

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB § 823 Bf; GüterkraftverkehrsG (GüKG)
v. 17. Oktober 1952, BGBI I 697 idF des
Ges. v. 3. Juni 1957, BGBI I 593,
§§ 22, 98, 99 Nr. 4 c, 6

Das Güterkraftverkehrsgesetz ist kein Schutz-
gesetz zugunsten der am Abschluß der Güter-
fernverkehrsverträge beteiligten Unternehmer.

BGH, Urt. v. 30. Januar 1964 - II ZR 141/62 -

KG Berlin
LG Berlin

Verkündet

am 30. Januar 1964

Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. der G , G D
I, Aktiengesellschaft, ver-
treten durch ihren Vorstand, Herrn H N ,
B -C , W: Straße ,
2. der " I " I W - V -
Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
vertreten durch ihre Geschäftsführer, die Herren
W A und I K , beide in B -
C , W Straße ,
3. die offene Handelsgesellschaft in Firma Go
Transporte H. & G. G , B -C ,
W Straße ,
4. deren Gesellschafter:
a) die Kauffrau Leni Go , geborene Ge ,
b) den Kraftfahrzeugmeister Georg Go ,
beide in B -S , K straße / ,
Beklagte und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter zu 1 und 2: Rechtsanwalt Dr.
- Prozeßbevollmächtigte zu 3 und 4: Rechtsanwalt Prof.Dr.
und Rechtsanwalt
Dr. -

gegen

die Gü B eGmbH, vertre-
ten durch ihren Vorstand, die Herren Ernst Erb, K
M und H N , B -H ,
Nestorstr. 8/9,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Januar 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter
Dr. Nörr, Liesecke, Dr. Bukow und Dr. Schulze

- 1 a -

für Recht erkannt:

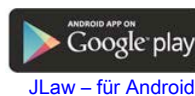
Auf die Revisionen der Beklagten zu 1 bis 4 wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 20. Juni 1962 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionen, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



Tatbestand:

Der Senat von Berlin ließ zu Beginn des Jahres 1959 größere Mengen Lebensmittel aus dem Bundesgebiet nach Berlin befördern und einlagern. Es handelte sich hauptsächlich um Konserven, deren Transport durch Berliner Fernverkehrsunternehmer in der Zeit von Februar bis Mai 1959 ausgeführt wurde. Die Mehrzahl der Unternehmer waren Genossen der Klägerin, bei der es sich um einen Zusammenschluß von Unternehmern des Güterfernverkehrs in Berlin handelt.

Bei Abwicklung der Einlagerungsaktion handelte die Beklagte zu 1 (G) als Auftraggeberin in eigenem Namen, jedoch in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin eines aus den Firmen G , Ge und E B , eGmbH bestehenden Konsortiums. Unter Einschaltung der I (Beklagten zu 2) beauftragte sie verschiedene Güterfernverkehrsunternehmer, darunter auch die Firma Go (Beklagte zu 3, deren Gesellschafter die Beklagten zu 4 sind) mit der Ausführung der Transporte. Die Firma Go zog weitere Güterfernverkehrsunternehmer hierzu heran. Sie bediente sich dabei der Vermittlung der Laderaumverteilungsstelle (LRV) der Klägerin; die I verwies die Unternehmer zur näheren Auftragserteilung an die Fa. Go . Nach Ausführung des jeweiligen Transportes erfolgte die Abrechnung in der Regel in der Weise, daß die Unternehmer über das volle Beförderungsentgelt quittierten, jedoch nur 90 1/2 % des Entgeltes ausgezahlt erhielten. Für den Rest wurde je eine Quittung der I über 8 % und eine Quittung der Firma Go über 1 1/2 % ausgehändigt. Aus einem hektografierten Rundschreiben der I , das jeder Unternehmer erhalten hatte, ergab sich ein Provisionssatz von 9 % zu Gunsten der I .. Von dieser Summe überließ die Beklagte zu 2 1 % der

Firma Go , so daß diese über insgesamt 1 1/2 % des Entgeltes als empfangen quittieren konnte. In den Fällen, in denen die Firma G nicht die Fa. Go und die von dieser herangezogenen Fuhrunternehmer, sondern andere Frachtführer beauftragt hatte, zahlten diese die Provision unmittelbar an die I , nachdem sie die tarifmäßige Fracht von G erhalten hatten.

Bei der I handelt es sich um eine Tochtergesellschaft der G , der Beklagten zu 1. Die im Handelsregister eingetragene Firma besteht seit 1932. Seit Ende 1958 wurde der Gegenstand des Unternehmens um die "Vermittlung von Beförderungsgeschäften und von Geschäften über sonstige Leistungen" erweitert. Alleinige Gesellschafterin der I ist die G . Beide Firmen haben ein gemeinsames Geschäftslokal. Die I führt ein Vermittlungsbuch, beschäftigt jedoch kein eigenes Personal. Ihr Geschäftsführer A , der gleichzeitig Prokurist der G ist, erhält ein monatliches Entgelt in Höhe von 50.-- DM. Die Angestellten der G , die die Geschäfte der I erledigen, erhalten von dieser keine Vergütung. Der jährliche Reingewinn der I fließt an die G .

Die Klägerin hält die Abführung der Provision für die I und für die Fa. Go für tarifwidrig und begehrt von den Beklagten Rückzahlung aus abgetretenem und abgeleitetem Recht. Die überwiegende Zahl der Unternehmer erteilte ihr Ermächtigungserklärungen, die folgenden Wortlaut haben:

"Ich beauftrage hiermit die Gü
B eGmbH, B -H , Nr str. /
mit der Frachtenprüfung gemäß § 58 Güterkraftverkehrs-
gesetz (GÜKG).

Im Rahmen der Abrechnung bevollmächtige ich die Genossenschaft weiterhin mit der Erfüllung der mir gesetz-

lich obliegenden Verpflichtung, und zwar gemäß § 23 GüKG Nachforderung oder Erstattung von Frachtunterschiedsbeträgen zwischen dem tarifmäßigen (§ 22 GüKG) und dem tatsächlich berechneten Entgelt durch die Genossenschaft im eigenen Namen für meine Rechnung (Erstellung von Unterschiedsberechnungen) und Abgaben des vorgeschriebenen Nachweises hierüber."

Die im Bundesgebiet ansässigen Firmen Bo , Goc und M traten der Klägerin ihre angeblichen Ansprüche gegen die I durch die betreffenden Landesgruppen der Straßenverkehrsgenossenschaften ab. Die Firma Goc trat auch etwaige Ansprüche gegen die G ausdrücklich an die Klägerin ab.

Die Klägerin ist von der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr als amtliche Frachtenprüfstelle zugelassen. Sie hat ihre Ansprüche zunächst im Mahnverfahren geltend gemacht. Das als unzustellbar zurückgekommenes Exemplar des für die I , der Beklagten zu 2, bestimmten Zahlungsbefehls vom 17. November 1959 ist dieser Beklagten am 10. November 1960 zugestellt worden.

Die Klägerin hat behauptet, auch die etwaigen Ansprüche der Firmen M und Bo gegen die G seien ihr abgetreten worden. Der Abzug der Provisionen in Höhe von insgesamt 9 1/2 % sei zu Unrecht erfolgt und tarifwidrig. Die I habe keinerlei Vermittlungstätigkeit ausgeführt. In der Mehrzahl der Fälle sei den Unternehmern erst nach Durchführung der Transporte von der Fa. Go das Schreiben der I , betreffend ihre Provisionsansprüche in Höhe von 9 % der Bruttofracht, überreicht worden. In den Fällen, in denen bei Auftragserteilung die I erwähnt worden sei, sei den Unternehmern von einer an die I zu zahlenden Vermittlungsprovision nichts gesagt worden. Die Einbehaltung der

Provision für die I sei insbesondere deswegen unzulässig, weil diese Firma nur zum Schein tätig geworden sei und die Provision an die G zurückfließe. Beide Firmen seien daher zur Rückzahlung verpflichtet.

