

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2122 068

GüterkraftverkehrsG v. 17. Oktober 1952, BGBl I 697,
§§ 5, 22, 23, 32

- a) Die Vorschriften des Güterkraftverkehrsgesetzes werden durch Schaffung von Scheintatbeständen umgangen, wenn zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges nicht der übliche, sondern ein außergewöhnlicher Weg eingeschlagen wird, der an den vom Gesetz angeordneten Rechtsfolgen (z. B. Festentgeltseigenschaft der Fracht) vorbeiführen soll.
- b) Zuwendungen, die einer Umgehung des tarifmäßigen Beförderungsentgelts gleichkommen, sind auch dann unzulässig und der Regelung in § 23 Abs. 2 unterworfen, wenn sie dritten, nicht am Frachtvertrag beteiligten Personen gewährt werden.
- c) Eine unzulässige - weil den Tarif umgehende - Zuwendung kann auch dann vorliegen, wenn der Empfänger wegen einer eigenen Leistung auf die zugewendete Leistung zwar einen Rechtsanspruch hat, die Leistung des Zuwendenden jedoch die Leistung des Empfängers in unangemessener Weise übersteigt. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit (hinsichtlich der vertraglichen Bestimmung von Leistung und Gegenleistung) darf nicht zu einer Tarifumgehung mißbraucht werden.
- d) Vergütungen, die für verbotene Geschäfte gewährt werden, können sich als unzulässige - weil den Tarif umgehende - Zuwendungen darstellen.
- e) Ob der Forderungsberechtigte vorsätzlich gehandelt hat (§ 23 Abs. 3), ist vom ordentlichen Gericht zu prüfen.

BGH Urt. v. 3. März 1960 - II ZR 196/57 - Kammergericht
LG Berlin

Verkündet
am 3. März 1960

■■■■■, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr in K■■■■■,
vertreten durch ihren Präsidenten Erich E■■■■■, K■■■■■,
C■■■■■str. ■■■■ - ■■■■,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■■ -

gegen

1. die offene Handelsgesellschaft D■■■■■ & M■■■■■,
vertreten durch ihre geschäftsführenden Gesellschafter,
die Beklagten zu 2 und 3,
 2. den Kaufmann Erich M■■■■■,
 3. den Kaufmann Otto W■■■■■,
- alle in B■■■■■ SW 61, O■■■■■straße ■■■■,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. ■■■■■ -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 3. März 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Liesecke und Hill

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 21. Sep-
tember 1957 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revi-
sion - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Erstbeklagte, die zuvor als Zuckergroßhändlerin mit eigenen Kraftfahrzeugen Zuckertransporte im Werkfernverkehr von Westdeutschland nach Berlin durchgeführt hatte, schloß am 14. Februar 1955 mit dem Fernverkehrsunternehmen Hans I. [REDACTED] u. Söhne in Berlin einen als Gesellschaftsvertrag bezeichneten notariellen Vertrag, nach dem sie sich als stille Gesellschafterin an dem Handelsgeschäft der Firma I. [REDACTED] mit einer Bareinlage von 30.000 DM beteiligen sollte. Sie sollte als "Entgelt für die Beteiligung" 6,6 % des Bruttofrachtumsatzes der Firma I. [REDACTED] erhalten, am Verlust hingegen nicht teilnehmen; sie übernahm ferner die Garantie dafür, daß die bei ihr anfallenden Zuckertransporte der von ihr vertretenen Zuckerfabriken der Firma I. [REDACTED] angeboten würden. Das bis zum 31. Dezember 1956 befristete Vertragsverhältnis, für das bei Nichtkündigung Verlängerung um jeweils ein Jahr vorgesehen war, sollte für die Erstbeklagte u.a. dann vorzeitig kündbar sein, wenn dieser durch neue Bestimmungen ermöglicht würde, ihre Zuckertransporte im Werkfernverkehr in eigenem Namen und auf eigene Rechnung selbst durchzuführen. Bei der Auseinandersetzung sollte die Erstbeklagte ihre Einlage ungeschmälert zurück erhalten, weitere Auseinandersetzungsansprüche sollten nicht bestehen. Die Erstbeklagte verkaufte um die gleiche Zeit zwei Lastzüge für 30.000 und 22.000 DM an die Firma I. [REDACTED]. Der Kaufpreis für den ersten Lastzug wurde mit der Einlage der Erstbeklagten verrechnet, derjenige für den zweiten Lastzug gestundet. Das Eigentum an dem ersten Lastzug wurde auf die Erstbeklagte zur Sicherung ihrer Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage gegen die Firma I. [REDACTED] zurückübertragen.

