

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 173/65

URTEIL

Verkündet am
5. Juni 1968
Zug,
Justizangestellter

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1.

2.

beide in :

3.

4.

Beklagten und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1. und 2.:

gegen

Klägerin und Revisionsbeklagte,

und deren Streithelferin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juni 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Pehle, Dr. Mösl, Alff, Dr. Simon und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Beklagten zu 1 und 2 gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 2. April 1965 werden zurückgewiesen.

Die Beklagten zu 1 und 2 haben die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten der Nebenintervention als Gesamtschuldner zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Senat von Berlin ließ zu Beginn des Jahres 1959 größere Mengen Lebensmittel nach Berlin befördern und einlagern.

Die Transporte wurden in der Hauptsache von Berliner Fernverkehrsunternehmen in der Zeit von Februar bis Mai 1959 ausgeführt. Die Mehrzahl der Unternehmer waren Genossen der Klägerin; in dieser haben sich Unternehmer des Güterfernverkehrs in Berlin zusammengeschlossen. Bei der Vergabe der Transportaufträge handelte die Beklagte zu 1 (Gedlag) als Auftraggeberin im eigenen Namen, jedoch

- 3 -

in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin eines Konsortiums, das aus den Firmen G [REDACTED], Ge [REDACTED] und E [REDACTED] Berlin bestand. Unter Einschaltung der Intwa (Beklagte zu 2) beauftragte sie verschiedene Güterfernverkehrsunternehmer, darunter auch die Firma Go [REDACTED] (Beklagte zu 3), deren Gesellschafter die Beklagten zu 4 sind, mit der Ausführung der Transporte.

Die Transporte wurden in der Weise abgerechnet, daß die Unternehmer über das volle Beförderungsentgelt quittierten, jedoch nur 90 1/2 v.H. ausgezahlt erhielten. Für den Rest wurden Quittungen über Vermittlungsprovisionen ausgehändigt, und zwar für die I [REDACTED] über 8 v.H. und für die Firma Go [REDACTED] über 1 1/2 v.H. der geschuldeten Fracht. Aus einem Rundschreiben der I [REDACTED], das jeder Unternehmer erhalten hatte, ergab sich ein Provisionssatz von 9 v.H. zugunsten der I [REDACTED]; von dieser Summe überließ diese 1 v.H. der Firma Go [REDACTED], so daß diese über insgesamt 1 1/2 v.H. der Fracht quittieren konnte.

Die I [REDACTED] (Beklagte zu 2) ist eine Tochtergesellschaft der G [REDACTED] (Beklagte zu 1). Sie ist im Handelsregister eingetragen; seit Ende 1958 ist Gegenstand des Unternehmens auch die "Vermittlung von Beförderungsgeschäften und von Geschäften über sonstige Leistungen". Alleingesellschafterin der I [REDACTED] ist die G [REDACTED]. Beide Firmen haben ein gemeinsames Geschäftslokal; der Geschäftsführer der I [REDACTED], A [REDACTED], ist zugleich Prokurist der G [REDACTED]; er erhält für die Tätigkeit als Geschäftsführer ein monatliches Entgelt von 50,-- DM. Im übrigen erledigen die Angestellten der G [REDACTED] die Geschäfte der I [REDACTED], ohne von dieser dafür eine besondere Vergütung

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



zu erhalten. Der Jahresreingewinn der I [REDACTED] fließt an die G [REDACTED].

Die Klägerin, die von der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr (BAG) als amtliche Frachten-Prüfstelle zugelassen ist, hält die Abführung der Provisionen an die Beklagte zu 2 und an die Firma Go [REDACTED] für tarifwidrig und begehrt von ihnen und der Beklagten zu 1 die Herauszahlung zugunsten der nach ihrer Ansicht benachteiligten Unternehmer. Sie meint, die I [REDACTED] sei nur zum Schein tätig geworden, da sie mit der G [REDACTED] personell, organisatorisch und wirtschaftlich identisch sei. Beide Firmen seien somit zur Rückzahlung verpflichtet.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 71.460,10 DM nebst 5 v.H. Zinsen seit dem 1. Mai 1959 zu zahlen,
2. (betrifft die Beklagten zu 3 und 4).

Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie halten den Abzug der Vermittlungsprovisionen für berechtigt, weil die Beklagte zu 2, die I [REDACTED], die Transporte vermittelt und daher Anspruch auf Provision habe. Ihr innerer Zusammenhang mit der Beklagten zu 1, der G [REDACTED], sei unbeachtlich, da nicht diese, sondern das Konsortium Auftraggeber der Fuhrunternehmer gewesen sei; an das Konsortium seien aber keine Provisionen weitergeleitet worden. Alle Unternehmer seien mit dem Abzug der Provision einverstanden gewesen.

