

VII ZR 263/60

Verkündet
am 8. Februar 1962
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Frau Elsbeth B. [REDACTED] als alleinige Inhaberin der
Firma K. [REDACTED] W. [REDACTED] & Wi. [REDACTED], H. [REDACTED]-I. [REDACTED],
Bo. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

gegen

Dr. jur. Werner B. [REDACTED], alleiniger Inhaber der Firma
F. [REDACTED] & Co., H. [REDACTED], S. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. Februar 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesge-
richts zu Hamburg vom 11. Februar 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat gegen die Beklagte eine unstreitige Forderung von 7.924,82 DM. Er hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte bittet um Klageabweisung. Sie rechnet mit einer Gegenforderung auf, mit der es folgende Bewandtnis hat:

Die Beklagte betreibt ein Fernverkehrsunternehmen mit Lastkraftwagen. Sie strebte danach, für einen ihrer Wagen eine Genehmigung nach dem § 8 Abs. 1 und dem § 11 GÜKG zu erhalten. Deswegen wandte sich ihr Ehemann im Jahre 1956 an den Kläger. Dieser händigte ihm gegen Zahlung von 6.500 DM eine Genehmigungsurkunde aus, die auf den Namen der Firma Otto M., Inhaber Gerhard H., lautete; in diese Urkunde trug die Behörde den der Beklagten gehörigen Kraftwagen ein. Die Beklagte benutzte ihn im Fernverkehr bis zum Jahre 1958. Damals übergab sie die Urkunde dem Kläger auf dessen Anfordern. In der Folgezeit zog die Behörde die Urkunde ein.

Die Beklagte ist der Ansicht, daß ihr Ehemann mit dem Kläger einen wirksamen Vertrag geschlossen habe, auf Grund dessen der Kläger verpflichtet sei, ihr, der Beklagten, eine rechtswirksame Genehmigung für ihren Kraftwagen zu beschaffen. Dieses Abkommen habe er nicht erfüllt; deswegen habe er Schadensersatz zu leisten. Außerstenfalls habe er den Betrag von 6.500 DM herauszugeben, um den er auf ihre Kosten ungerechtfertigt bereichert sei. Ihr, der Beklagten, Ehemann habe ihr die ihm zustehenden Ansprüche abgetreten. Damit rechne sie auf.

Der Kläger hat erwidert, er habe die Ausnutzung der Konzession vermittelt und dafür eine "good will-Anerkennung von 6.500 DM erhalten. Den Betrag brauche er nicht herauszugeben.

Das Land- und das Oberlandesgericht haben die Beklagte nach dem Klageantrag verurteilt. Sie haben die Gegenforderung als unbegründet angesehen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht läßt es dahingestellt, ob der Ehemann der Beklagten mit dem Kläger einen Mäklervertrag geschlossen hat und ob die Voraussetzungen für die Entstehung der Vergütung erfüllt sind. Das Abkommen habe, so meint es, nach dem eigenen Vortrag der Beklagten die Überlassung einer Fernverkehrsgenehmigung zum Inhalt gehabt. Diese Genehmigung sei aber gemäß dem § 11 S. 3 GüKG unübertragbar. Der Vertrag sei also auf eine unmögliche Leistung gerichtet und deswegen nach dem § 306 BGB nichtig gewesen. Dem Ehemann der Beklagten und dieser selbst sei die Unmöglichkeit bekannt gewesen. Sie könnten daher weder Schadensersatzforderungen noch gemäß dem § 815 BGB Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen.

Die gegen diese Würdigung gerichteten Revisionsangriffe haben Erfolg.

1.) Entsprechend der Unterstellung des Berufungsgerichts hat der Senat davon auszugehen, daß sich der Kläger



verpflichtet hat, den Abschluß eines Vertrags auf Überlassung der Genehmigung zwischen H. und dem Ehemann der Beklagten zu vermitteln. Mangels entgegengesetzter Feststellungen des Oberlandesgerichts ist ferner zu unterstellen, daß der Kläger, wie die Beklagte behauptet, die Garantie für die Erfüllung dieses Vertrags übernommen hat.

