

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**III ZR 211/70**URTEIL**

Verkündet am
17. Februar 1972
Schorm,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma M [REDACTED] - C [REDACTED] Funkmietwagen GmbH und Co.
KG, vertreten durch die M [REDACTED] - C [REDACTED] Funkmietwagen GmbH,
diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Dr. Wilhelm
R [REDACTED], Mü [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Mietwagenunternehmer Michael R o [REDACTED], Mü [REDACTED],
P [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Februar 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Hubert Meyer sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Hußla, Gähtgens und Dr. Krohn

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 20. Oktober 1970 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte betreibt in MÜ■■■■ ein Mietwagenunternehmen. Die Klägerin vermittelt über Funk Aufträge für Funk-Mietwagen der ihr angeschlossenen Unternehmen.

Mit den Verträgen vom 26. August und vom 6. Dezember 1966 vereinbarten die Parteien den Anschluß von zwei Kraftwagen des Beklagten an die Funkzentrale der Klägerin. Der Beklagte stellte sich der Funkzentrale

- 3 -

mit seinen beiden Fahrzeugen, die zu diesem Zweck für die Dauer des Vertrages leihweise mit Funkgeräten ausgestattet wurden (§ 5), zur gewerbsmäßigen Personenbeförderung zur Verfügung (§ 1), und die Klägerin verpflichtete sich, den Fahrzeugen über Funk Fahraufträge zu vermitteln (§ 2). Der Beklagte hatte nach dem Vertrag für das erste Fahrzeug (§ 4) eine Kautions von 700 DM und nach dem Vertrag für das zweite Fahrzeug (§ 4) eine einmalige Anschlußgebühr von 1.000 DM zu leisten - was auch geschah - und für die Teilnahme am Funkverkehr sowie für die Vermittlung von Aufträgen je Fahrzeug monatlich 350 DM zu entrichten. Die Geschäftsordnung der Klägerin, die dem Beklagten ausgehändigt wurde, sollte wesentlicher Bestandteil beider Verträge sein (§ 12). Die Verträge wurden für ein Jahr geschlossen, sollten sich aber um jeweils ein weiteres Jahr verlängern, falls sie nicht drei Monate vor Ablauf gekündigt würden (§ 6).

Anfangs des Jahres 1967 teilten die Klägerin und die Ca- -Ca- GmbH ihren angeschlossenen Unternehmern durch ein gemeinsames Rundschreiben 2/67 mit, sie hätten einen Verwaltungs- und Kooperationsvertrag ab 1. März 1967 geschlossen und die Klägerin übernehme von diesem Zeitpunkt an auch die kaufmännische und technische Verwaltung für alle Ca- -Ca- Unternehmen. Anfang April 1967 übersandte die Klägerin den ihr angeschlossenen Unternehmern, auch dem Beklagten, eine neue gemeinsame Geschäftsordnung der Ca- -Ca- GmbH und der Klägerin. Darin hieß es eingangs, diese Geschäftsordnung



sei wesentlicher Bestandteil des Ca- oder M-C-Anschlußvertrages, die bisherige Geschäftsordnung werde hiermit hinfällig; § 6 sah vor, die Zentrale werde zur Aufrechterhaltung der Ordnung laufend Kontrollen bei Fahrern und Fahrzeugen durchführen; in § 7 behielt die Zentrale sich vor, die Geschäftsordnung durch Rundschreiben, die dann als rechtskräftige Bestandteile der Geschäftsordnung anzusehen seien, zu ändern oder zu ergänzen.

Ebenfalls Anfang April 1967 teilte die Klägerin durch Rundschreiben 8/1967 allen angeschlossenen Unternehmern, auch dem Beklagten, mit, die Fahrzeuge sollten zwischen dem 18. und 20. April 1967 zu einer Generalkontrolle auf der Theresienwiese vorgeführt werden, wobei jedes Fahrzeug eine Wagennummer und ein Fahrpreisschild erhalten werde; der genaue Termin werde über Funk bekannt gegeben werden. Die Aufforderung zur Inspektion erging dann am Vormittag des 18. April 1967.

Bereits unter dem 14. April 1967 hatte der Beklagte der Klägerin mitgeteilt, er erkenne die neue Geschäftsordnung nicht an und halte sich weiterhin nur an die alte Geschäftsordnung gebunden. Der Beklagte weigerte sich, seine Kraftwagen am 18. April 1967 zur Inspektion vorzuführen; die Klägerin sperrte ihn daraufhin von der Vermittlung von Fahraufträgen aus.

Am 19. April 1967 erwirkte ein Teil der ebenfalls ausgesperrten Unternehmen eine einstweilige Verfügung, durch welche der Klägerin verboten wurde, sie von der anteiligen Vermittlung von Fahraufträgen auszuschließen. Die Klägerin nahm darauf die

Vermittlung von Fahraufträgen zunächst wieder auf, sie sperrte aber den Beklagten am 21. April 1967 erneut aus, nachdem am 19. April 1967 zunächst der Beklagte - zusammen mit 21 anderen angeschlossenen Unternehmern - seine Anschlußverträge zum 30. April 1967 und daraufhin die Klägerin am 20. April 1967 "wegen schwer geschäftsschädigenden Verhaltens" ihrerseits fristlos gekündigt hatte. Daraufhin kündigte der Beklagte am 24. April 1967 erneut und ebenfalls fristlos.

Anfang Mai 1967 forderte die Klägerin den Beklagten auf, die beiden Funkanlagen zurückzugeben. Der Beklagte erwiderte, er mache ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Gegenansprüche auf Rückzahlung der Kautions von 700 DM (Vertrag vom 26. August 1966) und von 80 % der Anschlußgebühr aus dem Vertrag vom 6. Dezember 1966, d.h. 800 DM, geltend, er sei aber bereit, die Geräte gegen Zahlung oder Hinterlegung von 1.000 DM herauszugeben.

Mit der (am 6. Juni 1967 erhobenen) Klage hat die Klägerin die Rückgabe der von dem Beklagten entliehenen und zurückgehaltenen Geräte gefordert. Die Klage hat sich dadurch erledigt, daß der Beklagte am 31. Juli 1967 beide Funkgeräte zurückgegeben hat.

