiert hätte und eine Rückfrage beim Kommittenten wegen Gefahr im Verzug nicht möglich war (§ 385 Abs 2 UGB).

39

Ein **Verstoß gegen eine Weisung** begründet nicht nur eine mögliche **Ersatzpflicht**, sondern berechtigt den Kommittenten gem § 385 Abs 1 HS 2 UGB unabhängig vom Verschulden¹²² auch zur **Zurückweisung des Ausführungsgeschäfts** (gemeint: dessen wirtschaftlichen Ergebnisses). Dies setzt allerdings schon wegen des Schikaneverbots voraus, dass der wirtschaftliche Erfolg des weisungswidrig geschlossenen Geschäfts hinter dem bei rechtmäßigem Verhalten zurückbleibt.¹²³ Bei (schuldhaften) geringfügigen Abweichungen steht nur Schadenersatz zu.¹²⁴ Auch kann der Kommissionär analog § 386 Abs 2 UGB den Kommittenten so stellen, wie er bei weisungskonformem Abschluss stünde, um die Zurückweisung abzuwenden.¹²⁵ Die **Zurückweisung** lässt den **Fortbestand des Kommissionsverhältnisses** aber im Zweifel **unberührt**, sodass der Kommissionär sich um nochmalige, weisungskonforme Ausführung bemühen muss,¹²⁶ sofern dies noch möglich ist¹²⁷. Nimmt der Kommittent die Ausführungsanzeige (unten Rz 44) vorbehaltlos entgegen, obwohl aus ihr die Weisungswid-

40

¹¹⁶ ZB OGH 6 Ob 167/13x EvBl 2014/146, 1013; 1 Ob 183/60 EvBl 1960/306.

¹¹⁷ Statt vieler *P. Bydlinski* in KBB, ABGB⁴ § 1010 Rz 3 mwN.

¹¹⁸ OGH 1 Ob 694/51 SZ 24/328; *Büchele* in *U. Torggler*, UGB² § 384 Rz 6.

¹¹⁹ Zur Abgrenzung ausf *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 1010 Rz 8, 18 ff.

¹²⁰ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 384 Rz 4; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsgeschäfte III³ 278.

¹²¹ S nur RIS-Justiz RS0121747, zB OGH 4 Ob 251/06z Zak 2007, 137.

¹²² OGH 4 Ob 266/99t RdW 2000/242.

¹²³ OGH 10 Ob 28/03w RdW 2004, 89; 4 Ob 266/99t RdW 2000/242; *Büchele* in *U. Torggler*, UGB² § 385 Rz 4; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 425.

¹²⁴ OGH 10 Ob 28/03w RdW 2004, 89; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 385 Rz 2.

¹²⁵ *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 385 Rz 4; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 385 Rz 2.

¹²⁶ *Büchele* in *U. Torggler*, UGB² § 385 Rz 11 f.

¹²⁷ Dies wird etwa bei einer Verkaufskommission über eine Speziessache nicht mehr der Fall sein.

rigkeit hervorgeht, sollen ihm keine Schadenersatzansprüche mehr zustehen.¹²⁸ ME ist dies nur insoweit zutreffend, als der vorbehaltlosen Entgegennahme ein konkludenter Verzicht auf allfällige Ansprüche entnommen werden kann. Dies ist aber nicht zwangsläufig der Fall. Dasselbe gilt für den „Verlust“ des Zurückweisungsrechts durch (konkludente) Genehmigung.

- 41 Strenger sind die Anforderungen an die Zurückweisung nur bei einem **Über- oder Unterschreiten von Preislimits** (§ 386 UGB). Diesfalls trifft den Kommittenten die Obliegenheit, das Geschäft unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern,¹²⁹ nach Entgegennahme der Ausführungsanzeige zurückzuweisen. Andernfalls gilt die Überschreitung als genehmigt. Ohne entsprechenden Vorbehalt wird darin auch ein Verzicht auf Schadenersatzansprüche zu erblicken sein.¹³⁰ Der Kommissionär kann die Zurückweisung allerdings von vornherein verhindern, indem er zugleich mit der Ausführungsanzeige die Deckung der Preisdifferenz anbietet (§ 386 Abs 2 UGB). Die Zurückweisung wird diesfalls aber rückwirkend wirksam, sobald sich herausstellt, dass der Kommissionär nicht leistungsfähig ist.¹³¹ Zur Überschreitung von Mindest- oder Höchstpreisen zugunsten des Kommittenten unten Rz 53.

d) Informationspflichten

- 42 Die Interessenwahrnehmungspflicht kann selbstverständlich auch **Beratungs- und Aufklärungspflichten** mit sich bringen,¹³² die von den Umständen des Einzelfalls abhängen; insbesondere sind die ausdrückliche Vereinbarung, Handelsbräuche, Verkehrsüblichkeit und der Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten.¹³³ Eine besondere Aufklärungspflicht normiert § 385 Abs 2 UGB implizit für den Fall, dass der Kommissionär davon ausgeht, dass der Kommittent eine Weisung nur in Folge fehlender Kenntnis der Sachlage erteilt hat (vgl oben Rz 39).
- 43 Daneben kennt das Gesetz verschiedene besondere **Informationspflichten**. Ganz allgemein muss der Kommissionär dem Kommittenten gem **§ 384 Abs 2 UGB alle erforderlichen Nachrichten übermitteln**, also alle Informationen, die für den Kommittenten, insbesondere für die zweckmäßige Ausübung seines Weisungsrechts,¹³⁴ relevant sein könnten, zB über den Zustand der Ware, Zahlungsschwierigkeiten beim Dritten etc.
- 44 Insbesondere muss der Kommissionär die Ausführung anzeigen (§ 384 Abs 2 UGB). Anders als etwa gem § 396 Abs 1 UGB (oben Rz 18) ist unter „Ausführung“ mE bereits der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts zu verstehen, was sich auch implizit aus § 384 Abs 3 UGB ergibt. Die **Ausführungsanzeige** umfasst die Informationen zur Identifikation des Vertragspartners (Name, Adresse etc)¹³⁵, zum genauen Vertragsinhalt etc.¹³⁶ Unterlässt der Schuldner die **Namhaftmachung des Dritten** oder benennt er den Falschen, **haftet** er für die **Erfüllung** des Geschäfts wie ein Garant (§ 384 Abs 3 UGB); allerdings ist der Kommittent nach zutr Ansicht des BGH nur so zu stellen, wie er bei rechtzeitiger Ausführungsanzeige stünde, sodass eine Haftung ausscheidet, wenn der Vertrag ohnedies, zB wegen Unmöglichkeit, hinfällig

¹²⁸ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 4.

¹²⁹ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 386 Rz 5.

¹³⁰ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 386 Rz 1; *Füller* in *Ebenroth ua*, HGB³ § 386 Rz 9; restriktiver *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 386 Rz 6.

¹³¹ Vgl Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 386 Rz 3.

¹³² OGH 1 Ob 196/98z ecolex 1997/247.

¹³³ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 2.

¹³⁴ Ausf *Martinek* in *Oetker*, HGB⁴ § 384 Rz 25.

¹³⁵ *Häuser* in *MünchKommHGB*³ § 384 Rz 105.

¹³⁶ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 384 Rz 13 mwN.

wird.¹³⁷ Nach Abtretung der Rechte aus dem Ausführungsgeschäft haften der Dritte und der Kommissionär dem Kommittenten als Gesamtschuldner.¹³⁸ Die Haftung setzt nicht einmal Pflichtwidrigkeit der Unterlassung der Namhaftmachung/Fehlinformation voraus.¹³⁹ Der Schuldner kann aber seine Haftung bei falscher Ausführungsanzeige nach hM analog §§ 870 ff ABGB durch Irrtumsanfechtung beseitigen.¹⁴⁰ Auch ist § 384 Abs 3 UGB bei anderer Vereinbarung (zur Disponibilität der Pflichten des Kommissionärs Rz 36) oder entsprechendem Handelsbrauch nicht anwendbar.¹⁴¹ Merkt der Kommissionär bei der Ausführungsanzeige nicht ausdrücklich an, dass er selbst eintreten will, gilt dies als Erklärung, dass das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen wurde (§ 405 UGB); damit wird im Regelfall dennoch zugleich seine Haftung nach § 384 Abs 3 UGB begründet, wenn und weil er nicht schon den Vertragspartner nennt (dazu auch unten Rz 101).¹⁴²

Von großer praktischer Bedeutung ist darüber hinaus die **Rechenschaftspflicht** des Kommissionärs gem § 384 Abs 2 HS 2. Der Zweck dahinter besteht darin, dass der Kommittent Herausgabeansprüche oder Schadenersatzansprüche gegen den Kommissionär und allenfalls auch Ansprüche aus dem Ausführungsgeschäft gegen den Dritten feststellen und geltend machen kann.¹⁴³ Daher muss der Kommissionär exakt angeben, wie das Geschäft ausgeführt wurde, also insbesondere die jeweiligen Hauptleistungen des Ausführungsgeschäfts sowie seine sonstigen Aufwendungen anführen. Er hat dies durch die üblichen Belege nachzuweisen.¹⁴⁴ Auf **Verlangen** hat der Kommissionär der Rechenschaftspflicht – vorbehaltlich unverhältnismäßiger oder gar schikanöser Ausübung¹⁴⁵ – **jederzeit** nachzukommen (§ 1012 HS 2 ABGB), soweit nichts anderes vereinbart wurde, wie etwa periodische Rechnungslegung.¹⁴⁶ Ergänzende Vertragsauslegung ergibt aber im Zweifel, dass spätestens mit Beendigung der Tätigkeit abzurechnen ist.¹⁴⁷ Der Anspruch verjährt nach 30 Jahren¹⁴⁸ und kann mittels Manifestationsklage (Art XLII EGZPO) bzw bei Kombination mit Leistungsanspruch gem § 384 Abs 2 HS 2 UGB mittels Stufenklage (Art XLII Abs 3 EGZPO) durchgesetzt werden. Eine richtige Rechnungslegung kann zwar schwerlich erzwungen werden; falsche Auskunft macht allerdings schadenersatzpflichtig.¹⁴⁹ Zumindest bei Vermutung der Unrichtigkeit kann der Kommissionär zudem auch „Beschwörung“ der Richtigkeit einzelner Rechnungsposten verlangen.¹⁵⁰

45

e) Pflichten bei der Abwicklung des Ausführungsgeschäfts

Gerade auch bei der Abwicklung des Ausführungsgeschäfts muss der Kommissionär die Interessen des Kommittenten wahren. Das zwingt ihn insbesondere zur Beachtung der gebo-

46

¹³⁷ BGH IX ZR 386/13 NZG 2015, 962.

¹³⁸ Statt aller Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 8.

¹³⁹ Häuser in *MünchKommHGB*³ § 384 Rz 98 mwN.

¹⁴⁰ Koller in *GroßkommHGB*⁵ § 384 Rz 157 ff; zust Apathy in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 384 Rz 26.

¹⁴¹ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 8; Häuser in *MünchKommHGB*³ § 384 Rz 111.

¹⁴² Vgl Koller in *GroßkommHGB*⁵ § 384 Rz 148; Häuser in *MünchKommHGB*³ § 384 Rz 98.

¹⁴³ RIS-Justiz RS0019529; OGH 4 Ob 581/76 EvBl 1977/151.

¹⁴⁴ Krejci, *Unternehmensrecht*⁵ 427.

¹⁴⁵ Apathy in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 384 Rz 15; zu § 22 GmbHG s zB RIS-Justiz RS0105318; RS0107752.

¹⁴⁶ P. Bydlinski in KBB, ABGB⁴ § 1012 Rz 3.

¹⁴⁷ Im Ergebnis ebenso Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 7.

¹⁴⁸ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 393 Rz 2; allgemein OGH 7 Ob 107/62 EvBl 1962/414; Strasser in *Rummel*, ABGB³ § 1012 Rz 19.

¹⁴⁹ RIS-Justiz RS0004372; OGH 1 Ob 307/52 SZ 25/99.

¹⁵⁰ Ausf Apathy in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 384 Rz 16; Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 7.

tenen Vorsicht. Wichtigste Ausprägung hiervon ist das **Verbot der Vorleistung gem § 393 UGB**. Gewährt der Kommissionär durch Vorleistung/-schuss Kredit, so handelt er vorbehaltlich einer Zustimmung des Kommittenten **auf eigene Gefahr**. Einzige Ausnahme ist gem § 393 Abs 2 UGB die Stundung des Kaufpreises, sofern diese ortsüblich ist und nichts anderes vereinbart wurde. „Auf eigene Gefahr“ bedeutet zunächst, dass der Kommissionär bei unbefugter Kreditierung keinen Anspruch auf Aufwändersatz für verlorene Vorschüsse hat.¹⁵¹ § 393 Abs 3 UGB geht darüber aber noch hinaus, indem er dem **Verkaufskommissionär** die **Pflicht** auferlegt, sofort als Schuldner des Kaufpreises **Zahlung zu leisten**. Da dies nach hM unabhängig vom Verschulden¹⁵² des Kommissionärs und unabhängig davon gilt, ob der Dritte im Zeitpunkt der Vorleistung überhaupt zahlungsfähig gewesen wäre oder der Kommissionär einen anderen Käufer gefunden hätte, läuft § 393 Abs 3 UGB auf eine Art Garantiehaftung hinaus. Wäre der bare Verkaufspreis, also jener bei Zug-um-Zug-Übergabe, niedriger als der tatsächlich mit dem Dritten vereinbarte Preis gewesen, schuldet er nur diesen, sofern er nicht einen festgesetzten Mindestpreis unterschritten hat (§ 393 Abs 3 S 2 UGB).

