BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 121/04

Verkündet am:
20. Juli 2005
Kirchgeßner,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 307 Bm

Zur Wirksamkeit von Formularbestimmungen in einem Vertragshändlervertrag der Kraftfahrzeug-Branche.

BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 121/04 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Leimert, Dr. Wolst, Dr. Frellesen sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers wird unter Zurückweisung der Rechtsmittel im übrigen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 25. März 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht

auf die Berufung des Klägers das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 17. Dezember 2002 abgeändert und der Beklagten die Verwendung der Klausel § 3 Ziff. 1 Buchst. c in Verbindung mit § 3 Ziff. 2 Satz 1 des Händlervertrags (Direktverkäufe an Großabnehmer) untersagt hat und

die Berufung des Klägers gegen die Abweisung der Klage auf Untersagung der Verwendung der Klauseln

§ 6 Ziff. 3 a Satz 2 des Händlervertrags (Beweislast bei Vertrieb und Verwendung von Ersatzteilen, die mit Ersatzteilen der Vertragsware in Wettbewerb stehen) und

§ 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. a des Händlervertrages (Rückkauf von nicht bei der Beklagten bezogener Vertragsware)

zurückgewiesen hat.

II. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts wird zurückgewiesen, soweit die Klage auf Untersagung der Verwendung der Klausel § 3 Ziff. 1 Buchst. c in Verbindung mit § 3 Ziff. 2 Satz 1 des Händlervertrags (Direktverkäufe an Großabnehmer) abgewiesen worden ist.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts teilweise abgeändert und der Beklagten über die im vorbezeichneten Urteil des Landgerichts ergangene Verurteilung hinaus bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu zahlenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft, zu vollziehen an den Geschäftsführern der Beklagten, untersagt, im Rahmen von H. - Vertragshändlerverträgen folgende Klauseln zu verwenden:

> § 6 Ziff. 3 a Satz 2 des Händlervertrags: "Soweit diese Ersatzteile für die Betriebs- und/oder Verkehrssicherheit eines Fahrzeuges von funktionaler Bedeutung sind, gilt bis zum Beweis des Gegenteils durch den Händler die Vermutung, daß sie den Qualitätsstandard der betreffenden Ersatzteile der Vertragsware nicht erreichen."
>
> § 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. a des Händlervertrags: "Im übrigen kann der Händler von H. nur den Rückkauf solcher Vertragsware verlangen, welche der Händler unmittelbar von H. bezogen hat."

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Dem Kläger wird auch insoweit die Befugnis zugesprochen, die Urteilsformel auf Kosten der Beklagten im Bundesanzeiger, im übrigen auf eigene Kosten, zu veröffentlichen.

III. Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben der Kläger 2/5 und die Beklagte 3/5 zu tragen; von den Kosten der Vorinstanzen haben der Kläger 4/15 und die Beklagte 11/15 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Zentralverband aller Automobilhändler und Werkstattbetriebe in Deutschland, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die gewerblichen Interessen seiner Mitglieder und der ihnen angeschlossenen Unternehmen zu fördern. Die Beklagte vertreibt über ein Netz von Vertragshändlern Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeugteile der Marke H. in Deutschland. Sie verwendet für die Vertragsbeziehungen zu ihren Händlern formularmäßige Händlerverträge (im folgenden: HV). Diese enthalten seit Anfang 2000 folgende Klauseln (nach Klageanträgen numeriert), die der Kläger – mit Ausnahme der in Klammern gesetzten Passagen - für unwirksam hält:

1. **§ 3 Direktverkäufe durch H.**
   1. (H. wird im Vertragsgebiet weder Vertragsware an Endabnehmer verkaufen noch für die im Vertragsgebiet an Endabnehmer abgegebene

Vertragsware Kundendienstleistungen erbringen.) Ausgenommen von dieser Regelung sind Verkäufe an ...
c) Großabnehmer, die über einen Zeitraum von zwölf Monaten mindestens 50 Automobile abnehmen;

2. Soweit durch solche Direktverkäufe der Absatz des Händlers in seinem Vertragsgebiet im Einzelfall nachweislich beeinträchtigt wird, kann der Händler von H. einen angemessenen Ausgleich verlangen. Gegebenenfalls wird dieser Ausgleich von H. nach billigem Ermessen bestimmt.

4. **§ 6 Vertrieb von Konkurrenzprodukten**

...
3. a) letzter Satz
(Ersatzteile, die mit Ersatzteilen der Vertragsware im Wettbewerb stehen und nicht deren Qualitätsstandard erreichen, darf der Händler weder vertreiben noch bei der Instandsetzung oder –haltung von Automobilen der Vertragsware oder der Vertragsware entsprechenden Automobilen verwenden.) Soweit diese Ersatzteile für die Betriebs- und/oder Verkehrssicherheit eines Fahrzeugs von funktionaler Bedeutung sind, gilt bis zum Beweis des Gegenteils durch den Händler die Vermutung, daß sie den Qualitätsstandard der betreffenden Ersatzteile der Vertragsware nicht erreichen.

5. **§ 7 Händlereinkaufspreis, Preisausgleich**

1. H. fakturiert die Vertragsware zu den am Tage der Auslieferung an den Händler geltenden Händlereinkaufspreisen, zahlbar netto Kasse sofort nach Rechnungserhalt. ...

9. **§ 11 Unverbindliche Zielvorgaben und Vereinbarungen über Mindestmengen**

...
(2. H. kann von dem Händler verlangen, daß zu Beginn eines jeden Geschäftsjahres über die Mindestmenge der bis zum Jahresende zu verkaufenden Vertragsware eine Vereinbarung getroffen wird. ... Können sich die Parteien über die Mindestmenge nicht einigen, soll diese von einem unabhängigen Sachverständigen als Schiedsgutachter festgelegt werden.

3. H. kann ferner von dem Händler verlangen, daß auch über den Umfang der Bevorratung mit Vertragsware und/oder Typen und Anzahl der vorzuhaltenden Vorführwagen ... Vereinbarungen getroffen werden. Können sich die Parteien darüber nicht einigen, erfolgt die Festlegung durch Schiedsgutachten gemäß Ziff. 2. ...)

4. Die mit einem Schiedsgutachterverfahren gemäß den vorstehenden Regelungen verbundenen Kosten tragen die Parteien je zur Hälfte.

10. **§ 14 H. -Garantie**

...
4. Für seine zur Erfüllung der Garantie erbrachten Leistungen erhält der Händler von H. Aufwendungsersatz nach Maßgabe einheitlicher Berechnungsgrundlagen, welche H. unter Berücksichtigung des für die

jeweilige Garantieleistung technisch notwendigen Arbeitsaufwandes und der betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten bei dem Durchschnitt der hinsichtlich ihrer Betriebsgröße und Kostenstruktur vergleichbaren Händlerbetriebe nach billigem Ermessen bestimmt. ...

11. **§ 19 Abwicklung nach Beendigung des Vertrages**

...

2. (Auf Verlangen des Händlers wird H. nach Beendigung dieses Vertrages den Lagerbestand des Händlers an Vertragsware zurückkaufen. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Gründe für die Vertragsbeendigung – ausgenommen die bloße Wahrnehmung des vertraglichen Rechtes zur ordentlichen Kündigung – von dem Händler zu vertreten sind.) Im übrigen kann der Händler von H. nur den Rückkauf solcher Vertragsware verlangen,

a) welche der Händler unmittelbar von H. bezogen hat und

b) deren Abnahme, Vorhaltung und Lagerung ungeachtet ihrer Gängigkeit im Interesse ordnungsgemäßer Vertragserfüllung geboten war oder von H. ausdrücklich gefordert oder empfohlen wurde ... .

12. (§ 19)

4. Automobile werden zum Netto-Rechnungswert (das ist der Händlereinkaufspreis gemäß Faktura H. /Händler ohne Mehrwertsteuer und ohne Fracht- oder sonstige Nebenkosten) abzüglich gewährter Preisnachlässe oder Rückvergütungen sowie abzüglich etwaiger Wertminderungen zurückgekauft. Soweit sich die Parteien über die Höhe solcher Wertminderungen nicht einigen können, erfolgt der Rückkauf zum Zeitwert (Basis Händlereinkauf), der auf Antrag einer der Parteien durch einen von der Industrie- und Handelskammer des Händlersitzes zu benennenden Sachverständigen als Schiedsgutachter für beide Parteien verbindlich festgelegt werden soll. Die Kosten des Schiedsgutachters tragen die Parteien je zur Hälfte.

13. (§ 19)

5. Der Rückkaufpreis für Ersatzteile bestimmt sich nach dem Netto-Rechnungswert (das ist der Händlereinkaufspreis gemäß Faktura H. /Händler ohne Mehrwertsteuer und ohne Fracht- oder sonstige Nebenkosten) abzüglich gewährter Preisnachlässe oder Rückvergütungen oder – falls und soweit der Netto-Rechnungswert nicht festgestellt werden kann – nach der im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung geltenden unverbindlichen Preisempfehlung von H. abzüglich des Durchschnitts der in den letzten zwei Jahren vor der Vertragsbeendigung vorgenommenen Preiserhöhungen sowie abzüglich des Durchschnitts der in den letzten zwei Jahren vor der Vertragsbeendigung für den Ersatzteilbezug gewährten Händlerrabatte. Von den so ermittelten Preisen sind ferner 10 % als pauschaler Abschlag für den zu erwartenden Verwertungsverlust abzuziehen.

14. (§ 19)

7. Unabhängig davon, ob H. zum Rückkauf verpflichtet ist und der Händler den Rückkauf verlangt, ist der Händler in jedem Fall einer Vertragsbeendigung verpflichtet, H. auf Verlangen seinen Lagerbestand an

Vertragsware ganz oder teilweise zu verkaufen. Auch in diesem Fall bestimmt sich der Rückkaufpreis gemäß Ziff. 4 und Ziff. 5, es sei denn, der Händler weist H. innerhalb von vier Wochen nach dem Eingang des schriftlichen Rückkaufverlangens eine günstigere Verkaufsmöglichkeit nach. Letzterenfalls kann H. den Rückkauf der betreffenden Lagerware nur zu einem der von dem Händler nachgewiesenen Verkaufsmöglichkeit entsprechenden Rückkaufpreis verlangen.

15. (§ 19)
6. (Ist die Beendigung des Vertrages auf von H. zu vertretende Vorgänge zurückzuführen, auf Grund deren dem Händler Schadensersatzansprüche gegen H. zustehen, so werden diese Schadensersatzansprüche durch die vorstehenden Regelungen über den Rückkauf des Lagerbestandes an Vertragsware weder ausgeschlossen noch eingeschränkt.) Jedoch haftet H. nur für den aus einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung resultierenden Schaden, soweit es sich nicht um die Haftung für die Verletzung von Kardinalpflichten handelt.

