

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 1999 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Beyer, Dr. Leimert und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 7. Oktober 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 91.246 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 21. Dezember 1991 abgewiesen wurde.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin vertrieb als Vertragshändlerin seit 1983 Ferrari-Kraftfahrzeuge zunächst für die A. GmbH und seit dem 5. Oktober 1989 für die Beklagte, die jetzige deutsche Ferrari-Importeurin. Nr. 7 des formularmäßigen Händlervertrages zwischen den Parteien enthält Regelungen über die beiderseitigen Rechte und Pflichten bei Vertragsende. Dort heißt es unter d) unter anderem:

"Ferrari hat das Rückkaufsrecht für alle auf Lager des Händlers bei Vertragsbeendigung befindlichen und von Ferrari gelieferten Neuwagen, der Händler ist zum Rückverkauf verpflichtet. Ferrari kann dieses Rückkaufsrecht durch einseitige Erklärung gegenüber dem Händler binnen zwei Wochen ab Beendigung des Vertrages ausüben ...".

Neben der Klägerin waren im Bundesgebiet 23 weitere Ferrari-Händler tätig. Da die Kundennachfrage nach Ferrari-Fahrzeugen die Liefermöglichkeiten der Beklagten bei weitem überstieg, waren Lieferzeiten von drei bis vier Jahren für jeden bestellten Ferrari üblich. Um Spekulationsgeschäfte und Zwischenverkäufe unter den Kunden möglichst zu unterbinden, verfahren die Parteien bei der Belieferung der Klägerin in der Weise, daß der Verkaufsleiter der Beklagten P., der auch schon bei der A. GmbH, der früheren deutschen Ferrari-Importeurin, tätig gewesen war, im Oktober jeden Jahres jedem Vertragshändler für das Folgejahr eine bestimmte Zahl von Ferrari-Fahrzeugen "zuteilte", worauf dann die Parteien die "zuteilten" Fahrzeuge bestimmten, bei den Händlern schon jahrelang vorliegenden Kundenbestellungen zuordneten, und die Klägerin erst dann für diese namentlich benannten Kunden das jeweilige Fahrzeug bei der Beklagten bestellte. Der Kaufvertrag zwischen den Parteien kam durch schriftliche, im Falle des Typs F 40 mündliche Bestätigung der Bestellung durch die Beklagte zustande.

Mit Schreiben vom 24. September 1990 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis fristgemäß zum 30. September 1991. Mit Schreiben vom 28. Mai 1991 teilte sie durch ihre Rechtsanwälte den Bevollmächtigten der Klägerin unter anderem mit, sie werde die von ihr bereits bestätigten Bestellungen für Kunden der Klägerin ausführen. Nach dem Zeitpunkt der Vertragsbeendigung werde sie die bestellten Fahrzeuge jedoch nur über autorisierte Ferrari-

- 4 -

Händler liefern und der Klägerin insoweit den Händlerrabatt (Differenz zwischen unverbindlicher Preisempfehlung und Händlereinkaufspreis) erstatten. Bei Vertragsende waren unter anderem noch die Bestellungen für die Kunden S. und D. der Klägerin nicht ausgeführt. Beide Bestellungen hatte der Zeuge P. bestätigt, diejenige für den Kunden S. - ein Fahrzeug vom Typ F 40 - noch für die Firma A. GmbH, diejenige für den Kunden D. - ein Fahrzeug vom Typ 348 ts - für die Beklagte. Zur Auslieferung dieser beiden Fahrzeuge kam es jedoch nicht. Die Beklagte hatte sich über ihre Anwälte an beide Kunden gewandt und ihnen mitgeteilt, sie habe die Geschäftsbeziehungen mit der Klägerin gelöst, sei aber bereit, die bestellten Fahrzeuge über einen anderen Ferrari-Vertragshändler auszuliefern. Dies lehnten nach weiterem Schriftwechsel beide Kunden schließlich ab.

Im ersten Rechtszug hat die Klägerin von der Beklagten nach wiederholter Antragsänderung und einer Teilerledigung des Rechtsstreits zuletzt Zahlung von 674.490,42 DM nebst Zinsen sowie weiterer 32.590,57 DM Zug um Zug gegen Rückgabe der bei ihr befindlichen Ersatzteillager verlangt. Der erstgenannte Betrag setzte sich aus entgangenem Gewinn für die Zeit vom 1. Oktober 1991 bis 30. September 1992 sowie für die von der Beklagten bestätigten, aber nicht ausgeführten Bestellungen der Kunden H. , S. , D. , Sc. und T. zusammen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 98.418,12 DM nebst Zinsen (entgangener Gewinn für die nicht ausgeführten Geschäfte S. , D. und H. ) verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Auf die Berufungen beider Parteien hat das Oberlandesgericht die Beklagte unter Klageabweisung im übrigen lediglich zur Zahlung von 7.172,42 DM nebst Zinsen (restlicher entgangener Gewinn für das Geschäft H. ) sowie



zur Zahlung weiterer 17.321,30 DM Zug um Zug gegen Rückgabe des im einzelnen bezeichneten Ersatzteillagers gemäß Liste I verurteilt und im übrigen die beiderseitigen Berufungen zurückgewiesen.

