

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 82/65

URTEIL

Verkündet am
9. Mai 1967
Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Heinz O [REDACTED], Internationale Spedition, D [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr, vertreten durch
ihren Präsidenten, in K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Mösl, Alff und Dr. Simon:

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. April 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Inhaber der Beklagten, O [REDACTED], war bis 1955 Geschäftsführer der Firma Carl S [REDACTED] & Co, Internationale Spedition in W [REDACTED]-E [REDACTED]; diese Firma beschäftigte u.a. den Fuhrunternehmer B [REDACTED] in O [REDACTED] /Schwarzwald. B [REDACTED] fuhr regelmäßig Holz vom Sägewerk V [REDACTED] & W [REDACTED] in O [REDACTED] ins Rheinland und erhielt über O [REDACTED] ab 1952 regelmäßig Rückfrachten für Beförderungen nach Süddeutschland von der Firma S [REDACTED].

Im September 1955 machte sich O [REDACTED] selbständig und gründete die Beklagte. Diese schloß mit der Firma S [REDACTED] einen Speditionsagenturvertrag, in dem sie sich ver-

- 3 -

pflichtete, alle Speditionsaufträge, die sie anhand hatte, der Firma S. anzubieten und nicht für andere Spediteure als Agent tätig zu sein; dafür versprach die Firma S. der Beklagten die Zahlung eines Anteils von etwa 25 v.H. an dem Speditionsrohertrag aus den von der Beklagten vermittelten Aufträgen und den Einsatz der Hälfte ihres Laderaums für die Aufträge der Beklagten; weiter räumte sie der Beklagten das Recht ein, ihr, der Firma S., Fremdladeraum zu vermitteln, soweit sie eigenen Laderaum nicht zur Verfügung hatte. Soweit die Beschaffung von Laderaum der Beklagten Unkosten verursachen würde, sollte die Firma S. diese Unkosten ersetzen, es sei denn, die Beklagte erhalte eine Vergütung oder Auslagenerstattung "berechtigterweise" vom Unternehmer.

Die Firma S. setzte auch weiterhin B. für Rückfrachten nach Süddeutschland ein; die dafür in Betracht kommenden Speditionsaufträge vermittelte die Beklagte. Diese vertrat dazu den Standpunkt, daß sie damit auch das Ladegut an den Fuhrunternehmer B. vermittele und daher auch von diesem eine Vermittlungsprovision fordern dürfe. Da die Zahlung solcher Vermittlungsprovisionen durch Fuhrunternehmer zwischen der Beklagten und der Straßenverkehrsgenossenschaft N. in einem gerichtlichen Verfahren streitig geworden war, kam die Beklagte mit B. überein, daß dieser ihr 5 v.H. der Holzfrachten bezahlte, die er auf der Hinfahrt ins Rheinland beförderte und mit denen die Beklagte unstreitig nichts zu tun hatte; diese Zahlungen wurden als "Sonderprovisionen" bezeichnet und von B. als allgemeine Büro- und Verwaltungskosten verbucht. In der Zeit vom 11. Februar 1956 bis 11. Juli 1960 zahlte B. demgemäß insgesamt 15.031,02 DM an die Beklagte.



Die Klägerin, die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr, erblickt in diesen Zahlungen einen vorsätzlichen Tarifverstoß. Sie meint, daß die Beklagte aufgrund des Agenturvertrages tätig geworden sei und daß sie nicht nur zur Firma S■■■■, sondern auch zu den Versendern in Geschäftsbeziehungen gestanden sei, kraft deren sie das Ladegut dieser Versender fest anhand gehabt habe; danach habe die Beklagte in Wahrheit neben der Firma S■■■■ die Stellung eines Zweitspediteurs gehabt, so daß Zahlungen aus der Fracht an sie unzulässig seien; eine Vermittlungsleistung gegenüber dem Fuhrunternehmer habe die Beklagte nicht erbracht. Die Beklagte habe auch über ihre angeblichen Vermittlungen - entgegen § 32 GÜKG - nicht Buch geführt. B■■■■ habe mit seinen Zahlungen vorsätzlich gegen den Tarif verstoßen.

