

40

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

GüterkraftverkehrsG (GüKG) §§ 5, 48

Zur Frage des Anscheinsbeweises für das Vorliegen eines Scheintatbestandes im Sinne des § 5 GüKG bei Einschaltung eines Transportunternehmers als Zwischenhändler in den Güterumschlag (hier Umschlag von Kalkmehl).

BGH, Urt. v. 28. April 1988 - I ZR 86/86 - OLG Celle
LG Verden

40

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 86/86

URTEIL

Verkündet am:
28. April 1988
Kalus
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Bundesanstalt für den Güterfernverkehr, vertreten durch den
Präsidenten Hermann N[REDACTED] in K[REDACTED], Außenstelle Ni[REDACTED]-
[REDACTED], G[REDACTED] 6, H[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Y[REDACTED]-Nord GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer Gert
L[REDACTED], Industriegebiet Ho[REDACTED], R[REDACTED]/W[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WII

40

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 1988 durch die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Erdmann, Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 21. März 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr. Sie macht gegen die Beklagte, die Y[REDACTED]-Beton-Baustoffe herstellt, eine Tarifausgleichsforderung aus gemäß § 23 Abs. 3 GüKG auf sie übergeleitetem Recht der Firma I[REDACTED] und Handel GmbH in O[REDACTED] (ITH) geltend.

Die Beklagte, die eine Tochtergesellschaft je zur Hälfte sowohl der Y[REDACTED] AG in M[REDACTED] als auch der Fels-Werke P[REDACTED]-S[REDACTED] GmbH in G[REDACTED] (F[REDACTED]-Werke) ist, stellt die Baustoffe in einem Werk in R[REDACTED]/W[REDACTED] her. Von 1972 bis 1977 bezog sie das für ihre Produktion benötigte Kalkmehl direkt aus dem Betrieb Mü[REDACTED]/Se[REDACTED] der F[REDACTED]-Werke; die Anlieferung erfolgte durch die Deutsche Bundesbahn.

In der Folgezeit bezog sie den benötigten Kalk über die Firma I[REDACTED], die den Kalk, der weiterhin im wesentlichen aus den Fels-Werken stammte, mit eigenen Kraftfahrzeugen anlieferte. Die Firma I[REDACTED] gehört zur sogenannten I[REDACTED]-Gruppe. Mit den ebenfalls zu dieser Gruppe gehörenden Firmen Friedrich L[REDACTED] Spedition und Transport GmbH & Co. KG in O[REDACTED] sowie W[REDACTED] Speditionsgesellschaft mbH & Co. KG stand die Beklagte seinerzeit bereits in ständiger Geschäftsbeziehung. Diese Firmen führten für die Beklagte schon damals den Sandabbau durch, belieferten sie mit Sand und sorgten für den Abtransport sowie die Einlagerung von Bruchabfall.

Der Vertragsbeziehung zur Firma I[REDACTED] waren im Sommer 1977 Gespräche zwischen der Geschäftsführung der einzelnen I[REDACTED]-Gesellschaften einerseits und der Geschäftsführung der

Beklagten andererseits vorausgegangen. In den darüber gefertigten Vermerken kommt zum Ausdruck, daß die Firmen der Lemke-Gruppe ihre bisherigen Leistungen (Sandabbau, Sandlieferung sowie Abtransport und Einlagerung des Bruchabfalls) in Zukunft nur unter der Voraussetzung erbringen könnten, daß ihnen auch die Versorgung des Werkes der Beklagten mit Zement und Kalk übertragen würde.

Die Firma ITH stellte der Beklagten Ende 1982 einen Preis von 125,-- DM/t Kalk in Rechnung. Mit Schriftsatz vom 6. Februar 1986 hat die Beklagte - insoweit unbestritten - vorgetragen, daß die Firma ITH den Kalk nunmehr für netto 129,01 DM/t von den Fels-Werken beziehe und an sie für 159,52 DM/t weiterveräußere. Die Handelsspanne betrage je Lastzug 995,-- DM, wovon 400,-- DM als Frachtkosten abzusetzen seien, so daß sich ein Überschuß von 595,-- DM je Lastzug ergebe.

