



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 159/03

Verkündet am:  
12. Mai 2004  
Kirchgeßner,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB 87 b Abs. 2, AGBG § 9 Bm, Cb

Eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Luftfahrtunternehmens, nach der die Provision der Reisebürounternehmen für vermittelte Flüge unter Ausschluß des auf die variablen Landegebühren entfallenden Preisanteils berechnet wird, stellt keine unangemessene Benachteiligung der Reisebüros nach § 9 AGBG dar.

BGH, Urteil vom 12. Mai 2004 - VIII ZR 159/03 - OLG Düsseldorf  
LG Köln

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 2004 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Dr. Leimert, Wiechers und Dr. Wolst

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Mai 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Kooperation mehrerer Reisebürounternehmen. Die Beklagte ist ein großes Luftverkehrsunternehmen und gehört der International Air Transport Association (IATA) an. Letztere schloß namens und im Auftrag ihrer Mitglieder mit der Klägerin am 15. Dezember 1993 einen Agenturvertrag über die Vermittlung von Flugscheinen ab. Auf dieser Grundlage setzte die Beklagte die Höhe der von der Klägerin - wie von anderen Reisevermittlern - durch den Verkauf von Flugscheinen verdienten Provisionen in der Vergangenheit durch einseitige Leistungsbestimmung fest. Die Provision für die Klägerin betrug hiernach 9 % vom Ticketpreis. Die Provision wurde zunächst aufgrund des

reinen Flugpreises zuzüglich der variablen Landegebühren und anderer Nebenkosten berechnet. Diese von der Anzahl der Passagiere abhängigen Landegebühren wurden von den Flughafenbetreibern für die Nutzung der Flughafeneinrichtungen erhoben und den Fluggesellschaften in Rechnung gestellt. Die Fluggesellschaften ihrerseits berechnen die Gebühren den Passagieren über die Flugpreise.

Nachdem die Beklagte infolge einseitiger Leistungsbestimmung seit April 1996 Provisionen an Flugreisevermittler, darunter auch die Klägerin, unter Ausschluß der variablen Landeentgelte nur noch auf die reinen Flugpreise gezahlt hatte, wurde sie auf deren Klage hin durch Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. August 1998 - U (Kart) 7/98 - verurteilt, die von dieser teils aus eigenem, teils aus abgeleitetem Recht geltend gemachten rückständigen, auf die variablen Landeentgelte entfallenden Provisionen zu zahlen. Die Annahme der hiergegen gerichtete Revision der Beklagten wurde durch Beschluß vom 29. März 2000 - VIII ZR 338/98 - abgelehnt.

Während dieses Rechtsstreits kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 18. Dezember 1996 alle bestehenden IATA-Verträge zum 30. April 1997 und bot gleichzeitig allen IATA-Agenten den Abschluß eines neuen Agenturvertrages zu folgenden Bedingungen an:

- "1. Die geltende Verkaufsprovision für rein innerdeutsche Beförderung beträgt 5 %.
2. Die variablen Landegebühren (Passenger Services Charges) werden nicht verprovisioniert.
3. Die übrigen Vertragsbestimmungen bleiben unverändert. ..."

Die Beklagte verschob den Wirkungszeitpunkt dieser Kündigung später auf den 1. Juli 1997. Nahezu alle IATA-Agenten, darunter auch die Klägerin, nahmen dieses Angebot an.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin die Unwirksamkeit des in dem neuen Agenturvertrag vereinbarten Ausschlusses der variablen Landegebühren aus der Provisionsbasis geltend und verlangt Zahlung der hieraus resultierenden rückständigen Provisionen aus eigenem und abgetretenem Recht in Höhe von umgerechnet 30.987,75 € nebst Zinsen aus Abrechnungszeiträumen zwischen dem 1. Juli 1997 und 12. Dezember 2000. Weiter hat die Klägerin die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten begehrt, an sie auf der Grundlage des IATA-Vertrages vom 15. Dezember 1993 Provisionen für die Vermittlung von Flügen auch aus den variablen Landegebühren zu zahlen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben, nachdem die Klägerin, die seit dem 1. Januar 2002 nicht mehr IATA-Agentin ist, ihren Feststellungsantrag hinsichtlich des Zeitraums ab 1. Januar 2002 zurückgenommen hat. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Klägerin habe gemäß dem IATA-Agenturvertrag vom 15. Dezember 1993 in Verbindung mit § 87 b Abs. 2 HGB einen Anspruch darauf, daß für die