Die Klägerin hat im Tarifausgleichsverfahren gemäß § 23 Abs. 3 GÜKG den Rückforderungsanspruch B■■■■ auf sich übergeleitet.

Sie hat beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 15.031,02 DM
nebst 4 v.H. Zinsen von 14.224,61 DM seit
dem 11. August 1960 und von 806,41 DM seit
dem 27. August 1962 zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie trägt vor, sie habe die streitigen Rückfrachten zwischen B■■■■ und der Firma S■■■■ vermittelt; ohne diese Vermittlung hätte die Firma S■■■■ diesen Unternehmer nicht beauftragt. Das vermittelte Ladegut habe sie aufgrund ihrer Geschäftsbeziehungen mit den Versendern be-

schafft; soweit es die Firma S. selbst beschafft habe, sei dieser Firma im Austausch wieder Ladegut von ihr, der Beklagten, überlassen worden. Den Agenturvertrag mit der Firma S. habe sie am 10. April 1957 fristlos gekündigt; danach habe sie unverbindlich Spediteuraufträge an die Firma S. vermittelt. Insgesamt habe sie von 1955 bis 1960 Rückfrachten für rund 300.000 DM an B. vermittelt, die die Firma S. abgefertigt habe. Im übrigen könne B. nicht vorsätzlich gehandelt haben, da er die Vereinbarungen zwischen der Beklagten und der Firma S. nicht gekannt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin nach dem Klageantrag erkannt. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I. Nach § 32 GUKG ist die Vermittlung von Ladegut oder Laderaum im Güterfernverkehr solchen Personen gestattet, bei denen eine derartige Tätigkeit im Rahmen eines Gewerbebetriebes üblich ist. Über solche Geschäfte sind Bücher zu führen, die Angaben über die Parteien, das beförderte Ladegut, das Beförderungsentgelt und die Provision enthalten müssen.

Dagegen, daß die Beklagte nach dem Zuschnitt ihres Gewerbebetriebes zu dem Kreis der Personen gehört, denen danach die Vermittlung von Ladegut erlaubt ist, hat das angefochtene Urteil keine Bedenken erhoben. Es ist daher für das vorliegende Verfahren davon auszugehen, daß die Beklagte

grundsätzlich Beförderungsverträge zwischen der Firma S [REDACTED] und den jeweiligen Fuhrunternehmern vermitteln konnte und dafür auch eine Vermittlungsprovision zu fordern hatte. Diese Provision unterliegt, wie der Bundesgerichtshof in einem früheren Rechtsstreit gegen die jetzige Beklagte (Urteil vom 21. Dezember 1959 - II ZR 242/57 - BGH LM GÜKG Nr. 7/8) entschieden hat, keiner tariflichen Regelung; insbesondere ist der Vermittler, wenn er zwischen einem Fuhrunternehmer und einem Abfertigungsspediteur vermittelt hat, nicht darauf angewiesen, sich mit einem Anteil an der dem Spediteur zustehenden Abfertigungsvergütung (§ 35 GÜKG) abfinden zu lassen.

Voraussetzung für die erlaubte Vermittlertätigkeit und damit für die zulässige Erhebung einer Vermittlerprovision ist allerdings eine echte Vermittlerleistung, also eine Tätigkeit, durch welche ein Dritter zum Abschluß eines Beförderungsvertrages zwischen dem Absender und dem Güterfernverkehrsunternehmer beiträgt (Hein/Eichhoff/Pukall/Krien, GÜKG § 32 Anm. 2a). Eine solche, zur Erhebung von Provision berechtigende Vermittlerleistung kann nicht schon deshalb verneint werden, weil die Beklagte in den hier in Rede stehenden Fällen sowohl an der Beschaffung des Ladeguts für die Firma S [REDACTED] andererseits aber auch an der Vermittlung desselben Ladeguts an den Fuhrunternehmer B [REDACTED] verdient hat (vgl. das angeführte Urteil des BGH unter V, insoweit in BGH LM aaO nicht abgedruckt). Dagegen hat das Berufungsgericht eine Reihe weiterer Umstände zur Begründung dafür herangezogen, daß im vorliegenden Fall die Zahlungen B [REDACTED] wirtschaftlich nicht das Entgelt für eine Vermittlerleistung, sondern eine gegen den Tarif verstoßende verbotene Zuwendung darstellten.

