



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XI ZR 156/02

Verkündet am:  
28. Januar 2003  
Weber,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

-----

BGB § 307 BI, Cb

Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Kreditinstituten, in denen für Kundenaufträge zur Zeichnung von Aktien aus Neuemissionen ein auch im Falle der Nichtzuteilung der Aktien zu zahlendes maßvolles Entgelt vorgesehen wird, verstoßen nicht gegen § 307 BGB.

BGH, Urteil vom 28. Januar 2003 - XI ZR 156/02 - OLG Brandenburg  
LG Potsdam

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 2003 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, die Richter Dr. Bungereoth, Dr. Joeres, die Richterin Mayen und den Richter Dr. Appl

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 7. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 20. März 2002 aufgehoben und das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 22. August 2001 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, ein eingetragener Verein, ist der Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen sowie 18 weiterer verbraucher- und sozialorientierter Organisationen und in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 22 a AGBG, §§ 4, 16 Abs. 4 UKlaG eingetragen. Die beklagte

Sparkasse verwendet im Geschäftsverkehr mit ihren Kunden ein Preisverzeichnis, das unter Nr. V. 4.1. folgende Klausel enthält:

"Zeichnungsgebühr	Preis DEM	Preis EUR
(bei Aktien-Neuemissionen, unabhängig von der Zuteilung)	9,78 pro Auftrag	5,00 pro Auftrag"

Gegen diese Klausel wendet der Kläger sich mit der Unterlassungsklage. Die Klage hatte in beiden Vorinstanzen Erfolg (das Berufungsurteil ist veröffentlicht in WM 2002, 2284 ff.). Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

#### I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Der Unterlassungsanspruch des Klägers aus § 13 Abs. 1 AGBG sei begründet, weil die Regelung über die "Zeichnungsgebühr" im Preisverzeichnis der Beklagten nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam sei.

1. Diese Regelung unterliege der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBG. Werde die Beklagte im Auftrag eines Kunden zum Erwerb von Aktien aus einer Neuemission tätig, so liege die Erstellung, Prüfung und Weitergabe des Zeichnungsscheins im Rahmen des auf den Aktien-erwerb gerichteten Kommissionsvertrags mit dem Kunden und werde weder auf der Grundlage eines gesonderten Vertrages noch in einem vorvertraglichen Stadium erbracht.

Im Rahmen des Kommissionsvertrages könne die Regelung über die Zeichnungsgebühr nicht als eine nach § 8 AGBG der Inhaltskontrolle entzogene Preisnebenabrede angesehen werden. Derartiges komme nur bei Entgeltabreden für Sonderleistungen in Betracht, für die keine rechtlichen Regelungen bestünden. Im vorliegenden Falle gehe es aber nicht um solche Sonderleistungen, sondern um eine Tätigkeit der Beklagten im Rahmen des Kommissionsvertrages, deren Vergütung sich nach § 396 HGB bestimme. Von dieser Vorschrift weiche die Regelung der Beklagten über eine von der Ausführung des Aktienerwerbs unabhängige Zeichnungsgebühr ab, weil ein Provisionsanspruch des Kommissionärs nach § 396 Abs. 1 HGB grundsätzlich die Ausführung des Geschäfts voraussetze und es bei der Zeichnungsgebühr auch nicht um Aufwendersatz im Sinne des § 396 Abs. 2 HGB gehe.

2. Die Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 9 bis 11 AGBG führe zur Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Regelung über die Zeichnungsgebühr nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG.

Die in der genannten Regelung liegende Abweichung von § 396 HGB sei mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung

nicht zu vereinbaren, weil sie nicht unerheblich in das rechtlich geschützte Interesse des Kunden eingreife, eine Vergütung nur dann zahlen zu müssen, wenn das Kommissionsgeschäft erfolgreich zum Abschluß gelange. Damit gelte nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG die Vermutung, daß eine unangemessene Benachteiligung der Vertragspartner der Beklagten vorliege.

