

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 631

Der auf eine entgeltliche Beförderung gerichtete Luftbeförderungsvertrag ist im deutschen Recht ein Werkvertrag.

HGB § 354

Vermittelt ein Reisebüro, das sich bei der IATA um die Zulassung als Passageverkaufsagentur beworben hat, während der Probezeit den Abschluß von Luftbeförderungsverträgen mit einem zur IATA gehörenden Fluglinienunternehmen, dann kann es von diesem auch ohne Vorliegen eines Agenturvertrages nach § 354 HGB Provision verlangen, wenn es von der IATA zu einer möglichst umfangreichen Vermittlungstätigkeit für ihre Mitglieder während der Probezeit aufgefordert worden ist.

BGH, Urt. v. 21. Dezember 1973 - IV ZR 158/72 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 158/72

Verkündet am
21. Dezember 1973
Hellmann,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der D[REDACTED] L [REDACTED] AG, K[REDACTED], C[REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch die Vorstandsmitglieder Dr. Herbert C[REDACTED],
Dipl.-Ing. Gerhard H[REDACTED], Dipl.-Ing. Hans S[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

das Reisebüro T [REDACTED] GmbH, F[REDACTED]([REDACTED]),
N[REDACTED] M[REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer
Franz-Max L[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hauß und die Richter Prof. Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt und Knüfer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 11. Juli 1972 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin - das nationale deutsche Luftverkehrsunternehmen - ist Mitglied der I [REDACTED] A [REDACTED] T [REDACTED] A [REDACTED] (IATA), einer Vereinigung von Luftverkehrsgesellschaften, der nahezu alle bedeutenden internationalen Fluglinienunternehmen angehören. Diese Vereinigung setzt die Beförderungsentgelte fest und regelt insbesondere auch die Verhältnisse der ihr angeschlossenen Fluggesellschaften zu den von ihr anerkannten Reiseagenten.



Im Jahre 1964 beantragte die Beklagte, die ein Reisebüro betreibt, bei der IATA, ihr die Zulassung zur Führung einer IATA-Passageverkaufsagentur zu erteilen. Die Beklagte beabsichtigte, nach ihrer Zulassung mit einzelnen Fluggesellschaften Verträge abzuschließen, auf Grund derer sie als Agent dieser Gesellschaften auftreten konnte. Das von der Beklagten zur Stellung des Antrags verwendete Antragsformular enthielt u. a. die Erklärung, daß der Antragsteller bei einer Ablehnung seines Antrags für die Zeit der Prüfung des Antrags keine Provisionsansprüche für den Verkauf von Beförderungsleistungen der Mitgliedsgesellschaften der IATA erhebt. Der Antrag der Beklagten wurde bereits nach der Vorprüfung zurückgewiesen. Im Jahre 1965 stellte die Beklagte erneut einen Antrag zu denselben Bedingungen, dieser wurde Anfang Mai 1966 von der IATA abgelehnt.

In der Zeit von März bis Juni 1966 erteilte die Beklagte der Klägerin Bestellungen ihrer Kunden über Flugkarten im Werte von insgesamt 13.938,10 DM. Diesen Betrag führte die Beklagte nicht an die Klägerin ab, obwohl ihre Kunden ihr das Geld übergaben und die Klägerin ihr die Flugkarten aushändigte, welche diese zuvor selbst auf die Namen der Fluggäste ausgestellt hatte. Die Beklagte machte vielmehr mit Schreiben vom 27. Juni 1966 Gegenansprüche auf Provision in Höhe von 5.402,95 DM wegen ihrer Tätigkeit für die Klägerin geltend, die von der Klägerin mit Schreiben vom 7. Juli 1966 abgelehnt wurden. Nach Erwirkung eines Zahlungsbefehls durch die Klägerin in Höhe von 13.938,10 DM zahlte die Beklagte schließlich an die Klägerin 8.535,15 DM. In Höhe der geleisteten Zahlung haben beide Parteien in erster Instanz

die Hauptsache für erledigt erklärt. Gegenüber der restlichen Klageforderung hat die Beklagte die Aufrechnung mit ihrer Provisionsforderung erklärt. Nach Auffassung der Klägerin steht der Beklagten eine Provisionsforderung nicht zu, die Klägerin hat sich insoweit insbesondere auf den von der Beklagten erklärten Provisionsverzicht berufen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 13.938,10 DM
nebst 6 % Zinsen seit dem 10. Juli 1966
abzüglich am 12. September 1966 gezahlter
8.535,15 DM zu verurteilen.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten.