Das Landgericht hat die Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt; das Kammergericht hat die Berufung sämtlicher Beklagten zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil hinsichtlich aller Beklagten aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Wegen des Tatbestandes wird im übrigen auf das erste Revisionsurteil vom 30. Januar 1964 (II ZR 141/62 - VersR 1964, 479) verwiesen.

Im erneuten Berufungsverfahren ist die BAG auf Seiten der Klägerin dem Rechtsstreit beigetreten. Das Kammergericht hat die Berufung der Beklagten zu 1 und 2 durch Endurteil nach § 300 Abs. 2 ZPO erneut zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin und ihre Streithelferin bitten, verfolgen die Beklagten zu 1 und 2 ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Nebenintervention der BAG zugelassen, weil die Nebenintervenientin ein eigenes rechtliches Interesse an dem Ausgang des zwischen den Parteien schwebenden Rechtsstreits glaubhaft gemacht habe (§§ 66, 71 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Gegen die ausführlichen Darlegungen, mit denen das Kammergericht das rechtliche Interesse bejaht hat und die keinen Rechtsfehler ersehen lassen, erhebt die Revision keine Angriffe.

II. Der Bundesgerichtshof hat im ersten Revisionsurteil ausgeführt, die wirtschaftliche Identität von G [REDACTED] und I [REDACTED] reiche noch nicht ohne weiteres zur Annahme eines Scheintatbestandes im Sinne des § 5 GüKG aus; ein solcher könne, da eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten sei, nur angenommen werden, wenn G [REDACTED], wirtschaftlich gesehen, die Geschäfte selbständig geführt habe; ihre formale Stellung als Absender genüge hierzu nicht. Andererseits schließe der Umstand, daß G [REDACTED] für Rechnung des Konsortiums gehandelt habe, nicht ohne weiteres aus, daß sie wirtschaftlich gesehen Herr der Geschäfte war; entscheidend sei, wer wirtschaftlich gesehen die Einkäufe vorgenommen habe, da in dessen Aufgabenbereich auch die damit notwendig verbundenen Transporte fielen. Sollte G [REDACTED] im Konsortium keine beherrschende Stellung gehabt haben und läge der Fall so, daß das Konsortium als solches durch G [REDACTED] die Geschäfte vornehmen ließ, es sich also um gemeinsame Geschäfte der drei Firmen gehandelt habe, so würde ein Scheintatbestand auch dann nicht vorliegen, wenn das Konsortium einen seiner drei Gesellschafter mit der Vermittlung der Transporte beauftragt hätte.

Dem Berufungsgericht war daher im ersten Revisionsurteil (UA 19 f) aufgegeben worden zu prüfen, ob G [REDACTED] in wirtschaftlicher Sicht die Einkäufe und die damit verbundenen Transporte selbständig vorgenommen und insoweit eine beherrschende Stellung im Konsortium eingenommen habe, da nur dann mit der Vermittlung der Transporte durch die I [REDACTED] die Schaffung eines Scheintatbestandes angenommen werden könne.

III. 1. Nach dem ersten Revisionsurteil ist davon auszugehen, daß die Beklagte zu 1 bei allen hier in Betracht kommenden Frachtaufträgen als Absenderin aufgetreten ist; als solche durfte sie nach § 22 Abs. 2 GüKG das Beförderungsentgelt nicht kürzen und durfte dieses Verbot auch nicht durch die Schaffung eines Scheintatbestandes umgehen (§ 5 GüKG). Da die Beklagte zu 2 - wie nach dem ersten Revisionsurteil ebenfalls feststeht - mit der Beklagten zu 1 wirtschaftlich identisch ist, muß sich die Beklagte zu 1 so stellen lassen, als ob sie selbst die Vermittlungsprovisionen erhalten hätte; danach scheidet die Schaffung eines Scheintatbestandes nur für den vom ersten Revisionsurteil hervorgehobenen Fall aus, daß G [REDACTED], wirtschaftlich gesehen, nicht Herr der Einkäufe und der damit verbundenen Transportgeschäfte gewesen wäre, sondern daß "das Konsortium als solches durch Gedelag die Geschäfte vornehmen ließ" (1. RevUrt. S. 20).

