Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-2 U (Kart) 1/04

Datum:	10.03.2006
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	2. Kartellsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	VI-2 U (Kart) 1/04
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2006:0310.VI2U.KART1.04.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 86 O 13/96

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 15. August 1996 verkündete Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist für die Beklagte gegen Sicherheitsleistung von 55.000 Euro vorläufig vollstreckbar.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.) 1

T a t b e s t a n d : 2

Der Kläger nimmt die Beklagte, die deutsche Niederlassung eines französischen PKW-Herstellers, nach fristloser Kündigung eines Händlervertrages auf Vertragserfüllung, Handelsvertreterausgleich und Schadensersatz in Anspruch. 3

Der Kläger, damals mit seinem Einzelhandelsunternehmen "Automobile P." nebst Kraftfahrzeugwerkstatt geschäftsansässig in D./Eifel, war durch einen (von der Beklagten verwendeten Formular-) Vertrag vom 27.4.1989 (GA 9 ff.) Händler der Beklagten mit Vertragsgebiet in der Südwesteifel (A-Händler). Verkäufe erfolgten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Die aus der Geschäftsverbindung entstehenden Ansprüche wurden in ein Kontokorrentverhältnis überführt (siehe den Vertrag Nr. 07.10. und 16.01.). Bei seiner 4

Verkaufstätigkeit war der Kläger nach dem Vertrag unter anderem und unter der Überschrift "Einschränkungen des Verkaufsrechts" folgendermaßen gebunden:

> 08.03. HÄNDLER betreibt außerhalb des Vertragsgebietes mit Ausnahme der Gemeinschaftswerbung keine Werbung, keinen organisierten Verkauf, keine Niederlassungen bzw. Auslieferungslager und betraut keinen Dritten mit dem Vertrieb oder Kundendienst von Vertragswaren. 5
>
> 08.04. HÄNDLER verkauft nicht über Vermittler, es sei denn, der Vermittler weist nach, dass er die Voraussetzungen von Artikel 3 Nr. 11 der Verordnung Nr. 123/85 der Europäischen Gemeinschaft vom 12.12.1984 erfüllt, und dass ihn der Endabnehmer zum Kauf eines bestimmten Kraftfahrzeuges und bei Abholung auch zur Übernahme und Abnahme schriftlich bevollmächtigt hat und der Vermittler legt HÄNDLER gleichzeitig eine Kopie der Vollmacht mit vollständigen Angaben zur Person und zum Fahrzeug, eine Kopie des Personalausweises sowie der Bestellung des Endabnehmers vor. ... 6
>
> 08.05. HÄNDLER liefert keine Neufahrzeuge an wiederverkaufende oder entsprechende Unternehmen, die nicht C. Vertragshändler sind. 7

Die Dauer des Vertrages und seine Beendigung waren im Händlervertrag wie folgt geregelt: 8

> 14.01. Der Vertrag ist auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Jeder Vertragspartner kann ihn unter Angabe von Gründen mit einer Frist von mindestens zwölf Monaten zum Monatsende kündigen. Wird der Vertrag zum ersten Mal geschlossen, so beträgt die Kündigungsfrist während der ersten vier Vertragsjahre sechs Monate zum Monatsende. 9
>
> 15.01. Liegt ein wichtiger Grund vor, der die Zusammenarbeit unzumutbar macht, ist jeder Vertragspartner zur Beendigung des Vertrages ohne Einhaltung einer Frist berechtigt. 10
>
> 15.02. Als wichtiger Grund für C. gilt insbesondere, wenn HÄNDLER die vertraglichen Pflichten nachhaltig, d.h. auch nach einer zweiten mit einer nochmaligen schriftlichen Fristsetzung von neunzig Tagen verbundenen Aufforderung, wesentliche Vertragsbestimmungen einzuhalten, missachtet. 11

Im Oktober 1992 gründete der Kläger die H. Autohandels GmbH mit Sitz in B., die mit Kraftfahrzeugen handelte und solche vermietete. U.a. durch Zulassungen von C.-Neu- und Vorführfahrzeugen auf die H. Autohandels GmbH steigerte der Kläger innerhalb kurzer Zeit seine Verkaufszahlen erheblich. Die H. Autohandels GmbH galt als Großabnehmer. Infolgedessen erhielt der Kläger auf die von ihm geschuldeten Kaufpreiszahlungen von der Beklagten Boni, Prämien und Werbekostenzuschüsse. Die dem Kläger obliegenden Kaufpreiszahlungen wurden von der mit der Beklagten verbundenen P. Creditbank GmbH, der späteren P. GmbH, in N.-I. finanziert. 12

Die H. Autohandels GmbH verkaufte von ihr abgenommene C.-PKW, zumeist Diesel-Fahrzeuge der unteren Mittelklasse, alsbald an gewerbliche und außerhalb des Vertriebsnetzes von C. stehende Wiederverkäufer in Frankreich weiter. In der Zeit von Ende 1992 bis Anfang 1994 setzte der Kläger auf diese Weise mehr als 1.300, möglicherweise sogar annähernd 1.400 C.-Neufahrzeuge ab. Eine Bestellung im Juni oder Juli 1993 erreichte eine Stückzahl von mehr als 650 PKW. Unterdessen nahm das Darlehensvolumen des Klägers bei der konzernangehörigen P. Creditbank eine Größenordnung von zeitweise bis zu 15 Mio DM an. Hingegen verkaufte der Kläger im Rahmen seines normalen Geschäfts nach eigener Darstellung 1992 insgesamt lediglich 73 und 1993 118 Neufahrzeuge der Marke C.. 13

1993 wurde der Fall des dem Tochterunternehmen C. C. GmbH der Beklagten angeschlossenen Vertragshändlers G. aus De. bei K. (sog. B-Händler) aufgedeckt, der unter Umgehung der ihm wie den A-Händlern auferlegten Vertriebsbindung ebenfalls C.-Neufahrzeuge, und zwar in der Größenordnung von 400 bis 500 PKW, nach Frankreich verkauft hatte. C. C. kündigte deswegen den mit G. bestehenden Händlervertrag Ende September 1993 fristlos. Mit seinen gegen die fristlose Kündigung sowie auf Vertragserfüllung und Schadensersatz gerichteten Klagen hatte G. teilweise Erfolg (vgl. - jeweils rechtskräftig - u.a. Urteil des OLG Köln vom 3.7.1995 – 12 U 37/95, GA 89 ff.; Teilurteil des OLG Köln vom 8.2.1999 – 12 U 143/09, GA 567 ff. und Schlussurteil des OLG Köln vom 28.5.2001 – 12 U 143/98, Anl. zum Schriftsatz der Beklagten vom 23.1.2002, GA 752). 14

Im Dezember 1993 ließ die P. Creditbank zur Abgleichung mit den dem Kläger gewährten Darlehen den Fahrzeugbestand auf seinem Betriebsgelände prüfen ("Floor-Check"). Es fehlten 163 von der Beklagten gelieferte Neufahrzeuge, die - ohne bezahlt worden zu sein - auf die H. Autohandels GmbH zugelassen worden waren. Wegen der offenen Kaufpreisforderung fand am 30.12.1993 eine Unterredung u.a. zwischen dem für das Finanzwesen zuständigen Direktor der Beklagten (dem Zeugen Ch.), dem Kläger und einem Vertreter der P. Creditbank (dem Zeugen L.) statt, deren Ergebnis die Beteiligten und Vertreter der Bank in der schriftlichen "Absichtserklärung" vom 5./6.1.1994 zusammenfassten (GA 30 f. = Anl. 20). Darin verpflichtete der Kläger sich u.a., den offenstehenden Kaufpreis für 163 gelieferte Neufahrzeuge (insgesamt mehr als 4 Mio DM) bis zum 31.1.1994 in wöchentlichen Raten von mindestens 1 Mio DM abzutragen. Alternativ dazu erbot sich die Beklagte, jene 163 PKW zurückzunehmen. Gegenstand der Verhandlung vom 30.12.1993 waren auch die Frankreich-Geschäfte des Klägers oder der H. Autohandels GmbH. Was dazu im Einzelnen besprochen wurde, ist streitig. In der Folgezeit kam der Kläger der eingegangenen Zahlungsverpflichtung nach, indem er bislang unbezahlte C.-Neufahrzeuge über die H. Autohandels GmbH nach Frankreich liefern ließ und sich auf diese Weise flüssige Geldmittel beschaffte. Unterdessen unterbreiteten die Parteien sich gegenseitig abweichende Vorschläge, unter welchen Bedingungen ein Guthaben des Klägers auf seinem dem Kontokorrent unterliegenden Händlerabwicklungskonto ausgekehrt werden sollte (vgl. Anl. 21 und 22). Eine Einigung darüber kam nicht zustande. 15

Stattdessen erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 23.3.1994 die außerordentliche und fristlose Kündigung des Händlervertrages sowie hilfsweise die ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt (d.h. mit Ablauf des Monats März 1995). Sie begründete dies mit vertragswidrigen Exportgeschäften und Absätzen des Klägers an gewerbliche Wiederverkäufer (GA 24 f.). 16

Der Kläger will die fristlose Kündigung nicht gelten lassen, sondern als fristgerechte Kündigung verstanden wissen. Er hat im Wesentlichen vorgetragen: 17

Das Auslandsgeschäft mit C.-Neufahrzeugen (kurz zugelassenen und Vorführfahrzeugen) und seine Durchführung mit Hilfe von Mietwagenunternehmen sei - im Sinn einer üblichen Verkaufspraxis - von der Geschäftsleitung der Beklagten initiiert, maßgebend gefördert und geduldet worden, um sinkende Verkaufszahlen in Deutschland auszugleichen. Dementsprechend sei bei der Beklagten bekannt gewesen, dass die an Mietwagenunternehmen verkauften oder auf diese zugelassenen Neufahrzeuge dazu bestimmt waren, vor Ablauf sog. Mindesthaltezeiten an Wiederverkäufer außerhalb der regulären Vertriebsorganisation veräußert zu werden. Aufgrund dessen sei er, der Kläger, "gutgläubig" gewesen. Er habe von einer Billigung derartiger Geschäfte durch die Beklagte 18

ausgehen dürfen. Unter diesen Umständen habe die Beklagte die Praxis der Frankreichgeschäfte nicht zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung des Händlervertrages nehmen dürfen, mit der Folge, dass die unter dem 23.3.1994 erklärte fristlose Kündigung als eine ordentliche mit einer zwölfmonatigen Kündigungsfrist zu werten sei. So wie er seien im Übrigen auch andere Vertragshändler zu Auslandsgeschäften ermuntert worden.