Das Landgericht hat der Klage durch Urteil vom 9. Februar 1967 stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat sich die Beklagte mit der Berufung gewandt, mit der sie weiterhin die Anerkennung ihrer Provisionsforderung verfolgt. Außerdem hat sie die Erstattung der von ihr zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts an die Klägerin gezahlten Beträge verlangt.

Sie hat beantragt,

1. unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, soweit sie zu mehr verurteilt worden ist als zur Zahlung von 8.535,15 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 1. Juli 1966 abzüglich am 12. September 1966 gezahlter 8.535,15 DM,

2. die Klägerin zu verurteilen, an sie 6.939,37 DM zu zahlen nebst 5 % Zinsen aus 805,62 DM seit dem 19.12.1967 und aus weiteren 6.135,75 DM seit dem 7.2.1968.

Die Klägerin hat um Zurückweisung der Berufung gebeten.

Das Berufungsgericht hat den Rechtsstreit ausgesetzt bis zur Entscheidung der Frage, ob der Provisionsverzicht der Beklagten gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstößt. Diese Frage ist in einem Parallelverfahren von dem Kartellsenat des Bundesgerichtshofes durch Urteil vom 30. September 1971 - KZR 12/70 - (LM GWB § 26 Nr. 20 = NJW 1972, 486 ff) bejaht worden. Die Parteien wollen diese Entscheidung auch für den vorliegenden Rechtsstreit gelten lassen.

Das Berufungsgericht hat daraufhin unter Abänderung des Urteils des Landgerichts die Klage abgewiesen und gleichzeitig die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 6.002,15 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 7. Februar 1968 zu zahlen. Im übrigen hat es den Zahlungsantrag der Beklagten zurückgewiesen.

Die Klägerin verfolgt mit der Revision ihr Klagebegehren weiter, die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht nimmt an, der restliche Zahlungsanspruch der Klägerin sei gemäß § 389 BGB erloschen, da die Beklagte mit einer Provisionsforderung wirksam aufgerechnet habe. Der Beklagten sei in Höhe der restlichen Klageforderung auf Grund des § 354 HGB ein Anspruch auf Provision erwachsen, weil sie als Kaufmann in Ausübung ihres Handelsgewerbes für die Klägerin Geschäfte besorgt habe, indem sie für diese ähnlich einem Handelsvertreter Beförderungsverträge vermittelt habe.

1. Die Beklagte kann - wie auch das Berufungsgericht voraussetzt - nicht als Handelsvertreter Provisionsansprüche nach § 87 HGB geltend machen. Zwar üben die als Buchungsstelle für ein Reise- oder Beförderungsunternehmen fungierenden Reisebüros in der Regel eine der Handelsvertreter Tätigkeit entsprechende Tätigkeit aus (Klatt, Die Gesellschaftsreise, 1961, S. 143, 146, 175; Klatt, Die Reisedienstleistung, 1962, S. 143) und hat der Gesetzgeber in § 92 c Abs. 2 HGB die Vermittlung der Buchung von Passagen auf Schiffen ausdrücklich als Handelsvertreter Tätigkeit anerkannt. Ein Provisionsanspruch nach § 87 HGB entsteht jedoch nur bei Vorliegen eines Handelsvertretervertrages, in dem das Reisebüro ständig damit betraut wird, für das Reise- oder Beför-

derungsunternehmen Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen (Schlegelberger/Schröder, HGB, 5. Aufl., § 87, Rdn. 4). Ziel der Tätigkeit der Beklagten war allerdings die Zulassung als Passageverkaufsagent durch die IATA und danach die ständige Betrauung mit dem Passageverkauf durch die Klägerin und andere Mitglieder der IATA. Mangels Zulassung durch die IATA ist es hier jedoch nicht zum Abschluß eines die ständige Betrauung der Beklagten vorsehenden Vertrages zwischen den Parteien gekommen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren sich nämlich die Parteien einig, keinen Agenturvertrag abzuschließen, solange die Beklagte ihre Zulassung als IATA-Agent nicht erhielt. Damit scheidet auch die Annahme eines auf eine begrenzte Probezeit abgeschlossenen Agenturvertrages aus. Ein Handelsvertretervertrag kann zwar auch stillschweigend dadurch zustande kommen, daß ein Unternehmer die Dienste eines Handelsvertreters, mit dem er ursprünglich nicht in Vertragsbeziehungen gestanden hat, annimmt und dabei durch sein ganzes Verhalten zu erkennen gibt, er werde dies auch in Zukunft für eine unbestimmte Zahl von Geschäften ständig tun (Schlegelberger/Schröder, aaO, § 85 Rdn. 2; Brüggemann in RGRK zu HGB, 3. Aufl., § 84, Anm. 16). Zutreffend verneint jedoch das Berufungsgericht einen Vertragsschluß durch konkludentes Handeln, da die Parteien nicht den Willen hatten, eine Agenturvereinbarung einzugehen. Auch der stillschweigende Vertragsschluß setzt den auf Eingehung vertraglicher Bindung gerichteten Willen der Beteiligten voraus.

