

sche Schwierigkeiten in die Tat umgesetzt werden können. Streckenstilllegungen und Personalentlassungen sind, so gerechtfertigt sie betriebswirtschaftlich sein mögen, bei den Betroffenen unpopulär. Wird der gewiesene Weg aber konsequent beschritten, kann mit einem wesentlichen Abbau, möglicherweise sogar mit einer Beseitigung des Defizits der British Railways bis 1970 gerechnet werden. Die Entwicklung muß abgewartet werden, weil einerseits ungewiß ist, in welchem Ausmaß die Eisenbahnen von den ihnen gegebenen Möglichkeiten Gebrauch machen werden, und andererseits die Oppositionspartei immer wieder betont hat, sie werde bei einem Regierungswechsel den liberalen Kurs abbrechen und zur Gemeinwirtschaftlichkeit der Eisenbahn zurückkehren.²⁸⁾

*

Die Geschichte der britischen Verkehrspolitik ist, wie der Überblick gezeigt hat, in dem Bemühen um ein wirtschaftlich gesundes, mit dem größten volkswirtschaftlichen Nutzen arbeitendes Verkehrswesen, insbesondere um die Koordinierung von Schienen- und Straßenverkehr durch wechselvolle und radikale Konzeptionen charakterisiert. Die extremen Lösungsversuche, die auf die parteipolitische Doktrin der Regierungen zurückgehen, waren im Grunde bedingt durch die einseitigen Belastungen und durch die sich in der Folge zunehmend verschlechternde Wirtschaftslage sowie die gehemmte Anpassung der Leistungsstruktur der British Railways als einer tragenden Stütze des Verkehrssystems in Großbritannien.

Wenn die verkehrspolitischen Experimente, die in Großbritannien angestellt wurden und werden, auf Grund der unterschiedlichen geographischen Gegebenheiten und der andersartigen Verkehrsstruktur auch nicht ohne weiteres auf andere Länder übertragbar sind, so können doch aus den hier gesammelten Erfahrungen wertvolle Folgerungen für variierte Versuche gezogen werden. Insbesondere sollte sich aber überall die grundlegende Erkenntnis, die in Großbritannien in der konsequenten Weiterentwicklung des liberalen Lösungsweges zum Ausdruck kommt, durchsetzen, daß mit Halbheiten die Koordinierung der Verkehrsträger nicht herbeigeführt werden kann. Der britischen Lösung des Schiene-Straße-Problems über den freien Wettbewerb widersprechen nur noch die Zulassungsbeschränkungen für den gewerblichen Straßengüterverkehr als ein letztes Requisite dirigistischer Politik. Zweifellos stehen die Verwirklichung der Möglichkeiten und Planungen und damit die Erfolge noch weitgehend aus; aber die Weichenstellung ist vorgenommen. Ob sie den Verlauf der künftigen Entwicklung bestimmen wird, hängt von der weiteren konsequenten Haltung der verantwortlichen Verkehrspolitiker und — nicht zuletzt — vom Ausgang der in diesem Herbst stattfindenden Parlamentswahlen ab. Bezüglich dieser beiden Voraussetzungen scheinen zur Zeit Befürchtungen angebracht zu sein. Sollten sie sich als berechtigt erweisen, bliebe den von der Transport Act und dem Sanierungsprogramm vorgesehenen Maßnahmen eine umfassende Bewährungsprobe versagt. Andernfalls könnte ein Erfolg des in Großbritannien beschrittenen Weges richtungweisend für die Lösung des Wettbewerbs- und Koordinierungsproblems in anderen Staaten sein.

²⁸⁾ Vgl. hierzu Opladen/Sauer, a.a.O., S. 141.

Die gewerbliche Vermietung von Last- und Nutzkraftwagen zum Selbstfahren und das Güterkraftverkehrsgesetz

VON PROF. DR. HORST BARTHOLOMEYCZIK, MAINZ

I. Die wirtschaftliche Bedeutung

Von der Öffentlichkeit lange Zeit hindurch unbemerkt, ist in den letzten Jahren ein neues Gewerbe auf dem Gebiet des Güterverkehrs mit Kraftfahrzeugen herangewachsen: die gewerbliche Vermietung von Last- und Nutzkraftwagen zum Selbstfahren an Gewerbetreibende, die mit den gemieteten Fahrzeugen Waren für ihren eigenen gewerblichen Bedarf befördern. Meist beschäftigen sich damit Unternehmen, die Personenkraftwagen zum Selbstfahren vermieten. An diese gewerbliche Tätigkeit, die aus dem Personenverkehr nicht mehr hinwegzudenken ist, angelehnt, hat sich Schritt für Schritt das neue Gewerbe entwickelt und einen erheblichen Umfang angenommen, so daß man sagen kann: auch dieses Gewerbe ist aus der gewerblichen Beförderung von Gütern mit Kraftwagen nicht mehr hinwegzudenken. Der Ausfall eines Wagens durch Unfall oder die Bewältigung einer seltenen, jedenfalls nicht periodisch auftretenden Beförderungsspitze im Güterverkehr veranlaßt diese Unternehmen, ihren Beförderungsbedarf durch die Miete eines Lastwagens für einige Tage, jedenfalls nicht für periodisch wiederkehrende feste und längere Zeiträume zu decken. Die Anschaffung eines besonderen eigenen Wagens für den Werkverkehr würde wirtschaftlichen Überlegungen nicht entsprechen; sie wäre nicht rationell. Der Wagen wäre nicht voll ausgelastet, während durch die vorübergehende Miete eines fremden Wagens wiederum vorhandene Arbeitskräfte intensiver beschäftigt oder zusätzliche Arbeitskräfte kurzfristig und daher rationell eingesetzt werden können. Die Miete ist also das Gebot einer betriebswirtschaftlichen Rationalisierung, die einen Nutzen schafft, der der Allgemeinheit weitergegeben werden kann. Der BGH hält mit Recht schon aus wirtschaftlichen Überlegungen ein Transportunternehmen, das Schadensersatz wegen Beschädigung eines seiner Lastkraftwagen verlangen kann, für verpflichtet, seinen Schaden dadurch zu mindern, daß es einen Ersatzwagen mietet.¹⁾

Nach der Art des Bedarfs handelt es sich meist nicht um Wagen von größerem Beförderungsvolumen. Immerhin enthält der Beschluß des Oberlandesgerichts Hamburg vom 4. 3. 1963²⁾ die Feststellung, die Existenz einer verhältnismäßig großen Anzahl von Kraftfahrzeugvermietungsunternehmen, die auch Lastkraftwagen vermieten, zeige das Bedürfnis der Allgemeinheit, unter besonderen Umständen zum Transport von Gütern einen gemieteten LKW zu verwenden.

Die Wagen werden oft noch zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen vermietet, die für die Miete von Personenkraftwagen verwandt werden. Das fertigt vorliegende Vertragsrecht

¹⁾ Das Urte. v. 5. 7. 63 (VersR 63, 1162) behandelt eine Kollision im Saarland aus dem Jahre 1957. Damals galt dort noch nicht das GüKG. Aus diesem Grunde und wegen des Mangels tatsächlicher Aufklärung konnte der BGH zur hier behandelten Rechtsfrage keine Stellung nehmen. Aber auf das wirtschaftliche Bedürfnis ist damit hingewiesen. An der Klärung dieser Frage ist daher auch die Versicherungswirtschaft interessiert. Die kurzfristige Miete von Last- und Nutzfahrzeugen kann hohe Schäden in Haftpflichtfällen verhindern.

²⁾ 2 Ws (a) 414/62 in: JR 1963, 309.

hat sich der Entwicklung noch nicht angepaßt. In den Bedingungen, die mir vorgelegen haben, heißt es u. a., daß der Mieter das Fahrzeug keiner anderen Person, auch nicht zur zeitweisen Führung, überlassen und nicht zu polizeiwidrigen Handlungen benutzen darf.

Die Mieter benutzen den Wagen dazu, eigene Erzeugnisse zu ihren Kunden oder Material an Auftraggeber zu befördern, für die sie Lohnaufträge ausführen. Mitunter brauchen sie die Mietwagen zur Beförderung solcher Güter innerhalb verschiedener Abteilungen des eigenen Unternehmens oder zu einem anderen Frachtführer, etwa der Deutschen Bundesbahn. Dabei wird auch die Nahzone des § 2 Abs. 2 des Güterkraftverkehrsgesetzes vom 17. 10. 1952 (GüKG) überschritten. Das Fahrzeug wird nicht von Kraftfahrern der Vermieter, sondern solchen der Mieter oder vom Mieter selbst geführt.

Die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr hat durch Kontrollen bereits einen umfassenden Einblick in das neue Gewerbe gewinnen können, denn die Beförderer werden im Fernverkehr ohne eigene Zulassungs-, ohne Beförderungs- und Begleitpapiere, auch ohne Fahrtennachweisbuch angetroffen. Sie hat in verschiedenen Fällen die Vermieter beschuldigt, den Güterfernverkehr ohne Genehmigung dadurch zu betreiben, daß sie das Fahrzeug „im Auftrage des Mieters eingesetzt“ hätten. Sie hat darin gleichzeitig eine Zuwiderhandlung gegen die §§ 99 Abs. 1 Nr. 1; 8 Abs. 1 GüKG und einen Verstoß gegen den Tarifzwang des § 22 GüKG sowie gegen § 98 GüKG in Verbindung mit § 1 des Wirtschaftsstrafgesetzes von 1954 gesehen, der darin liege, daß der Vermieter das „Frachtentgelt mit dem Mieter frei vereinbart“ habe. Dabei hat sie unter dem Beförderungsentgelt nicht den Mietzins für die Vermietung des Fahrzeuges an den Mieter, sondern das Entgelt für die Beförderung der Waren des Mieters an seine Kunden verstanden, das dieser besonders berechnet hat. In jedem Falle habe der Vermieter, so meint sie, mit der Vermietung einen Scheintatbestand i. S. des § 5 GüKG geschaffen.

Das neue Gewerbe steht und fällt daher mit der Frage, ob es gegen die Vorschrift des GüKG verstößt. Die Auslegung dieses Gesetzes ist deshalb schwierig, weil der Gesetzgeber im Jahre 1952 — das GüKG stammt vom 17. 10. 1952 und ist am 19. 10. 1952 in Kraft getreten — diese Mietart nicht beurteilen und daher auch noch nicht besonders regeln konnte, weil es sie damals noch nicht gab. Das Gesetz macht die Genehmigung zum Güterfernverkehr davon abhängig, daß die Kraftfahrzeuge auf den Namen des Unternehmers zugelassen sind und ihm gehören oder von ihm „auf Abzahlung gekauft“ sind (§ 11 Satz 2), und knüpft an dieselben Voraussetzungen die gesetzliche Begriffsbestimmung des Werkverkehrs (§ 48 Abs. 1 Nr. 4). Es wendet sich dagegen nicht gegen den Gebrauch gemieteter Fahrzeuge im gewerblichen Güternahverkehr. In den Ländern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) gibt es keine derartigen Beschränkungen. Die Kommission der EWG hat in einem Entwurf zu einer Verordnung über die Bildung eines Gemeinschaftskontingents für den Güterkraftverkehr in der EWG vorgesehen, daß im Raum des Gemeinsamen Marktes auch gemietete Fahrzeuge zum Werkverkehr verwandt werden können, wenn sie dem Unternehmen zur ausschließlichen Verwendung für mindestens ein Jahr zur Verfügung gestellt worden sind. Diese Bestimmung hat bisher nicht die Billigung der Vertreter der Bundesrepublik gefunden.³⁾

³⁾ Vgl. Eröffnungsansprache des Bundesministers für Verkehr vor dem 1. Internationalen Kongreß der Europäischen Autovermieter (in: *Der Kraftfahrzeugvermieter 1964*, 10). Der Minister sieht hierin die Gefahr einer erheblichen Ausweitung des internationalen Werkverkehrs, die geeignet wäre, die Kapazitätsregelungen im gewerblichen Verkehr illusorisch zu machen. Außerdem könnten hierdurch die Tarife im gewerblichen Verkehr umgangen werden.