2. Das Berufungsgericht ist unter eingehender Würdigung der Bestimmungen des Konsortialvertrages zu der Überzeugung gekommen, daß G [REDACTED] (die Beklagte zu 1) Herr der Einkaufs- und Transportgeschäfte gewesen sei und im Konsortium eine beherrschende Stellung eingenommen habe. Die beiden anderen Konsorten hätten so gut wie keinen Einfluß auf diese Geschäfte gehabt. G [REDACTED] sei die alleinige Geschäftsführung übertragen gewesen, die nur aus wichtigem Grunde (§ 712 BGB) habe entzogen werden können. Da das Konsortium seine Beschlüsse nur einstimmig, also auch nur mit Zustimmung der G [REDACTED] habe fassen können, habe es der G [REDACTED] gegen deren Willen keine Weisungen nach §§ 713, 665 BGB erteilen können. G [REDACTED] sei nur

durch den Gesellschaftszweck, also letzten Endes durch den Inhalt der vom Senat von Berlin mit den Konsorten abgeschlossenen, jeweils gleichlautenden Beschaffungsverträge in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt gewesen. Die Konsorten hätten sich jedes Widerspruchsrechts gegen die von G. [REDACTED] im eigenen Namen für Rechnung des Konsortiums geschlossenen Geschäfte begeben. Bei der Auswahl der Lieferfirmen, der Frachtführer und der Lagerhalter sowie beim Abschluß der Geschäfte mit diesen einschließlich der auszuhandelnden Versicherungsbedingungen habe G. [REDACTED] völlig freie Hand gehabt; sie habe auch allein über das Beschaffungsdarlehen verfügt, das die Stadt B. [REDACTED] über die allgemeine Finanzierungs- und Verwaltungsbank GmbH im Rahmen der Einlagerungsaktion für die Beschaffung der Lebensmittel gegeben habe. G. [REDACTED] sei freier gestellt gewesen als ein Kommissionär oder ein Spediteur, die die Weisungen des Kommittenten oder des Versenders befolgen müßten, aber gleichwohl regelmäßig - wirtschaftlich gesehen - Herr des Geschäfts seien (vgl. dazu das erste Revisionsurteil S. 19). Dazu komme das wirtschaftliche Übergewicht der G. [REDACTED] im Konsortium, das sich aus ihrer Beteiligung von 65 v.H. gegenüber der Beteiligung der Gefina mit 25 v.H. und der E. [REDACTED] mit 10 v.H. ergebe.

Danach stelle - so führt das angefochtene Urteil weiter aus - die Einschaltung der mit der Beklagten zu 1 wirtschaftlich und personell identischen Beklagten zu 2 als Frachtvermittler die Schaffung eines Scheintatbestandes dar, so daß die Kürzung der Fracht um 9 v.H. gemäß § 22 Abs. 2 GüKG unzulässig gewesen sei. Die Beklagten zu 1 und 2 hafteten daher, wie schon im ersten

Revisionsurteil im einzelnen dargelegt, als Gesamtschuldner auf die Rückzahlung des vollen Betrages von 71.460,10 DM, um den die Frachtbeträge im Interesse der Beklagten zu 2 gekürzt worden seien (§§ 22, 23 GuKG, §§ 826, 830, 840, 421 BGB, bezüglich der Beklagten zu 2 auch §§ 276, 278, 421 BGB).

IV. Die gegen diese Darlegungen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Die Revision meint, entscheidend sei nicht, ob die Beklagte zu 1 als Geschäftsführerin des Konsortiums frei habe handeln können, sondern weshalb sie so habe handeln können und woher sie die Befugnis hierzu gehabt habe. Sie habe aus übertragenem Recht der Gesamthand der Gesellschaft gehandelt; Herr der Geschäfte sei derjenige, der das Rechte habe, nicht derjenige, dem es zur Ausübung überlassen sei. Innerhalb des Konsortiums habe G [REDACTED] keine wirtschaftliche Machtstellung besessen, da die Höhe ihrer Beteiligung ihr kein Übergewicht verliehen habe; denn nur einstimmig gefaßte Beschlüsse seien wirksam gewesen.

Die Revision verkennt bei diesen Ausführungen, daß es nach dem ersten Revisionsurteil nicht auf die Stellung der Gedelag im Konsortium insgesamt ankommt, sondern nur darauf, ob diese Beklagte bei den Geschäften des Ankaufs, des Transports und der Einlagerung der Waren eine selbständige Stellung eingenommen hat. Dies hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler bejaht. Es hat dabei zutreffend vor allem darauf abgestellt, daß die Beklagte zu 1, nachdem sie einmal zur Geschäftsführerin bestellt war, praktisch