Nachdem die Beklagte es dem Kläger gegenüber abgelehnt hatte, die Verwendung der beanstandeten Klauseln zu unterlassen, hat dieser Klage erhoben mit dem Antrag, der Beklagten die Verwendung der genannten sowie fünf weiterer Klauseln, die nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens sind (Klageanträge 2, 3, 6, 7 und 8), im Rahmen von H. -Vertragshändlerverträgen zu untersagen und ihm die Befugnis zuzusprechen, die Urteilsformel auf Kosten der Beklagten im Bundesanzeiger, im übrigen auf eigene Kosten, zu veröffentlichen. Das Landgericht hat der Klage bezüglich der Klausel 1 teilweise - hinsichtlich § 3 Ziff. 2 Satz 2 HV - sowie bezüglich der Klauseln 2, 3 und 6 stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Auf die Berufung des Klägers, mit der dieser sein Klagebegehren in vollem Umfang weiterverfolgt hat, hat das Berufungsgericht der Beklagten die Verwendung der Klausel 1 insgesamt sowie weiter der Klauseln 5, 7, 8, 10, 14 und 15 untersagt und dem Kläger auch insoweit die Befugnis zugesprochen, die Urteilsformel auf Kosten der Beklagten im Bundesanzeiger, im übrigen auf eigene Kosten, zu veröffentlichen; die weitergehende Berufung des Klägers hat es zurückgewiesen.

Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision hat die Beklagte zunächst die Abweisung der Klage bezüglich des nur vom Berufungsgericht für unzulässig erklärten Teils der Klausel 1 (§ 3 Ziff. 1 Buchst. c und Ziff. 2 Satz 1 HV) sowie bezüglich der Klauseln 5, 10, 14 und 15 begehrt. Sie hat die Revision mit Schriftsatz vom 6. Mai 2005 vor der mündlichen Verhandlung zurückgenommen, soweit diese gegen die Untersagung der Verwendung des 2. Halbsatzes der Klausel 5 "zahlbar netto Kasse sofort nach Rechnungserhalt" gerichtet war; im übrigen verfolgt sie ihre Revision weiter. Der Kläger erstrebt mit seiner unselbständigen Anschlußrevision weiterhin eine Verurteilung der Beklagten gemäß den Klageanträgen 4, 9, 11, 12 und 13.

Entscheidungsgründe:

A.

Sowohl die Revision der Beklagten als auch die Anschlußrevision des Klägers haben teilweise Erfolg.

Prüfungsmaßstab für die Inhaltskontrolle der Klauseln, deren Verwendung der Kläger beanstandet, sind die §§ 307 ff. BGB in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung. Dabei ist ohne Belang, daß eine "Verwendung" Allgemeiner Geschäftsbedingungen auch darin besteht, daß der Verwender sich in Altfällen auf eine Klausel beruft, selbst wenn er diese für den Abschluß neuer Verträge nicht mehr verwendet (BGH, Urteil vom 13. Juli 2004 - KZR 10/03, GRUR 2005, 62, unter I m.w.Nachw.). Die von der Beklagten mit ihren Händlern geschlossenen Verträge sind Dauerschuldverhältnisse, auf die nach Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB vom 1. Januar 2003 an nur noch das Bürgerliche Gesetzbuch in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung anzuwenden ist, unab-

hängig davon, ob die Verträge vor oder nach dem 1. Januar 2002 geschlossen worden sind (BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - III ZR 54/02, NJW 2003, 1237, unter I 2).

I. Das Berufungsgericht hält das der Beklagten in § 3 Ziff. 1 Buchst. c HV eingeräumte Direktverkaufsrecht mangels wirksamer Ausgleichsregelung in Ziff. 2 Satz 1 (Klausel 1) mit der Begründung für unzulässig, die Regelung in Ziff. 2 Satz 1 entspreche nicht den Anforderungen des Transparenzgebotes. Es sei völlig unklar, was unter einem "angemessenen Ausgleich" zu verstehen sei, insbesondere ob dieser entgangenen Gewinn, laufenden Werbeaufwand, fehlinvestiertes Personal und dergleichen mehr umfassen solle.

1. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die Beklagte ihren Vertragshändlern nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 124, 351, 356 f.) bei deren weitgehender Eingliederung in ihre Vertriebsorganisation und Abhängigkeit von ihren Weisungen und Entscheidungen - wie sie hier unstreitig vorliegen - für die mit einem Direktbelieferungsvorbehalt verbundene Beeinträchtigung einen angemessenen Ausgleich gewähren muß. Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, die gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Unwirksamkeit von Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Folge hat, auch daraus ergeben, daß dieser Ausgleich nicht klar und verständlich bestimmt ist. Die Regelung verpflichtet den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen (st. Rspr., zuletzt Senatsurteil vom 6. Oktober 2004 - VIII ZR 215/03, WuM 2004, 663 = NZM 2004, 903 unter II 1). Das Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein und verlangt, daß

die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, daß für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen (Senatsurteil vom 3. März 2004 - VIII ZR 149/03, NJW 2004, 1738, unter II 2 a). Es darf den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen jedoch nicht überfordern. Die Verpflichtung, den Klauselinhalt klar und verständlich zu formulieren, besteht nur im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren (Senatsurteile vom 6. Oktober 2004 und 3. März 2004, aaO).

b) Danach ist die Ausgleichsregelung in § 3 Ziff. 2 Satz 1 HV unter Transparenzgesichtspunkten nicht zu beanstanden. Der Senat kann die für diese Prüfung erforderliche Auslegung der Klausel selbst vornehmen, weil die Bestimmung nach dem Willen der Beklagten über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus Anwendung finden soll (st. Rspr., Senatsurteil vom 21. Januar 2004 - VIII ZR 115/03, NJW-RR 2004, 1017, unter II 2). Der Anspruch des Händlers auf angemessenen Ausgleich setzt auf der Tatbestandsseite eine nachweisliche Beeinträchtigung des Absatzes des Händlers durch einen Direktverkauf der Beklagten voraus. Art und Umfang des Ausgleichs werden also durch die im Einzelfall festzustellende Beeinträchtigung bestimmt.

Hat diese zur Folge, daß dem Händler Gewinn entgeht, kann danach kein Zweifel bestehen, daß der Ausgleich diesen Gewinn umfassen soll. Damit sind - wie die Revision zu Recht geltend macht - zugleich die zur Erzielung des Gewinns erforderlichen Aufwendungen für Werbung, Personal und ähnliches abgegolten. Soweit die Absatzbeeinträchtigung im Einzelfall mit anderen oder weiteren wirtschaftlichen Nachteilen für den Händler verbunden ist, sind diese nach der Klausel ebenfalls in den Ausgleich einzubeziehen. Eine konkrete Aufzählung aller in Betracht kommenden Nachteile würde die Gefahr der Unvollständigkeit in sich bergen und ist deshalb weder möglich noch zumutbar. Es ist deshalb zulässig, den "angemessenen Ausgleich" für die mit dem Direktbeliefe-

rungsvorbehalt verbundene Benachteiligung auf der Grundlage einer vermögensmäßigen Bewertung der durch Direktverkäufe verursachten Absatzbeeinträchtigung im konkreten Fall herbeizuführen, wie sie von der Beklagten - für den Vertragshändler erkennbar - mit der Klausel 1 beabsichtigt ist.

c) Die Ausgleichsregelung des § 3 Ziff. 2 Satz 1 HV wird, anders als die Revisionserwiderung meint, auch nicht durch Satz 2 der Bestimmung intransparent, so daß offenbleiben kann, ob der Inhalt von Satz 2 bei der Beurteilung von Satz 1 noch Berücksichtigung finden kann, nachdem er von den Vorinstanzen übereinstimmend - und von der Revision nicht angegriffen - für unwirksam erklärt worden ist. Gemäß § 3 Ziff. 2 Satz 2 HV sollte der Ausgleich gegebenenfalls von der Beklagten nach billigem Ermessen bestimmt werden. Damit war der Beklagten ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht im Sinne von § 315 BGB vorbehalten, aber nicht und folglich auch nicht abweichend von Satz 1 oder irreführend geregelt, welche Beeinträchtigung angemessen auszugleichen ist. Daß die Voraussetzungen unklar sind, unter denen der Beklagten das Leistungsbestimmungsrecht zustehen sollte ("gegebenenfalls"), macht nicht die sich aus Satz 1 ergebenden objektiven Kriterien für den angemessenen Ausgleich undurchschaubar, an denen sich auch das bei einer einseitigen Leistungsbestimmung anzuwendende, wenn auch nach § 315 Abs. 3 BGB nur beschränkt überprüfbare billige Ermessen auszurichten hätte.

2. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist § 3 Ziff. 2 Satz 1 HV weiter nicht deshalb unwirksam, weil die Klausel die Beweislast für die Beeinträchtigung des Absatzes dem Händler auferlegt.

a) Gemäß § 309 Nr. 12 BGB ist eine Bestimmung nur unwirksam, wenn der Verwender dadurch die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert. Die Vorschrift setzt ebenso wie die inhaltsgleiche Regelung des § 11

Nr. 15 AGBG eine Abweichung von der sonst geltenden Rechtslage voraus (BGHZ 127, 275, 282). Daran fehlt es hier. Die Beweislastverteilung in § 3 Ziff. 2 Satz 1 HV entspricht der ungeschriebenen Grundregel, daß jede Partei, die den Eintritt einer Rechtsfolge geltend macht, die Voraussetzungen des ihr günstigen Rechtssatzes zu beweisen hat, und danach den Anspruchsteller die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen trifft (Senatsurteil vom 18. Mai 2005 - VIII ZR 368/03, zur Veröffentlichung bestimmt, unter II 3 a; BGHZ 116, 278, 288; 113, 222, 224 f.; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., vor § 284 Rdnr. 17a). Der Händler müßte eine Absatzbeeinträchtigung und eine damit einhergehende Benachteiligung ebenfalls beweisen, wenn er einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung, jetzt: § 280 BGB, durch einen unbefugten Direktverkauf seitens der Beklagten geltend machen würde.

b) Der Händler wird auch nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB), wenn sich die Beklagte einen Direktverkauf an Großkunden vorbehält, die über einen Zeitraum von zwölf Monaten mindestens 50 Automobile abnehmen, und dem Händler für eine dadurch verursachte Absatzbeeinträchtigung Ausgleich verspricht, aber die Beweislast dafür ihm auferlegt.

Zum einen gibt es sachliche Gründe für die in § 3 Ziff. 1 Buchst. c HV vorgesehene Ausnahme von dem grundsätzlich geltenden Direktbelieferungsverbot. Die Beklagte kann ein berechtigtes Interesse daran haben, Großkunden besondere Konditionen zu gewähren und sie persönlich zu betreuen, um sie - auch zum Vorteil der Händler - dauerhaft und unabhängig von ihrem jeweiligen Standort an die Marke zu binden und den damit verbundenen Werbeeffekt zu nutzen.

