

BGHZ: nein

Verkaufsagentur

- a) Beauftragen mehrere Fuhrunternehmer, die Straßenbaustoffe transportieren, eine Agentur, deren Gesellschaftsanteile voll im Besitz der Inhaber eines Werkes sind, das diese Baustoffe gewinnt, für sie die Handelsfunktion wahrzunehmen, so liegt ein Scheintatbestand i.S. des § 5 GüKG nur dann nicht vor, wenn die angeschlossenen Händler der Agentur gegenüber rechtlich und tatsächlich weisungsbefugt und insoweit vom Hersteller unabhängig sind.
- b) Die Absicht, tatsächlich bestehende Wettbewerbsnachteile gegenüber den im Werkverkehr fahrenden Mitbewerbern auszugleichen, rechtfertigt eine Tarifumgehung nicht, zumal Abhilfe über die Tarifkommissionen gesucht werden kann.

BGH, Urt. v. 10. April 1974 - I ZR 63/73 - OLG Hamm
LG Arnsberg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 63/73

URTEIL

Verkündet am

10. April 1974

Spengler,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr in K[REDACTED],
vertreten durch ihren Präsidenten, dieser im Rechts-
streit vertreten durch den Rechtsdezernenten der Außen-
stelle W[REDACTED]-L[REDACTED], M[REDACTED], Ma[REDACTED]straße [REDACTED],
Verwaltungsrat Ke[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Firma Fritz We[REDACTED] KG in S[REDACTED] Krs. Li[REDACTED],
Kr[REDACTED]straße [REDACTED], vertr. d.d. pers. haftenden Gesellschaf-
ter Fritz W[REDACTED],
2. den Kaufmann Fritz W[REDACTED], persönlich haftender Gesell-
schafter der Beklagten zu 1, gleichfalls in S[REDACTED]
Krs. Li[REDACTED], Kr[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 1974
durch die Richter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel,
Dr. Schönberg und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm
vom 15. März 1973 aufgehoben. Die Sache wird
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten des Revisionsverfahrens,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin erhebt Ansprüche auf Nachzahlung
tarifmäßiger Frachtentgelte, die ihrer Meinung nach
30 Transportunternehmern und Baustoffgroßhändlern
in Höhe von insgesamt 53.364,24 DM gegen die Beklagte
zustehen und die sie gemäß § 23 Abs. 3 GÜKG auf sich
übergeleitet hat. Die Transporte sind in der Zeit
vom 1. Februar 1968 bis zum 31. März 1969 ausgeführt
worden.

Die Beklagte zu 1 beliefert ihre Kunden u. a.
mit Straßenbaustoffen, die sie in ihren Werken gewinnt
und aufbereitet. Da sie seinerzeit nur wenige eigene
Fahrzeuge hatte, ließ sie das Material, soweit es
nicht abgeholt wurde, u. a. durch die 30 kleineren
Transportunternehmer befördern, deren Ansprüche die



Klägerin auf sich übergeleitet hat.

Als sich der Wettbewerb im Jahre 1966 dadurch verschärfte, daß einige größere Firmen dieses Raumes, die über einen eigenen großen Fuhrpark verfügten und die Transporte deshalb im tarifungebundenen Werkverkehr ausführten, ihre Materialien zu Preisen anboten, die die Beklagte nicht halten zu können glaubte, suchte diese nach einem Weg zur Senkung der Kosten. Dabei kam den Transportkosten eine besondere Bedeutung zu, weil diese sich in manchen Fällen auf mehr als das Doppelte des Materialwertes beliefen. Der Beklagte zu 2 und sein Sohn, beide Gesellschafter der Beklagten zu 1 mit 60 bzw. 40 % Gesellschaftsanteil, gründeten dazu eine Transportagentur, die Firma Fritz W[REDACTED] GmbH, an der beide zu je 50 % beteiligt waren. Die Agentur trat durch ihre Gesellschafter und den Angestellten der Beklagten zu 1 H[REDACTED], der nunmehr zeitweise für die Fritz W[REDACTED] GmbH tätig war, u. a. an die Unternehmer, die bisher die Transporte durchgeführt hatten, heran und schlug ihnen vor, zur Verbesserung der Konkurrenzfähigkeit die Baustoffe fortan durch Vermittlung der Agentur als Großhändler von der Beklagten zu 1 zu kaufen und sie sodann den weiteren Abnehmern im Werkverkehr zuzuführen. Die erwähnten 30 Unternehmen schlossen mit der Fritz W[REDACTED] GmbH Agenturverträge ab, nach deren Inhalt sie die Agentur damit betrauten, Geschäfte für ihre Unternehmen über Baustoffe aller Art zu vermitteln und in ihrem Namen abzuschließen. Sämtliche Abrechnungen sollten über die Agentur durchgeführt werden; die Forderungen gegen Abnehmer wurden zum Einzug im eigenen Namen an die Agentur abgetreten, die auch die Zahlungen an die Beklagte zu 1 als Lieferantin auszuführen hatte; die Agentur sollte den Unternehmern