Es ist richtig, daß der § 11 S. 3 GÜKG die Übertragung einer solchen Fernverkehrsgenehmigung von dem Inhaber auf eine andere Person verbietet. Der Rechtsverkehr hat aber, wie das Oberlandesgericht nicht verkennt, mit Billigung der zuständigen Behörden Formen entwickelt, die nicht als Umgehung des Gesetzes angesehen worden sind, jedoch vom Standpunkt der Beteiligten wirtschaftlich als "Übertragung" angesehen werden können.

a) Zunächst stand der Weg einer Geschäftsübertragung im ganzen nach der im Jahre 1956 geltenden Fassung des § 9 Abs. 2 S. 2 GÜKG offen (Änderung erst durch Gesetz vom 3. Juni 1957 - BGBl I, 593); er soll hier allerdings nach dem Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 30. November 1959 verschlossen gewesen sein.

Ferner kam die Errichtung einer Gesellschaft zwischen dem bisherigen Inhaber und dem neuen Interessenten in Betracht (vgl. den BGHZ 30, 267 behandelten Fall).

Vor allem haben sich aber die Behörden mindestens zu dem hier in Betracht kommenden Zeitpunkt mit Zustimmung des Bundesministers für Verkehr in ständiger Übung auf einen sog. bedingten Verzicht eingelassen. In einem solchen Falle verzichtet der Inhaber auf die ihm erteilte Genehmigung unter der Bedingung, daß einer bestimmten anderen

Person eine neue Genehmigung erteilt wird. Der neue Inhaber verpflichtet sich demgegenüber zur Zahlung eines meistens nicht unbeträchtlichen Betrags an den Verzichtenden. Die Behörden haben ein solches Vorgehen häufig, wenn nicht sogar regelmäßig, nicht beanstandet (Huber BB 1961, 1148 und 1962, 20; Bauer BB 1962, 16; Hein-Eichhoff Pukall-Krien, GÜKG § 11 Anm. 4).

b) Das Oberlandesgericht hat nicht verkannt, daß die Beteiligten auf eine der genannten Arten zu einer mit dem Gesetz vereinbaren Ausnutzung der Konzession durch die Beklagte hätte gelangen können, wobei es allerdings dem bedingten Verzicht ein zu geringes Gewicht beizumessen scheint. Es meint aber, vorliegend hätten sie nur eine unzulässige Umgehung des Gesetzes im Auge gehabt (§ 5 Abs. 1 GÜKG). Denn sie hätten nicht von vornherein beabsichtigt, einen Vertrag auf einer der angeführten Grundlagen zu schließen. Das gehe schon daraus hervor, "daß die Beklagte etwa 2 Jahre lang die an H. erteilte Konzession ohne dessen Beteiligung und hiernach entgegen den Bestimmungen des GÜKG den Rechtsschein der ihr überlassenen Konzessionsurkunde für sich ausgenutzt" habe.

Diese Begründung ist nicht geeignet, den von dem Oberlandesgericht gezogenen Schluß zu rechtfertigen, zumal da sie mit anderen Ausführungen des Urteils nicht zu vereinen ist.

Einmal bezieht sie sich nur auf eine etwa beabsichtigte Gesellschaftsbildung; denn nur bei dieser wäre eine Beteiligung des H. in Betracht gekommen, während die Beklagte bei einer Geschäftsübertragung oder dem bedingten Verzicht allein zur Ausnutzung befugt gewesen wäre.