Zum andern wird der Händler durch die ihm auferlegte Beweislast nicht unbillig belastet. Ob und inwieweit durch Direktverkäufe an Großabnehmer im Einzelfall die Absatzchancen des Händlers beeinträchtigt werden und ihm deshalb ein Ausgleichsanspruch nach § 3 Ziff. 2 Satz 1 HV zusteht, hängt maßgeblich von den konkreten Umständen seines Geschäftsbetriebs und den sich ihm danach - ohne die Möglichkeit eines Direktverkaufs durch die Beklagte - bietenden Erwerbschancen ab. Diese kann im Prozeß eher der Vertragshändler als die Beklagte darlegen und beweisen. Soweit er für die Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs zur Erfüllung seiner Darlegungslast auf nähere Informationen zur Ausgestaltung der Direktlieferungen im einzelnen angewiesen ist, sind die Anforderungen an seinen Vortrag gering. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs obliegt dem Prozeßgegner eine sekundäre Behauptungslast, wenn die primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnisse von den maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Prozeßgegner - wie hier die Beklagte - zumutbar nähere Angaben machen kann (Senatsurteile vom 18. Mai 2005, aaO, unter II 3 b cc; vom 3. Februar 1999 - VIII ZR 14/98, NJW 1999, 1404 = WM 1999, 1034, unter II 2 b aa; BGHZ 145, 170, 184).

II. Die Klausel 4 (§ 6 Ziff. 3 a Satz 2 HV) hat das Berufungsgericht für unbedenklich gehalten. Da der Händler nach § 6 Ziff. 3 a Satz 1 HV verpflichtet sei, Ersatzteile anderer Hersteller nur zu verwenden, wenn der Qualitätsstandard der Originalteile gewahrt sei, könne ihm hierfür auch die Beweislast auferlegt werden, zumal sich die Verwendung von Identteilen ohne Wissen des Herstellers allein in der Sphäre des Händlers und jenseits der dem Hersteller obliegenden Produktbeobachtungspflicht abspiele. Dagegen wendet sich die Anschlußrevision zu Recht, so daß der Beklagten die Verwendung dieser Klausel zu untersagen ist.

1. Die Bestimmung ist allerdings entgegen der Auffassung der Anschlußrevision nicht deshalb gemäß § 309 Nr. 12 BGB unwirksam, weil dadurch die Beweislast zum Nachteil der Händler geändert würde. Die Anschlußrevision beruft sich darauf, die Beweislast für die Voraussetzungen des in § 6 Ziff. 3 a Satz 1 HV aufgestellten Verbots des Vertriebs und der Verwendung bestimmter Ersatzteile trage nach allgemeinen Grundsätzen des nationalen Rechts die Beklagte als diejenige, die Rechte aus dem Verbot herleite. Diese Argumentation lässt den Zusammenhang der Sätze 1 und 2 und den Umstand außer acht, daß § 6 Ziff. 3 a Satz 2 HV von vornherein den Inhalt des in Satz 1 bestimmten Verbots mitbestimmt. Die Beklagte verbietet den Händlern durch § 6 Ziff. 3 a HV nicht nur den Vertrieb und die Verwendung von mit Vertragsware im Wettbewerb stehenden Ersatzteilen, bei denen feststeht, daß sie deren Qualitätsstandard nicht erreichen, sondern bereits dann, wenn lediglich der Vollbeweis für einen vergleichbaren Qualitätsstandard vom Händler nicht erbracht ist. Die Frage kann deshalb nur sein, ob ein solches Verbot die Händler entgegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt.

2. Die Anschlußrevision macht weiter vergeblich geltend, eine unangemessene Benachteiligung ergebe sich schon daraus, daß § 6 Ziff. 3 a Satz 2 HV bei grammatikalisch korrekter Interpretation sinnlos und deshalb intransparent (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) sei. Sie meint, Satz 2 nehme mit den Wörtern "diese Ersatzteile" Bezug auf die in Satz 1 enthaltene nähere Bestimmung "die mit Ersatzteilen der Vertragsware im Wettbewerb stehen und nicht deren Qualitätsstandard erreichen". Bezüglich solcher Ersatzteile könne der Händler den von ihm in Satz 2 geforderten Nachweis nicht erbringen. Was für Ersatzteile gelten solle, die mit Ersatzteilen der Vertragsware im Wettbewerb stehen und denselben oder einen Qualitätsstandard haben als diese, sei ungeregelt.

Die Sinnlosigkeit einer solchen ausschließlich an der Grammatik orientierten Auslegung muß sich dem Vertragspartner des Verwenders jedoch aufdrängen. Er kann deshalb keinen Zweifel daran haben, daß die Bezugnahme auf "diese Ersatzteile" in Satz 2 nicht so gemeint sein kann, wie die Anschlußrevision sie verstehen möchte, sondern daß damit alle Ersatzteile angesprochen sind, die mit Ersatzteilen der Vertragsware in Wettbewerb stehen und deren Qualitätsstandard ungeklärt ist.

3. Die Klausel hält jedoch einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht stand. Dabei kann offenbleiben, ob die Klausel den Händler deshalb unangemessen benachteiligt, weil sie - wie die Anschlußrevision rügt - den Anforderungen des Art. 3 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1475/95 der Kommission vom 28. Juni 1995 über die Anwendung von Artikel 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge (Abl. (EG) Nr. L 145/25 vom 29. Juni 1995, im weiteren: GVO 1475/95) oder der am 1. Oktober 2002 in Kraft getretenen Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugssektor (Abl. (EG) Nr. L 203/30 vom 1. August 2002, im weiteren: GVO 1400/2002) nicht genügt und deshalb nach Art. 81 Abs. 2 EG nichtig ist (vgl. zur unangemessenen Benachteilung des Vertragspartners des Verwenders durch nach Art. 81 Abs. 2 EG nichtige Bestimmungen BGH, Urteil vom 13. Juli 2004, aaO, unter I). Die Bestimmung ist schon unter vertragsrechtlichen Gesichtspunkten unwirksam.

a) Grundsätzlich besteht zwar zum Schutz des Ansehens der Marke und unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten ein anerkennenswertes Interesse des Kraftfahrzeugherstellers daran, daß Ersatzteile, die der Händler bei der In-

standsetzung oder –haltung von Automobilen der Vertragsware verwendet und die für die Betriebs- und/oder Verkehrssicherheit eines Fahrzeugs von funktionaler Bedeutung sind, seinen Qualitätsansprüchen genügen. Eine entsprechende Bindung der Händler versetzt ihn zudem in die Lage, für einen zuverlässigen Kundendienst mit einer qualitativ gleichmäßigen Ersatzteilversorgung bei Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten in jedem beliebigen Betrieb seines Vertriebs- bzw. Werkstattnetzes zu werben und bei seinen Kunden ein entsprechendes Vertrauen zu begründen (BGHZ 81, 322, 333 ff.).

b) Der einzelne Händler wird allerdings selbst kaum je den Beweis dafür führen können, daß mit der Vertragsware in Wettbewerb stehende Ersatzteile denselben Qualitätsstand haben wie jene. Die Feststellung der Qualitätsgleichheit ist nicht einfach. Es geht nicht nur um relativ leicht feststellbare Merkmale wie konstruktive Gestaltung, Maßhaltigkeit usw., sondern auch um Werkstoffragen, angewendete Bearbeitungsverfahren und ähnliches. Der Kraftfahrzeughersteller ist im Rahmen seiner Wareneingangskontrolle auf solche Prüfungen eingerichtet, der Händler ist jedoch hierzu kaum in der Lage (Schütz in Gemeinschaftskommentar zum GWB, 4. Aufl., EG-Gruppenfreistellungen – Branchen-Regelungen: Kfz-Vertrieb (Neufassung 1995), Art. 3 Rdnr. 11). Faktisch verfügt nur der Kraftfahrzeughersteller als Produzent des Gesamtteils über alle Informationen, die notwendig sind, um das Qualitätsniveau eines Einzelteils zu bewerten (Ebenroth/Lange/Mersch, Die EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, 1995, Rdnr. 105).

Das dem Händler in § 6 Ziff. 3 a Satz 1 HV vom Hersteller eingeräumte Recht, auch mit der Vertragsware in Wettbewerb stehende Ersatzteile zu verwenden, die denselben Qualitätsansprüchen genügen wie diese, liefe deshalb

weitgehend leer, wenn der Händler gemäß Satz 2 der Regelung den Vollbeweis für die entsprechende Qualität erbringen müßte.

c) Jedenfalls für Identteile, das heißt für Ersatzteile, die derselben Fertigung entstammen wie die Vertragsware (vgl. zur Begriffsbildung BGHZ 81, 322, 325), bedarf es eines solchen Vollbeweises zur Wahrung der berechtigten Interessen des Herstellers auch nicht, sondern es genügt bereits eine aussagekräftige Bescheinigung des Teileherstellers darüber, daß die - mit Vertragsware in Wettbewerb stehenden - Ersatzteile denselben Qualitätsstandard haben wie jene.

aa) Solche Bescheinigungen sind in den für den Kraftfahrzeugvertrieb maßgeblichen EG-Gruppenfreistellungsverordnungen nach Art. 81 Abs. 3 EG vorgesehen und für den Händler verhältnismäßig einfach zu erlangen.

In Erwägungsgrund 8 der bis zum 30. September 2002 geltenden GVO 1475/95 heißt es: "Die Händler müssen die Freiheit haben, Teile, die den vom Lieferanten angebotenen qualitativ entsprechen, bei Dritten zu beziehen, zu verwenden und weiterzuvertreiben. Es ist davon auszugehen, daß alle derselben Fertigung entstammenden Teile gleichwertig und gleichen Ursprungs sind; nötigenfalls haben die Hersteller, die den Vertriebshändlern Ersatzteile anbieten, zu bestätigen, daß diese den Teilen entsprechen, die dem Fahrzeughersteller geliefert werden."

In Art. 1 Abs. 1 Buchst. t Satz 1 der am 1. Oktober 2002 in Kraft getretenen GVO 1400/2002 werden Ersatzteile, die von gleicher Qualität sind wie die Bauteile, die für die Montage des Neufahrzeugs verwendet werden oder wurden, und die nach den Spezifizierungen und Produktionsanforderungen hergestellt werden, die vom Kraftfahrzeughersteller für die Herstellung der Bauteile oder Ersatzteile des fraglichen Kraftfahrzeugs vorgegeben wurden, als Origi-

nalersatzteile definiert. Dabei handelt es sich um die zuvor als Identteile bezeichneten Ersatzteile (Schütz in Gemeinschaftskommentar zum GWB, 5. Aufl., EG-Gruppenfreistellungen, Branchen-Regelungen Kfz-Vertrieb (VO(EG)1400/2002), Art. 1 Rdnr. 19). Gemäß Art. 1 Abs. 1 Buchst. t Satz 3 GVO 1400/2002 wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, daß Ersatzteile Originalersatzteile in dem genannten Sinne sind, sofern der Teilehersteller bescheinigt, daß diese Teile von gleicher Qualität sind wie die für die Herstellung des betreffenden Fahrzeugs verwendeten Bauteile und daß sie nach den Spezifizierungen und Produktionsanforderungen des Kraftfahrzeugherstellers hergestellt wurden.

bb) Mit der Vorlage der genannten Bescheinigungen würde - wie auch die Anschlußrevisionserwiderung anerkennt - den berechtigten Interessen des Herstellers genügt. Sie würden den Hersteller davon in Kenntnis setzen, daß und welche Ersatzteile der Händler aus welchen Bezugsquellen außerhalb der Vertragsware verwendet oder vertreibt, und ihm einen verläßlichen Anhaltspunkt für den Qualitätsstand dieser Ersatzteile liefern. Der Hersteller von Identteilen ist Vertragspartner des Kraftfahrzeugherstellers für die Produktion von Neu- bzw. Ersatzteilen für die Vertragsware. Es besteht kein Grund, warum der Kraftfahrzeughersteller Anlaß haben sollte, einer Bescheinigung seines Vertragspartners grundsätzlich zu mißtrauen. Die Beklagte würde deshalb ihre Händler entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wenn sie von ihnen zum Nachweis der Qualität von Identteilen mehr verlangen würde als die entsprechende Bescheinigung des Teileherstellers.

