

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

2048 029

Ib_ZR_13/66

URTEIL

Verkündet am

29. November 1967

Zug,

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. a)
- b)
- c)

sämtlich in

2. die Erben des verstorbenen Kaufmanns
 - a)
 - b)
 - c)

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter:

gegen

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkman, Dr. Mösl, Alff und Prof. Dr. Bökelmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 30. September 1965 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bremen vom 23. April 1964 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat auch die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten zu 1 b) und c) sind alleinige Gesellschafter der Beklagten zu 1 a). Sie sind ferner alleinige Gesellschafter der in denselben Geschäftsräumen sitzenden, am 10. August 1956 im Handelsregister eingetragenen, offenen Handelsgesellschaft Joh. B. [REDACTED] & Co., die u.a. Güterfernverkehr betreibt. Dieses Unternehmen war seit dem Jahre 1952 mit Versorgungstransporten der amerikanischen Militärdienststellen in Bremerhaven zu den Standorten im Binnenland laufend betraut.

Die Firma Joh. B. [REDACTED] & Co. führte die Transporte mit zunächst 5 eigenen Lastzügen durch. Als dieser Laderaum nicht ausreichte, setzte sie im Bedarfsfalle im Einverständnis mit den Amerikanern auch fremde Transportunternehmer ein, die sie selbst heranzog und deren Lastzüge sie mit ihren eigenen abfertigte.

Aus diesem Anlaß wurde im Benehmen mit der Straßenverkehrsdirektion B. [REDACTED] die Beklagte zu 1 a) gegründet, im Handelsregister eingetragen und zum Abfertigungsspediteur bestellt. In dieser Eigenschaft wurde sie seither ausschließlich für die von Joh. B. [REDACTED] & Co. herangezogenen Unternehmer tätig, jedoch nach der Darstellung der Beklagten nur dergestalt, daß sie die von den Amerikanern erteilten Aufträge, sofern Joh. B. [REDACTED] & Co. diese nicht durchführen konnte, an die Frachtführer weitergab und die Vorfinanzierung der Frachtverträge organisierte, während die übrige Abfertigungstätigkeit nach wie vor von Joh. B. [REDACTED] & Co. durchgeführt wurde.

Die in Bremerhaven bei der Abfertigung erforderliche Tätigkeit wurde zunächst durch den Beklagten zu 1 b), später durch den Angestellten der Joh. B. [REDACTED] & Co. Heinz A. [REDACTED], den Rechtsvorgänger der Beklagten zu 2), ausgeübt. Dieser war zunächst bei den amerikanischen Dienststellen tätig und wurde von der Firma Joh. B. [REDACTED] & Co. eingestellt, nachdem der Beklagte zu 1 b) durch eine anderweitige Tätigkeit zu stark in Anspruch genommen war.

Die Beklagte zu 1 a) berechnete und erhob von den Frachtführern eine Leistungsvergütung nach den von sonstigen Abfertigungsspediteuren erhobenen Sätzen.



Die amerikanischen Dienststellen vergaben, wie allgemein in solchen Fällen, die Aufträge nicht unmittelbar an die Frachtführer, sondern an die Beklagte zu 1 a) bzw. möglicherweise an die Firma Joh. B. [REDACTED] & Co.. Diese Firmen gehörten zu dem beschränkten Kreis von Unternehmen, mit denen die Amerikaner Verträge abgeschlossen hatten, wonach diese Unternehmen verpflichtet waren, nach einem prozentualen Beteiligungsschlüssel die jeweils nach Art und Anzahl erforderlichen Lastzüge zu beschaffen, diese am Verladeort bereitzustellen, die technische Abwicklung des Transports zu übernehmen, soweit nicht die amerikanischen Dienststellen selbst tätig wurden, und den Frachtführern die Fracht zu zahlen, die an sie erst später von den amerikanischen Dienststellen für die Unternehmer gezahlt wurde.