Mit der Revision hat die Klägerin zunächst weiterhin die Zahlung von 628.476 DM nebst Zinsen - entgangener Gewinn für das Jahr vom 1. Oktober 1991 bis zum 30. September 1992 in Höhe von 459.230 DM sowie entgangener Gewinn für die von der Beklagten nicht ausgeführten Bestellungen der Kunden S. (61.404 DM), D. (29.842 DM), Sc. und T. (insgesamt 78.000 DM) - sowie Zahlung weiterer 9.297,15 DM Zug um Zug gegen Rückgabe weiterer Ersatzteile gemäß Liste II verlangt.

Der Senat hat die Revision lediglich wegen eines Zahlungsanspruches in Höhe von 91.246 DM nebst Zinsen (entgangener Gewinn in den Fällen S. und D. ) angenommen und im übrigen die Annahme der Revision abgelehnt. Seither verfolgt die Revision den Zahlungsanspruch der Klägerin nur noch in Höhe des vom Senat angenommenen Teilbetrages weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Durch die teilweise Nichtannahme der Revision ist Gegenstand des Revisionsverfahrens nur noch der Anspruch der Klägerin auf Ersatz entgangenen Gewinnes für die von der Beklagten nicht ausgeführten Bestellungen der Kunden S. (61.404 DM) und D. (29.842 DM) nebst Zinsen.

Insoweit hat das Berufungsgericht zur Begründung der Klageabweisung folgendes ausgeführt:

Für den Klageanspruch fehle es an einer rechtlichen Grundlage. Ansprüche aus einer entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 3 HGB a.F. stünden der Klägerin nicht zu, weil es am Abschluß eines Kaufvertrages zwischen den Kunden S. und D. einerseits und einem bei der Beklagten verbliebenen Vertragshändler andererseits fehle. Nach § 87 HGB seien provisionspflichtig nur abgeschlossene Geschäfte, wobei die Beklagte frei darüber entscheiden könne, ob sie die von der Klägerin "vermittelten" Geschäfte ausführe oder nicht. Da die Klägerin keinen Anspruch auf einen Geschäftsabschluß habe, könne sie ihr positives Interesse in Form der ihr entgangenen Handelsspanne auch nicht als Schaden ersetzt verlangen. Ansprüche aus einer entsprechenden Anwendung von § 89b HGB a.F. seien entsprechend § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB a.F. ausgeschlossen, weil der Ehemann der Klägerin - dessen Verhalten sich diese zurechnen lassen müsse - ein vertragswidriges Spekulationsgeschäft über einen Ferrari F 40 unterstützt und damit für die Beklagten einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses gesetzt habe.

II. Hiergegen wendet sich die Revision mit Recht.

1. Im Ergebnis zutreffend verneint das Oberlandesgericht freilich Ansprüche der Klägerin aus einer entsprechenden Anwendung von § 87 Abs. 3 HGB a.F. und § 89b HGB a.F.

Ob der in § 87 Abs. 3 HGB geregelte Anspruch auf Zahlung von Überhangprovision in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift auch innerhalb von Vertragshändlerverhältnissen gilt, erscheint zweifelhaft, kann aber dahinstehen. Der Klägerin würde in den hier zu beurteilenden Fällen ein Anspruch auf Überhangprovision selbst dann nicht zustehen, wenn sie nicht Vertragshändlerin, sondern Handelsvertreterin wäre, weil es - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - an einem nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien erfolgten Vertragsschluß mit den Kunden fehlt.

Ansprüche der Klägerin aus entsprechender Anwendung von § 89b HGB scheiden schon deswegen aus, weil die Klägerin im zweiten Rechtszug auf eine entsprechende prozeßleitende Anordnung des Vorsitzenden eindeutig erklärt hat, in diesem Verfahren keinen Ausgleichsanspruch geltend zu machen.