2. Die Beklagte hat während der Probezeit lediglich von Fall zu Fall Passageverkäufe vermittelt.

Gerade der Umstand, daß die Beklagte Fremdgeschäfte vermittelte und nicht Eigengeschäfte tätigte, ist wesentlich für die Frage einer Provisionspflicht der Klägerin. Die Revision wendet sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe für die Klägerin Beförderungsverträge vermittelt, mit der These, das dem Bezug eines Flugscheins bei einem Fluglinienunternehmen durch ein Reisebüro und der Weitergabe dieses Scheines an einen Kunden des Reisebüros gegen Zahlung des Beförderungsentgelts zugrunde liegende Rechtsverhältnis sei als Rechtskauf anzusehen. Beim Erwerb eines solchen Flugscheines sei zwischen dem Beförderungsverhältnis einerseits und dem Zahlungs- oder Gegenwertsverhältnis andererseits zu unterscheiden. Der Beförderungsvertrag sei ein einseitig verpflichtender Vertrag, der durch die Ausstellung des Flugscheines zustande komme und der den Luftfrachtführer verpflichte, die Beförderungsleistung zu erbringen. Diesem Beförderungsvertrag liege das Zahlungs- oder Gegenwertsverhältnis zugrunde, das in der Regel ein Kaufvertrag - und zwar ein Rechtskauf - sei. Der Käufer, d. h. der Fluggast, erwerbe gegen Zahlung des tariflichen Entgelts einen Beförderungsanspruch gegenüber dem Luftfrachtführer. Der Aussteller des Flugscheines vertrete den Luftfrachtführer nur bei der Begründung des Beförderungsverhältnisses und verpflichte diesen vollmachtgemäß zur Beförderung nach Maßgabe des Flugscheins. Den damit begründeten Beförderungsanspruch verkaufe das ausstellende Reisebüro aber im eigenen Namen.

Die von der Revision vertretene These ist im Schrifttum in jüngerer Zeit entwickelt worden von Rudolf (ZLW 1969, S. 90, 98, 99), sie steht jedoch im Widerspruch zu der bislang herrschenden Meinung im Schrifttum,

nach dem der Luftbeförderungsvertrag - wie jeder Beförderungsvertrag - im deutschen Recht ein Werkvertrag ist, also ein gegenseitiger Vertrag, in dem sich der Unternehmer zur Beförderung und der Fluggast zur Zahlung einer Vergütung als Gegenleistung für die Beförderung verpflichtet (Staudinger/Riedel, BGB, 11. Aufl., Vorbem. vor § 631, Rdn. 31; Abraham, Der Luftbeförderungsvertrag, ZHR 1954, S. 82, 103; ders. in ZLR 1955, S. 255, 258; Schleicher/Reymann/Abraham, Recht der Luftfahrt, 1. Bd., 3. Aufl., S. 262; Müller, ZLW 1960, S. 41, 47; Hofmann, Luftverkehrsgesetz, § 44, Rdn. 3, und § 21, Rdn. 24). Zwar meint auch Vogt (ZLW 1967, 125, 128), für den Luftbeförderungsvertrag sei das Auseinanderfallen von Zahlungsverhältnis und Beförderungsverhältnis charakteristisch, gleichwohl rechnet er den Luftbeförderungsvertrag noch zu dem Vertragstyp des Werkvertrages (aaO, S. 127) und wendet auf ihn den nur für gegenseitige Verträge geltenden § 320 BGB an (ZLW 1969, S. 1, 7). Dieser Autor will also offensichtlich doch an der Vorstellung eines einheitlichen gegenseitigen Vertrages festhalten und den einheitlichen geschäftlichen Vorgang nicht in zwei verschiedene Verträge aufspalten.