Die Rechtsprechung hat den Standpunkt der Bundesanstalt teils geteilt, teils abgelehnt. So lebt und arbeitet ein ganzes und dazu noch ein aufstrebendes Gewerbe, das immer weiteres Kapital in die Anschaffung zu vermietender Wagen investiert, zwar in subjektiver Sicherheit, aber doch in objektiver Unsicherheit, ein Zustand, der nicht gerade geeignet dazu ist, die allgemeine Rechtssicherheit und die Achtung vor wirtschaftsrechtlichen Regelungen und Auffassungen zu fördern. Schnelle Klärung tut daher not. Es ist jedenfalls nicht bekanntgeworden, daß die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr eine Klärung nach § 8 Abs. 2 GüKG versucht hat. Danach entscheidet die für den Sitz des Unternehmens zuständige höhere Landesverkehrsbehörde, wenn Zweifel darüber entstehen, ob eine Güterbeförderung genehmigungspflichtig ist. Gegen diesen Weg bestehen auch erhebliche Bedenken. Denn die Entscheidung einer Landesbehörde ist in der Gegenwart kaum dazu geeignet, diese wichtige Frage zu klären, deren Bedeutung über die nationalen Grenzen hinausreicht.

II. Die gegenwärtige Rechtsprechung

1. Die Bundesanstalt beruft sich für ihre Auffassung vor allem auf den Beschluß des OLG Düsseldorf vom 3. 3. 1961 — Ws (B) 740/60 (1216).⁴⁾

Dieser Beschluß ist der VRS vom 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts in Düsseldorf selbst mitgeteilt worden.⁵⁾ Ihm ist folgender Leitsatz vorangestellt: „§ 5 GüKG. Es dient der Umgehung der Vorschriften des Güterkraftverkehrsgesetzes, wenn ein nicht zum Güterfernverkehr zugelassener Kraftfahrzeughalter einen Lastkraftwagen für Fahrten außerhalb der Nahverkehrszone unter der Bedingung vermietet, daß der Mieter die zu transportierenden Güter an den Vermieter zu veräußern hat.“

Im Beschluß selbst ist festgestellt worden, daß die Fahrzeuge den Mietern nicht in jeder Hinsicht zur freien Verfügung standen, sondern unter der Auflage vermietet worden waren, daß die Mieter sie zur Abholung von Schrott benutzten, den sie an den Vermieter verkaufen mußten. Der Leitsatz gibt somit die Feststellungen des Beschlusses richtig wieder. Gerade auf die Besonderheiten dieses Sachverhaltes aber stützt sich der Beschluß, wenn in ihm ausgeführt wird: „Aus dieser Auflage ergibt sich, daß das von den Betroffenen eingeschlagene Verfahren dazu dient, die Vorschriften des Güterkraftverkehrsgesetzes zu umgehen.“

Das besondere eigene Kauf- und Transportinteresse des Vermieters prägt den Sachverhalt so, daß er nicht mit der gewöhnlichen bedingungslosen Vermietung zum Selbstfahren verglichen werden kann. Im übrigen bezieht sich der Beschluß auf die bekannte Entscheidung des Bundesgerichtshofes, die den Scheintatbestand des § 5 GüKG besonders weit ausdehnt.⁶⁾

Die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr setzt über diese Entscheidung in ihrem Schreiben an den Gesamtverband der Kfz.-Vermieter Deutschlands e. V. in Düsseldorf vom 8. Mai 1962 — ICH — 250/48 einen viel weiter gefaßten Leitsatz: „Ungenehmigter Güterfernverkehr liegt vor, wenn auf einem angemieteten Kraftfahrzeug ohne Genehmigung Güter für eigene Zwecke des Mieters außerhalb des Nahzonenbereichs befördert werden.“

Dieser erweiterte Leitsatz wird jedoch von den Ausführungen des Beschlusses selbst nicht gedeckt. Er ist auch kein Teil des Beschlusses oder eine verallgemeinernde Folgerung, die

⁴⁾ VRS 21, 475.

⁵⁾ VRS 21, 476.

⁶⁾ NJW 1960, 1057.

der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf selbst aus seinem Beschluß für die Veröffentlichung gezogen hat. Denn im Beschluß rügt der Senat, daß das Amtsgericht „an der festgestellten Tatsache“ vorbeigegangen sei, „daß die vermieteten Fahrzeuge den Mietern nicht in jeder Hinsicht zur freien Verfügung standen“. Daraus ist eher umgekehrt zu folgern, daß das Oberlandesgericht keinen Scheintatbestand i. S. des § 5 GüKG angenommen hätte, wenn die Mieter die freie Verfügungsgewalt über den Einsatz der vermieteten Fahrzeuge zur Beförderung besessen hätten. Nicht aus der Vermietung, sondern aus der „Auf- lage“ an die Mieter, in der das Kauf- und eigene Transportinteresse des Vermieters das Vermieterinteresse vollständig überwiegen, folgert der Senat, daß das Verfahren, das die Betroffenen eingeschlagen haben, die Vorschriften des GüKG umgehen soll.

2. Die Bundesanstalt beruft sich ferner in ihrem angeführten Schreiben an den Gesamtverband auf das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 19. 12. 1961 — 2 K 1614/60. Dieses stellt fest, daß es einen Werkverkehr nur unter den Voraussetzungen des § 48 GüKG in der Weise gebe, daß jeder Güterverkehr mit Kraftwagen, der nicht unter diese Vorschrift falle, nach der abschließenden und ausschließlichen Regelung des Güterverkehrs durch das GüKG entweder Güterfern- oder Güternahverkehr sein müsse (§ 1). Das Urteil enthält sich jeder Beschäftigung mit der Gesetzesauslegung und erweckt den Anschein, als gebe es weder eine Lücke in Gesetzen noch eine juristische Methode, die die besondere Aufgabe habe, Gesetzeslücken auszufüllen. Im wesentlichen beruht es, wie noch näher auszuführen ist, auf einer fehlerhaften Auslegung des § 1 GüKG.

3. Die Bundesanstalt sieht ihren Standpunkt ferner durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Hamm vom 12. 8. 1960⁷⁾ unterstützt. Nach diesem Beschluß ist das GüKG auch auf Baustellentransporte anzuwenden, die außerhalb öffentlicher Straßen und Plätze abgewickelt werden. Es trifft also einen ganz anderen Sachverhalt und eine ganz andere Rechtsfrage.

In den Entscheidungsgründen findet sich allerdings die Bemerkung, daß der Gesetzgeber dem GüKG ausdrücklich weitesten Geltungsbereich beigelegt habe. Wörtlich ist ausgeführt: „Er (der Gesetzgeber) hat in § 1 die Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen schlechthin den Bestimmungen des Gesetzes unterstellt. § 2, § 3 und § 48 bestimmen als Güternah-, Güterfern- bzw. Werkverkehr jeweils ausdrücklich jede Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen für andere in den entsprechenden Bereichen. Hieraus ergibt sich eindeutig das Bestreben des Gesetzgebers, eine lückenlose Erfassung jeder Beförderung von Sachen mit Kraftfahrzeugen zu erreichen.“

Auch diese Entscheidung bezieht sich nicht auf einen vergleichbaren Fall und legt § 1 GüKG ebenso fehlerhaft aus.

4. Ebenso wenig kann sich die Bundesanstalt auf den Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 18. 7. 1961⁸⁾ berufen. Ein Unternehmer ließ auf seinem LKW seinen fahruntfähig gewordenen PKW nach seinem gewöhnlichen Standort befördern. Dabei wurde der LKW von einem Kraftfahrer geführt, der bei einem anderen Unternehmen beschäftigt war und die Führung in seiner Freizeit aus Gefälligkeit übernahm. Mit Recht nimmt der Beschluß Werkverkehr an. Der Fall ist richtig entschieden, aber ebenfalls nicht mit den Fällen vergleichbar, die hier beurteilt werden sollen. Am Schluß der Begründung, die im wesentlichen auf anderen Überlegungen beruht, heißt es zwar, die Entscheidung „kommt

⁷⁾ Verkehrsblatt (VkB1.) 1960, 648.

⁸⁾ VRS 22, 77.

überdies der offensichtlichen Absicht des Gesetzes, die Güterbeförderung zu Lande einer erschöpfenden und lückenlosen Regelung zuzuführen, entgegen.“⁹⁾ Diese allgemeine teleologische Feststellung beruht wiederum vor allem auf einer unrichtigen Auslegung des § 1 GüKG.

5. Der Beschluß des AG Hannover vom 25. 1. 1961 — 45 Gs (B) 10/60 — entscheidet über die Vermietung eines Wagens, für den der Führer vom Vermieter gestellt wird. Weil der Inhaber der Mietfirma den Wagen nicht selbst gefahren oder durch einen seiner Angestellten habe fahren lassen, habe — so meint der Beschluß — der Vermieter die Güterbeförderung selbst durchgeführt. Auch dieser Sachverhalt liegt also anders als der Sachverhalt, der hier zu beurteilen ist.

6. Der Beschluß des OLG Stuttgart vom 29. 11. 1962¹⁰⁾ trifft überhaupt keine Vermietung, sondern „die Beförderung von Gütern für eigene Zwecke des Unternehmens“ (§ 48 Abs. 1 GüKG) auf einem Wagen, der diesem Unternehmen gehörte. Der Fahrer des Wagens war als Kraftfahrzeugmechaniker von einem anderen Unternehmen angestellt, aber auf Veranlassung des eigenbefördernden Unternehmens zu diesem als Fahrer „abgeordnet worden“. Er überführte zu ihm in dessen Auftrag und ausschließlich auf dessen Anweisungen einen gekauften Wagen, auf dem zugleich verschiedene Ersatzteile befördert wurden, die für das Unternehmen bestimmt waren. Nach § 48 Abs. 1 Nr. 3 GüKG müssen aber die Kraftfahrzeuge des Werkverkehrs bei der Beförderung von Angehörigen des Unternehmens bedient werden, die nicht Angestellte anderer Unternehmen sein dürfen.

Mit Recht scheidet der Beschluß einen Güterverkehr für andere aus. Zutreffend stellt es die Entscheidung darauf ab, daß der Fahrer trotz Anstellung durch ein anderes Unternehmen unter § 48 Abs. 1 Nr. 3 GüKG fällt, weil er für diesen Beförderungsvorgang ausschließlich an die Weisungen des eigenbefördernden Unternehmens gebunden ist.¹¹⁾

Den Gedanken einer abschließenden Kodifikation stützt der Beschluß ebenso unrichtig wie das Urteil des BVerwG auf die Gegenüberstellung der Ausnahme in § 4 und auf den Gebrauch der Worte „jede Beförderung“ in den §§ 2, 3, 48 GüKG.

7. Das BVerwG hat im Urt. v. 18. 10. 63¹²⁾ Werkverkehr eines Tiefbauunternehmens bejaht, das in einer geschlossenen Baustelle zu umfangreichen Erd- und Planierarbeiten eigene Spezialfahrzeuge (Allrad-Kipper) eingesetzt hatte, die nicht zugelassen waren, weil sie nicht auch auf öffentlichen Straßen beförderten. Das BVerwG verzichtete auf die Zulassung als Voraussetzung des Werkverkehrs (§ 48 Abs. 1 Nr. 4 GüKG), weil sie gesetzlich nicht geboten war (§ 16 StVZO).