Außer dem von diesem ausgewählten Kreis von Unternehmen besorgten Laderaum nahmen die Amerikaner auch Laderaum in Anspruch, der von den Laderaumverteilungsstellen der Straßenverkehrsgenossenschaften vermittelt wurde. Das erfolgte aufgrund eines von der Bundeszentralgenossenschaft Straßenverkehr (BZG) mit den Amerikanern abgeschlossenen Abkommens, das am 1. Oktober 1961 in Kraft trat (sog. Heidelberger Abkommen).

Die amerikanischen Dienststellen zahlten neben der Fracht kein Entgelt an die Unternehmen. Soweit diese nicht eigene Fahrzeuge einsetzten, ließen sie sich für ihre Tätigkeit von den Frachtführern die für die Abfertigungsspediteure vorgesehene Werbe- und Abfertigungsvergütung (WAV) zahlen. Sie taten dies allgemein mit der Begründung, daß sie für die Frachtführer als Abfertigungsspediteure tätig seien.

Nach einigen Schwankungen betrug die WAV im Jahre 1958 etwa 8 % der Bruttofracht.

Durch § 1 VOPR 1/58 (Banz Nr. 23 vom 4. Februar 1958) wurden die Tarifsätze geändert. Die Abfertigungsspediteure erhielten danach die WAV auf der Grundlage einer Bruttofracht bis 160 km Entfernung. Für Entfernungen über 160 km erhielt der Abfertigungsspediteur nichts. Außerdem wurde die WAV für die Abfertigungsspediteure von Militärgut nunmehr ausdrücklich als solche in den Tarif einbezogen, was bisher nicht der Fall gewesen war, und auf 2,5 % der Bruttofracht festgesetzt.

64 Abfertigungsspediteure, darunter auch die Beklagte zu 1 a), erhoben wegen des Erlasses der VOPR 1/58 Verfassungsklage. Dieser Beschwerde schlossen sich die Spitzenverbände der Spediteure, die Deutsche Kraftwagen-Speditions GmbH, die Arbeitsgemeinschaft Spedition und Lagerei und die Arbeitsgemeinschaft Deutscher Kraftwagen-spediteure an.

Gleichzeitig wurden von betroffenen Spediteuren im gesamten Bundesgebiet im Einvernehmen mit den Spitzenverbänden Makler- (Vermittler-) firmen (§ 32 GüKG) ins Leben gerufen, um über sie den Verlust an WAV auszugleichen, indem für sie zusätzlich eine "Vermittlungsprovision" eingesetzt und von den Frachtführern erhoben wurde, ohne daß sich an der bisherigen Handhabung sachlich etwas änderte.

Durch die VOPR 3/59 zur Änderung der Anordnung PR Nr. 146/48 über Vergütungen für den Abfertigungsdienst des Güterfernverkehrs mit Kraftfahrzeugen vom 22. Januar 1959 (BA 15/59) wurde die WAV für den Abfertigungsspediteur

wieder angehoben. Die Sätze für den Abfertigungsspediteur, der nach dem Militärtarif berechnen mußte, waren nach dieser Regelung erheblich geringer als die Sätze für den Abfertigungsspediteur, der nach anderen Tarifen des Reichskraftwagentarifs zu berechnen hatte und der durch die VOPR 3/59 annähernd auf den früheren Stand kam. Nach Erlaß der VOPR 3/59 stellten die meisten Vermittlerfirmen ihre Tätigkeit ein, zusätzliche Vermittlungsprovisionen wurden nicht mehr berechnet. Unter Mitwirkung der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr (BAG) kam es dann über die Straßenverkehrsgenossenschaften der Unternehmer zu Vergleichen, in denen sich die Spediteure verpflichteten, 5 - 10 % der eingezogenen Maklerprovision an die Unternehmer zurückzuzahlen und in Zukunft eine Frachtenvermittlung neben der Abfertigungsspedition nicht mehr zu betreiben.