Überdies sei die Abwicklung der Transporte allein von der Fa. Go im Auftrage der G durchgeführt worden. Die G habe bei Auftragserteilung der Fa. Go freigestellt, weitere Unternehmer hinzuzuziehen. Die Fa. Go sei jedoch nicht Vermittlerin im Sinne der gesetzlichen Vorschriften und dürfe daher keine Vermittlungsgebühr erheben. Insgesamt betrage die unzulässige Kürzung des Tarifentgeltes durch die Beklagten zu 1 und 2 71.460,10 DM. Die unzulässigen Vermittlungsgebühren der Beklagten zu 3 beliefen sich auf 2.067,90 DM. Diese Beträge nebst Zinsen verlangt die Klägerin.

Die Beklagten leugnen die Prozeßführungsbefugnis der Klägerin, da die Ermächtigungserklärungen sie nur berechtigten, im Falle unrichtiger Frachtberechnung einzuschreiten. Die Fracht sei aber in keinem der streitigen Fälle falsch berechnet worden. Die Beklagten zu 1 und 2 seien zur Rückzahlung nicht verpflichtet. Die Beklagte zu 2 habe die Transporte vermittelt und daher Anspruch auf Provision. Ihr innerer Zusammenhang mit der G sei dabei unbeachtlich. Die Provision werde nicht unmittelbar an die G weitergeleitet, sondern nur mittelbar in der Form einer Ausschüttung des Jahresgewinns. Eine derartige mittelbare Weiterleitung sei aber nicht verboten. Eine Rückzahlungspflicht des Letztempfängers sehe das GüKG überhaupt nicht vor. Überdies sei nicht die G Auftraggeberin der Fuhrunternehmer gewesen, sondern das Konsortium, bestehend aus den drei bereits genannten Firmen.

An dieses Konsortium sei aber die Provision in keiner Form weitergeleitet worden. Alle Unternehmer seien vor Durchführung der Transporte von der Vermittlertätigkeit der Intwa und deren Provisionsanspruch in Kenntnis gesetzt worden. Sie seien damit einverstanden gewesen, was sich auch aus ihrer Zahlung ergebe. Die Beklagten zu 1 und 2 bestreiten auch die Höhe der gegen sie gerichteten Klageforderung. Der Reingewinn, den die G erhalte, entspreche nicht der Höhe der Provision, da vorher Steuern und sonstige Unkosten abgezogen werden müßten. Überdies sei der Gewinn, der die strittigen Provisionen enthalte, überhaupt noch nicht ausgeschüttet worden.

Die Firma Go , die Beklagte zu 3, bestreitet ebenfalls, nicht als Vermittlerin tätig gewesen zu sein. Sie habe zwar zur Zeit der Abwicklung der in Frage stehenden Transporte keine gewerbliche Genehmigung zur Vermittlung gehabt. Jedoch sei eine derartige Tätigkeit im Rahmen ihres Gewerbes üblich.

Wegen aller Klageansprüche erheben die Beklagten die Einrede der Verjährung, die Beklagte zu 2 insbesondere mit der Begründung, daß ihr der Zahlungsbefehl vom 17. November 1959 erst am 10. November 1960 zugestellt worden sei.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Im Berufungsverfahren haben die Beklagten noch vorgetragen:

Der Klägerin seien die etwaigen Ansprüche der Unternehmer Bo und M gegen die Beklagte zu 1 nicht abgetreten worden. Die Unternehmer Bo , M und Goc hätten die Abtretungen nur unter dem Druck der Klägerin abgegeben. Bezüglich der übrigen Unternehmer führe die Klägerin

den Rechtsstreit gegen deren Willen. Das Landgericht habe übersehen, daß in ca. 15 Fällen nicht die G, sondern die E in den von der Klägerin vorgelegten Frachtbriefen als Vertragspartner bezeichnet sei. Auch habe nicht die G, sondern die I die Fa. Go beauftragt.

Die Gesellschafterin der Fa. Gc, Frau Leni Go, habe zu Beginn der Einlagerungsaktion die Klägerin auf die provisionspflichtige Vermittlertätigkeit der I: hingewiesen. Unter den gleichen Bedingungen wie die im Streit befindlichen Frachten seien Frachten auch an Vorstand und Aufsichtsratsmitglieder der Klägerin vermittelt worden. Die Klägerin wäre deshalb infolge dieses Kenntnis im Hinblick auf den von ihr behaupteten Verstoß gegen das GÜKG verpflichtet gewesen, ihre Genossen von der Annahme der Aufträge abzuhalten. Ihr Klagebegehren stelle somit einen Rechtsmißbrauch dar. Den Unternehmern sei ferner kein Schaden entstanden, weil die Provisionen der I und der Fa. Go geringer gewesen seien als die üblichen Vermittlungsgebühren von Spediteuren und Frachtenmaklern. Auch seien von der Gesamtprovision für die I ca. 25.000 DM Kostenaufwand abzuziehen.

Die Berufungen der Beklagten sind ohne Erfolg geblieben. Das Berufungsgericht hat die Revisionen der Beklagten zu 3 und 4 zugelassen. Mit ihren Revisionen, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgen alle Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Aktivlegitimation und Prozeßführungsbefugnis.

1. Die Sachbefugnis der Klägerin zur Geltendmachung der Ansprüche der Fuhrunternehmer M , Goc und Bo ergibt sich aus den Abtretungserklärungen dieser Unternehmer. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Alle drei Unternehmer hätten ihre Ansprüche gegen die I , Goc habe auch seine Ansprüche gegen die G an die Klägerin abgetreten. Die Abtretung sei nicht nach § 138 BGB nichtig. Selbst wenn die Abtretungserklärungen unter Zwang abgegeben worden wären, so könnten sie nur angefochten werden, was aber nicht geschehen sei. Da G - und I als Gesamtschuldner hafteten, sei es ohne Belang, daß Bo und M in ihren Abtretungserklärungen nur die I und nicht auch die G als Schuldnerin bezeichnet hätten.

Die Revision der Beklagten zu 1 und 2 meint, die Abtretungserklärungen seien nach § 138 nichtig, da sie unter dem Druck beruflicher Unannehmlichkeiten abgegeben worden seien. Dieser Druck bestehe nach wie vor, so daß die Unternehmer im Falle einer Anfechtung in die Notlage kämen, die sie vermeiden müßten.

Die Rüge ist nicht begründet. Die Revision übersieht, daß die Unternehmer bei Tarifverkürzungen nach § 23 GüKG verpflichtet sind, ihre Ansprüche geltend zu machen. Wenn die Unternehmer zur Erfüllung dieser gesetzlichen Pflicht von ihrer Berufsorganisation angehalten werden, so kann von einem Verstoß gegen die guten Sitten keine Rede sein.

Das gilt auch dann, wenn dies in der Form geschieht, daß die Berufsorganisation unter Hinweis auf berufliche Unannehmlichkeiten die Unternehmer veranlaßt, ihr die Ansprüche abzutreten; denn die Organisation nimmt dabei auch die Interessen der Unternehmer wahr, die hierdurch in den Genuß des vollen Frachtbetrages kommen (Erklärung der Klägerin im Schriftsatz vom 4. März 1961). Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, die Unternehmer liefen bei Geltendmachung ihrer abgetretenen Ansprüche durch ihre Berufsorganisation Gefahr, die Kundschaft ihrer Auftraggeber zu verlieren. Dieses Risiko ist noch größer, wenn sie, ihrer gesetzlichen Pflicht entsprechend, die Ansprüche selbst geltend machen.