Es hat aber nicht darüber entschieden, ob ein Unternehmer auch mit solchen Fahrzeugen Werkverkehr betreiben kann, die auf einen anderen zugelassen sind. Die Verschiedenheit beider Fragen hebt aber gerade das Urt. des BFH v. 1. 3. 61¹³⁾ hervor, auf das sich das BVerwG bezogen hat. Das BVerwG hat auch nicht über den „Werkverkehr“ eines Unternehmers mit Fahrzeugen entschieden, die einem anderen gehörten, so daß, wie bei der Vermietung, alle kumulativen Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 Nr. 4 GüKG fehlten. Es hatte ferner nicht über die verkehrsrechtliche Stellung des Vermieters und einen Tatbestand zu entscheiden, der Güternah- oder -fernverkehr sein könnte.

⁹⁾ VRS 22, 80.

¹⁰⁾ VRS 25, 381.

¹¹⁾ a. a. O., S. 383.

¹²⁾ Im Auszug abgedruckt in: BB 1964, 152.

¹³⁾ BStBl. 1961 III, 180 — BB 1961, 632.

Wenn es § 1 unscharf als Generalklausel bezeichnet und ihn nicht als Kollisionsnorm erkennt, so geschieht es nur, um den Verkehr, der nicht über öffentliche Wege führt, nicht von der Herrschaft des Gesetzes auszuschließen. Mißt es über die notwendige Begründung hinaus dem Gesetz die Kraft bei, sich die eigene Lückenlosigkeit zu beflehen, so wiederholt es damit einen Auslegungsfehler, der, wie noch eingehend darzulegen ist, gegen anerkannte Grundsätze der juristischen Methode verstößt.

Die §§ 2–3 GüKG treffen nicht, wie das Urteil meint, „jede Beförderung“, sondern nur „jede Beförderung von Gütern . . . für andere“ sowie § 48 GüKG sich nur auf „jede Beförderung von Gütern für eigene Zwecke des Unternehmens“ bezieht, die bestimmte alternative oder kumulative Voraussetzungen erfüllt. Aus dem Wort „jede“ kann also unmöglich auf § 1 GüKG als eine Generalklausel zur Positivierung eines Kodifikationsprinzips geschlossen werden.

§ 4 nimmt auch nur bestimmte Beförderungsmittel und bestimmte beförderte Güter von der Anwendung des Gesetzes, nicht aber bestimmte „Beförderungsvorgänge“ aus. Auch insofern ist die Begründung unscharf. Aus einer Vielzahl von Gründen sagt dieses Urteil daher nichts für die Frage des Themas.

Das Urt. des BVerwG v. 28. 2. 64¹⁴⁾ stellt nur klar, daß die Kontingentierung und die Regelung der Höchstzahlen im Güterfernverkehr nicht verfassungswidrig sind, vor allem nicht gegen die Art. 3 und 12 GG verstoßen. Es hebt in den Gründen die Bedeutung einer reibungslosen Funktion des Güterfernverkehrs für die Gesamtwirtschaft hervor und wiederholt den Hinweis darauf, daß es notwendig sei, die Aufgaben des Schienenverkehrs und die des Güterkraftverkehrs nach den öffentlichen Verkehrsbedürfnissen abzustimmen. Aber um einen Güterfernverkehr handelt es sich hier, wie noch näher darzulegen ist, nicht. Der Gesetzgeber hat nicht den Wunsch der Bundesregierung berücksichtigt, den Straßenverkehr durch ein allgemeines Verbot der Beförderung von schweren Massengütern zu entlasten¹⁵⁾ und durch Konzessionierung und Kontingentierung auch den Werkfernverkehr einzuschränken. Er hat sich vielmehr mit einer Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs durch das Verkehrsfinanzgesetz 1955 begnügt. Das BVerfG hat diese Sonderbesteuerung in seinem Urteil vom 22. 5. 63 nicht für verfassungswidrig angesehen.¹⁶⁾

Auch dieses Urteil des BVerwG betrifft daher weder unmittelbar noch mittelbar die Rechtsfrage, über die hier zu entscheiden ist.

8. Bestätigten diese Entscheidungen den Standpunkt der Bundesanstalt nicht, so widersprechen ihm mehrere, so der Beschluß des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 23. 2. 1962 – 1 Ws (B) 505/61¹⁷⁾. Er bezieht sich auf die reine Vermietung eines Lastkraftwagens, so wie sie hier zu beurteilen ist. Er verneint einen Scheintatbestand i. S. des § 5 GüKG mit dem Hinweis, daß diese Vorschrift Vorgänge unter ihr Joch zwingt, die zwar formell den gesetzlichen Verbotstatbestand nicht erfüllen, mit denen die Beteiligten aber gerade die Belastungen zu vermeiden oder den Erfolg zu erreichen suchten, den der Gesetzgeber verhüten oder nur mit Belastungen zulassen wolle. Ein Scheintatbestand fehle schon objektiv, weil das reine Vermieten eines Lastkraftwagens zur Beförderung der in § 48 Abs. 1 Nr. 1 genannten Güter für die eigenen Zwecke des Unternehmens wesensmäßig etwas anderes sei als die

Beförderung von Gütern für andere. Man könne auch nicht von einem Verhalten sprechen, das zur Verfolgung eines wirtschaftlich gerechtfertigten Zieles zweckmäßiger und üblicherweise anders gewählt werde, wenn das Gesetz nicht eingreife. Es könne vielmehr für jemanden, der gerade über kein eigenes freies Fahrzeug verfüge, durchaus sinnvoll und zweckmäßig sein, ein fremdes Fahrzeug zu mieten, um damit eigene Güter für eigene Zwecke durch eigene Kräfte zu befördern.

Der Vermieter eines Wagens könne nur Mittäter, Anstifter oder wenigstens Gehilfe am unerlaubten Güterverkehr des Mieters sein, wenn dieser im eigenen Namen für eigene Rechnung aber für andere Güterfernverkehr oder Güterliniennahverkehr ohne die erforderliche Genehmigung oder Güternahverkehr ohne die erforderliche Erlaubnis betreibe (§§ 8, 80, 90 GüKG). Das sei jedoch nicht der Fall. Er treibe auch keinen genehmigungsfreien Werkverkehr, weil das Fahrzeug weder auf seinen Namen zugelassen sei, noch ihm gehöre oder von ihm auf Abzahlung gekauft sei (§ 48 Abs. 1 Nr. 4). Hier klaffe im System des Güterkraftverkehrsgesetzes eine Lücke.

Diese Entscheidung folgt also nicht der These von der geschlossenen Regelung jedes Güterkraftverkehrs durch das GüKG, vor allem durch seinen § 1.

9. Dieser Auffassung ist inzwischen der Beschluß des OLG Hamburg vom 4. 3. 1963 – 2 Ws (a) 414/62¹⁸⁾ gefolgt. Seine Leitsätze lauten:

„1. Wird ein Lastkraftwagen ohne Fahrer in der Weise zu Transportzwecken vermietet, daß der Vermieter keinen Einfluß auf den Einsatz des Fahrzeuges hat, so ist allein der Mieter als der die Beförderung durchführende Unternehmer im Sinne des § 3 GüKG anzusehen.

2. Der Weg, Güter mit Mietfahrzeugen für eigene Zwecke zu transportieren, ist jedenfalls dann, wenn es sich um individuelle Transporte geringeren Umfanges handelt, weder unüblich noch unzumutbar. Ein Scheintatbestand i. S. des § 5 GüKG wird auf diese Weise nicht geschaffen (vgl. BGH 2. Ziv.Sen. in NJW 1960, S. 1057 f.). – §§ 99 Abs. 1 Z. 1, Abs. 2, §§ 3, 8 und 5 GüKG.“

Der Beschluß hält den Vermieter nicht für den Beförderer, weil dieses nur derjenige sein könne, „der die tatsächliche Sachherrschaft über das Fahrzeug hat und bestimmt, ob überhaupt und gegebenenfalls was und wie fortbewegt werden soll“. Dieses könne jedoch nur der Mieter bestimmen. Da das Fahrzeug zu seiner freien Verfügung stehe, sei er der Beförderer. Sodann verweist der Beschluß auf § 6 Abs. 2 Satz 4 GüKG, wonach im Güternahverkehr ein Standort für jedes Kraftfahrzeug in den Fällen zu bestimmen sei, in denen „der Unternehmer Mietfahrzeuge verwendet, die nicht auf seinen Namen zugelassen sind“. Wenn dieses auch nur für den Güternahverkehr bestimmt sei, so ergebe sich hieraus doch, daß das Gesetz die Miete eines Fahrzeuges einbeziehe und dabei den Mieter, nicht den Vermieter als den Unternehmer ansehe, der das Gut befördere.¹⁹⁾

Der Beschluß verneint auch einen Scheintatbestand i. S. des § 5 GüKG. Er läßt dahingestellt, inwieweit seine Vorschrift überhaupt die „Bestimmtheit des Tatbestandes“ erfülle, die nötig sei, damit dem § 2 StGB genügt werde. Obwohl die Entscheidung von der weiten Ausdehnung des „Scheintatbestandes“ ausgeht, die der BGH vertritt,²⁰⁾ verneint sie ihn, weil für den wirtschaftlichen Erfolg die kurzfristige Miete weder unüblich noch unzumutbar

¹⁴⁾ VRS 26, 397 ff.

¹⁵⁾ BT II 1953, Drucks. 574.

¹⁶⁾ NJW 1963, 1243.

¹⁷⁾ VRS 23, 470; ebenso neuerdings Beschluß des OLG Stuttgart v. 30. 6. 64 – 1 Ws. (B) 35/64.

¹⁸⁾ JR 1963, 309.

¹⁹⁾ So schon Beschluß des AG Hamburg vom 5. 10. 1962 – 132 Gs. (a) 7596/62 –, der mit Recht darauf hinweist, daß der Begriff des Güterverkehrs für den Nah- und für den Fernverkehr in §§ 2 und 3 GüKG gleich bestimmt wird.

²⁰⁾ NJW 1960, 1057 f.

sei. Für individuelle Transporte geringeren Umfangs nach kleinen Ortschaften — ein solcher Fall lag nur zur Entscheidung vor — sei ein kleineres Fahrzeug notwendig, dessen Fahrer für die Art der Verladung, den Zeitpunkt des Transportes usw. weitgehend auf die Weisungen des Eigentümers der Güter angewiesen sei. Die Existenz einer verhältnismäßig großen Anzahl von Kraftfahrzeug-Vermietungsunternehmen, die auch Lastkraftwagen vermieten, zeige das Bedürfnis nach dieser Betriebsform.

Die Mieterin des Fahrzeuges habe mit dem Transport auch keine Ordnungswidrigkeit begangen, an der der Vermieter teilnehmen können. Sie sei beförderndes Unternehmen gewesen, habe aber keine Güter „für andere“, sondern eigene Güter zu eigenen Zwecken befördert. Ebensowenig habe sie damit Werkverkehr i. S. des GüKG § 48 betrieben. Denn sie habe nicht ein eigenes, sondern ein fremdes gemietetes Fahrzeug zum Transport benutzt. Selbst wenn insoweit von verbotenem Werkverkehr gesprochen werden könnte, liege hierin keine Ordnungswidrigkeit, da die Bestimmung des § 48 Abs. 1 Nr. 4 nicht in den Strafvorschriften des § 99 GüKG erscheine.

Mit Recht stellt der Beschluß sodann fest, daß der Beschluß des OLG Düsseldorf vom 3. 3. 1961 im Hinblick auf § 121 Abs. 2 GVG, § 56 Abs. 5 OWiG nicht seiner Entscheidung entgegenstehe, da er einen anderen Sachverhalt und eine andere Rechtsfrage betreffe.

10. Deshalb konnte auch der Beschluß des OLG Stuttgart vom 23. 2. 1962 vom Beschluß des OLG Düsseldorf vom 3. 3. 1961 abweichen. Das OLG Stuttgart war nicht gehalten, die Sache nach § 56 Abs. 5 OWiG in Verbindung mit § 121 Abs. 2 GVG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen, weil es einen Sachverhalt zu beurteilen hatte, der nicht mit dem Sachverhalt identisch ist, über den das OLG Düsseldorf entschieden hatte. Schon deswegen waren verschiedene rechtliche Beurteilungen möglich. Daher konnte auch die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr in ihrem Schreiben an den Gesamtverband der Kfz-Vermieter Deutschlands vom 8. Mai 1962 nicht von „den unterschiedlichen Auffassungen der beiden Oberlandesgerichte“ sprechen.