Im Zusammenhang mit den nach Erlaß der VOPR 1/58 ergriffenen Maßnahmen der Spediteure "gründete" der Beklagte zu 1 b) die im Handelsregister nicht eingetragene "H. B. [REDACTED] Frachtenvermittlung" und erhob nunmehr von den Frachtführern eine "Vermittlungs-" bzw. "Betreuungsprovision", die zusammen mit der von der Beklagten zu 1 a) erhobenen WAV etwa 8 % der Bruttofracht erreichte. In dieses "Unternehmen" trat am 1. März 1958 Alzinger ein. Er war dort bis zum 30. Juni 1959 tätig. Mit diesem Tage stellte die "H. B. [REDACTED] Frachtenvermittlung" ihre Tätigkeit ein. Am nächsten Tage, dem 1. Juli 1959, machte sich A. [REDACTED] als Vermittler selbständig und erhob nunmehr in gleicher Weise wie zuvor "H. B. [REDACTED] Frachtenvermittlung" von den Unternehmern eine Provision. Ab 1. Januar 1960 benannte er seine Tätigkeit "Ladungskontrolle, Betreuung, Beeisung, Bestellung von LKWs". Mitte des Jahres 1960 kehrte er wieder als Angestellter zu Joh. B. [REDACTED] & Co. zurück,

die darauf ihrerseits durch ihn "betreute". A [REDACTED] verstarb während des vorliegenden Rechtsstreits, die Beklagten zu 2) sind seine Erben.

Im vorliegenden Fall werden die in der Zeit vom 1. Juli 1959 bis zum 30. Juli 1960 von den Unternehmern gezahlten "Vermittlungs- und Betreuungsprovisionen" geltend gemacht.

Die Beklagte zu 1 a) hatte den von ihr eingesetzten Unternehmern nach Erlass der VOPR 1/58 jeweils von Fall zu Fall mitgeteilt, daß sie wegen der gesetzlichen Änderung der WAV freiwillige Leistungen nicht mehr erbringen könne, sondern sich angesichts des jetzt ihr nur noch zustehenden Gebührensatzes auf die reine Abfertigungsspeditionstätigkeit beschränken müsse und daß im übrigen, auch mit Rücksicht auf die strengen zusätzlichen Anforderungen der amerikanischen Dienststellen, die "H. B. [REDACTED] Frachtenvermittlung" bzw. "H. A. [REDACTED]" die Fahrzeuge in Bremerhaven gegen angemessene Vergütung betreuen würden.

Die BAG, Außenstelle B [REDACTED], forderte aufgrund mehrerer bei der Beklagten zu 1 a) und A [REDACTED] vorgenommener Betriebsprüfungen die Unternehmer, für die die Beklagte zu 1 a) als Abfertigungsspediteur und A [REDACTED] als "Vermittler" bzw. "Betreuer" tätig gewesen waren, auf, die Vermittlungs- oder Betreuungsvergütung aufgrund des § 23 Abs. 1 GüKG zurückzufordern und bis zum 15. August 1960 gegen die Beklagte zu 1 a) und A [REDACTED] gerichtlich geltend zu machen oder aber bis zu diesem Termin ihre Forderungen an die Klägerin abzutreten. Aufgrund dieser Aufforderung wurden an die Klägerin Rückforderungsansprüche über DM 4.799,-- (1.7. bis 30.11.1959) Vermittlungsprovision und in Höhe von DM 5.575,-- (1.12.1959 bis 30.7.1960)

Betreuungsprovision abgetreten. Die Höhe der Beträge ist unstreitig.

Die Klägerin hat vorgetragen, die Einschaltung von Vermittlern und Betreuern nach Erlaß der VOPR 1/58 bzw. VOPR 3/59 sei nur zu dem Zweck geschehen, um einen Ausgleich für die herabgesetzte WAV zu erhalten. Als Vermittler bzw. Betreuer seien Verwandte oder Angestellte der von der Kürzung betroffenen Spediteure aufgetreten. Die Unternehmer seien von den Spediteuren nur eingesetzt worden, wenn sie sich die Zwischenschaltung der Vermittler oder Betreuer gefallen ließen. A [REDACTED] habe keine echte Vermittlungstätigkeit ausgeübt. Die Beklagten und A [REDACTED] hätten nach Lage der Dinge eindeutig den Tatbestand des § 5 GÜKG erfüllt.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von DM 10.374,-- nebst 5 % Zinsen seit dem 31. August 1960 zu verurteilen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie haben vorgetragen, die Amerikaner hätten der Beklagten zu 1 a) erhebliche Auflagen gemacht und Sonderleistungen von ihr verlangt, die mit großer Sorgfalt überwacht worden seien. Dazu hätten auch solche Leistungen gehört, die ihr als Abfertigungsspediteur nicht obgelegen hätten. Diese Leistungen habe die Beklagte zu 1 a), solange sie noch eine WAV von 8 % der Bruttofracht erhalten habe, aus Kulanz miterledigt. Das habe sie nach Herabsetzung der Vergütung nicht mehr gekonnt. Sie habe sich daher auf