Der herrschenden Meinung ist auch die Rechtsprechung des BGH gefolgt (NJW 1969, 2014, 2015), die den auf eine entgeltliche Beförderung gerichteten Luftbeförderungsvertrag als Werkvertrag ansieht. An dieser Auffassung ist festzuhalten. Unzweifelhaft ist allgemein der entgeltliche Transportvertrag nach deutschem Recht Werkvertrag. Der Luftbeförderungsvertrag weist auch unter Berücksichtigung der von der IATA weitgehend vereinheitlichten Beförderungsbedingungen (siehe z. B. ZLW 1971, S. 233 ff) keine Besonderheiten auf, die eine abweichende

rechtliche Qualifizierung erforderlich machen könnten (siehe dazu im einzelnen Rudolf, ZLW 1969, S. 90, 97 ff). Die Ausstellung eines Flugscheines, in dem nicht der Erwerber, sondern ein Dritter als Fluggast eingetragen ist, läßt sich im Rahmen eines Werkvertrages als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) erklären. Die besonderen Funktionen des Flugscheines erlauben seine Deutung als Legitimationszeichen entsprechend § 808 BGB auch bei Annahme eines Werkvertrages; das gilt ebenso für die in der Praxis geübte Umschreibung des Flugscheines auf einen anderen Luftfrachtführer, die sich als befreiende Schuldübernahme gemäß §§ 414, 415 BGB darstellt. Die Erstattung des Flugpreises bei Rückgabe des nicht benutzten Flugscheines ist nichts anderes als die Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses gemäß § 346 BGB nach Ausübung des ihm vertraglich eingeräumten Rücktritts von dem Beförderungsvertrag durch den Fluggast. Die Abrechnung zwischen mehreren beteiligten Luftverkehrsunternehmen bei der Umschreibung eines Flugscheines oder der Erstattung des Flugpreises beruht dann ausschließlich auf den besonderen Abmachungen zwischen den Mitgliedern der IATA - insbesondere den einschlägigen IATA-Resolutionen -; durch diese internen Abmachungen wird die Rechtsnatur des Beförderungsvertrages zwischen Reisenden und Luftverkehrsunternehmen nicht berührt. Das - auch bei der Personenbeförderung zu Land und Wasser gegebene - Vorkommen atypischer, auf unentgeltliche Beförderung gerichteter Beförderungsverträge rechtfertigt es nicht, die Qualifizierung des entgeltlichen Luftbeförderungsvertrags als Werkvertrag aufzugeben.

Die Revisionsklägerin kann sich zur Begründung ihrer These vom Rechtsverkauf durch die Beklagte im eigenen Namen auch nicht darauf berufen, das den Flugschein aushändigende Reisebüro schulde dem Luftverkehrsunternehmen auch dann den vollen Tarifpreis, wenn der Kunde des Reisebüros zahlungssäumig bleibe, es könne insbesondere nicht anstelle eigener Zahlung den Unternehmer an den Kunden verweisen. Ebenso spricht der Umstand, daß das Flugunternehmen nicht den Reisebürokunden auf erneute Zahlung in Anspruch nehmen kann, wenn das Reisebüro den ihm vom Kunden entrichteten Tarifpreis nicht seinerseits an den Flugunternehmer zahlt, nicht für die Auffassung der Revision. Die Haftung des Reisebüros für die Zahlung des Beförderungsentgelts ist durchaus vereinbar mit der Annahme der bloßen Vermittlung eines Beförderungsvertrags zwischen den Kunden und dem Luftverkehrsunternehmen. Eine solche Haftung kann auch bei einer Geschäftsvermittlung durch entsprechende Vereinbarungen bezüglich des Inkassos zwischen Vermittler und Geschäftsherrn begründet werden, insbesondere durch die Verpflichtung, Flugscheine nur gegen Barzahlung auszuhändigen. Sie ist in der Reisevermittlung sogar weitgehend üblich, wie die Abrechnungs-Richtlinien des Deutschen Reisebüroverbandes vom Oktober 1952 mit der folgenden Regelung unter Ziff. VI zeigen:

Der Verkauf durch den Reisevermittler geschieht grundsätzlich gegen Barzahlung vor Beginn der Reise. Der Reisevermittler hat den gesamten Preis vor Reiseantritt einzukassieren, andernfalls trägt er das Risiko (Klatt, Die Gesellschaftsreise, 1961, S. 306).

Eine ähnliche Inkasso- und Haftungsregelung enthalten die Abrechnungs-Richtlinien vom Januar 1962 in Ziff. II Abs. 3 (Klatt, Reisedienstleistung, 1962, S. 216).