Der Beklagten sei es nicht gelungen, diese Vermutung zu widerlegen. Auch wenn man berücksichtige, daß bei massenweisen Zeichnungen neu ausgegebener Aktien und den damit regelmäßig verbundenen massenweisen Überzeichnungen die Anzahl der für Kunden der Beklagten erfolgreichen und damit einen Provisionsanspruch begründenden Zuteilungen in keinem Verhältnis zu dem Gesamtaufwand der Beklagten im Zusammenhang mit diesen Zeichnungen stehe, sei die in der Erhebung einer Zeichnungsgebühr liegende Abweichung von der gesetzlichen Verteilung des Entgeltrisikos nicht zu rechtfertigen. Eine Rechtfertigung ergebe sich nicht daraus, daß die Beklagte andernfalls vor der Alternative stünde, entweder entsprechende Aufträge nicht mehr anzunehmen oder die damit verbundenen Kosten auf die Gesamtheit ihrer Kunden oder zumindest ihrer Kunden im Wertpapiergeschäft umzulegen. Als zur Kostentragung heranzuziehende Verursacher könnten nämlich auch die im Mittelpunkt der Neuemissionen stehenden Aktiengesellschaften bzw. die von ihnen regelmäßig mit der Durchführung der Emissionen betrauten Kreditinstitute in Betracht kommen.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung, der die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts bereits geltenden §§ 305 ff. BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I, 3138; vgl. Art. 9 Abs. 1 Satz 3 des Gesetzes) zugrunde zu legen sind, im entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht allerdings die umstrittene Preisregelung der Beklagten einer Inhaltskontrolle unterzogen.

a) Daß es sich bei der Preisregelung der Beklagten über die Zeichnungsgebühr um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 BGB, früher § 1 AGBG) handelt, hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen. Dagegen wendet die Revision sich auch nicht.

b) Die Anwendbarkeit der gesetzlichen Vorschriften über die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 307-309 BGB, früher §§ 9 bis 11 AGBG) auf die streitgegenständliche Preisklausel hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision ebenfalls zu Recht bejaht. Diese Preisklausel enthält für die von ihr mit erfaßten Fälle, in denen ein Aktienerwerb mangels Zuteilung nicht zustande kommt, eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB (früher § 8 AGBG).

aa) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß mit der Annahme eines Kundenauftrags zur Aktienzeichnung durch die

Beklagte ein Kommissionsvertrag im Sinne der §§ 383 ff. HGB zustande kommt. Dieser Vertrag verpflichtet die Beklagte, alles zu tun, was zu dem beabsichtigten Aktienerwerb durch den Kunden erforderlich ist. Dazu gehört auch die Erstellung, Prüfung und Weitergabe eines ordnungsgemäßen Zeichnungsscheins. Dem Berufungsgericht ist daher darin zuzustimmen, daß diese Tätigkeit weder Gegenstand eines gesonderten Vertragsverhältnisses ist noch im vorvertraglichen Bereich stattfindet, sondern einen untrennbaren Bestandteil der im Rahmen des Kommissionsvertrags geschuldeten Aktivitäten der Beklagten darstellt.

bb) Die Bestimmung der Beklagten über die Zeichnungsgebühr hält sich insoweit im Rahmen der gesetzlichen Regelung des Kommissionsvertrages, als sie eine solche Gebühr für Fälle vorsieht, in denen es zu einer Zuteilung von Aktien aus einer Neuemission an den Kunden kommt. In diesen Fällen tritt die Zeichnungsgebühr neben die an anderer Stelle des Preisverzeichnisses der Beklagten geregelte Provision. Darin liegt keine Abweichung von § 396 Abs. 1 Satz 1 HGB, der für den Fall der Ausführung des Geschäfts eine "Provision" ausdrücklich vorsieht, über deren nähere Ausgestaltung aber nichts sagt. Dem Kommissionär bleibt es daher unbenommen, mit seinen Kunden eine Vergütung zu vereinbaren, die sich aus einem vom Umfang des ausgeführten Geschäfts abhängigen variablen Bestandteil und einem für alle ausgeführten Geschäfte gleichen Festbestandteil zusammensetzt.

Soweit die Bestimmung der Beklagten über die Zeichnungsgebühr auch für den Fall der Nichtzuteilung der Aktien eine Zahlung des Kunden vorsieht, weicht sie dagegen von der gesetzlichen Regelung des Kommissionsvertrags ab.

