

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

HGB § 384 Abs. 3

Im Rahmen des § 384 Abs. 3 HGB trägt der Kommissionär die Beweislast dafür, daß er dem Kommittenten zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft gemacht hat, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

BGH, Urt. v. 22. März 1984 - I ZR 40/82 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 40/82

URTEIL

Verkündet am

22. März 1984

Roth

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma T [REDACTED] Trading Import-Export GmbH, vertreten
durch ihren alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer
Dipl.-Kaufmann M.S. S [REDACTED], Am S [REDACTED] 26, H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Haji Bahruddin H [REDACTED], P [REDACTED] 17, S [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 1984 durch
die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Teplitzky,
Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg, 11. Zivilsenat, vom 29. Januar
1982 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Im Januar 1980 übergab der Kläger der Beklagten
63 Ballen indischer Teppiche, die diese für Rechnung des
Klägers verkaufen sollte. In Ausführung dieser Vereinba-
rung verkaufte die Beklagte 84 Teppiche an eine Hamburger
Teppichhandelsfirma. Sie erteilte der Käuferin eine auf
den 21. Februar 1980 datierte Rechnung über 84.657,84 DM,
die den Vermerk trug, daß der Verkauf für Rechnung des
Klägers erfolge. Die Käuferin stellte der Beklagten einen
Wechsel in Höhe der Kaufpreissumme aus und erhielt dafür
die Teppiche ausgeliefert. Noch vor Fälligkeit des Wechsels



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zahlte die Beklagte dem Kläger unter Anrechnung auf die Kaufsumme 33.370,41 DM.

Als die Käuferin den Wechsel bei Fälligkeit nicht einlösen konnte, erklärte der Kläger der Beklagten auf deren Anfrage, sie solle die Teppiche zurücknehmen. Die Beklagte ließ sich von der Käuferin für den fälligen Wechsel zwei Prolongationswechsel über 28.000 DM und 56.657,84 DM geben und betrieb die Rücknahme der Teppiche. Diese bereitete zunächst wegen anderweitiger Sicherungs-übereignungsvereinbarungen der Käuferin Schwierigkeiten. Schließlich erhielt die Beklagte 51 bei der Käuferin noch vorhandene Teppiche zurück; hierfür hatte sie der Käuferin die Rückgabe des Wechsels über 56.657,48 DM zugesagt.

Mit der Klage nimmt der Kläger die Beklagte als Kommissionärin in Höhe einer restlichen Kaufsumme von 50.158,38 DM nebst Zinsen in Anspruch. Er macht geltend, die Beklagte habe für den Verkaufserlös selbst einzustehen, da sie sich nach Abschluß des Kaufvertrages geweigert habe, ihm den Namen der Käuferin zu nennen. Mit dem Hilfsantrag verlangt der Kläger die Herausgabe der zurückgenommenen 51 Teppiche sowie Ersatz des ihm seiner Auffassung nach darüber hinaus entstandenen Schadens.

Die Beklagte hat den Hilfsantrag hinsichtlich des Herausgabeanspruchs anerkannt, allerdings nur Zug um Zug gegen Rückzahlung eines Teils der bereits geleisteten 33.370,41 DM, da ihrer Auffassung nach dieser Betrag höher sei als der Wert der nicht zurückerlangten 33 Stücke.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagte

nach dem Hauptantrag verurteilt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte weiterhin die Klageabweisung. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Zwischen den Parteien sei ein Kommissionsverhältnis vereinbart worden, so daß die Beklagte nach § 384 Abs. 2 HGB nicht nur zur Anzeige des Verkaufs der 84 Teppiche, sondern auch zur Nennung des Käufers verpflichtet gewesen sei. Die Beklagte hafte nach § 384 Abs. 3 HGB wegen nicht rechtzeitiger Namhaftmachung des Käufers; denn sie habe den ihr obliegenden Beweis, daß sie spätestens mit der Ausführungsanzeige dem Kläger die Käuferin namentlich genannt habe, nicht erbracht. Die spätere Weisung des Klägers, die Teppiche zurückzuholen, stehe seinem Anspruch nicht entgegen, da es sich nicht um einen Verzicht auf diesen Anspruch, sondern lediglich um eine vorläufige Sicherungsmaßnahme gehandelt habe, deren Gelingen auch noch unsicher gewesen sei.

II. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat allerdings ohne Rechtsverstoß angenommen, daß die Parteien einen Kommissionsvertrag geschlossen haben und die Beklagte das Ausführungsgeschäft im eigenen Namen für Rechnung des Klägers vorgenommen hat. Hiergegen erhebt die Beklagte auch keine Einwendungen mehr.