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



In einer ebenfalls unter dem 14. Februar 1955 getroffenen privatschriftlichen Vereinbarung garantierte die Firma L [REDACTED] der Erstbeklagten, daß der dieser zukommende Anteil an den gesamten Bruttofrachteinnahmen 22 % der Bruttofrachteinnahmen erreichte, die die Firma L [REDACTED] aus "Aufträgen" der Erstbeklagten über Zuckertransporte erzielte. Einen den Garantiebetrag überschreitenden, ihr an sich zustehenden Anteil an den Gesamtfrachteinnahmen sollte die Erstbeklagte zurückzuzahlen verpflichtet sein.

Die Firma L [REDACTED] erzielte in der Zeit von Februar 1955 bis zum 30. November 1955 aus von der Erstbeklagten veranlaßten Zuckertransporten einen Bruttofrachtgewinn von 277.431,31 DM. Von diesen tarifgerechten Frachteinnahmen zahlte sie 57.956,54 DM (20,89 %) an die Erstbeklagte aus.

Die Klägerin ist der Ansicht, diese Zahlungen kämen einer Umgehung des tarifmäßigen Beförderungsentgelts gleich und begründeten deshalb einen Rückzahlungsanspruch der Firma L [REDACTED]. Durch Bescheid vom 9. Februar 1956 erklärte sie, daß dieser Anspruch wegen vorsätzlichen Handelns der Firma L [REDACTED] auf sie übergehe. Mit der Klage macht sie ihn gegen die Erstbeklagte und deren beide Gesellschafter, die Beklagten zu 2 und 3, geltend, indem sie unter Absetzung eines möglicherweise verjährten Teils Zahlung von 50.780,48 DM nebst Zinsen fordert.

Die Beklagten bestreiten einen Rückzahlungsanspruch der Firma Ledermann, indem sie geltend machen, eine Beteiligung der Erstbeklagten an dem Unternehmen Hans L [REDACTED] u. Söhne sei in der geschehenen Form rechtlich nicht zu beanstanden, die rechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung eines Rückzahlungsanspruchs seien daher nicht gegeben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter, während die Beklagten um Zurückweisung der Revision bitten.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält für fraglich, ob § 23 GÜKG einen auf die Klägerin überleitbaren Rückgewähranspruch auch für solche Leistungen begründe, die der Fernverkehrsunternehmer an einen Dritten erbracht habe. Es meint, der Wortlaut des § 23 Abs. 2 GÜKG lasse die Auffassung zu, daß er - im Gegensatz zu § 23 Abs. 1 GÜKG, der sich mit untertariflicher Berechnung des Beförderungsentgelts befasse - allein über den Tarif hinausgehende Zahlungen oder andere Zuwendungen an den Unternehmer im Auge habe, daher Zuwendungen des Unternehmers selbst nicht erfasse, so daß ein Anspruch, der auf die Klägerin hätte übergehen können, danach nicht bestehe. Ausdehnender Auslegung sei § 23 GÜKG als Ausnahmenvorschrift nicht zugänglich.

Mit Recht rügt die Revision die Ansicht des Berufungsgerichts als mit den Zwecken des GÜKG unvereinbar. Schon der Wortlaut des § 23 GÜKG rechtfertigt nicht die Auslegung, die ihm das Berufungsgericht zuteil werden läßt. § 23 Abs. 1 GÜKG regelt allerdings allein den - praktisch häufigsten - Fall, daß der Unternehmer ein unter dem Tarif liegendes Beförderungsentgelt berechnet, indem er den Unternehmer verpflichtet, dann den Unterschiedsbetrag zwischen tarif-

mäßigem und zu niedrig berechnetem Entgelt nachzufordern. Sein Recht zur Nachforderung, das das GÜKG nicht begründet, sondern voraussetzt, ergibt sich aus dem Frachtvertrag, da der auf ihm beruhende Frachtanspruch ungeachtet abweichender Vereinbarungen in seiner Höhe durch den Tarif bestimmt wird (§ 22 Abs. 1 und 3 GÜKG).