unverzüglich Abschriften sämtlicher Unterlagen zuleiten. Sie erhielt für ihre Tätigkeit eine Vergütung, die sie von den eingezogenen Beträgen abziehen sollte. Die genannten Unternehmer hatten bis auf vier bereits vor dem November 1966 einen Baustoffgroßhandel als Gewerbe angemeldet. Fünf dieser Firmen übten damals bereits den Baustoffhandel aus, setzten aber ihre Fahrzeuge daneben auch als Transportunternehmer für die Beklagte ein. Die übrigen Firmen handelten nach Darstellung der Klägerin nicht oder nur geringfügig mit Baustoffen.

In der Folgezeit wurde nach dem Agenturvertrag verfahren. Die Agentur schloß im Namen der Unternehmen Kaufverträge mit den Abnehmern ab und erteilte den Abnehmern Rechnungen mit dem Vermerk:

"Wir lieferten Ihnen unter Zugrundelegung der beigefügten Geschäftsbedingungen im Namen und für Rechnung der nachfolgenden Baustoffgroßhändler"

Dabei setzte die Agentur regelmäßig in einer Rechnung mehrere der erwähnten Firmen, die die Anlieferung des Materials zu den Kunden ausgeführt hatten, als Verkäufer ein. In vielen Fällen erhielten die Firmen erst bei der Versandabteilung der Beklagten Kenntnis von dem einzelnen Auftrag. Die Agentur übergab ihnen eine Rechnung der Beklagten über das gelieferte Material und eine Durchschrift der dem Abnehmer erteilten Rechnung. Die Unternehmen buchten die Aufträge als Großhandelsgeschäft und führten vor dem 1. Januar 1968 die Umsatzsteuer ab. Die Abnehmer führten in ihrem Lieferantenkonto nicht die einzelnen Firmen, sondern die Firma W. auf.

Die Entgelte, welche die Unternehmen erhielten, lagen bis zu 45 % unter den Tarifentgelten, die sie bekommen hätten, wenn sie die Materialien als Transportunternehmer für die Beklagte zu 1 befördert hätten.

Die Klägerin hat behauptet, mit der Gründung der Fritz W. GmbH habe die Beklagte eine Umgehung der tariflichen Vorschriften beabsichtigt. Die Beklagte sei wegen des zunehmenden Konkurrenzkampfes in der Steinindustrie bemüht gewesen, ihre Verkaufspreise so niedrig wie möglich zu halten. Um eine angemessene Gewinnspanne zu behalten, habe sie sich bemüht, die Transportkosten zu senken. Da dies nur durch Umgehung der vorgeschriebenen Tarifentgelte möglich gewesen sei, habe sie die mit ihr wirtschaftlich identische GmbH gegründet, um die Transporte im Werkverkehr der Transportunternehmer durchführen zu lassen. Die Einschaltung eines echten Zwischenhandels habe weder im Interesse der Beklagten noch der Transportunternehmer gelegen. Die Transportunternehmer hätten sich auf den Agenturvertrag nur deshalb eingelassen, weil sie sonst keine Aufträge erhalten hätten und in wirtschaftliche Schwierigkeiten gekommen wären. Sie hätten sich nicht als Baustoffhändler betrachtet und seien auch nicht als solche tätig geworden. Nach ihren Ermittlungen hätten die 30 Unternehmen keinen Einfluß auf das Verkaufsgeschäft und die Gewinnspanne gehabt, sie hätten auch kein Handelsrisiko getragen, vielmehr lediglich den Differenzbetrag zwischen Ein- und Verkaufspreis nach Abzug der Vermittlungsprovision als Beförderungsentgelt erhalten. Der von der Beklagten gewählte Weg sei nicht üblich. Die Inhaber der Unternehmen hätten sich als Transportunternehmer und nicht als Baustoffgroßhändler gefühlt.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen,
an sie