Im ersten Rechtszug hat der Kläger sich einen Schadensersatzanspruch von 1.300.385,48 DM gegen die Beklagte errechnet, den er in Höhe eines Teilbetrages von 456.385,48 DM - entgangenen Geschäftsgewinn im Auslauf der Kündigungsfrist betreffend - eingeklagt hat. 19

Der Kläger hat beantragt, 20

> die Beklagte zu verurteilen, 456.385,48 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1.3.1996 an ihn zu zahlen. 21

Die Beklagte hat beantragt, 22

> die Klage abzuweisen. 23

Die Beklagte ist dem Sachvortrag des Klägers entgegengetreten. Sie hat die fristlose Kündigung mit einer die Vertriebsbindung schädigenden Wirkung der Auslandsgeschäfte gerechtfertigt. 24

Aufgrund mündlicher Verhandlung vom 27.6.1996 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Es hat die fristlose Kündigung des Händlervertrags für begründet erklärt, da der Kläger durch umfangreiche Absatzgeschäfte mit französischen Wiederverkäufern nachhaltig und schwerwiegend gegen die ihm mit Recht auferlegte Vertriebsbindung verstoßen habe. Mit den von ihm herangezogenen Auslandsgeschäften des B-Händlers G. sei das Verhalten des Klägers nicht zu vergleichen. Der Händler G. sei - aus seiner Sicht - von Repräsentanten der C. C. GmbH zu objektiven Vertragsverletzungen verleitet worden, die er nach den Umständen seinerseits für erlaubt gehalten habe. Der Kläger hingegen sei nach eigenem Vortrag zu den unzulässigen Geschäften von - auf niedrigerer Stufe stehenden - Angehörigen der Vertriebsabteilung der Beklagten ermuntert worden, die nicht bevollmächtigt gewesen seien, den Händlervertrag abzuändern. Der Verstoß gegen die Vertriebsbindung sei dem Kläger außerdem bewusst gewesen. Unabhängig davon, dass ein Schadensersatzanspruch daher dem Grunde nach abzulehnen sei, habe der Kläger diesen Anspruch nicht schlüssig berechnet. Er habe darin die in der Vergangenheit erzielten Erlöse aus vertragswidrigen Geschäften einbezogen, die er unter keinen Umständen habe fortsetzen dürfen. Auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des Urteils des Landgerichts wird verwiesen. 25

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er unter Erweiterung der Klage sein bisheriges Vorbringen, wonach die Beklagte seine Frankreichgeschäfte, aber auch die anderer Vertragshändler, zur Steigerung von Umsätzen nicht nur bewusst geduldet, sondern sogar gefördert habe, durch den Vortrag zahlreicher Einzelheiten vertieft. 26

In rechtlicher Hinsicht macht der Kläger geltend, die den Händlern durch Nr. 08.05. des Händlervertrages auferlegte Vertriebsbeschränkung verstoße gegen Art. 85 EGV (nunmehr Art. 81 EG). Mindestens jedoch sei diese Bestimmung infolge Förderung und Duldung formal unzulässiger Geschäfte durch die Beklagte stillschweigend abgeändert und aufgehoben worden. Hilfsweise – so der Kläger (GA 241) – habe er sich nicht ausschließbar in einem unverschuldeten Irrtum über das Unerlaubte seines Handelns befunden. Davon abgesehen 27

sei die fristlose Kündigung unwirksam, da die Beklagte zuvor keine Abmahnung ausgesprochen habe. Die Beklagte habe ein Kündigungsrecht überdies verwirkt, denn sie habe die Kündigung trotz Kenntnis aller hierfür maßgebenden Umstände erst nach monatelangem Zuwarten erklärt. In der Sache liege in der Kündigung darüber hinaus eine kartellrechtlich zu beanstandende Ungleichbehandlung, da die Beklagte nur ihm, nicht aber anderen Händlern, die - z.T. bis in die jüngste Vergangenheit hinein - in gleicher Weise die Vertriebsbindungen umgingen, gekündigt habe.

Der Höhe nach beziffert der Kläger Ansprüche auf Erfüllung, Handelsvertreterausgleich und Schadensersatz nunmehr auf insgesamt 2.898.756,07 DM (= 1.482.110,44 Euro; vgl. GA 186 f.). Bis zur Höhe von 667.546,12 DM dienen Ansprüche einer Sicherung möglicher Ansprüche der P. GmbH gegen den Kläger. Der Kläger soll insoweit prozessführungsbefugt bleiben. Die Auszahlung ist treuhänderisch gebunden (vgl. GA 401 f.; 437 bis 439, 469 f.). Hilfsweise stellt der Kläger Feststellungsanträge. 28

Der Kläger beantragt, 29

> unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, 2.898.756,07 DM nebst 9,5 % Zinsen seit dem 23.3.1994 mit der Maßgabe an ihn zu zahlen, dass vorab ein Betrag von bis zu 667.546,12 DM nebst 5 % Jahreszinsen über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank seit dem 8.6.1994 an die BGB-Gesellschaft H E P R F Rechtsanwälte als Treuhänder mit der Zweckbestimmung "Sicherheit für Verfahren LG Trier, Az. 7 HO 20/95 gemäß Vereinbarung aus Schreiben vom 24.2.1998" gezahlt werden soll; 30

hilfsweise 31

> festzustellen, dass der Vertragshändlervertrag vom 27.4.1989 32

1. nicht durch die mit Schreiben vom 23.3.1994 erklärte außerordentliche und fristlose Kündigung, sondern frühestens zum 31.3.1995 beendet worden sei und bis zu diesem Zeitpunkt fortbestanden habe, und 33
2. die Beklagte verpflichtet sei, ihm, dem Kläger, den aus der Nichtbelieferung mit C.-Vertragswaren im Rahmen des vorgenannten Händlervertrages bis zum 31.3.1995 entstandenen Schaden zu ersetzen.

Die Beklagte beantragt, 34

> die Berufung zurückzuweisen. 35

Die Beklagte verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag, den sie ergänzt. Sie stellt den Aussagewert vom Kläger vorgetragener Beweisanzeichen, die auf eine Duldung und Förderung von Auslandsgeschäften hinweisen sollen, in Abrede und tritt dem Berufungsvorbringen des Klägers entgegen. Die Beklagte trägt vor, es sei erstmals aufgrund gewisser Andeutungen des Klägers im Gespräch vom 30.12.1993 und in seinem Schreiben vom 26.1.1994 (Anl. 22) der Verdacht aufgekommen, er, der Kläger, sei in verbotene Auslandsgeschäfte mit Wiederverkäufern verwickelt. Der Verdacht habe sich Mitte März 1994 bestätigt. Die Kündigung sei danach unverzüglich ausgesprochen worden. 36

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze und auf die mit diesen vorgelegten Anlagen, insbesondere auf die vorbezeichneten Aktenbestandteile, Bezug genommen. 37

Der Senat hat durch den Einzelrichter Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen P. (GA 886 ff.), R. (GA 890 ff.), Ch. (GA 902, 908 f.), E. (GA 909 ff.), H. (GA 912 f.), B. (GA 1011 f.), L. (GA 1013 f.) und K. (GA 1014 ff. – vgl. die Beweisbeschlüsse GA 778 ff., 821, 949 f.). Auf die Vernehmungsniederschriften wird verwiesen. 38

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 39

Die Berufung hat keinen Erfolg. 40

Dem Kläger stehen aus dem infolge fristloser Kündigung im März 1994 wirksam beendeten Händlervertrag und aus Anlass der Kündigung Zahlungsansprüche gegen die Beklagte nicht zu. Die hilfsweise angebrachten Feststellungsanträge sind unzulässig und unbegründet. 41

I. Zu den Zahlungsansprüchen: 42

1. Anspruch auf Ersatz einer durch Notverkauf des Betriebsgrundstücks in Dalei-den eingetretenen Erlöseinbuße in Höhe von 404.000 DM: 43

Der Kläger macht geltend, das Betriebsgrundstück habe einen Verkehrswert (Ertragswert) von 1.204.000 DM besessen (Anl. 52). Infolge der fristlosen Kündigung der Beklagten und des sofortigen Abbruchs der Vertragsbeziehung habe er weder den bisherigen Betrieb aufrechterhalten können, noch sei es ihm – und zwar wegen negativer Bankauskünfte – gelungen, Geschäftsbeziehungen zu Niederlassungen anderer PKW-Hersteller aufzunehmen, um von diesen anschließend als Vertragshändler eingesetzt zu werden. Die fristlose Kündigung und die damit verbundene Einstellung einer Belieferung mit Vertragswaren habe seinem Unternehmen die wirtschaftliche Grundlage entzogen. Die Beklagte habe überdies eine Veräußerung des Grundstücks an den Nachfolger R. zu einem angemessenen Preis verhindert, weil sie es abgelehnt habe, diesem eine finanzielle "Starthilfe" in der Größenordnung von mehreren 100.000 DM zu geben. Infolgedessen habe er, der Kläger, das Grundstück im Wege eines Notverkaufs nur zum Preis von 800.000 DM an R. veräußern können. 44

a. Die auf den zur positiven Forderungsverletzung entwickelten Grundsätzen (nach dem vor der Schuldrechtsreform geltenden Recht) beruhende Schadensersatzforderung des Klägers hängt davon ab, dass die Beklagte den Händlervertrag vom 27.4.1989 unter dem 23.3.1994 ohne einen wichtigen Grund fristlos gekündigt (Vertrag Nr. 15.01., 15.02.) und die Vertragsbeziehungen grundlos abgebrochen hat. Dies ist zu verneinen. Die Beklagte hat den Händlervertrag mit Recht aus wichtigem Grund gekündigt. Sie hat die Vertragsbeziehung danach sofort abbrechen dürfen. 45

aa. Die Beklagte verfügte im Zeitpunkt der Kündigung über einen objektiv wichtigen Grund, der eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger unzumutbar werden ließ. Denn der Kläger hatte jedenfalls in den Jahren 1993 und 1994 bei mehreren Gelegenheiten und in einer außerordentlich hohen Zahl von Fällen einen Dritten, nämlich die H. Autohandels GmbH, mit dem Verkauf von C.-Neufahrzeugen betraut und Neufahrzeuge an diese als Wiederverkäuferin außerhalb der Händlerorganisation der Beklagten liefern lassen. Die H. Autohandels GmbH vertrieb, dem Kläger wie eine eigene Vertriebshandlung zurechenbar, die ihr zugelieferten Fahrzeuge an gewerbliche Wiederverkäufer weiter, die in Frankreich ansässig waren. Dabei handelte es sich um schwerwiegende Verstöße gegen die Bestimmungen in Nr. 08.03. und 08.05. des Händlervertrages, wonach C.-Händlern untersagt war, Dritte mit dem Vertrieb von Vertragswaren zu betrauen und Neufahrzeuge an wiederverkaufende Unternehmen zu liefern, die nicht C.-Vertragshändler waren. 46

Zwar ließ der Kläger mindestens überwiegend solche Fahrzeuge, die sog. Tages- und Kurzzulassungen erhielten, sowie Vorführwagen an französische Wiederverkäufer liefern. Im Vertragssinn handelte es sich dabei jedoch um Neufahrzeuge, die vom Kläger als solche von der Beklagten gekauft worden waren. In Fällen dieser Art kann von Gebrauchtwagen nur im Verhältnis des Kraftfahrzeughändlers zu Endverbrauchern gesprochen werden. Im Verhältnis des Händlers zum Fahrzeughersteller und -lieferanten ist diese Einordnung unangebracht, da in solchen Fällen alle Fahrzeuge vom Händler (hier vom Kläger) als Neufahrzeuge vom Lieferanten (im Streitfall von der Beklagten) bezogen und im Rahmen des nach dem Händlervertrag geschuldeten Neuwagenvertriebs zur Auslieferung gebracht worden sind. 47