§ 23 Abs. 2 GÜKG dagegen befaßt sich mit den Fällen, in denen ein Anspruch auf Rückgewähr des tarifwidrig Geleisteten, dessen Bestehen auch hier vorausgesetzt wird, nicht aus dem Frachtvertrag abzuleiten ist, sondern sich aus anderen allgemeinen Rechtsvorschriften ergibt, und ordnet auch für diese Fälle an, daß der Leistende seinen Anspruch zu verwirklichen habe. Das gilt nicht nur für den im Gesetz genannten Sonderfall, daß übertarifliches Entgelt vom Unternehmer berechnet und empfangen wurde. Der Wortlaut des Gesetzes deckt vielmehr jeden Fall rückforderbarer tarifwidriger Zahlungen oder Zuwendungen, gleichgültig, von wem sie gewährt wurden oder wer sie erhalten hat, bringt daher eine Beschränkung auf Zahlungen, die der Unternehmer empfangen hat, gerade nicht zum Ausdruck. Dem steht nicht entgegen, daß § 23 Abs. 2 GÜKG in der Folge ausspricht, die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr habe bei Übergang der Rückgewährforderung auf sie das "zuviel berechnete Entgelt" im eigenen Namen einzuziehen. Daß darunter nicht nur die Fracht, sondern jede Zuwendung gemeint ist, ergibt der Zusammenhang zweifelsfrei (s. insbes. § 23 Abs. 2 Satz 3).

Die Unrichtigkeit der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung folgt darüber hinaus aber, wie die Revision zutreffend geltend macht, aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Das GÜKG verbietet eine Abweichung vom Tarif, der Festentgelt ist, nach oben oder unten wie auch die

Gewährung anderer Vergünstigungen und jede Umgehung des Tarifs (§ 22 Abs. 1 und 2, § 5 GüKG). Es sucht bei Verstoß gegen dieses Verbot eine nachträgliche Wiederherstellung des Tarifzustandes herbeizuführen, indem es nicht nur den Beteiligten die Pflicht auferlegt, einen Ausgleichsanspruch, durch dessen Befriedigung dies erreicht wird, zu verfolgen, sondern auch einen Übergang eines solchen Anspruchs auf die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr ermöglicht, falls dessen Geltendmachung durch und für den Benachteiligten unterbleibt oder wegen dessen vorsätzlichen Handelns von vornherein nicht zu erwarten ist (§ 23 GüKG). Der Zweck dieser gesetzlichen Regelung, die Einhaltung des Tarif sicherzustellen, würde beeinträchtigt und einer Tarifumgehung Tür und Tor geöffnet werden, wenn der Zwang, tarifwidrige Zuwendungen rückgängig zu machen, auf Zuwendungen zu beschränken wäre, die der Unternehmer oder sonst ein am Frachtvertrag Beteiligter empfangen hat. Aus Wortlaut und Zweck des Gesetzes ist vielmehr abzuleiten, daß jede unter Tarifverstoß gewährte Zuwendung rückgängig gemacht werden soll und der dazu in § 23 GüKG getroffenen Regelung unterworfen ist, also auch die Zuwendung an einen Dritten, wenn ein am Frachtvertrag Beteiligter oder der Dritte selbst als Lieferant, Abnehmer, Vertriebsagent des Lieferanten oder dergleichen an der Niedrighaltung der Beförderungskosten wirtschaftlich interessiert ist. Demnach ist auch der Anspruch auf Rückgewähr einer tarifwidrigen Zuwendung, der dem Unternehmer gegen einen solchen am Frachtvertrag nicht beteiligten Dritten zusteht, eines Übergangs auf die Bundesanstalt fähig.