2. Als Kommissionärin haftet die Beklagte nach § 384 Abs. 3 HGB dem Kläger für die Erfüllung des Ausführungsgeschäfts, wenn sie nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft gemacht hat, mit dem sie das Geschäft abgeschlossen hat.

a) Das Berufungsgericht hat aufgrund der Beweisaufnahme festgestellt, daß nicht erwiesen sei, daß die Beklagte dem Kläger mit der Ausführungsanzeige die Käuferin der 84 Teppiche genannt habe. Nach Auffassung der Beklagten ergibt sich eine solche Namhaftmachung daraus, daß der Zeuge Tawab A■■■■, der sich zunächst an dem Geschäft hatte beteiligen wollen, die Rechnung an die Käuferin vom 21. Februar 1980 selbst geschrieben habe und damit deren Namen auch dem Kläger bekannt geworden sei. Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht aufgrund der Aussage des Zeugen Tawab A■■■■ als nicht bewiesen angesehen. Demgegenüber rügt die Revision ohne Erfolg, daß das Berufungsgericht die Zeugen H■■■■ und Ac■■■■ darüber hätte vernehmen müssen, daß nur der Zeuge Tawab A■■■■ die Rechnung geschrieben haben könne. Die Zeugin H■■■■ war bereits vom Landgericht zu diesem Thema vernommen worden; das Berufungsgericht hat diese Aussage rechtsfehlerfrei gewürdigt und ihr nur entnommen, daß die Zeugin H■■■■ die Rechnung nicht geschrieben habe. Das Berufungsgericht war nicht verpflichtet, auch den Zeugen Ac■■■■ zu der Behauptung zu vernehmen, daß er die Rechnung ebenfalls nicht geschrieben habe. Vielmehr konnte dieses Beweismittel als ungeeignet unberücksichtigt bleiben; denn selbst wenn man diese Behauptung als wahr unterstellt, ergibt sich daraus nicht die vom Beklagten gezogene Folgerung. Einmal kommen, wie das Berufungsgericht fehlerfrei ausgeführt hat, noch andere Personen für das Schreiben der Rechnung in Betracht, so daß bei Ausscheiden der Zeugen H■■■■ und Ac■■■■ noch

nicht zwingend auf den Zeugen Tawab A. [REDACTED] als Verfasser der Rechnung geschlossen werden muß. Wie das Berufungsgericht ferner zu Recht ausgeführt hat, sind keine Gründe dafür dargelegt, daß die Rechnungsanfertigung durch den Zeugen Tawab A. [REDACTED] als eine Namhaftmachung der Käuferin gegenüber dem Kläger anzusehen ist, nachdem der Zeuge sich zur fraglichen Zeit bereits aus seiner Beteiligung an dem klägerischen Geschäft zurückgezogen hatte und nicht als empfangsberechtigt für an den Kläger zu richtende Erklärungen angesehen werden kann. Daher wäre selbst bei Anfertigung der Rechnung durch diesen Zeugen noch nicht die erforderliche Namhaftmachung im Verhältnis zum Kläger anzunehmen.

b) Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, geht es zu Lasten der Beklagten, daß der Beweis für eine rechtzeitige Namhaftmachung i.S. von § 384 Abs. 3 HGB nicht erbracht worden ist. Die Beweislast der Beklagten ergibt sich daraus, daß es sich bei der zu beweisenden Tatsache um die Erfüllung einer sie, die Beklagte, treffenden Verpflichtung zu einem positiven Tun handelt. Sie war nämlich nach § 384 Abs. 2 HGB verpflichtet, dem Kläger als Kommittenten auch den Dritten, an den sie die Teppiche verkauft hatte, zu nennen (vgl. Koller in Großkomm. HGB, 3. Aufl., Bd. V/1, § 384 Rdnr. 30, 70; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, 5. Aufl., Bd. VI, § 384 Rdnr. 25, 60). Für die Erfüllung einer in einem positiven Tun bestehenden Vertragspflicht ist aber nach allgemeinen Grundsätzen der Schuldner beweisbelastet. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn - wie hier - an die Nichterfüllung besondere Rechtsfolgen zugunsten des Gläubigers geknüpft sind. Auch in diesem Fall muß der Schuldner sich durch den Nachweis des geschuldeten positiven Tuns entlasten, und es kann nicht

dem Gläubiger der negative Beweis der fehlenden Erfüllung auferlegt werden (vgl. BGH, Urt. v. 29.1.1969 - IV ZR 545/68 = NJW 1969, 875 r.Sp. und Urt. v. 19.10.1977 - IV ZR 149/76 = VersR 1977, 1153, 1155).