d) Die Anschlußrevisionserwiderung meint daher auch, die Händler könnten den von ihnen in § 6 Ziff. 3 a HV geforderten Beweis mit einer solchen Bescheinigung führen. Dies kommt jedoch in der Klausel nicht klar und verständ-

lich zum Ausdruck, so daß sie für Identteile jedenfalls dem Transparenzgebot nicht genügt (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Zwar wird nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. t Satz 3 GVO 1400/2002 (und ähnlich nach dem Erwägungsgrund 8 zur GVO 1475/95) bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, daß die Identteile von gleicher Qualität sind wie die Bauteile, die für die Montage des Neufahrzeugs verwendet werden oder wurden und die nach den Spezifizierungen und Produktionsanforderungen hergestellt werden, die vom Kraftfahrzeughersteller für die Herstellung der Bauteile oder Ersatzteile des fraglichen Kraftfahrzeugs vorgegeben wurden, wenn der Teilehersteller dies bescheinigt. Es ist nach der Klausel jedoch unklar, ob allein durch diese Vermutung die in § 6 Ziff. 3 a Satz 2 HV aufgestellte gegenteilige Vermutung, daß nämlich die Ersatzteile, die mit Vertragsware in Wettbewerb stehen, deren Qualitätsstandard nicht erreichen, widerlegt werden kann. Für den Händler können deshalb berechtigte Zweifel bestehen, ob er den Beweis der qualitativen Gleichwertigkeit von Identteilen mit einer Bescheinigung des Teileherstellers führen kann. Es erscheint aus der Sicht des durchschnittlichen Vertragshändlers jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß der Hersteller von ihm nach § 6 Ziff. 3 a Satz 2 HV eine weitergehende Beweisführung, z. B. eine stichprobenartige Kontrolle der Richtigkeit der Bescheinigung, verlangen kann.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteil BGHZ 145, 203, 220, m.w.Nachw.) folgt aus dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), daß die Rechtsposition des Vertragspartners nicht unklar geregelt sein darf. Bereits die Klauselfassung muß der Gefahr vorbeugen, daß der Kunde von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Durch eine Klausel, die die Rechtslage unzutreffend oder mißverständlich darstellt und auf diese Weise dem Verwender die Möglichkeit eröffnet, begründete Ansprüche unter Hinweis auf die Klauselgestaltung abzuwehren, wird der Vertrags-

partner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Das ist hier der Fall. § 6 Ziff. 3 a Satz 2 HV begründet die Gefahr, daß der Händler von der - nach § 6 Ziff. 3 a Satz 1 HV berechtigten - Verwendung qualitativ gleichwertiger Identteile absieht, weil er nicht erkennt, daß er den von ihm mit der Klausel geforderten vollen Beweis für deren Qualitätsstand allein mit einer entsprechenden Bescheinigung des Teileherstellers führen kann.

e) Ist danach § 6 Ziff. 3 a Satz 2 HV wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Händlers jedenfalls insoweit unwirksam, als die Bestimmung Identteile betrifft, kann dahinstehen, ob sie für sogenannte Nachbauteile, die von Teileherstellern stammen, die nicht Zulieferer des Kraftfahrzeugherstellers sind (vgl. BGHZ 81, 322, 325), einer Inhaltskontrolle am Maßstab des AGB-Rechts standhalten würde. Da die Klausel sprachlich nicht zwischen Identteilen und Nachbauteilen differenziert, könnte sie auch für Nachbauteile nicht aufrecht erhalten bleiben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteil vom 25. Juni 2003 - VIII ZR 344/02, NJW 2003, 2899, unter II 2) ist eine geltungserhaltende Reduktion von Formularklauseln auf einen zulässigen Kern, die nur durch eine sprachliche und inhaltliche Umgestaltung erreicht werden könnte, unzulässig.

III. Die Bestimmung des Händlereinkaufspreises in Klausel 5 (§ 7 Ziff. 1 1. Halbsatz HV) benachteiligt nach Auffassung des Berufungsgerichts den Händler unangemessen, weil er sich bei bestellten, aber noch nicht verkauften Autos nicht gegen eine für ihn möglicherweise ungünstige Preisgestaltung wehren könne. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand. Die Klausel gewährt der Beklagten ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht, durch das der Händler entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wird (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

1. Sie ist nicht durch § 307 Abs. 3 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen. Die Einräumung und nähere Ausgestaltung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts ist - auch wenn sie den Preis betrifft - gemäß §§ 307 ff. BGB überprüfbar, weil durch eine solche Regelung davon abgewichen wird, daß grundsätzlich (§ 305 BGB) Leistung und Gegenleistung im Vertrag festzulegen sind (BGHZ 81, 229, 232; 93, 252, 255; 124, 351, 362).

2. Es kann offenbleiben, ob - wie die Revision geltend macht - die Beklagte ihren Vertragshändlern durch den Händlervertrag anders als in den vom Senat bisher entschiedenen Fällen (BGHZ 142, 358, 379 ff.; 124, 351, 361 ff.) überhaupt keine Grundrabatte oder vergleichbaren Leistungen zusichert. Das hätte zur Folge, daß der Leistung des Vertragshändlers für die Beklagte als verbindlich zugesagte Gegenleistung allein der Wettbewerbsvorsprung gegenüberstünde, den der Vertragshändler durch die Teilnahme am Goodwill des Herstellers und durch die Beschränkung des Absatzes der Vertragswaren auf die vertraglich gebundenen Händler gewinnt. Damit würde sich der Vertragshändler, wenn er wie hier weitgehend in die Vertriebsorganisation der Beklagten eingegliedert und von deren Weisungen und Entscheidungen abhängig ist, hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Existenz völlig in die Hände des Herstellers begeben (BGHZ 142, 358, 379 f.).

3. Jedenfalls durch die einzelnen Kaufverträge, die der Händler mit der Beklagten über die Vertragsware schließt, ist nach dem gesetzlichen Leitbild der §§ 145 ff. BGB der Händlereinkaufspreis endgültig zu bestimmen. Solche Kaufverträge kommen durch die Bestellungen des Händlers und die entsprechenden Auftragsbestätigungen der Beklagten zustande, über deren Erteilung gemäß § 1 Ziff. 4 Satz 4 HV binnen zwei Wochen nach der Bestellung zu entscheiden ist. Mit diesen Verträgen ist nach der gesetzlichen Regelung der Vertragspreis für beide Parteien grundsätzlich bindend festzulegen. Außerdem

kann nach § 150 Abs. 2 BGB der Händler den Abschluß des Kaufvertrages auch ablehnen, wenn sich der von der Beklagten mitgeteilte Händlereinkaufspreis in der Zeit zwischen Bestellung und Auftragsbestätigung geändert hat. Davon weicht § 7 Ziff. 1 1. Halbsatz HV ab, indem er der Beklagten das Recht einräumt, den Preis auch nach der Bestellung des Händlers beliebig zu ändern und damit den Vertragspreis einseitig und für den Händler bindend festzusetzen.

Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht darf sich der Verwender durch Allgemeine Geschäftsbedingungen grundsätzlich nur vorbehalten, wenn dafür ein berechtigtes Interesse besteht. Eine Befugnis zur einseitigen Festlegung kann ebenso wie eine solche zur einseitigen Änderung wesentlicher Vertragsbestimmungen nur dann formularmäßig begründet werden, wenn schwerwiegende Gründe dies rechtfertigen. Erforderlich ist weiterhin, daß die Voraussetzungen und der Umfang des Leistungsbestimmungsrechts tatbestandlich hinreichend konkretisiert sind (BGH, Urteil vom 19. Oktober 1999 - XI ZR 8/99, NJW 2000, 651, unter II 3; BGHZ 142, 358, 381; 124, 351, 362 f.). In jedem Fall müssen die berechtigten Belange des anderen Teils ausreichend gewahrt sein. Diesen Anforderungen wird die beanstandete Klausel nicht gerecht.

Gründe für eine einseitige Änderung des Händlereinkaufspreises nach der Bestellung durch den Händler werden in der Klausel nicht genannt. Sie gibt der Beklagten die Möglichkeit, die Handelsspanne des Händlers einseitig zu verringern, ohne dafür an einschränkende Voraussetzungen gebunden zu sein. Dadurch werden die vertraglichen Interessen des Händlers erheblich beeinträchtigt. Er muß sich jedenfalls auf den zur Zeit der Auftragsbestätigung geltenden Händlereinkaufspreis verlassen und damit kalkulieren können. Soweit für ihn - etwa bei der Bestellung von Lagerware - kein dringender Beschaffungsbedarf besteht, kann er auch ein Interesse daran haben, von einer Bestel-

lung vorläufig Abstand zu nehmen, wenn sich der Händlereinkaufspreis in der Zeit zwischen Bestellung und Auftragsbestätigung erhöht hat. Die Klausel gibt der Beklagten dagegen die Möglichkeit, ohne Einschränkungen in die Kalkulationsgrundlagen des Händlers einzugreifen und damit dessen Verdienstchancen zu mindern, obwohl diese für ihn den wesentlichen Vertragszweck darstellen.

Die berechtigten Belange der Händler werden entgegen der Auffassung der Revision nicht in ausreichendem Maße gewahrt dadurch, daß sich die Beklagte gemäß § 7 Ziff. 2 HV an einen bei der Auftragsbestätigung geltenden Händlereinkaufspreis gebunden hält, wenn eine danach erfolgte Preiserhöhung von dem Händler aus gesetzlichen Gründen nicht an den Endabnehmer weiterberechnet werden kann. Zum einen zwingt sie dadurch den Vertragshändler dazu, sich seinerseits gegenüber dem Endabnehmer eine Preiserhöhung vorzubehalten, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Kann oder will der Händler etwa aus Gründen der Marktsituation oder des Wettbewerbs einen solchen Vorbehalt gegenüber seinem Kunden nicht durchsetzen, hilft ihm die Regelung des § 7 Ziff. 2 HV nicht. Zum andern steht auch, soweit Fahrzeuge noch nicht weiterverkauft sind, nicht fest, daß er eine Erhöhung des Händlereinkaufspreises durch eine Erhöhung des - im übrigen von der Beklagten empfohlenen - Endverkaufspreises auszugleichen vermag.

IV. Die in der Klausel 9 (§ 11 Ziff. 4 HV) vorgesehene hälftige Teilung der Kosten einer im Schiedsgutachterverfahren ergangenen Entscheidung zwischen dem Händler und der Beklagten ist nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Es entspreche gefestigten Rechtsgrundsätzen, daß die Kosten des Schiedsgutachters im Zweifel den Parteien jeweils zur Hälfte zur Last fielen. Dagegen wendet sich die Anschlußrevision ohne Erfolg.