Vermittlung von Flugreisen auch die variablen Landegebühren von der Beklagten verprovisioniert würden. Die anderslautende Bestimmung des auf die Änderungskündigung der Beklagten abgeschlossenen neuen Agenturvertrages sei gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam. Entgegen der Ansicht der Beklagten handle es sich nicht um eine bloße Preisvereinbarung. Vielmehr liege eine kontrollfähige Preisnebenabrede vor, da ohne entsprechende Vereinbarung der Weg zu einer Anwendung dispositiven Gesetzesrechts, nämlich des § 87 b Abs. 2 HGB, eröffnet wäre. Infolge der nach der Änderungskündigung der Beklagten in die IATA-Verträge aufgenommenen Klausel, wonach die variablen Landeentgelte nicht mehr provisioniert werden, enthalte die Beklagte den Reisebürounternehmen eine Vergütung für eine von diesen übernommene Leistung vor. Die Reisebürounternehmer hätten nach dem Willen der Beklagten einen Teil der von ihnen auftragsgemäß auszuführenden Vermittlungstätigkeit demnach unentgeltlich zu erbringen, was ihre Verdienstmöglichkeiten beeinträchtigte. Die Streichung der variablen Landeentgelte bei der Berechnungsgrundlage für die Provision widerspreche auch dem Grundsatz, daß von gewerblich tätigen Unternehmen auf dem Gebiet ihrer gewerblichen Betätigung eine unentgeltliche Leistung nicht zu erwarten sei. Die genannten Umstände wögen um so schwerer, als die Reisebürounternehmen durch den - allerdings nicht zur Überprüfung stehenden - Provisionssatz als solchen, den ihnen die Beklagte für die Vermittlung von Flugreisen einräume, keinen zureichenden Ausgleich für die ihnen beschnittene Verdienstmöglichkeit erhielten. Vielmehr habe die Beklagte gleichzeitig die den Reisebürounternehmen zu zahlende Provision für die Vermittlung innerdeutscher Flüge von 9 % auf 5 % herabgesetzt.

Es könne deshalb dahinstehen, ob die Provisionsregelung als Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB) oder als unbillige Behinderung im Sinne des § 20 Abs. 2 GWB anzusehen sei. Ebenso

könne offenbleiben, ob die Beklagte durch entsprechende Zusagen in außergerichtlichen Schreiben daran gebunden sei, auch von den variablen Landeentgelten eine Provision zu zahlen.

## II.

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, daß die Provisionsregelung der variablen Landengebühren in dem zwischen den Parteien abgeschlossenen neuen Agenturvertrag einer Kontrolle nach § 9 AGBG, der auf die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen noch anwendbar ist (Art. 229 § 5 EGBGB), unterliegt (jetzt: § 307 BGB).

a) Entgegen der Ansicht der Revision handelt es sich bei der fraglichen Klausel nicht um eine reine Preisvereinbarung, die nach § 8 AGBG einer Inhaltskontrolle entzogen ist. Zwar unterliegen Klauseln, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht und den dafür zu zahlenden Preis unmittelbar regeln, nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGBG. Kontrollfähig sind dagegen Preisnebenabreden, die zwar mittelbar Auswirkungen auf die Preisgestaltung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Recht treten kann; darunter sind auch allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze sowie die Gesamtheit der wesentlichen Rechte und Pflichten zu verstehen, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben (st.Rspr., vgl. BGHZ 93, 358, 360 ff.; 124, 254, 256; 137, 27, 29, jew. m.w.Nachw.).

b) Wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, enthält § 87 b Abs. 2 HGB eine gesetzliche Regelung, von welchen Berechnungsgrundlagen bei der Bemessung der Provision mangels anderweitiger vertraglicher Regelung

auszugehen ist. Danach ist die Provision des Handelsvertreters von dem geschuldeten (Brutto-)Entgelt zu berechnen; Nebenkosten, wie sie in § 87 b Abs. 2 HGB lediglich beispielhaft aufgeführt werden (vgl. Küstner in: Röhricht/von Westphalen, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., § 87 b Rdnr. 8), haben bei der Provisionsberechnung nur dann auszuscheiden, wenn sie dem Dritten besonders in Rechnung gestellt werden. Wie das Berufungsgericht unangegriffen festgestellt hat, werden die in Rede stehenden variablen Landungsentgelte dem Fluggast nicht gesondert berechnet. Damit ändert die in den neuen Agenturvertrag eingefügte Klausel, daß die variablen Landeentgelte bei der Berechnung der Provisionsansprüche unberücksichtigt bleiben, die gesetzliche Regelung des § 87 b Abs. 2 HGB zu Lasten der Reisebürounternehmen ab.

c) Entgegen der Ansicht der Revision läßt sich auch nichts zugunsten der Beklagten aus dem Grundsatz herleiten, daß eine Inhaltskontrolle ausscheidet, wenn das dispositive Recht, von dem durch die beanstandete Klausel abgewichen werden soll, seinerseits gerade das Fehlen einer Vergütungsvereinbarung voraussetzt (BGHZ 116, 117, 119 zu § 632 Abs. 2 BGB; siehe auch Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 17). Da das Gesetz in diesem Fall die angemessene Vergütung nicht bestimmt, sondern die Preisbildung den Vertragspartnern überläßt, fehlt es nämlich an einem rechtlichen Kontrollmaßstab. Anders verhält es sich jedoch hier. In § 87 b Abs. 1 HGB ist lediglich die Höhe des Provisionssatzes der Vereinbarung der Parteien überlassen; die Provisionsbasis ist dagegen in § 87 b Abs. 2 HGB im einzelnen geregelt. Auch wenn diese Vorschrift dispositiv ist, handelt es sich um eine Bestimmung, die eine vertragliche Vereinbarung über die Vergütung durch Festlegung des Provisionssatzes gerade voraussetzt und diese hinsichtlich der Berechnungsgrundlagen bei fehlender anderweitiger Regelung ergänzt.

d) Demgemäß stellt die beanstandete Klausel - wie auch bei sonstigen Vereinbarungen, die die Höhe der Provision nur mittelbar über die Einbeziehung von Bemessungsgrundlagen regeln (vgl. BGHZ 93, 358, 361; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 52) - eine typische Preisnebenabrede dar. Zwar macht es, worauf die Revision hinweist, wirtschaftlich keinen Unterschied, ob die Provisionshöhe 5 % unter Ausschluß der variablen Landegebühren beträgt oder der Satz mit weniger als 5 % unter Einbeziehung der Landeentgelte vereinbart wird. Dies gilt jedoch nahezu für alle Preisnebenabreden. Würde man diese allein aufgrund wirtschaftlicher Betrachtungsweise § 8 AGBG zuordnen, wäre dies mit dem Zweck der Inhaltskontrolle nicht zu vereinbaren und widerspräche der gebotenen engen Auslegung des § 8 AGBG (vgl. Brandner aaO § 8 Rdnr. 1).

2. Die von der Beklagten in der Änderungskündigung vom 18. Dezember 1996 verwendete und von der Klägerin akzeptierte Klausel, wonach variable Landegebühren nicht verprovisioniert werden, hält jedoch der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand.