47 Ferner muss der Kommissionär gem § 395 UGB, wenn er einen **Wechsel** oder **Scheck**¹⁵³ auf Rechnung des Kommittenten ankauft, diesen **ohne Vorbehalt** und **in üblicher Weise indossieren**, um den Wert des Wechsels nicht zu mindern. Eine Pflicht, ihn überhaupt zu indossieren, besteht aber nicht.¹⁵⁴ Das Indossament begründet nur eine Haftung gem Art 15 WG, bedeutet aber nicht die Übernahme der Delkrederehaftung.¹⁵⁵ Ferner kann der Kommissionär dem Kommittenten entgegenhalten, dass er die Haftung nur in dessen Interesse übernommen hat und ihn daher im Verhältnis zu diesem keine Verpflichtung trifft.¹⁵⁶ Dem Kommittenten haftet der Kommissionär aber für sonstige Schäden, die aufgrund der Verschlechterung der „Bonität des Wechsels“ entstehen.

48 Besondere Ausprägung der Interessenwahrungspflicht ist ferner § 388 UGB. Danach hat der Kommissionär bei **mangelhaftem Gut**, das ihm durch einen **Mittelsmann** – das Gesetz nennt Schiffer und Frachtführer explizit – zugesendet wurde, die Rechte gegen diese Mittelsperson zu wahren. Insbesondere muss er Beweise über den Zustand sichern, uU auch mittels gerichtlichem Beweissicherungsverfahren (§§ 384 ff ZPO)¹⁵⁷, und den Kommittenten unverzüglich verständigen. Besonders bedeutsam sind die rechtzeitige Erhebung der **Mängelrüge** sowie die damit iZm stehenden Obliegenheiten (§§ 377 f UGB). Implizit begründet das natürlich auch die Pflicht zur **Untersuchung** der Ware. Ob darüber hinaus auch eine Pflicht zur Durchsetzung allfälliger Ansprüche besteht, hängt vom konkreten Kommissionsvertrag sowie den Umständen des Einzelfalls ab. Im Zweifel genügt mE aber die Abtretung der Ansprüche an den Kommittenten.¹⁵⁸

¹⁵¹ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 393 Rz 5; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 393 Rz 2.

¹⁵² *W.-H. Roth* in *Koller ua*, HGB⁸ § 393 Rz 4; *Füller* in *Ebenroth ua*, HGB³ § 393 Rz 5; aA *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 393 Rz 10.

¹⁵³ Statt vieler *Häuser* in *MünchKommHGB*³ § 395 Rz 2 mwN.

¹⁵⁴ *Bücheler* in *U. Torggler*, UGB² § 395 Rz 1.

¹⁵⁵ *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 395 Rz 3; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 395 Rz 3.

¹⁵⁶ Weil der Kommissionär Anspruch auf Aufwändersatz gem § 396 Abs 2 UGB hätte, der Kommittent aber nach allgemeinen Grundsätzen nichts fordern darf, was er sofort wieder zu erstatten hätte (RIS-Justiz RS0027155; OGH 1 Ob 936/27 SZ 9/283), wäre eine Klage nämlich abzuweisen (im Ergebnis zutr die hM, zB *Hefermehl* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 395 Rz 6; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 395 Rz 2).

¹⁵⁷ *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 388 Rz 2.

¹⁵⁸ Insoweit aA *Krejci*, Unternehmensrecht³ 425.

Auch wenn § 388 Abs 1 UGB nicht gilt, falls der Kommissionär die Ware unmittelbar vom Dritten übernimmt,¹⁵⁹ ist der Kommissionär im Rahmen seiner Interessenwahrung auch verpflichtet, die Ansprüche aus dem Vertrag mit dem **Dritten** durch **Untersuchung und Rüge** zu wahren.¹⁶⁰ Erhält er umgekehrt im Rahmen der Verkaufskommission **mangelhaftes Gut vom Kommittenten**, treffen ihn uU **Aufklärungspflichten**, etwa bei Zweifeln an der Echtheit eines Kunstwerks.¹⁶¹ Dies gilt jedenfalls, sofern er nicht davon ausgehen durfte, dass der Kommittent den Mangel ohnehin kennt. Analog § 377 UGB trifft den Kommissionär nach hM sogar eine Rügepflicht gegenüber dem Kommittenten, wenn er einen Mindestpreis versprochen hat, sich aber wegen des Mangels des Kommissionsguts von dieser Pflicht lösen will.¹⁶² Eine generelle Untersuchungspflicht besteht für den Kommissionär aber mE nicht.¹⁶³ Zur erforderlichen Mangelrüge des unternehmerisch tätigen Kommittenten gegenüber dem Kommissionär gem § 391 UGB s unten Rz 88.

49

Nach § 388 Abs 2 UGB kann der Kommissionär auch einen **Selbsthilfeverkauf** nach § 373 UGB auf Rechnung des Kommittenten vornehmen, wenn die empfangene Ware **verderblich** ist und **keine Zeit** besteht, Rücksprache mit dem Kommissionär zu halten. § 388 Abs 2 UGB (arg: „kann“) befreit den Kommissionär aber nicht von seiner allgemeinen Interessenwahrungspflicht, sodass er auch unter den Voraussetzungen des § 388 Abs 2 UGB zu beurteilen hat, ob eine andere Vorgehensweise nicht vorteilhafter ist; umgekehrt kann ein Selbsthilfeverkauf geboten sein, obwohl § 388 Abs 2 UGB nicht anwendbar ist.¹⁶⁴ Dem Regel-Ausnahme-Verhältnis der Norm wird aber entnommen, dass der Kommittent die Pflichtwidrigkeit des Verkaufs, der Kommissionär die Rechtmäßigkeit des unterlassenen Verkaufs zu **behaupten** und zu **beweisen** habe, sofern die Voraussetzungen gem § 388 Abs 2 UGB gegeben waren.¹⁶⁵

50

f) Herausgabepflicht

Da der Kommissionär auf Rechnung des Kommittenten tätig wird, muss er ihm den **erwirtschafteten Erfolg** selbstverständlich auch **herausgeben** (§ 384 Abs 2 HS 2 UGB). Diese Pflicht steht allerdings zumindest in ausreichendem Austauschverhältnis¹⁶⁶ zum Aufwandersatz- und Provisionsanspruch, sodass § 1052 ABGB anwendbar ist.¹⁶⁷ Daher hat der Kommissionär – unabhängig von der Unternehmereigenschaft des Kommittenten (vgl § 369 UGB) – seiner Herausgabepflicht nur **Zug um Zug gegen Zahlung von Aufwandersatz und Provision** nachzukommen.¹⁶⁸

51

Konkret erfasst § 384 Abs 2 HS 2 UGB primär das **Endergebnis**, also insbesondere **Kaufpreis** oder **Kaufgegenstand**. Herauszugeben ist aber auch ein allfälliges stellvertreten-

52

¹⁵⁹ Füller in Ebenroth ua, HGB³ § 388 Rz 2; Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 388 Rz 1.

¹⁶⁰ RIS-Justiz RS0111698; OGH 1 Ob 196/98z ecolex 1997/247; Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 391 Rz 2.

¹⁶¹ OGH 4 Ob 167/09a RdW 2010, 148.

¹⁶² OLG München 6 U 958/59 BB 1960, 642; Häuser in MünchKommHGB³ § 391 Rz 15; Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 391 Rz 3; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 391 Rz 5.

¹⁶³ So wohl auch Krüger in Ebenroth ua, HGB² § 388 Rz 2.

¹⁶⁴ Zutr Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 388 Rz 4; Büchele in U. Torggler, UGB² § 388 Rz 7.

¹⁶⁵ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 388 Rz 4; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 388 Rz 8; Füller in Ebenroth ua, HGB³ § 388 Rz 10.

¹⁶⁶ Zur Frage nach dem synallagmatischen Verhältnis zwischen Provision, Aufwandersatz und Herausgabepflicht auf Koller in GroßkommHGB⁵ § 384 Rz 118 ff.

¹⁶⁷ Vgl dazu Aicher in Rummel, ABGB³ § 1052 Rz 5; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1052 Rz 6 ff.

¹⁶⁸ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 384 Rz 19; Büchele in U. Torggler, UGB² § 384 Rz 18.

des Commodum, alle Früchte (auch Zinsen, die ab dem Tag der Fälligkeit des Herausgabeanspruchs anfallen¹⁶⁹) und Nutzungen. Auch angenommene Geschenke, Schmiergelder, Boni oder Rabatte sind nach hM auszufolgen (vgl oben Rz 37).¹⁷⁰ Sofern eine Abwicklung durch den Kommissionär nicht gewünscht oder Gegenteiliges vereinbart wurde, hat der Kommissionär bereits seine Forderung auf Leistung des Kaufpreises oder Kaufgegenstands abzutreten. Generell hat er das ihm Zugekommene in der jeweiligen Form zum Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruchs herauszugeben (folgende Rz). Begleit- und Beweisurkunden sind ebenfalls abzuliefern.¹⁷¹ Darüber hinaus ist schließlich von § 384 Abs 2 HS 2 UGB auch alles umfasst, was der Kommissionär vom Kommittent erhalten, aber nicht verwendet hat, wie unveräußerte Ware oder nicht verbrauchte Vorschüsse.¹⁷²

- 53 Sofern der Kommissionär ein **vorteilhafteres Geschäft abschließt**, als vom Kommittenten (mindestens) vorgegeben, erfasst der Herausgabeanspruch gem § 387 Abs 1 UGB auch diesen „Überling“. Das gilt insbesondere bei der Überschreitung eines Mindestverkaufs- oder Unterschreitung eines Höchsteinkaufspreises (§ 387 Abs 2 UGB). Die Bestimmung ist zwar dispositiv; bei anderer Risikoverteilung wird aber idR kein Kommissionsgeschäft, sondern ein Kauf- oder Trödlervertrag (§ 1086 ABGB) vorliegen (vgl oben Rz 13).¹⁷³
- 54 Der **Herausgabeanspruch entsteht nach der Rsp mit Ausführung der Kommission**¹⁷⁴ und wird mangels anderer Vereinbarung zu diesem Zeitpunkt auch **fällig**. Seine Entstehung ist also abhängig davon, ob der Kommissionär zur Abwicklung verpflichtet ist oder nicht (dazu oben Rz 33). Er **verjährt** nach hM erst nach **30 Jahren**.¹⁷⁵

g) Verwahrung des herauszugebenden Guts

- 55 Vor Übergabe ist der Kommissionär selbstredend auch für die **ordnungsgemäße Verwahrung und Sicherung des herauszugebenden Guts** (Rz 51 ff) verantwortlich. Eine **Versicherung** muss er aber nur abschließen, wenn er hierzu angewiesen wurde oder dies vereinbart war (§ 390 Abs 2 UGB), ferner wenn dies einem Geschäftsgebrauch oder der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Will der Kommissionär auf eigene Faust eine solche ohne ausdrückliche Vereinbarung abschließen, muss er sich mE um Rücksprache mit dem Kommittenten bemühen, um seinen Aufwandersatz zu sichern.¹⁷⁶
- 56 Kommt es zum **Untergang des Kaufgegenstands**¹⁷⁷, bevor die Gefahr (zB gem § 429 ABGB) auf den Kommittenten übergegangen ist, ist zu unterscheiden, ob es sich um zufälligen oder verschuldeten Untergang handelt: Bei **zufälligem Untergang** wird die Verbindlichkeit aufgehoben (§ 1447 ABGB); der Kommissionär behält jedoch seinen Aufwandersatz¹⁷⁸, nach umstr Ansicht auch seinen Anspruch auf Provision (oben Rz 18). Bei **Verschulden des Kommissionärs** haftet er dem Kommittenten. In diesem Fall ist es zwar naheliegend, dass der

¹⁶⁹ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 9.

¹⁷⁰ Apathy in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 384 Rz 20; *Canaris*, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 31.

¹⁷¹ Statt vieler *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 428.

¹⁷² Büchele in *U. Torggler*, UGB² § 384 Rz 17.

¹⁷³ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 387 Rz 3.

¹⁷⁴ OGH 2 Ob 507/80 HS 11.187.

¹⁷⁵ Apathy in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 384 Rz 20; RIS-Justiz RS0034267.

¹⁷⁶ Vgl aber Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 390 Rz 4; *Martinek in Oetker*, HGB⁴ § 390 Rz 12.

¹⁷⁷ Theoretisch gelten nach Eintritt der „Konzentration“ (zB *Holly in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1447 Rz 29) auch für den Kaufpreis als Gattungsschuld dieselben Regeln.

¹⁷⁸ ZB *Koller in GroßkommHGB*⁵ § 384 Rz 135; *Canaris*, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 53.

Kommissionär keine Provision erhält.¹⁷⁹ Ersetzt er dem Kommittenten allerdings im Rahmen seiner Schadenersatzpflicht (unten Rz 61) sein Erfüllungsinteresse in Höhe des erzielbaren Gewinns (dazu ist er jedenfalls bei grobem Verschulden verpflichtet [§ 1323 ABGB]), würde dieser besser gestellt als ohne Untergang der Sache. Der bei ordnungsgemäßer Erfüllung anfallende, durch den Untergang jedoch ersparte Provisionsanspruch ist daher mE als anzurechnender Vorteil vom geltend zu machenden Schaden abzuziehen. Der Aufwändersatz bleibt nach hM ohnedies auch dem schuldhaft handelnden Kommissionär erhalten.¹⁸⁰ Sofern den **Kommittenten Verschulden** trifft oder die Sache während seines Annahmeverzugs ohne grobes Verschulden des Kommissionärs untergeht,¹⁸¹ hat der Kommittent dem Kommissionär jedenfalls seine Provision und seinen Aufwändersatz zu leisten.

4. Haftung des Kommissionärs

a) Grundsatz: Keine Haftung für Erfüllung des Ausführungsgeschäfts

Die mit dem **Ausführungsgeschäft verbundenen Risiken trägt der Kommittent**, sofern dem Kommissionär kein „Auswahlverschulden“ bei der Wahl des Vertragspartners zur Last fällt. Er haftet daher grundsätzlich (s aber folgende Rz) nicht für die Erfüllung des abgeschlossenen Geschäfts.¹⁸² Er erhält bei Nichterfüllung aber auch keine Provision (oben Rz 18).