II. 1. Das Berufungsgericht hat dargelegt, Grundlage der Beziehungen zwischen der Beklagten und der Firma S [REDACTED] sei ab 1955 zunächst der Agenturvertrag gewesen. Danach habe die Beklagte für die Vermittlung von Speditionsaufträgen einen Hundertsatz des Bruttogewinns der Firma S [REDACTED] aus der Abfertigung dieser Aufträge erhalten. Daneben hätte es der Beklagten grundsätzlich freigestanden, bei der Firma S [REDACTED] für bestimmte Fuhrunternehmer zu werben, wenn deren eigener Laderaum nicht ausgereicht hätte; jedoch sei eine solche Werbung bezüglich des Unternehmers Beierkuhnlein für die Firma S [REDACTED] wirtschaftlich sinnlos gewesen, da Beierkuhnlein ohnehin als "Hausunternehmer" seit Jahren für S [REDACTED] gefahren sei. Es habe vielmehr einen anderen Grund gehabt, daß die Firma S [REDACTED] der Beklagten in dem Agenturvertrag das Recht einräumte, bestimmte Fuhrunternehmer für sie zu benennen, die sie dann auch beauftragen mußte; die Beklagte habe damit eine weitere Gegenleistung für die Beschaffung der Speditionsaufträge erhalten sollen, die auf Kosten der Fuhrunternehmer zu erbringen war, die nach der Abrede der beiden Speditionsfirmen an die Beklagte Provision für die Vermittlung des Ladeguts zahlen sollten. Daß dies so vorgesehen gewesen sei, ergebe sich aus § 5 Abs. 2 des Agenturvertrages, wonach die Firma S [REDACTED] der Beklagten die durch die Laderaumvermittlung verursachten zusätzlichen Unkosten erstatten sollte, falls nicht die Beklagte vom Unternehmer eine Vergütung oder Auslagenerstattung erhalte; es ergebe sich ferner aus einem Schreiben der Firma S [REDACTED] an die Beklagte vom 15. Juni 1962, in dem die Firma S [REDACTED] ausführe, die Beklagte habe ihr seit 1955 laufend Ladegut zugeführt und "in Verbindung hiermit ... die Möglichkeit wahrgenommen", auch den Unternehmern das Ladegut zu vermitteln.

Bei dieser Sachlage, so fährt das angefochtene Urteil fort, könne wirtschaftlich von einer echten Vermittlung nicht

gesprochen werden. Ein Vermittler werbe auch für den Unternehmer bei dem Spediteur, der in freier Entscheidung diesen Unternehmer beauftragen oder einen anderen nehmen könne; hier aber habe die Firma S. infolge des Rechts der Beklagten auf Laderaumvermittlung keinen anderen Unternehmer beauftragen dürfen als den von der Beklagten benannten, so daß bei allen Beförderungsverträgen, welche die Firma S. aufgrund einer Vermittlung der Beklagten abfertigte, das Entgelt des Unternehmers wirtschaftlich um die Vermittlungsprovision gekürzt worden sei, gleich welcher Unternehmer beauftragt wurde. Daher habe allenfalls in der äußeren Rechtsform die Vermittlung von Laderaum an die Firma S. und von Ladegut an Beierkuhnlein vorgelegen; wirtschaftlich dagegen habe die Firma S. der Beklagten für die Beschaffung von Speditionsaufträgen eine weitere Vergütung zu Lasten der Unternehmer geleistet.