(1) Als Entgelt für die Tätigkeit der Beklagten weicht die Zeichnungsgebühr in den Fällen der Nichtzuteilung der Aktien von § 396 Abs. 1 HGB ab, weil Satz 1 dieser Vorschrift einen Provisionsanspruch nur bei Ausführung des vom Kommissionär übernommenen Geschäfts gewährt und die Ausnahmegvorschrift in Satz 2 über eine ortsübliche Auslieferungsprovision mangels einschlägigen Sachvortrags der Beklagten nicht zur Anwendung kommen kann. In der Zeichnungsgebühr kann auch kein kontrollfreies Entgelt für eine zusätzlich zu der vertraglichen Hauptleistung angebotene Sonderleistung (vgl. zu diesem Gesichtspunkt Senatsurteile BGHZ 133, 10, 17; 137, 27, 30) gesehen werden, weil bei Kundenaufträgen zum Erwerb von Aktien aus einer Neuemission die Erstellung, Prüfung und Weitergabe eines ordnungsgemäßen Zeichnungsscheins untrennbarer Bestandteil dessen ist, was die Beklagte zur Erfüllung ihrer Kommissionärspflichten zu tun hat und was nach der gesetzlichen Grundentscheidung des § 396 Abs. 1 HGB im Falle des Mißerfolgs keinen Vergütungsanspruch auslösen soll.

(2) Als Aufwendungsersatzanspruch im Sinne von § 396 Abs. 2 HGB, §§ 670, 675 BGB läßt sich die Zeichnungsgebühr, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, nicht einordnen. Der auftrags- und geschäftsbesorgungsvertragsrechtliche Aufwendungsersatzanspruch umfaßt Vermögensopfer, die der Beauftragte oder Geschäftsbesorger zur Ausführung der von ihm geschuldeten Tätigkeit erbracht hat, nicht aber ein Entgelt für seinen eigenen Arbeitsaufwand oder seine allgemeinen Geschäfts- oder Betriebsunkosten (Senatsurteil BGHZ 141, 380, 384; BGH, Urteil vom 14. Dezember 1987 - II ZR 53/87, WM 1988, 531, 532; MünchKomm-BGB/Seiler, 3. Aufl. § 670 Rdn. 6 ff. m.w.Nachw.). Dieser



Aufwendungsbegriff ist nach § 396 Abs. 2 HGB grundsätzlich auch für das Kommissionsgeschäft maßgeblich (Koller in Großkommentar HGB, 4. Aufl. § 396 Rdn. 24, 27; Ernstlicher/Achilles, HGB 6. Aufl. § 396 Rdn. 9, 10) und hat hier nur insoweit eine Erweiterung erfahren, als der Kommissionär auch für die Benutzung eigener Lagerräume und Beförderungsmittel eine Vergütung verlangen kann. Die Erhebung einer Zeichnungsgebühr für die Inanspruchnahme des Geschäftsbetriebs und insbesondere den Arbeitseinsatz der Mitarbeiter der Beklagten, der mit massenhaften Zeichnungen von Aktien-Neuemissionen verbunden ist, steht daher im Falle der Nichtzuteilung von Aktien auch unter Berücksichtigung des § 396 Abs. 2 HGB mit der gesetzlichen Regelung nicht in Einklang.

2. Der Ansicht des Berufungsgerichts, die Inhaltskontrolle der streitgegenständlichen Bestimmung über die Zeichnungsgebühr führe zu deren Unwirksamkeit, vermag der Senat dagegen nicht zu folgen.

a) Die genannte Bestimmung enthält allerdings, wie oben bereits dargelegt wurde, für die Fälle, in denen der Kunde keine Aktien zugeteilt bekommt, eine Abweichung von der dispositiven gesetzlichen Regelung des § 396 HGB. Nicht jede Abweichung einer AGB-Klausel von dispositivem Recht begründet jedoch deren Unwirksamkeit. Diese Rechtsfolge tritt vielmehr nur dann ein, wenn es sich um eine Abweichung handelt, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, früher § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) und die außerdem den Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, früher § 9 Abs. 1 AGBG), wobei letzteres auch im Anwendungsbereich des