57

b) Ausnahme: Delkrederehaftung

Der Kommissionär kann sich jedoch auch zur Übernahme des Leistungsrisikos des Dritten verpflichten. Diesfalls spricht man von der Übernahme der **Delkrederehaftung** (§ 394 UGB). Fraglich ist besonders seit der Streichung von § 350 HGB¹⁸³, ob darauf das Schriftlichkeitserfordernis gem § 1346 Abs 2 ABGB anzuwenden ist.¹⁸⁴ Die Anwendung dieser Schutzvorschrift würde indes einen Wertungskonflikt dazu hervorrufen, dass der Kommissionär auch durch schuldloses (oben Rz 44) Unterlassen der Namhaftmachung des Dritten (§ 384 Abs 3 UGB) oder unberechtigte Vorleistung bei der Verkaufskommission (§ 393 Abs 3 UGB) eine vergleichbare Haftung begründet. Noch gravierender wäre der Wertungsbruch dazu, dass der Kommissionär bei Ortsüblichkeit der Übernahme der Delkrederehaftung diese sogar abbedingen muss (§ 394 Abs 1 letzter HS UGB). Aufgrund systematischer Interpretation kann ein Kommissionär die Delkrederehaftung somit mE **formfrei**, also auch stillschweigend, übernehmen.¹⁸⁵ Die Aussage des Kommissionärs, „*er werde alles ordnen*“, kann unter Hinzutreten weiterer Umstände, aber nicht per se, als schlüssige Übernahme der Delkrederehaftung gewertet werden.¹⁸⁶

58

¹⁷⁹ So die wohl hM, zB *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 10; *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 384 Rz 129.

¹⁸⁰ *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 384 Rz 129 mwN.

¹⁸¹ Die Minderung des Sorgfaltsmaßstabs des Schuldners bei Annahmeverzug des Gläubigers entspricht wohl (noch) hM (s OGH 7 Ob 639/80 SZ 54/90; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 61 uvm). Es mehrten sich freilich die Gegenstimmen mit gewichtigen Argumenten (*Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1419 Rz 9; *Koziol* in *KBB*, ABGB³ § 1419 Rz 5; *Ch. Rabl*, Gläubigerverzug und beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung, JBl 1997, 488; vgl nunmehr auch OGH 8 Ob 65/05z ZVR 2006/89).

¹⁸² Statt aller *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 979.

¹⁸³ Dazu ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 55.

¹⁸⁴ So *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 394 Rz 7.

¹⁸⁵ ZB *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 394 Rz 1.

¹⁸⁶ So wohl auch OGH 7 Ob 239/56 EvBl 1956/329, 577.

- 59 Grundsätzlich haftet der Kommissionär bei Übernahme der Delkrederehaftung **unmittelbar und persönlich**¹⁸⁷ für all jene Verpflichtungen, die der Dritte übernommen hat; darunter fallen auch Sekundärpflichten wie Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Gewährleistung (**akzessorische Haftung**).¹⁸⁸ Dementsprechend kann er dem Kommittenten alle Einwendungen entgegenhalten, die auch dem Dritten zustehen. Umstritten ist, ob dies auch gilt, wenn der Kommissionär diese Einwendung „verschuldet“ hat;¹⁸⁹ im Ergebnis besteht freilich kein Unterschied, weil der Kommissionär jedenfalls haftet, nach einer Ansicht gem § 394 UGB, nach anderer Ansicht wegen der dadurch begründeten Schadenersatzpflicht. Eine vom Grundsatz der Akzessorietät abweichende Ausgestaltung der Delkrederehaftung ist möglich.¹⁹⁰ Für die Übernahme der Delkrederehaftung steht dem Kommissionär eine besondere Provision zu (**Delkredereprovision**). Diese entsteht mit Ausführung, also Leistung durch den Dritten. Dagegen soll die Zahlung des Kommissionärs im Rahmen seiner Haftung auf das Erfüllungsinteresse nach hM nicht ausreichen,¹⁹¹ was insoweit abzulehnen ist, als der Kommittent diesfalls besser als bei erfolgreicher Abwicklung steht (vgl Rz 56). Die **Höhe der Delkredereprovision** richtet sich nach der Vereinbarung, andernfalls wird sie in angemessener, ortsüblicher Höhe geschuldet. Zum Anspruch auf Delkredereprovision bei Selbsteintritt unten Rz 105.
- 60 Neben der Übernahme der Delkrederehaftung verpflichtet das Gesetz den Kommissionär auch zur Haftung für die Erfüllung, wenn er als **Verkaufskommissionär unbefugt auf Kredit verkauft** (§ 393 Abs 3 UGB; oben Rz 46) oder den **Partner des Ausführungsgeschäfts nicht zugleich mit der Ausführungsanzeige namhaft macht** (§ 384 Abs 3 UGB; oben Rz 44).

c) Schadenersatzpflicht als Sekundärpflicht

- 61 Ansonsten haftet der Kommissionär selbstverständlich nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 1293 ff ABGB), wenn er **rechtswidrig** und **schuldhaft** (zur Beweislast s nächste Rz) einen **Schaden des Kommittenten verursacht** hat. Rechtswidriges Verhalten ergibt sich insbesondere aus der Verletzung gesetzlicher (zB §§ 393, 395 UGB) oder vertraglicher Pflichten oder der Missachtung einer Weisung. Gerade beim Verstoß gegen die generalklauselartige Interessenwahrnehmung kann freilich nicht genug darauf hingewiesen werden, dass die Sorgfaltswidrigkeit stets ex ante beurteilt werden muss und nicht ex post von einer negativen Entwicklung auf pflichtwidriges Verhalten geschlossen werden darf.

d) Beweislast

- 62 Die Beweislast für Schaden und Kausalität trägt jedenfalls der geschädigte Kommittent, während § 1298 ABGB nach hM zumindest hinsichtlich des Verschuldens eine Beweislastumkehr zu Lasten des Kommissionärs bewirkt. Entgegen der überwiegenden Rsp¹⁹² ist **§ 1298 ABGB** nach zutr Auffassung eines Teils der Lehre und vereinzelter Rsp¹⁹³ allerdings nur auf

¹⁸⁷ Hopt in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ § 394 Rz 3; Koller in *GroßkommHGB*⁵ § 394 Rz 7.

¹⁸⁸ OGH 7 Ob 239/56 EvBl 1956/329, 577; 1 Ob 452/36 Rsp 1936/168; Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 394 Rz 2.

¹⁸⁹ Dafür Koller in *GroßkommHGB*⁵ § 394 Rz 11 mwN; aA Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 394 Rz 2; Hefermehl in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 394 Rz 13.

¹⁹⁰ Apathy in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 394 Rz 4.

¹⁹¹ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsgeschäfte III³ 290; Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 394 Rz 3; Apathy in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 394 Rz 8.

¹⁹² Statt vieler OGH 4 Ob 20/81 JBl 1982, 217; 4 Ob 46/83 JBl 1984, 270; 8 Ob 664/92 *ecolex* 1993, 238; RIS-Justiz RS0038150.

¹⁹³ Grundlegend *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298 ABGB) (1975) passim; *ders* in *Rummel*, ABGB³ § 1298 Rz 1; zust RIS-Justiz RS0026458; OGH 8 Ob 700/89 JBl 1990, 723; 8 Ob 27/93

Erfolgs-, nicht dagegen auf **Sorgfaltsverbindlichkeiten** anwendbar, umfasst in seinem Anwendungsbereich aber – insoweit ebenfalls entgegen der überwiegenden Rsp¹⁹⁴ – nach Nachweis des verfehlten Erfolgs ebenso die Umkehr der Beweislast für die **objektive Sorgfaltswidrigkeit**, also Rechtswidrigkeit, der Handlung. Dementsprechend ist zu differenzieren:

Da der Kommissionär wie gezeigt (oben Rz 32) die **Ausführung des Geschäfts nicht als Erfolg schuldet**, trägt der Kommittent die Beweislast für die objektive Sorgfaltswidrigkeit. Fehlende subjektive Sorgfaltswidrigkeit hat daraufhin jedoch schon wegen §§ 1297, 1299 ABGB der Kommissionär zu beweisen; der Entlastungsbeweis von § 1299 ABGB kommt aber grundsätzlich nur in Betracht, wenn der Kommissionär aufgrund bestimmter Umstände konkret an der Anwendung der von § 1299 ABGB vorausgesetzten Fähigkeiten verhindert war.¹⁹⁵ Eine **Weisung des Kommittenten** begründet wegen der Folgepflicht im Ergebnis nichts anderes als eine (partielle) Erfolgspflicht, sodass fehlende Sorgfaltswidrigkeit der Nichtbefolgung vom schädigenden Kommissionär zu beweisen ist.¹⁹⁶ Auch die **Herausgabepflicht des Erlangten** ist, sobald sich die Sache beim Kommissionär befindet, eine Erfolgspflicht. Die aufgrund der folglich gebotenen Anwendung von § 1298 ABGB eingreifende Beweislastumkehr wird aber ohnehin in § 390 Abs 1 UGB ausdrücklich festgehalten.¹⁹⁷

63

C. Rechtsstellung des Kommittenten

Zur Rechtsstellung des Kommittenten bedarf es keiner großen zusätzlichen Ausführungen, zumal sich diese **spiegelbildlich** aus den **Rechten und Pflichten des Kommissionärs** ergibt. So hat der Kommittent Anspruch auf das vom Kommissionär Erworbene (Rz 51 ff), darauf, dass der Kommissionär seine Interessen wahrt (Rz 36 ff), insbesondere also seine Weisungen befolgt (Rz 39 ff), den Informationspflichten (Rz 42 ff) nachkommt, das Ausführungsgeschäft sorgfältig abwickelt (Rz 46 ff) etc. Bei schuldhafter Verletzung dieser Pflichten des Kommissionärs hat er Anspruch auf Schadenersatz (Rz 61). Er schuldet dem Kommissionär im Gegenzug seine Provision (Rz 16 ff), Aufwandsatz (Rz 22 ff) sowie im Rahmen der Risikohaftung Schadenersatz (Rz 25).

64

D. Beendigung

Der Kommissionsvertrag endet idealerweise durch **Erfüllung**. Denkbar ist auch der **Ab-
lauf einer vereinbarten Zeit** oder der Eintritt einer als Endigungsgrund **vereinbarten Be-
endigung**. Im Falle des – idR wohl schwer nachzuweisenden – Verzugs des Kommissionärs ist ein Rücktritt gem §§ 918 ff ABGB möglich. **Nachträgliche Unmöglichkeit** der vereinbarten Leistung führt auch zur Beendigung (§§ 1447, 920 ABGB).¹⁹⁸

65

Auch der **Tod** des Kommittenten führt in der Regel zur Beendigung. Nur wenn der Auftrag nicht ohne offensichtlichen Nachteil für dessen Erben beendet werden könnte (§ 1022 S 2 ABGB), anderes vereinbart wurde oder sich aus der Natur des Geschäfts ergibt, besteht

66

JB1 1994, 829; *Kerschner*, DHG² § 2 Rz 24; *B. A. Oberhofer/Trenker* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 2 DHG Rz 37 je mwN.

¹⁹⁴ RIS-Justiz RS0022686, zB OGH 9 ObA 200/02f DRdA 2003/40; 5 Ob 555/89 ecolex 1991, 306; 7 Ob 582/85 JB1 1986, 173 uvm; wie hier aber RIS-Justiz RS0026221, zB OGH 7 Ob 614/86; 8 Ob 664/92 ecolex 1993, 238; ebenso *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/22 mwN aus der Lehre.

¹⁹⁵ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 5.

¹⁹⁶ Im Ergebnis zutr *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 385 Rz 2.

¹⁹⁷ So auch *Reischauer*, Entlastungsbeweis 269; im Ergebnis unstr, zB OGH 1 Ob 2374/96s SZ 70/142.

¹⁹⁸ OGH 1 Ob 83/54 HS 1942.

der Vertrag fort.¹⁹⁹ Dies gilt unabhängig von der Unternehmereigenschaft des Kommittenten (vgl dagegen früher Art 8 Nr 10 EVHGB).²⁰⁰ Der Tod des Kommissionärs führt zur Beendigung, wenn die Auftragerfüllung nur durch ihn sinnvoll ist und der Auftrag nicht etwa pauschal an sein Unternehmen gerichtet war.²⁰¹

67

Die **Insolvenz** (dh sowohl Konkurs als auch Sanierungsverfahren²⁰², was sich etwa aus einem Vergleich mit § 1210 ABGB ergibt) des **Kommittenten** führt gem § 26 IO zum Erlöschen der Kommission.²⁰³ Differenziert werden muss beim Kommissionsagenten, zumal hierfür § 26 HVertrG (oben Rz 10) als *lex specialis*²⁰⁴ nur einen Konkurs als Beendigungsgrund normiert. Dagegen ist umstritten, was bei der Insolvenz des Kommissionärs gilt. Das Auslegungsproblem besteht darin, ob § 1024 ABGB entsprechend seinem Wortlaut nur die Vollmacht oder auch einen erteilten Auftrag erfasst.²⁰⁵ Richtig ist, dass die Beschränkung des klaren Wortlauts von § 1024 ABGB auf die „Vollmacht“ angesichts seiner Entstehungsgeschichte zu relativieren ist.²⁰⁶ Dasselbe gilt aber auch für den Bedeutungsgehalt dieser insolvenzrechtlichen *lex fugitiva* aufgrund der nachträglichen Einführung der Gesamtkodifikation KO.²⁰⁷ Dabei fällt ins Gewicht, dass der Gesetzgeber nach den Materialien zur KO eindeutig vom Fortbestand des Auftrags ausgegangen ist und dies in § 26 IO, wenngleich nur *e contrario*, auch zum Ausdruck gebracht hat.²⁰⁸ Besonders im Lichte der Sanierungstendenz der IO kommt zudem dem teleologischen Argument große Relevanz zu, dass es im Interesse der Masse gelegen sein kann, einen uU lukrativen Auftrag weiterhin auszuführen. Die besseren Gründe sprechen daher gegen eine Subsumtion des Auftrags unter § 1024 ABGB, allerdings nur, wenn dieser nicht ohne eine allenfalls zugrunde liegende Vollmacht, an deren Erlöschen kein Anlass für Zweifel besteht, sinnlos geworden ist.²⁰⁹ Letzteres trifft aber bei der auf mittelbare Stellvertretung ausgerichteten Kommission nicht zu. Die **Insolvenz des Kommissionärs** führt dementsprechend mE grundsätzlich **nicht zur automatischen Endigung**.²¹⁰ Die Ausführung des Auftrags kann aber, zumal er auf eigene Rechnung ausgeführt werden muss, also auf Kosten der Insolvenzmasse geht, nur der Insolvenzverwalter oder der Schuldner mit dessen Bevollmächtigung vornehmen.²¹¹ Soweit aufgrund des Parteiwillens der Auftrag höchstpersönlich auszuführen ist, was beim Kommissionsgeschäft wohl seltener als sonst der Fall sein wird, kommt nur letztere Möglichkeit in Be-

¹⁹⁹ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 16.