Die klagende Bundesanstalt führte 1982/83 eine Betriebsprüfung bei der Firma ITH, der Beklagten und den Fels-Werken durch. Dabei stellte die Klägerin fest, daß die Firma ITH, die unstreitig nicht im Besitz einer Güterfernverkehrskonzession ist, in der Zeit vom 12. Oktober 1982 bis zum 23. Dezember 1982 in insgesamt 104 Fällen 2.783,8 t Kalkmehl vom Kalkwerk Winterberg-Münchehof der Fels-Werke zur Beklagten nach Rotenburg/Wümme transportiert hatte. Als Beförderungsentgelt bzw. als vereinbarten Frachtsatz sah die Klägerin im Rahmen ihrer Prüfung die Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem Einkaufspreis der ITH, abzüglich 3 % Skonto, an; und zwar 29,63 DM/t. Der Betrag lag in allen Fällen unter den Tarif-Entgelten des Reichskraftwagentarifs

(RKT). Die Unterschreitung des RKT berechnete die Klägerin für den vorgenannten Zeitraum mit 27.991,72 DM. Diesen Betrag hat die Klägerin gemäß § 23 Abs. 3 GüKG auf sich übergeleitet; er ist Gegenstand der Klageforderung.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Geschäftsführung der Firma I■ habe eine vorsätzliche Tarifunterschreitung begangen. Bei den Transporten der Firma I■ habe es sich nicht um tariffreien Werkverkehr nach §§ 48, 48 a GüKG gehandelt. Die Firma I■ sei nicht als wirklicher Händler tätig geworden; es fehle sowohl an der Akquisition als auch an einer selbständigen Preiskalkulation. Für eine echte Handelstätigkeit sei kein Raum gewesen, da zwischen Produzent (F■-Werke) und Abnehmer (Beklagte) bereits eine Geschäftsverbindung bestanden habe und beide überdies auch noch wirtschaftlich und personell miteinander verflochten seien. Die Firma I■ habe keine andere Möglichkeit gehabt, als den Kalk bei den F■-Werken zu beziehen.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat ein vorsätzliches Handeln der Geschäftsführer der Firma I■ bestritten und im übrigen die Ansicht vertreten, die Kalklieferungen seien im tariffreien Werkverkehr erfolgt. Die Firma I■ sei als echter Zwischenhändler tätig gewesen. Sie habe bei ihrem Einkauf und in der Preisgestaltung freie Hand gehabt. Allerdings seien Qualitätsanforderungen zu beachten gewesen, so daß die Beklagte auf Kalkmehl aus der Produktion der F■-Werke bestanden habe. Die Einschaltung der Firma I■ sei nicht erfolgt, um den Tarifzwang nach den Vorschriften des GüKG und des RKT zu umgehen, sondern um bessere Ein-

standspreise für die Produkte der Beklagten zu erreichen. Mit den Frachtsätzen der Bundesbahn oder des gewerblichen Güterfernverkehrs sei das nicht zu bewerkstelligen gewesen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten führte zur Klageabweisung.

Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt die Klägerin ihren ursprünglichen Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin auf Nachzahlung tarifgemäßer Frachtentgelte verneint, weil die Firma I■ der Beklagten das Kalkmehl im tariffreien Werkfernverkehr gemäß den §§ 48, 48 a GüKG angeliefert habe. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt: Die Firma ITH habe die Beförderungsleistung für eigene Zwecke erbracht. Sie habe das Kalkmehl von den F■-Werken erworben und an die Beklagte weiterveräußert. Die Lieferung des Kalkmehls sei im Rahmen echter Kaufverträge mit einer gewinnbringenden Handelsspanne erfolgt; diese habe 29,63 DM/t betragen. Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Beklagten habe sich nach Abzug der Fahrtkosten ein Überschuß von 18,25 DM/t ergeben. Ein Scheintatbestand im Sinne des § 5 GüKG, durch den ein Güterfernverkehr in Werkverkehr habe umfunktioniert werden sollen, sei durch den Abschluß der Kaufverträge nicht geschaffen worden. Die Beklagte habe zum Bezug des Kalkmehls keinen