II.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Klageanspruch scheitere jedenfalls daran, daß die Zahlungen der Firma L [REDACTED] an die Erstbeklagte nicht tarifwidrig seien. Sie stellten eine Tarifumgehung nicht dar, auch werde sich vorsätzliches Handeln eines Gesellschafters der Firma L [REDACTED] nicht nachweisen lassen. Den Zahlungen habe eine rechtlich anerkannte Verpflichtung aus dem Vertrage vom 14. Februar 1955 zugrunde gelegen, durch dessen Abschluß zwar mangels Beteiligung der Erstbeklagten am Gewinnrisiko keine stille Gesellschaft, wohl aber eine Innengesellschaft begründet worden sei. Bei ihr habe die Erstbeklagte unter Ausschluß einer Gewinn- und Verlustbeteiligung als Entgelt für ihre Einlage (Darlehen oder Überlassung von Kraftfahrzeugen und Frachtvermittlung) eine Vergütung von 22 % des Umsatzes aus den vermittelten Frachtgeschäften erhalten sollen. Ein offensichtliches Mißverhältnis zwischen Leistung der Erstbeklagten und von ihr empfangener Gegenleistung bestehe nicht. Die Beteiligung der Erstbeklagten am Unternehmen der Firma L [REDACTED] sei auch durchaus ernst gemeint gewesen und kein Scheingeschäft.

Die Revision greift diese Ausführungen in mehrfacher Hinsicht an. Sie rügt zunächst, das Berufungsgericht habe verkannt, daß es für die Beantwortung der Frage, ob die Zahlungen der Firma L [REDACTED] einer Umgehung des Tarifentgelts gleichkämen, nicht entscheidend darauf ankomme, ob ihr rechtswirksame Abreden zugrunde lägen, sondern darauf, ob sie in ihrer wirtschaftlichen Wirkung eine Tarifiermäßigung bedeuteten. Das sei nur dann nicht der Fall, wenn sie nach wirtschaftlichen Grundsätzen als angemessene Vergütung

einer von der Erstbeklagten erbrachten Gegenleistung zu beurteilen seien. Den dazu erforderlichen Vergleich der beiderseitigen Leistungen habe das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft unterlassen. Der notarielle Vertrag vom 14. Februar 1955 werde durch den privatschriftlichen Vertrag vom gleichen Tage als Scheinvertrag enthüllt, dessen Zweck gewesen sei, zu verdecken, daß wirtschaftlich die Erstbeklagte Auftraggeber der Zuckertransporte gewesen sei. Die Zahlungen der Firma L [REDACTED] überstiegen bereits in 1 3/4 Jahren erheblich den Gesamtwert der ihr von der Erstbeklagten überlassenen Lastzüge, stellten daher keine angemessene Vergütung für die Benutzung der Lastzüge dar, die die Erstbeklagte habe erwarten können, sondern wirtschaftlich eine unzulässige Frachtvergütung. Ein Entgelt für die Vermittlung der Zuckertransporte komme wegen des entgegenstehenden Verbots in § 32 GÜKG nicht in Betracht. Durch Nichtbeachtung all dieser Grundsätze habe das Berufungsgericht § 286 ZPO verletzt. Schließlich bemängelt die Revision die Erwägung des Berufungsgerichts als rechtsirrig, vorsätzliches Handeln der Firma L [REDACTED] sei nicht nachweisbar. Sie meint, mit der Rechtskraft des Überleitungsbescheides der Klägerin als eines Verwaltungsaktes stehe ein solches Handeln, für das ordentliche Gericht unüberprüfbar, fest.

1. Bei seiner Prüfung, ob die Zahlungen der Firma Ledermann wegen Tarifumgehung gegen den Tarif verstießen, hat sich das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht bemängelt, von Erwägungen leiten lassen, die den maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkten nicht ausreichend gerecht werden. Das Berufungsgericht durfte sich nicht darauf beschränken, eine Tarifumgehung schon deshalb zu verneinen, weil die Beteiligung der Erstbeklagten an dem Unternehmen

der Firma L [REDACTED] ernst gemeint gewesen sei. Die daraus gezogene Folgerung, ein Scheintatbestand habe nicht geschaffen werden sollen, trägt dem Sinngehalt des § 5 Abs. 1 GüKG, wonach Vorschriften des GüKG durch Schaffung von Scheintatbeständen nicht umgangen werden dürfen, nicht gebührend Rechnung.