1. DM 30.857,73 nebst 4 % Zinsen seit dem
16.1.1969,
2. DM 22.506,51 nebst 4 % Zinsen seit dem
12.8.1969
zu zahlen.

Die Beklagten haben demgegenüber behauptet, die wirtschaftliche Existenz der 30 Unternehmen sei durch die damals für das Transportgewerbe bestehenden Tarifordnungen bedroht gewesen. Da die größeren Konkurrenzfirmen mit einem umfangreichen eigenen Fuhrpark nicht an diese Tarife gebunden gewesen seien, hätten sie das Material billiger als die Beklagte zu 1 an die Kunden verkaufen können. Da die Unternehmer auf die Durchführung der Geschäfte angewiesen gewesen seien, weil sie anderenfall ihre Betriebe nicht hätten aufrechterhalten können, habe sich nur der Weg der Übernahme der Geschäfte als Baustoffgroßhändler angeboten. Dies habe umso näher gelegen, als die Firmen überwiegend bereits seit Jahren ein Gewerbe als Baustoffgroßhändler angemeldet gehabt hätten und auch als Händler nebenbei tätig gewesen seien. Da die meisten Unternehmer nur zwei Lastzüge gehabt hätten, hätten die Einsätze koordiniert werden müssen. Dies hätten die kleineren Unternehmer nicht machen können. Das gleiche gelte für die umfangreiche kaufmännische Tätigkeit. Der vernünftigste Weg sei deshalb der gewesen, eine Vermittlungsagentur zu gründen. Die Unternehmer hätten frei über die Annahme oder Ablehnung der Aufträge entscheiden können. Angesichts der direkten Rechnungserteilung beständen auch die wirtschaftlichen und recht-

lichen Beziehungen zwischen ihnen und den Abnehmern.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klage in Höhe von DM 4.565,25 nebst 4 % Zinsen seit dem 16. Januar 1969 mit der Begründung stattgegeben, daß die Unternehmer, auf die dieser Rechnungsbetrag entfalle, auf keinen Fall als Großhändler in Betracht kämen. Dieses Urteil ist rechtskräftig. Durch das allein noch umstrittene Schlußurteil hat das Landgericht der Klage auch im übrigen stattgegeben.

Dagegen haben sich die Beklagten, unter anderem auch unter Erhebung der Einrede der Verjährung, mit der Berufung gewandt. Das Oberlandesgericht hat der Berufung stattgegeben und die Klage, soweit noch anhängig, abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter. Die Beklagten beantragen die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht verneint das Vorliegen von Scheintatbeständen im Sinne des § 5 GüKG und führt dazu aus, die Beklagte zu 1 und die Unternehmer seien gemeinsam daran interessiert gewesen, daß möglichst viel des von der Beklagten gewonnenen Straßenbaumaterials zu für beide Seiten möglichst günstigen Bedingungen abgesetzt werden konnte, was nur habe erreicht werden können, wenn die Abnehmer etwa zu den gleichen Preisen beliefert werden konnten, wie sie die Konkurrenz gewährte. Da insbesondere die wirtschaftlich starken Konkurrenten aus dem Warsteiner Raum deshalb zu günstigeren Preisen anbieten konnten, weil sie aufgrund ihres eigenen großen Fuhrparks im Werkverkehr liefern und die Transportkosten