den wirtschaftlichen Vorgängen ferner liegenden und daher ungewöhnlichen Weg gewählt. Dem stehe nicht entgegen, daß die Beklagte das Kalkmehl vor der Einschaltung der Firma I■ als Zwischenhändlerin selbst von den F■-Werken bezogen habe. Die Beklagte habe der Firma I■ einen "Generalauftrag" zur gesamten Rohstoffversorgung ihres Werkes R■■■■/W■■■ erteilt, weil ihr an einer Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zu den Firmen der sogenannten L■■-Gruppe insgesamt gelegen gewesen sei. Derartige "Kompensationsgeschäfte" seien im Wirtschaftsleben nicht ungewöhnlich. Der von der Beklagten gewählte Weg habe den weiteren Vorteil gehabt, daß sie sich einer allzu direkten Einflußnahme ihrer (Teil-)Muttergesellschaft, der F■-Werke, habe entziehen können. Außerdem habe sie durch den Bezug über einen im tariffreien Werkverkehr anliefernden Zwischenhändler letztlich günstigere Einkaufspreise erreichen und auch sonstige Betriebskosten einsparen können.

Die Firma I■ sei als Zwischenhändlerin auch hinreichend unabhängig und selbständig gewesen. Dem stehe nicht entgegen, daß der Firma I■ aufgrund der Qualitätsanforderungen der Beklagten bei der Auswahl der Bezugsquelle des Rohstoffs enge Grenzen gesetzt gewesen seien. Die Firma I■ habe die Preise mit den F■-Werken frei ausgehandelt und im übrigen auch Angebote anderer Anbieter eingeholt; sie sei auch in der Preisgestaltung gegenüber der Beklagten unabhängig gewesen. Die Beförderung des Kalkmehls sei schließlich auch nur eine Hilfstätigkeit im Rahmen der gesamten Tätigkeit des Unternehmens gewesen. Der Beklagten und der Firma I■ sei es wirtschaftlich nicht allein um die Güterbeförderung, sondern insbesondere auch darum gegangen, eine dauer-

hafte Geschäftsverbindung zwischen der Beklagten und den Firmen der L■■■■-Gruppe herzustellen, aufrecht zu erhalten und zu erweitern.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klage unbegründet, weil die Transportleistungen der Firma I■■ im Rahmen eines tariffreien Werkverkehrs erbracht worden sind. Dem kann auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht beigetreten werden.

1. Werkverkehr im Sinne der §§ 48 ff GüKG, der der Tarifpflicht des Güterkraftverkehrsgesetzes nicht unterliegt (§ 50 Satz 3 GüKG), ist nur die Beförderung von Gütern für eigene Zwecke (§ 48 Abs. 1 GüKG). Darum handelt es sich u.a. nur dann, wenn die beförderten Güter zur Wiederveräußerung im Sinne der §§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 48 a GüKG erworben werden und die Beförderung lediglich Hilfsmittel im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit des wiederveräußernden Kaufmanns ist (§ 48 Abs. 1 Nr. 5 GüKG). Werkverkehr in diesem Sinne ist also nur eine Hilfstätigkeit im Rahmen der gesamten, von Ein- und Verkauf, Werbung, Kundenpflege, händlerischem Risiko usw. bestimmten Handelstätigkeit eines Kaufmanns. Das bedeutet, daß der von kaufmännischer Kalkulation und Gewinnerwartung geprägte Handel die Haupttätigkeit des Betriebes bilden muß und im Rahmen dieser Handelstätigkeit die Beförderung nur Nebenfunktion haben darf, wenn von Werk-

verkehr die Rede sein soll. Daher handelt es sich nicht um Werkverkehr im Sinne der Vorschriften der §§ 48 ff GüKG, wenn es den Vertragsparteien wirtschaftlich nur um die Beförderung geht und der Händlerstellung des Transportunternehmers lediglich eine rechtlich-formale, keine wirtschaftlich erhebliche Bedeutung zukommt, wenn also der Handel lediglich eine künstlich herbeigeführte, sachlich entbehrliche Folge der Güterbeförderung ist. Verhält es sich so, stellen Einkauf und Wiederveräußerung nur einen Scheintatbestand dar (§ 5 GüKG), durch den ein tarifpflichtiger Güterverkehr rechtlich nicht zum tariffreien Werkverkehr werden kann. Dabei ist unerheblich, ob die Vertragsparteien, um im Rahmen der formalen Händlerstellung des Transportunternehmers die Güterbeförderung als Werkverkehr erscheinen zu lassen, die Händlerstellung des Transportunternehmers ernsthaft gewollt haben und dieser in eigener Person Ein- und Verkaufsgeschäfte rechtswirksam getätigt hat. Das in § 5 GüKG enthaltene Verbot, die Vorschriften des Gesetzes zur Schaffung von Scheintatbeständen zu umgehen, meint nicht nur Scheingeschäfte im Sinne des § 117 BGB, sondern auch ernsthaft gewollte vertragliche Gestaltungen, sofern sie auf einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit zum Zwecke der Gesetzesumgehung hinauslaufen (st. Rspr., vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 3.7.1986 - I ZR 31/84, LM GüKG Nr. 74 m.w.N.). Das ist dann der Fall, wenn zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs 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 (st. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 20.10.1982 - I ZR 153/80, LM GüKG Nr. 68).