Selbst wenn es, wie die Anschlußrevision meint, eine allgemeine Rechtsauffassung des Inhalts, der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen könne die Verteilung der Kosten für ein Schiedsgutachten in der genannten Weise festlegen, nicht geben mag, ist die Beurteilung durch das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend. Es hat entgegen der Rüge der Anschlußrevision auch nicht rechtsfehlerhaft (§ 286 ZPO) Sachvortrag des Klägers übergangen, aufgrund dessen die Kostenverteilung als unangemessene Benachteiligung des Händlers im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen wäre. Der Umstand, daß das Schiedsgutachterverfahren und die Kostenregelung in § 11 HV für den Fall von Meinungsverschiedenheiten über die Mindestmenge der zu verkaufenden Vertragsware sowie über den Umfang der Bevorratung mit Vertragsware und/oder Typen und Anzahl der vorzuhaltenden Vorführwagen vorgesehen sind, rechtfertigt nicht die Annahme, die Kostenregelung verleite die Beklagte dazu, jeweils Mindestmengen und eine Bevorratung zu verlangen, die der Händler nach Treu und Glauben nicht akzeptieren müsse.

Zwar mag das mit dem Schiedsgutachterverfahren verbundene finanzielle Risiko für einen wirtschaftlich schwachen Händler im Einzelfall schwerer wiegen als für die Beklagte. Das allein macht aber eine Kostenteilung, die für beide Vertragsparteien Veranlassung sein wird, vor Übergang in das Schiedsgutachterverfahren die Berechtigung ihrer jeweiligen Forderung und den voraussichtlichen Nutzen des Verfahrens sorgfältig zu prüfen, noch nicht unangemessen. Die Anschlußrevisionserwiderung weist zudem zu Recht darauf hin, daß die Beklagte im Falle des ihr von dem Kläger unterstellten Verhaltens mit einer Vielzahl von Schiedsgutachterverfahren zu rechnen hätte, was ihr Kostenrisiko gegenüber dem des einzelnen Händlers insgesamt deutlich erhöhen würde. Schließlich weicht die Klausel entgegen der Auffassung der Anschlußrevision auch nicht von der in §§ 91 ff. ZPO zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertung ab, weil diese nur für die Kosten einer (gerichtlichen) Streitentschei-

dung Geltung beansprucht, aber nicht für die Kosten einer - mangels einer einvernehmlichen Regelung der Parteien erforderlichen - Leistungsbestimmung durch einen Sachverständigen.

V. In der Klausel 10 (§ 14 Ziff. 4 Satz 1 HV) sieht das Berufungsgericht eine unangemessene Benachteiligung des Vertragshändlers, weil sie mit der Formulierung "Aufwendungsersatz nach Maßgabe einheitlicher Berechnungsgrundlagen" nicht begriffsnotwendig die Einbeziehung eines angemessenen kalkulatorischen Gewinns einschließe, zumal unklar bleibe, was unter einheitlichen Berechnungsgrundlagen zu verstehen sei. Außerdem reiche im Hinblick auf das der Beklagten eingeräumte "billige Ermessen" eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB nicht aus, die nach § 307 Abs. 1 BGB erforderliche Konkretisierung der Voraussetzungen und des Umfangs eines entsprechenden einseitigen Bestimmungsrechts zu verankern. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung entgegen der Auffassung der Revision stand.

1. Es bestehen unter Berücksichtigung der oben (unter III 3) aufgeführten Voraussetzungen, unter denen sich der Verwender durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vorbehalten darf, zwar keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, daß der Aufwendungsersatz nach Berechnungsgrundlagen erfolgen soll, die von der Beklagten nach billigem Ermessen bestimmt werden. Die dafür maßgeblichen Faktoren wie der technisch notwendige Arbeitsaufwand und die bei den verschiedenen Gruppen von Vertragshändlern dafür anfallenden Kosten unterliegen im Laufe der Zeit Veränderungen, an die die Berechnung des Aufwendungsersatzes immer wieder angepaßt werden muß, so daß ein berechtigtes Interesse der Beklagten an dem Vorbehalt des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts besteht. Es wer-

den auch die Voraussetzungen und der Umfang des Leistungsbestimmungsrechts in der Klausel tatbestandlich konkretisiert.

2. Diese Konkretisierung ist jedoch nicht klar und verständlich und genügt deshalb nicht den Anforderungen des Transparenzgebotes (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Als maßgebliche Berechnungsfaktoren werden zum einen der "für die jeweilige Garantieleistung technisch notwendige Arbeitsaufwand" und zum anderen die "betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten bei dem Durchschnitt der hinsichtlich ihrer Betriebsgröße und Kostenstruktur vergleichbaren Händlerbetriebe" genannt. Bei dem erforderlichen Arbeitsaufwand handelt es sich zwar um eine eindeutige, auch für den Händler ohne weiteres nachvollziehbare Maßgabe. Für die betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten bei dem Durchschnitt der hinsichtlich ihrer Betriebsgröße und Kostenstruktur vergleichbaren Händlerbetriebe gilt dies jedoch nicht.

a) Es ist schon unklar, was mit dem Begriff der "betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten" gemeint ist. Insoweit stellt sich die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage, ob davon auch der Gewinn der Händler bei vergleichbaren Arbeiten außerhalb von Garantieleistungen umfaßt ist. Die Frage wird auch durch den nachfolgenden Verweis auf die "Kostenstruktur" der für die Berechnung maßgeblichen Händlerbetriebe nicht beantwortet. Darin kann der Unternehmergewinn enthalten sein, eindeutig ist dies jedoch nicht.

Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich die Einbeziehung eines dem Händler zustehenden kalkulatorischen Gewinns weiter nicht aus dem Umstand, daß es sich um einen Aufwendungsersatzanspruch handelt. Der Aufwendungsersatz, der nach § 670 BGB einem rechtsgeschäftlich Beauftragten zusteht, umfaßt - anders als im Falle der Geschäftsführung ohne Auftrag, bei der der Geschäftsführer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit oder seines

Gewerbebetriebs handelt und Anspruch auf die übliche Vergütung hat (BGHZ 143, 9, 16; 65, 384, 389 f.) - gerade nicht den Gewinn, weil der Beauftragte unentgeltlich tätig wird. Bei Vorliegen eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB erhält der Geschäftsführer in erster Linie die vereinbarte oder eine übliche (§§ 612, 632 BGB) Vergütung, die einen Gewinn einschließt; Aufwendungsersatz ist dagegen nur zu leisten, soweit er nicht schon in der Vergütung enthalten ist (Palandt/Sprau, BGB 64. Aufl., § 675 Rdnr. 8).

b) Unklar ist außerdem, wie die hinsichtlich Betriebsgröße und Kostenstruktur vergleichbaren Betriebe bestimmt werden, die für eine Berechnung des durchschnittlichen Aufwandes maßgeblich sein sollen. Der Händler kennt die in Betracht kommenden Vergleichsbetriebe nicht. Er kann deshalb insoweit weder eine Berechnung der Beklagten überprüfen noch auf eine Änderung der Berechnungsweise hinwirken, wenn sich für ihn im Hinblick auf die Entwicklung bei den Vergleichsbetrieben ein Anpassungsbedarf ergibt.

c) Nicht eindeutig ist schließlich die Formulierung "unter Berücksichtigung" des Arbeitsaufwandes und der betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten. Die bloße Berücksichtigung kann, muß aber keinen vollen Ausgleich des durchschnittlich entstehenden Aufwandes bedeuten.

VI. Die Klausel 11 (§ 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. a und b HV) hält das Berufungsgericht für unbedenklich. Dadurch daß der Händler nach Beendigung des Vertrages einen Rückkauf seines Lagerbestandes an Vertragsware durch die Beklagte nur insoweit verlangen könne, als er die Ware unmittelbar von dieser bezogen habe (Ziff. 2 Satz 3 Buchst. a), werde, so meint das Berufungsgericht, die sich aus Art. 6 und Art. 9 GVO 1475/95 ergebende Berechtigung des Händlers, Ware im Querbezug zu erwerben, nicht ausgehöhlt. Es erscheine als Überspannung der Rücksichtspflichten des Herstellers, wenn dieser bei Ver-

tragsbeendigung vom Händler anderweitig bezogene Ware zurückkaufen müsse, zumal diese teurer sein könne als im Direktbezug erworbene Ware. Soweit Ziff. 2 Satz 3 Buchst. b die Rückkaufverpflichtung des Herstellers auf Ware beschränke, deren Abnahme, Vorhaltung und Lagerung "im Interesse ordnungsgemäßer Vertragserfüllung" geboten war, sei die Klausel nicht intransparent, weil sich aus dem übrigen Vertragswerk hinlänglich ergebe, was damit gemeint sei. Diese Beurteilung beanstandet die Anschlußrevision teilweise zu Recht.

1. Unbegründet ist allerdings die Rüge, das Rangverhältnis von § 19 Ziff. 2 Satz 1 und 3 HV sei unklar und die darin enthaltenen Regelungen seien widersprüchlich. § 19 Ziff. 2 Satz 1 HV begründet zunächst einen grundsätzlichen Anspruch des Händlers auf Rückkauf des Lagerbestandes an Vertragsware bei Vertragsbeendigung. Dieser Anspruch wird in den folgenden beiden Sätzen unter verschiedenen Gesichtspunkten eingeschränkt. Satz 2 schließt den Anspruch aus für den Fall, daß der Händler die Gründe für die Vertragsbeendigung zu vertreten hat. Satz 3 schränkt ihn in allen anderen Fällen ("im übrigen") ein auf die in Buchst. a) bis c) näher beschriebene Vertragsware. Daß danach der Rückkaufanspruch engeren Voraussetzungen unterliegt, als es nach Satz 1 zunächst den Anschein hat, und sich nicht etwa die Sätze 1 und 3 widersprechen, unterliegt keinem Zweifel.

2. Erfolglos rügt die Anschlußrevision weiter, § 19 Ziff. 2 Satz 3 HV schränke den Rücknahmeanspruch des Händlers in unzulässiger Weise ein, soweit die Beendigung des Händlervertrags durch eine außerordentliche Kündigung des Händlers herbeigeführt werde, die der Hersteller zu vertreten habe. Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 124, 351, 368) halten zwar Klauseln, die nicht danach differenzieren, ob die Vertragsbeendigung von dem Vertragshändler, von dem Hersteller oder von keiner der Parteien zu vertreten ist, einer Inhaltskontrolle nur stand, wenn sie auch im Falle einer fristlosen Kündi-

gung des Vertragshändlers aus einem von der Beklagten zu vertretenden Grund ersteren nicht unangemessen benachteiligen. Der hier zu beurteilende Vertrag enthält jedoch eine hinreichende Differenzierung.