²⁰⁰ Ebenso *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 13; aA *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 16.

²⁰¹ Vgl *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 13; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 16.

²⁰² Insoweit unzutr *Kalss/Schauer/Winner*, Unternehmensrecht² Rz 11/91; ebenso zur KO *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 18 f.

²⁰³ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsgeschäfte III³ 275; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 436.

²⁰⁴ ErläutRV 771 BlgNR 24. GP 9.

²⁰⁵ Für Beschränkung auf Vollmacht *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, InsolvenzG § 26 KO Rz 5 f; *Iro* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 7/168; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsgeschäfte III³ 275, 301; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 14; aA OGH 8 ObA 116/03x EvBl 2005/22; *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1² 875 f; *Strasser* in *Rummel*, ABGB³ §§ 1020–1026 Rz 30; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 18; *Ch. Rabl*, NZ 1997, 302 f.

²⁰⁶ Insoweit zutr *Stanzl* in *Klang*, ABGB IV/1² 875 f.

²⁰⁷ Vgl RIS-Justiz RS0008900, zB OGH 1 Ob 36/79 JBl 1980, 539 (*Koziol*); *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 9 Rz 6.

²⁰⁸ Denkschrift KO, AO, AnfO (1914) 29; s auch 4. Sitzung am 9. Oktober 1913 Beratungen des RefE KO 1913, lit h Protokolle 65 f.

²⁰⁹ Vgl *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, InsolvenzG § 26 KO Rz 5.

²¹⁰ Ebenso konkret *Hämmerle/Wünsch*, Handelsgeschäfte III³ 275, 301; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 13; wohl auch *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 436.

²¹¹ Insoweit unzutr Denkschrift KO, AO, AnfO (1914) 29.

tracht.²¹² Ist der Vertrag noch von keinem Vertragspartner vollständig erfüllt, also das Ausführungsgeschäft weder abgewickelt noch die Provision beglichen, kann der Insolvenzverwalter nach § 21 IO wählen: Entweder erfüllt er den Auftrag oder er tritt zurück. Allfällige Schadenersatzansprüche des Kommittenten aus der Nichterfüllung sind diesfalls bloße Insolvenzforderungen. Besondere Regeln sind bei der Effektenkommission im Anwendungsbereich von § 23 DepotG zu beachten.²¹³

Selbstredend zulässig ist die **einvernehmliche Auflösung**. Daneben kann der **Kommitent** auch den Auftrag jederzeit **widerrufen** (§ 1020 ABGB).²¹⁴ Nach hM ist dies aber nicht mehr möglich, sobald das Ausführungsgeschäft abgeschlossen bzw der Auftrag durch Absendung der Anzeige des Selbsteintritts „ausgeführt“ ist (unten Rz 95, 101).²¹⁵ Unter engen Voraussetzungen (sachliche Rechtfertigung²¹⁶, angemessene Befristung²¹⁷) ist ein Verzicht auf das Widerrufsrecht zulässig.²¹⁸ Gerade bei der Kommission ist ein Interesse des Kommissionärs wegen seiner erfolgsabhängigen Vergütung (oben Rz 18) evident.²¹⁹ Nach *Koller*²²⁰ ergibt sich ein solcher Verzicht bei auf längere Dauer angelegten Kommissionsverträgen idR sogar aus der ergänzenden Vertragsauslegung. Auch der **Kommissionär** kann den Vertrag **kündigen**; hat er dafür aber keinen wichtigen Grund oder hält er sich nicht an eine allenfalls vereinbarte Kündigungsfrist, haftet er dem Kommittenten für alle daraus entstehenden Schäden (§ 1021 ABGB).

68

III. Ausführungsgeschäft

A. Vertragsverhältnis zwischen Kommissionär und Drittem

Partner des **Ausführungsgeschäfts** sind allein der Kommissionär und der Dritte und zwar unabhängig von der Offenlegung der Kommission. Als mittelbarer Stellvertreter haftet der Kommissionär wie ein gewöhnlicher Vertragspartner für die Erfüllung und kann sich nicht darauf berufen, dass der Kommittent seine Vorschusspflicht verletzt. Die anfängliche Nichtigkeit²²¹ des Kommissionsvertrags entbindet ihn ebenso wenig von diesen Pflichten wie dessen Kündigung oder Widerruf.

69

Die Besonderheit, wonach der Kommissionär auf fremde Rechnung tätig wird, führt freilich dazu, dass eine Pflichtverletzung durch den Dritten bei genauer Betrachtung der wirtschaftlichen Verhältnisse nur den Kommittenten schädigt. Für dieses Problem ist die Anwendung der Grundsätze über die **Drittschadensliquidation** anerkannt. Danach kann der Kommissionär insbesondere Schäden wegen Nichterfüllung geltend machen, obwohl den Schaden – außer bei ausnahmsweise gegebener Haftung für das Erfüllungsinteresse (oben Rz 58 ff)²²² – eigentlich

70

²¹² *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1024 Rz 5 will den Auftrag dagegen überhaupt nur im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung aufrechterhalten.

²¹³ *Ausf Iro* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 7/168 ff mwN.

²¹⁴ OGH 4 Ob 266/99t RdW 2000/242.

²¹⁵ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 14; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 13; aA *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 383 Rz 161, § 396 Rz 36.

²¹⁶ RIS-Justiz RS0014859, RS0019779; OGH 8 Ob 125/98k ÖBA 1999, 839.

²¹⁷ RIS-Justiz RS0014859, RS0031261; OGH 5 Ob 526/79 GesRZ 1980, 94.

²¹⁸ Dazu zB *P. Bydlinski* in *KBB*, ABGB⁴ § 1020 Rz 4.

²¹⁹ Vgl OGH 2 Ob 599/55 HS ErgBd 86, wo der Ausschluss des Widerrufs als Absicherungsmöglichkeit gegen den Verlust der Provision angeführt wird.

²²⁰ In *GroßkommHGB*⁵ § 383 Rz 166.

²²¹ Zur Geschäftsunfähigkeit des Kommittenten OGH 9 Ob 98/04h JBl 2006, 312.

²²² Vgl *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 990.

nur der Kommittent trägt.²²³ Dies soll nach Ansicht des OGH dann nicht gelten, wenn der Kommittent wegen Schädigung absolut geschützter Güter selbst einen Ersatzanspruch hat.²²⁴ Ferner soll der Kommissionär nur Leistung an den Kommittenten verlangen können.²²⁵ Für Verzugs-, Nichterfüllungs- und Mangelschäden ist Letzteres allerdings abzulehnen; diese sind Erfüllungssurrogat und daher vor ihrer Abtretung (§ 392 Abs 1 UGB) an den Kommissionär zu leisten, dem andernfalls sein Sicherungsrecht nach §§ 397 ff UGB entzogen würde.²²⁶ Weitere Probleme können sich stellen, wenn der Schaden des Kommittenten höher als der typische (vorhersehbare) Schaden des Kommissionärs ist.²²⁷

71 Fraglich ist, ob der **Kommissionär** darüber hinaus **Schadenersatz auf eigene Rechnung** geltend machen kann, wenn und weil durch die Nichtleistung des Dritten sein **Provisionsanspruch vereitelt wird**. Bei näherer Betrachtung geht sein Provisionsanspruch idR freilich nicht verloren. Sofern der Dritte nämlich Schadenersatz wegen Nichterfüllung leistet, erhält der Kommissionär ohnehin seine Provision (oben Rz 18). Im Übrigen – wenn der Dritte etwa wegen Insolvenz auch das positive Interesse nicht begleichen kann – dürfte es mE am erforderlichen Rechtswidrigkeitszusammenhang fehlen.

72 Schließlich ist das Kommissionsverhältnis auch für das Ausführungsgeschäft nicht völlig irrelevant. Jedenfalls bei der Verkaufskommission, wo der Kommissionär richtigerweise als Ermächtigungstreuhänder einzustufen ist (unten Rz 76),²²⁸ kann das Innenverhältnis nach den Grundsätzen über den **Missbrauch der Treuhand** auf das Außenverhältnis durchschlagen. Das Ausführungsgeschäft ist daher nichtig, wenn der Dritte von der Pflichtwidrigkeit des Handelns des Kommissionärs im Verhältnis zum Kommittenten wusste oder diese zumindest evident²²⁹ war.²³⁰ Dies setzt freilich mE zunächst Kenntnis (Evidenz) davon voraus, dass der Dritte überhaupt im fremden Interesse tätig wird. Darüber hinaus wird vielfach nicht ausreichend beachtet, dass bei der Verkaufskommission die regelmäßig erforderliche Verkaufsermächtigung auch im Außenverhältnis, also mit Wirkung gegenüber dem Dritten, beliebig beschränkt werden kann (dazu unten Rz 76).

B. Kein Vertragsverhältnis zwischen Kommittent und Dritten

73 Der **Kommittent** tritt grundsätzlich in **keinerlei Rechtsbeziehung zum Dritten**. Erst nach Abtretung der Ansprüche des Kommissionärs kann er diese im eigenen Namen geltend machen (§ 392 Abs 1).²³¹ Jedenfalls in Kombination mit der Zession des Leistungsanspruchs können bei der Einkaufskommission auch Gestaltungsrechte (Irrtumsanfechtung, Wandlung etc) übertragen werden.²³² Mit Zustimmung des Dritten ist auch eine privative Schuldübernahme möglich (§ 1405 ABGB). Praktisch naheliegender ist aber wohl eine vollständige Ver-

²²³ RIS-Justiz RS0019531; OGH 1 Ob 30/73 JBI 1973, 418; 2 Ob 42/87 SZ 61/178; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 990; *Bücheler* in *U. Torggler*, UGB² § 383 Rz 20; *Apathy*, JBI 2009, 69 (76 ff); *Lukas*, JBI 1996, 481 (487); zum deutschen Recht *K. Schmidt*, Handelsrecht⁶ § 31 Rz 98 ff.

²²⁴ OGH 1 Ob 30/73 JBI 1973, 418; krit *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1295 Rz 27; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 392 Rz 5.

²²⁵ OGH 1 Ob 30/73 JBI 1973, 418; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 392 Rz 4.

²²⁶ Zutr *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 392 Rz 5.

²²⁷ Dazu *Apathy*, JBI 2009, 69 (84 f).

²²⁸ Vgl *K. Schmidt*, Handelsrecht⁶ § 31 Rz 12, 94.

²²⁹ Zur mE richtigen Bedeutung der Evidenz *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 17.

²³⁰ *Trenker*, wbl 2013/58, 166 (Anm); *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 192; s auch RIS-Justiz RS0010469 zur fiduziarischen Treuhand.

²³¹ OGH 1 Ob 30/73 JBI 1973, 418.

²³² Zum Problem allgemein *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1393 Rz 15 ff; *P. Bydliński*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) passim.

tragsübernahme, die nach zutr Ansicht allerdings sowohl die Zustimmung des Dritten als auch des Kommissionärs braucht;²³³ Letzterer ist hierzu – Zug um Zug gegen Befriedigung seiner Provisions- und Aufwändersatzansprüche – verpflichtet.

Auch der **Dritte** kann sich grundsätzlich **nicht auf allfällige rechtliche Beziehungen zum Kommittenten berufen**. So kann er nicht mit Ansprüchen gegen den Kommittenten aufrechnen (zur Aufrechnung gegenüber dem Kommissionär unten Rz 81). Der Kommittent ist dennoch nicht zwangsläufig als außenstehender Dritter zu betrachten, sodass zB eine **Irrtumsveranlassung** oder arglistige Täuschung durch ihn nicht nach § 875 ABGB zu beurteilen ist, sondern dem Kommissionär jedenfalls zuzurechnen ist.²³⁴ Auch eine **Wissenszurechnung** ist mE geboten, zumindest sofern der Kommittent in irgendeiner Weise in die Tätigkeit des Kommissionärs involviert war.²³⁵ Dasselbe gilt für **Mitverschulden**.²³⁶

74

Zudem soll es dem Kommittenten gegenüber dem Dritten verboten sein, die Erfüllung des Ausführungsgeschäfts zu vereiteln. So geht *Griss*²³⁷ davon aus, dass der Kommittent dem Dritten haftet, wenn er den Kaufpreis für die vom Einkaufskommissionär gekauften Waren an einen zahlungsunfähigen Kommissionär zahlt. Da es sich bei den möglichen Schäden des Dritten freilich nur um reine Vermögensschäden handeln kann, ist eine Grundlage hierfür schwer ersichtlich.²³⁸ Diskutabel könnte die Annahme sein, dass der **Kommissionsvertrag Schutzwirkungen zugunsten des Partners des Ausführungsgeschäfts** entfalte; dies setzt freilich zusätzlich voraus, dass man einen jener Ausnahmefälle annimmt, in dem reine Vermögensschäden im Rahmen des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter überhaupt ersatzfähig sind.²³⁹ Zumindes Letzteres ist mE überaus zweifelhaft, sodass der Kommittent dem Dritten wohl nur bei absichtlicher, sittenwidriger Schädigung (§ 1295 Abs 2 ABGB)²⁴⁰ ersatzpflichtig wird.