Aus denselben Gründen kann auch der Auffassung der Revision nicht beigetreten werden, die Vermutung, daß bei Abtretung einer Gesamtschuld die Abtretung der Forderung gegen alle Gesamtschuldner gewollt sei, könne hier nicht Platz greifen, da die Abtretungserklärungen unter Druck abgegeben worden seien. Da, wie noch auszuführen sein wird (s. II 4, 5), die G und I als Gesamtschuldner haften, hat das Berufungsgericht die Abtretungen der Forderungen der Unternehmer M und Bo gegen I ohne Rechtsfehler dahin ausgelegt, daß darin zugleich die Abtretungen der Forderungen dieser Unternehmer gegen G enthalten sei. Nur ganz besondere Umstände, die hier nicht vorliegen, könnten es rechtfertigen, eine Forderung gegen Gesamtschuldner im Falle der Abtretung auf verschiedene Gläubiger aufzuspalten.

2. Die übrigen Unternehmer haben die Klägerin im Zusammenhang mit dem Frachtprüfungsauftrag "bevollmächtigt", die ihnen "gesetzlich obliegende Verpflichtung" zu erfüllen.

und zwar gemäß § 23 GÜKG Frachtunterschiedsbeträge zwischen dem tarifmäßigen und dem tatsächlichen Entgelt im eigenen Namen für ihre, der Unternehmer, Rechnung nachzufordern oder zu erstatten. Zutreffend hat hierin das Berufungsgericht eine Einziehungsermächtigung gesehen, die die Klägerin befugt, Leistung an sich zu verlangen (RGZ 166, 218, 237 f; BGHZ 4, 153, 165). Unter Hinweis auf die Stellung der Klägerin als Genossenschaft und Frachtprüfstelle hat das Berufungsgericht mit Recht das eigene rechtsschutzwürdige Interesse der Klägerin an der Geltendmachung der Forderungen bejaht. Damit ist die Prozeßführungsbefugnis der Klägerin (gewillkürte Prozeßstandschaft) gegeben. Soweit die Revision der Beklagten zu 3 und 4 die Auffassung des Berufungsgerichts als bedenklich ansieht, weil die Ermächtigungserklärungen überwiegend schon im Jahre 1953, also lange vor dem Entstehen der Ansprüche abgegeben worden seien, sind diese Bedenken nicht gerechtfertigt; die Ermächtigungen sind an die Frachtprüfungsaufträge geknüpft. Daß diese im Zeitpunkt des Entstehens der Forderungen nicht mehr in Kraft gewesen seien, haben die Beklagten nicht behauptet.

Der Hauptangriff der Revisionen aller Beklagten richtet sich gegen die Auslegung der Ermächtigungserklärungen im angefochtenen Urteil; die Revisionen meinen, die Ermächtigungserklärungen deckten nicht die Rückforderung von Provisionen, wie durch den vom Berufungsgericht übergangenen Antrag, die Unternehmer hierüber als Zeugen zu vernehmen, auch unter Beweis gestellt worden sei. Im angefochtenen Urteil ist jedoch § 286 ZPO durch Übergang von Beweisansprüchen nicht verletzt. Bei der Auslegung einer Willenserklärung kommt es nicht auf den inneren Willen des Erklärenden, sondern auf den objektiven Erklärungsinhalt an. Auch

die Auslegung durch das Berufungsgericht ist nicht fehlerhaft. Denn zutreffend hat es die Erklärungen dahin ausgelegt, daß sie nicht nur die Ansprüche aus unrichtiger Frachtberechnung, sondern alle Ansprüche umfassen, die darauf gerichtet sind, Tarifverstöße rückgängig zu machen, also auch Forderungen auf Rückzahlung tarifwidrig geleisteter Provisionen; eine solche Auslegung ergibt sich aus dem in den Ermächtigungserklärungen enthaltenen Hinweis auf die Verpflichtung der Unternehmer nach § 23 GüKG, die die Rückgängigmachung aller Tarifverstöße, nicht nur des in der Berechnung zu niedriger Fracht enthaltenen Verstoßes umfaßt. Es ist auch nicht richtig, daß die Unternehmer die Ermächtigung davon abhängig gemacht hätten, daß nach ihrer, der Unternehmer, Ansicht ein Tarifverstoß vorliege; vielmehr haben sie die Prüfung der Frage der Tarifwidrigkeit der Klägerin überlassen und sie ermächtigt, die etwaigen Forderungen einzuziehen, wenn die Klägerin einen Tarifverstoß für gegeben hielt. Die Einziehungsermächtigung der Klägerin wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß sie etwa bisher üblicherweise sich noch eine besondere schriftliche Vollmacht oder Abtretungserklärung von ihren Genossen ausstellen ließ.

Ob und unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Zeitpunkt die Unternehmer ihre Ermächtigungserklärung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles widerrufen könnten, ob sie insbesondere die ihnen in § 23 GüKG auferlegte gesetzliche Verpflichtung nicht durch unzeitgemäßen Widerruf wegen inzwischen abgelaufener Verjährungsfrist verletzt, bedarf keiner Prüfung. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß ein Widerruf nicht erfolgt ist. Er kann nicht darin gesehen werden, daß die Beklagten behaupten, die Unternehmer seien mit der Prozeß-

führung durch die Klägerin nicht einverstanden; daß die Unternehmer der Klägerin gegenüber ihre Ermächtigungserklärung widerrufen haben, haben die Beklagten selbst nicht behauptet. Der nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingereichte Schriftsatz der Beklagten zu 3 und 4 vom 12. Juni. 1962 kann, soweit etwa darin Tatsachenstoff zur Prozeßführungsbefugnis der Klägerin vorgetragen ist, nicht berücksichtigt werden (BGHZ 31, 279, 283).

3. Die Revision der Beklagten zu 1 und 2 hält die Abtretungen und Einziehungsermächtigungen für nicht vereinbar mit der etwaigen Legalzession zugunsten der Bundesanstalt für Güterfernverkehr nach § 23 Abs. 1 S. 2 GüKG. Dem kann nicht zugestimmt werden. Bei der Einziehungsermächtigung verbleibt der Anspruch als solcher dem Unternehmer; schon aus diesem Grund kann der Anspruch auf die Bundesanstalt kraft Gesetzes übergehen, wenn der Unternehmer oder der von ihm Ermächtigte die von der Bundesanstalt dem Unternehmer gesetzte Frist ergebnislos hat verstreichen lassen. Im Falle der Abtretung steht die Abtretungserklärung unter der auflösenden Bedingung des gesetzlichen Forcierungsüberganges auf die Bundesanstalt bei Vorliegen der Voraussetzungen in § 23 Abs. 1, 2 oder 3. Damit steht in Einklang, wenn § 5 der Verordnung über die Tarifüberwachung im Güterfernverkehr vom 17. April 1956 (BGBl I, 376) die Übertragung der sich aus § 23 GüKG ergebenden Verpflichtung der Unternehmer auf eine zugelassene Frachtenprüfstelle zuläßt.

II. Ansprüche gegen G und I (Beklagte zu 1 und 2).

1. Auftraggeber im juristischen Sinn, d.h. Absender im Sinne des Gesetzes, ist G bei allen Transporten,

mögen diese über die I oder (auch) über Go gegangen sein. Das ergibt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts im Zusammenhang mit dem unstreitigen Sachverhalt (vgl. insbesondere die Berufungsbegründung der Beklagten zu 1 und 2 S. 3).

a) Nicht ist Absender das aus den Firmen G , Gef und E bestehende Einkaufskonsortium. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat G zwar in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin des Konsortiums, aber im eigenen Namen gehandelt. Das Konsortium ist nach außen hin, den Unternehmern gegenüber, nicht in Erscheinung getreten. Die Beklagten zu 1 und 2 haben selbst in ihrer Berufungsbegründung vorgetragen: G habe im eigenen Namen für Rechnung des Konsortiums die Kauf- und Lagerverträge geschlossen. Die von ihr mit der Vermittlung der Beförderungsverträge beauftragte I habe den Unternehmern Bestätigung zugehen lassen, in denen die G als Auftraggeber bezeichnet worden sei. G habe für Rechnung des Konsortiums aus dessen Mitteln die volle Fracht an die Unternehmer gezahlt. Aus diesem Vortrag konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler den Schluß ziehen, daß nicht das Konsortium, sondern G Absender war.

b) Aus denselben Gründen war I nicht Absender.