deshalb niedriger als zu den Tarifsätzen kalkulieren konnten, habe es für die Beklagte zu 1 und die Unternehmer nahe gelegen, sich um eine gleiche wirtschaftliche Ausgangsposition zu bemühen, wozu sich die Einschaltung der bisherigen Transportunternehmer in deren Eigenschaft als Großhändler als rechtlich zulässiger Weg angeboten habe. Diese Firmen hätten den Baustoffhandel auch schon vorher als ihr Gewerbe angemeldet und - teils mehr, teils weniger - tatsächlich ausgeübt. Es habe demnach ein eigenes, von dem der Beklagten zu 1 unabhängiges Interesse der Unternehmer an der Ausübung des Gewerbes eines Baustoffgroßhändlers bestanden. Die Firmen seien auch frei in der Ablehnung solcher Geschäfte gewesen, insbesondere nicht verpflichtet, bestimmte Mengen abzunehmen. Die rechtlichen Beziehungen seien durch Vermittlung der GmbH hergestellt worden, die Geschäftsvorfälle seien auch als Großhandel verbucht worden. Der gewählte Weg sei bei der gegebenen Wettbewerbs- und Interessenslage wirtschaftlich durchaus vernünftig gewesen, denn die Beklagte hätte anderenfalls unter erheblichen finanziellen Einbußen ihren Fuhrpark stark vergrößern oder aber zu Lasten ihrer Konkurrenzfähigkeit Frachten in tarifmäßiger Höhe zahlen müssen. Das hätte nicht im Interesse der Fuhrunternehmer/Händler liegen können, weil diese dann ihre Fahrzeuge überhaupt nicht hätten einsetzen können. Es liege aber nicht im Sinne der mit den tariflichen Vorschriften verfolgten Zwecke, wenn man Transportunternehmer, die zugleich Baustoffgroßhändler seien, zwingt, auf den Einsatz ihrer Fahrzeuge im Baustoffgewerbe zu verzichten, wenn sich Transportverträge nach den tariflichen Vorschriften auf dem Markt deshalb nicht erreichen ließen, weil andere Firmen die kalkulatorischen Vorteile des Werkverkehrs ausschöpfen könnten. Dies führe zu einer nicht

gerechtfertigten Benachteiligung kleinerer Unternehmen im Verhältnis zu kapitalkräftigeren Konkurrenten. Im übrigen sei der Verkauf über Baustoffhändler im dortigen Raum ein üblicher Absatzweg, wie das Berufungsgericht als Ergebnis der Beweisaufnahme feststellt, wobei auch der Handel im direkten Streckengeschäft üblich sei. Schließlich sei es in diesem Geschäftszweig nicht unüblich, daß bei der Abwicklung größerer Vorhaben Vermittler eingeschaltet werden, die beim Einsatz vieler kleinerer Firmen für diese die Abrechnungen mit den Firmen, die die Aufträge vergeben, führen und die kaufmännischen Angelegenheiten, wie Erstattung der Abrechnungen und Einziehen der Forderungen, erledigen.

II. Die dagegen gerichteten Revisionsrügen haben Erfolg.

1. Ob etwaige Ansprüche der Transportunternehmer der Klägerin zustehen, hängt gemäß § 23 Abs. 3 GÜKG davon ab, ob die Unternehmer vorsätzlich gehandelt haben. Die Feststellung darüber ist vom Gericht zu prüfen, der Überleitungsbescheid ersetzt sie nicht (BGH NJW 1960, 335; NJW 1963, 103). Das Berufungsgericht hat, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, darüber keine Feststellungen getroffen. Dies wird bei der erneuten Verhandlung nachzuholen sein. Dabei ist zu beachten, daß die Feststellung des Vorsatzes nicht erfordert, daß die Unternehmer eine Umgehung des Tarifs bezweckt haben. Zum Vorsatz i. S. des § 23 Abs. 3 GÜKG genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß der Unternehmer die Tatsachen gekannt hat, aus denen sich ergibt, daß die Zahlungen einer Umgehung des tarifmäßigen Entgelts gleichkommen (BGHZ 38, 183).

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht den Sachverhalt daraufhin geprüft, ob die Beteiligten hier versucht haben, die Vorschriften des GÜKG, insbesondere die Tarifvorschriften durch Schaffung von Scheintatbeständen zu umgehen (§ 5 GÜKG). Die Revision will diesen Gesichtspunkt nur hilfsweise heranziehen und meint, der Rechtsfehler des Berufungsgerichts liege schon darin, daß es die Transporte als zulässigen Werkverkehr behandelt habe, obwohl dessen Merkmale, wie z. B. das Vorliegen einer bloßen Hilfstätigkeit (§ 48 Abs. 1 Ziff. 5 GÜKG), nicht gegeben seien.