75

IV. Abwicklung von Ausführungsgeschäft und Kommission

A. Verkaufskommission

1. Kommissionsgut

Bei der Verkaufskommission erwirbt der **Kommissionär im Zweifel kein Eigentum** am Kommissionsgut.²⁴¹ Die Sache bleibt im Eigentum des Kommittenten; da der Kommissionär somit über eine fremde Sache verfügt, ist eine Verkaufsermächtigung (vgl § 368 Abs 1 S 2 ABGB) erforderlich (§ 442 S 3 ABGB). Der Kommittent nimmt insoweit die Stellung eines **Ermächtigungstreuhänders** ein.²⁴² Die Ermächtigung kann intern oder extern erteilt werden

76

²³³ Allgemein *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} §§ 1405, 1406 Rz 15; abw OGH 4 Ob 355/97; 7 Ob 31/99f RdW 2000/113.

²³⁴ *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 16 mwN.

²³⁵ Vgl zum Ganzen ausf *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 89 ff.

²³⁶ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 20.

²³⁷ In *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 384 Rz 5.

²³⁸ Dazu allgemein RIS-Justiz RS0022813, zB OGH 1 Ob 601/92 JBl 1994, 331; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1332 Rz 24.

²³⁹ ZB OGH 5 Ob 262/01t SZ 74/188; 4 Ob 540/81 JBl 1983, 253 (*Posch*); 1 Ob 330/98f immolex 1999/151; ausf *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1295 Rz 33 ff mit zahlreichen Nw aus der Rsp. Restriktiver RIS-Justiz RS0022689, zB OGH 5 Ob 707/78 SZ 51/169.

²⁴⁰ Vgl OGH 1 Ob 44/89 SZ 63/166; 1 Ob 15/92 JBl 1993, 399.

²⁴¹ OGH 1 Ob 670/90 JBl 1991, 805; 6 Ob 701/83 HS 14.208; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 24; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 434.

²⁴² Vgl OGH 7 Ob 520/86 ÖBA 1987/15 (*Apathy*); *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 158.

und ist beliebig beschränkbar.²⁴³ Absprachen zwischen Kommittent oder Kommissionär sind aber häufig nur als interne Vorgaben zu erblicken, die keine umfängliche Einschränkung der Ermächtigung mit sich bringen. Ein Verstoß gegen eine bloß interne Bindung zum Kommissionär hat grundsätzlich keine Auswirkung auf das Außenverhältnis, sofern kein Treuhandmissbrauch vorliegt (oben Rz 72). Der Kommissionär *kann* daher unter Umständen mehr, als er *darf*. So wird zB die Verkaufsermächtigung idR eine Sicherungsübertragung der Kaufpreisforderung an einen etwaigen Finanzier des Geschäfts tragen,²⁴⁴ ohne dass damit gesagt wäre, dass dies im Verhältnis zum Kommittent nicht pflichtwidrig sein kann.

77 Liegt dagegen eine echte, dh **außenwirksame, Beschränkung** der Ermächtigung vor, kann zugunsten des Dritten uU eine **Anscheinermächtigung** greifen.²⁴⁵ Fehlt es auch daran, wird er freilich häufig dennoch **gutgläubig Eigentum gem § 367 ABGB** erwerben, zumal der Kommissionär sowohl Vertrauensmann des Eigentümers als auch Unternehmer ist. Bei Unternehmern reicht nämlich sogar das Vertrauen des Dritten auf dessen Verfügungsermächtigung (§ 368 Abs 1 ABGB).

78 Auch wenn der **Kommittent selbst nicht Eigentümer des zu verkaufenden Kommissionsguts** ist, kann der Vertragspartner des Ausführungsgeschäfts gutgläubig Eigentum (§ 367 ABGB) erwerben. Der wahre Eigentümer verliert hier sein Eigentum letztlich nicht nur zugunsten des gutgläubigen Erwerbers, sondern bei wirtschaftlicher Betrachtung auch zugunsten des Kommittenten und/oder Kommissionärs; es wurde also sein Eigentum zu Gunsten eines anderen verwendet, weshalb ihm ein **Verwendungsanspruch gem § 1041 ABGB**²⁴⁶ zusteht.²⁴⁷ Fraglich ist nur, wer passiv legitimiert ist²⁴⁸: Unmittelbarer Wertempfänger ist grundsätzlich der Kommissionär; wirtschaftlich bereichert ist dagegen der Kommittent. Die wohl hM hält den Kommissionär insoweit für bereichert, als er den Erlös noch nicht weitergeleitet hat.²⁴⁹ Dies ist mE im Grundsatz zutreffend, bedarf aber zweier weiterer Differenzierungen: Aus der Forderungszuweisung gem § 392 Abs 2 UGB (unten Rz 80) ergibt sich, dass vor Bezahlung des Kaufpreises eine Bereicherung des Kommissionärs ausscheidet, weil ihm die Kaufpreisforderung im Verhältnis zu seinen Gläubigern, das hieße also auch zum potentiell anspruchsberechtigten Verkürzten, nicht zusteht.²⁵⁰ Der Verwendungsanspruch besteht daher in diesem Fall nur gegen den Kommittenten. Nach Zahlung des Kaufpreises kann der Verkürzte zwar den Kommissionär in Anspruch nehmen, solange er den Kaufpreis noch nicht an den Kommittenten abgeliefert hat.²⁵¹ Alternativ dazu steht ihm aber bereits in diesem Zeitpunkt ein Anspruch gegen den wirtschaftlich bereicherten Kommittenten zu.

²⁴³ *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 86 mwN.

²⁴⁴ Vgl OGH 6 Ob 129/61 HS II/23.

²⁴⁵ *Karner*, JBl 2004, 486 (495 ff); *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 86.

²⁴⁶ Abw *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 991: § 1447 ABGB analog.

²⁴⁷ Zu ganz ähnlichen Fallgestaltungen *Trenker*, GesRZ 2014, 10 (18 ff) mwN.

²⁴⁸ Eine bereicherungsrechtliche Inanspruchnahme des gutgläubigen Erwerbers selbst ist ausgeschlossen, zB RIS-Justiz RS0020076, OGH 4 Ob 569/88 ÖBA 1989, 428 (*Kerschner*); *W. Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1934) 48; *Apathy in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1041 Rz 16; *Trenker*, GesRZ 2014, 10 (19).

²⁴⁹ BGH VIII ZR 247/64 NJW 1967, 1021; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 991; *Griss in Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 392 Rz 20.

²⁵⁰ Insoweit zutr *Canaris*, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 89 ff.

²⁵¹ Entgegen *Canaris*, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 89 ff vermag § 392 Abs 2 UGB nicht zu begründen, warum der Kommissionär nicht auch bei Übernahme des Kaufpreises als körperlicher Sache bereichert sein soll. Denn nach mE zutr Ansicht ist § 392 Abs 2 UGB auf körperliche Sachen nicht anwendbar (unten Rz 86).

2. Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft

a) Außenverhältnis

Mit Abschluss des Ausführungsgeschäfts erwirbt der Kommissionär eine **Kaufpreisforderung** (§ 1062 ABGB) gegen den Dritten. Inhaber der Forderung ist zwar im **Außenverhältnis** der Kommissionär (§ 392 Abs 1 UGB). Der Vertragspartner des Ausführungsgeschäfts kann daher an den Kommissionär schuldbefreiend leisten (§ 1396 ABGB), mangels anderer Vereinbarung muss er dies sogar.²⁵² Vorbehaltlich des Vorliegens der Voraussetzungen eines Treuhandmissbrauchs (Rz 72) kann der Kommissionär die Forderung auch wirksam verkaufen, verpfänden etc. Er ist aber im Innenverhältnis verpflichtet, seine Ansprüche gem § 384 Abs 2 HS 2 UGB – Zug um Zug gegen Tilgung seiner Forderungen aus dem Kommissionsgeschäft – abzutreten. Auch eine Vorausabtretung ist möglich.²⁵³

79

b) Innenverhältnis zwischen Kommittent, Kommissionär und Gläubigern

Im **Innenverhältnis**, dh im Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär, gilt die Forderung bereits vor ihrer Abtretung als der **Rechtszuständigkeit des Kommittenten** zugewiesen (§ 392 Abs 2 UGB). Auch haftungsrechtlich ist die Forderung dem Kommittenten zugeordnet, weil § 392 Abs 2 UGB auch im Verhältnis zu den Gläubigern des Kommissionärs greift bzw darin sogar sein vordringlicher Zweck besteht.²⁵⁴ Bei exekutivem Zugriff auf das Vermögen des Kommissionärs steht dem Kommittenten daher die Exszindierungsklage gem § 37 EO²⁵⁵, in der Insolvenz des Kommissionärs ein Aussonderungsanspruch gem § 44 IO²⁵⁶ zu. Von dieser Zuweisung ist nicht nur der Anspruch auf Erfüllung, sondern es sind auch alle sonstigen Forderungen (Schadenersatz, Gewährleistung, Bereicherung, Gestaltungsrechte etc) erfasst (zur möglichen Erstreckung auf körperliche Sachen bei der Einkaufskommission s unten Rz 86).²⁵⁷

80

c) Aufrechnungsproblematik

Umstritten ist, ob und inwieweit § 392 Abs 2 UGB sich auf die **Aufrechnungsmöglichkeit** des Dritten, dh des Vertragspartners des Ausführungsgeschäfts, gegenüber der Kaufpreisforderung des Kommissionärs auswirkt. Da er insoweit auch Gläubiger ist, wäre § 392 Abs 2 UGB nach seinem Wortlaut anwendbar, sodass der Dritte nicht gegen den Kommissionär, sondern allenfalls gegen den Kommittenten aufrechnen könnte, zumal diesem die Forderung ja gem § 392 Abs 2 UGB im Verhältnis zu den Gläubigern des Kommissionärs zusteht. § 392 Abs 2 UGB soll aber mE nur Vollstreckungsschutz zugunsten des Kommittenten gegenüber den allgemeinen, ungesicherten (!) Gläubigern des Kommissionärs bezwecken,²⁵⁸ ohne die Beziehungen aus dem Ausführungsgeschäft zulasten des Dritten zu verändern, was Abs 1 leg cit deutlich zeigt.²⁵⁹ Es wäre auch unbillig, dem Dritten seine pfandrechtsähnliche Aufrechnungslage gegenüber dem Kommissionär zu beschneiden, obwohl er nicht einmal Kenntnis von der Kommission haben muss. Aus diesem Grund überzeugt auch die bisweilen ver-

81

²⁵² Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 392 Rz 4.

²⁵³ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 392 Rz 5 mwN.

²⁵⁴ Denkschrift HGB (1897) 236.

²⁵⁵ RIS-Justiz RS0001076; OGH 1 Ob 639/53 HS 1936; 3 Ob 429/32 SZ 14/121.

²⁵⁶ RIS-Justiz RS0097113; OGH 8 Ob 2075/96x ZIK 1996, 173; 6 Ob 2352/96t ZIK 1998, 98.

²⁵⁷ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 392 Rz 2; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 392 Rz 8.

²⁵⁸ Vgl Denkschrift HGB (1897) 236.

²⁵⁹ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 392 Rz 7; *Canaris*, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 78 ff; ähnlich *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 988.

tretenen Einschränkung nicht, dass der Dritte nur mit konnexen Forderungen gegen den Kommissionär aufrechnen könne.²⁶⁰ Mit der hM ist somit davon auszugehen, dass der **Dritte nach allgemeinen Grundsätzen gegen den Kommissionär aufrechnen kann.**²⁶¹

3. Erlös aus dem Ausführungsgeschäft

- 82 Sofern der Dritte leistet, bevor die Forderung mit Verständigung des Dritten an den Kommittenten zediert wurde, hat der **Kommissionär den Erlös herauszugeben** (§ 384 Abs 2 HS 2 UGB). Sofern dieser – wie regelmäßig²⁶² – in Geld besteht, wird der Kommissionär oftmals allerdings Eigentum kraft **Vermengung** erwerben (§ 371 S 2 ABGB).²⁶³ Der Kommittent trägt insoweit das Insolvenzrisiko des Kommissionärs. Selbst eine analoge Anwendung von § 392 Abs 2 UGB (dazu unten Rz 86) könnte dagegen keine Abhilfe schaffen, weil diese jedenfalls Unterscheidbarkeit des Erlangten voraussetzt und im Fall der Vermengung nicht greift.²⁶⁴ Auch die Eigentumsübertragung durch antizipiertes Besitzkonstitut (unten Rz 85) wird durch Vermengung beim Verwahrer wieder „rückgängig“ gemacht.²⁶⁵ Entsprechende vertragliche Vorsorge ist daher geboten, um eine Vermengung zu vermeiden. Es empfiehlt sich, den Kommissionär zur unterscheidbaren Verwahrung, insbesondere auf einem Anderkonto, zu verpflichten.²⁶⁶

4. Ersatzpflicht aus dem Ausführungsgeschäft

- 83 Hat der **Kommissionär ein mangelhaftes Gut** verkauft, haftet er dem Dritten als dessen Vertragspartner. Der Kommittent hat ihm seine daraus resultierenden Vermögensnachteile als Aufwändersatz (§ 396 Abs 2 UGB) zu erstatten bzw ihn von der Verbindlichkeit zu befreien.²⁶⁷ Wenn der Kommissionär eine allenfalls gebotene Aufklärungspflicht über die Mangelhaftigkeit verletzt hat (oben Rz 49), wird er dem Kommittenten jedoch ersatzpflichtig und kann insoweit keinen Anspruch auf Aufwändersatz geltend machen.