Für die Auslegung des § 5 Abs. 1 GüKG ist auf die zu § 6 SteueranpG entwickelten Grundsätze zurückzugreifen, da das hier ausgesprochene Verbot der Steuerumgehung dem Umgehungsverbot in § 5 GüKG zum Vorbild gedient hat. Danach liegt eine Umgehung gesetzlicher Vorschriften dann vor, wenn die Rechtsfolgen, die sie einem bestimmten, von ihm ins Auge gefaßten Verhalten beilegen, dadurch vermieden werden sollen, daß zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges nicht der den Umständen nach gewöhnliche und zweckmäßige Weg, sondern unter Ausnutzung der Vertragsfreiheit ein anderer, den wirtschaftlichen Vorgängen ferner liegender und daher ungewöhnlicher Weg eingeschlagen wird, der an den vom Gesetz angeordneten Rechtsfolgen vorbeiführen soll. § 5 Abs. 1 GüKG spricht zwar nur von einem Verbot der Gesetzesumgehung durch Schaffung von Scheintatbeständen, enthält dagegen nicht mehr ausdrücklich ein Umgehungsverbot durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts oder des Handelsrechts, von dem in § 6 SteueranpG und auch in § 4 GFG noch die Rede ist. Ein sachlicher Unterschied wird dadurch jedoch nicht begründet; das ergibt sich hinsichtlich der Tarifverstöße schon aus § 22 Abs. 2 S. 2 GüKG. Auch § 5 GüKG will wie § 6 SteueranpG alle Umgehungsversuche treffen (Hein/Eichhoff/Pukall/Krien, GüKG § 5 Anm. 1, 2, Ruwe, GüKG, 2. Aufl., § 5 Anm. 1a; Bartholomeyczik, GüKG, § 5 Anm. 1).

Das Verbot führt dazu, daß bei einer Umgehung der Umgehungstatbestand unbeachtet zu bleiben hat, das Verhalten der Beteiligten vielmehr die rechtlichen Folgen auslöst, die das Gesetz an das dem erstrebten wirtschaftlichen Ziel angemessene und für ihn gewöhnliche Verhalten knüpft (Hein/Eichhoff/Pukall/Krien, aaO Anm. 1, 2; Bartholomeyczik, aaO Anm. 2; Becker, AbgO, 3. Aufl., § 5 Anm. 5, 6; Kühn, AbgO, 3. Aufl., § 6 SteueranpG Anm. 1, 2, 3, 5). Da § 5 Abs. 1 GÜKG für den gesamten Bereich des GÜKG gilt (Hein/Eichhoff/Pukall/Krien, aaO Anm. 5; Baumbach/Duden, HGB, 13. Aufl., Anm. zu § 5 GÜKG), verbietet er auch eine Umgehung des Tarifentgelts, insbesondere sind in Umgehung des Tarifs geleistete Zahlungen und andere Zuwendungen untersagt (§ 22 Abs. 2 GÜKG).

Das Berufungsgericht hätte demnach bei seiner Prüfung, ob die Zahlungen der Firma L [REDACTED] wegen Tarifumgehung gegen den als Festentgelt unabänderlichen Tarif verstießen, unter Heranziehung aller tatsächlichen Anhaltspunkte in erster Linie feststellen müssen, welches wirtschaftliche Ziel die Beteiligten bei Abschluß der Verträge vom 14. Februar 1955 zu erreichen gedachten, da sich erst danach bestimmen läßt, ob der zur Erreichung dieses Ziels eingeschlagene Weg als wirtschaftlich angemessen und gewöhnlich zu erachten ist. Dieses Ziel ließ sich aber nicht allein aus dem Inhalt dieser Verträge ermitteln, worauf das Berufungsgericht seine Untersuchungen beschränkt hat. Vielmehr war unerläßlich, die gesamte wirtschaftliche Betätigung der Erstbeklagten in die Betrachtungen einzubeziehen, da der Abschluß ihrer Verträge mit der Firma L [REDACTED] offenbar nur ein Teilstück im Rahmen ihrer Umstellung vom Zuckergroßhandel auf den Betrieb einer Verkaufsagentur für den Absatz