Im Wege der Widerklage hat der Beklagte die Klägerin auf Rückzahlung der Kautions von 700 DM, der Anschlußgebühr von 1.000 DM sowie auf Ersatz eines Nettoverdienstausfalls für die Zeit bis Ende Juni 1967, den er mit 6.724 DM angegeben hat, in

Anspruch genommen. Der Beklagte hat beantragt, die Klägerin zur Zahlung von 8.424 DM nebst 4 % Zinsen zu verurteilen.

Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Klägerin verurteilt, 1.525 DM (Kautions + 65 % der Anschlußgebühr) nebst 4 % Zinsen seit dem 16. März 1968 an den Beklagten zu zahlen, jedoch die Widerklage im übrigen abgewiesen. Die Klägerin hat, soweit sie verurteilt worden ist, Berufung eingelegt und einen neuen Anspruch von 1.400 DM nebst Zinsen gegen den Beklagten geltend gemacht, der sich daraus ergebe, daß der Beklagte ihr die Geräte zu Unrecht im Juni und Juli 1967 vorenthalten und sie dadurch Gebühren von 2 x 350 DM für zwei Monate eingebüßt habe. Der Beklagte hat sich der Berufung angeschlossen, soweit das Landgericht seine Widerklage abgewiesen hat. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin sowie deren neuen Anspruch nicht für begründet befunden und auf die Anschlußberufung des Beklagten die Klägerin zur Zahlung von 4.525 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge auf Abweisung der Widerklage und auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 1.400 DM weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision bleibt erfolglos.

I.

1. Das Berufungsgericht hat zunächst - die Rechtsauffassung des Landgerichts bestätigend - einen Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der Kautions von 700 DM (Vertrag vom 26. August 1966) und eines Teiles von 625 DM der einmaligen Anschlußgebühr (Vertrag vom 6. Dezember 1966) für begründet befunden.

Nach der bindenden Auslegung, die die Vorderrichter ohne Rechtsfehler den Verträgen gegeben haben, ist das Verlangen des Beklagten nach Rückzahlung der Kautions und eines Teiles der einmaligen Anschlußgebühr jedenfalls gerechtfertigt, wenn ein vertragwidriges Verhalten der Klägerin dem Beklagten ein Recht zur vorzeitigen Kündigung gegeben hat. Diese Voraussetzung ist hier gegeben.

a) Die Verträge sehen in § 7 nur ein Recht der Klägerin zur fristlosen Kündigung für den Fall vor, daß der Beklagte gegen die Interessen der Zentrale oder der Geschäftsleitung verstoße oder der Zentrale Tatsachen bekannt würden, die eine weitere Zusammenarbeit unmöglich machten, oder der Beklagte einer

anderen Organisation angeschlossen sei, die ihre Tätigkeit gegen die Interessen der Zentrale ausübe. Ebenso gab die Geschäftsordnung in ihren Ziffern 1 und 9 der Klägerin ein Recht zur fristlosen Kündigung. Über ein Recht des Beklagten zur außerordentlichen Kündigung sagen die Verträge nichts; es ist jedoch nach der tatrichterlichen Auslegung nicht ausgeschlossen.

Die Rechtsprechung hat in Anlehnung an einen allgemeinen, aus den §§ 626, 723 BGB zu entnehmenden Rechtsgedanken den Grundsatz entwickelt, daß bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die stark in die Lebensbetätigung der Beteiligten eingreifen oder eine besondere gegenseitige Interessenverflechtung mit sich bringen und ein persönliches Zusammenarbeiten, ein ungestörtes gegenseitiges Vertrauen der Beteiligten erfordern, die sofortige Kündigung aus wichtigem Grunde zuzulassen ist, auch wenn eine solche Kündigung im Vertrag oder im Gesetz nicht vorgesehen ist. Dieses Kündigungsrecht wird aus § 242 BGB abgeleitet; es ist daher zwingenden Rechts und kann durch Parteivereinbarung nicht vollständig ausgeschlossen werden. Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung ist aber nur dann gegeben, wenn dem Kündigenden nicht zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung fortzusetzen. Die Entscheidung ist unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben zu treffen. Maßgebend ist, ob das Vertrauensverhältnis derart erschüttert ist, daß ein gedeihliches Zusammenwirken der Parteien nach den Gesamtumständen des Falls

nicht mehr zu erwarten ist (vgl. RGZ 169, 203, 206 f; LM zu BGB § 242 Ba Nr. 2 und zu § 581 Nr. 24; BGB RGRK 11. Aufl. zu § 242 Anm. 50 und zu § 626 Anm. 1).

b) Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht zugunsten des Beklagten bejaht; es hat die außerordentlichen Kündigungen des Beklagten vom 19. April und vom 24. April 1967 wegen vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin für wirksam, die fristlose Kündigung der Klägerin vom 20. April 1967 für ungerechtfertigt sowie die wiederholten Aussperrungen des Beklagten vom Funkverkehr (vom 18.-19. April und seit dem 21. April) für vertragswidrig erachtet. Das Berufungsurteil führt hierzu aus: Die Klägerin sei nicht berechtigt gewesen, den Inhalt der Verträge durch einseitige Erklärungen zu ändern. Die Zusendung einer neuen Geschäftsordnung, die erheblich erweiterte Befugnisse der Zentrale vorsah, mit der Erklärung, diese Geschäftsordnung sei wesentlicher Vertragsbestandteil und die bisherige Geschäftsordnung werde hiermit hinfällig, sowie der Vorbehalt, diese neue Geschäftsordnung nach Bedarf durch Rundschreiben, die dann als rechtskräftige Bestandteile der Geschäftsordnung anzusehen seien, zu ändern oder zu ergänzen, sei ein anmaßendes, an den Grundlagen der vertraglichen Zusammenarbeit rüttelndes Verhalten gewesen, dem der Beklagte mit Recht widersprochen habe. Nach den Anschlußverträgen und der fortgeltenden ersten Geschäftsordnung sei die Klägerin nicht befugt gewesen, die gleichzeitige Vorführung aller Fahrzeuge zu bestimmter Zeit an einem bestimmten Ort zu verlangen; eine solche mit beträchtlichem Zeitaufwand und ent-