die in § 2 AOPR 146/48 aufgeführten Tätigkeiten des Abfertigungsspediteurs beschränken müssen. Die übrigen von den Amerikanern geforderten Aufgaben, die den Transportunternehmern nach § 14 Nr. 3 KVO oblägen, habe nunmehr der Vermittler oder Betreuer wahrgenommen; die Unternehmer oder deren Fahrer seien dazu nicht in der Lage gewesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat die Beklagten nach Klageantrag verurteilt und die Revision zugelassen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihre Anträge aus dem zweiten Rechtszug weiter, die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

- I. 1. Zu der im Mittelpunkt des Rechtsstreits stehenden Frage, ob die Fernverkehrsunternehmer einen Anspruch auf Rückzahlung der in der Zeit vom 1. Juli 1959 bis zum 30. Juli 1960 an den Rechtsvorgänger der Beklagten zu 2) Alzinger gezahlten "Vermittlungsprovisionen" und "Betreuungsprovisionen" haben, führt das Berufungsgericht aus, bei diesen Provisionen habe es sich um tarifwidrige Zuwendungen im Sinne der §§ 22, 23 GüKG gehandelt. Ihre Vereinbarung und Erhebung stelle sich als Umgehungstatbestand dar (§ 5 GüKG), nämlich hinsichtlich der Höhe der Werbe- und Abfertigungsvergütung (WAV) und der als Festentgelt bestimmten Frachtvergütung. Die WAV habe auf diese Weise auf die vor Erlass der VOPR 1/58 und 3/59 bestehende Höhe (8 % der Bruttofracht) gebracht werden sollen, ohne daß

sich sachlich an der für den Unternehmer zu bewirkenden und bewirkten Tätigkeit etwas geändert habe.

Die Beklagten zu 1), die "H. B. [REDACTED] Frachtenvermittlung", die "Joh. B. [REDACTED] & Co." und die "H. A. [REDACTED]" seien wirtschaftlich als Einheit zu behandeln.

Die amerikanischen Dienststellen hätten ihre Vertragspartner wie Frachtführer mit besonderen Auflagen für ihre Tätigkeit in Anspruch genommen, ihnen die dem Frachtführer als solchem zukommende Vergütung (Fracht nach Tarif und Nebengebührentarif) und nicht mehr gezahlt und es ihnen überlassen, sich bei den tatsächlichen Frachtführern ihren Verdienst zu suchen. Die amerikanischen Dienststellen hätten nur mit den von ihnen ausgesuchten Unternehmern zu tun haben wollen und nicht mit einer Vielzahl von Frachtführern. Diese unmittelbar mit den amerikanischen Dienststellen in Verbindung stehenden Unternehmen seien teils selbst als Frachtführer aufgetreten, teils hätten sie andere Frachtführer eingesetzt, denen gegenüber sie, nachdem sie selbst oder ein angegliedertes Unternehmen bestellt worden sei (§§ 33, 34 GÜKG), als Abfertigungsspediteure aufgetreten seien. Die amerikanischen Dienststellen hätten sich auch dann ausschließlich an die von ihnen ausgewählten Unternehmen gehalten, wenn ein angegliedertes Unternehmen zum Abfertigungsspediteur bestellt gewesen sei und an diese Unternehmen ihre sämtlichen Anforderungen insbesondere auch hinsichtlich der Stellung einer jederzeit greifbaren Person gerichtet.