keinerlei Beeinflussung mehr ausgesetzt war, da jeder Beschluß, der eine Änderung ihrer Befugnisse oder eine Weisung bezüglich der Art ihrer Geschäftsführung zum Gegenstand haben sollte, nur einstimmig, also nicht gegen ihren Willen gefaßt werden konnte. Die Frage der selbständigen Stellung der Gedelag ist in diesem Rechtsstreit unter der dabei gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise darauf ausgerichtet, ob die Transportunternehmer für die ihnen erteilten Transportaufträge Vermittlungsprovisionen zu zahlen haben. Das aber hängt davon ab, ob die Beklagte zu 2 eine echte Vermittlungsleistung erbracht hat, indem sie Auftraggeber und Fuhrunternehmer zum Abschluß von Frachtverträgen zusammenführte. Da sie, wie nach dem ersten Revisionsurteil feststeht, wirtschaftlich identisch mit der Beklagten zu 1 ist, konnte das nur der Fall sein, wenn die Beklagte zu 1, die formal als Absender auftrat, in wirtschaftlicher Sicht nicht Herr des Geschäfts war, sondern wenn, wirtschaftlich gesehen, das Konsortium als Auftraggeber anzusehen gewesen wäre (erstes Revisionsurteil S. 20). Das kann jedoch nicht angenommen werden, wenn die Beklagte zu 1, wie das nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Fall war, bei der Vergabe und der Gestaltung der Transportaufträge völlig freie Hand hatte. Dabei kommt dem Umstand, daß die Transportaufträge für Rechnung des Konsortiums erteilt wurden, ebensowenig Bedeutung zu wie beim Kommissionär und beim Spediteur; das ist bereits im ersten Revisionsurteil hervorgehoben.

Hiernach ist es unerheblich, daß der für die Bevorratung gewährte Bankkredit dem Konsortium eingeräumt war und daß Gedelag für das Konsortium die Bücher führte,

daß ferner die eingelagerten Waren im Gesamthandseigentum des Konsortiums standen und daß endlich die drei Konsorten, abgesehen von dem Einlagerungsvorhaben, in scharfem Wettbewerb miteinander standen. Es ist auch unerheblich, aus welchen Gründen das Konsortium der Beklagten zu 1 die alleinige Geschäftsführung übertragen hat. Das Berufungsgericht hat sich ferner - entgegen der Beanstandung der Revision - mit der Frage des Kontrollrechts der beiden anderen Konsorten und der Frage der Absprache der Lieferverträge unter den Gesellschaftern befaßt, hat aber diesen Fragen für die Entscheidung des Rechtsstreits mit Recht keine Bedeutung beigemessen. Endlich ist nicht ersichtlich, inwiefern die Einflußnahme von Berlin auf die Tätigkeit des Konsortiums und die Bindung der Konsorten an die mit B. geschlossenem Bevorratungsverträge für die hier allein zu entscheidende Frage der Vermittlungsprovision von Bedeutung sein sollte.

2. Die Revision meint, die Beklagten zu 1 und 2 könnten nicht wegen der 1 1/2 v.H. Provision in Anspruch genommen werden, die die Firma Go. (damalige Beklagte zu 3) für sich beansprucht hat. Dabei ist zunächst übersehen, daß die Beklagten zu 1 und 2 nur zur Rückzahlung von 1 v.H. dieser Provision verurteilt worden sind; das restliche 1/2 v.H. hat die Klägerin unmittelbar gegen Go. geltend gemacht. Im übrigen ist diese Frage im ersten Revisionsurteil (S. 18) behandelt. Das Berufungsgericht ist bei der dort gebilligten Ansicht verblieben, daß die Abführung von 1 v.H. an Go. ein interner Vorgang zwischen den Beklagten zu 1 und 2 einerseits und der Firma Go. andererseits gewesen sei, der die Verpflichtung der Beklagten zur Rückzahlung der von ihnen in Höhe von 9 v.H. geforderten Provision nicht berühre.

Die Revision rügt dazu, das Berufungsgericht habe den neuen Vortrag der Beklagten übergangen, wonach die Firma Go [REDACTED] den Fuhrunternehmern erklärt habe, daß sie als Untervermittlerin 1 1/2 v.H. und die Firma I [REDACTED] als Vermittlerin 8 v.H. Provision beanspruchten; diese Behauptung sei unter das Zeugnis der Frau Leni Go [REDACTED] gestellt gewesen. Diese Rüge scheitert daran, daß Leni Gotta in der erneuten Berufungsverhandlung noch Beklagte (zu 4 a) gewesen ist und deshalb wegen ihrer Parteistellung nicht als Zeugin vernommen werden konnte (RGZ 91, 37), zumal sie in ihrer Parteistellung an dieser Frage nicht unbeteiligt war. Im übrigen würde sich nach dem Dargelegten an der Rückzahlungspflicht der Beklagten auch dann nichts ändern, wenn der I [REDACTED] anstelle des geforderten Betrages von 9 v.H. tatsächlich nur Beträge in Höhe von 8 v.H. verblieben wären.

V. Da das Berufungsurteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler ersehen läßt, war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus §§ 97, 101 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Pehle

Mösl

Alff

Simon

Merkel