sprechendem Einnahme-Verlust verbundene Generalinspektion sei zur Kontrolle und zur Anbringung von Nummer- und Fahrpreis-Plaketten nicht erforderlich gewesen. Eine gleichzeitige Vorführung aller Fahrzeuge sei auch nicht - worauf die Klägerin sich nunmehr berufe - zur Prüfung der Vertragsabsprachen zwischen den angeschlossenen Unternehmern und ihren Fahrern geboten oder sinnvoll gewesen. Die angeschlossenen Unternehmer hätten gegenüber der Klägerin die Stellung selbständiger Unternehmer gehabt; eine Gehorsamspflicht, die die vertraglichen Rechte der Klägerin hätte erweitern können, habe nicht bestanden. Der Beklagte sei berechtigt gewesen, das Diktat einer neuen Geschäftsordnung sowie die angeordnete Generalinspektion abzulehnen; deshalb habe die Klägerin ihn und seine Fahrzeuge nicht von der Auftragsvermittlung aussperren dürfen. Unter diesen Umständen habe dem Beklagten nicht mehr zugemutet werden können, das Vertragsverhältnis forzusetzen und sich auf die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung zu beschränken. Die fristlose Kündigung der Klägerin am 20. April 1967 sei wirkungslos, die erneute Kündigung des Beklagten am 24. April 1967 jedoch wiederum wirksam gewesen.

2. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß die Zusendung einer neuen Geschäftsordnung, die gegenüber der alten Geschäftsordnung erweiterte Befugnisse der Klägerin vorsah, ein Verlangender Klägerin nach einer Vertragsänderung oder die Erklärung bedeutete, die Klägerin werde in Zukunft nicht mehr nach den

Anschlußverträgen verfahren. Denn nach § 12 dieser Verträge wurde die bei der Unterzeichnung ausgehändigte, damals geltende Geschäftsordnung "ein wichtiger Bestandteil dieses Vertrages"; sie war also kraft Vereinbarung Vertragsinhalt. Eine einseitige Änderung der Geschäftsordnung sahen weder die Verträge noch die ausgehändigte Geschäftsordnung selbst vor; auch mündliche Absprachen über den Inhalt des Vertrages oder der (ausgehändigten) Geschäftsordnung hinaus sollten ohne Rechtsverbindlichkeit sein (§ 14 der Verträge), und die alte Geschäftsordnung gab einleitend den Hinweis, sie sei "ein wesentlicher Bestandteil des Vertrages". Es kann dahinstehen, ob der Beklagte einen Austausch der Geschäftsordnungen seitens der Klägerin hätte hinnehmen müssen, wenn es sich lediglich um eine Neufassung oder um die Aufnahme unwesentlicher, das Vertragsverhältnis wenig berührender Zweckmäßigkeitsbestimmungen gehandelt hätte. Darum aber ging es der Klägerin nicht. Sie bezweckte eine Änderung des Schuldverhältnisses, sie erstrebte ein eigenes Kontrollrecht bei Fahrern und Fahrzeugen (§ 6) - während nach der alten Geschäftsordnung (§ 10) die Verantwortung für den Zustand der Fahrer und Fahrzeuge bei dem Unternehmer (Beklagten) lag - und behielt sich vor, die Geschäftsordnung nach Bedarf durch Rundschreiben zu ändern oder zu ergänzen, die dann rechtskräftige Bestandteile der Geschäftsordnung und damit des Vertrages werden sollten (§ 7). Darin konnte allerdings das Berufungsgericht eine beabsichtigte Verschiebung des Gleichgewichts zwischen

den Vertragspartnern, das Streben nach einer "Gehorsamspflicht" der angeschlossenen Unternehmer sehen, das an den Grundlagen der vertraglichen Zusammenarbeit rüttelte, mithin den Versuch einer echten Änderung des Schuldverhältnisses.

Dazu war die Klägerin nicht befugt. Zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist, soweit nichts anderes bestimmt ist, ein Vertrag erforderlich; durch einseitige Erklärung kann nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen, die hier nicht in Betracht kommen, eine Änderung herbeigeführt werden (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 305 Anm. 3). Eine Zustimmung des Beklagten zu der von der Klägerin beabsichtigten Änderung fehlt; unstreitig erklärte vielmehr der Beklagte am 14. April 1967, er erkenne die neue Geschäftsordnung nicht an, und der festgestellte Sachverhalt ergibt nichts dafür, daß er später das Vorgehen der Klägerin gebilligt hätte.

3. Die Revision hält gleichwohl das Vorgehen der Klägerin nicht für vertragswidrig, sondern der Sachlage nach für geboten; sie rügt, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 286 ZPO wesentlichen Prozeßvortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen: Bei einer Besprechung in den Diensträumen des Amts für öffentliche Ordnung am 1. März 1967 habe der zuständige Amtmann den Geschäftsführer Bader darauf hingewiesen, er würde sich einer Strafverfolgung aussetzen, wenn er Aufträge an angeschlossene Unternehmer weitergeben würde, ohne sich vorher vergewissert zu haben, ob die jeweiligen Fahrzeuge auch

als Mietwagen zugelassen seien; der Amtmann habe weiter erklärt, Ba■■■■ würde sich auch dann strafbar machen, wenn er es dulden würde, daß die Unternehmer ihre Fahrzeuge an die Fahrer verpachteten, wie das bei der Klägerin bislang geschehen sei. Auch schriftlich habe das Amt für öffentliche Ordnung darauf hingewiesen, daß ein Mietwagen ohne behördliche Genehmigung nicht verpachtet werden dürfe. Eine gleichzeitige Kontrolle aller angeschlossenen Fahrzeuge sei zwingend geboten und allein geeignet gewesen, den gerügten Mißständen abzuhelpfen, weil vielfach Nummernschilder ausgewechselt und Konzessionen ausgetauscht worden seien. Einzelkontrollen würden zur Abhilfe nicht ausgereicht haben, nur die Sichtung des Auszuges aus der Konzessionsurkunde, die jedes Fahrzeug mitführen müsse, und der Vergleich von Nummernschild und Anschlußvertrag bei einer gleichzeitigen Vorführung aller Fahrzeuge habe die notwendige Klarheit bringen können.