Daß der Reisebürokunde mit der Zahlung des Beförderungsentgelts an das Reisebüro gegenüber dem Luftverkehrsunternehmen als seinem Vertragspartner von seiner Zahlungspflicht frei wird, läßt sich auf eine dem vermittelnden Reisebüro erteilte Inkassovollmacht zurückführen.

Die Auffassung der Revision, die Beklagte habe keine Vermittlungstätigkeit ausgeübt, sondern im eigenen Namen Rechte (Beförderungsansprüche) verkauft, sowie die von ihr verteidigte Auffassung des Landgerichts, die Beklagte habe als selbständiges Unternehmen von der Klägerin Flugscheine bezogen und an ihre Kunden weiterverkauft, sind verfehlt. Die Beklagte hat vielmehr von Fall zu Fall Beförderungsverträge zwischen ihren Kunden und der Klägerin vermittelt, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt (so auch BGH, NJW 1969, 2008, 2009; BGHSt 12, 207, 210, 211; Schleicher/Reymann/Abraham, aaO, S. 274; Riese, ZLR 1958, S. 1, 6; ders. RabelsZ 1968, 651, 652).

3. Die Beklagte ist dabei nicht als Makler für die Klägerin tätig geworden. Die Beklagte rechnete völlig selbständig mit den Reisenden ab, sie trat praktisch wie eine Verkaufsstelle der Klägerin auf. Sie hatte den Flugpreis an die Klägerin abzuführen, unabhängig von der Zahlung ihrer Kunden, sie trug insoweit das Erfüllungsrisiko. Diese Umstände widersprechen dem Leitbild des Maklers, der grundsätzlich nicht das Erfüllungsrisiko für das vermittelte Geschäft trägt und auch dem Geschäftsherrn nicht die Abwicklung des Geschäfts - wie das Inkasso - abnimmt.

Die Tätigkeit der Beklagten war auch nicht die eines Kommissionärs, da sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Beförderungsverträge nicht im eigenen Namen abschloß, sondern lediglich die Passagebestellungen an die Klägerin weiterleitete, die dann ihrerseits das Vertragsangebot der Kunden annahm und die Flugscheine auf deren Namen ausstellte.

4. Man muß die Tätigkeit der Beklagten vielmehr im Zusammenhang mit der beantragten und - wie festgestellt - auch erhofften Zulassung als IATA-Passageverkaufsagentur und dem beabsichtigten Abschluß eines Agenturvertrages mit der Klägerin sehen. Sie erstrebte damit eine vertragliche Eingliederung in die Verkaufsorganisation der Klägerin, für die - d. h. in deren Namen und für deren Rechnung - sie sodann in diesem Rahmen als Handelsvertreter Beförderungsverträge vermitteln wollte. Die während der Probezeit ausgeführte Vermittlungstätigkeit unterschied sich in ihrem sachlichen Gehalt nicht von der Tätigkeit, die nach Begründung des Agenturverhältnisses ausgeübt werden sollte. Es handelte sich gleichsam um eine faktische Eingliederung in die Absatzorganisation der Klägerin als Vorbereitung der erstrebten vertraglichen Eingliederung. Diese Wertung entspricht dem Wesen des beklagten Unternehmens als Reisebüro, das Klatt (Die Gesellschaftsreise, 1961, S. 31) zutreffend als die verselbständigte Absatzfunktion anderer Unternehmen definiert hat, sie entspricht auch der in Deutschland bestehenden Übung, nach der ein Reisebüro, das Luftreisen vermittelt, in der Regel als Vertreter des Luftverkehrsunternehmens auftritt (Schleicher/Reymann, Abraham, aaO, S. 274; Riese, ZLR 1958, S. 1, 6).