11. Denselben Standpunkt wie die beiden zuletzt genannten Beschlüsse der Oberlandesgerichte Stuttgart und Hamburg haben das AG Hamburg in seinem Beschluß vom 5. 10. 1962 — 132 Gs (a) 7596/62 — und das AG Stuttgart in seinem Beschluß vom 17. 1. 1964 — B 11 Gs (B) 102/63 — vertreten.

Gegen den letzten Beschluß ist Rechtsbeschwerde eingelegt. Sie ist mit dem herkömmlichen Argument begründet, daß die zunehmende Miete von Lastkraftwagen die Ordnung des Güterkraftverkehrs störe und die wirtschaftliche Existenz des genehmigten Güterkraftverkehrsgewerbes bedrohe.²¹⁾

Was vor 15 Jahren richtig war, trifft heute nicht mehr zu. Für die staatliche Genehmigungsurkunde sind in den letzten Jahren bis zu 40000,— und 50000,— DM bezahlt worden.²²⁾

²¹⁾ Demgegenüber hat *Walter Hamm* nachgewiesen, daß in einer solchen Beurteilung Ursache und Wirkung vertauscht worden sind. An Beispielen aus den Niederlanden und Großbritannien verdeutlicht er, daß Tarifbindung und Reglementierung im gewerblichen Straßengüterfernverkehr zur Ausweitung des Werkverkehrs geführt haben, während Preiskonkurrenz den Werkverkehr erheblich hat zurückgehen lassen. (Vgl. *W. Hamm*, Preise als verkehrspolitisches Ordnungsinstrument [= Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Bd. 17], Heidelberg 1964, S. 172 ff.)

²²⁾ *Walter Hamm*, in: FAZ Nr. 36/1964 v. 12. 2. 1964. Falsche Argumente lähmen nicht nur die Verkehrspolitik, wie *Hamm* schreibt, sie gefährden auch eine methodengerechte Auslegung des GüKG, weil sie zu irrtümlichen Feststellungen des objektiven Willens des Gesetzes führen — auf dieses Erkenntniskriterium beruft sich die Bundesanstalt — oder auch zur irrtümlichen Bestimmung der subjektiv-objektiven rechtspolitischen Zwecksetzung. Zu beachten ist auch, daß die Erhöhung der Kontingente im gewerblichen Güterfernverkehr und die Zulassung der Vermietung den Werkfernverkehr erheblich mindern dürften.

Wer trotz der hohen Gebühr die Genehmigung erwirbt, hat in seiner Kalkulation seinen künftigen Gewinn so kapitalisiert, daß die Genehmigungsurkunde diesen Einsatz wert sein muß und daher alles andere ist als ein staatliches Zertifikat über seinen beginnenden Ruin. Mit Recht bemerkt *Hamm*, daß sich hinter dieser Argumentation nicht so sehr die Sorge um das Güterkraftverkehrsgewerbe als der Versuch versteckt, die Konkurrenten der Bundesbahn in ihrem Wettbewerb mit dieser zu behindern.

Auch der Bericht, den das Statistische Bundesamt über den Güterverkehr im Jahre 1963 erstattet hat,²³⁾ rechtfertigt die Klage über den ruinösen Wettbewerb nicht. Gegenüber dem Jahr 1962 sind die Tarif-tkm bei den Beförderungsleistungen der Deutschen Bundesbahn um 7,7 0/0, des gewerblichen Güterfernverkehrs um 4,5 0/0 und des Werkfernverkehrs um 6,4 0/0 gestiegen.

Auch rechtlich neue Gesichtspunkte sind in der Beschwerdebegründung nicht vorgetragen worden. Wiederum ist beantragt, die Sache nach § 56 Abs. 5 OWiG i.V.m. § 121 Abs. 2 GVG dem BGH zur Entscheidung vorzulegen, wenn das OLG Stuttgart von den Beschlüssen des Oberlandesgerichts Hamm vom 12. 8. 1960, des OLG Düsseldorf vom 3. 3. 1961 und des 2. Strafsenats des OLG Stuttgart vom 29. 11. 1962 abweichen wolle.

Aber das OLG ist bei seiner Entscheidung an einen älteren Beschluß nur gehalten, soweit eine Rechtsauffassung in seinen Gründen Grundlage seiner Entscheidung gewesen und nuncmehr Grundlage der neuen Entscheidung werden würde, wenn das Gericht ihr folgte.²⁴⁾

Die gleiche Rechtsauffassung müßte also in beiden Gründen zu finden sein und beide Entscheidungen tragen. Das ist nicht der Fall, wenn die abweichende Vorentscheidung die Besonderheiten des vorliegenden Straffalles nicht betrifft,²⁵⁾ wenn die Rechtsauffassung für die ältere Entscheidungsformel nicht ursächlich gewesen ist oder für die neue nicht ursächlich werden könnte.²⁶⁾

a) Der Beschluß des OLG Düsseldorf vom 3. 3. 1961²⁷⁾ stützt sich nicht auf die Auffassung, daß die Vermietung eines Lastkraftwagens zur Beförderung eigener Güter eines anderen Unternehmens außerhalb der Nahzone einen unbeachtlichen Scheintatbestand i. S. des § 5 GüKG herstelle und daher ordnungswidriger Güterfernverkehr des Vermieters sei, sondern sagt ausdrücklich, daß die besondere Verpflichtung des Mieters, die zu befördernden Güter an den Vermieter zu veräußern, den Scheintatbestand begründe. Damit sagt die ältere Entscheidung gerade nichts über die gewöhnliche Miete, die frei von einer solchen besonderen Verpflichtung ist. Diese Rechtsauffassung könnte daher die neue Entscheidung nicht tragen. Aus diesem Grunde hat die Bundesanstalt in ihrem Rundschreiben an den Gesamtverband der Kfz-Vermieter Deutschlands vom 8. Mai 1962 den Leitsatz der abgedruckten Entscheidung, ohne durch die wiedergegebenen Gründe gerechtfertigt zu sein, so verändert, daß er die einfache Vermietung deckt.²⁸⁾

b) Der Beschluß des OLG Hamm vom 12. 8. 1960²⁹⁾ bezieht sich auf einen ganz anders gearteten Fall. Seine Entscheidung beruht auf der Rechtsauffassung, daß auch Baustellen-

²³⁾ *Wirtschaft und Statistik*, 1964, S. 120 ff.

²⁴⁾ BGHSt. 7, 314; *Schwarz*, StPO und GVG, 23. Aufl. 1962, § 121 GVG Anm. 7; *Kleinknecht-Müller-Reitberger*, StPO und GVG, 4. Aufl. 1958, § 121 GVG Anm. 2 c; § 136 GVG Anm. 2 a; *Löwe-Rosenberg*, StPO und GVG, 20. Aufl. 1956, Bd. II, § 121 GVG Anm. 19 a.

²⁵⁾ OLG Köln, NJW 1952, 908.

²⁶⁾ BVerfG, NJW 1954, 505.

²⁷⁾ VRS 21, 475; vgl. oben II 1.

²⁸⁾ Vgl. die Wiedergabe oben unter II 2.

transporte *außerhalb* öffentlicher Straßen unter die Vorschriften des GüKG fallen. Auf dieser Rechtsauffassung würde die neue Entscheidung des OLG Stuttgart ebenfalls nicht beruhen. Auf der Auslegung des § 1 GüKG wiederum *beruht* die alte Entscheidung nicht.

c) Die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 29. 11. 1962³⁰⁾ äußert eine Rechtsauffassung zu der Frage, ob ein Unternehmer Werkverkehr mit einem Kraftfahrer betreiben könne, der bei einem anderen Unternehmen angestellt, aber allein den Weisungen des eigenbefördernden Unternehmens für diesen Beförderungsvorgang unterstellt ist. Auch diese Rechtsauffassung könnte die Entscheidung über den Sachverhalt, der nunmehr zu beurteilen ist, nicht tragen.

d) Aus diesem Grunde hat das OLG Stuttgart seinen Beschluß vom 23. 2. 1962³¹⁾ mit Recht selbst erlassen, ohne sich durch die Beschlüsse der Oberlandesgerichte Düsseldorf und Hamm zur Vorlegung verpflichtet zu sehen. Ebenso hat das OLG Stuttgart mit Recht bei seinem Beschluß vom 29. 11. 1962 eine Bindung an diese beiden Beschlüsse und den des OLG Stuttgart vom 23. 2. 1962 verneint. Es wäre unlogisch, nunmehr bei einer neuen Beurteilung einer reinen Lastkraftwagenmiete, über die bereits dieser Beschluß entschieden hat, das OLG Stuttgart bei seiner neuen Entscheidung an den Beschluß vom 29. 11. 1962 zu binden, bei dessen Erlaß sich das Gericht an den Beschluß vom 23. 2. 1962 nicht als gebunden angesehen hat. Nur wenn das OLG vom Beschluß des OLG Stuttgart vom 23. 2. 1962 und vom Beschluß des OLG Hamburg v. 4. 3. 1963 abweichen und den Standpunkt der Bundesanstalt vertreten will, muß es die Sache dem BGH vorlegen. Mit Recht hat daher auch das OLG Hamburg in seinem Beschluß vom 4. 3. 1963 festgestellt, daß es nicht zur Vorlegung verpflichtet sei, weil der Beschluß des OLG Düsseldorf vom 3. 3. 1961 einen anderen Sachverhalt und eine andere Rechtsfrage betreffe.

III. Kein genehmigungspflichtiger Güterfernverkehr des Vermieters

Im Ergebnis treffen die Entscheidungen der Oberlandesgerichte Stuttgart und Hamburg zu. Weder der Vermieter noch der Mieter betreibt einen genehmigungspflichtigen Güterfernverkehr i. S. des § 3 GüKG (§ 8 Abs. 1 GüKG). Zweifel darüber, ob eine Güterbeförderung genehmigungspflichtig ist, können durch eine Entscheidung der höheren Landesverkehrsbehörde, die für den Sitz des Unternehmens zuständig ist, beseitigt werden (§ 8 Abs. 2 GüKG). Eine solche Entscheidung ist nicht bekannt.

1. Der Begriff des Güterfernverkehrs ist durch die Legaldefinition des § 3 dahin bestimmt, daß zu ihm „jede Beförderung von Gütern mit einem Kraftfahrzeug für andere über die Grenzen der Nahzone hinaus oder außerhalb dieser Grenzen“ gehört. Dabei ist der Begriff der „Beförderung“ dem allgemeinen Frachtrecht entnommen. Beförderung bedeutet danach Verbringung von Gütern von einem Ort zu einem anderen, den der Absender bestimmt.³²⁾

„Zur Beförderung gehört, daß der Frachtführer die Ortsveränderung unter eigener Verantwortung . . . vornimmt.“³³⁾

²⁹⁾ VkB1. 1960, 648.

³⁰⁾ VRS 25, 382.

³¹⁾ VRS 23, 470.

³²⁾ Bartholomeyczik, GüKG § 1 Anm. 1; Ratz, in: RGRK z. HGB § 425 Anm. 3.

³³⁾ Ratz, a.a.O., § 425 Anm. 4; Müller, Straßenverkehrsrecht, 21. Aufl. Anh. 5 GüKG § 1 Anm. 1, § 2 Anm. 2; OLG München, Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen, 1939, 44.