2. Die Revision rügt jedoch mit Recht, daß die Vorinstanz zu Schadensersatzansprüchen der Klägerin aus § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB, die nach Sachlage nicht auszuschließen sind, keine Feststellungen getroffen hat.

a) Im Revisionsrechtszug ist davon auszugehen, daß zwischen den Parteien Kaufverträge über einen Ferrari F 40 und einen Ferrari 348 ts zustande gekommen sind, die die Klägerin zur Ausführung der bei ihr vorliegenden entsprechenden verbindlichen Bestellungen der Kunden S. und D. benötigte. Nach der einverständlichen Handhabung der Parteien kamen Kaufverträge zwischen ihnen dadurch zustande, daß die für bestimmte Kunden aufgegebenen Bestellungen der Klägerin durch die Beklagte schriftlich oder mündlich

bestätigt wurden. Unstreitig hat der Verkaufsleiter der Beklagten P. beide Bestellungen der Klägerin bestätigt. Daß die Bestätigung der Bestellung für den Kunden D. namens und in Vollmacht der Beklagten erfolgte, ist ebenfalls außer Streit. Die Bestätigung der Bestellung für den Kunden S. erfolgte zwar nach dem insoweit übereinstimmenden Standpunkt beider Parteien zu einem Zeitpunkt, als P. noch für die frühere deutsche Ferrari-Importeurin A. GmbH tätig war. Die Revision will jedoch der protokollierten Aussage des im ersten Rechtszug im Wege der Rechtshilfe durch das Bezirksgericht B. vernommenen Zeugen P. in Verbindung mit dem tatsächlichen Vorbringen in der Klage entnehmen, daß die Beklagte die von P. für die A. GmbH bestätigte Bestellung für S. später "übernommen" habe. Da Feststellungen des Oberlandesgerichts hierzu fehlen, ist revisionsrechtlich vom Bestand eines Kaufvertrages zwischen den Parteien auch über den Ferrari F 40 für den Kunden S. auszugehen.

b) Nach § 433 Abs. 1 BGB war die Beklagte daher zur Lieferung der beiden Ferrari an die Klägerin verpflichtet.

Entgegen der in anderem Zusammenhang geäußerten Ansicht des Berufungsgerichts kann die Beklagte dieser Verpflichtung nicht den Treuwidrigkeitseinwand (§ 242 BGB) mit der Begründung entgegenhalten, die Klägerin hätte etwa an sie zu liefernde Fahrzeuge wegen des in Nr. 7 d) des Händlervertrages enthaltenen Rechts der Beklagten, bei Beendigung des Händlervertrages alle noch nicht an die Kunden ausgelieferten Ferrari-Pkw zurückzukaufen, ohnehin sogleich an die Beklagte zurückgeben müssen.

Das Berufungsurteil enthält schon keine Feststellungen dazu, ob die Beklagte ihr nach der Vertragsklausel an eine zweiwöchige Frist seit Ende des Händlervertrages gebundenes Rückkaufsrecht überhaupt fristgerecht ausgeübt

hat. Selbst wenn dies jedoch der Fall wäre, könnte die Beklagte hieraus keine Rechte herleiten. Dabei kann dahinstehen, ob die Klausel entgegen der Ansicht der Revision dahin auszulegen ist, daß sie ein Rückkaufsrecht der Beklagten auch in den - hier allein interessierenden - Fällen vorsieht, in denen Bestellungen der Klägerin angenommen wurden und damit bindende Kaufverträge zwischen den Parteien zustande gekommen waren. Mit einem solchen Inhalt hielte nämlich die Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand.

§ 10 Nr. 3 AGBG, der die Unwirksamkeit sachlich nicht gerechtfertigter Rücktrittsvorbehalte betrifft, ist allerdings im kaufmännischen Verkehr - wie hier - nicht anwendbar (§ 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG). Die Unwirksamkeit der Klausel ergibt sich aber wegen der dadurch hervorgerufenen unangemessenen Benachteiligung der Vertragshändler aus § 9 Abs. 1 AGBG. Sie käme in ihren Auswirkungen einem Recht der Beklagten zur Lösung aus einer bestehenden Vertragsbindung gleich. Daß dies eine gewichtige Belastung für den Vertragshändler darstellt, der sich seinerseits gegenüber seinem Kunden zur Lieferung verpflichtet hat, liegt auf der Hand (vgl. BGHZ 93, 29, 49). Zwar hat der Senat im Urteil vom 12. Januar 1994 (BGHZ 124, 351, 359 - Daihatsu) eine Klausel gebilligt, die dem deutschen Importeur ausländischer Kraftfahrzeuge gegenüber seinen Vertragshändlern die Möglichkeit einräumte, die Ausführung bindender Lieferverträge "nach Maßgabe seiner Liefermöglichkeiten" zu verweigern. Maßgeblich hierfür war jedoch die Erwägung, daß eine Freistellung des Importeurs von der Vertragserfüllung nach dieser Klausel nur dann in Betracht komme, wenn er die Schwierigkeiten der Belieferung durch den von ihm vertretenen ausländischen Kraftfahrzeughersteller nicht beeinflussen könne (aaO S. 359). Von derartigen nicht beeinflussbaren Belieferungsschwierigkeiten des Importeurs ist in der hier zu beurteilenden Klausel nicht die Rede. Sie knüpft das Rückkaufsrecht der Beklagten allein an die Tatsache der Beendigung des