Der festgelegte Ausschluß der Provision für Landegebühren stellt keine mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbare Abweichung (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) oder eine Einschränkung von wesentlichen Rechten dar, die die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG). Auch im übrigen liegt eine entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung der Klägerin (§ 9 Abs. 1 AGBG) nicht vor.

a) Die angegriffene Klausel enthält keine Abweichung von einer gesetzlichen Regelung, die mit deren wesentlichen Grundgedanken im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht zu vereinbaren wäre.

aa) Als gesetzliche Regelung im Sinne der genannten Vorschrift bestimmt § 87 b Abs. 2 HGB, daß die Provision von dem gesamten Entgelt zu be-

rechnen ist, das der Dritte oder der Unternehmer zu leisten hat. Hierunter fallen auch nicht besonders in Rechnung gestellte Nebenkosten jeder Art und bloße Durchlaufkosten wie die Umsatzsteuer (§ 87 b Abs. 2 Satz 2 und 3 HGB). Wie dargetan und von der Revision nicht in Abrede gestellt, sind die variablen Landegebühren Nebenkosten im Sinne des § 87 b Abs. 2 Satz 2 HGB.

Wesentliche Grundgedanken im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG enthält eine gesetzliche Regelung jedoch nur dann, wenn sie Ausdruck eines Gerechtigkeitsgebotes ist und nicht nur überwiegend einen frei abänderbaren Zweckmäßigkeitsgehalt aufweist (BGHZ 51, 151, 154; 54, 106, 109 f.; 89, 206, 211; 115, 38, 42). Ob § 87 b Abs. 2 HGB als gesetzliches Leitbild dahingehend zu verstehen ist, daß eine durchgängige Verprovisionierung sämtlicher Bestandteile des Entgeltes geboten ist, erscheint fraglich. Dafür spricht, daß die Entgeltlichkeit der gewerbsmäßigen Geschäftsbesorgung für einen anderen durchgängiges Prinzip und Grundgedanke der gesetzlichen Regelung ist (§ 354 HGB, vgl. auch Art. 6 Abs. 1 EG-Richtlinie vom 18. Dezember 1986, 86/653/EWG, ABl. EG Nr. L 382/17 vom 31. Dezember 1986, abgedruckt in Hopt, Handelsvertreterrecht, 3. Aufl., Materialien I). Der Bestimmung des § 87 b Abs. 2 HGB kann jedoch ein Leitbild, alle erbrachten Leistungen und Nebenleistungen des Beauftragten seien zu vergüten, nicht zukommen. Die Vorschrift knüpft nicht an die einzelnen Leistungen des Handelsvertreters im Rahmen seiner Geschäftsbesorgung an, sondern bestimmt, falls eine anderslautende Parteivereinbarung fehlt, die Provisionsbasis anhand der Bestandteile des von einem Dritten oder dem Unternehmer zu leistenden Entgeltes. Allein ein solcher Regelungsgehalt könnte dem § 87 b Abs. 2 HGB entnommen werden, ohne daß die Frage, ob die Vorschrift überhaupt Leitbildcharakter hat, angesichts der nachstehenden Erwägungen zu entscheiden ist.

bb) Von der gesetzlichen Regelung weicht die Klausel jedenfalls nicht in einem solchen Maße ab, daß sie mit wesentlichen Grundgedanken des § 87 b Abs. 2 HGB unvereinbar wäre.

Eine Verprovisionierung der - schon ihrer Natur nach gegenüber dem reinen Flugpreis untergeordneten - Landegebühren hat auf die Höhe der Provision insgesamt nur einen geringeren Einfluß. Die Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, daß der prozentuale Anteil der Landegebühren am Preis des Flugtickets und damit gleichzeitig an der Provision bei der Vermittlung von innerdeutschen Flügen zwischen 0,6 % und 5,1 %, bei der Vermittlung von sonstigen Flügen zwischen 0,6 % und 1,6 % liegt. Das Maß der Abweichung von dispositiven Gesetzesrecht ist daher nicht so bedeutend, als daß damit die Auswirkungen der Klausel als unvereinbar mit der Regelung des § 87 b Abs. 2 HGB angesehen werden müßten.