Mit voller Absicht knüpft das GüKG die Genehmigungspflicht nicht an den Begriff des Frachtgeschäftes oder des Frachtführers (§ 425 HGB), denn es will auch die Fernbeförderung, die nicht gewerbsmäßig, sondern gelegentlich und unentgeltlich ausgeführt wird, zu einem genehmigungspflichtigen Beförderungsgeschäft machen.³⁴⁾

Gleichwohl ist das normale entgeltliche Güterfernverkehrsgeschäft ein Frachtgeschäft i. S. der §§ 425 ff. HGB, der Beförderungsvertrag i. S. des § 20 GüKG ein Frachtvertrag i. S. des § 425 HGB unter den wirtschaftsrechtlichen Sonderbestimmungen des GüKG. Die entgeltlichen Güterfernverkehrsgeschäfte müssen daher Frachtverträge sein oder sie sind kein Güterfernverkehr i. S. des Güterkraftverkehrsgesetzes und seines Tarifes.

Das deutsche Frachtrecht setzt stets voraus, daß der Frachtführer das Gut in seine selbständige Obhut übernimmt, so daß er selbst für seine ordnungsmäßige Behandlung von der „Annahme bis zur Ablieferung“³⁵⁾ und gegenüber dem Absender, später auch gegenüber dem Empfänger, verantwortlich ist.³⁶⁾

Eine Annahme des Gutes nach § 429 HGB setzt voraus, daß der Absender das Gut dem Frachtführer zur Beförderung übergeben und der Frachtführer das Gut in seine Obhut genommen hat.³⁷⁾ Mit der Ablieferung überträgt der Frachtführer die selbständige Obhut, den Gewahrsam am Gut, wieder auf den Empfänger zurück.

Daher hat eine ständige Rechtsprechung den Schleppvertrag im Schiffsrecht von der Einordnung in den Frachtvertrag ausgeschlossen. Auch beim Schleppvertrag wird das zu schleppende Schiff zwar vom Schleppschiff bewegt, regelmäßig aber dem Schleppschiffer nicht im Sinne des Frachtrechts übergeben.³⁸⁾

Aus demselben Grunde ist zwar die Beförderung des aufgegebenen Reisegepäcks durch die Eisenbahn ein Frachtgeschäft, die Mitbeförderung des Handgepäcks, das der Reisende mit in sein Abteil nimmt, jedoch nur Gegenstand einer vertraglichen Nebenbindung des Personenbeförderungsvertrages. Beim Reisegepäck hat die Bahn die selbständige Obhut, das Handgepäck dagegen steht in der Obhut des Reisenden, selbst wenn er es mit eigener Kraft nicht ein- und ausladen kann.

„Beförderung“ i. S. des § 3 GüKG bedeutet daher weder sprachlich noch sachlich etwas anderes als „Beförderung“ i. S. des § 425 HGB. Davon geht vor allem auch die Kraftverkehrsordnung (KVO) für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen aus. So bestimmt sie u. a. in § 15 Abs. 1 Satz 1: „Der Beförderungsvertrag ist abgeschlossen, sobald der Unternehmer Gut und Frachtbrief übernommen hat.“ Die KVO ist aber Teil des Tarifes für den Güterfernverkehr.³⁹⁾ Daher handelt es sich bei der Tätigkeit des Vermieters nicht um einen genehmigungspflichtigen Güterfernverkehr i. S. des § 3 GüKG.

2. Daher kann der Tarifzwang des GüKG den Vermieter nicht treffen. Er gilt für Beförderungsentgelte (§ 22), die aufgrund eines Beförderungsvertrages geschuldet werden (§ 20).

³⁴⁾ So noch ausdrücklich § 2 der VO zur Durchführung des Gesetzes über den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. 3. 1936.

³⁵⁾ Vgl. § 429 HGB.

³⁶⁾ RGZ 112, 42; 118, 28.

³⁷⁾ Staub, HGB, 14. Aufl. § 429 Anm. 7; Ratz, RGRK z. HGB, § 429 Anm. 7.

³⁸⁾ Vgl. Bartholomeyczik, Binnenschiffsrecht, 2. Aufl. Frankfurt/M. 1963, § 26 Binnenschiffahrtsgesetz, Anm. 2 mit weiteren Nachweisen.

³⁹⁾ Balfanz, Güterkraftverkehrsgesetz, Frankfurt/M. 1962, § 20 Anm. 2.

An ihm fehlt es, weil der Vermieter nie die erforderliche tatsächliche Verfügungsmacht über das Gut vom Absender des Gutes erhalten hat.

IV. Keine Teilnahme des Vermieters an einer unerlaubten Beförderung des Mieters

1. Auch die Mieter haben allerdings keine Genehmigung zu Fahrten im Güterfernverkehr. Aber sie befördern auch keine Güter „für andere“, wie es § 3 für den Güterfernverkehr und § 2 Abs. 1 für den Güternahverkehr voraussetzen. Sie befördern vielmehr Güter, wie es § 48 Abs. 1 Satz 1 ausdrückt, für die eigenen Zwecke ihres Unternehmens, ohne daß die Voraussetzungen für einen Werkverkehr i. S. des GüKG gegeben sind. Dieser ist allerdings nicht genehmigungspflichtig (§ 50). Bei ihm besteht keine Tarifpflicht (§ 20) und keine Versicherungspflicht (§ 27).

Nur die Voraussetzungen, die unter § 48 Abs. 1 Nr. 1–3 aufgeführt sind, liegen bei der Beförderung vor, während die Fahrzeuge weder den Mietern gehören noch auf ihren Namen zugelassen noch von ihnen auf Abzahlung gekauft sind (§ 48 Abs. 1 Nr. 4).⁴⁰⁾

Nur wenn der Werkfernverkehr die Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 voll erfüllt, ist er nach § 50 nicht genehmigungspflichtig, ist sein Unternehmer weder tarif- (§ 20) noch versicherungspflichtig (§ 27). Fehlt aber eine dieser notwendigen Voraussetzungen, so ist er kein Güterwerkverkehr i. S. des GüKG, obwohl er es im sprachlichen und verkehrswissenschaftlichen Sinne ist. Er könnte nach § 3 genehmigungspflichtiger Güterfernverkehr sein, wenn diese Vorschriften nicht von einer Beförderung von Gütern mit einem Kraftfahrzeug „für andere“ sprechen würde. Nur wenn eine gesetzliche Voraussetzung nach anderen gesetzlichen Vorschriften fehlen kann und muß – etwa beim Gebrauch von Kraftfahrzeugen, die nicht auf öffentlichen Straßen verkehren (§ 16 StVZO) –, ist diese Voraussetzung auch für den Werkverkehr nicht erforderlich.⁴¹⁾

Ist dieser sogenannte unechte Güterwerkverkehr ohne die Voraussetzung des § 48 Abs. 1 Nr. 4 nicht „nicht genehmigungspflichtig“, so ist er doch nicht verboten.⁴²⁾ § 48 Abs. 1 GüKG enthält zwar verschiedenartige Regelungen, die zum Teil zu Unrecht in die systematische Definition des Werkverkehrs einbezogen worden sind. Der Begriff wird durch die Bestimmungen unter Nr. 1–2 festgelegt, während die Nr. 3–4 normativen Charakter haben. Zweifellos ist dieses jedoch auch vom Inhalt her nicht, soweit es sich um die Nr. 4 handelt. Der erste Satz des § 48 Abs. 1 macht jedenfalls auch die Nr. 3 und 4 zu Definitionsbestandteilen. Selbst wenn man diesen Fehler des Gesetzgebers durch berichtigende Auslegung ausschneiden wollte, so fehlt die Sanktion für Verstöße gegen diese normativen Bestimmungen. Die Zuwiderhandlung gegen § 48 Abs. 1 Nr. 4 ist nicht für ordnungswidrig erklärt. Sie findet sich nicht unter § 99 Abs. 1 Nr. 5, und eine entsprechende Anwendung der Bußgeld-

⁴⁰⁾ So auch Müller, Straßenverkehrsrecht, 21. Aufl. 1959, Anh. 5, GüKG § 48 Anm. 2, der die Genehmigungspflicht für den Vermieter unter Hinweis auf RVM v. 4. 11. 1935 mit 27. 4. 1936, RVkBl. B 35, 174; 36, 208 verneint. Dort ist zum Personenbeförderungsgesetz ausgesprochen, daß die Vermietung von Kraftfahrzeugen an Selbstfahrer, ohne daß gleichzeitig ein Führer gestellt wird, genehmigungsfrei sei. Gegen Werkverkehr mit anderen als eigenen Kraftfahrzeugen auch Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, GüKG § 48 Anm. 8 unter gleichzeitiger Verneinung des Güterferns, Güternah- oder Güterliniennahverkehrs, weil eine Beförderung für andere i. S. der §§ 2 Abs. 1; 3 fehlt. Dagegen soll der Vermieter einen Scheintatbestand hergestellt haben.

⁴¹⁾ So mit Recht BVerwG BB 64, 152; vgl. oben II 7.

⁴²⁾ Müller, Straßenverkehrsrecht, 21. Aufl. 1959, Anhang 5, GüKG § 48. Anm. 2 sagt hierzu: „Das uneingeschränkte Verbot des Werkverkehrs mit nur gemieteten Fzn überschreitet das Ziel des Gesetzes; es hindert die Einstellung eines gemieteten Ersatzfahrzeuges während Instandsetzung des Werkverkehrswagens und zwingt zum Kauf, mindestens auf Abzahlung.“

androhung würde gegen das Analogieverbot des § 2 StGB verstoßen, das auf Ordnungswidrigkeiten entsprechend anzuwenden ist.⁴³⁾

Deshalb ist es auch unerheblich, daß sich das Bundesverkehrsministerium mit den Landesverkehrsbehörden darüber einig geworden sein soll, „daß Werkverkehr mit gemieteten Lastkraftwagen unzulässig ist“.⁴⁴⁾ Die Verkehrsbehörden vermögen diese Verkehrsart ohne gesetzliche Ermächtigung hierzu nicht für rechts- oder für ordnungswidrig, vor allem nicht, was auch nicht geschehen ist, zu einem ordnungswidrigen Güterfernverkehr zu erklären. Da sie weder der gesetzgebenden, noch der rechtsprechenden Gewalt vorgreifen können und wollen, hat ihre Erklärung nur die Bedeutung einer Meinungsäußerung, die die anderen Gewalten nicht bindet.

2. Zu einer anderen Rechtsanwendung kann auch nicht § 1 Satz 1 GüKG führen. Er bestimmt zwar, daß die Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen *ausschließlich* den Bestimmungen *dieses Gesetzes* unterliegt. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß das GüKG Bestimmungen über die hier gewählte Verkehrsart enthält. Jedenfalls ist anerkannt, daß die Worte „für andere“ in den §§ 2, 3 aussprechen, daß die Beförderung nicht ausschließlich „für eigene Zwecke eines Unternehmens“ durchgeführt wird.

Für diese Auslegung „nach dem klaren Wortlaut des § 3 GüKG“ hat sich daher auch mit Recht der Beschluß des OLG Stuttgart vom 23. 2. 1962 entschieden, dem der Beschluß des OLG Hamburg vom 4. 3. 1963 mit einer Begründung gefolgt ist, die noch eingehender ist.⁴⁵⁾

§ 1 GüKG unterstellt die Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen schlechthin den Bestimmungen dieses Gesetzes nur insoweit, als zur Regelung derselben Materie weder landesrechtliche Bestimmungen Geltung behalten haben, noch neue erlassen werden können. § 1 löst daher die mögliche Kollision von Bundes- und Landesrechtsvorschriften. Nur insoweit verwirklicht er das Kodifikationsprinzip, das nach abschließender Regelung unter bestimmten Gesichtspunkten strebt. Dagegen enthält § 1 GüKG nicht die Aussage, die kein Gesetz machen kann, daß es keine Lücken habe. Noch nie hat ein Gesetz das Kodifikationsystem auf eine derartig einsame und nur in der Theorie erreichbare Höhe getrieben. Hat das Gesetz eine bestimmte Verkehrsart, hier die Eigenbeförderung mit gemieteten Lastkraftwagen, nicht geregelt, so hat es insoweit eine Lücke.