3. Ist demnach davon auszugehen, daß die Beklagte dem Kläger die Käuferin nicht rechtzeitig genannt hat, war sie an sich gem. § 384 Abs. 3 HGB verpflichtet, dem Kläger für die Erfüllung des Ausführungsgeschäfts einzustehen. Hinsichtlich der 51 Teppiche, die die Beklagte auf Weisung des Klägers von der Käuferin zurückgeholt hat, ist diese Verpflichtung jedoch wieder entfallen.

Dabei kann dahinstehen, ob, wie das Berufungsgericht geprüft und verneint hat, der Kläger mit der Weisung zur Rückholung der Teppiche auf seinen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse verzichten wollte; sein Anspruch entfällt unabhängig von einem Verzichtswillen bereits kraft Gesetzes, weil ihm der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegensteht. Der Kläger muß sich nämlich entgegenhalten lassen, daß er mit seiner Weisung zur Rückholung der Teppiche die endgültige Erfüllung des Ausführungsgeschäfts teilweise selbst verhindert hat und daher nach Treu und Glauben insoweit nicht verlangen kann, so gestellt zu werden, als sei das Geschäft ausgeführt worden.

Gemäß § 384 Abs. 1 HGB ist der Kommissionär verpflichtet, die Weisungen des Kommittenten zu befolgen. Die Beklagte hatte daher rechtlich keine andere Wahl, als der Weisung des Klägers nachzukommen, die Teppiche von der damals zahlungsunfähigen Käuferin soweit wie möglich zurückzuholen. Dies konnte unter den festgestellten Umständen

nur durch Rücktritt von dem Ausführungsgeschäft geschehen, da die Beklagte sich nur auf diesem Wege einseitig einen Rückgabeanspruch gegen die Käuferin verschaffen konnte. Sie hat auch, wie die Anlage E zeigt, gegen die Aushändigung der noch bei der Käuferin vorhandenen 51 Teppiche die Rückgabe des einen der beiden Wechsel zugesagt, so daß es insoweit nicht mehr zur Erfüllung des Ausführungsgeschäfts gekommen ist. Wenn aber der Kläger selbst durch seine Weisung einen solchen Rücktritt herbeigeführt hat, weil ihm seine Ware sicherer war als Ansprüche gegen die Käuferin und die Beklagte, kann er nicht gleichwohl das Erfüllungsinteresse ersetzt verlangen. Er verhält sich vielmehr widersprüchlich, wenn er, nachdem er durch seine Weisung die Erfüllung des Ausführungsgeschäfts verhindert hat, von der Beklagten weiterhin verlangt, ihn so zu stellen, wie er im Falle der Erfüllung stehen würde. Er muß sich vielmehr nach Treu und Glauben entgegenhalten lassen, daß er selbst die Erfüllung teilweise verhindert hat und somit eine Erfüllung insoweit nicht mehr möglich war.

4. Somit entfällt hinsichtlich der zurückgenommenen 51 Teppiche ein Anspruch des Klägers nach § 384 Abs. 3 HGB. Dagegen ist hinsichtlich der übrigen 33 Teppiche, bei denen die Weisung des Klägers auf Rückholung nicht zum Erfolg geführt hat, sein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nach § 384 Abs. 3 HGB bestehen geblieben. Der Kläger kann daher von der Beklagten denjenigen Anteil des mit der Käuferin vereinbarten Kaufpreises verlangen, der auf die nicht zurückgegebenen 33 Teppiche entfällt. Da die Höhe dieses Anteils vom Berufungsgericht nicht festgestellt und zwischen den Parteien streitig ist, ist noch offen, ob er mit den bereits gezahlten 33.370,41 DM ausgeglichen ist.

Es bedarf daher noch weiterer tatsächlicher Feststellungen.

5. Hinsichtlich der von der Beklagten zurückgenommenen 51 Teppiche kommt ein Rückgabenanspruch des Klägers in Betracht, wie er ihn mit dem Hilfsantrag geltend macht. Die Parteien sind sich nämlich einig, daß diese Teppiche an den Kläger zurückgegeben und nicht im Rahmen der ursprünglichen Kommissionsvereinbarung von der Beklagten anderweit verkauft werden sollen. Die Beklagte macht aber diesem Anspruch gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht geltend; denn sie meint, mit den geleisteten 33.370,41 DM mehr als den Wert der nicht wiedererlangten 33 Teppiche gezahlt und daher teilweise einen Rückzahlungsanspruch zu haben. Es bedarf somit auch für die Entscheidung über diesen Hilfsantrag zunächst der Klärung, welche Summe auf die nicht zurückgelangten 33 Teppiche entfällt.

- 10 -

III. Im Ergebnis war somit das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Merkel

Piper

RiBGH Dr. Teplitzky
ist wegen Krankheit
an der Unterschrifts-
leistung verhindert.

Merkel

Scholz-Hoppe

Mees