Damit hat die Beklagte, auf die als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach den §§ 6 HGB, 13 Abs. 3 GmbHG die für Kaufleute geltenden Vorschriften des HGB Anwendung finden, in Ausübung ihres auf die geschäftsmäßige Reisevermittlung gerichteten Handelsgewerbes Geschäftsbesorgungen oder Dienstleistungen erbracht, indem sie den Abschluß von Beförderungsverträgen zwischen ihren Kunden und der Klägerin vermittelte. Solche einem anderen erbrachten Geschäftsbesorgungen sind geeignet, Provisionsansprüche in ortsüblicher Höhe nach § 354 HGB zu begründen. Das gilt insbesondere für die Dienste eines Kaufmanns, die - wie hier - vor dem erhofften Abschluß eines Agenturvertrages zu dessen Vorbereitung geleistet worden sind (OLG Karlsruhe, Badische Rechtspraxis, 1930, S. 18; Godin in RGRK zu HGB, 2. Aufl., § 354, Anm. 4 a *u*; siehe auch Schlegelberger/Schröder, aaO, § 87, Rdn. 4 und Steinbrenner, Zum Recht der Reisebürounternehmung, 1939, S. 58). Die Geschäftsbesorgung gereichte der Klägerin zum Vorteil, da die Beklagte objektiv eine Absatzfunktion für diese wahrnahm. Insoweit ist der Ausgangspunkt des Anspruchs aus § 354 HGB zuerkennenden Berufungsurteils rechtlich nicht zu beanstanden. Danach leitete die Beklagte das Angebot ihres Kunden für die Buchung einer Flugreise - d. h. das Angebot zum Abschluß eines Beförderungsvertrages - an die Klägerin weiter. Diese nahm das Angebot an, stellte einen Flugschein für die gewünschte Reise auf den Namen des Kunden aus und übergab den Schein der Beklagten, die ihn dann an den Kunden weiterreichte und gleichzeitig das Inkasso des Beförderungsentgelts für die Klägerin übernahm. Entgegen der Auffassung der Revision nimmt das Berufungsgerecht zu Recht an, die Beklagte habe damit Geschäfte besorgt, die sich ihrer äußeren Erscheinung nach als Geschäfte der Klägerin darstellten.

Allerdings muß die Tätigkeit der Beklagten im Interesse der Klägerin gelegen haben. Verfolgt ein Kaufmann ausschließlich eigene Interessen oder Interessen Dritter, so kann er keine Vergütung nach § 354 HGB verlangen. Der Anspruch besteht jedoch, wenn der Kaufmann neben den Interessen des in Anspruch Genommenen - hier der Klägerin - zugleich eigene Interessen oder solche seiner Kunden verfolgt (Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 4. Aufl., § 354, Rdn. 4; Godin in RGRK zu HGB, 2. Aufl., § 354, Anm. 5). Zutreffend hebt daher das Berufungsgericht hervor, es sei unerheblich, daß die Beklagte auch eigene Belange wahrnehmen wollte, indem sie sich um möglichst hohe Umsätze in Flugscheinen der Klägerin bemühte, um ihre von der Höhe der für IATA-Mitglieder erzielten Umsätze abhängende Zulassung als IATA-Agent zu erreichen. Da durch die Tätigkeit eines Reisebüros, das seinen Kunden Flugscheine besorgt, unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Luftverkehrsunternehmen und dem Kunden entstehen, ist die Tätigkeit eines Reisebüros im Gegensatz zu der Tätigkeit des Weiterverkäufers einer Ware in erster Linie eine Tätigkeit in fremdem, nicht eine solche in eigenem Interesse, wie in der Rechtsprechung des BGH bereits in anderem Zusammenhang anerkannt worden ist (BGHSt 12, 207, 210, 211). Auch soweit das Reisebüro ohne vorherige Geschäftsverbindung mit dem Verkehrsunternehmer bei ihm eine Bestellung für einen Kunden aufgibt, entsteht nach dem vorgenannten Erkenntnis eine Treupflicht des Reisebüroinhabers gegenüber dem Verkehrsunternehmen im Sinne des § 266 StGB - d. h. seine Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Verkehrsunternehmers - in dem Augenblick, in dem der Unternehmer die Bestellung bestätigt und da-

mit zum Ausdruck bringt, daß er, wie verkehrsüblich, Zahlungen des Kunden für die bestellte Reise an das Reisebüro als an ihn geleistet anerkenne. Damit erwächst nämlich dem Reisebüro die Pflicht, das Geld für den Unternehmer entgegenzunehmen, es nach den allgemeinen Gepflogenheiten zu verwalten und den Beförderungsvertrag mit dem Kunden zum Abschluß zu bringen. Auch für die Anwendung der zivilrechtlichen Norm des § 354 HGB sind die Beziehungen zwischen Reisebüro und Luftverkehrsunternehmer bei der Luftpassagevermittlung - besonders angesichts der Inkassoübernahme - nicht anders zu beurteilen. Die Tätigkeit der Beklagten diente in einer der Klägerin erkennbaren Weise deren Interesse. Unerheblich bleibt, daß die Beklagte auch ihren Kunden dienen wollte.