Die Revision meint damit wohl, daß schon der formale Tatbestand, wie ihn die Beteiligten mit den auf die Unternehmer lautenden An- und Verkaufsverträgen geschaffen haben, es verbiete, von einem Werkverkehr im Sinne des § 48 GÜKG zu sprechen, insbesondere weil die Beförderung nicht lediglich eine Hilfstätigkeit im Sinne des § 48 Abs. 1 Ziff. 5 GÜKG darstelle, da die Beförderung die einzige von den Unternehmern ausgeübte Tätigkeit gewesen sei. Dem könnte nicht beigetreten werden, denn wenn sich im vorliegenden Fall der wirtschaftliche Sachverhalt mit den gewählten Rechtsformen deckte, die Unternehmer also echt als Händler tätig geworden wären, könnte das Vorliegen von Werkverkehr nicht zweifelhaft sein, auch nicht die Annahme, die Beförderung sei nur eine Hilfstätigkeit im Rahmen des Handelsgeschäfts. Dementsprechend beruhen auch die Argumente, mit denen die Revision sich gegen die Annahme von Werkverkehr wendet, sämtlich auf der Unterstellung, daß die Unternehmer nicht als Händler tätig gewesen sind, daß sich also die Unzulässigkeit doch nicht aus der formalen Gestaltung, sondern erst aus dem Aus-

einanderfallen von Form und Inhalt ergibt.

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein Scheintatbestand im Sinne des § 5 GüKG vor, wenn die Rechtsfolgen, die gesetzliche Vorschriften einem bestimmten Verhalten beilegen, dadurch vermieden werden sollen, daß zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges nicht der den Umständen nach gewöhnliche und zweckmäßige Weg, sondern unter Ausnutzung der Vertragsfreiheit ein anderer, den wirtschaftlichen Folgen ferner liegender und daher ungewöhnlicher Weg eingeschlagen wird, der an den vom Gesetz angeordneten Folgen vorbeiführen soll (BGH NJW 1960, 1057, 1058). Einen solchen Scheintatbestand hätte das Berufungsgericht aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen nicht verneinen dürfen.

a) Die gesamte Abwicklung der Geschäfte lag tatsächlich in der Hand des Herstellers und die als solche bezeichneten Zwischenhändler hatten lediglich die Transporte auszuführen. Das ergibt sich aus den getroffenen Feststellungen, wonach der Beklagte zu 2 zugleich Mitinhaber und Geschäftsführer der Beklagten zu 1 und der Agentur war, ohne Beteiligung der Unternehmer die Aufträge hereinholte, die Preise aushandelte, die Lieferungen bestimmte, die Transporte einteilte und die Unternehmer lediglich die Beförderungsaufträge entgegennehmen und die Beförderung ausführen konnten. Kennzeichnend ist insoweit auch, daß die Abnehmer nicht diese Unternehmer, sondern die Beklagte zu 1 als Lieferanten ansahen und entsprechend ihre Konten führten, und daß die Transportunternehmer nach den unbestrittenen Behauptungen der Klägerin sich insoweit als Transportunternehmer und nicht als Baustoffhändler angesehen haben. Hier fehlte jede echte Handelstätigkeit,

so daß es als ein ungewöhnlicher Weg angesehen werden muß, wenn die Unternehmer hier nach bürgerlichem Recht als Vertragsparteien gegenüber der Beklagten zu 1 und den Abnehmern aufgetreten sind. Die Beklagten können sich auch nicht darauf berufen, daß die Agentur kraft Auftrags die Handelsfunktion wahrgenommen habe. Eine solche Gestaltung ist nur dann kein Scheintatbestand, wenn die angeschlossenen Händler dieser gegenüber in bezug auf die Handeltätigkeit rechtlich und tatsächlich weisungsbefugt und vom Lieferanten unabhängig sind, wovon hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gesprochen werden kann. Auch die buchmäßige und steuerliche Behandlung der Verträge kann unter den vorliegenden Umständen keine andere Beurteilung rechtfertigen. Die vom Berufungsgericht hervorgehobene Möglichkeit der Unternehmer, die Übernahme der Verträge im Einzelfall abzulehnen, bedeutete nichts anderes, als daß sie es ablehnen konnten, für den jeweiligen Fuhrlohn zu fahren.