der Zuckerfabriken darstellte. Da die Umstellung nur für vorübergehende Zeit von der Erstbeklagten beabsichtigt war, wie deren Vorbehalt vorzeitiger Kündigung im notariellen Verträge vom 14. Februar 1955 erkennen läßt, ist es unwahrscheinlich, daß sie allein in dem Bestreben wurzelte, Umsatzsteuer zu sparen, wie dies die Beklagten behaupten. Eine Änderung umsatzsteuerrechtlicher Vorschriften war kaum zu erwarten. Dagegen kann durchaus die damals eingeführte höhere Besteuerung des Werkfernverkehrs, die nach dem Vortrag der Beklagten als verfassungswidrig mit der Verfassungsbeschwerde angefochten ist und die eine Erhöhung der Beförderungskosten und damit eine Minderung des Gewinns der Erstbeklagten nach sich zu ziehen geeignet war, für deren Entschluß zur Umstellung zum mindesten mitbestimmend gewesen sein. Sie kann die Erstbeklagte veranlaßt haben, eine zu erwartende Gewinnminderung dadurch zu begrenzen, daß zwar nunmehr die Firma L [REDACTED] die Transporte durchführte, dies aber gegen untertarifliches Entgelt tat, den Tarifverstoß hingegen dadurch zu rechtfertigen, daß sie nach außenhin nicht selbst als Auftraggeber der Transporte auftrat, obwohl sie wirtschaftlich über deren Durchführung weiterhin zu bestimmen und an der Niedrighaltung der Kosten interessiert war, und daß sie die gewährten Frachtrückzahlungen als gesellschaftlichen "Gewinn"-Anteil erscheinen ließ. In diese Richtung deutet der Umstand, daß die Erstbeklagte dafür garantierte, daß die anfallenden Zuckertransporte der Firma L [REDACTED] angeboten würden. Eine solche Garantiepflcht hätte sie schwerlich übernehmen können, wenn sich ihre Tätigkeit, wie sie behauptet, nunmehr darauf beschränkte, den Absatz des Zuckers von den in Berlin unterhaltenen Fabriklagern an die Abnehmer zu vermitteln. Auch kann nicht außer acht

gelassen werden, daß der "Geheimvertrag" von den "Aufträgen" der Erstbeklagten spricht.

Ergibt die in dem dargelegten Rahmen anzustellende, vom Berufungsgericht aber unterlassene Untersuchung, daß wirtschaftlich die Erstbeklagte als Auftraggeberin der Zuckertransporte anzusehen und an der Niedrighaltung der Frachtkosten interessiert war, und daß sie und die Firma L [REDACTED] durch Abschluß ihrer Verträge eine Verbilligung der nach dem Tarif zu zahlenden Frachten bezweckten, so stellten die Zahlungen der Firma L [REDACTED] Frachtrückzahlungen dar, die gegen den Tarif verstießen. Der Firma L [REDACTED] steht dann nach § 817 Satz 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung der von der Erstbeklagten unter Verstoß gegen §§ 5 Abs. 1, 22 Abs. 2 GüKG empfangenen Beträge zu, der nach § 23 Abs. 2 und 3 GüKG auf die Klägerin übergehen konnte und dem § 817 Satz 2 BGB wegen des Ausschlusses dieser Bestimmung durch § 23 Abs. 2 GüKG nicht entgegenstand.

Eine Umgehung des Tarifs läge allerdings nicht vor, wenn die Zahlungen der Firma L [REDACTED] ein angemessenes Entgelt für Leistungen der Erstbeklagten wären. Das Berufungsgericht hält die Zahlungen der Firma L [REDACTED], wobei es allein von den Verträgen vom 14. Februar 1955 ausgeht, wirtschaftlich für eine Vergütung für die Leistungen der Erstbeklagten, die es in der Überlassung der Lastzüge oder des für sie geschuldeten Kaufpreises und in der Frachtvermittlung erblickt, und verneint ein offensichtliches Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Die Revision beanstandet mit Recht, daß mit dieser Begründung die Tarifumgehung nicht verneint werden kann. Denn auch wenn durch die Zahlungen Leistungen der Erstbeklagten vergütet werden sollten, so

konnten diese Zahlungen doch insoweit tarifwidrig sein, als ihre Höhe von den Beteiligten unter Verwirklichung des Tatbestandes der Tarifumgehung festgelegt wurde. Eine unzulässige - weil den Tarif umgehende - Zuwendung kann auch dann vorliegen, wenn der Empfänger wegen einer eigenen Leistung auf die zugewendete Leistung zwar einen Rechtsanspruch hat, die Leistung des Zuwendenden jedoch die Leistung des Empfängers in unangemessener Weise übersteigt. Insoweit gilt für das diesem Rechtsanspruch zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht uneingeschränkt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der zu einer Tarifumgehung nicht mißbraucht werden darf. Inwieweit das hier zutraf, hätte das Berufungsgericht unter den dargelegten rechtlichen Gesichtspunkten prüfen müssen. Dazu wäre, worauf die Revision hinweist, insbesondere die Feststellung notwendig gewesen, welche Vergütung für die Leistungen der Erstbeklagten üblich und angemessen war. Mit der Feststellung, Leistung und Gegenleistung hätten in keinem offensichtlichen Mißverhältnis gestanden, konnte ein Tarifverstoß nicht verneint und ein auf ihm beruhendes Rückforderungsrecht nicht ausgeschlossen werden. Damit würde die wirtschaftliche Betrachtungsweise, nach der Tarifverstöße zu beurteilen sind (vgl. auch BGH Urteil vom 3. November 1959 I ZR 120/58), verlassen werden.