Für den Fall der von der Beklagten zu vertretenden Beendigung des Händlervertrages sind dem Händler durch § 19 Ziff. 6 Satz 1 HV ausdrücklich weitergehende Schadensersatzansprüche vorbehalten. Ein solcher Schadensersatzanspruch kann auch auf Rücknahme der Vertragsware gerichtet sein, ohne daß der Anspruch auf die in § 19 Ziff. 2 Satz 3 HV genannte Vertragsware beschränkt ist. Die Schadensersatzpflicht geht inhaltlich dahin, den Vertragshändler so zu stellen, wie wenn der Vertrag weiter bestanden hätte. Hätte der Vertragshändler in diesem Fall den Lagerbestand veräußern können, so kann unter diesem Gesichtspunkt der Hersteller zum Schadensersatz in der Weise verpflichtet sein, daß er den Vertragshändler von den nunmehr nicht oder nur noch mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu veräußernden Waren durch Rücknahme befreit (BGHZ 54, 338, 342; 124, 351, 368 f.; 128, 67, 70).

Daß bei einem Schadensersatzanspruch der Händler anders als bei einem vertraglichen Rückkaufanspruch die Beweislast dafür trägt, daß er die Vertragsware bei Fortbestand des Vertragsverhältnisses hätte verwerten können, läßt die Verweisung auf den Schadensersatzanspruch nicht als unangemessene Benachteiligung des Händlers erscheinen. Der Hersteller ist nicht verpflichtet, dem Händler durch Allgemeine Geschäftsbedingungen mehr an Ausgleich zu gewähren, als er nach der gesetzlichen Regelung schuldet.

3. § 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. a HV hält jedoch einer Inhaltskontrolle auch für den Fall einer von keiner der Parteien zu vertretenden Beendigung des Händlervertrages nicht stand. Die Regelung schließt einen Rücknahmeanspruch des Händlers für solche Vertragsware aus, die er nicht unmittelbar von

der Beklagten bezogen hat. Damit verstößt die Beklagte gegen ihre nachvertragliche Treuepflicht, die die Grundlage für einen auch ohne eine Vereinbarung im Händlervertrag bestehenden Rücknahmeanspruch des Händlers bildet (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Voraussetzung für diesen Rücknahmeanspruch ist, daß der Hersteller den Vertragshändler verpflichtet hat, während der Dauer des Vertragshändlervertrages ein Lager zu unterhalten (BGHZ 54, 338, 344 ff.; 124, 351, 369 f.; 128, 67, 70). Das ist hier der Fall. Der Händler hat gemäß § 10 Ziff. 1 f HV ständig einen dem Marktpotential in seinem Vertragsgebiet angemessenen Lagerbestand an Vertragsware vorzuhalten. Die Beklagte gibt dem Händler Pläne betreffend die Lagerbestände an Vertragsware vor (§ 11 Ziff. 1 HV); sie kann außerdem von dem Händler den Abschluß einer Vereinbarung über den Umfang der Bevorratung mit Vertragsware verlangen (§ 11 Ziff. 3 HV). Aus dem Händlervertrag ergibt sich nicht, daß der Händler seiner Vertragspflicht zur Lagerhaltung nicht auch mit Vertragsware nachkommen könnte, die er nicht unmittelbar bei der Beklagten, sondern beispielsweise im Wege des sogenannten Querbezugs von anderen H. -Vertragshändlern bezogen hat. Vertragsware sind nach den dem Händlervertrag vorangestellten Begriffsbestimmungen "alle von der H. (North) - Beklagten - ihren Vertragshändlern angebotenen Automobile und Ersatzteile für Automobile".

Erfüllt der Händler auch mit nicht unmittelbar bei der Beklagten bezogener Vertragsware in diesem Sinne seine Lagerhaltungspflicht, ist kein Grund ersichtlich, warum die Beklagte ein berechtigtes Interesse daran haben könnte, solche Vertragsware von einem Rückkauf auszuschließen. Für andere als Vertragsware, also insbesondere für Fremdware, die mit Vertragsware in Wettbewerb steht, wird ein Rückkaufanspruch in § 19 Ziff. 2 HV schon grundsätzlich nicht begründet. Darauf, daß der Händler die Vertragsware bei Dritten mögli-

cherweise teurer als bei einem Direktbezug von der Beklagten eingekauft hat, kann es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht ankommen, weil sich die Höhe des von der Beklagten zu zahlenden Rückkaufpreises in jedem Fall nach § 19 Ziff. 4 und Ziff. 5 HV (s. dazu unten unter VII. und VIII.) richtet. Der von der Anschlußrevisionserwiderung angeführten Gefahr, daß der Händler sein Lager kurz vor Beendigung des Vertrages durch Zukäufe künstlich aufbläht, wird durch die Regelung des § 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. b HV begegnet, nach der die Beklagte nur solche Vertragsware zurückkaufen muß, deren Abnahme, Vorhaltung und Lagerung im Interesse ordnungsgemäßer Vertragserfüllung geboten war.

4. In § 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. b HV hat das Berufungsgericht zu Recht keine unangemessene Benachteiligung des Händlers gesehen. Der aus der nachvertraglichen Treuepflicht des Herstellers hergeleitete Rücknahmeanspruch beschränkt sich nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 54, 338, 346) auf Warenbestände, deren Abnahme und Lagerung durch den Eigenhändler im Interesse ordnungsmäßiger Vertragserfüllung geboten war. Der Händler soll nur die Folgen seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Hersteller, nicht auch das Risiko darüber hinausgehender eigener unternehmerischer Entscheidungen auf diesen abwälzen können.

Diese in der Sache demnach nicht zu beanstandende Einschränkung des Rückkaufanspruchs kommt in § 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. b HV hinreichend klar und verständlich zum Ausdruck, so daß die Klausel auch den Anforderungen des Transparenzgebotes (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) genügt. Die Anschlußrevision rügt vergeblich, es könne dem Händler nicht angesonnen werden, das übrige Vertragswerk auf Kriterien dafür zu durchforsten, was als "ordnungsgemäße Vertragserfüllung" gelten könne, wenn sich die Beklagte unter Hinweis auf die Klausel weigere, Teile des Lagerbestandes zurückzukaufen. Aus der

Klausel ergibt sich eindeutig, daß der Umfang der Rücknahmepflicht der Beklagten mit dem Umfang der Lagerhaltungspflicht des Händlers in Zusammenhang steht. Es kann danach für den Händler keinem Zweifel unterliegen, daß es um die ordnungsgemäße Vertragserfüllung im Hinblick auf die Lagerhaltung geht. Damit ist zugleich klar, daß für die nähere Bestimmung der "ordnungsgemäßen Vertragserfüllung" im Sinne von § 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. b HV die sich aus § 10 Ziff. 1 Buchst. f HV ergebende Verpflichtung zur Vorhaltung eines angemessenen Lagerbestandes an Vertragsware maßgeblich ist, welche gemäß § 11 Ziff. 1 HV durch von der Beklagten zu erstellende Pläne konkretisiert wird. Daß § 10 Ziff. 1 Buchst. f HV intransparent wäre, macht auch die Anschlußrevision nicht geltend. Damit steht zugleich fest, was als ordnungsgemäße Vertragserfüllung im Sinne von § 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. b HV zu gelten hat. Das Berufungsgericht ist deshalb zu Recht der Ansicht, daß sich aus dem Vertragswerk insgesamt hinlänglich klar ergibt, was hinsichtlich der Abnahme, Vorhaltung und Lagerung im Interesse einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung geboten ist.

VII. Die Klausel 12 (§ 19 Ziff. 4 HV) hält einer Inhaltskontrolle nach Auffassung des Berufungsgerichts ebenfalls stand. Daß Automobile von der Beklagten zum Netto-Rechnungswert ohne Mehrwertsteuer und ohne Fracht- oder sonstige Nebenkosten zurückgekauft würden, sei nicht zu beanstanden. Die Mehrwertsteuer könne der Händler beim Vorsteuerabzug in Anrechung bringen. Auf Frachtkosten, die beim Rückkauf anfielen, beziehe sich die Klausel nicht; diese seien vom Hersteller zu tragen. Die beim Erwerb entstandenen Frachtkosten brauche der Hersteller nicht zu ersetzen, weil der Händler in Gewinnerzielungsabsicht erwerbe und damit zugleich mit der Intention, die Frachtkosten über den Verkaufspreis auf den Käufer abzuwälzen. Es erscheine unbillig, wenn er im Falle der Vertragsbeendigung diese - ebenso wie sonstige Nebenkosten, z. B. sogenannte Dewachskosten - seinem Unternehmerrisiko zuzurechnenden

Kosten dem Hersteller überbürden könne. Soweit die Klausel den Begriff der Wertminderung enthalte, genüge sie dem Transparenzgebot, weil dieser Begriff auch Bestandteil gesetzlicher Regelungen sei und in den Fachkreisen, zu denen Automobilhändler zu zählen seien, weitgehend einheitliche Regeln und entsprechende Vorstellungen der Beteiligten bestünden, was unter Wertminderung eines Autos zu verstehen sei. Dagegen wendet sich die Anschlußrevision ohne Erfolg.

1. Sie rügt zunächst vergeblich, die Beklagte brauche nach der Klausel beim Rückkauf von Automobilen keine Umsatzsteuer zu zahlen, die auf den Rückkauf entfallende Umsatzsteuer trage der Händler. Zutreffend ist zwar der Ausgangspunkt der Anschlußrevision, daß es sich auch bei dem Rückkauf um eine umsatzsteuerpflichtige Lieferung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG handelt und der Händler die darauf entfallende Umsatzsteuer als Steuerschuldner abzuführen hat (§ 13 a Abs. 1 Nr. 1 UStG). § 19 Ziff. 4 HV schließt jedoch nicht aus, daß der Händler der Beklagten diese Umsatzsteuer zusätzlich zu dem sich aus der Bestimmung ergebenden Rückkaufpreis in Rechnung stellt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 28. Februar 2002 - I ZR 318/99, NJW 2002, 2312 unter II 1; vom 11. Mai 2001 - V ZR 492/99, NJW 2001, 2464 unter II 1, jew. m.w.Nachw.) gilt allerdings grundsätzlich der für eine Leistung vereinbarte Preis auch die Aufwendung für die von dem Leistenden zu entrichtende Mehrwertsteuer ab. Die Abgeltung der Aufwendung ist unselbständiger Teil des zu zahlenden Entgelts. Hiervon ist auch bei Angeboten an einen zum Vorsteuerabzug berechtigten Unternehmer auszugehen. Etwas anderes gilt aber, wenn die Parteien einen "Nettopreis" vereinbart haben. Das ist hier der Fall. Der Senat kann die Klausel insoweit selbst auslegen, weil das Berufungsgericht eine Auslegung dahin, ob es sich bei dem nach § 19 Ziff. 4 HV zu bestimmenden Rückkaufpreis um einen

Brutto- oder einen Nettopreis handelt, nicht vorgenommen hat und weitere Feststellungen dazu nicht zu erwarten sind.

Für die Vereinbarung eines Nettopreises spricht bereits, daß Ausgangspunkt für die Berechnung des Rückkaufpreises der "Netto-Rechnungswert (das ist der Händlereinkaufspreis gemäß Faktura H. /Händler ohne Mehrwertsteuer)" ist. Die Umsatzsteuer, die der Händler bei dem ursprünglichen Erwerb des Fahrzeugs an die Beklagte zu entrichten hatte, stellt für ihn einen durchlaufenden Posten dar, den er im Wege des Vorsteuerabzugs (§ 15 UStG) geltend machen kann. Dasselbe gilt auch umgekehrt für die Beklagte beim Rückkauf.