Nun entsteht eine Provisionspflicht nur, wenn der handelnde Kaufmann dem Geschäftsherrn gegenüber zu der Geschäftsbesorgung berechtigt war (Schlegelberger/Hefermehl, aaO, § 354, Rdn. 3). Diese Berechtigung will die Revision offensichtlich in Abrede stellen mit dem Hinweis, im Berufungsurteil fehle die Feststellung, die Klägerin habe die Beklagte zum Bezug von Flugscheinen aufgefordert oder sonst auf sie eingewirkt. Die Revision meint, infolge ihrer gesetzlichen Beförderungspflicht sei sie verpflichtet gewesen, der Beklagten auf Anforderung gegen Zahlung Flugscheine zu liefern, sie habe sich gar nicht anders verhalten können. Nach den bedenkenfreien Feststellungen des Berufungsgerichts nahm jedoch die Klägerin die von der Beklagten übermittelten Passagebestellungen bereitwillig entgegen, lieferte ihr die bestellten Flugscheine aus und über-

ließ ihr das Inkasso des Beförderungsentgelts. Darin lag bereits ein die Geschäftsbesorgung rechtfertigender Auftrag. Im Übrigen ist schon deshalb anzunehmen, daß diese Geschäftsbesorgungen im Einvernehmen mit allen zur IATA gehörenden Fluggesellschaften - und damit berechtigt - erfolgten, weil die Beklagte von der IATA mit Schreiben vom 2. Juli 1965 aufgefordert worden ist, während der Antragsprüfung möglichst viele Fluggäste zu bringen und dadurch den ihr möglichen Umsatz unter Beweis zu stellen. Die Zulassung als IATA-Agentur hing von hohen Umsätzen mit den IATA-Mitgliedern ab, die Beklagte wurde daher von der IATA zu möglichst umfangreichen Diensten geradezu gedrängt. Sie hat mithin ihre Dienste den IATA-Mitgliedern keineswegs aufgedrängt. Fehl geht die Berufung auf die Beförderungspflicht der Klägerin. Nach § 21 Abs. 2 Satz 2 Luftverkehrsgesetz ist die Klägerin zur Beförderung aller Reiseinteressenten verpflichtet, sie muß also mit jedem Reisewilligen einen Beförderungsvertrag schließen. Diese Norm verpflichtet sie aber nicht, die Einschaltung beliebiger gewerblicher Reisevermittler hinzunehmen und diese sogar mit Inkassoaufgaben zu betrauen.

Der Geltendmachung der Provisionsansprüche steht nicht eine die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit vorsehende Vereinbarung der Parteien entgegen. Der der Beklagten von der IATA abverlangte Verzicht auf Provision ist wegen eines Verstoßes gegen § 26 Abs. 2 GWB nichtig (Urteil des Kartellsenats des BGH vom 30. September 1971 - LM GWB § 26 Nr. 20 = NJW 1972, 486 ff -).

Ein Provisionsanspruch nach § 354 HGB besteht nicht, wenn Handelsbrauch oder Verkehrssitte die Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung vorsehen (Schlegelberger/Hefermehl, aaO, § 354, Rdn. 2, 11). Auf die die Provisionszahlung an nicht von der IATA zugelassene Reisebüros verbietende Resolution 810 a der IATA kann sich die Klägerin insoweit nicht berufen, da diese Kartellabrede wegen Verstoßes gegen § 26 Abs. 2 GWB im Inland unwirksam ist (siehe vorstehend genanntes Urteil vom 30. September 1971). Die Revision macht nun geltend, daß Reisebüros, die nicht in einem Agenturverhältnis zu den Fluglinienunternehmen der IATA stehen, nach dem im internationalen Fluglinienverkehr allgemein geübten Handelsbrauch keine Provision gewährt werde; den für das Vorliegen dieses Handelsbrauches angebotenen Beweis habe das Berufungsgericht unter Verletzung des § 286 ZPO nicht erhoben.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Der Kreis der am internationalen Fluglinienverkehr teilnehmenden Fluglinienunternehmen, insbesondere auch der Kreis der die Flughäfen der Bundesrepublik Deutschland anfliegenden Gesellschaften, ist nahezu identisch mit dem Kreis der Mitglieder der IATA. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils gehören der IATA nahezu alle bedeutenden Linienunternehmen an, das Urteil des Kartellsenats des BGH vom 30. September 1971 - KZR 12/70 - geht von der Zugehörigkeit von etwa 95 % aller Unternehmen aus, dementsprechend wird im Schrifttum angenommen, daß die IATA etwa 93 % bzw. 95 % des Linienverkehrsaufkommens der Welt kontrolliert (Grüter, WuW 1969, S. 359; Rinck, Festschrift für Riese, 1964, S. 497, 499). Die von der Klägerin als Handelsbrauch bezeich-