§ 307 Abs. 2 BGB (früher § 9 Abs. 2 AGBG) nicht in jedem Falle, sondern lediglich "im Zweifel" anzunehmen ist (Senatsurteil BGHZ 133, 10, 15 f.).

b) Diese Voraussetzungen sind entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hier nicht gegeben. Dabei kann offenbleiben, ob die Abweichung der Bestimmung der Beklagten über die Zeichnungsgebühr von § 396 HGB überhaupt einen Verstoß gegen "wesentliche Grundgedanken" dieser Gesetzesvorschrift enthält oder ob dies deshalb zu verneinen ist, weil § 396 Abs. 2 HGB mit der Einbeziehung einer Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und Beförderungsmittel des Kommissionärs in dessen Aufwendungsersatzanspruch bereits eine Durchbrechung des Grundsatzes der strikten Trennung von Aufwendungsersatz und Beteiligung des Kunden an den Geschäftsunkosten enthält. Auch wenn ein Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken des § 396 HGB zu bejahen sein sollte, würde es jedenfalls an einer gegen Treu und Glauben verstoßenden unangemessenen Benachteiligung der von der Klausel betroffenen Kunden der Beklagten fehlen.

Die Frage, ob eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung der von einer AGB-Klausel betroffenen Vertragspartner des Verwenders vorliegt, ist auf der Grundlage einer umfassenden Abwägung der berechtigten Interessen aller Beteiligten zu beantworten (vgl. BGHZ 100, 157, 165; MünchKomm-BGB/Basedow, 4. Aufl. § 307 Rdn. 31). Diese Abwägung hat hier davon auszugehen, daß es nach den von keiner Seite angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts in jüngerer Zeit zu Massenzeichnungen neu ausgegebener Aktien gekommen ist mit der Folge, daß wegen erheblicher Über-

zeichnungen häufig nur ein geringer Bruchteil der zu bearbeitenden Aufträge zu einem erfolgreichen Abschluß geführt hat und deshalb die erheblichen Kosten des mit der Bewältigung dieser Massenerscheinung verbundenen erhöhten Personal- und Materialaufwands der Beklagten nicht durch die Provisionen aus den tatsächlich zustande gekommenen Geschäften gedeckt werden konnten. Ein angemessener Ausweg aus dieser für den Gesetzgeber nicht vorhersehbaren Zwangslage kann weder in einer Weigerung der Beklagten, Zeichnungsaufträge für Aktien-Neuemissionen anzunehmen, gesehen werden noch kann er darin liegen, die damit verbundenen zusätzlichen Kosten durch eine entsprechende Erhöhung ihrer Entgelte auf alle Kunden oder durch eine Erhöhung speziell der Provisionssätze auf alle Wertpapierkunden umzulegen. Die erste Alternative läge weder im Interesse der an Neuemissionen interessierten Kunden der Beklagten noch im Allgemeininteresse an funktionierenden Kapitalmärkten. Die zweite Alternative wäre unbillig gegenüber den Kunden der Beklagten, die sich an der Zeichnung von Aktien aus Neuemissionen nicht zu beteiligen pflegen. Dagegen erscheint es nicht unangemessen, alle diejenigen, die sich an derartigen Zeichnungen beteiligen und damit ihre Chance auf eine - gerade bei erheblicher Überzeichnung häufig recht vorteilhafte - Aktienzuteilung wahren, zur Tragung der dadurch verursachten Kosten durch eine mäßige Pauschalgebühr heranzuziehen (Steppeler, Bankentgelte, Rdn. 543 ff.). Eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung liegt darin nicht.