In diesem Zusammenhang bezieht die Revision sich auf den weiteren Vortrag der Berufungsbegründung der Klägerin, im Jahre 1967 sei noch streitig gewesen, ob das vielfach, auch zwischen dem Beklagten und seinen Fahrern, geübte Entlohnungssystem - die Fahrer zahlten an den Beklagten je Schicht einen festen Betrag von 41 DM, gleichgültig, ob sie diesen Betrag einführen oder nicht - zulässig sei oder ob es eine genehmigungsbedürftige Verpachtung des Betriebes darstelle; zunächst habe auch das Amt für öffentliche Ordnung dieses System geduldet, erst unmittelbar vor der gegen-

ständlichen Auseinandersetzung habe es zu erkennen gegeben, daß gegen dieses Entlohnungssystem vorgegangen werden solle, und zwar auch gegenüber der Klägerin.

Hätte das Berufungsgericht - so meint die Revision - diesen Vortrag im Ganzen beachtet, so hätte es erkennen müssen, daß die Klägerin zu Recht die gleichzeitige Vorführung aller angeschlossenen Funkwagen verlangt habe, daß das zwischen dem Beklagten und seinen Fahrern geübte Pauschal-Entlohnungssystem unzulässig gewesen und daß nach der Entwicklung der Dinge der Klägerin keine andere Wahl geblieben sei, als den Beklagten auszusperrern und den Anschlußvertrag fristlos zu kündigen.

4. Diesem Vortrag der Revision ist zunächst entgegenzuhalten: Es spricht nichts dafür, daß das Berufungsgericht, das im Tatbestand seines Urteils auf die Berufungsbegründung sowie die weiteren Schriftsätze der Klägerin, die den angeführten Vortrag enthalten, ausdrücklich Bezug genommen und in den Entscheidungsgründen die Frage der Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer Generalinspektion sowie der Zulässigkeit des Pauschal-Entlohnungssystems ausführlich behandelt hat, diesen Vortrag der Klägerin verfahrenswidrig außer Betracht gelassen hätte.

Sachlich muß der Vortrag erfolglos bleiben, selbst wenn er - gegenüber dem Bestreiten des Beklagten - in tatsächlicher Hinsicht als richtig

unterstellt wird. Der Klägerin ist zuzugeben, daß eine Änderung der Auslegung und Handhabung der maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen seitens der Behörde die Geschäftsgrundlage der Anschlußverträge in Frage stellen konnte. Berücksichtigt man weiter, daß die Fahrzeuge des Beklagten nur zwei von vielen Fahrzeugen waren, die über die Zentrale der Klägerin eingesetzt wurden, daß überdies die Einhaltung der Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes sowie der Weisungen des zuständigen Amtes und damit auch eine wirksame Kontrolle dem öffentlichen Interesse dient, so kann der Klägerin darin gefolgt werden, daß sie mit den gebotenen Maßnahmen - falls ihr Vortrag als richtig unterstellt wird - nicht bis zum Kündigungstermin warten konnte, sondern sofort auf Abhilfe sinnen mußte. Aber auch unter diesem Gesichtspunkt bleibt eine Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue nur ausnahmsweise und nur insoweit zulässig, als sie notwendig ist, um untragbare, mit Recht und Gerechtigkeit unvereinbare Ergebnisse zu vermeiden (LM zu BGB § 242 Bb Nr. 27). Nur in diesem Rahmen, d.h. nur soweit es unumgänglich notwendig erschien, um ein mit Treu und Glauben zu vereinbarendes Ergebnis zu erzielen, konnte die Klägerin von dem Beklagten die Anpassung des Schuldverhältnisses an die veränderte Sachlage fordern (LM zu BGB § 242 Bb Nr. 18); sie durfte sich ihrerseits vom Vertrage nur lösen, wenn und soweit ihr ein Festhalten am Vertrag schlechthin nicht mehr zugemutet werden konnte (LM zu BGB § 242 Bb Nr. 41 und Nr. 57).

Der Klägerin ist der Vorwurf nicht zu ersparen, daß sie in dieser Lage rücksichtslos und, ohne an die Interessen des Beklagten zu denken, vorgegangen ist. Mit Recht hat das Berufungsgericht zu Lasten der Klägerin berücksichtigt, daß sie nicht versucht und sich nicht bemüht hat, zu einer Abstimmung und Anpassung mit dem Beklagten, ihrem gleichberechtigten Vertragspartner, zu kommen. Die Klägerin vermag dem Beklagten nicht vorzuwerfen, daß er - etwa durch den Austausch von Nummernschildern oder in ähnlicher Weise - gegen die maßgebenden Bestimmungen und gegen den Anschlußvertrag verstoßen habe. Bereits das Landgericht hat festgestellt, der Beklagte habe sich nicht geweigert, der Klägerin angemessene Kontrollrechte, wie sie bis zum fraglichen Zeitpunkt auch praktiziert wurden (nämlich durch Anfahren eines Kontrollwagens der Klägerin oder durch Vorladung des Unternehmers zur Zentrale) einzuräumen. Die Notwendigkeit einer verschärften Kontrolle, insbesondere einer gleichzeitigen Generalinspektion aller angeschlossenen Fahrzeuge, will die Klägerin vielmehr aus dem unzulässigen Verhalten anderer Unternehmer herleiten. Selbst wenn der Klägerin zugute gehalten wird, daß sie es bei der Vielzahl der angeschlossenen Unternehmer als notwendig und gerechtfertigt ansehen konnte, das Kontrollverfahren so zu verschärfen, daß es auch den Unzuverlässigen gegenüber wirksam wurde, blieb sie dem Beklagten gegenüber zu einem Verhalten verpflichtet, das der Gleichberechtigung der Vertragspartner Rechnung trug. Sie hätte mit dem Beklagten verhandeln, ihm selbst die Möglichkeit der Abhilfe geben und versuchen müssen, zu einer Einigung zu gelangen. Mit Recht hebt das Berufungsurteil hervor, daß der Beklagte nicht einer Ge-

horsamspflicht unterlag, welche die vertraglichen Rechte der Klägerin erweitert hätte; dem Diktat einer neuen Geschäftsordnung brauchte der Beklagte sich nicht zu beugen. Dieses ganz einseitige, nur ihre Belange berücksichtigende, die vertragliche Rechtsstellung des Beklagten verletzende Vorgehen der Klägerin berechnete den Beklagten jedenfalls zur Weigerung, ohne daß die Klägerin darin ein Recht hätte finden können, den Beklagten von der Auftragsvermittlung auszusperrten. Unter diesen Umständen war - wie das Berufungsurteil zutreffend ausführt - dem Beklagten nicht mehr zuzumuten, das Vertragsverhältnis fortzusetzen. Seine Kündigungen waren wegen des vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin gerechtfertigt, die fristlose Kündigung der Klägerin war, da sie einen Grund zur außerordentlichen Kündigung nicht hatte, unwirksam. Dem Beklagten kann daher die vertraglich vorgesehene Rückzahlung der Kautions und wenigstens eines entsprechenden Teiles der einmaligen Anschlußgebühr nicht verweigert werden. Insoweit ist das Berufungsurteil zu bestätigen.