Vor allem hat das Oberlandesgericht aber nicht das von ihm selbst unterstellte (II 3 b des Urteils) nachfolgende Verhalten der Beteiligten berücksichtigt. Die Tatsache, daß die Beklagte die Konzession ohne Mitwirkung des H. 2 Jahre lang allein genutzt hat, wäre nur dann im Sinne des vom Berufungsgericht gezogenen Schlusses beweiskräftig, wenn man sich auch in der Folgezeit nicht darum bemüht hätte, mit H. zusammenzuarbeiten. Das Gegenteil soll aber der Fall gewesen sein. Danach sollen die Beteiligten nach Vertragsschluß mit H. verhandelt haben, um einen Gesellschaftsvertrag mit ihm zustande zu bringen; das soll an dessen Widerstand gescheitert sein. Diese Vorgänge hätten bei Entscheidung der Frage, ob beim Abschluß des Mäklervertrags eine rechtlich zulässige Vertragsgestaltung ernsthaft vorgesehen war, nicht außer acht gelassen werden dürfen. Denn maßgebend für dessen Gültigkeit ist, ob man damals einen gesetzlich zulässigen Weg für die "Übertragung" der Konzession im Sinne gehabt hat.

c) Die bisherigen Ausführungen des Oberlandesgerichts tragen also nicht die Annahme, daß der Mäklervertrag, weil auf eine unmögliche Leistung gerichtet, nichtig gewesen sei.

Sollte er aber gültig gewesen sein, so wäre der Kläger gemäß dem § 812 BGB zur Herausgabe der 6.500 DM verpflichtet. Gemäß dem § 652 BGB hätte er den Maklerlohn nur verdient gehabt, wenn der vermittelte Vertrag zwischen der Beklagten und H. zustande gekommen wäre; das war unstreitig nicht der Fall. Auch der § 815 BGB würde in diesem Falle dem Herausgabeverlangen der Beklagten nicht entgegenstehen.

Der Senat sieht sich auch nicht in der Lage, ein abschließendes Teilurteil über den Unterschiedsbetrag zwischen jenen 6.500 DM und der Klageforderung von 7.924,82 D zu erlassen. Denn bei einer Gültigkeit des Maklervertrags könnten höhere Schadensersatzansprüche der Beklagten aus der von ihr behaupteten Garantie begründet sein.

2.) In der Rechtsprechung und im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, daß der § 9 Abs. 2 GÜKG nicht rechtswirksam sei, weil er gegen den Art. 12 Abs. 1 GG verstoße (vgl. die Zusammenstellung bei Balfanz GÜKG § 9 Anm. 1, so Huber und Bauer aaO).

Diese Frage bedarf hier aber keiner Erörterung, weil die Entscheidung nicht davon abhängt. Geschäftsgrundlage für den Abschluß des Maklervertrags war in erster Linie die praktische Handhabung des § 9 Abs. 2 GÜKG in der damaligen Zeit. Selbst wenn das Bundesverfassungsgericht die genannte Vorschrift nunmehr für verfassungswidrig erklären sollte, würde sich also an den wirtschaftlichen Voraussetzungen nichts ändern, von denen die Beteiligten im Jahre 1956 ausgegangen sind. Für die Parteien und den Ehemann der Beklagten war jedenfalls allein maßgebend, daß die Behörden den § 9 Abs. 2 GÜKG damals anwandten. Wie das Bundesverfassungsgericht in Zukunft hierüber entscheiden wird, ist demgegenüber bedeutungslos, nachdem die Konzession des H. endgültig eingezogen und der Beklagten eine neue für denselben Kraftwagen erteilt worden ist.

3.) Das Urteil ist aus den angeführten Gründen aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuweisen.

II.

Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Oberlandesgericht folgendes zu beachten haben:

1.) Die rechtliche Stellung des Ehemanns der Beklagten bei den Verhandlungen wird zu klären sein. Es könnte von Bedeutung sein, ob er den angeblichen Mäklervertrag in eigenem Namen oder als Vertreter seiner Ehefrau für diese geschlossen hat.

2.) Ebenso wird es eines Eingehens darauf bedürfen, welche Rechtsbeziehungen zwischen dem Kläger und Haufe bestanden. Das Oberlandesgericht hat bisher unterstellt, daß er als Mäkler aufgetreten ist. Nach den Behauptungen der Beklagten ist es aber nicht ausgeschlossen, daß er nur Vertreter des H[REDACTED] war.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

BR Dr. Finke ist im Urlaub
ortsabwesend und deshalb an
der Unterschrift verhindert.

Glanzmann