Es ist aber zunächst überflüssig, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob ein Gesetz den Erkenntnissen jeder juristischen Methode zuwider den Ausspruch wagen darf, es habe keine Lücke, da § 1 Satz 1 die Kollision von Bundes- und Landesrechtsvorschriften und nichts anderes regelt, wenn man sich an seinen Wortlaut, seine Entstehungsgeschichte und seine rechtspolitische Zwecksetzung hält.

Die Vorschrift bezieht das Wort „ausschließlich“ auf die „Bestimmungen dieses Gesetzes“. Sie ist nicht dahin formuliert worden, daß *jede* Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen den Bestimmungen des Gesetzes unterliegt. „Ausschließlich“ nach den Bestimmungen dieses Gesetzes heißt also: nicht auch nach anderen Rechtsvorschriften.

Aus der Entstehungsgeschichte ist bemerkenswert, daß das Güterfernverkehrsgesetz (GFG) vom 26. 6. 1935 keine gleichartige Vorschrift enthält. Eine solche tritt zum ersten Mal in

⁴³⁾ BayObLG GoldtArch. 1953, S. 180 und Schönke-Schröder, Komm. z. StGB § 2 Anm. XII. Im Ergebnis ebenso AG Hamburg v. 5. 10. 1962 – 132 Gs (a) 7596/62.

⁴⁴⁾ Vgl. Fack, Kein Werkverkehr mit Mietwagen, in: Blick durch die Wirtschaft, Jg. 7, Nr. 122, eig. Bericht vom 27. 5. 1964.

⁴⁵⁾ JR 1963, 309 und oben unter II 9.

§ 1 Abs. 2 des Güterfernverkehrs-Änderungsgesetzes (GFÄG) vom 2. 9. 1949 (WiGBL. 1949 S. 306) auf:

„Der Gebrauch von Kraftfahrzeugen für den Güterfernverkehr unterliegt ausschließlich den Bestimmungen des Gesetzes über den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 26. 6. 1935 (RGBl. I S. 788) — im folgenden Güterfernverkehrsgesetz genannt —, der Verordnung zur Durchführung dieses Gesetzes vom 27. 3. 1936 (RGBl. I S. 320) — im folgenden Durchführungsverordnung genannt — und der Verordnung über den Möbelfernverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 4. 8. 1939 (RGBl. I S. 1387).“

Diese Vorschrift war erforderlich, um entgegenstehendes Landesrecht auszuschließen, das vor dem Zusammenbruch der Reichsorganisationen weder vorhanden war noch vorhanden sein konnte.⁴⁶⁾ Landesrecht, das nach dem Zusammenbruch entstanden war, sollte beseitigt und die Entstehung neuen Landesrechtes auf dem Gebiete des Güterkraftverkehrsrechtes sollte verhindert werden. Die Vorschrift hatte aber nicht vom Gesetzgeber die Aufgabe erhalten, das Problem der Lücken des Gesetzes selbst zu lösen und zu sagen, daß dieses Gesetz für jede Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen auch dann anzuwenden sei, wenn diese Beförderungsart vom Gesetzgeber tatsächlich nicht geregelt ist. Die Vermietung von Lastwagen zum Selbstfahren im Güterverkehr spielte damals ebenso wenig eine Rolle, wie beim Inkrafttreten des GüKG. Sonst wäre nicht zu erklären, warum der Gesetzgeber zu dieser Frage geschwiegen, obwohl er sie für den Güternahverkehr behandelt hat (§ 6 Abs. 2 Satz 4 GüKG). Auch als sie auftauchte, hat er sie bei den Änderungen des Gesetzes ungeregelt gelassen.

§ 1 GüKG ist zwar anders formuliert als § 1 Abs. 2 GFÄG, erhielt aber keine andere Aufgabe. Da das GüKG das GFÄG, seine DVO und das GFÄG außer Kraft setzte (§ 104 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4), mußte es sich in § 1 selbst an die Stelle dieser drei Rechtsquellen setzen. Da es den Güternahverkehr erlaubnispflichtig machte und den Werkfernverkehr für nicht genehmigungspflichtig erklärte, mußte es den „Gebrauch von Kraftfahrzeugen für den Güterfernverkehr“ durch die allgemeinere Formulierung „Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen“ ersetzen. Das änderte nichts daran, daß auch § 1 nur die Kollision möglicherweise konkurrierender Rechtsvorschriften, nicht aber ein Lückenproblem dieses Gesetzes general-klauselartig regelt. Daher ist auch in den Kommentierungen zu § 1 seit jeher anerkannt, daß sich das Wort „ausschließlich“ auf die Konkurrenz mit landesrechtlichen Vorschriften bezieht.⁴⁷⁾

Wollte man § 1 als den Ausspruch des Gesetzgebers dahin auffassen, daß es keinen unregulierten Fall des Güterverkehrs mit Kraftfahrzeugen beim Inkrafttreten des Gesetzes gegeben hat noch künftig geben solle, so wäre, wenn man mit der Bundesanstalt die Tätigkeit der Vermieter als eigenen Güterfernverkehr betrachten wollte, der speziell und sowohl wörtlich als auch gedanklich klar und präzise formulierte Tatbestand des § 3, der von der „Beförderung von Gütern . . . für andere“ spricht, durch die allgemeine Klausel des § 1 berichtigt

⁴⁶⁾ Vgl. Ruwe, Güterkraftverkehrsgesetz, 2. Aufl. 1953, § 1 Anm. 1; Gall, BB 62, 1104.

⁴⁷⁾ Vgl. Ruwe, § 1 GüKG Anm. 1; Balfanz, Güterkraftverkehrsgesetz, Frankfurt/M. 1962, § 1 Anm. 4, der zu dem Wort „ausschließlich“ sagt: Es „bedeutet nicht etwa, daß das GüKG alle Rechtsverhältnisse bei Güterbeförderungen regelt, womit z. B. das HGB ausgeschlossen wäre“. Hein-Eichhoff-Pukall-Krien erläutern das Wort „ausschließlich“ unter § 1 Abs. 1 so: „d. h. es (gemeint ist das GüKG) schafft einheitliches Bundesrecht.“ Ich selbst habe die mögliche Kollision mit Vorschriften der GewO und des HGB mit dem Satz in Anm. 4 zu § 1 (Bartholomeyczik, Güterkraftverkehrsgesetz, Frankfurt/M. 1953) erklären wollen: „Inwieweit der Bundesgesetzgeber die Materie abschließend regeln wollte, ist Auslegungssache des Einzelfalles.“

worden. Sie würde dann zwei ganz verschiedene Aufgaben miteinander verbinden, ohne daß diese Verbindung im Gesetzestext ihren Ausdruck gefunden hätte.

Zu dieser Ausdeutung des Wortes „ausschließlich“ kommt der Ausleger, mag er den Willen des Gesetzgebers als den historischen Willen subjektiv erfassen, mag er vom objektiven, sich in der Fortentwicklung gesetzter Tendenzen immer wieder neu aktualisierenden Willen des Gesetzes, oder mag er weder vom Willen des Gesetzgebers noch vom Willen des Gesetzes, sondern von seiner rechtspolitischen Zwecksetzung sprechen und diese als objektive Bestimmung einer permanenten Aufgabe des Gesetzes als Rechtsregelung in der konkreten Entscheidung bestimmen.⁴⁸⁾ In der förmlichen Rechtssetzung des ganzen Gesetzes, vor allem in § 1 GüKG, kommt jedenfalls nicht die konkrete Aufgabe des Gesetzes zum Ausdruck, die reine Vermietung zum Selbstfahren durch einen Unternehmer, der bestimmte Güter für eigene Zwecke seines Unternehmens befördert, in die gesetzliche Regelung einzubeziehen.

V. Kein Scheintatbestand (§ 5 GüKG)

1. Es fehlt an einem Regelungstatbestand. § 5 kann nur gegeben sein, wenn ein Tatbestand vorliegt, den das Gesetz geregelt hat, der aber umgangen werden soll, so daß die vorgesehenen Rechtsfolgen nicht eintreten.

a) Der Vermieter befördert die Güter weder „für andere“ i. S. des § 3 noch für die eigenen Zwecke seines Unternehmens, so daß er weder Güterfernverkehr nach den §§ 3, 8 noch Güterwerkverkehr nach § 48 treibt.

b) Der Mieter befördert die Güter weder für andere, fällt also ebenfalls nicht unter die §§ 3, 8, und treibt keinen Güterfernverkehr i. S. des GüKG, weil er zum Transport nicht eigene und keine auf ihn zugelassenen Kraftwagen benutzt.⁴⁹⁾

c) Der Vermieter nimmt auch nicht an einer ordnungswidrigen Güterbeförderung des Mieters (§ 10 OWiG) teil, denn § 50 befreit nur denjenigen Werkverkehr von der Genehmigungspflicht des § 8 Abs. 1, der Werkverkehr i. S. des § 48 ist, behandelt ihn aber, wenn die Voraussetzungen des § 48 fehlen, nicht als Güterfernverkehr dieser Firma, da der Begriff des Güterfernverkehrs die Beförderung von Gütern „für andere“ (§ 3) verlangt und damit in einen Gegensatz zur Beförderung von Gütern „für eigene Zwecke des Unternehmens“ gesetzt ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich nur um eine ungeregelte oder eine unzulässige Beförderung handelt. In keinem Fall ist sie zu einer Ordnungswidrigkeit gemacht worden.⁵⁰⁾ In jedem Fall würde eine Analogie zu anderen Tatbeständen von Ordnungswidrigkeiten gegen § 2 StGB verstoßen.⁵¹⁾ Ist die Tätigkeit beider Mietparteien aber unter allen denkbaren Gesichtspunkten nicht genehmigungs- oder erlaubnispflichtig und auch nicht als ordnungswidrige Güterbeförderung mit Kraftwagen zu betrachten, weil sie unter keinen gesetzlichen Tatbestand fällt, so kann der Vermieter auch keinen solchen Tatbestand nach § 5 umgehen.

d) Mit Recht stellt daher der Beschluß des OLG Stuttgart vom 23. 2. 1962 fest, daß die gewerbliche Vermietung eines Lastwagens von dem Betrieb eines Güterfernverkehrsgewerbes

⁴⁸⁾ Vgl. Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 2. Aufl. 1959, S. 46.

⁴⁹⁾ Hein, GFÄG § 2 Anm. 2 b; Bartholomeyczik, § 48 Anm. 6; Ruwe, § 48 Anm. 2; Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, § 48 Anm. 8.

⁵⁰⁾ Hein, GFÄG § 1 Anm. 5 a, vgl. oben unter IV 1.

⁵¹⁾ Vgl. oben unter IV 1, vor allem Fußnote 43.

wesentlich verschieden ist. Die Vermieter haben keine Organisation und kein Personal für die gewerbliche „Beförderung“ von Gütern. Es führt zu einer absurden Verzerrung des Tarifs, wenn der Mieterin aufgegeben werden soll, das tarifmäßige Mindestentgelt zu zahlen, dessen durchschnittliche Berechnung als Kosten die Lohnaufwendungen für das Fahr- und sonstige Personal eines Frachtunternehmers und die sachlichen Aufwendungen zur Pflege dieser Organisation berücksichtigt, obwohl diese nicht hier, sondern — wie die Personalkosten — schon bei den Mietern entstanden sind. Über die Auslegung, die die Bundesanstalt dem GüKG gibt, wird sogar der sonst so gepflegte Verbraucherschutz vernachlässigt und der Verbraucher gleichsam durch eine indirekte Besteuerung zur Subvention der Bundesbahn herangezogen. Hier handelt es sich nicht mehr um ein marktgerechtes Entgelt i. S. des § 7 GüKG.