c) Absender war nicht Go in den Fällen, in denen Go andere Unternehmer im Einverständnis mit G hinzugezogen hat. Zwar vertritt die Revision der Beklagten zu 3 und 4 (im Gegensatz zu den Ausführungen dieser Beklagten im Schriftsatz vom 12. Juli 1960 S. 1) alternativ die Ansicht, daß in diesen Fällen Go Hauptfrachtführer und die von ihr hinzugezogenen Unternehmer Unterfrachtführer

gewesen seien. Mit dieser Ansicht ist aber der unstreitige Sachverhalt nicht zu vereinbaren, daß Go den einzelnen Unternehmern entsprechend dem ihr erteilten Auftrag Bestätigungsschreiben der I aushändigte, in denen G als Auftraggeber der einzelnen Unternehmer bezeichnet worden ist. Das entspricht dem Vortrag der Beklagten zu 1 und 2 in der Berufungsbegründung, wonach I der Go die Auflage machte, die Transporte, die Go nicht selbst ausführen konnte, an andere Unternehmer weiterzuvermitteln und diesen das Bestätigungsschreiben auszuhändigen.

d) Absender waren nicht die Fabriken, die in den Frachtbriefen als Absender bezeichnet sind. Das ergibt sich aus den Ausführungen zu a) und c), insbesondere aus den Bestätigungsschreiben. Damit ist die sich aus den Frachtbriefen ergebende Vermutung widerlegt. Die Fabriken waren Versender. Absender war G

e) Absender ist schließlich nicht E in den Fällen, in denen diese Firma in den Frachtbriefen als Empfängerin bezeichnet ist. Das Berufungsgericht irrt, wenn es meint, "nach den Frachtbriefen" habe "E die Transportaufträge erteilt". Sein Irrtum geht auf die Ausführungen der Beklagten zu 3 und 4 im Schriftsatz vom 13. November 1961 S. 12 zurück, wo ausgeführt ist, in mindestens ca. 15 Fällen sei ausweislich der Frachtbriefe G am Frachtvertrag überhaupt nicht beteiligt, sondern E. Wenn die Frachtbriefe die E als Empfängerin bezeichnen, so besagt das nicht, daß sie auch Absender gewesen sei. Das war vielmehr die G. Das ergibt sich einmal daraus, daß nach dem Vortrag der Beklagten zu 1 im Schriftsatz vom 6. Juli 1960 S. 3 sie an sämtliche Unternehmer die angefallene Fracht in voller Höhe bezahlt hat, wozu keine Veran-

lassung bestanden hätte, wenn nicht sie, sondern E Absender gewesen wäre; ferner daraus, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts auch in diesen Fällen die Intwa die Vermittlungsprovision gefordert und erhalten hat, ihr Anspruch auf Vermittlungsprovision sich aber auf die Bestätigungsschreiben gründet, in denen G als Auftraggeber bezeichnet ist.

2. Scheintatbestand

Nach § 22 Abs. 2 GüKG sind u.a. Ermäßigungen des Beförderungsentgeltes unzulässig. Diese Vorschrift darf durch Schaffung von Scheintatbeständen nicht umgangen werden (§ 5 GüKG).

a) Das Berufungsgericht hält einen Scheintatbestand für gegeben. Es führt aus:

Die I sei eine Tochtergesellschaft der G, die die einzige Gesellschafterin der I sei. Der Reingewinn der I fließe an die G. Die I führe kein wirtschaftliches Eigenleben. Sie habe kein eigenes Geschäftslokal und keine eigenen Angestellten. Der Prokurist der G sei Geschäftsführer der I und erhalte als solcher nur eine monatliche Aufwandsentschädigung von 50 DM. Alle anfallenden Arbeiten würden von den Angestellten der G erledigt. Die Vermittlerprovision, die die I erhalten habe, fließe der G in der Form ihres Gewinnanspruchs gegen die I wieder zu; dabei sei es unerheblich, ob der Reingewinn der I bereits an die G ausgeschüttet sei, da letztere jedenfalls einen Anspruch hierauf habe. G habe sich der I nur bedient, um einen wirtschaftlichen Erfolg herbeizufüh-

ren, den das GüKG verbiete (BGH NJW 1960, 1057). Gleichgültig sei, ob I zur Vermittlung von Güterfernverkehrsgeschäften befugt sei. In der Vereinbarung und dem Empfang der Vermittlerprovisionen für die I liege eine unzulässige Tarifunterschreitung (und gleichzeitig ein Verstoß gegen § 32 Abs. 3 GüKG, wonach die für das Vermittlergeschäft gezahlte Provision weder ganz noch teilweise in irgend einer Form an Dritte weitergegeben werden dürfe).

Die Ausführungen im angefochtenen Urteil sind insoweit frei von Rechtsirrtum, als das Berufungsgericht bei wirtschaftlicher Identität von Auftraggeber und Frachtvermittler in der mit den Frachtführern getroffenen Vereinbarung von Vermittlerprovisionen eine unzulässige Tarifunterschreitung sieht.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat in seinem in NJW 1960, 284 abgedruckten Urteil unter b) der Entscheidungsgründe ausgeführt, eine Ermäßigung des Beförderungsentgeltes (§ 22 Abs. 2) liege vor, wenn zwar das Entgelt richtig berechnet und in voller Höhe bezahlt, aber entsprechend einer von vornherein getroffenen Vereinbarung ein bestimmter Teil des Entgeltes vom Unternehmer an den Absender zurückgezahlt werde. Dem tritt der Senat bei, da in solchen Fällen die Ermäßigung in einer rechtlich unbeachtlichen Weise verschleiert wird. (Dabei steht einer von vornherein, d.h. bei Abschluß des Frachtvertrages, getroffenen Vereinbarung eine solche gleich, die vor Bezahlung des tarifmäßigen Frachtentgeltes getroffen wird; s. unter III 2.) Nun ist freilich die Rückzahlung von mindestens 9 % (in einigen Fällen 8 oder 5 %) nicht an die Frachtschuldnerin G unmittelbar, sondern an die I erfolgt. Auch das ist aber rechtlich unbeachtlich, da das

Berufungsgericht zutreffend die wirtschaftliche Identität von G und I und damit - vorbehaltlich der Ausführungen zu b - einen Scheintatbestand im Sinne des § 5 angenommen hat, durch den die Vorschriften des Gesetzes über den Festentgeltscharakter des Tarifs umgangen werden. Wenn demgegenüber die Revision der Beklagten zu 1 und 2 darauf hinweist, daß G und I zwei selbständige juristische Personen seien, so verkennt sie, daß gerade durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts oder des Handelsrechtes ein Scheintatbestand im Sinne des Gesetzes geschaffen wird (BGH NJW 1960, 1057, 1058). Der Fall muß wegen der wirtschaftlichen Identität beider Firmen rechtlich nach dem GüKG so betrachtet werden, als wäre die G zu Vermittlungsgeschäften befugt gewesen (wie dies für die I unterstellt wird) und als hätte sie sich für die Vermittlung der Beförderungsaufträge eine Provision zahlen lassen. Dann liegt aber eine Tarifverkürzung vor, weil dem Auftraggeber kein Anspruch auf Vermittlungsgebühr gegen den von ihm beauftragten Unternehmer zusteht, in der Vereinbarung und Zahlung einer solchen Provision daher eine unzulässige Ermäßigung des Beförderungsentgeltes liegt. Gleichgültig ist, ob G einen Dritten, der sich erlaubterweise als Frachtagent betätigt (§ 32 GüKG), zur Vermittlung hätte einschalten können und dann die Unternehmer diesem etwa eine gleich hohe oder sogar höhere Provision hätten zahlen müssen. Ebenso unerheblich ist, ob bei der großen Zahl der Transportaufträge eine "zentrale Steuerung" notwendig war. Dies war Aufgabe der G und nicht der Unternehmer. Sie hat sie auch nach der Feststellung des Berufungsgerichts mit ihren eigenen Angestellten durchgeführt. G und I haben keinen Frachtagenten i.S. des § 32 Abs. 1 eingeschaltet; selbst wenn Go (wie

nicht, s. unten III 3 a) ein solcher wäre, könnten die Beklagten zu 1 und 2 nichts daraus für sich herleiten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat I von den 9 % Provision, die sie sich von den Unternehmern hat zubilligen lassen, 1 % an Go für die von dieser Firma geleistete Arbeit abgegeben. Go war, wie unstreitig, entweder von G oder von I (oder von beiden) beauftragt worden, weitere Fuhrunternehmer heranzuziehen, soweit sie die ihr zugewiesenen Transporte nicht selbst ausführen konnte. Mit dem von I an Go abgegebenen 1 % ist die von Go für die Beklagten zu 1 und 2 geleistete Arbeit abgegolten worden, nicht aber die für die Unternehmer geleistete Arbeit, für die sich Go von den Unternehmern 1/2 % hat bezahlen lassen. Mit Recht bezeichnet das Berufungsgericht die Abgabe von 1 % durch I an Go als einen internen Vorgang zwischen diesen Firmen, der die Ansprüche der Unternehmer nicht berührt.