2. Von diesen Rechtsgrundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Die von ihm getroffenen Feststellungen rechtfertigen jedoch nicht die Annahme, daß die Transportleistungen der Firma I■ als Werkverkehr im Sinne der §§ 48, 48 a GüKG anzusehen sind und daß durch die Einschaltung der Firma I■ als Zwischenhändler kein Scheintatbestand nach § 5 GüKG geschaffen worden ist. Bei seiner gegenteiligen Beurteilung hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, den Sachvortrag der Parteien nicht hinreichend ausgeschöpft und ihn auch nicht rechtsfehlerfrei gewürdigt.

a) Zwar ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Vertragsbeziehungen der Firma I■ zu den F■-Werken einerseits und der Beklagten andererseits als Kaufvertragsbeziehungen gewertet hat, nämlich als Ankauf und Weiterveräußerung. Indessen ist nicht jede Beförderung im Rahmen eines Erwerbs zur Wiederveräußerung (§ 48 Abs. 1 Nr. 1 GüKG) Werkverkehr. Die Güter müssen vielmehr im Rahmen einer geschäftlichen Tätigkeit gekauft werden, die ein selbständiges, innerhalb üblicher Geschäftsbeziehungen unabhängiges Handeln des Unternehmers darstellt (§ 48 a GüKG). Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, schließt dieses Erfordernis nicht aus, daß auch der im Streitfall vorliegende Direktverkehr im Streckengeschäft (Fuhrmannshandel) - nämlich die Beförderung von Gütern unmittelbar vom Erzeuger zum Verbraucher ohne Berührung des eigenen Unternehmens - grundsätzlich Werkverkehr sein kann (BGH, Urt. v. 13.3.1981 - I ZR 15/79, LM GüKG Nr. 60). Den Feststellungen des Berufungsgerichts läßt sich jedoch nicht hinreichend entnehmen, daß die Firma I■ das von den F■-Werken in den von der Klägerin untersuchten 104 Fällen gekaufte Kalkmehl

wirtschaftlich im Rahmen einer eigenen, selbständigen und unabhängigen Handelstätigkeit als Zwischenhändlerin befördert hat.

b) Vorliegend ist aufgrund der bislang getroffenen Feststellungen nicht ersichtlich, daß genügend Raum für eine echte, nicht nur durch Einkauf und Verkauf, sondern auch durch Werbung, Kundenpflege, kaufmännische Kalkulation mit Gewinnerwartung, händlerischem Risiko u.ä. bestimmte Handelstätigkeit war. Denn unstreitig bestand bereits vor der Einschaltung der Firma I■ eine langjährige Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und den F■-Werken, die die Beklagte - soweit ersichtlich - auch ohne Schwierigkeiten hätte fortsetzen können. Die Beklagte hatte das benötigte Kalkmehl von 1972 bis 1977 unmittelbar von den mit ihr wirtschaftlich verbundenen F■-Werken bezogen und mit ihnen auch selbst die Preise ausgehandelt. Die Firma I■ ist daher in eine bereits bestehende und funktionierende Geschäftsbeziehung eingetreten. Nicht nur das zu liefernde Gut stand fest, sondern die Firma I■ war auch - wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat - weitestgehend auf die Beteiligten festgelegt. Dies gilt für die Beklagte als Abnehmer, aber auch für die F■-Werke als Erzeuger. Denn nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen waren der Firma I■ bei der Auswahl der Bezugsquelle des Rohstoffs aufgrund der Qualitätsanforderungen enge Grenzen gesetzt. Als Lieferant kamen vorliegend praktisch nur die F■-Werke in Betracht.