Es führt auch nicht zur Herstellung von Rechtsverhältnissen, die dem Sachverhalt angemessen sind, sondern zur künstlichen Bildung verzerrter Rechtsverhältnisse, wenn das Rechtsverhältnis der Vermieter als ein solches rechtlich qualifiziert wird, in dem der Vermieter die Verfügungsgewalt über das Fahrzeug und über das beförderte Gut hat, während der Vermieter tatsächlich dem Mieter den Mietbesitz überlassen und sich in den Verleih-Bedingungen ernsthaft versichern läßt, daß der Mieter den Wagen nicht zu polizeiwidrigen Handlungen benutzen werde und ihm ausdrücklich untersagt, den Wagen oder auch nur und zeitweise seine Führung einer anderen Person zu überlassen. Diese Verzerrung verbietet sich auch durch die positivrechtliche und sachlich richtige, systemgerechte Vorschrift des § 6 Abs. 2 Satz 4 GüKG.

Wollte man auf diesen Fall § 5 mit der Wirkung anwenden, daß der Vermieter als Unternehmen des Güterfernverkehrs behandelt wird, so würde aufgrund dieser Vorschrift nicht der Schein dem Sein weichen, sondern an die Stelle der Rechtsklarheit eine unangemessene Verfälschung der Rechtsverhältnisse treten. Es würde also umgekehrt das Sein durch einen falschen Schein ersetzt werden.

2. Es fehlt aber nicht nur an einem zu umgehenden Regelungstatbestand, sondern auch an den Maßnahmen, die nach dem Urteil des BGH vom 3. 3. 1960⁵²⁾ als Umgehungsmaßnahmen oder Schaffung eines Scheintatbestandes gelten können. Eine solche Maßnahme soll, im wesentlichen in Anlehnung an die Erläuterungen zu § 6 des Steueranpassungsgesetzes, der dem Gesetzgeber als Vorbild für den § 5 gedient hat,⁵³⁾ dann vorliegen, „wenn zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges nicht der den Umständen nach gewöhnliche und zweckmäßige Weg, sondern unter Ausnutzung der Vertragsfreiheit ein anderer, den wirtschaftlichen Vorgängen ferner liegende und daher ungewöhnliche Weg eingeschlagen wird . . .“⁵²⁾

Der wirtschaftliche Erfolg, den die Vermieter erstreben, wird durch die Besonderheit dieses Gewerbezweiges bestimmt. Die vorübergehende, nicht dauernde Vermietung von Lastwagen zum Selbstfahren ist ein wirtschaftlich vernünftiges Mittel, um einen Bedarf nach einer geringen, nicht regelmäßig wiederkehrenden, sondern nur vereinzelt, aber mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auftretenden Beförderungskapazität für den Eigenbedarf eines Unternehmens zu befriedigen. Der einzelne Unternehmer kann sich vernünftigerweise ein eigenes Fahrzeug dazu nicht anschaffen. Es wäre nicht genügend ausgenutzt. Den Güterfernverkehr will ein mietender Unternehmer nicht beanspruchen, um die eigenen Arbeits-

⁵²⁾ NJW 1960, 1057.

⁵³⁾ Vgl. Kühn, Abgabenordnung, 6. Aufl. 1962, § 6 StAnpG Anm. 1 u. 2; von Wallis, in: Hübschmann-Hepp-Spittaler, AGO-Kommentar, § 6 StAnpG Anm. 3-4.

kräfte für die Wagenführung auszunutzen und um sich nicht auf Beiladungen verweisen zu lassen, die ihm die Herrschaft über den Beförderungsvorgang nehmen. So dient ihm die Möglichkeit, ein Fahrzeug zum Selbstfahren zu mieten, als ein Hilfsmittel zur Ergänzung seiner unternehmerischen Kapazität, über das er in angemessener Frist vorher disponieren kann.

Die Vermieter wiederum wollen gerade nicht Güterfernverkehrsunternehmer werden. Sie wollen sich weder mit dem dazu erforderlichen Personalbestand noch mit der gesamten Organisation eines Frachtführers belasten. Es handelt sich vielmehr nur um einen Anwendungsfall des amerikanischen Leasing-Systems, das in den USA viel stärker ausgebildet ist, sich sogar auf Großanlagen industrieller Art erstreckt und sich für den Vermieter und den Mieter als eine besondere Art der Unternehmenstätigkeit darstellt.

3. Allerdings sprechen Kommentare zum GüKG davon, daß dem Werkfernverkehrsunternehmen keine Möglichkeit gegeben sein solle, die Genehmigungspflicht und den Tarifzwang durch Miete des Kraftfahrzeugs eines anderen Unternehmens zu umgehen. Die Miete eines fremden Fahrzeuges solle aber gerade den Abschluß eines Beförderungsvertrages (Frachtvertrages) mit dem Eigentümer (Unternehmen) des fremden Fahrzeuges umgehen. Diesem Umgehungsversuch versage § 5 Abs. 1 die Anerkennung.⁵⁴⁾

Die Kommentierung von Hein denkt aber, wie es schon die Zeit ihrer Herkunft leicht erklärt, nicht an die kurzfristige Vermietung durch besonders hierfür spezialisierte gewerbliche Unternehmen zum Selbstfahren, sondern an die wirkliche Tarnung eines nicht genehmigten Güterfernverkehrs durch die Vorspiegelung des Werkverkehrs eines anderen Unternehmens. Ruwe⁵⁵⁾ und Balfanz⁵⁶⁾ halten den Einsatz eines gemieteten fremden Fahrzeuges im Werkverkehr nicht für erlaubt, machen den Vermieter aber nicht über § 5 zum Güterfernverkehrsunternehmer.⁵⁷⁾

4. Eine rechtspolitische Betrachtung bestätigt diese Überlegungen. Mit dem 4. Gesetz zur Änderung des GüKG vom 1. 8. 1961 (BGBl. I S. 1157) und den entsprechenden Gesetzen für die anderen Verkehrsträger hat die Liberalisierung der Verkehrswirtschaft begonnen. Sie soll möglichst bald fortgesetzt werden.⁵⁸⁾ Ob in nächster Zeit mit einer neuen wirtschaftspolitischen Entscheidung grundsätzlicher Art zu rechnen ist, ist ungewiß. Jedenfalls ist die wirtschafts- und rechtspolitische Tendenz allgemein erkennbar, die der Gesetzgeber in der Verkehrswirtschaft verfolgt, wenn er diese allmählich in die Wettbewerbswirtschaft eingliedern will. Diese Tendenz kann nicht dadurch durchkreuzt werden, daß die Anwendung des GüKG, vor allem aber die Anwendung seines § 5, an die Stelle fortschreitender Liberalisierung einen Fall zusätzlicher Reglementierung für einen neuen, an der Verkehrswirt-

⁵⁴⁾ Hein-Eidhoff-Pukall-Krien, a.a.O., § 48 Anm. 8, so auch schon Hein, GFG § 2 Anm. 2 b.

⁵⁵⁾ § 48 Anm. 2.

⁵⁶⁾ § 48 Anm. 6.

⁵⁷⁾ Einen Scheintatbestand i. S. des § 5 Abs. 1 verneint auch der Beschluß des Amtsgerichts Hamburg vom 5. 10. 1962 — 132 Gs (a) 7596/62.

⁵⁸⁾ „Die Zweckmäßigkeit einer behutsamen und wohlabgewogenen Einbeziehung der Verkehrsträger in die Marktwirtschaft ist gerade in der jüngsten Zeit sowohl von der Öffentlichen Hand als auch von Kreisen der Wirtschaft betont worden. Dieses Anliegen war auch dem Bericht über die Deutsche Bundesbahn vom 30. Januar 1960 (Bundestagsdrucksache 1602 der 3. Wahlperiode) vorangestellt, in welchem davon ausgegangen wird, daß die DB heute ein mit der Binnenschifffahrt, dem Straßenverkehr und in Zukunft mit den Rohrleitungen konkurrierender Wirtschaftsbetrieb ist, der nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten geführt werden muß“. Mit der im Jahre 1961 verabschiedeten Kleinen Verkehrsreform ist die Einbeziehung der Eisenbahn, des Güterkraftverkehrs und der Binnenschifffahrt in die Marktwirtschaft eingeleitet worden.“ So Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1961, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/378, S. 53.

schaft teilnehmenden Gewerbebranchen schafft, dessen Unternehmen bisher ohne Staatsintervention betrieben werden konnten.

Die Festpreideologie und die Marktpreideologie haben in den Margentartifen eine Synthese gefunden. Mit dem neuen Tarifsystem hat der Gesetzgeber im gewerblichen Straßen-güterfernverkehr Folgerungen daraus gezogen, daß die Tarife vielfach zu hoch festgesetzt waren, weil sie ohne Rücksicht auf die Marktverhältnisse an die Eisenbahntarife gebunden wurden.⁵⁹⁾ Die deutsche Preisbindung versagt im grenzüberschreitenden Verkehr, da die Nachbarstaaten keine festen Verkehrsentgelte kennen und gewohnt sind, diese in Vertragsfreiheit auszuhandeln. Sie kennen auch keine Beschränkung und Kontrolle der Vermietung. Die EWG-Kommission denkt nicht an ihr Verbot. Der deutsche Widerspruch dürfte hieran nichts ändern.

In einem solchen Übergangszustand der Verkehrspolitik handelt die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr nur weise, wenn sie keine Entscheidung höherer Landesverkehrsbehörden nach § 8 Abs. 2 GüKG darüber herbeiführt, ob es sich in diesen Fällen um genehmigungspflichtige Güterbeförderung handelt. Sie dürfte sonst provinziell. Der Verkehr ist im Markt der EWG und darüber hinaus so international verflochten, daß die Entscheidung einer Landesbehörde kein adäquates Lösungsmittel sein kann. Dasselbe gilt von gerichtlichen Entscheidungen, vor allem solchen strafrichterlicher Art. Der rechtsstaatliche Garant des strafrechtlichen Analogieverbots sollte von der Wirtschaftsverwaltung nicht in Frage gestellt werden.

VI. Abschließende Kodifikation mit Gegenteilschluß oder Analogie?

1. Die Lücke des GüKG könnte durch einen Analogieschluß geschlossen werden. Die „logische Geschlossenheit“ des positiven Rechts ist schon im allgemeinen ein Hochziel, das unerreichbar ist.⁶⁰⁾ Das gilt besonders von dem nur punktuell ausgestalteten Wirtschaftsrecht. Daß § 1 GüKG diese Geschlossenheit für den Güterkraftverkehr nicht herstellt, ist bereits dargelegt.

Die Begriffe des Güterfernverkehrs (§ 3) und des Werkverkehrs (§ 48) sind sehr präzise bestimmt, bedienen sich entweder, wie die Bestimmung des § 3, herkömmlicher Begriffe des Frachtrechts oder beschreiben — wie § 48 — den Tatbestand neu mit einer Fülle von Merkmalen, die teils alternativ vorliegen können, teils kumulativ gefordert werden.

Mit den Bestimmungen dieser Verkehrsarten, des gewerblichen allgemeinen Güternahverkehrs (§ 80), des Güterlinienverkehrs und der allgemeinen Klausel über die Unbeachtlichkeit geschaffener Scheintatbestände in § 5 glaubte der Gesetzgeber — dafür sprechen seine zum Teil sehr präzise Kasuistik und die klare Gegenüberstellung der Gegensätze —, alle Fälle der Beförderung von Gütern durch Kraftwagen geregelt zu haben, die ihm als regelungsbedürftig bekannt waren und als regelungswert erschienen.

An die gewerbliche Vermietung eines Kraftwagens zur Güterbeförderung durch Selbstfahren hat er nicht gedacht, weil er an sie nicht hat denken können, denn sie spielte beim Inkrafttreten des GFG ebenso wie beim Inkrafttreten des GüKG keine Rolle. Besonders klar kommt dieses in der Kommentierung durch Hein⁶¹⁾ zum Ausdruck. An sie schließt sich die Kom-

⁵⁹⁾ Vgl. Hamm, W., Preise als verkehrspolitisches Ordnungsinstrument, a.a.O., S. 235.