Unerheblich sind die Ausführungen der Revisionen darüber, daß der Klägerin und den Unternehmern das tarifwidrige Verhalten der Beklagten bekannt gewesen sei. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, daß selbst ein vorsätzlicher Verstoß der Unternehmer gegen den Tarif diese nicht von ihrer Verpflichtung entbunden hätte, den Unterschiedsbetrag nach § 23 GüKG zurückzufordern. Auch die Klägerin kann Tarifverstöße nicht "genehmigen". Der Einwand der Arglist kann bei Kenntnis des Unternehmers oder seines Rechtsnachfolgers nicht durchgreifen, da sonst der Zweck des Gesetzes, im Interesse der Bundesbahn die Leistung der Festentgelte im Kraftwagengüterverkehr durchzusetzen, vereitelt würde und die Vorschrift des § 23 Abs. 3 in vielen Fällen gegenstandslos wäre (BGH vom 27. September 1955 I ZR 212/53, MDR 1956, 161).

b) Bei den besonderen Umständen des Falles reicht aber die wirtschaftliche Identität von G und I noch nicht ohne weiteres zur Annahme eines Scheintatbestands im Sinne des § 5 GüKG aus. Ein solcher kann, da eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten ist, nur angenommen werden, wenn G, wirtschaftlich gesehen, die Geschäfte selbständig geführt hat. Ihre formale Stellung als Absender genügt hierzu nicht. Andererseits schließt der Umstand, daß sie für Rechnung des aus ihrer Firma und den Firmen Gef und E bestehenden Konsortiums (offenbar einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft) und dieses für Rechnung der Stadt Berlin gehandelt hat, nicht ohne weiteres aus, daß sie auch wirtschaftlich gesehen Herr der Geschäfte war (wie letzteres z.B. regelmäßig für den Spediteur und den Kommissionär anzunehmen ist). Dabei spielt die Stellung des Konsortiums gegenüber dem Senat von Berlin keine Rolle. Entscheidend ist, wer wirtschaftlich gesehen die Einkäufe vorgenommen hat, da in diesen Aufgabenbereich auch die damit notwendig verbundenen Transporte fallen. Von dem Verhältnis der Gesellschafter zueinander hängt es ab, ob Herr der Geschäfte die G oder die einzelnen Gesellschafter oder das Konsortium als solches war. Das hat das Berufungsgericht nicht erörtert. Sollte G innerhalb des Konsortiums eine beherrschende Stellung eingenommen haben, so stände der Annahme eines Scheintatbestandes nichts entgegen. Sollte dies zu verneinen sein, wäre aber die Sachlage so gewesen, daß jede der drei Firmen ihre Einkäufe selbständig tätigte und die beiden anderen Firmen die G nur mit der Durchführung der Transporte der von ihnen eingekauften Waren beauftragte, so wäre bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise jede einzelne Firma Herr ihrer Geschäfte; Vermittlungsprovisionen wären insoweit gerechtfertigt, als Gef und E mit der Durchführung der sie

wirtschaftlich allein berührenden Transporte die G beauftragte; dagegen läge ein Scheintatbestand insoweit vor, als G ihre eigenen Geschäfte führte. Läge dagegen der Fall so, daß das Konsortium als solches durch Gedclag die Geschäfte vornehmen ließ, es sich also um gemeinsame Geschäfte der drei Firmen handelte, so würde ein Scheintatbestand auch dann nicht vorliegen, wenn das Konsortium einen seiner Gesellschafter mit der Vermittlung der Transporte beauftragt hätte; in diesem Falle wäre, wirtschaftlich gesehen, das Konsortium als Auftraggeber anzusehen; aus einer wirtschaftlichen Sicht heraus ist es dann ohne Bedeutung, ob G im Namen des Konsortiums oder im eigenen Namen die Transportaufträge erteilt hätte. In diesem Falle könnten Vermittlungsprovisionen nur dann als unzulässige Frachtverkürzungen angesehen werden, wenn sie dem Konsortium zugeflossen wären, was aber unstreitig nicht der Fall ist.

Von der Entscheidung dieser Fragen hängt es ab, ob und ggf. in welchem Umfang die Klage gegen die Beklagten zu 1 begründet ist. Daher war das angefochtene Urteil gegen die Beklagte zu 1 aufzuheben.

Das Gleiche gilt, soweit die Beklagte zu 2 verurteilt worden ist, da auch ihre Zahlungspflicht von der Zulässigkeit der Vermittlungsprovisionen abhängt (darüber unter 4, 5).

Für den Fall, daß das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommt, daß die der I zugeflossenen Provisionen ganz oder teilweise unzulässig sind, wird auf die folgenden Ausführungen unter 3 bis 6 hingewiesen.

3. Ansprüche gegen G aus unerlaubter Handlung

Im angefochtenen Urteil sind die Ansprüche gegen die Beklagte zu 1 auch auf § 823 Abs. 2 BGB gestützt. Das Berufungsgericht sieht im GüKG ein Schutzgesetz nicht nur zugunsten der Bundesbahn, sondern auch zugunsten der am Abschluß der Güterfernverkehrsverträge beteiligten Unternehmer. Dem kann nicht zugestimmt werden. Gewiß wirkt sich das Gesetz dahin aus, daß durch die Bestimmung von Festentgelten die am Beförderungsvertrag Beteiligten geschützt werden, insbesondere die Unternehmer vor Frachtverkürzungen. Durch diese tatsächliche Schutzwirkung wird aber das Gesetz für die an den Frachtverträgen beteiligten Unternehmer noch nicht zum Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2. Daß das Gesetz nicht den Zweck verfolgt, die Parteien des Beförderungsvertrages zu schützen, ergibt sich daraus, daß bei schuldhaften Tarifverstößen sich beide Parteien strafbar machen (§ 98 GüKG). Es wäre widersinnig anzunehmen, das Gesetz wolle den Güterfernverkehrsunternehmer vor Tarifunterbietung schützen, ihn aber gleichzeitig mit Strafe bedrohen, wenn er sich selbst an der Tarifunterbietung beteiligt; eine solche Annahme würde darauf hinauslaufen, daß jemand, der sich nicht schützen läßt, dafür bestraft wird. Aus dem gleichen Grund hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes den Schutzcharakter der Preisstoppverordnung verneint (BGHZ 12, 146, 149).