Der objektive Tatbestand der Vertragsverletzung steht außer Streit. Der Kläger hat C.-Neufahrzeuge an die H. Autohandels GmbH geliefert, die nicht C.-Vertragshändlerin war. In der zumindest meisten Zahl der Fälle hat er die Fahrzeuge darüber hinaus zwar nicht selbst an gewerbliche Wiederverkäufer in Frankreich veräußert, sondern dies durch die H. Autohandels GmbH geschehen lassen. Diese Lieferungen sind dem Kläger jedoch wie eigene zuzurechnen. Insbesondere kann der Kläger sich den Folgen der Vertragsverletzungen nicht durch den Hinweis auf ein von der H. Autohandels GmbH selbst zu verantwortendes Geschäftsverhalten entziehen. Er hat im Prozess auch nicht den Versuch dazu unternommen. Die Geschicke und das geschäftliche Handeln der H. Autohandels GmbH wurden unstreitig vom Kläger gelenkt. Er hat dieses Unternehmen gegründet und es für die Frankreichgeschäfte benutzt, um bei den verbotenen Verkäufen weder persönlich noch mit seinem eigenen Autogeschäft in Erscheinung zu treten. Allein dieses Vorgehen in Verbindung mit dem Umstand, dass der Geschäftssitz der H. Autohandels GmbH nicht in D. (dem Geschäftsort des Klägers), sondern in B. begründet wurde, war objektiv dazu geeignet, die Frankreichgeschäfte zu verschleiern. Der Kläger hat die ihm auferlegte Vertriebsbeschränkung durch die Einschaltung der H. Autohandels GmbH umgangen. Die Umgehung ist dem Fall gleich zu erachten, dass der Kläger die mit der Kündigung beanstandeten Geschäfte selbst tätigte. Zugleich verstieß der Kläger dadurch gegen die Maßgaben der Großabnehmerrichtlinien der Beklagten der Jahre 1992 (in Kraft bis Ende Februar 1993, Anl. 1) und 1993 (Anl. 2), die Bestandteil des Händlervertrages waren (vgl. Nrn. 08.08. und 17.01.) und eine Prämiierung für Absätze an Großabnehmer nur zuließen, sofern die an Großabnehmer gelieferten Fahrzeuge nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach der Erstzulassung weiterveräußert wurden. 48

bb. Die Vertriebsbeschränkungen, denen der Kläger nach dem Händlervertrag und den Großabnehmerrichtlinien unterworfen war, waren rechtsverbindlich und wirksam. Sie sind nicht abgeändert oder aufgehoben worden. 49

Der Kläger bemängelt zu Unrecht einen Verstoß gegen das Kartellverbot nach Art. 85 Abs. 1 EGV (nunmehr Art. 81 Abs. 1 EG). Vertriebsbeschränkungen der in Rede stehenden Art, gegen die der Kläger verstoßen hat, waren durch Art. 3 Nr. 9. und Nr. 10. lit. a der damals geltenden Verordnung (EWG) Nr. 123/85 der Kommission über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge vom 12.12.1985 (ABl. 1985, Nr. L 15, S. 15) vom Verbot nach Art. 85 Abs. 1 EGV freigestellt, mit der Folge, dass das Verbot nicht anzuwenden war. Art. 3 der genannten Gruppenfreistellungsverordnung bestimmte: 50

> Die Erklärung nach Artikel 85 Abs. 3 des Vertrages gilt auch, wenn die in Artikel 1 genannte Verpflichtung mit der Verpflichtung des Händlers verbunden ist, 51

52

9. Dritte nicht damit zu betrauen, außerhalb des Vertragsgebiets Vertragswaren und ihnen entsprechende Waren zu vertreiben oder Kundendienst für sie zu leisten;
10. an einen Wiederverkäufer 53
    a. Vertragswaren und ihnen entsprechende Waren nur zu liefern, wenn er

ein Unternehmen des Vertriebsnetzes ist, ... 54

Das Verbot unter Nr. 08.03. des Händlervertrages entspricht der von Art. 3 Nr. 9. der Verordnung Nr. 123/85 (EWG) erfassten Freistellung. Das Belieferungsverbot nach Nr. 08.05. des Vertrages stimmt mit dem durch Art. 3 Nr. 10. lit. a der Verordnung freigestellten Verbot überein. 55

Die Vereinbarung der genannten Vertriebsbeschränkungen im Händlervertrag verstieß ebenso wenig gegen nationales Kartellrecht. Ein Verstoß gegen § 1 GWB (in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung) scheidet aus, da die fraglichen Vertriebsbeschränkungen nicht zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen (im Horizontalverhältnis), sondern zwischen Unternehmen verschiedener Handelsstufen, nämlich zwischen dem Lieferanten (der Beklagten) und den zu Absatzzwecken eingesetzten Händlern (im Vertikalverhältnis), verabredet worden waren. Vom Kartellverbot des § 1 GWB waren bis zum Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle nur die in Horizontalverhältnissen vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen erfasst. 56

Zwar handelte es sich bei den unter Nr. 08.03. und Nr. 08.05. des Händlervertrages anzutreffenden Beschränkungen um Vertriebsbindungen im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 2. und 3. GWB (in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung). Diese Vorschrift berechtigte im Sinn einer Eingriffsnorm indes ausschließlich die Kartellbehörden zu Maßnahmen im Rahmen der Missbrauchsaufsicht. Private konnten sich darauf nicht mit Erfolg berufen. 57

Mit Rücksicht auf ihre Billigung durch die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 123/85 (EWG) kann in der Vereinbarung der im Händlervertrag genannten Beschränkungen, von denen hier die Rede ist, darüber hinaus keine unbillige Behinderung, erst recht keine Diskriminierung des Klägers nach § 26 Abs. 2 S. 2 in Verbindung mit S. 1 GWB a.F. gesehen werden. Die verabredeten Beschränkungen sind nicht als sachwidrig und/oder unangemessen zu bewerten. Einer praktischen Lückenlosigkeit des Vertriebsbindungssystems der Beklagten, die sich im vorliegenden Fall allein im Streit befindet, bedarf es dazu nicht (vgl. BGH, Urt. v. 15.7.1999 – I ZR 14/97, WRP 1999, 1026 – Entfernung der Herstellungsnummer; BGH, Beschl. v. 15.7.1999 – I ZR 130/96, WRP 1999, 1022 - Außenseiteranspruch). 58

Die Absatzbeschränkungen in den Nrn. 08.03. und 08.05. des Händlervertrages sind – anders als der Kläger meint – auch nicht durch eine stillschweigende Individualabsprache mit der Beklagten geändert oder sogar aufgehoben worden. Selbst wenn der damalige, dem Vorstand der Beklagten unmittelbar nachrangige Vertriebsdirektor Sch., der Regionalvertriebsleiter S. und die im Regionalvertrieb der Beklagten sonst noch tätigen Zeugen B. und P. – wie der Kläger behauptet – das Auslandsgeschäft, so wie er es praktizierte, initiiert, gefördert und geduldet haben sollten und davon wussten, war damit keineswegs eine Änderung oder gar Aufhebung der im Vertrag vereinbarten Beschränkungen im Verhältnis des Klägers und gegebenenfalls anderer A-Händler, die vertragswidrige Absatzgeschäfte betrieben, zur Beklagten, noch dazu in so wesentlichen Punkten des Vertrages, verbunden. 59

Es ist ausgeschlossen, dass die genannten Bediensteten der Beklagten zu derart weitreichender rechtsgeschäftlicher Verpflichtung der Beklagten bevollmächtigt waren. 60

Vielmehr darf angenommen werden, dass kraft der ihm zukommenden Vollmacht dazu nicht einmal der Vorstand der Beklagten allein berechtigt war, sondern dass eine derartige Maßnahme, um verbindlich zu sein, zuvor einer ausdrücklichen Abstimmung mit der französischen Konzernzentrale und deren Zustimmung bedurfte, für die der Kläger nichts vorgetragen hat und gegen die im Streitfall alles spricht.

Bei der vom Kläger behaupteten Änderung oder Aufhebung der in Rede stehenden Händlerbindungen ging es um Abweichungen vom Gefüge der durch die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 123/85 (EWG) gebilligten Vertriebsvereinbarungen, die den vom C.-Konzern und von der Beklagten unterhaltenen Händlerbeziehungen einen festen und einheitlichen Rechtsrahmen gaben. Dies allein genügt schon zu der Feststellung, dass eine Änderung der auf den Regelungen der Gruppenfreistellungsverordnung beruhenden Absprachen im vorformulierten Händlervertrag ohne eine Beteiligung der Konzernzentrale und ohne deren Einverständnis mit Bediensteten der Beklagten allein – und zwar gleich welcher Stellung – nicht wirksam, erst recht nicht allein stillschweigend verabredet werden konnte. Einen Entscheidungsprozess, in den etwa die Konzernzentrale der Beklagten einbezogen war, und der mit dem Ziel einer Änderung der auf die damals geltende Gruppenfreistellungsverordnung abgestimmten Regelungen des Händlervertrages in Gang gesetzt worden und im Sinne seines Sachvortrags zu einem Abschluss gebracht worden ist, behauptet der Kläger nicht. 61

Eine Aufhebung der in Rede stehenden Vertriebsbindungen ist zudem deswegen auszuschließen, weil von der behaupteten Vertragsänderung Drittbeteiligte in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nachteilig betroffen worden wären. Eine Aufhebung der einschlägigen Vorschriften im Händlervertrag und eine ungezügelte Freigabe von Exporten deutscher C.-Händler beeinträchtigte die Absatz- und Marktchancen der in den Zielländern ansässigen C.-Händler. Nicht zuletzt gab den Anlass zur Aufdeckung der vom B-Händler G. durchgeführten Frankreichexporte, dass ein französischer C.-Händler gegen einen französischen Abnehmer der Graumarktexporte gerichtlich vorging und aufgrund Gerichtsbeschlusses die Herkunft der bei diesem abgestellten Fahrzeuge klären ließ (vgl. das Urteil des OLG Köln vom 3.7.1995 – 12 U 37/95, GA 89 ff., UA 7). 62

Auch die Konzernbank der Beklagten (damals die P. Creditbank GmbH) war von der Exportpraxis, so wie sie von G. und vom Kläger betrieben wurde, betroffen. Denn die exportierten Fahrzeuge wurden typischerweise in Deutschland zugelassen und nach Frankreich geliefert, ohne dass der Kaufpreis bezahlt worden war, womit die durch eine Sicherungsübereignung vereinbarte Kreditsicherheit der Bank entfiel. Der Zeuge L. hat anschaulich bekundet, dass für diese Verfahrensweise mit keinem Einverständnis der Konzernbank zu rechnen war (GA 1013). Der Kläger hat ein solches Einverständnis ebenso wenig behauptet. Mit Rücksicht auf diese, nach dem Vortrag des Klägers schon im Ansatz ungeklärten Verflechtungen ist auszuschließen, dass die vertragswidrigen Auslandsgeschäfte, u.a. auch jene des Klägers, von der Unternehmensleitung der Beklagten gebilligt wurden. 63

Zu der vom Kläger angenommenen Änderung des Vertrages ist es deswegen tatsächlich nicht gekommen. Bei diesem Befund ist außerdem ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille der nach dem Vortrag des Klägers an einer Änderungsabrede angeblich beteiligten Bediensteten der Beklagten zu verneinen, die Beklagte entsprechend zu verpflichten. Sofern - wie der Kläger behauptet - Bedienstete der Beklagten in der Weise an den Auslandsgeschäften beteiligt waren, dass sie derartige Geschäfte vorschlugen, förderten oder dazu Hilfe leisteten, handelten sie eigenmächtig. Das war schließlich auch daran zu erkennen, dass die Beklagte 64

die fristlose Kündigung gerade auf einen Verstoß gegen jene Bestimmungen des Händlervertrages stützte, die nach der – freilich lebensfernen – Vorstellung des Klägers geändert und aufgehoben worden sein sollten.