B. Einkaufskommission

1. Kaufpreis und Forderung auf Übertragung des Kaufgegenstands

- 84 Bei der Einkaufskommission erwirbt der Kommissionär eine Sache auf Rechnung des Kommittenten. Ob er zur Bezahlung des **Kaufpreises** sein eigenes Geld vorstreckt und anschließend Ersatz gem § 396 Abs 2 UGB (oben Rz 23) verlangt oder einen Vorschuss des Kommissionärs einholt, ist letztlich – vorbehaltlich expliziter Vereinbarung – Sache des Kommissionärs. Die **Forderung auf Herausgabe des Kaufgegenstands** (§ 1061 ABGB) bleibt bis zur Abtretung beim Kommissionär. Der Kommittent genießt allerdings Vollstreckungsschutz gegenüber den Gläubigern des Kommissionärs (§ 392 Abs 2 UGB; oben Rz 80).²⁶⁸

²⁶⁰ So aber zB *Griss in Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 392 Rz 9; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsgeschäfte III³ 299.

²⁶¹ OGH 5 Ob 551/82 SZ 56/197; *Apathy in Jabornegg/Artmann*, UGB² § 392 Rz 7; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 988; *Canaris*, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 78 ff.

²⁶² Anders liegt der Sachverhalt, wenn der Kommissionär einen Tauschvertrag abgeschlossen hat.

²⁶³ Statt vieler *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 435.

²⁶⁴ RIS-Justiz RS0064764, zB OGH 5 Ob 543/59 SZ 32/161; 6 Ob 2352/96t SZ 70/63.

²⁶⁵ Vgl *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 133.

²⁶⁶ Vgl *Apathy in Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 23; *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 116.

²⁶⁷ Im Ergebnis auch BGH I ZR 29/52 NJW 1953, 377.

²⁶⁸ ZB *Spitzer*, Aussonderung 187; *Kalss/Schauer/Winner*, Unternehmensrecht² Rz 11/82.

2. Kaufgegenstand

a) Eigentumsübergang

Der **Kaufgegenstand** gelangt mangels anderer Absprache **ins Eigentum des Kommissionärs**, der dieses anschließend dem Kommittenten übertragen muss (§ 384 Abs 2 HS 2 UGB).²⁶⁹ Als **Modus** (Titel ist § 384 Abs 2 HS 2 UGB²⁷⁰) kommen alle Übertragungsmodalitäten gem §§ 426 ff ABGB in Betracht. Es bietet sich bereits ausweislich der Denkschrift²⁷¹ das Besitzkonstitut an (§ 428 HS 1 ABGB). Die erweisliche Willensdarlegung kann auch durch Insichgeschäft seitens des Vertreters erfolgen.²⁷² Ein nach außen erkennbarer Akt, zB durch Anzeige oder Markierung der Waren, dürfte aber auch hier erforderlich sein.²⁷³ Ein antizipiertes Besitzkonstitut ist ebenfalls möglich.²⁷⁴

85

b) Insolvenzrisiko

Literatur (Auswahl):

Avancini, Ist § 392 Absatz 2 HGB auf die vom Kommissionär in Durchführung eines Kommissionsgeschäftes erworbenen Sachenrechte „analog“ anzuwenden? in FS Kastner (1972) 1; *Butschek*, Die Rechtsstellung des Treugebers bei der uneigennützigen Treuhand, JBI 1991, 364; *Grundlach*, Die Anwendbarkeit des § 392 Abs 2 HGB auf das aus dem Ausführungsgeschäft Erlangte in der Insolvenz des Kommissionärs, DZWIR 2000, 449; *Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung (Habilschrift; 2012) unveröffentlicht 179 ff.

Ohne antizipiertes Besitzkonstitut²⁷⁵ (vorige Rz) trägt der Kommittent das **Insolvenzrisiko des Kommissionärs hinsichtlich seines Anspruchs auf Übergabe der gekauften Sache**. Nach der hM ist § 392 Abs 2 UGB jedoch auch auf körperliche Sachen analog anzuwenden, sodass der Anspruch des Kommittenten „gläubigersicher“ (§ 37 EO, § 44 IO; oben Rz 80) ausgestaltet ist.²⁷⁶ Diese Ansicht steht freilich in evidentem Widerspruch zur Auffassung des historischen Gesetzgebers²⁷⁷, die wegen der allgemein unterschiedlichen Publizitätsanforderungen an die Übertragung von körperlichen und unkörperlichen Sachen auch eine sachliche und systemkonforme Rechtfertigung findet.²⁷⁸ Die hM ist daher abzulehnen.²⁷⁹ Wegen des mittlerweile mehrfach vom Gesetzgeber anerkannten allgemeinen Vollstreckungsschutzes des Treugebers²⁸⁰ ist ein Aussonderungsrecht vielmehr nur zu bejahen, wenn die Voraussetzungen

86

²⁶⁹ RIS-Justiz RS0111696; OGH 1 Ob 196/98z ecolex 1999/247; 2 Ob 347/98p HS 30.055.

²⁷⁰ *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 983.

²⁷¹ Denkschrift HGB (1897) 236 f.

²⁷² Ausf zB *Martinek* in *Oetker*, HGB⁴ § 383 Rz 44.

²⁷³ *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 983; *Canaris*, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 67; vgl auch *K. Schmidt*, Handelsrecht⁶ § 31 Rz 117; aA *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 19; vgl auch *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB³ § 428 Rz 2.

²⁷⁴ Denkschrift HGB (1897) 236 f; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 985.

²⁷⁵ Hier wird diskutiert, ob der Kommissionär nicht zumindest für eine juristische Sekunde Eigentümer wird (konkret abl *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 383 Rz 21 mwN auch der Gegenansicht), was aber letztlich primär von akademischem Interesse sein dürfte.

²⁷⁶ OGH 7 Ob 561/86 JBI 1986, 652; *Avancini* in FS Kastner 5 ff; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 19, § 392 Rz 3; *Büchele* in *U. Torggler*, UGB² § 383 Rz 6; *K. Schmidt*, Handelsrecht⁶ § 31 Rz 143 ff; *Canaris*, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 82 ff.

²⁷⁷ Denkschrift HGB (1897) 236 f; ausf *Spitzer*, Aussonderung 179 ff.

²⁷⁸ S nur *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 984.

²⁷⁹ BGH I ZR 119/78 MDR 81, 377; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 984; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 392 Rz 10 je mwN.

²⁸⁰ Ausf *Spitzer*, Aussonderung 246 ff.

einer aussonderungsberechtigenden Treuhandkonstellation (insbesondere ein Mindestmaß an Offenkundigkeit²⁸¹) vorliegen.²⁸²

- 87 Sonderbestimmungen gelten für die **Effektenkommission**: Hier erwirbt der Kommittent spätestens mit Absendung des Stückverzeichnisses an ihn Eigentum (§ 13 Abs 2 DepotG). Sofern Miteigentum am Sammelbestand des Kommissionärs begründet wird, geht das (Mit-)Eigentum mit Eintragung des Sammelbestandanteils im Verwahrungsbuch über.²⁸³ Im Insolvenzverfahren des Kommissionärs ist der Kommittent durch § 23 Abs 2 DepotG geschützt, auch wenn er noch kein Eigentum erworben hat.

c) Untersuchungs- und Rügepflicht

- 88 Sofern es sich beim Kommissionsvertrag um ein beidseitig unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft handelt, gelten gem § 391 UGB für die **Untersuchungs- und Rügepflicht** des **Kommittenten** dieselben Vorschriften wie bei einem **Kaufvertrag** (§§ 377–379 UGB). Unterlässt der Kommittent nach tatsächlicher Übergabe der Sache die rechtzeitige Rüge, geht er seiner Ansprüche wegen des Mangels gegen den Kommissionär grundsätzlich verlustig (§ 377 Abs 2 UGB). Darauf hinzuweisen ist auch, dass sich die Mangelhaftigkeit nach dem Kommissionsvertrag und nicht dem Ausführungsgeschäft richtet.²⁸⁴ Neben der Rügeobliegenheit muss der Kommittent die mangelhafte Ware bei Fernversand zudem ordnungsgemäß verwahren (§ 379 Abs 1 UGB); bei verderblicher Ware kann er die Ware auch auf Rechnung des Kommissionärs²⁸⁵ nach den Regeln von § 373 UGB verkaufen (§ 379 Abs 2 UGB). Die unterlassene Rüge beseitigt aber unter keinen Umständen den Anspruch des Kommittenten gegen den Kommissionär auf Abtretung seiner Rechte (Gewährleistung, Irrtum, Mangelschadenersatz) gegen den Vertragspartner des Ausführungsgeschäfts gem § 384 Abs 2 HS 2 (§ 391 S 2 UGB).²⁸⁶

d) „Annahmeverzug“ des Kommittenten

- 89 § 389 UGB gewährt dem Kommissionär für den Fall, dass es der **Kommittent unterlässt**, über das **Gut zu verfügen**, obwohl er dazu nach der **Lage der Sache verpflichtet** ist, die Rechte nach § 373 UGB. Sachlich erfasst § 389 UGB nicht nur die Entgegennahme des Erworbenen bei der Einkaufskommission, sondern auch die Rücknahme eines unverkauften Kommissionsguts sowie die Nichtvornahme erforderlicher Weisungen.²⁸⁷ Konkret ist der Kommittent zur Übernahme des Kommissionsguts verpflichtet, wenn es weder eine explizite Verpflichtung des Kommissionärs zur weiteren Aufbewahrung noch einen sachlich berechtigten Anlass hierzu gibt.²⁸⁸ Es handelt sich also um **Annahmeverzug des Kommittenten**, weshalb der Kommittent konsequenterweise gem § 373 UGB die Sache bei Gericht (§ 1425 ABGB) oder in einem öffentlichen Lagerhaus hinterlegen oder uU auch auf Rechnung des Kommittenten verkaufen kann. Darüber hinaus ist der Kommittent nach wohl hM zur Übernahme verpflichtet. Darunter

²⁸¹ ZB Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1002 Rz 143.

²⁸² Ausf Spitzer, Aussonderung 350 ff.

²⁸³ Ausf Oppitz in Apathy/Iro/Kozioł, Bankvertragsrecht Vf² Rz 2/165 ff.

²⁸⁴ Statt vieler Kalss/Schauer/Winner, Unternehmensrecht² Rz 11/86.

²⁸⁵ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 391 Rz 1; allgemein Kerschner in Jabornegg/Artmann, UGB² § 379 Rz 11.

²⁸⁶ Büchele in U. Torggler, UGB² § 391 Rz 5.

²⁸⁷ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 389 Rz 1.

²⁸⁸ Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 389 Rz 1.

ist jedoch keine durchsetzbare Pflicht zu verstehen, es können ihn aber Schadenersatzpflichten treffen, wenn der Kommissionär aufgrund des Annahmeverzugs Schäden erleidet.²⁸⁹

V. Selbsteintritt des Kommissionärs

Literatur:

G. Graf, Aktueller Reformbedarf im Wertpapiergeschäft der Banken aufgrund der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, ÖBA 1999, 523; ders, Zweckentfremdete Anlegergelder und Aufklärungspflicht der Bank beim Effektengeschäft, ÖJZ 2012, 629; Iro in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 7/73 ff; Modest, Über den Selbsteintritt des Kommissionärs, NJW 1950, 52; Oppitz in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/119 ff; Weidmann, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs (1908).

A. Allgemeines

Unter gewissen Voraussetzungen (folgende Rz) muss der Kommissionär kein Ausführungsgeschäft abschließen, sondern kann das Kommissionsgut selbst kaufen oder verkaufen (**Selbsteintritt**). Dabei ist ein „wirtschaftlicher Selbsteintritt“, bei dem der Kommissionär das Geschäft endgültig auf eigene Rechnung vornimmt, eher selten, während die „Kompensation gegenläufiger Kommissionsaufträge“²⁹⁰ häufiger ist. Beim „formellen Selbsteintritt“ kauft der Kommissionär nur, um ein Deckungsgeschäft erfüllen zu können.²⁹¹ Große praktische Bedeutung wird dem **Selbsteintritt durch Banken** bei der **Effektenkommission** beigemessen.²⁹² Tatsächlich hält **Z 63 Abs 1 ABB** idF 2013 auch fest, dass das Kreditinstitut Aufträge von Kunden zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren „in der Regel“ als Kommissionär ausführt. Dem Vernehmen nach ist dieses **Regel-Ausnahme-Verhältnis** freilich in der Praxis der Kreditinstitute nicht mehr unbedingt zutreffend – bei kleineren und mittleren Instituten ist jedenfalls in mehrstufigen Sektoren vielmehr das Gegenteil der Fall. Nicht zuletzt wegen der zunehmend geschaffenen Rücktrittsrechte zugunsten der Kunden (zB § 5 KMG²⁹³) birgt der Selbsteintritt für Kreditinstitute erhebliche Risiken (vgl unten Rz 97), weshalb sie häufig entgegen Z 63 Abs 1 ABB nur als (direkter) Vertreter oder gar nur Vermittler/Bote des Kunden auftreten. Es gilt daher stets, die konkrete Vereinbarung bzw Abwicklung des Effekten-geschäfts zu betrachten, weil Kreditinstitute von Fall zu Fall über den Selbsteintritt entscheiden. In Deutschland wird sogar davon gesprochen, dass das Recht des Selbsteintritts beim Wertpapiergeschäft durch die Verhaltensmaßregeln für Wertpapiergeschäfte (§§ 31 ff dWPHG) weitestgehend aus der Praxis „verbannt“ worden sei.²⁹⁴

90

²⁸⁹ Apathy in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 389 Rz 2 mwN; allgemein ausf *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1419 Rz 3.