Das Verhalten der G stellt sich aber nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt als unerlaubte Handlung i.S. des § 826 BGB dar. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: In Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen Machtstellung habe die Beklagte die ihr als Geschäftsführerin des Einkaufskonsortiums eingeräumte Möglichkeit der Vergabe

von Frachtaufträgen dazu benutzt, Vereinbarungen zu treffen, die gesetzeswidrig zu einer untertariflichen Bezahlung des Frachtentgeltes führten. Damit ist der Tatbestand des § 826 BGB gegeben, mag auch das Berufungsgericht diesen rechtlichen Schluß aus seinen Feststellungen nicht gezogen haben. Bei der vom Senat von Berlin vorgenommenen Einkaufsaktion nahm die G als Geschäftsführerin des Einkaufskonsortiums eine wirtschaftliche Machtstellung ein. Die Größe der Aktion ergibt sich daraus, daß es sich in diesem Rechtsstreit um Frachtsummen von mehr als 800 000 DM handelte. Jeder Unternehmer hatte großes Interesse daran, an den Frachtaufträgen beteiligt zu werden.

Kraft ihrer wirtschaftlichen Machtstellung hatte die G - die tatsächliche Möglichkeit, den Unternehmern die Bedingungen für die Frachtabschlüsse vorzuschreiben. Sie hat diese Möglichkeit - in diesem Zusammenhang immer die Tarifwidrigkeit nach II 2 b unterstellt - in gesetzeswidriger Weise dazu ausgenutzt, um die Unternehmer um einen Teil ihres Frachtlohns zu bringen. Damit hat sie nicht nur gegen das Gesetz, sondern auch gegen die guten Sitten verstoßen, da ihr Verhalten mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht zu vereinbaren ist. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts (S. 20) war das Verhalten der Beklagten zu 1 und 2 bewußt darauf eingestellt, unter Schaffung eines Scheintatbestandes die zwingenden Vorschriften des Gesetzes zu umgehen. Die Beklagte zu 1 hat daher vorsätzlich gehandelt. Der durch die teilweise Frachtrückzahlung den Unternehmern entstandene Schaden wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß den Unternehmern ihr vertraglicher Anspruch auf Frachtnachzahlung erhalten geblieben ist.

Die Abtretungs- und Ermächtigungserklärungen der

Unternehmer umfassen, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen hat, auch ihre unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung etwa entstandenen Ansprüche.

4. Vertragliche Ansprüche gegen I (Beklagte zu ?

Die I₁ ist nicht Vertragspartner der Frachtverträge. Sie ist es auch nicht wegen ihrer wirtschaftlichen Identität mit der G₁. Denn hier greift der Gesichtspunkt der rechtlichen Selbständigkeit der beiden Firmen durch. Die Vorschrift über Scheintatbestände betrifft nicht die Frage, wer nach dem Frachtvertrag Absender ist.

Gleichwohl sind vertragliche Ansprüche gegen die I₁ gegeben. I₁ hat als Vertreter und Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) der G₁ gehandelt, indem sie die Bestätigungsschreiben den Unternehmern, sei es unmittelbar, sei es über G₀, zugehen ließ. In der Rechtsprechung (BGHZ 14, 313, 318; RGZ 120, 249, 252) ist eine eigene Haftung des Vertreters bei Verschulden aus Vertragschluß (§ 276 BGB) anerkannt, wenn er an dem Geschäftsabschluß ein wirtschaftliches Interesse gehabt hat. Das wirtschaftliche Interesse der I₁ ist offensichtlich, da ihr die Provisionen zugeflossen sind. Sie hat bei Abschluß der Frachtverträge - auch hier die Tarifwidrigkeit nach II 2 b immer unterstellt - schuldhaft vertragswidrig gehandelt, indem sie sich die Provisionen für ihre angebliche Vermittlertätigkeit in Widerspruch zu dem durch das Gesetz (§ 22 Abs. 3) festgelegten Vertragsinhalt versprechen ließ. Ihre Vertreterstellung hat sie dazu benutzt, um sich aus den von G₁ ge-

schuldeten Frachtverträgen in gesetzeswidriger Weise Vorteile zuzuwenden. Es trifft sie nicht nur ein Verschulden bei Vertragsabschluß, sondern auch bei der Vertragserfüllung durch die G , indem sie von der durch G an Go gezahlten vollen Fracht ihre Provision unter dem behaupteten, rechtlich jedenfalls unerheblichen Einverständnis der Unternehmer für sich abzweigte, in anderen Fällen die von G unmittelbar an die Unternehmer gezahlte volle Fracht an sich teilweise in der Form der Provision zurückzahlen ließ. Dadurch hat sie in schuldhafter Weise die volle Vertragserfüllung durch die G vereitelt; ohne ihr Verhalten hätten die Unternehmer die Fracht in vollem Umfang erhalten. Sie haftet für den durch ihr Verhalten bei Vertragsschluß und Vertragserfüllung den Unternehmern entstandenen Schaden. Ihre Haftung wird nicht dadurch beseitigt, daß den Unternehmern ein Frachtnachzahlungsanspruch zusteht. Soweit I die volle Vertragserfüllung durch G vereitelt hat, ist sie als selbständige Schuldnerin neben G getreten. Beide haften als Gesamtschuldner nach § 421 BGB (BGH LM LitUrhG § 41 Nr. 2 Bl. 6).

Die vertraglichen Ansprüche gegen I sind auch nicht verjährt. Es mag unterstellt werden, daß die Verjährungsfrist in den vorliegenden Fällen gemäß § 40 Abs. 1 KVO ein Jahr beträgt. Auch dann sind die vertraglichen Ansprüche gegen I nicht verjährt. Nach dem Vortrag der Beklagten (BU S. 24) wäre die Verjährungsfrist am 31. Mai 1960 abgelaufen gewesen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der gegen die I erlassene Zahlungsbefehl der I zugegangen ist und damit Zustellungsmängel gemäß § 187 ZPO als geheilt angesehen werden können. Jedenfalls hat der Prozeßbevollmächtigte der I, dem die I für das Mahnverfahren am 23. November 1959 Prozeß- und Zustellungsvollmacht erteilt hat, auch für die I Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl eingelegt und gleichzeitig die Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht beantragt. Daraufhin ist am 26. November 1959 Verweisungsbeschluß ergangen, der dem Prozeßbevollmächtigten der I am 2. Dezember 1959 zugestellt worden ist. Damit ist der Rechtsstreit auch gegen I beim Landgericht anhängig geworden (§ 697 Abs. 2 S. 2 ZPO), mag auch zugunsten der I unterstellt werden, daß hierdurch der Anspruch gegen sie noch nicht rechtshängig geworden ist. Im Laufe des nunmehr anhängigen Prozesses wurde am 7. April 1960, wie sich aus dem Schriftsatz der Beklagten von diesem Tage ergibt, der Schriftsatz der Klägerin vom 2. April 1960, der Klageantrag und Begründung auch in Richtung gegen I enthält, dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zugestellt. Damit ist der Klageanspruch gegen I spätestens rechtshängig (§ 281 ZPO) und die Verjährung unterbrochen worden (§ 209 BGB). Die Wirksamkeit der Zustellung des Schriftsatzes wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß sie von Anwalt zu Anwalt statt im Parteibetrieb (§ 261 b ZPO) erfolgt ist (§ 198 ZPO, BGHZ 17, 234). Bei dieser Rechtslage bedarf es nicht der Prüfung, ob der Revisionsangriff gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Berufung der Beklagten auf die mangelhafte Zustellung des Zahlungsbefehls sei rechtsmißbräuchlich, begründet ist.

5. Ansprüche gegen I: aus unerlaubter Handlung

Die Tarifwidrigkeit nach II 2 b unterstellt hat Intwa, um sich selbst einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit G deren wirtschaftliche Machtstellung ausgenutzt, um die Unternehmer um einen Teil ihrer Frachtansprüche zu bringen. Damit hat sie in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise die Vertragsrechte der Unternehmer zu deren Schaden verletzt, wobei im einzelnen das unter 3 Ausgeführte entsprechend gilt. Ihre Schadensersatzpflicht ergibt sich aus §§ 826, 830 BGB. Sie haftet mit G gesamtschuldnerisch (§ 840 BGB).