Hinzu kommt, daß § 19 Ziff. 4 HV die Preisbestandteile, die in die Kalkulation des Rückkaufpreises einfließen, im einzelnen aufführt, ohne die Umsatzsteuer zu erwähnen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß die Parteien bei Abschluß des Händlervertrages den Rückkauf durch die Beklagte anders als die ursprüngliche Lieferung an den Händler für umsatzsteuerfrei halten könnten. Der Händler kann deshalb § 19 Ziff. 4 HV auch bei der im Unterlassungsklageverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (BGHZ 124, 351, 358) nur dahin verstehen, daß die Klausel die Vereinbarung eines Nettopreises enthält und er der Beklagten die Umsatzsteuer zusätzlich in Rechnung stellen kann. Andernfalls müßte er für die Rechnung über den Rückkauf, zu deren Ausstellung er gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 UStG verpflichtet ist und in der nach § 14 Abs. 4 Nr. 8 UStG die Umsatzsteuer nach Steuersatz und Steuerbetrag anzugeben ist, die Mehrwertsteuer aus dem sich nach § 19 Ziff. 4 HV ergebenden Rückkaufpreis herausrechnen, obwohl dieser definitionsgemäß keine Umsatzsteuer enthält. Das widerspräche dem erkennbaren Willen und den Interessen beider Vertragsparteien.

2. Die Außerachtlassung von Fracht- und Nebenkosten, die der Händler beim Erwerb der Automobile gezahlt hat, bei der Berechnung des Rückkaufpreises hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nicht als unangemessene Benachteiligung des Händlers gewertet (§ 307 Abs. 1 Satz 1 HGB) und dabei entgegen der Ansicht der Anschlußrevision auch nicht unter Verstoß gegen § 286 ZPO die Besonderheiten des Rückkaufs zu Lasten der Händler unberücksichtigt gelassen.

Zwar kommt der Händler mit dem Erwerb der Vertragsware seiner Lagerhaltungspflicht gegenüber der Beklagten nach und verliert er mit der Vertragsbeendigung die Möglichkeit, die Fracht- und Nebenkosten bei einem Weiterverkauf der Vertragsware dem Käufer aufzuerlegen. Bei letzterer handelt es sich aber um eine bloße unternehmerische Chance, deren Realisierung für den Händler nicht gesichert ist. Zudem dient die Verpflichtung zur Lagerhaltung der Kundenwerbung und der Marktbearbeitung (BGHZ 54, 338, 344). Von ihrer absatzfördernden Wirkung profitiert (auch) der Händler nicht allein durch den Verkauf der Lagerware.

Die daraus folgende Unbedenklichkeit einer endgültigen Abwälzung der Fracht- und Nebenkosten auf den Händler ist unabhängig davon, ob die Beklagte - wie die Anschlußrevision geltend macht - Nebenkosten wie Dewachskosten bei einem erneuten Verkauf der Vertragsware dem Erwerber wiederum in Rechnung stellen kann und tatsächlich in Rechnung stellt. Aufgrund ihrer nachvertraglichen Treuepflicht hat die Beklagte dem Händler im Hinblick auf den Lagerbestand auszugleichen, was dieser durch die Vertragsbeendigung verliert bzw. nicht nutzen kann. Darauf, welche Möglichkeiten sie durch die Erfüllung ihrer Rücknahmepflicht gewinnt, kommt es nicht an.

3. Schließlich beanstandet die Anschlußrevision erfolglos, § 19 Ziff. 4 HV sei intransparent (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), soweit die Bestimmung den Begriff der Wertminderung verwende. Das Berufungsgericht weist zutreffend darauf hin, daß der Begriff der Wertminderung in der Rechtssprache weit verbreitet ist, so etwa im Schadensersatzrecht und bei der Minderung. Er hat einen fest umrissenen Inhalt, wenn der Ausgangspunkt der Betrachtung feststeht, der hier durch den Händlereinkaufspreis vorgegeben ist. Es mag im Einzelfall schwer zu ermitteln sein, auf welche Umstände der relevante Markt in welchem Umfang mit einer Wertminderung reagiert. Das ist aber nicht Folge eines unklaren Begriffsverständnisses, sondern beruht auf tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Feststellung des für die Subsumtion maßgeblichen Sachverhalts.

VIII. Für wirksam hält das Berufungsgericht auch die Klausel 13 (§ 19 Ziff. 5 HV). Es hat ausgeführt, soweit die Klausel einen Rückkauf von Ersatzteilen zum Netto-Rechnungswert (Händlereinkaufspreis ohne Mehrwertsteuer und Nebenkosten) vorsehe, gelte das oben (zu Klausel 12) Ausgeführte entsprechend. Die lediglich als Ausnahmeregelung anzusehende Bestimmung für den Fall, daß eine Ermittlung des Händlereinkaufspreises nicht möglich sei, dürfte im Zeitalter elektronischer Datenverarbeitung und entsprechender elektronischer Buchführung kaum noch zur Anwendung kommen. Es komme daher nicht darauf an, ob - wie die Klägerin unter Beweis gestellt habe - der Hersteller zurückgenommene Ware wiederum zum Händlereinkaufspreis oder nur mit einem Abschlag veräußern könne. Denn im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB müsse eine unangemessene Benachteiligung von einigem Gewicht vorliegen, was hier wegen der anzunehmenden absoluten Ausnahmeregelung zu verneinen sei. Außerdem sei die Klausel jedenfalls deshalb nicht als unbillig anzusehen, weil durchaus der Fall gegeben sein könne, daß zurückgenommene Ersatzteile vom Hersteller - etwa wegen inzwischen weiter gegangener Entwicklungen - nicht

mehr zum ursprünglichen Händlereinkaufspreis veräußert werden könnten. Die dagegen gerichtete Anschlußrevision bleibt ohne Erfolg.

1. Hinsichtlich der Mehrwertsteuer und der Fracht- und sonstigen Nebenkosten kann auf die Ausführungen oben (unter VII 1 und 2) zum Rückkaufpreis für Automobile verwiesen werden.

2. Zu Unrecht ist die Anschlußrevision der Auffassung, Grundlage der Berechnung des Rückkaufpreises für Ersatzteile dürfe nicht der von dem Händler beim Erwerb gezahlte Händlereinkaufspreis sein, sondern müsse der Händlereinkaufspreis sein, der im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung gelte, weil - nach dem revisionsrechtlich zugrundezulegenden Vortrag des Klägers - die Beklagte die Ersatzteile zu diesem Preis erneut an ihre anderen Vertragshändler verkaufen könne. Es geht bei der Rückkaufpflicht des Herstellers um einen angemessenen Ausgleich für die Lagerhaltungspflicht des Händlers. Die Anschlußrevisionserwiderung weist zutreffend darauf hin, daß der Händler vor Nachteilen geschützt werden soll, die sich daraus ergeben, daß er das von ihm pflichtgemäß unterhaltene Warenlager nach Beendigung des Vertrages nur noch unter erschwerten Bedingungen verwerten kann (BGHZ 124, 351, 369 f.). Dieser Schutz wird erreicht, wenn der Händler den Betrag erhält, den er für den Erwerb der Ersatzteile aufgewendet hat. Die nachvertragliche Treuepflicht des Herstellers gebietet es nicht, den Händler zum Ausgleich für seine Lagerhaltungspflicht an Preissteigerungen teilhaben zu lassen, die während der Zeit der Lagerung der Ware eingetreten sind.

3. Auch die in § 19 Ziff. 5 HV enthaltene Alternativregelung für den Fall, daß sich der von dem Händler tatsächlich gezahlte Händlereinkaufspreis nicht mehr feststellen läßt, hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand. Dafür kann offen bleiben, ob die Bestimmung einen Ausnahmefall betrifft,

wie das Berufungsgericht meint, oder ob sie - wie die Anschlußrevision mit einer Verfahrensrüge nach § 286 ZPO geltend macht - vielfach zur Anwendung kommen muß, weil der Händler regelmäßig mehrere gleiche Teile auf Lager hat, die zu unterschiedlichen Zeiten erworben worden sind, ohne daß es ihm möglich ist festzustellen, welches Teil er zu welchem Zeitpunkt und zu welchem Preis erworben hat.

Entgegen der Ansicht der Revision führt die Ermittlung des Rückkaufpreises in diesem Fall nicht zu solchen Schwierigkeiten, dass die Rückkaufpflicht der Beklagten letztlich vereitelt wird. Die Preisermittlung auf der Grundlage der im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung geltenden unverbindlichen Preisempfehlung der Beklagten abzüglich des Durchschnitts der in den letzten zwei Jahren vor der Vertragsbeendigung vorgenommenen Preiserhöhungen sowie abzüglich des Durchschnitts der in den letzten zwei Jahren vor der Vertragsbeendigung für den Ersatzteilbezug gewährten Händlerrabatte mag kompliziert sein, undurchführbar ist sie deshalb nicht. Sie ist auch für den Händler nachvollziehbar, weil ihm die maßgeblichen Faktoren aus der Zeit der Vertragsdurchführung bekannt sind. Die Berücksichtigung der Entwicklung der unverbindlichen Preisempfehlung und der Händlerrabatte in den letzten zwei Jahren wäre nur dann unangemessen, wenn die durchschnittliche maximale Lagerzeit von Ersatzteilen wesentlich geringer wäre. Das macht die Anschlußrevision jedoch nicht geltend. Die dieser Zeitspanne zugrunde liegende Vermutung, der Händler werde das betreffende Teil in den letzten zwei Jahren gekauft haben, ist deshalb nicht zu beanstanden.

4. Schließlich stellt auch der in der Klausel vorgesehene pauschale Abschlag von 10 % für den zu erwartenden Verwertungsverlust keine unangemessene Benachteiligung des Händlers dar, selbst wenn die Beklagte - wie die Anschlußrevision geltend macht - die zurückerworbene Ware, soweit sie sich nicht

von den von ihr ansonsten zu liefernden Neuteilen unterscheidet, zum aktuell geltenden Händlereinkaufspreis an andere Vertragshändler weiterverkaufen kann. Der Senat hat bereits in früheren Entscheidungen (Urteil vom 25. Mai 1988 - VIII ZR 360/86, NJW-RR 1988, 1077, unter B 1; vgl. auch BGHZ 128, 67, 74) einen solchen Abschlag von 10 % gebilligt. Maßgeblich dafür ist die Erwägung, daß die Verwertung eines Ersatzteillagers nach Vertragsbeendigung erheblichen Schwierigkeiten begegnet, denen auch der Hersteller sich gegenübersehen kann. Denn die Rücknahmepflicht des Herstellers besteht nicht nur für neue Ersatzteile, sondern auch für solche Ersatz- und Austauschteile, die ihre Verkaufsfähigkeit (vollständig) verloren haben, weil sie beispielsweise infolge der Entwicklung modernerer Teile veraltet sind (BGHZ 124, 351, 370). Daß dadurch entstehende Verwertungsverluste mit insgesamt 10 % überbewertet sind, zeigt die Anschlußrevision nicht auf.