⁶⁰⁾ Schon Zitelmann, Lücken im Recht, Rektoratsrede 1903, S. 6 f.; Jung, AcP 118, 101 ff.

⁶¹⁾ GFG § 2 Anm. 2 b.

mentierung von Hein-Eichhoff-Pukall-Krien⁶²⁾ erkennbar unmittelbar an. Es handelt sich also um die erste der drei von mir systematisch geordneten echten Lücken: „Die fortlaufende Entwicklung des Lebens kann soziale Erscheinungen gebildet haben, die bei der Gesetzgebung nicht vorhanden und nicht voraussehbar gewesen sind.“⁶³⁾

3. Ein analoger Obersatz wird durch zweifache Tätigkeit gewonnen:

a) durch die Erkenntnis der rechtspolitischen Zwecksetzung, die im positiven Recht zum Ausdruck kommt, der sogenannten *ratio legis*;

b) durch die Gewinnung der tragenden Grundsätze (Prinzipien) dieser Zwecksetzung, die sich dadurch vollzieht, daß der Richter alles Unwesentliche und Beiläufige solange fortläßt, bis sich für beide Entscheidungen, die des Gesetzgebers und die des Richters, ein gemeinsamer Obersatz ergibt, in dem die tragenden Prinzipien der rechtspolitischen Zwecksetzung erkennbar sind.⁶⁴⁾ Die tragenden Grundsätze der rechtspolitischen Zwecksetzung wiederum sind vor allem mit rückschließendem Denken aus den Rechtsfolgen zu gewinnen, die der Gesetzgeber an die Einordnung in den positiven Rechtssatz geknüpft hat. Die Finalrelation ist zu berücksichtigen.

c) Der analoge Obersatz könnte hier nur von der positiven Vorschrift des § 3 her gewonnen werden. Denn die Bundesanstalt will auf den zu beurteilenden Fall die Rechtsfolgen anwenden, die sich an den Betrieb eines Güterfernverkehrs i. S. des § 3 knüpfen. Dieser analoge Obersatz müßte einen Oberbegriff suchen, in dem der Begriff der Beförderung aufgeht. An die Stelle der Beförderung müßte ein Oberbegriff treten, der es genügen läßt, daß der Kraftfahrzeughalter die Beförderung fremder Güter durch die Stellung eines Fahrzeuges ermöglicht, ohne selbst die Beförderung auszuführen.

Aber die gesamte Regelung des Güterfernverkehrs baut auf der frachtrechtlichen Verfügungsgewalt des entgeltlich befördernden Unternehmens über das befördernde Gut auf.⁶⁵⁾

aa) Die Festsetzung der tariflichen Entgelte schließt die Kosten für die Beförderungsorganisation im frachtrechtlichen Sinne ein, denn es handelt sich um ein „Beförderungsentgelt“, das die Beförderung und die Nebenleistungen einschließen muß (§ 20 Abs. 1). Nur unter dieser Voraussetzung kann die Bundesregierung nach § 7 darauf hinwirken, daß die Wettbewerbsbedingungen der Verkehrsträger (Bahn, Binnenschifffahrt, Güterkraftverkehr) angeglichen werden und daß durch marktgerechte Entgelte und einen lautereren Wettbewerb der Verkehrsträger eine volkswirtschaftlich sinnvolle Aufgabenteilung ermöglicht wird. Nur unter diesen Voraussetzungen sind die meisten Regelungen zu verstehen, die von der KVO als einem Teil des Tarifs vorgesehen sind.

bb) Nur eine solche Berechnung des tarifmäßigen Entgeltes rechtfertigt den Tarifzwang der §§ 22, 23.

cc) Dann müßten die Kontingenzierungszahlen des § 9 auch für diese vermieteten Fahrzeuge gelten, woran nie gedacht worden ist.

dd) Auch die Genehmigung des § 9 ist darauf zugeschnitten, daß der Unternehmer Güter „befördert“, nicht aber Fahrzeuge zur Selbstbeförderung unter der eigenen Verantwortung der Vermieter stellt. Denn nach § 9 Abs. 2 wird die fachliche Eignung durch eine angemess-

⁶²⁾ § 48 Anm. 8.

⁶³⁾ Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, a.a.O., S. 82.

⁶⁴⁾ Vgl. RGZ 137, 13, danach beruht die Analogie darauf, „daß wesentlich gleiche Tatbestände nach demselben Rechtssatz zu beurteilen sind, auch wenn die Gesetzesfassung nur den einen wesensgleichen Tatbestand trifft“.

⁶⁵⁾ Hein, GFG § 1 Anm. 5 a und 6.

sene Tätigkeit in einem Unternehmen des Güterkraftverkehrs oder der Spedition und Lagerei oder durch die Ablegung einer Prüfung nachgewiesen, in denen sich der Geprüfte mit seinem Wissen in diesen Sparten auszuweisen hat. Deutlich wird das besonders in den Vorschriften der 2. VO über den Nachweis der fachlichen Eignung und der Sachkunde zur Führung von Güterkraftverkehrsunternehmen vom 25. November 1925.⁶⁶⁾ Dort werden Kenntnisse verlangt, die einen Beförderungs-, nicht aber einen Vermietungsbetrieb betreffen.

ee) Die rechtspolitische Zwecksetzung, aus der die tragenden Prinzipien für den analogen Obersatz gewonnen werden, der Güterfernverkehr und den hier zu beurteilenden Tatbestand miteinander in den gleichen Rechtsfolgen verbinden könnte, wird nicht zuletzt in den Vorschriften des Gesetzgebers sichtbar, die sich mit der Gestaltung des bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses des Güterfernverkehrsunternehmens befassen und die sich in der KVO befinden.

(1) Der Güterfernverkehr muß von den Unternehmen „ausgeführt“ werden (§ 1 Abs. 1 KVO).

(2) Der Beförderungsvertrag wird zwischen dem Unternehmer und dem frachtbriefmäßigen Absender des Gutes geschlossen (§ 3 KVO). Das ist weder der Vermieter noch der Mieter.

(3) Das Gut muß entweder vom Absender als Stückgut dem Unternehmer zur Verladung übergeben werden oder der Absender kann sich ein Fahrzeug für die Verladung des Gutes bestellen (Ladungsverkehr) (§ 4 KVO). Aber der Unternehmer ist der Herr der Beförderung und erhält hierzu die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Gut.

(4) Es ist überflüssig, die Fülle dieser Vorschriften aufzuzeigen, denn die ganze KVO geht von einem Frachtvertrag aus, der mit der Vermietung gerade nicht „wesensgleich“ ist, wie es die Rechtsprechung mit Recht verlangt.⁶⁷⁾

4. Da sich vom § 3 GüKG her kein analoger Obersatz aufbauen läßt, der auch auf die Vermietung von Kraftfahrzeugen zur Güterselbstbeförderung anzuwenden ist, zeigt es sich noch einmal, daß die positiv-rechtliche Regelung des Gesetzes eine abschließende Regelung ist, die den Gegenteilsschluß begründet.

Die Folgerung, die sich im einzelnen aus einem Gegenteilss- oder Umkehrschluß ziehen läßt, kann verschieden sein. Hier hat der Gesetzgeber die Vermietung von Kraftwagen zur Güterselbstbeförderung ungeregt gelassen.⁶⁸⁾

5. Die ergebnislose Prüfung einer Analogie zeigt gleichzeitig, wie fehlsam die Annahme eines Scheintatbestandes i. S. des § 5 GüKG wäre. Hier handelt es sich nicht um zwei Tatbestände, einen gewollten, aber in der Rechtsgestaltung nicht gewählten Tatbestand des Seins, des Güterfernverkehrs, und einen weiteren vorgeschobenen, aber wirtschaftlich nicht gewollten Tatbestand der Vermietung; sondern hier handelt es sich um einen einzigen wirtschaftlich so gewollten und auch in aller Freiheit und Öffentlichkeit, die zu einem größeren Gewerbebetrieb gehört, verwirklichten Tatbestand der Vermietung eigener Kraftfahrzeuge zur Güterselbstbeförderung durch einen anderen Unternehmer, der mit ihnen keinen Güterwerkverkehr im Sinne dieses Gesetzes treibt.

6. Dieses alles ist unabhängig von der weiteren, aber bereits verneinten Frage zu erörtern,

⁶⁶⁾ BAnz Nr. 242.

⁶⁷⁾ RGZ 137, 13; Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, a.a.O., S. 84.

⁶⁸⁾ Gall, BB 1962, 1105, der aber mit Recht bemerkt: „Offensichtlich besteht ein wirtschaftliches Bedürfnis für derartige Verkehre. Diesen Umstand sollte der Gesetzgeber in der Weise berücksichtigen, daß er diese Verkehre ausdrücklich zuläßt, andererseits aber steuerlich und zulassungsmäßig in gleicher Weise ‚in den Griff bekommt‘, wie ihm dies bei vergleichbaren ‚klassischen‘ Beförderungsarten gelungen ist.“

ob auch eine Analogie zu Ungunsten des Täters zu einer Norm möglich ist, die eine Wirtschaftsstraftat und eine Ordnungswidrigkeit normiert.

VII. Zusammenfassung

1. Der Vermieter treibt keinen Güterfernverkehr i. S. des § 3, der Mieter entweder überhaupt keinen und erst recht keinen ordnungswidrigen Güterwerkverkehr i. S. des § 48 GüKG.

2. Die Mieter betreiben sogenannten unechten Werkverkehr, der die Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 GüKG nicht erfüllt und damit kein Werkverkehr i. S. dieses Gesetzes ist. Diese Verkehrsart ist weder verboten noch bedarf sie einer Erlaubnis oder Genehmigung.⁶⁹⁾ § 11 des Beförderungsteuergesetzes in der Fassung vom 13. Juni 1955 (BGBl. I S. 366), in der Änderung durch das Gesetz vom 30. 6. 1958 (BGBl. I S. 421) ist für die Frage maßgebend, ob die Verkehrsart steuerpflichtig ist.⁷⁰⁾

3. Die Vermieter schaffen mit der Vermietung auch keinen Scheintatbestand i. S. des § 5 GüKG, mit dem sie die Vorschriften dieses Gesetzes für den Güterfernverkehr umgehen.

4. Auf die Vermietung der Fahrzeuge zur Güterselbstbeförderung durch andere Unternehmer sind die Vorschriften über den Güterfernverkehr auch nicht entsprechend (analog) anwendbar.

5. Die Vermieter nehmen auch nicht an einem strafbaren oder ordnungswidrigen Tatbestand teil, den die Mieter verwirklichen, da diese nur einen nicht verbotenen unechten Werkverkehr treiben, der weder der Erlaubnis noch der Genehmigung bedarf, in keinem Falle ordnungswidrig ist.

6. Die Frage des Themas läßt sich nicht in den Verfahren lösen, die von der Bundesanstalt eingeleitet worden sind. Will das Bundesverkehrsministerium die Entscheidung des Gesetzgebers vermeiden, so ergibt sich die Antwort nach dem gegenwärtigen Gesetz nur aus einer ganzheitlichen Betrachtung der Zusammenhänge, die zwischen dem Kodifikationsprinzip, der Typologie und dem Begriff des Scheintatbestandes in wirtschaftsrechtlichen Gesetzen im allgemeinen und im GüKG besonders bestehen. Dieser Zusammenhang indessen ist von der Argumentation der Bundesanstalt noch nicht angesprochen worden.

⁶⁹⁾ Schricker, Verkehrs Rundschau, 1960, 546; „Der bayerische Kraftverkehr“ 1960, S. 115; Wegemer, BB 1961, 774 und oben Fußnote 43.

⁷⁰⁾ Schricker, a.a.O.