II.

Das Berufungsgericht hat dem Beklagten einen Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns in Höhe von 3.200 DM für die Monate April bis Juni 1967 zugesprochen. Es hat diesen Anspruch für die Zeit bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses am 24. April 1967 aus § 325 Abs. 1 BGB, für die Zeit danach aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz hergeleitet, wer - wie

hier die Klägerin - durch vertragswidriges Verhalten den Grund zur Vertragsauflösung gebe, müsse den dadurch entstehenden Schaden tragen (vgl. RGZ 64, 381; 76, 367, 370; 162, 388, 395 f; BGB RGRK 11. Aufl. zu § 628 Anm. 5; Staudinger BGB 11. Aufl. zu § 628 Rn. 20).

1. Der Ansicht der Revision, ein solcher Anspruch müsse schon daran scheitern, daß sich eine Ursächlichkeit des Verhaltens der Klägerin für den Schaden des Beklagten nicht feststellen lasse, kann nicht gefolgt werden. Die Revision führt zunächst als unstreitig an, daß der Beklagte sich zum 1. Mai 1967 mit anderen Funkwagen-Unternehmern zu einer neuen T- GmbH zusammengeschlossen habe, und wiederholt den Vortrag der Klägerin: Der Beklagte müsse - ebenso wie die anderen ausgeschiedenen Unternehmer - hierzu bereits am 19. April 1967 entschlossen gewesen sein, um die Klägerin zu ruinieren; denn die T- GmbH sei schon am 1. Mai 1967 werbend in Erscheinung getreten, was - angesichts der Schwierigkeit, eine Sendeanlage zu beschaffen und eine Sendeerlaubnis zu erhalten - unmöglich gewesen wäre, wenn die entsprechenden Vorkehrungen nicht schon Wochen oder Monate vorher begonnen hätten.

Die Revision läßt dabei außer Betracht, daß das Berufungsgericht diesen Vortrag geprüft hat, seine tatsächliche Richtigkeit jedoch nicht hat feststellen können. Das Berufungsgericht hat ein Beweisangebot für die Tatsache, daß der Beklagte auch dann außerordentlich gekündigt hätte, wenn ihm das Verhalten

der Klägerin hierfür einen wichtigen Grund nicht gegeben hätte, mit Recht vermißt. Der zeitliche Zusammenhang allein läßt den Schluß auf ein solches vertragswidriges Vorhaben des Beklagten nicht zu. Die Revision berücksichtigt nicht, daß die Klägerin unstreitig bereits zu Anfang April 1967 den angeschlossenen Unternehmern die neue Geschäftsordnung und etwa gleichzeitig das Rundschreiben mit der Ankündigung einer Generalkontrolle zugesandt hatte. Die betroffenen Unternehmen - auch der Beklagte - hatten also vor dem 19. April 1967 hinreichend Zeit zur Erwägung und Erörterung, ob sie bei der Klägerin verbleiben oder einen neuen Anschluß suchen oder gründen wollten, und entsprechende Vorbereitungen zu treffen. Hierzu hatten sie - bei dem rücksichtslosen Vorgehen der Klägerin - auch allen Grund.

2. Der Auffassung des Landgerichts, ein Schadensersatzanspruch des Beklagten scheitere daran, daß der Beklagte den angeblich entgangenen Gewinn nur mit rechtswidrigen Mitteln hätte erzielen können, weil das System der Entlohnung seiner Fahrer den Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes widersprochen und eine unzulässige Übertragung des Betriebes ohne behördliche Genehmigung auf die Fahrer bedeutet habe, ist das Berufungsgericht mit Recht nicht gefolgt.

Nach § 2 Abs. 2 PBefG, der hier allein in Betracht kommt, bedarf der Genehmigung (§§ 9 ff PBefG) jede Erweiterung oder wesentliche Änderung des

Unternehmens, die Übertragung der aus der Genehmigung erwachsenden Rechte und Pflichten sowie die Übertragung des Betriebs auf einen anderen. Von den hiernach genehmigungsbedürftigen Tatbeständen kommt der einer Erweiterung oder wesentlichen Änderung des Unternehmens nach dem festgestellten Sachverhalt (§ 561 ZPO) nicht in Betracht. Mit Recht hat das Berufungsgericht weiter in dem Pauschal-Entlohnungssystem, das zwischen dem Beklagten und seinen Fahrern geübt wurde, nicht eine "Übertragung der aus der Genehmigung erwachsenden Rechte und Pflichten" gesehen; denn das bedeutet, daß der Genehmigungsinhaber (Beklagter) mit erfolgter Übertragung seine Rechte und Pflichten aus der Genehmigung verliert und diese gleichzeitig auf den neuen Genehmigungsinhaber übergehen (Bidingen, Personenbeförderungsgesetz 2. Aufl. zu § 2 Anm. 12 d), also ein Personenwechsel in der Trägerschaft eintritt (Rautenberg-Frantzioch, Personenbeförderungsgesetz zu § 2 Anm. 5; Sigl, Personenbeförderungsgesetz zu § 2 Anm. 7). Auch hierfür besagt der vorgetragene Sachverhalt nichts, der Vortrag beider Parteien geht vielmehr davon aus, daß der Beklagte Inhaber der für sein Unternehmen erteilten Genehmigung blieb, auch wenn er - wie die Klägerin meint - durch das Pauschal-Entlohnungssystem seinen Fahrern den Betrieb gesetzwidrig verpachtet haben sollte. Mit Recht hat das Berufungsgericht daher nur die Frage einer genehmigungsbedürftigen "Übertragung des Betriebes" auf die Fahrer in Betracht gezogen. Bei der Übertragung des Betriebes auf einen anderen bleibt der ursprüngliche Genehmigungsinhaber Träger

der Genehmigung; er überläßt lediglich die Ausübung des Betriebes durch privat-rechtliches Abkommen - wie z.B. Pacht - dem Dritten, also dem Übernehmenden (Bidinger PBefG zu § 2 Anm. 13; Rautenberg-Frantzioch PBefG zu § 2 Anm. 5; Frantzioch in Das Deutsche Bundesrecht VI C 50 S. 33 zu § 2). Die Ausübung des konzessionierten Verkehrs, die Beförderungsaufgabe des Betriebes soll in solchem Falle künftig nicht von dem Genehmigungsinhaber, sondern von einem anderen erfüllt werden (Sigl PBefG zu § 2 Anm. 9 a).