Die Abfertigungsspediteure hätten nur die nach dem Tarif zulässige WAV von den Frachtführern fordern dürfen; es sei auch unzulässig gewesen, die den Abfertigungsspediteuren obliegende Tätigkeit ganz oder teilweise durch

andere gegen ein besonderes, die WAV insgesamt übersteigen des, von den Frachtführern zu tragendes und die Frachtvergütung minderndes Entgelt durchführen zu lassen. Eine solche Schmälerung der Frachtvergütung sei aber durch die "Vermittlungs- und Betreuungsprovision" erfolgt.

2. Das Berufungsgericht führt weiter aus, die Aufzählung der Tätigkeiten in § 2 AOPR 146/48 enthalte nur die regelmäßigen Aufgaben des Abfertigungsspediteurs und schließe nicht aus, daß es noch andere Aufgaben gebe. Es besage also nichts, wenn der Vermittler oder Betreuer in § 2 AOPR 146/48 nicht erwähnte Tätigkeiten ausübe.

Nach der Überzeugung des Gerichts habe die Beklagte zu 1 a) vor Erlass der VOPR 1/58 sich jede Tätigkeit vergüten lassen, soweit dies rechtlich möglich gewesen sei, und habe nicht etwa aus Kulanz eine Reihe von Tätigkeiten ohne Berechnung ausgeführt. Folge man der Behauptung der Beklagten zu 1 a), so habe ihre "Kulanztätigkeit" gemessen an der Höhe der WAV und der "Vermittlungs- und Betreuungsprovision" nicht weniger als die Hälfte ihrer Tätigkeit erfaßt. So wirtschaftlich unvernünftig verhalte sich kein Kaufmann. Das Verhalten der Beklagten zu 1 a) zeige vielmehr, daß sie selbst alles, was sie für die Unternehmer getan habe, als ihr in ihrer Eigenschaft als Abfertigungsspediteur obliegend angesehen habe. Hätte die Beklagte zu 1 a) vor Erlass der VOPR 1/58 angesichts der damaligen günstigen Vergütungen wirklich gewisse Leistungen ohne Vergütung aus Kulanz erbracht, so wäre es naheliegend gewesen, nach der Senkung der WAV die Tätigkeit selbst weiter zu führen und selbst das der "Vermittlungs- und Betreuungsprovision" entsprechende Entgelt zu verlangen. Der statt dessen gewählte Umweg zeige, daß auch die Beklagte zu 1 a) dies nicht für zulässig gehalten habe.

Auch der Wechsel von "Vermittlung" auf "Betreuung" ohne sachliche Änderung der ausgeübten Tätigkeit deute darauf hin, daß es den Beklagten nur darauf angekommen sei, für tarifmäßig nicht gerechtfertigte Erhöhungen der WAV den Schein der Berechtigung zu erwecken.

A [REDACTED] habe auch, als er sich nach außen selbständig gemacht habe, nur das fortgeführt, was die "H. B. [REDACTED] Frachtenvermittlung" begonnen und bis zum 1. Juli 1959 betrieben habe. Bezeichnend sei auch, daß Alzinger Mitte 1960 schließlich wieder zu Joh. B. [REDACTED] & Co. zurückgekehrt sei.

Es habe sich demnach bei den Zahlungen, die als Vermittlungsprovision bezeichnet gewesen seien, denen aber eine echte Vermittlungstätigkeit im Sinne des § 32 GüKG nicht zugrunde gelegen habe, um eine unzulässige, die Frachtvergütung verkürzende Zuwendung gehandelt. Das gleiche gelte für die sogenannte Betreuungsprovision. In diesem Zusammenhang könne dahingestellt bleiben, ob und inwieweit im Einzelfall tatsächlich eine neben der durch die WAV abzugeltende und einer besonderen Vergütung zugängliche Betätigung in Betracht kommen könne; denn darauf wollten die Beklagten nach ihrem Vortrag in der Berufungsinstanz nicht abstellen.