IX. Klausel 14 (§ 19 Ziff. 7 HV) hat das Berufungsgericht für unwirksam erklärt mit der Begründung, sie benachteilige den Händler insofern unangemessen, als er auch bereits verkaufte, aber noch nicht ausgelieferte Ware in seinem Lagerbestand auf Verlangen des Herstellers ganz oder teilweise an diesen verkaufen müsse. Dadurch könne er unkalkulierbaren Schadensersatzansprüchen seiner Kunden ausgesetzt sein. Darüber hinaus bedeute die Klausel eine unangemessene Beeinträchtigung der dem Händler zuzubilligenden Dispositionsfreiheit, ohne daß dem ein darüber hinausgehendes schützenswertes Interesse des Händlers gegenüber stehe. Diese Erwägungen halten den Angriffen der Revision stand.

1. Der Senat teilt die Auslegung der Klausel durch das Berufungsgericht dahin, daß sie die Beklagte auch zum Rückkauf solcher Teile des Lagerbestandes berechtigt, die der Händler zuvor bereits anderweitig verkauft hat. Rechtlich ändert der bloße Abschluß eines Kaufvertrags nichts daran, daß die verkauften

Teile bis zur Auslieferung und Übereignung an den Kunden weiterhin dem Lagerbestand des Händlers zuzuordnen sind. Im allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet der Begriff des Lagerbestandes nach der Definition in dem von der Revision vorgelegten Wirtschaftslexikon von Gabler "bei Handelsunternehmen den jeweiligen Vorrat an Waren". Auch diese Definition schließt nicht aus, daß der Händler im Hinblick auf einen Teil des genannten Vorrates bereits durch Kaufverträge gebunden ist. Eine Parallelwertung in der Laiensphäre mag allenfalls bei einem Stückkauf - etwa von Fahrzeugen - zu dem Ergebnis kommen, daß der Kaufgegenstand bereits bei Abschluß des Kaufvertrages aus dem Lagerbestand ausscheidet. Bei einem Gattungskauf, wie er insbesondere bei Ersatzteilen in Betracht kommt, gilt dies jedoch nicht. Der Gegenstand eines Gattungskaufes bleibt auch nach allgemeinem Verständnis Teil des Lagerbestandes jedenfalls, bis sich die Lieferverpflichtung des Händlers gemäß § 243 Abs. 2 BGB auf ein bestimmtes Teil konkretisiert hat.

Dieser vom Wortlaut ausgehenden Auslegung der Bestimmung kann auch nicht entgegen gehalten werden, es verstehe sich nach deren Sinn und Zweck von selbst, daß der Hersteller keine verkaufte Ware zurückkaufen wolle. Die Revision begründet die Klausel mit dem berechtigten Interesse des Herstellers daran, den Verkauf der von ihm produzierten Markenwaren auf die in sein Vertriebssystem eingegliederten Vertragshändler zu beschränken. Dieses Interesse kann auch dann oder möglicherweise, je nach Drittkäufer, sogar in besonderem Maße bestehen, wenn der Händler Lagerware bereits anderweitig verkauft hat. Bei der im Unterlassungsklageverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (BGHZ 124, 351, 358) ist deshalb ein Rückkaufrecht der Beklagten auch hinsichtlich solcher Ware, die der Händler bereits anderweitig verkauft hat, nicht ausgeschlossen.

2. Mit diesem Inhalt hält die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen der Auffassung der Revision nicht stand. Der Händler verliert zwar, wenn er einen Teil seines Lagerbestandes vor Ausübung des Rückkaufrechtes durch die Beklagte bereits anderweit verkauft hat, nicht den ihm aus diesen Geschäften zustehenden Gewinn. Denn er kann nach der Klausel von der Beklagten einen höheren als den in § 19 Ziff. 4 und 5 HV angegebenen Rückkaufpreis verlangen, wenn er ihr innerhalb von vier Wochen eine günstigere Verkaufsmöglichkeit nachweist. Er hat jedoch nur die Wahl, entweder gegenüber der Beklagten oder gegenüber seinem Kunden vertragsbrüchig zu werden, wenn die Beklagte von ihrem Rückkaufrecht Gebrauch macht, weil er nicht beide Kaufverträge erfüllen kann. Wählt er Erfüllung gegenüber der Beklagten, ist er möglichen Schadensersatzansprüchen seines Kunden nach §§ 280, 281 BGB ausgesetzt. Erfüllt er den Übereignungsanspruch des Kunden, macht er sich der Beklagten gegenüber schadensersatzpflichtig. Damit greift die Beklagte, wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, in gravierender Weise in die geschäftlichen Interessen des Händlers und in dessen unternehmerische Freiheit ein. Daß dieser Eingriff im Hinblick auf ein entgegenstehendes gewichtiges Interesse der Beklagten geboten wäre, macht selbst die Revision nicht geltend. Durch den Vorbehalt eines Rechtes zum Rückkauf auch bereits anderweitig verkaufter Lagerware wird der Händler deshalb entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

X. Die Klausel 15 (§ 19 Ziff. 6 Satz 2 HV) hält das Berufungsgericht für intransparent. Dem rechtsunkundigen Händler sei der Unterschied zwischen einer "Kardinalpflicht"-Verletzung und der Verletzung sonstiger (welcher?) Vertragspflichten, die nur bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Fehlverhalten des Herstellers eine Schadensersatzpflicht zur Folge hätten, nicht geläufig. Gerade Freizeichnungsklauseln müßten klar und eindeutig formuliert sein. Für den

konkreten Vertragstyp sei eine hinreichende Konkretisierung der in Rede stehenden Pflichtverletzungen erforderlich und möglich. Diese Ausführungen beanstandet die Revision vergeblich. Die Bestimmung wird den Anforderungen des Transparenzgebotes (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht gerecht.

1. Das beruht allerdings entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht schon auf grammatikalischen Unzulänglichkeiten der Klausel. Daß der unbefangene Laie der Regelung wegen unklarer Bezugnahmen entnehmen könnte, "die Beklagte hafte nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, soweit keine Kardinalpflichten verletzt" seien (für die Verletzung von Kardinalpflichten also überhaupt nicht), erscheint ausgeschlossen. Satz 2 knüpft erkennbar an die umfassende Haftungsregelung in Satz 1 an und schränkt diese nur ein, soweit nicht Kardinalpflichten verletzt sind, hält die uneingeschränkte Haftung also für letztere gerade aufrecht.

2. Die Bestimmung gibt jedoch die Voraussetzungen und gebotenen Einschränkungen für eine wirksame formularmäßige Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht hinreichend klar und für den durchschnittlichen Vertragspartner verständlich wieder.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 149, 89, 95 f.; 145, 203, 244; Senatsurteil vom 11. November 1992 - VIII ZR 238/91, WM 1993, 24 = NJW 1993, 335, unter II 2 a) darf eine formularmäßige Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht zur Aushöhlung von vertragswesentlichen Rechtspositionen des Vertragspartners führen, etwa weil sie ihm solche Rechte wegnimmt oder einschränkt, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gerade zu gewähren hat (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG). Ferner darf die Haftungsbeschränkung nicht dazu führen, daß der Klauselverwender von Verpflichtungen befreit

wird, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf.

b) Die Klausel faßt die so definierten vertragswesentlichen Rechtspositionen des Vertragspartners und Pflichten des Verwenders lediglich schlagwortartig unter dem Begriff "Kardinalpflichten" zusammen. Dieser Begriff ist in der Gesetzessprache unbekannt. Er wird zwar in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwendet und dort - vielfach mit dem Zusatz "sogenannte" versehen - entweder zur Kennzeichnung einer konkret beschriebenen, die Erreichung des Vertragszwecks gefährdenden, wesentlichen Pflichtverletzung gebraucht (Urteil vom 1. Dezember 2003 - II ZR 216/01, WM 2004, 486 = NJW-RR 2004, 900, unter II 1; Urteil vom 5. Dezember 2000 - XI ZR 340/99, WM 2001, 134 = NJW-RR 2001, 768, unter I 2 b; Urteil vom 15. Juni 2000 - III ZR 305/98, NJW 2000, 3275 = WM 2000, 1548, unter II 4; Urteil vom 13. Januar 2000 - III ZR 62/99, WM 2000, 426 = NJW-RR 2000, 998, unter II 3) oder wie oben (unter a) abstrakt erläutert als Pflicht, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertrauen darf (Urteil vom 15. November 2001 - I ZR 122/99, TranspR 2002, 448, unter II 2 b; BGHZ 149, 89, 96; 145, 203, 244 f.). Es kann jedoch nicht erwartet werden, daß der durchschnittliche Händler als juristischer Laie den Inhalt dieser Rechtsprechung kennt. Ihm erschließt sich deshalb ohne nähere Erläuterung auch bei aufmerksamer und sorgfältiger Lektüre des Vertrages nicht, was mit "Kardinalpflichten" gemeint ist.

Einem daraus folgenden Verstoß gegen das sich aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebende Verständlichkeitsgebot steht entgegen der Ansicht der Revision nicht entgegen, dass eine Konkretisierung derjenigen Pflichten, die als

wesentliche Vertragspflichten zu qualifizieren sind, nicht durchführbar wäre. Zwar besteht die Verpflichtung, den Klauselinhalt klar und verständlich zu formulieren, nur im Rahmen des Möglichen. Ob dieser Rahmen bei einer konkreten Aufzählung von vertragswesentlichen Pflichten - oder Regelbeispielen dafür - überschritten würde, weil sie, die die Revision meint, notwendigerweise unvollständig wäre und nahe legen würde, dass die nicht genannten Pflichten keine wesentlichen Vertrags- oder "Kardinal"pflichten seien, kann dahinstehen. Möglich wäre aber jedenfalls eine abstrakte Erläuterung des Begriffs der Kardinalpflicht, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ohne daß die für den Typus des Vertragshändlervertrages wesentlichen Vertragspflichten, bei deren Verletzung der Vertragszweck gefährdet ist, abschließend aufgezählt werden müßten.

B.

Das Berufungsurteil kann nach alledem keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), soweit es § 3 Ziff. 1 Buchst. c in Verbindung mit § 3 Ziff. 2 Satz 1 HV (Klausel 1), § 6 Ziff. 3 a Satz 2 HV (Klausel 4) und § 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. a HV (Klausel 11) betrifft; im übrigen sind Revision und Anschlußrevision unbegründet. Im Umfang der Aufhebung kann der Senat in der Sache selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind und die Sache nach den getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3). Auf die Berufung des Klägers ist das Urteil des Landgerichts teilweise abzuändern, und ist der Klage auch insoweit stattzugeben, als der Kläger eine Untersagung der Verwendung von § 6 Ziff. 3 a Satz 2 HV und § 19 Ziff. 2 Satz 3 Buchst. a HV begehrt; die Berufung des Klägers ist zurückzuweisen, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage auf Untersagung der

Verwendung von § 3 Ziff. 1 Buchst. c in Verbindung mit § 3 Ziff. 2 Satz 1 HV gerichtet hat.

Dr. Deppert Dr. Deppert Dr. Wolst

für den wegen Urlaubs an der Unterzeichnung verhinderten Richter am Bundesgerichtshof Dr. Leimert

18. Juli 2005

Dr. Frellesen Hermanns