Daran habe sich, so führt das Berufungsgericht weiter aus, auch nach der von der Beklagten behaupteten Kündigung des Agenturvertrages nichts geändert. Die Beklagte habe nicht dargetan, daß nach dem 10. April 1957 der Vermittlung von Speditionsaufträgen und von Laderaum an die Firma S. andere Vereinbarungen zugrunde gelegen hätten; da die Beklagte selbst vortrage, daß die Firma S. weiterhin brennend daran interessiert gewesen sei, von ihr Ladegut angeliefert zu erhalten, und daß auch nach dem 10. April 1957 auf für sie - die Beklagte - unverbindlicher Grundlage Speditionsaufträge und Ladegut vermittelt worden seien, müsse mangels anderweiter Behauptung der Beklagten davon ausgegangen werden, daß sie auch weiterhin von der Firma S. als Gegenleistung für die Verschaffung von Speditionsaufträgen neben der Beteiligung am Bruttogewinn das Recht erhalten habe, den Fuhrunternehmer zu bestimmen. Denn weder habe die Beklagte aus ihrer fortbestehenden wirtschaftlichen

Machtstellung heraus einen Anlaß gehabt, auf diese Regelung zu verzichten, noch habe die Firma S. Anlaß gehabt, eine Änderung zu verlangen, da den Nachteil der Regelung ausschließlich die Unternehmer getragen hätten.

2. Hinzu komme - so fährt das angefochtene Urteil fort, ohne jedoch diesen Punkt als entscheidungserheblich zu behandeln -, daß die Beklagte unstreitig mit den Versendern in unmittelbaren Geschäftsbeziehungen gestanden habe; die Versender seien ihre Kunden gewesen. O. habe diese Geschäftsbeziehungen als leitender Angestellter der Firma S. geschaffen gehabt und habe die Kunden "mitgenommen", als er sich selbständig machte und die Beklagte gründete. Soweit es sich bei den an Beierkuhnlein gegebenen Rückfrachten nicht um Ladegut solcher Kunden, sondern um "speereigenes" Ladegut gehandelt habe, habe die Beklagte der Firma S. "im Austauschwege" anderes Ladegut auf der Grundlage des Agenturvertrages angedient. Die Beklagte habe also das Ladegut "speeditionell anhand" gehabt und habe es der Firma S. lediglich zur Abfertigung unter Beteiligung an der Abfertigungvergütung (§ 35 GüKG) übergeben. Unter diesen Umständen sei die Beklagte wirtschaftlich gesehen Auftraggeber B. hinsichtlich der Beförderungsverträge gewesen und habe auch aus diesem Grunde von ihm keine "Vermittlungsprovision" annehmen dürfen.

III. Diese Darlegungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Ein zur Überleitung eines Rückzahlungsanspruchs berechtigender Tarifverstoß könnte nicht schon deshalb angenommen werden, weil die sogenannten Vermittlungsprovisionen nicht ordnungsgemäß verbucht worden sind.

Das Berufungsgericht hat dazu festgestellt, daß die in Rede stehenden Zahlungen entsprechend einer Vereinbarung zwischen der Beklagten und B. als "Sonderprovisionen" auf die Holzfrachten bezeichnet und von Beierkuhnlein als allgemeine Büro- und Verwaltungsunkosten verbucht worden sind; darüber, wie die Beklagte diese Zahlungen verbucht hat, ist keine Feststellung getroffen. Danach kann schon nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß die Beklagte bezüglich der Provisionszahlungen gegen § 32 Abs. 1 GüKG verstoßen hat, wonach für Vermittlungsgeschäfte in den Büchern Angaben über das beförderte Ladegut, das Beförderungsentgelt und die Provision zu machen sind. Aber selbst wenn ein solcher Verstoß vorläge, könnte er zwar als Ordnungswidrigkeit gemäß § 99 Abs. 1 Nr. 6 GüKG mit Geldbuße belegt werden (§ 99 Abs. 2 GüKG), doch würde der bloße Verstoß gegen die Buchführungspflicht nicht die Zahlung als solche zur tarifwidrigen Zuwendung im Sinne des § 22 Abs. 2 Satz 2 GüKG machen. Wenn dabei auch nicht zu vorkommen ist, daß eine der Verschleierung dienende Bezeichnung der Vermittlungsprovision die Überwachungstätigkeit der Klägerin - die sich nach § 54 Abs. 2 GüKG auch auf den Frachtenvermittler erstreckt - erheblich erschweren muß, so kann daraus doch nicht die Folgerung gezogen werden, daß allein die nicht ordnungsmäßige Verbuchung eine - sonst an sich nicht zu beanstandende - Zahlung zur tarifwidrigen Zuwendung machen könnte.