Unzulässig sei jedenfalls die Erhebung einer ohne Rücksicht auf die im Einzelfall ausgeübte und auch rechnungsmäßig nicht kenntlich gemachte Tätigkeit pauschal berechneten Provision, wie sie im Streitfall erfolgt sei, die praktisch eine zweite WAV darstelle, die dazu diene, dem Unternehmer eine Zahlung etwa in Höhe der früheren als WAV verlangten Vergütung von 8 % der Bruttofracht abzuverlangen und damit der gegenwärtigen tariflichen Regelung ihre Wirkung zu nehmen.

II. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Die Beförderungsverträge kamen nach § 2 Abs. 6 des Militärguttarifs zwischen den amerikanischen Dienststellen und den Frachtführern zustande. Aufgrund dieser Beförderungsverträge hatten die Frachtführer einen Anspruch auf die tarifmäßige Vergütung, deren Zahlung durch die Beklagte zu 1 a) erfolgte und zwar in Ausführung der von der Firma B. [REDACTED] & Co. bzw. der Beklagten zu 1 a) den amerikanischen Dienststellen gegenüber übernommenen vertraglichen Verpflichtung.

Nach der Darstellung der Beklagten wurde die übrige Abfertigungstätigkeit durch die Firma Joh. B. [REDACTED] & Co. ausgeführt und zwar die in Bremerhaven erforderliche Tätigkeit zunächst durch den Beklagten zu 1 b), später durch den Angestellten der Joh. B. [REDACTED] & Co., Heinz A. [REDACTED]; dieser setzte seine Tätigkeit nach Gründung der "H. B. [REDACTED] Frachtenvermittlung" als Angestellter dieses Unternehmens bis zum 30. Juni 1959 fort, an welchem Tage die "H. B. [REDACTED] Frachtenvermittlung" ihre Tätigkeit einstellte; ab 1. Juli 1959 übte Alzinger wiederum dieselbe Tätigkeit als "selbständiger Vermittler" aus. Die zunächst von "H. B. [REDACTED] Frachtenvermittlung" erhobene "Vermittlungs- bzw. Betreuungsprovision" wurde in gleicher Höhe von A. [REDACTED] berechnet und eingezogen. Mitte des Jahres 1960 kehrte A. [REDACTED] zu Joh. B. [REDACTED] & Co. zurück, die dann ihrerseits durch ihn die provisionspflichtige Betreuung fortsetzte.

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht bei dieser Sachlage die "Joh. B. [REDACTED] & Co.", die Beklagten zu 1), die "H. B. [REDACTED] Frachtenvermittlung" und auch den Rechts-

vorgänger der Beklagten zu 2), A [REDACTED], wirtschaftlich als Einheit behandelt und daher zutreffend alle die Abfertigung und Betreuung der Frachtführer betreffenden Vorgänge in der Weise beurteilt, daß auf der einen Seite die Firmen B [REDACTED] bzw. A [REDACTED] als Einheit stehen, auf der anderen Seite die Frachtführer; die amerikanischen Dienststellen waren Vertragspartner der Frachtführer durch den Beförderungsvertrag, außerdem aber auch Vertragspartner der Firmen B [REDACTED] durch einen Vertrag eigener Art, nach dem diese verpflichtet waren, die jeweils nach Art und Anzahl erforderlichen Lastzüge zu beschaffen, diese am Verladeort bereitzustellen, die technische Abwicklung des Transports zu übernehmen, insbesondere eine jederzeit greifbare für diese Tätigkeit geeignete Person zur Verfügung zu halten und die Frachtvergütung an die Frachtführer auszuzahlen.

Für die Beurteilung der hier geltend gemachten Ansprüche der Unternehmer kommt es darauf an, ob die Unternehmer die ihnen nach dem Tarif zustehende Vergütung unverkürzt erhalten haben oder ob durch Scheintatbestände (§ 5 GüKG) die Frachtführer zu tarifwidrigen Zuwendungen verpflichtet wurden und dadurch die ihnen zustehende Frachtvergütung in unzulässiger Weise verkürzt wurde.