Die Erwägung des Berufungsgerichts, daß man auch daran denken könnte, neue Aktien ausgebende Aktiengesellschaften oder die mit der Durchführung solcher Emissionen betrauten Kreditinstitute zur Tragung

des durch Provisionen nicht gedeckten Verwaltungsaufwands massenhafter Überzeichnungen bei den von den Zeichnern eingeschalteten Kreditinstituten heranzuziehen, ändert daran nichts. Ohne dahingehende vertragliche Vereinbarungen mit den emittierenden Aktiengesellschaften oder ihren Emissionsbanken ist keine Rechtsgrundlage für derartige Kostenerstattungsansprüche der Beklagten erkennbar. Es ist auch nicht ersichtlich, wie die Beklagte, die als eines von überaus zahlreichen Kreditinstituten nur über eine verhältnismäßig begrenzte Nachfragemacht verfügen dürfte, in der Lage sein sollte, Aktien-Neuemissionen vornehmende Gesellschaften oder deren Emissionsbanken zum Abschluß von Kostenbeteiligungsvereinbarungen zu veranlassen.

Auch der Einwand des Klägers, massenhafte Überzeichnungen von Aktien-Neuemissionen seien eine Erscheinung der Vergangenheit, die sich in diesem Ausmaß nicht so bald wiederholen werde, rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Da die künftige Entwicklung der Kapitalmärkte nicht zuverlässig abzuschätzen ist, besteht ein berechtigtes Interesse der Beklagten, weiterhin für den Fall des Wiederauftretens der genannten Erscheinung gerüstet zu sein. Sollte es dazu nicht kommen, so wäre auch nicht ernsthaft mit Fällen der Nichtzuteilung von Aktien aus Neuemissionen zu rechnen.

### III.

Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Klausel über die Zeichnungsgebühr im Preisverzeichnis der Beklagten enthält entgegen der Ansicht

der Revisionserwiderung keinen Verstoß gegen das sogenannte Transparenzgebot.

1. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann eine unangemessene Benachteiligung der Vertragspartner eines Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen sich auch daraus ergeben, daß eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Diese Vorschrift greift das auf, was bereits unter der Geltung des AGB-Gesetzes in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung aus § 9 Abs. 1 AGBG abgeleitet worden ist. Danach hat der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen und dabei auch die wirtschaftlichen Nachteile einer Regelung für die Gegenseite so deutlich zu machen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (vgl. z.B. BGHZ 106, 42, 49; Senatsurteil BGHZ 148, 74, 79; jeweils m.w.Nachw.).

2. Gegen dieses Transparenzgebot verstößt die streitgegenständliche Klausel nicht. Sie läßt klar und deutlich erkennen, daß ein Kunde, der sich mit Hilfe der Beklagten an der Zeichnung von Aktien aus einer Neuemission beteiligt, unabhängig davon, ob ihm später tatsächlich Aktien zugeteilt werden, zur Leistung einer Zeichnungsgebühr von 5 € verpflichtet sein soll. Daraus ergibt sich hinreichend deutlich, daß zum einen ein Kunde, der eine Aktienzuteilung erhält, die Zeichnungsgebühr zusätzlich zu der an anderer Stelle des Preisverzeichnisses der Beklagten geregelten Provision zu zahlen hat und daß zum anderen ein Kunde, der keine Zuteilung erhält, gleichwohl die Zeichnungsgebühr entrichten muß.

Eine weitergehende Information der Kunden über die Zeichnungsgebühr kann nicht verlangt werden. Wer über seine vertraglichen Zahlungspflichten hinreichend deutlich informiert wird, braucht entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht auch darüber aufgeklärt zu werden, welche Tätigkeiten und Aufwendungen die Gegenseite der Bemessung ihrer Forderung zugrunde gelegt hat. Auch über die rechtliche Einordnung seiner Zahlungspflichten braucht ein Kunde, der darüber, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe er zur Zahlung verpflichtet sein soll, hinreichend informiert wurde, nicht unterrichtet zu werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen über eine Zeichnungsgebühr bei Aktien-Neuemissionen verstoßen daher nicht deshalb gegen das Transparenzgebot, weil sie - wie hier - dem Kunden nicht erläutern, ob die von ihm verlangte Zahlung als Entgelt für eine Tätigkeit oder für die Verschaffung einer Zuteilungschance oder als Aufwendungsersatz einzuordnen ist (a.A. LG Köln WM 2001, 1946, 1947 f.).

IV.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Nobbe

Bungeroth

Joeres

Mayen

Appl