2. Das Oberlandesgericht hat seiner wirtschaftlichen Beurteilung der zwischen der Beklagten und der Firma S. bestehenden Beziehungen die Bestimmungen des Agenturvertrages vom 22. Juli 1955 zugrunde gelegt; es hat zwar nicht übersehen, daß die Beklagte diesen Vertrag nach ihrer Behauptung am 10. April 1957 mit Zustimmung der Firma S. fristlos gekündigt hat, meint aber, die Beklagte habe nicht

dargetan, daß sich nach diesem Zeitpunkt die Vermittlung von Speditionsaufträgen und Laderaum an die Firma S [REDACTED] nach anderen Vereinbarungen abgewickelt hätte. Dieser Ausgangspunkt ist rechtlich nicht haltbar; wenn der Berufungsrichter der Behauptung über die Kündigung des Vertrages folgen wollte, dann wäre es Sache der Klägerin gewesen, darzutun und zu beweisen, daß in der Folgezeit die Vermittlungstätigkeit der Beklagten sich unter solchen Voraussetzungen und Formen abwickelte, daß von einer "echten", eine Provisionszahlung rechtfertigenden Vermittlertätigkeit nicht die Rede sein konnte.

3. Unabhängig davon krankten die Darlegungen des angefochtenen Urteils zur Frage einer sinnvollen Vermittlertätigkeit der Beklagten vor allem daran, daß dabei einseitig auf die Lage und das Interesse der Firma S [REDACTED] und nicht auf das Interesse des Fuhrunternehmers B [REDACTED] abgestellt wird. Selbst wenn auch für die Zeit nach der Kündigung des Agenturvertrages davon auszugehen wäre, daß der Beklagten das Recht zustand, der Firma S [REDACTED] jeweils einen Unternehmer zu benennen, den diese sodann aufgrund ihrer mit der Beklagten bestehenden Vereinbarungen beauftragen mußte, so könnte sich daraus allenfalls ergeben, daß gegenüber der Firma S [REDACTED] insoweit keine provisionswürdige Vermittlerleistung vorlag; da aber eine von dieser Firma gezahlte Provision nicht in Rede steht, kommt es allein auf das Interesse B [REDACTED] an der Vermittlung der Beklagten an. Für den Unternehmer aber konnte es von entscheidender Bedeutung sein, ob die Beklagte ihn oder einen anderen Unternehmer der Firma S [REDACTED] für den Abschluß von Beförderungsverträgen benannte, so daß von seinem Standpunkt aus das Vorliegen einer Vermittlerleistung nicht von den Beziehungen zwischen der Beklagten und der Firma S [REDACTED] abhing; es kommt vielmehr darauf an, ob die Firma S [REDACTED]

B [REDACTED] auch ohne das Dazwischentreten der Beklagten beauftragt hätte oder ob die Tätigkeit der Beklagten ursächlich für den Abschluß der Beförderungsverträge zwischen S [REDACTED] und B [REDACTED] war. Der Umstand allein, daß B [REDACTED] schon vor der Gründung der Beklagten als "Hausunternehmer" für Speer gefahren war, reicht für die Beantwortung dieser Frage nicht aus; er könnte allenfalls im Zusammenhalt mit anderen Umständen darauf hindeuten, daß mit der Zwischenschaltung der Beklagten ein Umgehungstatbestand (§ 5 GüKG) geschaffen werden sollte, durch den eine tarifwidrige Zuwendung in das Gewand einer - zulässigen - Vermittlungsprovision gekleidet werden sollte.