2. Dem Berufungsgericht kann schon insoweit nicht gefolgt werden, als es annimmt, der Vermittlungsprovision habe keine echte Vermittlungstätigkeit im Sinne des § 32 GüKG zugrunde gelegen. Es habe sich deshalb um eine unzulässige, die Frachtvergütung verkürzende Zuwendung gehandelt. Nach § 32 GüKG ist die Vermittlung von Ladegut oder Laderaum im Güterfernverkehr solchen Personen gestattet, bei denen eine derartige Tätigkeit im Rahmen eines Gewerbebetriebes üblich ist. Dagegen, daß die Firmen B [REDACTED]

nach dem Zuschnitt ihres Betriebes zu dem Kreis der Personen gehören, denen danach die Vermittlung von Ladegut erlaubt ist, hat das angefochtene Urteil ohne Rechtsverstoß keine Bedenken erhoben.

Wie der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 9. Mai 1967 - Ib ZR 82/65 - näher dargelegt hat, ist Voraussetzung für die erlaubte Vermittlertätigkeit und damit für die zulässige Erhebung einer Vermittlerprovision eine Tätigkeit, durch welche ein Dritter zum Abschluß eines Beförderungsvertrages zwischen dem Absender und dem Güterfernverkehrsunternehmer beiträgt. Eine solche Tätigkeit übten die Firmen B [REDACTED] aus, indem sie die Frachtführer veranlaßten, Transporte für die amerikanischen Dienststellen durchzuführen, und dadurch am Abschluß des Beförderungsvertrages zwischen den Frachtführern und den amerikanischen Dienststellen mitwirkten. Dieser rechtlichen Beurteilung steht nicht entgegen, daß die Firmen B [REDACTED] auf Grund ihrer Verträge mit den amerikanischen Dienststellen verpflichtet waren, auf deren Anforderung Laderaum zur Verfügung zu stellen und daß in der Regel auf dieselben Frachtführer zurückgegriffen wurde. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist auch dem Verhalten der Beklagten nach Erlaß der VO 1/58 bzw. 3/59 nichts zu entnehmen, was gegen eine Vermittlertätigkeit der Firmen B [REDACTED] spräche. Diese sahen in der bis zum Erlaß der VO 1/58 gezahlten Vergütung von etwa 8 % der Bruttofracht ein ausreichendes Entgelt für alle Leistungen. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Firmen B [REDACTED] zu der damaligen Zeit keine echte Vermittlertätigkeit entfalteten; diese Tätigkeit wurde vielmehr durch die Vergütung von 8 % der Bruttofracht als abgegolten angesehen. Diese Handhabung war aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, weil die Vermittlerprovision keiner tariflichen Regelung unterliegt (BGH LM GüKG Nr. 7/8).

Nachdem die Tätigkeit der Abfertigungsspediteure für Militärgut in den Tarif einbezogen und hinsichtlich der Höhe auch in der VOPR 3/59 erheblich niedriger als die Vergütung der Abfertigungsspediteure für sonstige Güter festgesetzt war, waren die Firmen B [REDACTED] nicht gehindert, nunmehr ihre Vermittlertätigkeit ausdrücklich als besondere Leistung zu benennen und demgemäß eine Provision zu verlangen.

Da, wie bereits dargelegt, hinsichtlich der Höhe der Provision keine tarifliche Regelung besteht, waren die insoweit neben der WAV von den Frachtführern gezahlten Vermittlerprovisionen in vollem Umfang tariflich zulässig. Den Frachtführern steht daher kein Rückforderungsanspruch zu.

3. Dem Berufungsgericht kann aber auch darin nicht gefolgt werden, die Betreuungsprovision sei eine unzulässige Zuwendung der Frachtführer an die Firmen B [REDACTED].