Der Umstand, dass der vormalige Vertriebsdirektor Sch. Händlerrichtlinien der Beklagten durch Rundschreiben bei den Händlern in Umlauf setzte, ist in rechtlicher Hinsicht ohne Aussagekraft für die Behauptung des Klägers, er, Sch., sei zu einer Änderung des Händlervertrages, noch dazu bei wichtigen Vorschriften, bevollmächtigt gewesen. Eine solche Befugnis sogar solchen Mitarbeitern der Beklagten zuzuschreiben, die - so der Kläger - (lediglich) seine Fahrzeugbestellungen entgegennahmen, ist schlechterdings ungerechtfertigt. Sollte dem Kläger zum Zweck einer Absatzerweiterung von Bediensteten der Beklagten die Gründung eines Mietwagenunternehmens angeraten worden sein, ist auch dies für eine Vertragsänderung unergiebig. Damit war nicht gutgeheißen worden, ein Mietwagenunternehmen dürfe für vertragswidrige Geschäfte eingesetzt werden. Erst recht war eine diesbezügliche Empfehlung nicht als Aufforderung zu vertragswidrigen Geschäften aufzufassen. Der Kläger hat die H. Autohandels GmbH dazu zweckentfremdet. Genauso wenig wie der Händlervertrag ist die in den Großabnehmerrichtlinien verankerte Mindesthaltedauer von sechs Monaten nach Zulassung abbedungen worden. Auch dazu waren der Vertriebsdirektor Sch. der Beklagten und der Regionalverkaufsleiter S. nicht bevollmächtigt. Wenn - wie der Kläger behauptet - Sch. und S. sowie gegebenenfalls noch weitere Bedienstete der Beklagten in die vertragswidrigen Exportgeschäfte involviert gewesen sein sollten, indem sie ausdrücklich oder mittelbar dazu aufforderten und diese förderten, handelten sie eigenmächtig, unter Überschreitung ihnen verliehener Vollmachten und grob treuwidrig gegenüber der Beklagten. Das konnte der Kläger bei gehöriger Anstrengung erkennen. Dass er dies letztlich tatsächlich erkannte, selbst also vom Verbotensein der Frankreichexporte ausging, geht aus dem späteren Schreiben des Klägers an die Beklagte vom 26.1.1994 hervor, in welchem er als Bedingung für die Auszahlung eines zu seinen Gunsten bestehenden Kontokorrentguthabens vorschlug, dass von der Unterzeichnung einer hierüber zu treffenden Vereinbarung an "kein PKW der Marke C. mit Erstzulassung ... nach Frankreich exportiert" werde (Anl. 22, dort S. 2). 65

Selbst wenn es jedoch zu der vom Kläger fehlerhaft angenommenen Änderung des Händlervertrages gekommen wäre, war die Änderung nach § 125 S. 1 BGB in Verbindung mit § 34 GWB a.F. nichtig. Der Vertrag unterlag wegen der in ihm vorkommenden Vertriebsbindungen im Sinne von § 18 GWB a.F., von denen bereits im vorstehenden Zusammenhang die Rede war, dem Schriftformgebot nach § 34 GWB a.F. (vgl. BGH WuW/E DE-R 261, 262 f. - Coverdisk; WRP 1999, 672 f. - Markant). Änderungsabsprachen - wie die behauptete Aufhebung der Verbote, Dritte mit dem Vertrieb von Vertragswaren zu betrauen und Neufahrzeuge an wiederverkaufende Unternehmen außerhalb der C.-Vertriebsorganisation zu liefern - bedurften in gleicher Weise der Schriftform. Indes soll die diesbezügliche Abrede formlos – nach dem Vorbringen des Klägers sogar stillschweigend – getroffen worden sein. Als solche war sie nichtig, ohne deshalb den Bestand des Ursprungsvertrages zu berühren. Denn nach der vom Kläger vorgetragenen Willenslage der Parteien und der für sie relevanten wirtschaftlichen Bedeutung sollte der Vertrag lediglich in den genannten Einzelpunkten abgeändert, nicht jedoch insgesamt aufgehoben und durch einen neuen Händlervertrag ersetzt werden (vgl. zu einem derartigen Fall BGH GRUR 1993, 149, 150 – Änderungsvertrag). 66

Die Geltendmachung der Nichtigkeit der behaupteten Vertragsänderungen ist nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen. Dieser amtswegig zu berücksichtigenden Einwendung ist nur näher zu treten, sollten die Parteien den Händlervertrag mit den 67

behaupteten Änderungen über eine längere Zeit durchgeführt haben (vgl. BGH WuW/E DE-R 1170, 1171 f. – Preisbindung durch Franchisegeber II). Davon kann im Streitfall nicht gesprochen werden. Zwar hat die Beklagte die dem Frankreichgeschäft des Klägers geltenden Umsätze im Jahr 1993 bis zur Kündigung des Vertrages unter dem 23.3.1994 laufend bonifiziert, rabattiert und dem Kläger Werbekostenzuschüsse gutgeschrieben. Entsprechende Buchungen im Kontokorrent sind indes nicht als eine anhaltende Übung der Beklagten gemäß einer geänderten Vertragsabsprache zu werten. Denn die vorgenommenen Buchungen standen unter dem selbstverständlichen Vorbehalt einer Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten und Vertragsverstößen, die den entsprechenden Gutschriften entgegenstanden. Gerade zu derartigen Unregelmäßigkeiten war es infolge der vertragswidrigen Auslandsgeschäfte des Klägers aber gekommen. Unabhängig davon ist der Beklagten eine Verantwortlichkeit für den Formmangel nicht anzulasten. Diesbezügliche Erörterungen sind überflüssig, weil es zu der vom Kläger angenommenen Änderungsvereinbarung tatsächlich nicht gekommen ist.

cc. Nach dem Ergebnis der - ausnahmsweise - vom Einzelrichter des Senats durchgeführten Beweisaufnahme hat die Beklagte allerdings nicht die nach den objektiven Umständen erwiesene Tatsache widerlegt, dass die Leitung ihres Unternehmens die verbotswidrigen Geschäften des Klägers bei gehöriger Sorgfalt sowie entsprechenden organisatorischen Vorkehrungen tatsächlich in Erfahrung hätte bringen können. So hat der Zeuge P. von seiner Erinnerung berichtet, der Kläger sei ihm in jener Zeit durch "enorm hohe Stückzahlen bei Fahrzeugzulassungen" aufgefallen (GA 887). Dem Zeugen oblag die Abfrage von Zulassungszahlen bei den Händlern. Der Zeuge Ch., damals (unmittelbar unterhalb des Vorstands) für das Finanzwesen zuständiger Direktor der Beklagten, hat die Wahrnehmung des Zeugen P. bestätigt (GA 904). Der Zeuge B., der seinerzeit im Regionalvertrieb der Beklagten eingesetzt war, hat sich an auffällig zahlreiche Neufahrzeugzulassungen im Unternehmen des Klägers zwar nicht erinnern wollen (GA 1011 f.). Doch hatte der Kläger, wie außer Streit steht, im Jahr 1993 eine deutlich vierstellige Anzahl C.-Neufahrzeugen zugelassen. Allein im Juni oder Juli 1993 bestellte er mehr als 650 PKW, im November oder Dezember 1993 nach eigenem Vortrag abermals 65 Fahrzeuge. Dies war mit der einwohnerarmen Randlage seines Vertriebsgebiets nicht zu vereinbaren. Eine hinreichende Erklärung gab dafür ebenso wenig die Existenz der auch als Kraftfahrzeugvermieter tätigen H. Autohandels GmbH. Die in B. ansässige H. Autohandels GmbH befand sich von den Zentren des Kraftfahrzeugvermietungsgeschäfts weit entfernt. Bei einigermaßen lebensnaher Tatsachenwürdigung konnte der Kläger die von ihm bestellten Fahrzeuge in seinem Vertriebsgebiet demnach nicht absetzen. Eine Vermarktung mit Hilfe der H. Autohandels GmbH war gemäß den im Vertrag enthaltenen Vertriebsbeschränkungen verboten. Ein Mietwagenunternehmen im abgelegenen B., das Hunderte von Mietfahrzeugen vorhielt, ergab wirtschaftlich keinen Sinn. Faktisch hatte das Vermietungsgeschäft der H. Autohandels GmbH – davon geht auch der Kläger aus – keine nennenswerte Bedeutung. 68

Andererseits hatte der Kläger seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Beklagten oder der C.-Konzernbank (damals der P. Creditbank GmbH) nachzukommen, was auch geschah. Folglich musste er die bestellten und (zunächst vorübergehend auf die H. Autohandels GmbH) zugelassenen Fahrzeuge tatsächlich auf irgendeine Weise abgesetzt haben. Dabei konnte die in den Großabnehmerrichtlinien vorgeschriebene Haltedauer von sechs Monaten nicht gewahrt worden sein. 69

Nach den Umständen hat der Zeuge P. den damaligen Regionalvertriebsleiter S. der Beklagten über die auffällig ansteigenden Fahrzeugzulassungen des Klägers unterrichtet. Der Zeuge hat erwähnt, mit seinem Vorgesetzten S. gesprochen zu haben, wenn bei den 70

Händlerzulassungen auffällig hohe Stückzahlen vorkamen (GA 887). Der Regionalvertriebsleiter S. war im Rechtssinn Wissensvertreter (vgl. § 166 Abs. 1 BGB), da er kraft seiner Stellung in der Absatzorganisation der Beklagten dazu berufen war, repräsentativ und in eigener Verantwortung bestimmte Aufgaben zu erledigen und die Unternehmensleitung von den dabei in Erfahrung gebrachten relevanten Tatsachen zu informieren (vgl. BGHZ 83, 293, 296; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 166 BGB Rn. 6 m.w.N.). Die hohen Zulassungsraten des Klägers sind der Beklagten - wie aufgrund der Aussage des Zeugen Ch. erwiesen ist - auf Direktorenebene tatsächlich auch nicht verborgen geblieben. Von daher hätten die unerlaubten Absatzgeschäfte des Klägers durch Überprüfungsmaßnahmen schon im Jahr 1993 aufgedeckt werden können. Damit übereinstimmend hat die Beklagte eingeräumt, das sog. Controlling seinerzeit nicht konsequent und mit der nötigen Gründlichkeit durchgeführt zu haben (GA 276, 290). Davon ist sie zwar später abgerückt (GA 708 ff., 711 f.), ohne dass der diesbezügliche Vortrag der Beklagten jedoch überzeugt. Es bestand für die Beklagte schon im Jahr 1993 hinreichender Anlass, die ihrem Umfang nach nicht zum Zuschnitt seines Unternehmens passenden Absatzgeschäfte des Klägers zu prüfen. Dass die Unternehmensleitung der Beklagten von den vertragswidrigen Frankreichexporten des Klägers indes tatsächlich positiv wusste, kann nicht festgestellt werden. Zum Beweis dieser Tatsache ist eine Vernehmung der zahlreichen vom Kläger benannten und angeblich an unzulässigen Exportgeschäften beteiligten Zeugen völlig ungeeignet. Darum ist hiervon abgesehen worden.