Der Umstand, daß die von Beierkuhnlein gezahlte Provision auf der Grundlage der Holzfrachten berechnet worden ist, bei denen die Beklagte nicht als Vermittlerin beteiligt war, würde die rechtliche Beurteilung dann, wenn die Beklagte in Ansehung der Rückfrachten eine echte Vermittlerleistung erbracht haben sollte, aus dem schon vom Landgericht angeführten Grunde nicht beeinflussen können, daß es sich hierbei in diesem Falle nur um eine Berechnungsweise für eine an sich rechtmäßig erfallene Vermittlungsgebühr und mithin nicht um einen Tarifverstoß gehandelt haben würde.

Da die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils für eine abschließende Entscheidung durch das Revisionsgericht nicht ausreichen, muß das Urteil schon aus diesem Grunde aufgehoben werden. Das Berufungsgericht wird zu erwägen haben, ob es angesichts des im Rechtsstreit vorgelegten umfangreichen Einzelmaterials (Zusammenstellungen über die verschiedenartigen Beförderungsleistungen

u.dgl.) in der Lage ist, ohne Sachverständigen die noch erforderlichen Feststellungen zu treffen.

4. Was im vorstehenden Abschnitt dargelegt wurde, gilt entsprechend für die Annahme des Oberlandesgerichts, die Beklagte habe auch deshalb keine Vermittlerleistung erbracht, weil sie selbst das an B. [REDACTED] gegebene Ladegut "speditionell anhand" gehabt habe und daher nicht Vermittler, sondern selbst (Erst- oder Zweit-) Spediteur gewesen sei.

Diese Annahme wird nicht von der dazu allein getroffenen Feststellung getragen, die Beklagte habe in unmittelbaren geschäftlichen Beziehungen zu den Versendern gestanden. Ist es schon zweifelhaft, ob diese Feststellung für alle Versender der verschiedenartigen in Betracht kommenden Sendungen zutrifft, so ist damit vor allem nichts darüber gesagt, ob die Beklagte als Vermittler oder als Spediteur tätig geworden ist; denn auch der Vermittler wird vielfach zu den von ihm vermittelten Vertragspartnern in direkten geschäftlichen Beziehungen stehen, da er sonst schwerlich seine Vermittlerdienste anbieten könnte. Mag auch in dem Falle, in dem ein Spediteur sich als Frachtenvermittler betätigt, der Verdacht besonders naheliegen, daß die Zwischenschaltung als Vermittler überflüssig ist und nur der Verschleierung eines zusätzlichen tarifwidrigen Spediteurgewinns dient, so kann jedenfalls aus dem vom Berufungsgericht angenommenen Grunde allein nicht entnommen werden, daß im vorliegenden Fall eine Vermittlung in Wahrheit nicht stattgefunden habe.

Das Oberlandesgericht wird, soweit es auf diese Frage in der erneuten Berufungsverhandlung ankommt, auch dazu die noch erforderlichen Tatsachenfeststellungen - gegebenen-

falls unter Zuziehung eines Sachverständigen - zu treffen haben.

IV. Da das angefochtene Urteil aus den dargelegten Gründen keinen Bestand haben kann, kommt es im vorliegenden Revisionsverfahren auf die Darlegungen zur Frage des vorsätzlichen Handelns B[REDACTED] und die dagegen gerichteten Angriffe der Revision nicht mehr an.

V. Nach allem war das Berufungsurteil auf die Revision der Beklagten aufzuheben; die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Jungbluth Pehle Mösl Alff Simon