b) Daß dieser Weg den Zweck hatte, am tarifmäßigen Entgelt vorbeizukommen, hat die Beklagte selbst eingeräumt. Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht den Umgehungstatbestand wegen der Schwierigkeit der Wettbewerbslage, der sich die Beklagte zu 1 im Jahre 1968 gegenüber sah und wegen des gemeinsamen Interesses der Fuhrunternehmer und der Beklagten an der Erhaltung von deren Wettbewerbsfähigkeit. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß es seinerzeit zu korrekturbedürftigen Ungleichheiten in der Wettbewerbslage kommen konnte, wenn Mitbewerber mit einem großen eigenen Fuhrpark die Transportkosten über §§ 48, 50 GÜKG frei - und ohne steuerliche Sonderbelastung -

kalkulieren konnten, während die Beklagte mangels eigenen Fuhrparks für fremde Beförderungsleistungen tariflich festgelegte Entgelte zahlen mußte. Auch mag es verständlich sein, daß die Fuhrunternehmer sich bei dieser Lage eher mit untertariflichen Entgelten begnügen wollten als unbeschäftigt zu bleiben. Die Gesetzesumgehung kann damit aber nicht gerechtfertigt werden; sie wendet sich direkt gegen den Tarif, der - neben der Lizenzierung - das Kernstück der gesetzlichen Ordnung des Güterkraftverkehrs darstellt. Billigkeitserwägungen steht dabei der mitbestimmende Zweck dieser Ordnung entgegen, im Güterfernverkehr die Interessen der Bundesbahn zu schützen. Soweit es sich um die Wettbewerbsgleichheit mit dem Werkverkehr handelt, darf nicht der Weg der Selbsthilfe durch Tarifumgehung beschritten werden. Abhilfe muß in solchen Fällen beim Gesetzgeber gesucht werden, wofür der Weg über die Tarifkommissionen zur Verfügung steht (§ 20 a GÜKG), die bei der Festsetzung der Beförderungsentgelte den wirtschaftlichen Verhältnissen der Unternehmer des Güterkraftverkehrs Rechnung tragen, auch unbillige Benachteiligungen mittelständischer Wirtschaftskreise sowie wirtschaftlich schwacher und verkehrsungünstig gelegener Gebiete verhindern sollen (§ 22 Abs. 1 GÜKG). Es würde auch die Gerichte überfordern, wenn sie im Einzelfall feststellen müßten, ob die wirtschaftlichen und wettbewerblichen Voraussetzungen einer derartigen Sonderlage gegeben sind.

c) Die Beurteilung des vorliegenden Falles als Scheintatbestand im Sinne des § 5 GÜKG steht auch nicht im Widerspruch zu den Ausführungen im Urteil des Senats vom 11. Februar 1972 (I ZR 143/70); denn dort lag der Sachverhalt insofern anders, als die Vermittlungsgesellschaft keine Gründung des Herstellers

war und nicht von diesem wirtschaftlich und personell beherrscht wurde, vielmehr die Fuhrunternehmer und Baustoffhändler - weit weniger als im Streitfall - selbst Gründer und Gesellschafter der im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft waren, die einen eigenen Geschäftsführer beschäftigte. Das Berufungsgericht hatte die Eigenständigkeit dieser Gesellschaft nach den gegebenen Umständen nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen, sondern den Scheintatbestand nur für ein bestimmtes Geschäft deshalb bejaht, weil es der Geschäftsführer des Herstellers für die Gesellschaft abgeschlossen hatte. Daß das Berufungsgericht diesen Umstand als entscheidend für die Frage des Scheintatbestandes angesehen hatte, hat der Senat für jenen Fall angesichts der besonderen tatsächlichen Umstände nicht als gerechtfertigt angesehen. Weitergehende Schlüsse dahin, daß etwa Gründungen und Einzelgeschäfte von Vermittlungsgesellschaften unter dem Gesichtspunkt des § 5 GüKG regelmäßig unbedenklich seien, lassen sich daraus nicht herleiten, vielmehr kommt es jeweils auf die besonderen Umstände des Falles an.

III. Danach war das angefochtene Urteil aufzuheben. Da das Berufungsgericht die Frage des vorsätzlichen Handelns der Fuhrunternehmer offen gelassen und auch über die Verjährungseinrede noch nicht entschieden hat, war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Alff

Herr Richter am Bundesgerichtshof Dr. Sprenkmann ist beurlaubt und daher verhindert zu unterschreiben.

Merkel

Alff

Schönberg

Schwerdtfeger