Die Betreuungsprovision beruht auf der Vereinbarung zwischen den Firmen B [REDACTED] und den Frachtführern. Ein Scheintatbestand im Sinne des § 5 GüKG läge dann vor, wenn die Firmen B [REDACTED] keine die Provision rechtfertigenden Leistungen erbracht hätten. Das ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Fall.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mußte bei der Verladung eine jederzeit greifbare, zur technischen Abwicklung geeignete und der englischen Sprache kundige Person bereitgehalten werden, außerdem war die Verladung mit "minutiöser" Sorgfalt (BU 42) durchzuführen, und schließlich hatten die Firmen B [REDACTED] die Frachtvergütungen an die Frachtführer auszuzahlen, bevor sie ihrerseits von den Amerikanern Zahlung erhielten; sie mußten

daher über den Rahmen der üblichen Frachtvorlage hinaus vorfinanzieren. Diese Aufgaben fallen nicht in den durch § 2 AOPR 146/48 zumindest im Rahmen bestimmten Tätigkeitsbereich des Abfertigungsspediteurs und können daher Gegenstand einer besonderen Vereinbarung sein. Es kann auch nicht angenommen werden, die Frachtführer seien aus dem Beförderungsvertrag nicht zu diesen besonderen Maßnahmen verpflichtet gewesen. Soweit das Berufungsgericht aus dem Umstand, daß die Firmen B [REDACTED] gegenüber den amerikanischen Dienststellen diese besonderen Aufgaben übernommen hatten, folgert (BU 35), die Frachtführer seien aus dem Beförderungsvertrag nicht zu diesen Maßnahmen, soweit sie die Verladung und Beförderung betrafen, verpflichtet gewesen, kann dem nicht gefolgt werden. Gegen diese Auffassung spricht vor allem, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Amerikaner an die Firmen B [REDACTED] nur die dem Frachtführer als solchem zukommende Vergütung (Fracht nach Tarif und Nebengebührentarif) zahlten und nicht mehr (BU 34), und daß demnach auch die Verpflichtung zu aller Nebentätigkeit und deren Vergütung auf dem Beförderungsvertrag beruhen sollte. Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung würde zu dem Ergebnis führen, daß die Firmen B [REDACTED] eine zu vergütende Tätigkeit unentgeltlich durchzuführen hätten.

Auch in diesem Zusammenhang mißt das Berufungsgericht zu Unrecht dem Umstand, daß die Firmen B [REDACTED] bis zum Erlaß der VOPR 1/58 ganz allgemein sich mit einer Abfertigungsvergütung von 8 % der Bruttofracht begnügt und keine weiteren Vergütungen für Vermittlung und Betreuung berechnet hatten, die Bedeutung eines maßgeblichen Anzeichens : das Bestehen eines Scheintatbestands im Sinne des § 5 GüL bei. Denn die für Militärgüter vor 1958 tarifmäßig nicht

gebundene Abfertigungsvergütung war eben in einer Höhe festgesetzt und erhoben worden, daß damit alle Tätigkeiten abgegolten waren. Wenn die Firmen B [REDACTED] nach der Neuordnung der Abfertigungsvergütung unter Einbeziehung der Militärgüter nach Wegen suchten, um so die nach ihrer Auffassung angemessene bisherige Höhe der Vergütung zu erreichen, und zu diesem Zweck ihre Tätigkeit aufgliederten, so ist das, wie die obigen Ausführungen zu der Berechtigung der Vermittlungs- und Betreuungsprovision zeigen, eine zulässige Maßnahme; die in deren Durchführung mit den Frachtführern geschlossenen Vereinbarungen sind keine Scheintatbestände im Sinne des § 5 GüKG und daher geeignet, die Erhebung der im übrigen nicht tarifgebundenen Provisionen zu rechtfertigen.

4. Da den Frachtführern nach alledem keine Rückforderungsansprüche gegen die Firmen B [REDACTED] zustehen, konnte auch die Klägerin durch Abtretung keine Ansprüche erwerben. Es kann daher offen bleiben, ob auch gegen die Abtretung der Forderungen an die Klägerin aus Rechtsgründen Bedenken bestehen.

III. Aus den dargelegten Gründen konnte das Urteil des Oberlandesgerichts nicht aufrechterhalten werden und war aufzuheben. Die Berufung der Klägerin war zurückzuweis

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97 Abs. 1, 91 ZPO.

Pehle Sprenkmann Mösl Alff Bökelmann