dd. Ungeachtet dessen hat die Beweisaufnahme einen Sachverhalt ergeben, der den vorstehend dargestellten Befund teilweise überlagert und bei dem der Kläger sich vor dem Hintergrund, dass die entsprechenden Bestimmungen des Händlervertrages nicht aufgehoben worden waren, auf eine faktische Duldung vertragswidriger Absatzgeschäfte, eine Förderung oder sogar auf eine mit dem positiven Wissen von solchen Geschäften verbundene Aufforderung dazu durch leitende Mitarbeiter der Beklagten nicht mit Erfolg berufen kann. Der Kläger hat von der gegenüber dem B-Händler G. durch die C. C. GmbH ergangenen fristlosen außerordentlichen Kündigung des Händlervertrages und vom Grund zeitnah erfahren. Das geht aus den Aussagen der Zeugen G. und E. hervor. Der Zeuge G. hat bei seiner Vernehmung erklärt, er "gehe fest davon aus, dass der Kläger von meiner Kündigung wusste. Das hat sich damals wie ein Lauffeuer verbreitet" (GA 908). Der Zeuge E. hat bekundet, "dass dem Händler G. gekündigt worden war, hatte mir der Kläger gesagt" (GA 910). Diese Aussagen sind lebensnah und glaubhaft. Es müsste auch eher verwundern, wäre dem Kläger nicht alsbald bekannt geworden, dass und aus welchem Grund der Vertrag des Händlers G. gekündigt worden war. 71

Der Kläger hat diese objektiv als Warnsignal zu verstehende Kündigung jedoch nicht auf sein eigenes Verhalten bezogen. Er hat die Frankreichgeschäfte weiter betrieben. Der Zeuge G. hat glaubhaft davon berichtet, dass – nachdem er infolge Kündigung des Händlervertrags selbst als Lieferant ausgeschieden war – der Kläger nunmehr jenen französischen Händler belieferte, der zuvor von ihm, dem Zeugen G., mit in Deutschland zugelassenen Neuwagen versorgt worden war (GA 908). Dadurch wird indiziell im Übrigen wiederum die Kenntnis des Klägers vom Grund der gegenüber G. ausgesprochenen Kündigung belegt. Infolge dieser ihm spätestens Mitte Oktober 1993 bekannt gewordenen Kündigung bestand wegen der in den A- und B-Händlerverträgen insoweit gleichartigen Regelungslage für den Kläger trotz behaupteter Initiierung durch leitende Mitarbeiter seither jedenfalls keinerlei Veranlassung mehr, "gutgläubig" von einer Billigung seiner Graumarktexporte durch die Beklagte auszugehen. 72

73

Als eine zweite Warnung war das Gespräch des Klägers mit dem für das Finanzwesen der Beklagten zuständigen Direktor Ch. am 30.12.1993 und der Inhalt aufzufassen. Den Anlass dafür bildete nach übereinstimmender Darstellung der Parteien das Ergebnis eines sog. Floor-Checks der Konzernbank der Beklagten. Bei dieser der Ermittlung des Fahrzeugbestandes auf dem Betriebsgrundstück des Klägers geltenden Überprüfung war festgestellt worden, dass 163 unbezahlte Neufahrzeuge auf die H. Autohandels GmbH zugelassen und infolgedessen als Forderungssicherheiten für die Bank abhanden gekommen waren. Gegenstand der Unterredung vom 30.12.1993 waren auch die Exportgeschäfte. Da der Verdacht bestand, der Kläger beteilige sich an derartigen Geschäften, ist ihm vom Zeugen Ch. nach dessen Worten klar gemacht worden, "dass er dieses Geschäft einzustellen habe, wenn er es denn betreibt" (GA 904). Daran, dass - vom Zeugen Ch. ausgehend - eine solche Klarstellung am 30.12.1993 stattgefunden hat, besteht kein vernünftiger Zweifel. Die Frankreichgeschäfte sind an jenem Tag unstreitig zur Sprache gekommen. Das schildert nicht nur der Kläger selbst so, sondern es ist auch vom Zeugen E. bestätigt worden, der ebenfalls am Gespräch teilgenommen haben will (GA 910). Wenn von solchen Geschäften die Rede war, musste der Zeuge Ch. sie missbilligen, da sie nur unter Verstoß gegen die nach wie vor gültigen Bestimmungen des Händlervertrages (insbesondere Nr. 08.05.) und gegen die in den Großabnehmerrichtlinien geregelte Mindesthaltedauer vor sich gehen konnten.

Der Zeuge Ch. hat am 30.12.1993 derartige Geschäfte des Klägers weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft gutgeheißen, sich damit einverstanden erklärt oder zum Ausdruck gebracht, diese zu dulden. Die dahingehende Behauptung des Klägers ist unzutreffend und durch die glaubhafte Aussage des Zeugen Ch. widerlegt. Die Bekundungen des Zeugen L., eines am Gespräch vom 30.12.1993 teilnehmenden Vertreters der P. Creditbank GmbH, stimmen mit der Darstellung des Zeugen Ch. überein. Der Zeuge L. hat erklärt, im Interesse der Bank sofort widersprochen zu haben, wäre die Rede davon gewesen, dass der Kläger die Exportgeschäfte weiter durchführen werde (GA 1013 f.). Der Zeuge hat dies nachvollziehbar mit dem Hinweis darauf begründet, dass die mit diesen Geschäften typischerweise verknüpften Kurz- und Tageszulassungen - während der über die Bank finanzierte Kaufpreis noch nicht bezahlt war - zum Wegfall der Kreditsicherheiten führten. 74

Die Aussage des Zeugen E. veranlasst keine Zweifel an der Wahrheit der Bekundung des Zeugen Ch.. Nach dem die Frankreichgeschäfte betreffenden Gesprächsinhalt befragt, hat der Zeuge E. ausweichend geantwortet, er "denke schon, dass am 30.12.1993 auch darüber gesprochen worden" sei, "ob man das Frankreichgeschäft machen durfte oder nicht". Man sei mit einem positiven Eindruck nach Hause gefahren (GA 910). Möglicherweise hat der Zeuge bei seiner Vernehmung insoweit auch keine genaue Erinnerung mehr gehabt. Mit dem wiedergegebenen Inhalt widerspricht seine Äußerung der Aussage des Zeugen Ch. jedenfalls nicht, zumal der Kläger ausweislich seines Schreibens an die Beklagte vom 26.1.1994 selbst konzediert hat, dass die Frankreichexporte unstatthaft waren (Anl. 22, S. 2). 75

Dass die Belehrung des Zeugen Ch. – wie er geschildert hat – im Konjunktiv oder im Konditional verlief, schwächt ihre Warnfunktion nicht ab. Die Belehrung hatte den Charakter einer Anweisung, wie der Kläger sich keinesfalls verhalten durfte. So wie der Zeuge Ch. diese wiedergegeben hat, war sie unmissverständlich. Dass sie nicht im Indikativ erteilt wurde, lag ausschließlich darin begründet, dass der Kläger sich im Gespräch vom 30.12.1993 nicht zu seinen Frankreichgeschäften bekannte. Davon haben die Zeugen Ch. (GA 904) und L. (GA 1014) unabhängig voneinander und daher glaubhaft berichtet. In der Zurückhaltung des Klägers liegt ein deutliches Beweisanzeichen dafür, dass er die Exporte schon während der 76

Unterredung vom 30.12.1993 selbst für nicht rechtens hielt. Von derselben Zurückhaltung zeugt im Übrigen auch das Schreiben des Klägers vom 26.1.1994, in dem von den Frankreichexporten lediglich in einem Konditionalsatz die Rede ist (Anl. 22). Der Inhalt dieses Schreibens spricht dafür, dass der Kläger die Belehrung durch den Zeugen Ch. durchaus verstanden hat. Ihr kam die Wirkung einer Abmahnung zu.

Nach eigenem Vortrag setzte der Kläger unmittelbar nach dem Gespräch vom 30.12.1993 mit Hilfe der H. Autohandels GmbH die Frankreichgeschäfte dennoch nach früherem Muster fort. In der Zeit bis zum 31.1.1994 lieferte er eigenem Eingeständnis zufolge über die H. Autohandels GmbH nicht nur die 163 auf die GmbH zugelassenen PKW an französische Wiederverkäufer und zahlte in wöchentlichen Raten von mindestens 1 Mio DM den Kaufpreis von mehr als 4 Mio DM (siehe dazu die Absichtserklärung vom 5./6.1.1994, Anl. 20 = GA 30). Darüber hinaus gab der Kläger nicht – wie in der Absichtserklärung vom 5./6.1.1994 verabredet worden war – 130 bis 140 lagernde Neufahrzeuge bis zum 31.1.1994 an die Beklagte zurück, sondern nur 86 (GA 383 f.). Die verbleibenden mindestens 44 Fahrzeuge fanden durch sein Tun ebenfalls einen Absatz in Frankreich. 77

Von einer Billigung dieses Verhaltens durch die Beklagte oder deren Repräsentanten Ch. kann (und konnte auch bereits vorher) keine Rede sein. Vielmehr hatte der Kläger keine der beiden ihm zuteil gewordenen Warnungen zum Anlass genommen, seine vertragswidrige Geschäftspraxis zu revidieren. Die trotz deutlicher Hinweise auf deren Unzulässigkeit fortgesetzten Graumarktlieferungen kennzeichnen die von Mitte Oktober 1993 an begangenen Vertragsverletzungen des Klägers als besonders schwerwiegend, nämlich als zielgerichtet geplant sowie mit großer Beharrlichkeit, dreist und vorsätzlich verübt. Der Kläger hat diese Vertragsverstöße ohne Not begangen. Der Zeuge Ch. hat bei seiner Aussage hervorgehoben, dass ein Export der von der Absichtserklärung vom 5./6.1.1994 erfassten Fahrzeuge nach Frankreich nur e i n e der tatsächlichen Möglichkeiten darstellte, den Kaufpreis aufzubringen. In gleicher Weise war denkbar, dass der Kläger diejenigen Fahrzeuge, für deren Bezahlung er nach der Absichtserklärung aufkommen sollte, im Zusammenwirken mit anderen Vertragshändlern abzusetzen suchte (GA 905). Vor allem aber ist daran zu erinnern, dass die Beklagte, vertreten durch den Zeugen Ch., sich in der genannten Absichtserklärung bereit erklärt hatte, nicht nur 130 bis 140 Lagerfahrzeuge, sondern auch jene 163 Fahrzeuge, für die ein Kaufpreis von mehr als 4 Mio DM fällig war, zurückzunehmen (Anl. 20 = GA 30). Von dieser Bereitschaft hätte der Kläger Gebrauch machen müssen, wenn er keine Möglichkeit sah, den Kaufpreis anderweit als durch eine Fortsetzung seiner Frankreichgeschäfte aufzubringen, andererseits aber an einer Aufrechterhaltung des Händlervertrages interessiert war. 78

ee. Die früheren Exportgeschäfte des Klägers und die Fortsetzung dieser Praxis nach dem klärenden Gespräch vom 30.12.1993 konnte die Beklagte mit Recht zum Anlass nehmen, den Händlervertrag gemäß der Bestimmung unter Nr. 15.01. aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen. Unabhängig davon war die Beklagte zu dieser Kündigung auch allein wegen der auf die Unterredung vom 30.12.1993 in hoher Zahl weiter verfolgten Frankreichexporte berechtigt, durch die der Kläger sich einer deutlichen Belehrung über die Unerlaubtheit seiner Geschäfte widersetzt hatte. 79

Der Kläger kann sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, die Beklagte habe ihm gegenüber keine förmliche Abmahnung verbunden mit der Aufforderung, innerhalb einer bestimmten Frist zu vertragsgemäßem Verhalten zurückzukehren, ausgesprochen. Die am 30.12.1993 vom Zeugen Ch. erteilte Belehrung war vom Kläger wie eine Abmahnung zu verstehen und zu behandeln. Hiervon abgesehen stellt die einschlägige Regelung unter 80

Nr. 15.02. des Vertrages nicht jede Kündigung aus wichtigem Grund unter das Erfordernis einer Abmahnung und Fristsetzung. Die Regelung stellt nur den Beispielfall eines wichtigen Grundes dar, was sich aus dem zu diesem Zweck typischerweise verwendeten Zusatz "insbesondere" ergibt. Eine Fristbestimmung, das vertragswidrige Verhalten abzustellen, hatte der Kläger ohnedies nicht zu beanspruchen. Die Beklagte durfte vertragswidrige Exportgeschäfte sofort unterbinden.