²⁹⁰ S zB *Bücheler* in *U. Torggler*, UGB² § 400 Rz 3.

²⁹¹ Zum Ganzen ausf *Häuser* in *MünchKommHGB*³ § 400 Rz 6 ff.

²⁹² S nur die unter RIS-Justiz RS0123390 angeführten E; ausf dazu *Oppitz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/119 ff, Rz 2/164 ff.

²⁹³ Dazu konkret OGH 2 Ob 32/09h ÖBA 2010, 753 (*Oppitz*); 2 Ob 172/11z RdW 2012, 658.

²⁹⁴ K. Schmidt, Handelsrecht⁶ § 31 Rz 148; s auch *Häuser* in *MünchKommHGB*³ § 400 Rz 3 ff.

B. Voraussetzungen

1. Börsen- oder Marktpreis der Waren oder Wertpapiere

91 Der Selbsteintritt ist mangels anderer Vereinbarung (unten Rz 93) gem § 400 Abs 1 UGB nur zulässig, wenn die Kommission den Kauf oder Verkauf von **Waren** betrifft, die einen **Börsen- oder Marktpreis** haben. Bei **Wertpapieren** ist zusätzlich erforderlich, dass dieser Preis sogar **amtlich festgestellt** wird. Voraussetzung eines Börsen- oder Marktpreises ist, dass Waren am Ort der Ausführung der Kommission, also im Zweifel am Ort der Niederlassung des Kommissionärs (oben Rz 35), nicht nur von Zeit zu Zeit, sondern üblicherweise und in größerem Umfang gehandelt werden.²⁹⁵ Weil dadurch eine objektive Preisbildung gewährleistet wird, hält sich die Gefahr für den Kommittenten, vom Kommissionär übervorteilt zu werden, nämlich in Grenzen. Gerade bei professionellen Marktteilnehmern (Banken) ist eine Beeinflussung der Marktsituation freilich nicht ausgeschlossen.²⁹⁶ Konkret iZm Effektenhandel sollte das Verbot von Insiderhandel (§ 48b BörseG) und Marktmanipulation (§ 48c BörseG) dem wohl zumindest in gewissem Ausmaß einen Riegel vorschieben.

92 Beim Marktpreis handelt es sich um den **Durchschnittspreis**, der sich aus einer **größeren Zahl von Kaufverträgen** über eine Einheit der betroffenen Ware mittlerer Art und Güte am Ort der Ausführung ergibt.²⁹⁷ Voraussetzung ist ein größeres Umsatzvolumen, es kann aber auch bei stark eingeschränkten Käuferschichten („Liebhaber“) ein solcher entstehen.²⁹⁸ Der Börsenpreis ist eine Unterform des Marktpreises;²⁹⁹ die Börse unterscheidet sich vom Markt durch ihre stärkere Institutionalisierung, die in aller Regel eine ausreichende Zahl an Umsätzen gewährleistet. Ein von einer Börse festgestellter Preis gilt als amtlich festgestellt iSd § 400 Abs 1 UGB,³⁰⁰ ohne Börsenotierung ist daher ein Selbsteintritt bei einer Wertpapierkommission grundsätzlich nicht möglich.³⁰¹ Der Markt- oder Börsenpreis muss zum Zeitpunkt der Ausführung der Kommission, also des Absendens der Ausführungsanzeige (§ 400 Abs 2 S 2 UGB; dazu unten Rz 96), gegeben sein.³⁰² Bei Wertpapieren muss darüber hinaus die amtliche Festsetzung zu diesem Zeitpunkt vorliegen, weshalb an Tagen, an denen die Notierung ausgesetzt ist, kein Selbsteintritt möglich ist.³⁰³

2. Vertragliche Vereinbarung

93 Das **Recht zum Selbsteintritt** kann auch **vereinbart** werden, ohne dass dafür die Voraussetzungen gem § 400 Abs 1 UGB (oben Rz 91 f) vorliegen müssen.³⁰⁴ Ein vereinbarter Mindest- oder Höchstpreis steht einem Selbsteintritt zwar abhängig von der konkreten Marktentwicklung temporär, aber nicht generell entgegen. Auch eine **Pflicht zum Selbsteintritt** kann ausbedungen werden.³⁰⁵ Sie gilt aber nach hM im Zweifel nur so weit, als der Kommissionär

²⁹⁵ Statt vieler *Häuser* in MünchKommHGB³ § 400 Rz 13.

²⁹⁶ *Oppitz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/138 f.

²⁹⁷ Vgl RIS-Justiz RS0020118, zB OGH 1 Ob 593/81 SZ 54/95; *Häuser* in MünchKommHGB³ § 400 Rz 14; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 400 Rz 2.

²⁹⁸ OGH 7 Ob 68/03f wbl 2003/278.

²⁹⁹ RIS-Justiz RS0020118.

³⁰⁰ Zum deutschen Recht *Koller* in GroßkommHGB⁵ § 400 Rz 17.

³⁰¹ OGH 4 Ob 142/03s ÖBA 2004, 313.

³⁰² *Koller* in GroßkommHGB⁵ § 400 Rz 16; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 400 Rz 9.

³⁰³ Statt vieler *Iro* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 7/11.

³⁰⁴ Unstr, zB *Hämmerle/Wünsch*, Handelsgeschäfte III³ 294.

³⁰⁵ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 400 Rz 3.

einen geeigneten Partner für ein Deckungsgeschäft findet.³⁰⁶ Prominentes Beispiel für ein vereinbartes Recht zum Selbsteintritt ist Z 63 Abs 1 ABB idF 2013.³⁰⁷ Eine Pflicht zum Selbsteintritt ergibt sich daraus aber mE nicht, zumal mittlerweile nur davon die Rede ist, dass der Selbsteintritt „in der Regel“ erfolgt (vgl auch oben Rz 90).³⁰⁸

Das **Recht zum Selbsteintritt** kann aber auch **abbedungen** werden. Gem § 401 Abs 1 UGB ist dies sogar mittels Weisung des Kommittenten, also einseitig, möglich.³⁰⁹ Ab dem Zeitpunkt des Absendens der Ausführungsanzeige ist dies jedoch ausgeschlossen (§ 405 Abs 3 UGB). Im Zweifel ist ein explizit vereinbartes Eintrittsrecht (zB gem Z 63 Abs 1 ABB) aber mE so zu verstehen, dass es nicht einseitig entzogen werden kann.³¹⁰ Im Übrigen ist es auch nicht undenkbar, dass schon die ergänzende Vertragsauslegung aufgrund eines besonderen Interesses des Kommissionärs am Selbsteintritt ergibt, dass eine solche Weisung unwirksam ist.

94

3. Aufrechter Kommissionsvertrag

Implizite Voraussetzung des Selbsteintritts ist, dass der Kommissionsvertrag noch aufrecht ist.³¹¹ Da für den Kommissionär die Gefahr besteht, dass sein Auftrag und damit auch sein Recht zum Selbsteintritt widerrufen wird, obwohl er bereits ein Deckungsgeschäft abgeschlossen hat, normiert § 405 Abs 3 UGB, dass der **Widerruf** nur **solange möglich** ist, als der **Kommissionär** seine **Ausführungsanzeige noch nicht abgesendet hat**. Ab diesem Zeitpunkt ist ein **Widerruf also unwirksam** (s oben Rz 68).³¹² Der Abschluss eines Deckungsgeschäfts macht einen Widerruf beim Selbsteintritt grundsätzlich nicht unzulässig;³¹³ anderes könnte allenfalls gelten, wenn der Kommissionär schuldlos an der rechtzeitigen Ausführungsanzeige gehindert war.³¹⁴ Da bei der „gewöhnlichen“ Kommission der Widerruf nach hM bereits ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Ausführungsgeschäfts mit dem Dritten nicht mehr möglich ist (oben Rz 68), wird diskutiert, ob der Kommissionär einen Widerruf verhindern kann, indem er das für den geplanten Selbsteintritt abgeschlossene Deckungsgeschäft in ein Ausführungsgeschäft „umwandelt“. Anschließend könnte der Kommissionär Aufwandsersatz gem § 384 Abs 2 HS 2 UGB verlangen. Jedenfalls unzulässig ist dies, sofern eine Pflicht zum Selbsteintritt³¹⁵ (oben Rz 93) besteht oder – weniger praktisch – der Selbsteintritt bereits vor der Ausführungsanzeige erklärt wurde.³¹⁶ Andernfalls bestehen mE keine durchschlagenden Bedenken gegen eine solche „Umwandlung“, die einen Widerruf verhindert.³¹⁷

95

³⁰⁶ Koller in GroßkommHGB⁵ § 400 Rz 95; Häuser in MünchKommHGB³ § 400 Rz 34; Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/121.

³⁰⁷ Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/17.

³⁰⁸ Vgl jedoch zur früheren Fassung Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/121.

³⁰⁹ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 400 Rz 4; Büchele in U. Torggler, UGB³ § 400 Rz 4.

³¹⁰ Vgl Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 400 Rz 4; Häuser in MünchKommHGB³ § 400 Rz 24.

³¹¹ Hefermehl in Schlegelberger, HGB⁵ § 405 Rz 20.

³¹² Koller in GroßkommHGB⁵ § 405 Rz 19; Hefermehl in Schlegelberger, HGB⁵ § 405 Rz 20.

³¹³ Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 405 Rz 5; Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 405 Rz 2 mwN.

³¹⁴ So Häuser in MünchKommHGB³ § 405 Rz 26.

³¹⁵ Insoweit zutr Koller in GroßkommHGB⁵ § 405 Rz 27; Hefermehl in Schlegelberger, HGB⁵ § 405 Rz 26.

³¹⁶ AA Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/127.

³¹⁷ Insoweit gleicher Ansicht Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/127; Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 405 Rz 1; aA die wohl hM, zB Koller in GroßkommHGB⁵ § 405 Rz 27; Häuser in MünchKommHGB³ § 405 Rz 26; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB² § 405 Rz 5.

4. Ausübung

- 96 Der Selbsteintritt wird durch Ausübung eines **Gestaltungsrechts**, also mittels **empfangsbedürftiger Willenserklärung**, vollzogen.³¹⁸ Die Wirksamkeit setzt nach hM den Zugang der Erklärung beim Kommittenten voraus.³¹⁹ Eine Zustimmung des Kommittenten ist nicht erforderlich, es handelt sich um ein **einseitiges Rechtsgeschäft**.³²⁰ Daher nähert sich der Selbsteintritt stark einem Insichgeschäft an. Dessen Voraussetzungen³²¹ sind aber schon wegen seiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage und der vorgesehenen Schutzmechanismen nicht zu beachten.

C. Wirkung des Selbsteintritts

1. Entstehung eines Kaufvertrags – Verhältnis zum Kommissionsvertrag

- 97 Der Selbsteintritt bewirkt, dass **neben den Kommissionsvertrag** nunmehr ein **Kaufvertrag** zwischen Kommittent und Kommissionär tritt, soweit die jeweiligen Rechte und Pflichten miteinander vereinbar sind.³²² Andernfalls gehen die **Rechte aus dem Kaufvertrag vor**, sodass zB der Anspruch auf den Kaufpreis (§ 1062 ABGB) oder Kaufgegenstand (§ 1061 ABGB) den Herausgabeanspruch gem § 384 Abs 2 HS 2 UGB verdrängt,³²³ was nicht zuletzt zur Anwendung der kurzen Verjährungsfrist führt (§ 1486 Z 1 ABGB).³²⁴ Aufgrund der kaufrechtlichen Verpflichtung sind jene Vorschriften schlicht irrelevant, die eine Haftung des Kommissionärs für die Erfüllung begründen (§ 384 Abs 3, § 393 Abs 3, § 394 UGB). Hinsichtlich der Gewährleistung gilt nunmehr allgemeines Kaufrecht, insbesondere auch §§ 377 ff UGB, sofern auch der Kommittent Unternehmer ist.³²⁵ Ist der Kommittent Verbraucher, stehen ihm diesfalls auch die verbraucherrechtlichen Rücktrittsrechte zu (zB § 5 KMG).³²⁶

- 98 Fraglich ist, wie das **Verhältnis beider Verträge** bezüglich der Geltendmachung von Wurzelmängeln ist. Jedenfalls kann der Kommissionär seine Eintrittserklärung (oben Rz 96) nach allgemeinen Grundsätzen (insbesondere §§ 870 ff ABGB) anfechten, ohne dass dies Einfluss auf den Kommissionsvertrag hat. Sofern aber auch die Voraussetzungen für eine ex-tunc-Anfechtung des Kommissionsvertrags gegeben sind, erlischt mE mit dieser Anfechtung konsequenterweise (vgl oben Rz 95) auch der Kaufvertrag. Dasselbe gilt, wenn umgekehrt der Kommittent den Kommissionsvertrag mit Wirkung ex tunc zu Fall bringt.

2. Fortbestand der kommissionsrechtlichen Rechte und Pflichten

a) Interessenwahrungspflicht

- 99 Der Kommissionär hat trotz Selbsteintritts weiterhin die **Interessen des Kommittenten zu wahren**.³²⁷ So hat er die erforderlichen Nachrichten zu erteilen (§ 384 Abs 2 HS 1 UGB).

³¹⁸ OGH 6 Ob 60/10g JBl 2010, 659; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsgeschäfte III³ 296; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 433.

³¹⁹ HM, zB *Bergmann* in *Oetker*, HGB⁴ § 400 Rz 8; *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 405 Rz 23.

³²⁰ Ausf OGH 6 Ob 60/10g JBl 2010, 659 mwN; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 980; *Häuser* in *Münch-KommHGB*³ § 400 Rz 32.

³²¹ Dazu RIS-Justiz RS0028129, RS0108252, RS0019350, RS0019639, RS0049183.

³²² RIS-Justiz RS0123390; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 980; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 433.