3. Das Berufungsgericht hat diese Voraussetzungen - und damit die Genehmigungsbedürftigkeit des zwischen dem Beklagten und seinen Fahrern geübten Entlohnungssystems - verneint; es hat dabei erwogen:

Der Beklagte habe es seinen Fahrern nicht überlassen, das Mietwagenunternehmen in ihrem Namen zu betreiben, sondern sei nach außen hin stets Inhaber des Betriebes geblieben, und zwar im Verhältnis zu den Behörden wie zum Publikum. Die Verantwortung für die ordnungsgemäße Führung des Mietwagenbetriebes gegenüber der Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde habe ausschließlich dem Beklagten, nicht seinen Fahrern obgelegen. Nichts spreche dafür, daß seine Verträge mit den Fahrern dem Beklagten die für eine verantwortliche Betriebsführung notwendigen Einflußmöglichkeiten genommen hätten. Dabei könne auf sich beruhen, inwieweit die Fahrer dem Beklagten gegenüber verpflichtet gewesen seien, während ihrer Zwölf-Stunden-Schichten als Mietwagenfahrer tätig zu sein; auch

wenn der Beklagte ihnen hierin freie Hand gelassen haben sollte - weil er jedenfalls 41 DM je Schicht erhielt -, habe das seiner Verantwortlichkeit als Mietwagenunternehmer nicht widersprochen, weil ihm eine Betriebspflicht nicht obliege (§ 49 Abs. 3 und 4 PBefG). Der Beklagte habe den Mietwagenverkehr auch auf eigene Rechnung betrieben; die Nutzungen und Lasten des Unternehmens seien ihm zu einem erheblichen Teil zugefallen. Ihm seien die Nutzungen des Unternehmens zu einem beträchtlichen Teil - in Form des Pauschalbetrages von 41 DM je Schicht - zugeflossen und er habe andererseits auch einen Großteil der Unkosten, so die Leistungen an die Funkzentrale von monatlich 350 DM je Fahrzeug, die Kosten für Wartung, Reparaturen und Neuanschaffung von Fahrzeugen, für Haftpflicht, Versicherungen und Steuern, schließlich auch das Risiko getragen, daß durch den Ausfall eines Fahrers oder Fahrzeugs Schichteinnahmen entfielen. Ein Mietwagenverkehr, der durch die Genehmigungen des Beklagten nicht gedeckt gewesen wäre, sei danach nicht betrieben worden. Entgegen der Ansicht des Landgerichts habe das praktizierte Entlohnungssystem eine Verpachtung des Unternehmens und damit eine genehmigungsbedürftige Übertragung des Betriebes (§ 2 Abs. 2 PBefG) nicht bedeutet.

4. Demgegenüber macht die Revision sich die Rechtsauffassung des Landgerichts zu eigen; sie ist der Meinung: Da der Beklagte seinen Fahrern nicht Fahrerlöhne gezahlt, sondern von ihnen einen festen Betrag von 41 DM je Zwölf-Stunden-Schicht erhalten

habe - gleichgültig ob der Fahrer diesen Betrag eingefahren habe oder nicht - habe das Unternehmerrisiko eindeutig bei den Fahrern gelegen. Der Beklagte sei nur scheinbar Betriebsinhaber geblieben. In Wirklichkeit hätten die Fahrer den Betrieb für eigene Rechnung und unter eigener Verantwortung geführt. Das Entlohnungssystem entspreche einem Pachtverhältnis (§ 581 BGB).

Dieser Vortrag bleibt erfolglos. Richtig ziehen das Berufungsgericht wie die Revision in ihre Betrachtungen auch § 3 Abs. 2 PBefG ein, wonach der Unternehmer oder derjenige, auf den der Betrieb übertragen worden ist (§ 2 Abs. 2), den Verkehr im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung betreiben muß. Seinem Wortlaut nach enthält § 3 Abs. 2 PBefG nur die Pflichten des Unternehmers oder desjenigen, auf den der Betrieb übertragen worden ist; inhaltlich aber ergänzen sich die Bestimmungen (Heinze DVBl 1963, 755 f), und zwar derart, daß § 3 Abs. 2 PBefG zugleich für § 2 Abs. 2 die Begriffsmerkmale für den Unternehmer und denjenigen, auf den der Betrieb übertragen worden ist, festlegt (Sigl PBefG zu § 2 Anm. 2) und damit zugleich erkennen läßt, was unter einer Übertragung des Betriebes zu verstehen ist. Eine Betriebsübertragung im Sinne von § 2 Abs. 2 PBefG liegt hiernach vor, wenn der Übernehmende den Verkehr im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung betreibt, also den Betrieb in dem bezeichneten Rahmen tatsächlich ausübt (Sigl PBefG zu § 2 Anm. 9 a;

Bidinger PBefG zu § 2 Anm. 13). Die amtliche Begründung des Personenbeförderungsgesetzes (Bundestagsdrucksache 3. Wahlperiode Nr. 255 S. 25; abgedruckt bei Rautenberg-Frantzioch PBefG zu § 3) erläutert diese Voraussetzungen wie folgt:

"Im eigenen Namen" betreibt ein Unternehmen, wer nach außen hin als Unternehmer auftritt. "Für eigene Rechnung" bedeutet, daß dem Unternehmer Lasten und Nutzungen des Unternehmens, wenn nicht ganz, so doch mindestens zu einem erheblichen Teil zufallen. "In eigener Verantwortung" bedeutet, daß der Unternehmer der Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde gegenüber ... die Verantwortung für die ordnungsmäßige Durchführung des Betriebes trägt ..."

Nur wenn diese Voraussetzungen bei dem Übernehmenden gegeben sind, läßt sich von der Übertragung des Betriebes auf einen anderen im Sinne von § 2 Abs. 2 PBefG sprechen.