Die Beklagte hat ihr Kündigungsrecht nicht verwirkt. Ihrem unwiderlegten Vortrag zufolge sind 81
die Absatzgeschäfte des Klägers auf die zutage getretenen Verdachtsmomente hin überprüft worden. Die zeitraubende Prüfung - so auch der Zeuge Ch. (GA 909) - hat erst Mitte März 1994 Klarheit über die Frankreichexporte erbracht. Auch mit Rücksicht darauf, dass der Beklagten eine Überlegungsfrist einzuräumen war, erfolgte die unter dem 23.3.1994 erklärte Kündigung im Rechtssinn sogar unverzüglich.

ff. Die Kündigung des Händlervertrages ist entgegen der Meinung des Klägers nicht als eine 82
kartellrechtlich relevante unbillige Behinderung oder Ungleichbehandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund im Sinne von § 26 Abs. 2 S. 2 in Verbindung mit Abs. 2 S. 1 GWB in der Fassung der damals geltenden Fassung der 5. GWB-Novelle zu qualifizieren. Der Kläger mag als Inhaber eines kleinen oder mittleren Unternehmens von einer Belieferung mit Vertragswaren der Beklagten zwar insoweit abhängig gewesen sein, als ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen als Lieferanten auszuweichen, nicht bestanden. Diese Abhängigkeit schützt ihn bei - wie im Streitfall - feststehenden schwerwiegenden Vertragsverletzungen jedoch nicht vor einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund. In der hier zu beurteilenden Kündigung ist ebenso wenig eine kartellrechtlich beanstandenswerte Diskriminierung des Klägers zu erkennen. Der Kläger kann aufgrund des Gleichbehandlungsgebots nicht verlangen, dass die Beklagte auch anderen Vertragshändlern kündigte, die C.-Neufahrzeuge verbotswidrig an außerhalb der eigenen Vertriebsorganisation stehende Wiederverkäufer abgesetzt hatten. Hiervon abgesehen unterscheiden sich die dem Kläger anzulastenden Vertragsverstöße nach Quantität und Qualität erheblich von jenen gleichartigen Vertragsverletzungen, die er anderen Vertragshändlern der Beklagten im selben Zeitraum zugeschrieben sehen will. Soweit nach dem Vortrag der Parteien zu ersehen ist, hat kein anderer Händler der Beklagten in einem auch nur annähernd vergleichbaren Umfang wie der Kläger, nämlich in einer Menge von mehr als 1.300 Neufahrzeugen, die vertragswidrigen Auslandsgeschäfte betrieben. Überdies hat der Kläger - anders als ihm anzulasten war - von keinem anderen Vertragshändler behauptet, trotz individuell warnender Hinweise seinerzeit weiter beharrlich und planvoll, mithin in ähnlich schwerwiegender Weise gegen verbindliche Absatzbeschränkungen im Händlervertrag verstoßen zu haben. Auch wenn sie andere Händlerverträge damals nicht aufgekündigt hat, ist der Beklagten daher keine gegen Kartellrecht verstoßende Ungleichbehandlung anzulasten. Wie die Beklagte gleichartige Vertragsverstöße in zeitlicher Hinsicht nach der Kündigung des mit dem Kläger unterhaltenen Händlervertrags behandelt hat, ist für die Entscheidung des Rechtstreits im Übrigen unerheblich.

b. Unabhängig von den vorstehenden Erwägungen ist der auf einen Notverkauf des 83
Betriebsgrundstücks gestützte Schadensersatzanspruch auch deswegen unbegründet, weil die fristlose Kündigung für eine derartige Veräußerung nicht ursächlich war, der Kläger eine Ursächlichkeit zumindest nicht dargelegt hat. Denn auch ohne eine fristlose Kündigung und Einstellung der Belieferung mit Vertragswaren wären die Geschäftserlöse der Klägers von April 1994 an deutlich zurückgegangen. Die vom Kläger bislang erwirtschafteten Erlöse, die nach seinem Vorbringen erforderlich waren, um das Betriebsgrundstück zu halten, waren zum überwiegenden Teil aus den vertragswidrigen Frankreichexporten hervorgegangen. Im

"normalen" und gebietsüblichen Geschäft hatte der Kläger 1992 lediglich 73 und 1993 118 Neufahrzeuge verkauft. Die zusätzlich gewinnbringenden Exportgeschäfte durfte die Beklagte nach der Vertragslage ohne jede Übergangsfrist mit sofortiger Wirkung unterbinden. Der Kläger hatte auch keinen vertraglichen Anspruch darauf, zur Abwicklung verbotener Frankreichgeschäfte weiter mit C.-Neufahrzeugen beliefert zu werden. Ebenso wenig war die Beklagte verpflichtet, ein vorwiegend mit vertragswidrigen Geschäften "verdientes" Kontokorrentguthaben uneingeschränkt an den Kläger auszukehren. Bei dieser Rechtslage ist der Kläger nicht wegen der fristlosen Kündigung des Händlervertrages, sondern deshalb, weil die Auslandsgeschäfte ohnehin entfallen mussten, in eine wirtschaftliche Zwangslage geraten, die - wie er geltend macht - eine Veräußerung seines Betriebsgrundstücks unter Wert mit sich brachte. Nach Lage der Dinge musste der Kläger in diese Situation aber auch dann geraten, wenn die Beklagte ihn – den Bestimmungen des Händlervertrages gehorchend – von April 1994 an nicht mehr mit den für das Frankreichgeschäft benötigten Neufahrzeugen belieferte. Hierauf ist der Kläger im Rahmen der Erörterung des Sach- und Streitstands im Erörterungstermin am 13.12.1999 (GA 644 f.) und im Senatstermin am 12.11.2003 (GA 759 f.) hingewiesen worden. Soweit der Kläger geltend macht, eine dem tatsächlichen Wert entsprechende Veräußerung seines Betriebsgrundstücks sei auch an einer Weigerung der Beklagten gescheitert, dem Erwerber R. eine finanziell bedeutende "Starthilfe" zukommen zu lassen, ist nicht zu ersehen, aus welchem Rechtsgrund die Beklagte zu einer derartigen Zuwendung verpflichtet war. Dieser Vortrag kann die Entscheidung des Rechtsstreits nicht beeinflussen.

2. Anspruch auf Ersatz eines nach dem durchschnittlichen, im Auslauf einer einjährigen Kündigungsfrist erzielbaren Händlerertrags im Betrag von 292.800 DM (ohne vertragswidrige Geschäfte): 84

Diesem Schadensersatzanspruch ist aus dem Rechtsgrund einer positiven Forderungsverletzung nur dann ein Erfolg beschieden, wenn die fristlose Kündigung des Händlervertrages unbegründet war. Da die Beklagte den Vertrag mit Recht gekündigt hat, ist diese Forderung des Klägers ungerechtfertigt. 85

3. Anspruch auf teilweise Erstattung des für 185 Fahrzeuge bereits gezahlten Kaufpreises in Höhe von 155.409,79 DM (einschließlich 15 % Umsatzsteuer – genannt: "Anspruch aus nicht gewährter Preisgleitklausel"): 86

Der Kläger begründet diesen Anspruch wie folgt: Er habe die 657 zur Ausfuhr nach Frankreich bestimmten PKW vor einer im Jahr 1993 eintretenden Preiserhöhung der Beklagten bestellt. Die Fahrzeuge seien erst nach Wirksamwerden der Preiserhöhung geliefert worden. In derartigen Fällen sei die Beklagte in der Vergangenheit üblicherweise so verfahren, dass sie das Händlerkonto zunächst mit dem bei der Auslieferung gültigen Preis belastet, nach Auslieferung der Fahrzeuge den Mehrpreis durch eine Gutschrift auf dem Händlerabwicklungskonto jedoch erstattet habe. Unbestritten erteilte die Beklagte dem Kläger bei 357 Fahrzeugen (von 657) entsprechende Gutschriften. Bei 185 Fahrzeugen ist dies bislang unterblieben. Gemäß der Forderungsaufstellung in Anlage 56 ermittelt der Kläger sich einen Zahlungsanspruch von 155.409,79 DM, den die Beklagte mangels Substantiierung in Abrede stellt. 87

a. Der Anspruch ist gerechtfertigt, obwohl er weder im Händlervertrag oder in einer Anlage Niederschlag gefunden hat noch sonst schriftlich aufgenommen worden ist, und die Parteien deshalb dem Schriftformgebot des § 34 GWB a.F. nicht entsprochen haben. Die in einer faktischen Handhabung durch die Beklagte liegende stillschweigende Ergänzung der im Händlervertrag getroffenen Vereinbarungen ist prinzipiell nichtig. Zur Anwendbarkeit von § 34 88

GWB a.F. wird auf die Ausführungen unter 1. bb. a.E. (S. 18 f.) verwiesen.