³²³ OGH 2 Ob 586/93 ÖBA 1994, 484; 2 Ob 31/07h ÖBA 2008, 815; 6 Ob 60/10g JBl 2010, 659; *K. Schmidt*, Handelsrecht⁶ § 31 Rz 155.

³²⁴ OGH 2 Ob 31/07h ÖBA 2008, 815.

³²⁵ *Canaris*, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 104; *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 400 Rz 56.

³²⁶ OGH 2 Ob 32/09h ÖBA 2010, 753 (*Oppitz*); 2 Ob 172/11z RdW 2012, 658.

³²⁷ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 400 Rz 5; *Bergmann* in *Oetker*, HGB⁴ § 400 Rz 9.

Zudem ist er an die **Weisungen** des Kommittenten gebunden. Eine notwendige Grenze findet die Weisungsbefugnis freilich insoweit, als sie nicht in subjektive Rechte des Kommissionärs aus dem Selbsteintritt eingreifen darf. Der Kommittent kann den Kommissionär also zB nicht wirksam zur Vorleistung oder zur Stundung seiner Forderung anweisen. Dagegen kann er Weisungen zB hinsichtlich der Liefermodalitäten erteilen.³²⁸ Bei der Effektenkommission findet die Interessenwahrnehmungspflicht durch die **Wohlverhaltensregeln der §§ 38 WAG 2007** noch eine besondere Ausprägung.³²⁹

Ex lege eingeschränkt ist die **Rechenschaftspflicht** des Kommissionärs beim Selbsteintritt. Es genügt der Nachweis, dass der veranschlagte Preis dem zum relevanten Zeitpunkt (Rz 102) bestehenden Markt- oder Börsenpreis entsprochen hat. Das gilt selbst dann, wenn der Kommissionär ein (günstigeres) Deckungsgeschäft geschlossen hat (zu den damit verbundenen Problemen unten Rz 103).³³⁰ 100

b) Ausführungsanzeige

Besondere Bedeutung kommt der **Ausführungsanzeige** (allgemein oben Rz 44) beim Selbsteintritt zu. Spätestens **gleichzeitig** mit dieser muss der Kommissionär nämlich den **Selbsteintritt ausdrücklich erklären**, widrigenfalls seine Erklärung so zu werten ist, dass er die Kommission durch ein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten abwickelt (§ 405 Abs 1 UGB). Da er bei versehentlicher Unterlassung der Mitteilung des Selbsteintritts in aller Regel auch keinen Dritten namhaft machen wird, haftet er diesfalls freilich gem § 384 Abs 3 UGB dennoch selbst für die Erfüllung (dazu oben Rz 44). Die Anordnung, dass eine Mitteilung des Selbsteintritts nach der Ausführungsanzeige zu spät kommt, ist sogar (relativ) zwingend (Abs 2 leg cit).³³¹ Unbenommen bleibt aber die Möglichkeit, den Selbsteintritt trotz verspäteter Mitteilung im Nachhinein einvernehmlich zuzulassen.³³² Die Kommission kann nach Absendung der Ausführungsanzeige vom Kommittenten nicht mehr widerrufen werden (§ 405 Abs 3 UGB; oben Rz 68, 95). 101

c) Preisfestsetzung

Besonderes gilt zum Schutz des Kommittenten bei der **Preisbildung**. Zunächst besteht der Sinn der Einschränkung auf Waren mit **Börsen- oder Marktpreis** darin, dass der Kommissionär mindestens/höchstens zu diesem Preis im **Zeitpunkt der Ausführung** verkauft/kauft (vgl § 400 Abs 2 S 1 UGB); dies gilt erst recht, wenn es sich um einen amtlich festgestellten Preis handelt. **Zeitpunkt der Ausführung** ist jener der **Abgabe zur Absendung der Ausführungsanzeige** (§ 400 Abs 2 S 2 UGB). Gibt der Kommissionär die Ausführungsanzeige nach dem Schlusskurs ab, also zu einem Zeitpunkt, wo keine laufende Notierung mehr erfolgt, darf er keinen schlechteren Preis berechnen als jenen, der zum Zeitpunkt des Schlusses der Börse (oder des Marktes) bestand (§ 400 Abs 3 UGB).³³³ Die Bestimmung sei aber nach einem Teil der Lehre im variablen Handel (Fließhandel) nicht anwendbar.³³⁴ Wenn der Kommittent von vornherein den (Ver-)Kauf zu einem gewissen „Zeitpunkt“ vorschreibt (erster 102

³²⁸ Koller in GroßkommHGB⁵ § 400 Rz 73.

³²⁹ Vgl Büchele in U. Torggler, UGB² § 383 Rz 29 f.

³³⁰ G. Graf, ÖBA 1999, 523 (524); Griss in Straube/Ratka/Rauter, UGB⁴ § 400 Rz 5; Kalls/Schauer/Winner, Unternehmensrecht² Rz 11/90; de lege ferenda krit Canaris, Handelsrecht²⁴ § 30 Rz 95 f.

³³¹ Nicht dagegen das Ausdrücklichkeitserfordernis, s zB Bergmann in Oetker, HGB⁴ § 405 Rz 3.

³³² Füller in Ebenroth ua, HGB³ § 405 Rz 4.

³³³ Ausf dazu Koller in GroßkommHGB⁵ § 400 Rz 38 ff.

³³⁴ Iro in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II Rz 7/85; Bergmann in Oetker, HGB⁴ § 400 Rz 16; aA ausf Koller in GroßkommHGB⁵ § 400 Rz 40 f mwN.

Kurs, Mittelkurs, Schlusskurs), ist dieser Kurs als Preis zu veranschlagen, sofern nicht die Voraussetzungen für die Abweichung von einer Weisung gegeben sind (§ 385 Abs 2 UGB; oben Rz 39).³³⁵

- 103 Die soeben genannten Vorgaben gem § 400 UGB sollen eine Übervorteilung des Kommittenten verhindern, ohne aber die fortbestehende Interessenwahrungspflicht des Kommissionärs (oben Rz 99 ff) zu begrenzen.³³⁶ § 401 Abs 1 UGB stellt daher klar, dass der Kommissionär nach Möglichkeit zu **günstigeren Bedingungen** – es sind nicht nur der Preis, sondern auch sonstige Konditionen relevant³³⁷ – abzuschließen hat (**Meistbegünstigung**). Insbesondere muss der Kommissionär gem Abs 2 leg cit dem Kommittenten jenen Preis verrechnen, den er aufgrund eines **Deckungsgeschäfts** erzielt, das er **anlässlich des Kommissionsgeschäfts an der Börse oder dem Markt vor Absendung der Ausführungsanzeige** abgeschlossen hat. Schließt er das Deckungsgeschäft erst nach Absenden der Ausführungsanzeige ab, geschieht dies grundsätzlich auf eigenes Risiko, weshalb er einen allfälligen Gewinn behalten darf.³³⁸ Kann der Kommittent nachweisen, dass der vorteilhaftere Abschluss aber bereits vor Abschluss der Ausführungsanzeige möglich gewesen wäre, wird ihm der Kommissionär haftbar bzw ist in aller Regel § 401 Abs 1 UGB einschlägig.³³⁹ Die Schutzbestimmung des § 401 UGB ist freilich weitestgehend zahnlos, weil der Kommittent die Gelegenheit besserer Konditionen oder eines tatsächlichen Ausführungsgeschäfts zu beweisen hat,³⁴⁰ der Kommissionär aber darüber keine Rechenschaft ablegen muss (oben Rz 100).
- 104 Die Bestimmungen über die **Preisfestsetzung** sind **zwingend** (§ 402 UGB). Bei **Abschluss zu einem ungünstigeren Preis** kann der Kommittent nur **Berichtigung bzw Schadenersatz** verlangen, das Geschäft aber nicht zurückweisen.³⁴¹

d) Provision, Aufwendersatz und Sicherungsrechte des Kommissionärs

- 105 Der Selbsteintritt ändert nichts am **Provisionsanspruch** des Kommissionärs (§ 403 UGB), weil dieser durch Selbsteintritt nicht schlechter gestellt werden soll. Umstritten, aber mE wegen des von § 403 UGB intendierten Schlechterstellungsverbots eher zu verneinen ist, ob der Selbsteintritt des Kommissionärs einen allfälligen Anspruch auf Delkredereprovision wegen Übernahme der Delkrederehaftung (oben Rz 58 f) erlöschen lässt.³⁴² Eine eindeutige vertragliche Regelung empfiehlt sich jedenfalls.
- 106 § 403 UGB berechtigt den Kommissionär auch zur Forderung der üblicherweise auftretenden Kosten. Der **Aufwendersatz** wird grundsätzlich **abstrakt nach den typischerweise anfallenden Kosten** berechnet, ohne dass der Kommissionär irgendwelche Aufwendungen nachweisen muss.³⁴³ Umgekehrt kann er nach hM aber auch außergewöhnliche Aufwendun-

³³⁵ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 400 Rz 8.

³³⁶ Vgl nur *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 401 Rz 1.

³³⁷ Griss in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 400 Rz 1; *Hefermehl* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 401 Rz 3; *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 401 Rz 4.

³³⁸ *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 400 Rz 14.

³³⁹ *Häuser* in *MünchKommHGB*³ § 401 Rz 15; *Bergmann* in *Oetker*, HGB⁴ § 401 Rz 6.

³⁴⁰ OGH 7 Ob 186/01f ÖBA 2002, 658; RIS-Justiz RS0115848. Die Beweislast dafür, dass das Geschäft zum in der Ausführungsanzeige angegebenen Zeitpunkt abgeschlossen wurde, trägt dagegen der Kommissionär.

³⁴¹ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 401 Rz 6; *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 401 Rz 2.

³⁴² Ebenso *Bücheler* in *U. Torggler*, UGB² § 403 Rz 3; *Krüger* in *Ebenroth ua*, HGB² § 394 Rz 7, § 403 Rz 2; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ § 403 Rz 1; aA *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 394 Rz 3; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 403 Rz 2; *Bergmann* in *Oetker*, HGB⁴ § 403 Rz 2; *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 394 Rz 19; *Füller* in *Ebenroth ua*, HGB³ § 394 Rz 7.

³⁴³ *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 403 Rz 3; *Oppitz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/189.

gen, zB für ein Deckungsgeschäft, ersetzt verlangen.³⁴⁴ Indirekt kommt Letzteres möglicherweise sogar dem Kommittenten zu Gute, weil er dafür Rechenschaft über ein allfälliges Deckungsgeschäft erhält.

Gem § 404 UGB verbleiben auch dem selbsteintretenden Kommissionär die **Sicherungsrechte gem §§ 397 f UGB** (dazu oben Rz 26 ff). Gesichert ist dabei nach hM aber nicht nur sein Provisions- und Aufwendersatzanspruch, sondern bei der Einkaufskommission auch sein Anspruch auf den Kaufpreis gem § 1061 ABGB.³⁴⁵

107

VI. Anzuwendendes Recht bei grenzüberschreitendem Bezug

A. Ausführungsgeschäft

Bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt ist für die Ermittlung des anzuwendenden Rechts nach dem jeweiligen Vertragsverhältnis zu differenzieren. Unproblematisch ist, dass für das **Ausführungsgeschäft** grundsätzlich das **anzuwendende Recht nach dem jeweiligen Vertragstyp** (Kauf, Tausch, Werkvertrag etc) anzuknüpfen ist. Vorbehaltlich einer Rechtswahl (Art 3 Rom I-VO) ist daher regelmäßig maßgeblich, wo der Kommissionär (nicht: Kommittent) oder der Dritte, je nachdem, wer von beiden die charakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (Art 4 Abs 1, 2 Rom I-VO), sofern der Vertrag nicht ausnahmsweise eine engere Beziehung zu einem anderen Mitgliedstaat aufweist (Art 4 Abs 3 Rom I-VO).

108

B. Kommissionsvertrag

Für den Kommissionsvertrag ist ebenfalls primär die ausdrückliche oder schlüssige Rechtswahl maßgeblich. Subsidiär ist das Recht jenes Staates anzuwenden, in dem der **Kommissionär seinen gewöhnlichen Aufenthalt** hat; denn er erbringt die charakteristische Leistung iSd Art 4 Abs 3 Rom I-VO.³⁴⁶

109

C. Verhältnis zwischen Kommittent und Dritten

Schwieriger ist die Anknüpfung für das Rechtsverhältnis zwischen Kommittent und Dritten. *Griss*³⁴⁷ will dafür § 49 IPRG heranziehen. Diese Norm ist jedoch nur auf die echte Vertretung anwendbar. Dies ist auch berechtigt, zumal zwischen Dritten und indirekt Vertretenem grundsätzlich keine Rechtsbeziehungen begründet werden. Soweit ausnahmsweise dennoch (mögliche) Wirkungen zwischen Kommittent und Dritten zu beurteilen sind (vgl oben Rz 75), gilt gem **§ 1 IPRG der Grundsatz der stärksten Beziehung**. § 49 IPRG kann zu dessen Ermittlung mE allenfalls dann herangezogen werden, wenn der Kommissionär sein Handeln auf fremde Rechnung offengelegt hat.

110

³⁴⁴ Dafür *Büchle* in *U. Torggler*, UGB² § 403 Rz 6; *Häuser* in MünchKommHGB³ § 384 Rz 14; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ § 403 Rz 2; *Krüger* in *Ebenroth ua*, HGB² § 403 Rz 3; dagegen *Koller* in *GroßkommHGB*⁵ § 394 Rz 19; *Apathy* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 403 Rz 3; krit auch *Oppitz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 2/189.

³⁴⁵ *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 404 Rz 1; *Büchle* in *U. Torggler*, UGB² § 404 Rz 1.

³⁴⁶ *Griss* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 14; *Büchle* in *U. Torggler*, UGB² § 383 Rz 6.

³⁴⁷ In *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ § 383 Rz 14.