All diese Umstände zusammengekommen begründen im Streitfall eine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Zwi-

schenhandel vorliegend nur eine künstlich herbeigeführte, sachlich entbehrliche Folge der Güterbeförderung war; denn angesichts der langjährigen und ungestörten Geschäftsbeziehung, die die Beklagte unmittelbar zu den wirtschaftlich mit ihr verbundenen F██-Werken unterhielt, war für die Beklagte wirtschaftlich nur noch die Frage einer kostengünstigen Anlieferung vom Erzeuger zu lösen. Das Bestehen einer solchen Vermutung hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft außer Betracht gelassen. Die Vermutung kann bislang nicht als entkräftet angesehen werden. Den bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht zu entnehmen, welche echte Händlertätigkeit die Firma I██ in den 104 in Streit befindlichen Fällen, auf die es für die Entscheidung des Rechtsstreits allein ankommt (vgl. BGH GüKG Nr. 60), entfaltet hat, zumal aufgrund der grundsätzlich zulässigen Beförderung im Fuhrmannshandel auch eine eigene Lagerhaltung entfiel. Die Beklagte wird im wiedereröffneten Berufungsrechtszug Gelegenheit haben, zur Frage der Entkräftung des Anscheinsbeweises näher vorzutragen.

c) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Firma I██ sei jedenfalls in der Preisgestaltung unabhängig gewesen, wird durch die bislang getroffenen Feststellungen nicht getragen. Aus den vom Berufungsgericht angeführten Aktenvermerken der Firma ITH vom 3. August 1977 und der F██-Werke vom 6. August 1977 ergibt sich zwar, daß die Firma I██ von den F██-Werken einen Preis von 89,-- DM/t verlangt hat. Ohne Kenntnis der - vom Berufungsgericht nicht festgestellten - Preise, die die Beklagte zuvor mit den F██-Werken vereinbart hatte bzw. die die Werke üblicherweise in Rechnung stellten, ist jedoch nicht ersichtlich, ob die Firma I██

einen echten Einfluß auf die Preisvorstellungen der Fels-Werke hatte. Auch aus dem vom Berufungsgericht weiter angeführten Umstand, daß die Firma I■ der Beklagten laut Aktenvermerk vom 10. Mai 1977 stets ein möglichst günstiges Angebot abzugeben hatte, läßt sich in diesem Zusammenhang nichts herleiten.

d) Auch zur Frage der Kalkulation des Händlergewinns enthält das Berufungsurteil keine ausreichenden Feststellungen. Nach der Rechtsprechung des Senats entfällt eine Händlertätigkeit, wenn der Verkäufer, der das Gut im sogenannten Direktverkehr im Streckengeschäft vom Erzeuger unmittelbar zum Abnehmer befördert, aus dem Veräußerungsgeschäft selbst keinen nennenswerten Händlergewinn erzielt (BGH LM GüKG Nr. 68). Insoweit hat das Berufungsgericht nur allgemein ausgeführt, die Firma I■ sei gehalten gewesen, möglichst scharf zu kalkulieren; sie habe auch eine sogenannte Mischkalkulation vornehmen können, also womöglich auf größere Gewinnmargen in der Belieferung der Beklagten mit Kalk verzichten, um an anderer Stelle, beispielsweise in der Beförderung mit Zement, eine für sie bessere Gewinnspanne erzielen zu können. Dieser Gesichtspunkt ist einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz nicht zugänglich, da sich weder den Feststellungen des Berufungsgerichts noch dem Vorbringen der Beklagten entnehmen läßt, auf welchen tatsächlichen Grundlagen die Mischkalkulation beruhen soll. Auch die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Unterschiedsbetrag zwischen dem An- und Verkaufspreis der Firma I■ im fraglichen Zeitraum 29,63 DM/t Kalk betragen habe, erlaubt keine hinreichenden Rückschlüsse auf den Händlergewinn, da die Kalkulationsgrundlagen nicht offengelegt sind und damit insbesonde-

re nicht ersichtlich ist, mit welchem Anteil die Beförderungsleistungen in dem Betrag enthalten sind. Die im Schriftsatz der Beklagten vom 6. Februar 1986 angeführten Zahlen, aus denen das Berufungsgericht einen Überschuß von 18,25 DM/t errechnet hat, können schon deshalb nicht berücksichtigt werden, weil sie sich nicht auf den hier maßgeblichen Zeitraum (IV. Quartal 1982), sondern ersichtlich auf das Jahr 1986 beziehen. Überdies ist das Vorbringen der Beklagten, in dem zum Beispiel die Fahrtkosten nur pauschal ohne jede Aufschlüsselung mit 400,-- DM je Lkw-Ladung für 1986 angegeben werden, ohnehin nicht substantiiert, so daß die Angaben nicht berücksichtigt werden können; so ist z.B. nicht ersichtlich, ob und in welchem Umfang in dem Betrag die allgemeinen Betriebskosten enthalten sind.