Das Berufungsgericht ist bei seiner Prüfung von diesen Gesichtspunkten zutreffend ausgegangen. Es hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, daß der Beklagte nach außen hin stets Inhaber des Mietwagenbetriebes geblieben sei, und hat einen Anhalt dafür, daß seine volle Verantwortung für die Betriebsführung vertraglich gegenüber den Fahrern eingeschränkt gewesen sei, nicht gefunden. Die Revision greift diese tatsächlichen Feststellungen nicht an;

die Revision will sie nur anders werten, indem sie ausführt, das geübte Entlohnungssystem habe das Unternehmer-Risiko eindeutig auf die Fahrer verlagert mit der Folge, daß diese in Wirklichkeit den Betrieb für eigene Rechnung und unter eigener Verantwortung geführt hätten. Aber auch das trifft nicht zu, weil - wie das Berufungsurteil feststellt - dem Beklagten die Nutzungen des Unternehmens zu einem beträchtlichen Teil zuflossen und er einen Großteil der Unkosten sowie das Risiko des Unternehmens trug. Der Beklagte war also auch bei dem gewählten Entlohnungssystem Inhaber des Betriebes, eine genehmigungsbedürftige Betriebsübertragung an die Fahrer lag nicht vor.

Danach kann der Revision nicht in ihrer Auffassung gefolgt werden, der entgangene Gewinn von 41 DM je Schicht, den der Beklagte beansprucht, wäre ein gesetzwidriger gewesen, weil er ohne die notwendige Genehmigung einer Betriebsübertragung an die Fahrer erzielt worden wäre.

5. Das Berufungsurteil führt zutreffend an, daß ein Schadensersatzanspruch aus § 325 BGB grundsätzlich nur im Falle einer schuldhaften Nichterfüllung in Betracht kommt (§ 276 BGB). Ebenso setzt ein Schadensersatzanspruch aus oder entsprechend § 628 Abs. 2 BGB ein vertragswidriges Verhalten voraus, das schuldhaft sein muß (RGZ 112, 34, 37; RG Warn 1914 Nr. 80; BAGE 6, 280, 287), ein sogenanntes "Auflösungsver schulden" (BAGE 8, 132, 137).

Ein solches Verschulden der Klägerin, gegen dessen Annahme auch die Revision nichts vorbringt, ist zu bejahen. Selbst wenn der Klägerin zugute gehalten wird, daß eine - unterstellte - Änderung der Auffassung und Praxis des Amts für öffentliche Ordnung sie dazu zwang, das bisher geübte Verfahren alsbald umzustellen, trifft sie der Vorwurf, daß die Art ihres Vorgehens mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und der gebotenen Rücksicht unvereinbar war. Sie durfte nicht gegenüber ihrem gleichberechtigten Vertragspartner Sofortmaßnahmen treffen, durfte ihn nicht von der Funkverbindung aussperren, ohne mit ihm zu verhandeln, ohne ihn über die - ihrem Vortrage nach - veränderte Sachlage zu unterrichten und ihm die Möglichkeit zu geben, seinerseits denkbare Mittel zur Abhilfe und Anpassung zu suchen. Das gilt gleichermaßen für die Zeit bis zur Vertragsauflösung wie für die Vertragsauflösung selbst, die die Klägerin durch ihr rigoroses Vorgehen schuldhaft herbeiführte. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin sich in einem Rechtsirrtum befand; denn ihr Vorgehen gegenüber dem Beklagten war derart rücksichtslos, daß es auch durch einen Rechtsirrtum nicht entschuldigt werden könnte.

Hinsichtlich der Höhe des Schadens, den das Berufungsgericht nach sachverständiger Begutachtung und unter eigener eingehender Prüfung mit 3.200 DM bemessen hat (§ 287 ZPO), wird eine Revisionsrüge nicht erhoben; ein Rechtsfehler ist nicht zu ersehen.

Die Revision erweist sich also auch hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs für Gewinnausfall des Beklagten als unbegründet.

III.

Einen Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der Vorenthaltung der beiden Funkgeräte im Juni und Juli 1967 hat das Berufungsgericht verneint, weil der Beklagte zu Recht ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt habe; es hat erwogen: Die vertragliche Bestimmung, daß die Funkgeräte bei Vertragsbeendigung zurückzugeben seien, schließe ein Zurückbehaltungsrecht ebensowenig aus wie das öffentliche Interesse an einer Verhinderung des Mißbrauchs von Fernmeldeanlagen; denn nachdem der Beklagte beide Geräte außer Betrieb gesetzt habe, sei eine Funkstelle, die der Fernmeldehoheit und der Überwachung der Bundespost hätte unterliegen können, nicht mehr vorhanden gewesen, es sei tatsächlich nur noch um das wirtschaftliche Interesse der Klägerin gegangen, mit den beiden Geräten rasch wieder Gewinne erzielen zu können. Hinter dieses Interesse brauche das des Beklagten, die Geräte zurückzuhalten, um die Klägerin zur baldigen Erfüllung seiner Ansprüche zu veranlassen, nach Treu und Glauben nicht zurückzutreten.

Der Beklagte sei allerdings durch das Mahnschreiben der Klägerin vom 9. Mai 1967 mit der Herausgabe der Geräte zunächst in Verzug gekommen; der Verzug sei aber dadurch entfallen, daß er sich

24

in seinem Schreiben vom 17. Mai 1967 auf das Zurückbehaltungsrecht berufen habe. Wenn - wie hier - die Gegenforderung des Beklagten bei Eintritt seines Verzuges schon fällig war, und zwar genauso lange fällig wie der Anspruch der Klägerin, bestehe kein Anlaß, einer Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht nach Verzugseintritt die Wirkung zu versagen, insbesondere dann nicht, wenn der Schuldner (Beklagter) sich schon wenige Tage nach der verzugsbegründenden Mahnung auf sein Zurückbehaltungsrecht berufen habe.

Dem Berufungsurteil ist im Ergebnis zu folgen.