Die Nichtigkeitsfolge tritt im vorliegenden Fall nur deswegen nicht ein, weil der Kläger – von der Beklagten unbestritten – eine mehrjährige Übung der Beklagten geltend macht, den Vertragshändlern die durch Preiserhöhungen zwischen Bestellung und Auslieferung von Fahrzeugen anfallenden Kaufpreismehrbeträge durch eine Gutschrift auf dem Händlerabwicklungskonto zu erstatten. Infolgedessen ist es der Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf den Mangel der Schriftform zu berufen (vgl. BGH WuW/E DE-R 1170, 1171 f. – Preisbildung durch Franchisegeber II). 89

In der Sache beruht der Anspruch des Klägers auf der nicht bestrittenen gleichförmigen Übung der Beklagten und auf der daraus folgenden stillschweigenden Absprache der Parteien, Händlern unter der Voraussetzung, dass es im Zeitraum zwischen der Bestellung und der Auslieferung von Fahrzeugen zu einer Preiserhöhung kam, die Differenz zwischen dem neuen und dem früheren Preis gutzuschreiben. Die Differenzbeträge hat der Kläger unter näherer Bezeichnung der betroffenen Fahrzeuge in der als Anlage 56 vorgelegten Zusammenstellung im Einzelnen aufgeführt. Die Beklagte bewertet den Anspruch zu Unrecht als unspezifiziert. Die Berechnung geht detailliert aus der Anlage hervor. 90

Die Forderung ist dem Kläger nicht abzusprechen, weil er die betroffenen 185 Fahrzeuge von der H. Autohandels GmbH nach Frankreich exportieren ließ. Zwar sind die Frankreichgeschäfte rechtlich anstößig. Doch haben die Parteien an den über die exportierten Fahrzeuge abgeschlossenen Kaufverträgen tatsächlich und rechtlich festgehalten. Die darüber abgeschlossenen Kaufverträge sind beiderseits erfüllt worden. Dann ist die Beklagte auch daran gebunden, die über die Abwicklung der gegenseitigen Hauptverpflichtungen, insbesondere die Preisgestaltung, getroffenen Vereinbarungen einzuhalten. 91

Der Kläger hat die Mehrbeträge, die Gegenstand der hier behandelten Forderung sind, auch tatsächlich beglichen. Das geht aus seinem unwidersprochenen Vortrag zur Abwicklung der sog. Absichtserklärung vom 5./6.1.1994 hervor. Gemäß der Absichtserklärung sollte der Kläger zur Bezahlung von 163 Neufahrzeugen gehalten sein. Diese Abrede haben die Parteien durch die anschließenden wechselseitigen Schreiben vom 21.1.1994 und vom 26.1.1994 nicht abgeändert (vgl. Anl. 21 und 22). Der Kläger hat dementsprechend gezahlt. Er hat - wie außer Streit steht - sogar den Kaufpreis für mehr als 163 Fahrzeuge, nämlich für 259 Fahrzeuge, entrichtet. Hiervon waren jene 185 PKW, die Gegenstand des Anspruchs aus der sog. Preisgleitklausel sind, umfasst. 92

b. Infolge der Bindung an das im Händlervertrag verabredete Kontokorrent kann der Kläger von der Beklagten jedoch keine Auszahlung des ihm zustehenden Betrages von 155.409,79 DM, sondern nur eine Verrechnung mit dem Saldo verlangen. Die Verrechnung bewirkt, dass sich die Ausgleichszahlung, die der Kläger der Beklagten noch schuldet, vermindert. Sie führt aber nicht dazu, dass dem Kläger eine Zahlungsforderung gegen die Beklagte entsteht. 93

Allerdings wurde das Kontokorrent durch die Kündigung des Vertrages beendet (vgl. auch Nr. 16.01. des Vertrages). In einem derartigen Fall kann der Anspruch auf Auszahlung eines Überschusses (§ 355 Abs. 3 HGB) in der Weise dargelegt und berechnet werden, dass der letzte maßgebende Saldo und etwaige danach eingetretene Änderungen vorgetragen werden (vgl. BGH NJW 1991, 2908 = BB 1991, 1883). Nach dieser Methode ist der Kläger an sich verfahren. Er hat die von der Beklagten bis einschließlich Oktober 1994 aufgestellten Salden dargelegt (Anl. 60 bis 67) und ist von der letzten Saldierung ausgegangen, die eine Forderung von 1.112.819,98 DM zu seinen Gunsten ausweist (Anl. 67). Im Anschluss daran 94

behauptet der Kläger einen weiteren Aktivposten, der in der hier geltend gemachten Forderung besteht, bislang indes nicht in das Kontokorrent eingestellt worden ist. Diese Vorgehensweise steht im Einklang mit den vom Bundesgerichtshof zur Geltendmachung des Überschusses nach § 355 Abs. 3 HGB aufgestellten Rechtssätzen (BGH a.a.O.).

Der Kläger hat seiner Forderungsberechnung jedoch den unzutreffenden Saldo vom Oktober 1994 (Anl. 67), zugrundegelegt. Bei dieser Saldierung hat die Beklagte dem Kläger die aus den vertragswidrigen Frankreichgeschäften "verdienten" Boni, Prämien und Werbekostenzuschüsse gutgeschrieben. Darauf hat der Kläger keinen Anspruch. Nicht nur bei Schadensersatzansprüchen, sondern auch schon bei der Erteilung von Gutschriften zum Zweck einer Saldierung gegenseitiger Forderungen kann – wie in dem den Fall G. betreffenden rechtskräftigen Teilurteil vom 8.2.1999 (12 U 143/98) das Oberlandesgericht Köln bereits entschieden hat (UA 17 = GA 583) – der Kläger nur so gestellt zu werden verlangen, wie er bei eigenem vertragstreuen Verhalten gestanden hätte. Danach hat der Kläger eine Gutschrift von Boni, Prämien und Werbekostenzuschüssen nur zu beanspruchen, soweit dies seinen im Vertragsgebiet getätigten "normalen" Absatzgeschäften entsprach. In der Vergangenheit aus den Exportgeschäften bereits zur Auszahlung gebrachte Boni, Prämien und Werbekostenzuschüsse hat er der Beklagten nach den Regeln einer ungerechtfertigten Bereicherung zu erstatten. Die Rückforderung ist entgegen der Meinung des Klägers nicht nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen, weil seine vertragswidrigen Geschäfte der Beklagten bis zu ihrer Aufdeckung nicht feststellbar tatsächlich bekannt waren. 95

Die Beklagte ist ebenso wenig, wie sie verpflichtet war, die begonnene Bonifizierung jener Geschäfte fortzusetzen, an die bereits erteilten Gutschriften gebunden. Sämtliche von ihr auf dem Händlerkonto vorgenommenen Buchungen standen unter dem selbstverständlichen Vorbehalt einer nachträglichen Feststellung von Unregelmäßigkeiten in den Geschäften des Klägers, die den Gutschriften entgegenstanden. Die hiervon betroffenen Buchungen durften rückgängig gemacht werden. 96

Der um solche Buchungen bereinigte und mit gegen den Kläger bestehenden Erstattungsansprüchen aufgefüllte Saldo vom 31.10.1998 schließt mit einer Forderung der Beklagten in Höhe von 300.963,67 DM ab (Anl. B 6 = GA 559 f.). Der Kläger hat diesem Abschluss seines Händlerabwicklungskontos zwar widersprochen und eine Rechtsgrundlage für die Rückforderung bestritten (GA 599 f.). Die der Forderung der Beklagten zugrunde liegende Berechnung ist von ihm – abgesehen davon, dass er bislang bei der Saldierung unberücksichtigte eigene Ansprüche behauptet – jedoch nicht in Abrede gestellt worden. Bei dieser Sachlage ist der Entscheidung der von der Beklagten zum 31.10.1998 ermittelte Saldo zugrunde zu legen. Dieser Saldo mindert sich durch Verrechnung mit dem im vorliegenden Zusammenhang dem Kläger zuerkannten Anspruch auf Erstattung zuviel geleisteter Kaufpreisbeträge im Betrag von 155.409,79 DM auf 145.553,88 DM. Daraus erwächst dem Kläger jedoch kein gesonderter Zahlungsanspruch gegen die Beklagte. 97

Die Verrechnung geht der mit dem Berufungsantrag angezeigten (teilweisen) treuhänderischen Forderungseinziehung vor. Gemäß dem Wortlaut und Sinn der darüber gewechselten Erklärungen der Beteiligten sowie des Antrags selbst soll die Treuhand erst greifen, wenn dem Kläger gegen die Beklagte ein auszahlbarer Forderungsbetrag entsteht. 98

4. Handelsvertreterausgleich im Betrag von 225.012,45 DM: 99

Ein Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung von § 89 b HGB steht dem Kläger gegen die Beklagte nicht zu. Die Voraussetzungen einer Analogie sind im Streitfall zwar gegeben, da der Kläger wie ein Handelsvertreter in die Vertriebsorganisation der Beklagten eingebunden 100

und verpflichtet war, der Beklagten die Daten seiner Kunden zur Nutzung zu überlassen. Die Datenüberlassung erfolgte – wie außer Streit steht – u.a. mit Hilfe sog. Verkaufsmeldekarten, die der Kläger mit den Merkmalen der jeweiligen Autokäufer ausfüllte und an die Beklagte S.e. Rechtliche Grundlagen dafür befinden sich in den Bestimmungen des Händlervertrags unter Nrn. 07.07. und 07.08.. Zwar erfolgte die Datenübermittlung schon während der Vertragslaufzeit (und nicht erst nach Beendigung des Vertrages). Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an, weil die Beklagte durch die laufenden Mitteilungen des Klägers in die Lage versetzt war, nach Auslaufen des Vertrages den vom ihm erworbenen Kundenstamm zu nutzen (vgl. BGH ZIP 1987, 1383, 1385; BB 1997, 852).

a. Die Ausgleichsforderung scheitert jedoch daran, dass der Kläger nicht nachgewiesen hat, diesen Anspruch gemäß § 89 b Abs. 4 S. 2 HGB innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertrages der Beklagten gegenüber geltend gemacht zu haben. Er hat den Ausgleichsanspruch erst durch Rechtsanwaltsschreiben vom 28.11.1996 anmelden lassen. Die Anmeldung erfolgte mithin weit jenseits der Jahresfrist. Der Händlervertrag war durch fristlose Kündigung der Beklagten im März 1994 beendet worden. Der Ausgleichsanspruch hätte spätestens im März 1995 angemeldet werden müssen. 101

Allerdings behauptet der Kläger, den Zeugen Ch. als Vertreter der Beklagten bereits im April 1994 zur Begleichung sämtlicher gestellten Schadensersatzansprüche aufgefordert zu haben, wobei er ausdrücklich auch den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB angesprochen habe (GA 248, 601). Träfe dies zu, hätte der Kläger die Ausgleichsforderung fristgerecht erhoben, denn die Geltendmachung kann außergerichtlich und formlos erfolgen (vgl. Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 32. Aufl., § 89 b HGB Rn. 77 m.w.N.). 102

Die vom Einzelrichter des Senats durchgeführte Beweisaufnahme hat den bestrittenen Vortrag des Klägers indes nicht mit einer Gewissheit bestätigt, die zur Tatsachengrundlage der Entscheidung gemacht werden kann. Der Zeuge Ch. hat dazu angegeben, es sei zwar möglich, dass der Kläger ihm gesprächsweise (möglicherweise telefonisch) mitgeteilt habe, wegen der Kündigung Ansprüche an die Beklagte zu stellen. Der Zeuge hat sich jedoch weder an eine derartige Unterredung noch daran erinnert, dass der Kläger ihm gegenüber einen Anspruch auf Handelsvertreterausgleich geltend gemacht habe (GA 905 f.). Die Bekundungen des Zeugen Ch. haben infolgedessen den Sachvortrag des Klägers nicht bestätigt, auch wenn man berücksichtigt, dass der Handelsvertreter/Händler zur Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB nicht unbedingt – und zwar im Sinn eines Rechtsbegriffs – den Ausdruck "Handelsvertreterausgleich" (o.ä.) verwenden muss, sondern eine Verweisung auf ihm nach Beendigung des Vertrages zustehende gesetzliche Ansprüche genügen kann (deren Ausprägung auch der Anspruch nach § 89 b HGB ist; vgl. Baumbach/Hopt a.a.O.). Jedoch trägt der Kläger vor, einen Handelsvertreterausgleich ausdrücklich gefordert zu haben – was gerade nicht der Erinnerungslage des Zeugen entspricht. An anderer Stelle behauptet der Kläger (GA 248), Schadensersatzansprüche gestellt zu haben. Diesen Ansprüchen unterfällt der Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB nicht. 103