Hinzu kommt, daß die Tätigkeit der Reisebürounternehmen bei einer Einziehung und Weiterleitung der variablen Landegebühren, wenn hiermit überhaupt eine gesonderte Nebenleistung erbracht wird, von Umfang und Bedeutung her untergeordnet ist. Entgegen anderslautender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, daß die Gebühren gleichzeitig mit den sonstigen Preisbestandteilen des Flugpreises erhoben und an die Beklagte abgeführt werden, so daß ein nennenswerter zusätzlicher Aufwand für die Reisebürounternehmen hiermit nicht verbunden ist. Eine gesonderte Beratungstätigkeit gegenüber den Kunden wird nur in Ausnahmefällen erforderlich sein, da bei den Fluggästen in aller Regel ein besonderer Bedarf an Informationen über die mit der Entrichtung der Gebühren nutzbaren Flughafeneinrichtungen nicht besteht. Damit aber können die Vermittlungsleistungen der Reisebürounternehmen nicht in einen entgeltlichen und einen - hinsichtlich der Erhebung und Weiterleitung der variablen

Landegebühren - unentgeltlichen Teil aufgespalten werden, sondern diese Tätigkeit stellt sich aus obigen Erwägungen als einheitliche Leistung dar.

Die gesetzliche Regelung des § 87 b Abs. 2 HGB ist zudem im Zusammenhang mit Absatz 1 dieser Vorschrift zu sehen, nach der die Höhe der Provision im Grundsatz frei vereinbar ist. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, daß das von ihr mit der Änderungskündigung angestrebte Ergebnis wirtschaftlich auch dadurch hätte erreicht werden können, daß die variable Landegebühr verprovisioniert, die Provisionshöhe dagegen auf einen Satz unter 5 % für innerdeutsche Flüge und unter 7 % bis 9 % für sonstige Flüge festgelegt wird. Es ist somit davon auszugehen, daß der Fortfall der Provision für Landegebühren bereits bei der Festlegung des Provisionssatzes Berücksichtigung gefunden hat und die Interessen der Klägerin nicht unangemessen benachteiligt.

b) Wesentliche Rechte oder Pflichten der Vertragsparteien, die sich aus der Natur des Vermittlungsvertrages ergeben, werden durch die Klausel nicht im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG in einer den Vertragszweck gefährdenden Weise eingeschränkt. Insofern wird auf die obigen Ausführungen verwiesen, nach denen der Ausschluß der Verprovisionierung variabler Landegebühren von untergeordneter Bedeutung ist. Die Klägerin vermag nicht aufzuzeigen, daß der typische Zweck des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages, nämlich die entgeltliche Vermittlung von Beförderungsleistungen im Luftverkehr, durch die angegriffene Klausel gefährdet wäre. Eine derartige Gefährdung ist auch sonst nicht ersichtlich.

c) Schließlich liegt eine unangemessene Benachteiligung der Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben (§ 9 Abs. 1 AGBG) nach den oben dargestellten Erwägungen nicht vor.

III.

Mit der gegebenen Begründung kann das Berufungsurteil demnach keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Senat nicht möglich. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - offengelassen, ob der geänderten Provisionsregelung der Beklagten kartellrechtliche Bedenken entgegenstehen oder ob sich der Anspruch der Klägerin aus Äußerungen der Beklagten im vorprozessualen Schriftverkehr ergeben könnte. Die Sache ist daher unter Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO).

Dr. Deppert

Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Hübsch ist aus dem aktiven  
Dienst ausgeschieden und daher  
an der Unterzeichnung verhindert  
Karlsruhe, den 21.04.2004  
Dr. Deppert

Dr. Leimert

Wiechers

Dr. Wolst