Händlervertrages. Dies allein ist aber im Regelfall kein zureichender Grund für die Lösung aus der vertraglichen Bindung gegenüber dem Vertragshändler (vgl. BGHZ 89, 206, 211 und 93, 29, 49). Ob die Besonderheiten der hier in Rede stehenden Vertragsware, nämlich die bei Ferrari-Kraftfahrzeugen üblichen sehr langen Lieferzeiten, mit Blick auf die praktischen Schwierigkeiten der Vertragsabwicklung mit Kunden eines unter Umständen schon längere Zeit ausgeschiedenen Vertragshändlers eine andere Beurteilung rechtfertigen, ist im bisherigen Verlauf des Rechtsstreits noch nicht erörtert worden und kann auch nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Dies mag aber dahinstehen. Denn die Klausel ist jedenfalls deswegen unwirksam, weil sie in den Fällen bestehender bindender Lieferverträge zwischen den Parteien das Rückkaufsrecht der Beklagten nicht von einer Entschädigung der Händler abhängig macht. Da die Klausel eine anderweitige Regelung nicht enthält, hat die Beklagte dem Vertragshändler bei Ausübung ihres Rückkaufsrechts lediglich den von diesem bei Erwerb des Fahrzeugs gezahlten oder zu zahlenden Händlereinkaufspreis zu erstatten (§ 497 Abs. 2 BGB). Damit wird den Vertragshändlern die vertraglich gesicherte Anwartschaft auf ihren Gewinn in Form der Differenz zwischen dem Händlereinkaufs- und dem erzielten Weiterverkaufspreis wieder genommen, und sie sind unter Umständen sogar Schadensersatzansprüchen ihrer Kunden ausgesetzt. Dies ist mit vertragsrechtlichen Grundgedanken (§§ 326 Abs. 1, 249, 251, 253 BGB) unvereinbar und benachteiligt die Vertragshändler daher in unbilliger Weise (§ 9 Abs. 2 AGBG). Daß auch die Beklagte dies jedenfalls zeitweise ebenso gesehen hat, kommt in dem Schreiben ihrer Anwälte an die Klägerin vom 28. Mai 1991 zum Ausdruck, worin sie für die Zeit nach Beendigung des Vertragshändlervertrages die Ausführung von Bestellungen über andere Vertragshändler unter Erstattung des entgangenen Gewinns an die Klägerin angekündigt hat.

c) Zu den weiteren Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB, insbesondere zu der von der Revision hervorgehobenen Frage der Entbehrlichkeit einer Fristsetzung der Klägerin mit Ablehnungsandrohung, enthält das Berufungsurteil keine Ausführungen; es erscheint nach Sachlage aber nicht ausgeschlossen, daß entsprechende Feststellungen noch getroffen werden können.

d) Einem Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte steht nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht entgegen, daß die Kunden selbst nicht mehr bereit waren, die Fahrzeuge abzunehmen. Nach dem Schreiben des Kunden S. an die Klägerin vom 23. Dezember 1992 und den Schreiben der Beklagten an den Kunden D. vom 17. Januar 1991 und 13. Januar 1992 in Verbindung mit dem Protokoll von dessen Zeugenaussage vor dem Landgericht - sämtliche Urkunden werden im Berufungsurteil in Bezug genommen - ist nicht auszuschließen, daß die Beklagte durch Forderung neuer Vertragskonditionen in unangemessener und unzulässiger Weise die Abwicklung der Vertragsverhältnisse zwischen der Klägerin und ihren Kunden störte und die Kunden dadurch letztlich zur Stornierung ihrer Bestellungen veranlaßte. Dies wäre ursächlich dafür, daß der Klägerin der zu erwartende Gewinn aus beiden Verträgen entgangen ist. Feststellungen hierzu fehlen, wie die Revision zutreffend rügt. Sie hängen indessen von Bewertungen ab, die in erster Linie Sache des Tatrichters sind, so daß weitere revisionsgerichtliche Ausführungen hierzu nicht veranlaßt sind.

III. Da das angefochtene Urteil - soweit es noch Gegenstand des Revisionsverfahrens ist - somit keinen Bestand haben kann, war es aufzuheben. Der Rechtsstreit war zur Nachholung der noch erforderlichen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Dr. Deppert

Dr. Leimert

Dr. Zülch

Wiechers

Dr. Beyer