Das Berufungsgericht wird daher, soweit es bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung darauf ankommen sollte, der Frage näher nachzugehen haben, ob in den Entgeltanteilen, die nicht auf die Fracht entfallen, ein nennenswerter Händlergewinn enthalten ist. Die Parteien werden im wiedereröffneten Berufungsrechtszug Gelegenheit haben, dazu weiter vorzutragen.

e) Auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Beteiligten hätten keinen den wirtschaftlichen Vorgängen ferner liegenden und daher ungewöhnlichen Weg zur Erreichung des erstrebten Erfolgs, nämlich des Bezugs der Beklagten von Kalkmehl, gewählt, wird von den bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht getragen.

Grundsätzlich muß es als ungewöhnlich im Sinne der oben unter II. 1. angeführten Rechtsprechung angesehen werden, daß ein Verwender von Rohstoffen, die er jahrelang direkt vom Erzeuger bezogen hat, mit dem er aufgrund gesellschaftsrechtlicher Beteiligung auch noch wirtschaftlich verbunden ist und mit dem er die Preise auch stets selbst ausgehandelt hat, nunmehr einen Zwischenhändler einschaltet. Denn wirtschaftlich zu lösen bleibt in einem solchen Falle nur noch die Frage der Anlieferung des Rohmaterials vom Erzeuger. Verfügt der Verwender der Rohstoffe selbst nicht über Fahrzeuge und ist auch der Erzeuger nicht bereit, diese Leistung zu übernehmen, dann muß es als der naheliegende und gewöhnliche Weg angesehen werden, daß der Verwender dritte Unternehmer nicht als weitere Zwischenhändler einschaltet, sondern lediglich mit der Durchführung der Transporte beauftragt (vgl. BGH, Urt. v. 29.3.1974 - I ZR 21/73, LM GüKG Nr. 48; BGH LM GüKG Nr. 60). Für die Einschaltung eines Zwischenhändlers besteht unter solchen Umständen in aller Regel kein sinnvolles Bedürfnis. Allein die von der Beklagten angeführte wirtschaftliche Erwägung, daß der Bezug der Rohstoffe durch einen im tariffreien Werkverkehr anliefernden Zwischenhändler preisgünstiger als der direkte Bezug vom Erzeuger sei, kann vor § 5 GüKG keinen Bestand haben, da sie auf eine Umgehung der Vorschriften über den Tarifzwang hinausläuft. Damit wird der Verwender von Rohstoffen nicht etwa schlechthin gezwungen, beim Erzeuger einzukaufen; er soll nur keine rechtliche Gestaltung wählen dürfen, die darauf hinausläuft, daß der "Zwischenhändler" lediglich der äußeren Form nach eingeschaltet wird, während er in Wirklichkeit keine eigene Handelstätigkeit entfaltet, sondern nur Transportleistungen erbringt. Erstrebt der Abnehmer mit einer

solchen Gestaltung der vertraglichen Beziehungen die Vermeidung nicht erwünschter Folgen des Güterkraftverkehrsgesetzes, auch wirtschaftlich ungünstiger Folgen, wie höherer Fahrtkosten, ist ihm dieser Weg verschlossen (vgl. zum Vorstehenden BGH LM GüKG Nr. 48 und Nr. 60).