Die Beklagte hat an die Firma L. [REDACTED] zwei Lastzüge verkauft und übereignet. Das zu berücksichtigende Entgelt hierfür ist der Kaufpreis und, soweit er gestundet ist, seine angemessene Verzinsung. Das gesellschaftliche Beteiligungsverhältnis hat als Umgehungstatbestand außer Betracht zu bleiben, soweit es nur der Verschleierung der unzulässigen teilweisen Frachterstattung diene.

Das Berufungsgericht hätte dann schließlich auch prüfen müssen, ob nicht auch die Gewährung einer Vergütung für die Frachtgutvermittlung wegen Tarifumgehung gegen den Tarif verstieß. Die Revision macht zutreffend geltend, daß die gewerbliche Frachtgutvermittlung nach § 32 GüKG nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, deren Vorliegen bei der Erstbeklagten das Berufungsgericht nicht festgestellt hat. War der Erstbeklagten die Frachtgutvermittlung verboten, so muß diese Tätigkeit bei der Prüfung der Frage, wofür die Zahlungen der Firma L. [REDACTED] geleistet wurden, außer Betracht bleiben.

Da demnach das Berufungsgericht bei der Beantwortung der Frage, ob die Firma L. [REDACTED] und die Beklagten durch Tarifumgehung gegen den Tarif verstoßen haben, nicht alle hierfür in Betracht zu ziehenden rechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat, muß das angefochtene Urteil aufgehoben und an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, das nunmehr die Frage eines Tarifverstoßes unter den dargelegten rechtlichen Gesichtspunkten erneut zu prüfen haben wird. Es wird dabei insbesondere Anlaß, Ausgestaltung und wirtschaftliche Auswirkung der beiden Verträge vom 14. Februar 1955 im Zusammenhang mit der früheren und jetzigen wirtschaftlichen Gesamtbetätigung der Erstbeklagten zu prüfen und dabei auch das prozessuale Verhalten der Beklagten, die den Abschluß des Abänderungsvertrages mit verschiedener Begründung zunächst bestritten haben, zu würdigen haben.

2. Ist ein Anspruch der Firma L. [REDACTED] auf Rückgewähr tarifwidriger Zahlungen entstanden, kann ihn die Klägerin doch nur geltend machen, wenn er auf sie übergegangen ist. Ein Übergang wird aber nicht schon dadurch bewirkt,

daß die Klägerin einen Überleitungsbescheid erlassen hat. Nach § 23 Abs. 3 GÜKG ist hierzu weiter erforderlich, daß die Leistung tarifwidriger Zahlungen vorsätzlich erfolgt ist. Ob dies der Fall ist, unterliegt entgegen der Ansicht der Revision der Prüfung durch das ordentliche Gericht, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 22. Oktober 1959 II ZR 167/57 (BGHZ 31, 88) ausgesprochen hat. Denn die Beantwortung der Frage, ob vorsätzliches Handeln vorliegt, kann von der Prüfung, ob überhaupt ein Tarifverstoß - besonders im Falle einer Tarifumgehung - gegeben und ob die Bundesanstalt zur Geltendmachung der Forderung legitimiert ist, nicht getrennt werden. Das Berufungsgericht wird daher im Rahmen seiner erneuten Untersuchung auch in dieser Richtung erforderlich werdende Feststellungen zu treffen und dabei besonders zu würdigen haben, warum neben dem notariellen Vertrag gleichzeitig der privatschriftliche Vertrag abgeschlossen wurde, dessen Bestehen die Beklagten im Rechtsstreit lange Zeit bestritten haben.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist dem Berufungsgericht zu übertragen, da sie vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr.Nastelski Dr.Kuhn Dr.Nörr Liesecke Hill