nete Übung ist daher nichts anderes als die Praktizierung der widerrechtlichen Kartellabrede durch die Kartellmitglieder, der sich einige Außenseiter angeschlossen haben mögen. Die Klägerin behauptet nicht einmal, daß alle Außenseiter im internationalen Linienverkehr der Kartellabrede gemäß verfahren, sie läßt vielmehr die Möglichkeit offen, daß das isländische Fluglinienunternehmen Loftleidir Provisionen zahlt. Die Klägerin behauptet auch nicht, daß eine entsprechende Übung schon vor den einschlägigen Kartellbeschlüssen der IATA im internationalen Linienverkehr bestanden habe. Durch die Praktizierung widerrechtlicher Beschlüsse eines Kartells mit derart monopolähnlicher Stellung kann sich aber nicht ein rechtlich erheblicher, dem dispositiven Gesetzesrecht vorgehender Handelsbrauch bilden. Ein Handelsbrauch wird nicht begründet durch eine lediglich einseitige Übung und schon gar nicht durch ein Diktat einer Seite (Schlegelberger/Hefermehl, aaO, § 346, Rdn. 10). Unerfindlich ist, warum - wie die Revision in diesem Zusammenhang meint - die Provisionsgewährung an einen im Zulassungsverfahren gescheiterten Bewerber die gesetzliche Tarifbindung des Fluglinienunternehmens aushöhlen soll, während die Provisionsgewährung an zugelassene IATA-Agenten und erfolgreiche Bewerber nach Meinung aller am Luftverkehr Beteiligten mit der Tarifbindung vereinbar ist. Unter dem Gesichtspunkt der Tarifbindung ist die Provisionsgewährung vielmehr in allen Fällen unbedenklich, denn der Fluggast zahlt ja stets den Tarifpreis.

Da die Klägerin das Bestehen eines Handelsbrauchs nicht schlüssig dargelegt hat, bedurfte es nicht der Erhebung des angebotenen Beweises.

5. Die Geltendmachung der Ansprüche verstößt nicht gegen Treu und Glauben. Entgegen der Meinung der Revision ist die Beklagte mit ihren nicht verjährten Ansprüchen (vierjährige Verjährungsfrist nach § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB) nicht übermäßig spät hervorgetreten, als sie diese im Juni 1966 anmeldete und im November 1966 im Prozeß zur Aufrechnung brachte (§ 209 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Das gilt auch für die Provisionen aus dem Jahre 1964. Die Beklagte kannte die Einstellung der IATA, die die Bewerbung um die Zulassung als IATA-Passagereverkaufsagent von einem Provisionsverzicht abhängig machte. Hätte sie schon früher Provisionen für das Jahr 1964 verlangt, so hätte sie ihre Aussicht, im zweiten Zulassungsverfahren Erfolg zu haben, stark beeinträchtigt, wenn nicht vereitelt. Eine frühere Anmeldung der Ansprüche war daher nicht zumutbar, ihre Zurückstellung war geradezu ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft. Dieses Verhalten, das letztlich eine unfreiwillige Anpassung an widerrechtliche Abreden eines Kartells ist, dem auch die Klägerin angehört, kann die Rechte der Beklagten gegenüber der Klägerin nicht schmälern.

Die Beklagte hat danach wirksam mit einer bestehenden, der Höhe nach unstreitigen Provisionsforderung aufgerechnet, die restliche Klageforderung ist mithin nach § 389 BGB erloschen. Das Berufungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

6. Das Berufungsgericht hat schließlich dem auch in der Berufungsinstanz als einfachem Inzidentantrag zulässigen Antrag der Beklagten, die Klägerin zur Rückzahlung des von ihr im Rahmen der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts beigetriebenen Betrags zu verurteilen, gemäß § 717 Abs. 2 ZPO zu Recht stattgegeben. Die Beklagte kann nach § 291 BGB Zinsen vom Tage der Leistung an verlangen, nach § 352 HGB in Höhe von 5 % (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 19. Aufl., § 717, Anm. III; III 1, 3).

Die unbegründete Revision der Klägerin ist danach mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Hauß

Johannsen

Dr. Pfretzschner

RiBGH Knüfer ist beurlaubt und ortsabwesend

Dr. Reinhardt

Dr. Hauß