6. Ansprüche gegen I aus ungerechtfertigter Bereicherung

Da der Klageanspruch gegen I - immer die Unzulässigkeit der Provisionen unterstellt - schon aus den unter 4 und 5 angeführten Gründen gerechtfertigt ist, braucht nicht geprüft zu werden, ob sich, unabhängig von der durch G vorgenommenen Frachtermäßigung, die erhaltene Provision in der Person der I als Zuwendung im Sinne des § 22 Abs. 2 S. 2 GüKG darstellt, die unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zum mindesten teilweise zurückgefordert werden könnte. Auch auf die Rechtsfolgen, die sich aus einem etwaigen Verstoß gegen das Verbot der Weitergabe der Vermittlungsprovision (§ 32 Abs. 3 GüKG) ergeben, braucht nicht eingegangen zu werden.

III. Ansprüche gegen Go (Beklagte zu 3 und 4)

Go hat von den Unternehmern $1/2$ % des tarifmäßigen Frachtentgeltes erhalten.

1. Die Revision der Beklagten zu 3 und 4 rügt in erster Linie Verletzung der §§ 313 Abs. 1 Nr. 4 und 551 Nr. 7 ZPO, da das Berufungsgericht nicht erörtert habe, aus welchem rechtlichen Gesichtspunkt sich der klägerische Anspruch ergebe.

Die Rüge ist schon deswegen unbegründet, weil das Berufungsgericht ausgeführt hat, die Firma Go habe eine verbotene Vermittlungstätigkeit ausgeübt und sei daher verpflichtet, die erhaltene Provision wegen unzulässiger Tarifunterschreitung zurückzuzahlen. Von einem Fehlen der Entscheidungsgründe kann also keine Rede sein.

2. In wenig glücklicher Weise hat das Berufungsgericht den Ausdruck "Tarifunterschreitung" gewählt. Das Gesetz unterscheidet in § 22 Abs. 2 zwischen "Ermäßigungen des Beförderungsentgeltes", "anderen Vergünstigungen" und "Zahlungen oder anderen Zuwendungen, die einer Umgehung des tarifmäßigen Beförderungsentgeltes gleichkommen". Eine Ermäßigung des Beförderungsentgeltes liegt immer dann vor, wenn der Auftraggeber im Ergebnis nicht das volle Beförderungsentgelt entrichtet. Das Beförderungsentgelt kann entweder von vornherein ermäßigt sein, indem es unter Tarif berechnet, oder zwar entsprechend dem Tarif gezahlt wird, aber aufgrund einer vor dieser Zahlung getroffenen

Vereinbarung dem Unternehmer unmittelbar oder mittelbar (s. oben II 2 a) wieder zufließt. In diesen Fällen bleibt der Anspruch des Unternehmers auf das volle tarifmäßige Entgelt aus dem Frachtvertrag (§ 22 Abs. 3) bestehen, da eine solche im Frachtvertrag enthaltene oder später (vor Bezahlung) den Frachtvertrag abändernde Vereinbarung nichtig ist. Wird die Vereinbarung einer unmittelbaren oder mittelbaren Rückvergütung des Beförderungsentgeltes an den Auftraggeber erst nach Bezahlung der vollen tarifmäßigen Fracht getroffen, so liegt eine nachträgliche Ermäßigung des Beförderungsentgeltes vor, die sich als Zahlung oder Zuwendung i.S. des § 22 Abs. 2 S. 2 darstellt; in diesen Fällen ist kein vertraglicher Anspruch auf Rückgewähr gegeben, da der Frachtzahlungsanspruch durch die Zahlung des tarifmäßigen Entgeltes erloschen ist; wohl aber hat der Unternehmer gegen den Auftraggeber einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 817 S. 1 BGB), da die Rückvergütung des Unternehmers an den Auftraggeber gegen das Gesetz verstößt (§ 134 BGB). Wendet der Unternehmer im Zusammenhang mit dem Beförderungsvertrag einem Dritten etwas zu, ohne daß darin eine mittelbare (verschleierte) Zuwendung an den Auftraggeber zu erblicken ist, so kommt diese Zuwendung dann einer Umgehung des tarifmäßigen Beförderungsentgeltes gleich, wenn der Dritte auf das Zugewendete keinen Rechtsanspruch hat (ebenso Hein-Eichhoff-Pukall-Krien GÜKG II § 22 Anm. 6 II A; vgl. BGH NJW 1960, 1057, 1058). Ebensowenig wie die Bundesbahn im Zusammenhang mit dem Beförderungsvertrag einem Dritten eine Leistung gewähren darf, auf die dieser keinen Anspruch hat, darf dies der Unternehmer tun; wäre das dem Unter-

nehmer gestattet, so könnte hierdurch die Wettbewerbslage zur Bundesbahn beeinflußt werden.

Trifft die Annahme des Berufungsgerichts zu, Go habe gegen die Unternehmer keinen Anspruch auf $1/2$ % des Frachtentgeltes gehabt, so können die Unternehmer von Go die Rückzahlung im Wege des Bereicherungsanspruches (§ 817 S. 1 BGB) verlangen, da die Gewährung der Provision im Zusammenhang mit dem Frachtvertrag steht und das Beförderungsentgelt der Unternehmer verkürzt. Falls die Unternehmer davon Kenntnis gehabt haben würden, daß der Firma Go kein Provisionsanspruch zusteht, würde ihrem Bereicherungsanspruch nicht die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB entgegenstehen, da das Gesetz (§ 23 Abs. 2 S. 4) bei tarifwidrigen Zuwendungen die Anwendung des § 817 S. 2 BGB ausdrücklich ausschließt (A.A. anscheinend Hein usw. aaO § 32 Anm. 8 b). Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten zu 3 und 4 würde auch § 814 BGB dem Bereicherungsanspruch nicht entgegenstehen, da bei Gesetzesverstoß (ebenso wie bei Sittenverstoß, RGZ 99, 161, 165) die Vorschrift des § 817 und nicht die des § 814 BGB anzuwenden ist. Ebenso wenig würde gegenüber dem Bereicherungsanspruch die Einrede der Verjährung durchgreifen.

3. Die Entscheidung hängt hiernach von der Frage ab, ob und ggf. in welcher Höhe der Firma Go ein Anspruch auf Vergütung gegen die Unternehmer zusteht. Das Berufungsgericht verneint die Frage, da G eine nach § 32 verbotene Vermittlertätigkeit ausgeübt habe. Der Senat stimmt zwar insoweit dem

angefochtenen Urteil zu; gleichwohl kann es keinen Bestand haben, da es den Vortrag der Beklagten zu 3 und 4 nicht erschöpft.

a) Vergeblich wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Firma Go stehe keine Vermittlungsgebühr zu. Nach § 32 Abs. 1 ist die Vermittlung von Ladegut oder Laderaum im Güterfernverkehr nur solchen Personen gestattet, bei denen eine derartige Tätigkeit im Rahmen ihres Gewerbebetriebes üblich ist. Go hat nach der Feststellung des Berufungsgerichts ein Güterfernverkehrsunternehmen betrieben. Es ist also zu fragen, ob Güterfernverkehrsunternehmer allgemein üblicherweise solche Vermittlungsgeschäfte betreiben. Das ist zu verneinen. Die Güterfernverkehrsunternehmer führen die Transporte in der Regel selbst aus oder lassen sie durch Zwischen- oder Unterfrachtführer ausführen. Es kann aber keine Rede davon sein, daß die Güterfernverkehrsunternehmer üblicherweise die Transporte auch an andere Unternehmer vermitteln, da sie sich hiordurch in der Regel selbst Wettbewerb bereiten würden. Demnach ist darauf abzustellen, ob G neben ihrem Güterfernverkehrsunternehmen, in dem eine solche Vermittlung nicht üblich ist, den selbständigen Gewerbebetrieb eines Frachtagenten ausgeübt hat. Die Beklagten zu 3 und 4 haben nicht vortragen, daß sie ständig damit betraut gewesen seien, für die anderen Fuhrunternehmer Beförderungsverträge zu vermitteln (vgl. § 84 HGB). In Frage kommt nur, ob Go den Gewerbebetrieb eines Frachtenmaklers ausgeübt hat, d.h. ob sie gewerbsmäßig für andere

Personen die Vermittlung von Verträgen über Güterbeförderungen übernommen hat.