Es ist aufgrund der bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ersichtlich, welcher wirtschaftliche Gesichtspunkt außer dem der Einsparung von Fracht durch Tarifumgehung die Beauftragung der Firma I■ als Zwischenhändler für den weiteren Kalkbezug ab 1977 erfordert hätte. Die vom Berufungsgericht angeführte Erwägung ist nicht zwingend, die Beklagte habe aus gesamtbetriebswirtschaftlicher Verantwortung heraus die Notwendigkeit gesehen, die Firma I■ mit der gesamten Rohstoffbelieferung ihres Werkes in R■■■■/W■■■ zu betrauen; dies sei im Interesse der Aufrechterhaltung der sonstigen Geschäftsbeziehungen zu den Firmen der L■■■-Gruppe wirtschaftlich geboten gewesen. Weder dem Berufungsurteil noch dem sonstigen Akteninhalt läßt sich entnehmen, daß die Firma I■ zwingend als Zwischenhändler eingeschaltet werden mußte. Vielmehr muß mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, daß eine der zur L■■■-Gruppe gehörenden Firmen auch als bloßes Transportunternehmen mit der Beförderung des Kalkmehls hätte beauftragt werden können. Ein Interesse daran kann nicht von vornherein verneint werden, zumal der tarifmäßige Frachtlohn nach den Feststellungen der klagenden Bundesanstalt über dem Entgelt lag, das die Firma I■ erhalten hatte. Überdies bleibt unklar, ob die Beauftragung der Firma I■ tatsächlich auf deren Initiative beruhte. Denn in dem im Tatbestand wiedergegebenen Berufungsvorbringen der

Beklagten heißt es (BU 9), die Einschaltung der Firma I■ sei erfolgt, um bessere Einstandspreise für die Produkte der Beklagten zu erreichen; mit den Frachtsätzen der Bundesbahn oder des gewerblichen Güterfernverkehrs sei das nicht zu bewerkstelligen gewesen. In ihrem Schriftsatz vom 6. Februar 1986 hat die Beklagte angeführt, sie sei seinerzeit an die Firma I■ mit der Bitte um ein Angebot zur Belieferung mit Kalksteinmehl herangetreten.

Ein sachlicher Grund für die Einschaltung eines Zwischenhändlers kann mit der Beklagten, der das Berufungsgericht insoweit gefolgt ist, auch nicht darin gesehen werden, daß sich die Beklagte mit diesem Schritt einer allzu direkten Einflußnahme, insbesondere eines mehr oder weniger deutlichen Preisdiktats, ihrer (Teil-)Muttergesellschaft, der F■-Werke, sei es auf Weisung ihrer anderen (Teil-)Muttergesellschaft oder aus eigener wirtschaftlicher Einsicht, habe entziehen können. Für die Notwendigkeit eines solchen Schrittes sind vom Berufungsgericht keinerlei Tatsachen festgestellt worden. Dies wäre aber erforderlich gewesen, da die Beklagte immerhin fünf Jahre lang in direkter Geschäftsverbindung zu den F■-Werken gestanden hat, ohne daß es in dieser Zeit - jedenfalls ist etwas Gegenteiliges nicht ersichtlich - zu Unzuträglichkeiten gekommen wäre.

f) Angesichts der nach den bislang getroffenen Feststellungen bestehenden Vermutung, daß es den Vertragsparteien wirtschaftlich allein um die Güterbeförderung ging und diese daher lediglich Teil einer eigenen Handelstätigkeit der Firma I■ war, läßt sich schließlich auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts nicht halten, daß die Beförde-

rung in den in Rede stehenden 104 Fällen keine Hilfstätigkeit im Rahmen der gesamten Tätigkeit der Firma I■ im Sinne des § 48 Abs. 1 Nr. 5 GüKG darstellte.

III. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen danach das angefochtene Urteil nicht. Das Berufungsgericht wird daher unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen den Sachverhalt weiter aufzuklären und erneut zu würdigen haben. Dabei werden die Parteien in dem wiedereröffneten Berufungsrechtszug Gelegenheit haben, ihr bisheriges Vorbringen in den angeführten Punkten zu ergänzen. Läßt sich die tatsächliche Vermutung für die Annahme eines Scheintatbestandes nicht ausräumen, wird das Berufungsgericht noch die von ihm offengelassene Frage (BU 11 unten) zu prüfen haben, ob die Geschäftsführer der Firma I■ - wie das Landgericht angenommen hat - vorsätzlich im Sinne des § 23 Abs. 3 GüKG gehandelt haben.

Demgemäß war auf die Revision der Klägerin das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Merkel
zugleich für die urlaubs-
abwesende Richterin am BGH
Dr. Scholz-Hoppe

Piper

Erdmann

Mees