Durch die Mahnung der Klägerin vom 9. Mai 1967, beide Funkgeräte zurückzugeben, kam der Beklagte zunächst in Verzug (§ 284 BGB) mit der Rechtsfolge, daß er zum Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens verpflichtet wurde (§ 286 BGB). Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Verzug sei dadurch hinfällig geworden, daß der Beklagte sich in seinem Schreiben vom 17. Mai 1967 auf sein Zurückbehaltungsrecht berufen habe, ist zwar dem Wortlaut nach nicht ganz richtig. Denn der eingetretene Verzug wird grundsätzlich nur für die Zukunft durch Leistung oder dadurch beseitigt, daß der Schuldner die Leistung in einer den Annahmeverzug des Gläubigers begründenden Weise anbietet (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. zu § 284 Anm. 33; Erman BGB 4. Aufl. zu § 284 Anm. 6 a). Jedoch hat der Schuldner, dem ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, die rechtliche Möglichkeit, sich von den Verzugsfolgen zu befreien und ein Zug-um-Zug-Ver-

hältnis dadurch zu begründen, daß er sich auf das Leistungsverweigerungsrecht beruft und gleichzeitig seinerseits die geschuldete Leistung anbietet (LM zu BGB § 273 Nr. 20; BGH Urteil v. 14. Oktober 1964 - V ZR 189/63 = WM 1964, 1247). Diesem Erfordernis genügte das Schreiben des Beklagten vom 17. Mai 1967, in dem er die Herausgabe der Funkanlagen gegen Zahlung von 1.000 DM zusagte. Da die Klägerin einen Schaden erst für die Monate Juni und Juli 1967 geltend macht, bedarf der Rechtszustand in der Zeit vor dem 17. Mai 1967 nicht der Erörterung.

Der Ansicht der Revision, ein Zurückbehaltungsrecht sei nur hinsichtlich einer Hauptverpflichtung denkbar, hier aber habe hinsichtlich der Überlassung der Funkanlagen eine Nebenverpflichtung vorgelegen, die in § 5 der Verträge als Leihe bezeichnet sei, ist unrichtig. § 273 BGB gewährt bei fälligem Anspruch ein Zurückbehaltungsrecht, sofern "nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt". Grundsätzlich kann jede Art von Leistung, sofern sie überhaupt eine Sicherung für einen Gegenanspruch zu gewähren vermag, Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts sein (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 273 Anm. 18). In der vorliegenden Sache besagt weder das Schuldverhältnis im ganzen noch der jedem Schuldverhältnis innewohnende Grundsatz des § 242 BGB etwas anderes; vielmehr liegt hier der Gedanke einer Zurückbehaltung durchaus nahe, weil es einerseits um die Rückgabe der "entliehenen" Funkgeräte, andererseits um die Rückzahlung der hierfür geleisteten Kautions bzw.

einmaligen Anschlußgebühr ging, die gegenseitigen Ansprüche sich also auf die überlassenen Funkgeräte geradezu konzentrierten.

Ebensowenig vermag der Vortrag der Revision zu überzeugen, ein Zurückbehaltungsrecht sei deshalb ausgeschlossen gewesen, weil die Zurückhaltung geeignet gewesen sei, die im öffentlichen Interesse gebotene Überwachung dieser Funkstellen durch die Bundespost zu erschweren. Die Revision kann sich hierfür allerdings auf einen Beschluß des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 19. Dezember 1967 - 9 U 2094/67 -, den auch das Berufungsurteil behandelt, berufen, in dem es heißt: Da die Klägerin gegenüber der Bundespost für die ordnungsgemäße Verwendung und den Betrieb der festen und der beweglichen Betriebsfunkstellen, für die ihr die Genehmigung erteilt wurde, verantwortlich sei, dürfe ein Zurückbehaltungsrecht an den ihr gehörenden Funkanlagen nach Vertragsbeendigung nach Treu und Glauben nicht ausgeübt werden, zumal eine solche Zurückbehaltung auch geeignet sei, die im öffentlichen Interesse notwendige Überwachung und Kontrolle dieser Funkstellen durch die Bundespost zu erschweren.

Dazu ist zu sagen: Allerdings unterliegen Anlagen, die aufgrund einer Verleihung nach § 2 FAG errichtet worden sind oder betrieben werden, nach § 6 FAG der Überwachung daraufhin, daß die Verleihungsbedingungen eingehalten werden. Die Genehmigung für Errichtung und Betrieb der Fernmeldean-

lagen war hier der Zentrale (Klägerin) erteilt worden, sie stellte den angeschlossenen Unternehmern - darunter dem Beklagten - für die Vertragsdauer ein Funkgerät zur Verfügung und vermittelte die Aufträge (§§ 2, 5 der Verträge); die Zentrale aber blieb der Genehmigungsbehörde für die Einhaltung der Verleihungsbedingungen verantwortlich, denn sie war die Inhaberin der Genehmigung.

Der Vortrag der Klägerin in den Tatsacheninstanzen, auch der Vortrag der Revision gibt jedoch nichts dafür her, die Kontrolle der Bundespost sei dadurch beeinträchtigt gewesen, daß die beiden dem Beklagten überlassenen Geräte aus den Fahrzeugen genommen und versiegelt an einem der Zentrale bekannt gegebenen Ort aufbewahrt wurden. Es ist nicht einzusehen - und hierfür ergibt auch der tatsächliche Vortrag nichts -, daß oder weshalb ein ausgebautes, an bekannter Stelle stillgelegtes Gerät einer etwaigen Kontrolle weniger zugänglich gewesen sein sollte als ein Gerät im Fahrzeug. Tatsächlich ging es - wie das Berufungsurteil überzeugend ausführt - lediglich um das wirtschaftliche Interesse der Klägerin, die beiden ausgebauten Sprechfunkanlagen rasch wieder nutzen zu können; ein öffentliches Interesse, das durch die Zurückhaltung beeinträchtigt worden sein könnte, ist, da jede Kontrollmöglichkeit erhalten blieb, nicht ersichtlich. Nach der Sachlage kann die Klägerin sich auf die angebliche Beeinträchtigung eines öffentlichen Interesses nicht berufen; ihr rein wirtschaftliches Interesse vermag ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten nicht auszuschließen. Daher handelte

14

der Beklagte rechtmäßig, indem er ein Zurückbehaltungsrecht geltend machte, und es fehlt an der Grundlage für einen Schadensersatzanspruch der Klägerin.

Die Revision erweist sich daher in allen Punkten als unbegründet und ist zurückzuweisen.

Meyer

Kreft

Dr. Hußla

Gähtgens

Bundesrichter Dr. Krohn ist
beurlaubt und kann deshalb
nicht unterschreiben

Meyer