Zwar kann die Frage, ob jemand gewerbsmäßiger Frachtenmakler ist, nicht schon deshalb verneint werden, weil er nicht im Handelsregister eingetragen ist, da eine solche Eintragung in den Fällen des § 1 HGB (hier § 1 Abs. 2 Nr. 7) keine konstitutive Wirkung hat. Der Eintragung im Handelsregister kommt nur ein gewisser Beweiswert zu (BGH v. 21. Dezember 1959 II ZR 242/57 unter II der Entscheidungsgründe). Dagegen ist es entscheidend, daß die Beklagten zu 3 und 4 nicht nachgewiesen haben, daß sie das selbständige Gewerbe eines Frachtenmaklers betrieben haben. Diesen Nachweis haben die Beklagten zu führen, da ihnen, wie sich aus der Fassung des § 32 Abs. 1 S. 1 GüKG ergibt, nur unter dieser Voraussetzung die Frachtvermittlung gestattet ist. Das Berufungsgericht hat festgestellt, Go habe in der Regel nicht selbst vermittelt; aus dem Sachverhalt ergebe sich vielmehr ihre nur gelegentliche Vermittlungstätigkeit. Nur weil in dem Einzelfall der Einlagerungsaktion der Wagenpark der Firma Go nicht ausgereicht habe, habe sie den Auftrag an dritte Unternehmer weitergegeben.

Die von der Revision gegen diese Feststellung erhobenen Verfahrensrügen sind nicht begründet. In den von der Revision als übergangen beanstandeten Ausführungen der Beklagten zu 3 und 4 wird ohne jede Substantiierung und ohne Beweisantritt lediglich die Behauptung aufgestellt, Gotta habe auch in früherer Zeit gewerbsmäßig vermittelt. Die Revision meint zwar,

es sei wegen der Frage der Zulässigkeit von Vermittlungen durch Go schon ein Verwaltungsstreitverfahren anhängig gewesen. In jenem Verfahren hat es sich aber nicht um Vermittlungsgeschäfte der Firma Go, sondern um solche der Firma I gehandelt. Es unterliegt auch keinen rechtlichen Bedenken, daß im angefochtenen Urteil aus dem Einzelfall der Weitergabe von Aufträgen bei der Einlagerungsaktion nicht der Schluß auf gewerbsmäßige Tätigkeit als Frachtenmakler gezogen worden ist; denn die Beklagten haben nichts vorgetragen, woraus sich eine auf Dauer angelegte Tätigkeit der Firma Go ergeben könnte. Mit Recht ist daher das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gekommen, daß der Firma Go die Vermittlung nach § 32 Abs. 1 GüKG verboten war.

Allerdings folgt allein daraus, daß jemand eine öffentlichrechtlich verbotene Tätigkeit ausübt, in der Regel noch nicht die Nichtigkeit der von ihm dabei abgeschlossenen privatrechtlichen Rechtsgeschäfte (RGZ 106, 316, 317). Hier liegt jedoch der Fall so, daß nicht nur der Firma Go der Abschluß der Vermittlungsgeschäfte verboten war, sondern auch die Unternehmer bei der Beschaffung von Ladegut oder Laderaum sich nicht der Firma Go bedienen durften (§ 32 Abs. 2). Beiden Vertragsparteien war also das Vermittlungsgeschäft verboten, beiden Teilen drohte bei Zuwiderhandlung gegen das Verbot Geldbuße (§ 99 Nr. 4 c und Nr. 6); der unbefugte Vermittler, der sich in einer das Beförderungsentgelt verkürzenden Weise eine Vermittlungsgebühr versprechen läßt, macht sich ferner u.U. strafbar nach § 98 GüKG. Da der Zweck der

Vorschrift des § 32 ist, gelegentliche, meist nur schwer nachprüfbare (vgl. §§ 54 Abs. 2, 55 Abs. 1 Nr. 1) Vermittlungen und die damit verbundene Verkürzung des Beförderungsentgeltes des Unternehmers auszuschalten, bewirkt der Vorstoß gegen das gesetzliche Verbot die Nichtigkeit jedes solchen Vermittlungsgeschäftes (§ 134 BGB; ebenso Hein usw. aaO § 32 Anm. 8 b). Daran würde sich auch nichts ändern, wenn Go über die Vermittlungsgeschäfte ordnungsgemäß Bücher geführt hat. Wenn sich daher die an Go gezahlten Beträge von 1/2 % als Vermittlerprovision darstellen würde, so läge darin eine tarifwidrige Zuwendung i.S. des § 22 Abs. 2 S. 2, und es wäre der Rückforderungsanspruch der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 817 S. 1 BGB) gegeben, ohne daß dem die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB entgegenstehen würde. Von dem Standpunkt, daß die Gewährung einer Vergütung für eine verbotene Frachtgutvermittlung einen Tarifverstoß darstellt, ist der Senat auch in seinem Urteil vom 3. März 1960 II ZR 196/57 - LM GüKG Nr. 9 - ausgegangen.

b) Mit Recht rügt jedoch die Revision der Beklagten zu 3 und 4, im angefochtenen Urteil sei der Vortrag der Beklagten übergangen worden, aus dem sich ergebe, daß Go im Einverständnis mit den Unternehmern Aufgaben erfüllt habe, die den Unternehmern als Frachtführern obgelegen hätten (vgl. - teilweise - die im Schriftsatz vom 12. Juli 1960 S. 3 aufgeführten Leistungen). Eine solche Würdigung hätte um so näher gelegen, als die Klägerin selbst in ihrem Schriftsatz vom 12. April 1960 S. 4 vorgetragen hat, Go habe

die 1/2 % zur Abgeltung ihrer Spesen beansprucht, und die Unternehmer hätten auch entsprechend quittiert. Zwar ist die Firma Go nicht Abfertigungsspediteur im Sinne der §§ 33 ff GüKG und darf daher nicht das dem Abfertigungsspediteur nach § 35 GüKG zustehende Entgelt fordern. Das Gesetz verbietet aber nicht, daß sich ein Frachtführer zur Erfüllung von ihm obliegenden einzelnen Aufgaben der Hilfe eines Dritten, auch eines anderen Frachtführers, bedient. Ist die Vergütung, die der Dritte hierfür (also nicht für eine verbotene Vermittlung) erhält, eine angemessene Gegenleistung für seine, des Dritten, Leistung, so liegt darin keine Umgehung des tarifmäßigen Beförderungsentgeltes. Hat Go in Ausübung ihres Handelsgewerbes als Güterfernverkehrsunternehmer den Frachtführern obliegende Aufgaben erfüllt, so kann sie hierfür als Kaufmann (§ 1 Nr. 5 HGB) schon nach § 354 HGB Provision verlangen. Dieser Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Leistende auch im eigenen Interesse oder (und) im Interesse eines anderen gehandelt hat. Der vorliegende Fall gibt keine Veranlassung zu erörtern, wie die Rechtslage nach der Neufassung des § 98 (s. daselbst Nr. 3) aufgrund des vierten Gesetzes zur Änderung des GüKG vom 1. August 1961 (BGBl I, 1157) zu beurteilen ist.

Hiernach muß das Urteil, auch soweit die Beklagten zu 3 und 4 verurteilt worden sind, aufgehoben werden. Das Berufungsgericht wird insbesondere anhand der Vorschriften der KVO zu prüfen haben, inwieweit Go Leistungen für die einzelnen Unternehmer erbracht hat und welche Vergütung hierfür angemessen ist. Aus-

zuscheiden sind dabei die Leistungen, die die reine Vermittlung von Aufträgen an die Unternehmer betreffen, ebenso selbstverständlich die Leistungen, die für Gedelag als in deren Aufgabenbereich liegend erbracht worden sind.

IV. Die Kostenentscheidung war dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Fischer Dr. Nörr Liesecke

Dr. Bukow Dr. Schulze