Die Aussage des Zeugen E. ist für das Vorbringen des Klägers gleichfalls unergiebig. Der Zeuge hat zwar bekundet, der Kläger habe - in zeitlicher Hinsicht nach der Kündigung des Vertrages - öfters mit dem Direktor Ch. der Beklagten telefoniert. Dabei sei es der Sache nach um die Einhaltung vertraglicher Vereinbarungen durch die Beklagte gegangen. Der Kläger habe auch Forderungen, die er an die Beklagte stellte, thematisiert (GA 911). Insoweit ist dem Zeugen E. zu glauben, dass ihn die Angelegenheit interessierte, denn davon konnte der Erhalt seiner Arbeitsstelle betroffen sein. In der Substanz ist seine Aussage dennoch zu 104

dürftig, um danach festzustellen, der Kläger habe den Ausgleichsanspruch gegenüber dem Zeugen Ch. erhoben. So genau hat der Zeuge dies nicht gesagt. Wenn man davon absieht, dass es um eine Einhaltung von Vereinbarungen gegangen ist, ist nach der Aussage des Zeugen E. völlig unklar geblieben, welche Ansprüche sonst noch Gegenstand von Unterredungen des Klägers mit dem Zeugen Ch. gewesen sein sollen und ob darunter insbesondere der Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB war. Zweifel mindestens an der Genauigkeit der Wahrnehmungen des Zeugen E. begründet überdies der Umstand, dass seine Bekundung, der Kläger habe seinerzeit mehrmals mit dem Zeugen Ch. telefoniert, weder mit dessen Aussage noch mit dem Vortrag des Klägers zu vereinbaren ist. Der Kläger hat nur e i n e Unterredung mit dem Zeugen Ch. behauptet. Der Zeuge Ch. hat von der "ungeschriebenen Regel" im Unternehmen berichtet, sich – nachdem eine Streitigkeit entstanden war – auf Gespräche mit dem Gegner nicht (mehr) einzulassen (GA 905 f.). Dies scheint glaubhaft, weil es einer in zumindest größeren Unternehmenseinheiten verbreiteten Übung entspricht. Danach sollte es zwischen dem Kläger und dem Zeugen Ch. an sich zu nicht mehr als einer persönlichen Kontaktaufnahme gekommen sein. Hatte der Kläger – so der Zeuge E. – nach der Kündigung des Vertrages hingegen mehrfach telefonische Kontakte zur Beklagten, ist nicht auszuschließen, dass diese zu anderen Bediensteten der Beklagten stattfanden. Da solche Bediensteten nicht namhaft gemacht worden sind, kann nicht beurteilt werden, ob ihnen kraft ihrer Stellung die Eigenschaft, Wissensvertreter der Beklagten zu sein, zukam, mit der Folge, dass der Ausgleichsanspruch mit Wirkung gegen die Beklagte ihnen gegenüber geltend gemacht werden konnte.

Die Zeugin H., Schwester des Klägers, hat von ihrer Erinnerung berichtet, der Kläger habe mehrfach mit ihr unbekannten Gesprächspartnern bei der Beklagten telefoniert. Gegenstand der Telefonate seien ausstehende Gutschriften und die Erwartung eines Ausgleichs dafür gewesen, die Marke der Beklagten "in der Region etabliert" zu haben. Die Zeugin hat sich jedenfalls an e i n Telefonat erinnert, bei dem es um Außenstände, um Gutschriften und den Prozentsatz sowie darum gegangen sei, dass der Kläger "eine Bezahlung" dafür anstrebte, "die Firma überhaupt aufgebaut zu haben" (GA 913). Der Aussage der Zeugin zufolge hat der Kläger den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB erhoben. Nicht eindeutig ist jedoch, wann der Kläger diesen Anspruch gestellt haben und wem gegenüber dies geschehen sein soll. Der Kläger musste den Anspruch - jedenfalls dann, wenn der Aussage der Zeugin H. zufolge nur ein fernmündlicher Kontakt bestand - gegenüber einer als Wissensvertreter der Beklagten anzusehenden Person erheben. Er musste sich auf den Ausgleichsanspruch zudem spätestens im März 1995 berufen. Darüber konnte von der Zeugin H. keine Klarheit gewonnen werden, wobei das zeitliche Element der Anspruchstellung eine besondere Rolle spielt. Denn noch im ersten, auf Klage vom 5.2.1996 anhängig gewordenen Rechtszug dieses Prozesses ist ein Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB weder zur Sprache gekommen, noch vom Kläger geltend gemacht worden. 105

Der Nachteil der Nichterweislichkeit ist vom Kläger zu tragen, da der Ausgleichsanspruch nur unter der Voraussetzung zugesprochen werden kann, dass die Jahresfrist nach § 89 b Abs. 4 S. 2 HGB gewahrt worden ist. 106

b. Der Ausgleichsanspruch ist darüber hinaus analog § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB ausgeschlossen. Nach dieser Norm besteht der Anspruch nicht, wenn 107

> der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters vorlag. 108

Die genannten Merkmale liegen im Streitfall vor, da die Beklagte das Vertragsverhältnis wegen eines schuldhaften Handelns des Klägers aus wichtigem Grund gekündigt hat. 109

Im vorstehenden Zusammenhang ist nachgewiesen worden, dass der Kläger von Mitte Oktober 1993 an (nach Bekanntwerden der im Fall G. ausgesprochenen fristlosen Kündigung) in Gestalt der mit Hilfe der H. Autohandels GmbH abgewickelten Frankreichgeschäfte vorsätzlich gegen die im Händlervertrag auferlegten Vertriebsbindungen (Nrn. 08.03. und 08.05.) verstoßen hat. In der Zeit davor hat er mindestens - und zwar in einem erhöhten Maß - fahrlässig gehandelt. Von einer irgendwie gearteten "Gutgläubigkeit" oder von einem unverschuldeten Rechtsirrtum kann nicht gesprochen werden. Die Vertragsbestimmungen, gegen die der Kläger und – ihm zurechenbar – die H. Autohandels GmbH bei den Exportgeschäften verstieß waren klar und unzweideutig. 110

Gemäß Nr. 08.03. des Vertrages durften Dritte (wie die H. Autohandels GmbH) in den vom Händler zu gewährleistenden Vertrieb nicht eingeschaltet werden. Nach Nr. 08.05. des Vertrages war eine Lieferung von Neufahrzeugen an wiederverkaufende und außerhalb der Händlerorganisation der Beklagten stehende Unternehmen (wie die H. Autohandels GmbH und französische Händler) verboten. Der Wortlaut dieser Vertragsvorschriften eröffnete keinen Auslegungsspielraum. Genauso verstießen die Geschäfte gegen die in den Großabnehmerrichtlinien, die Bestandteil des Händlervertrages waren (s. dort Nr. 17.01.), für die auf Großabnehmer zugelassenen Neufahrzeuge verfügte Mindesthaltedauer von sechs Monaten. Auch das war einfach und mit einem eindeutigen Ergebnis zu ermitteln. Dem Kläger ist zwar zugute zu halten, dass er von führenden Bediensteten der Beklagten, vor allem vom Vertriebsdirektor Sch. und vom Regionalverkaufleiter S., zu den Vertragsverstößen möglicherweise verleitet worden ist. Das führt jedoch zu keiner entscheidenden Entlastung. Denn allein mit Blick auf die klaren vertraglichen Vorgaben, musste der Kläger sich fragen und der Frage nachgehen, ob denn jene leitenden Mitarbeiter der Beklagten ihrerseits mit deren Wissen und Zustimmung handelten, was im Ergebnis jedenfalls zu verneinen war. Denn die Exportgeschäfte, so wie sie durchgeführt wurden, waren mit diesen Vorgaben und mit den tatsächlichen und rechtlichen Umständen keinesfalls vereinbar. Dass selbst für leitende Mitarbeiter auf der Direktorenebene der Beklagten eine Änderung von Bestimmungen des Händlervertrages nicht zur Disposition stand und diese dazu nicht bevollmächtigt waren, musste der Kläger mindestens argwöhnen. Der Kläger hat indes weder aus den auch für ihn verständlichen vertraglichen Regelungen zutreffende Konsequenzen gezogen, noch – z.B. indem er Rechtsrat suchte oder eine zur Kenntnis des Vorstands gelangende Anfrage an die Beklagte richtete – über den Inhalt und die Tragweite jener Regelungen aufgeklärt. Er hat sich über Bedenken, die sich aufgrund der Vertragslage und nach den Umständen aufdrängten, hinweggesetzt. Dieses Verhalten war fahrlässig. 111

5. Anspruch auf Bonifizierung von 421 und weiteren 19 PKW in Höhe von jeweils 4 % des Kaufpreises (im Gesamtbetrag von 525.998,85 DM) aus abgetretenem Recht der H. Autohandels GmbH: 112

Der formal auf vertragliche Absprachen gestützte Anspruch betrifft Neufahrzeuge, die schon bei ihrer Bestellung dazu bestimmt waren, vertragswidrig nach Frankreich ausgeführt zu werden und die tatsächlich dorthin exportiert worden sind. Infolgedessen steht weder dem Kläger noch der von ihm bei diesen Ausfuhrgeschäften benutzten H. Autohandels GmbH eine Forderung auf Bonifizierung solcher Geschäfte gegen die Beklagte zu. 113

6. Anspruch des Klägers auf Auszahlung eines im Oktober 1994 auf dem Händlerabwicklungskonto gebuchten rechnerischen Guthabens von 1.112.819,98 DM (vgl. Anl. 67): 114

Bereits im obenstehenden Zusammenhang ist begründet worden, dass der genannte und unter dem Vorbehalt einer Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten im Händlergeschäft 115

errechnete Saldo den Ansprüchen des Klägers nicht zugrunde zu legen ist. Der Saldo enthält - wie außer Streit steht - ungerechtfertigte Boni, Prämien und Gutschriften, die auf das Frankreichgeschäft des Klägers zurückzuführen sind und die von der Beklagten rückgängig gemacht werden durften (s.o. unter 3. b., S. 30 f.). Der Kläger hat nur Anspruch auf Vornahme solcher Gutschriften und Auszahlung eines entsprechenden Guthabens, die sich aus seiner vertragsgemäßen Geschäftstätigkeit ergeben. Dass und in welcher Höhe ihm unter dieser Voraussetzung ein Guthaben verbleibt, hat der Kläger nicht dargelegt und berechnet. Die von der Beklagten erstellte, rechnerisch unbestrittene Saldierung ergibt – einschließlich darin einzustellender Prämienerstattungen – eine Forderung gegen den Kläger in Höhe von mehr als 300.000 DM (Anl. B 6 = GA 559 f.).

Einen von ihm erwogenen und auf eine Rückabwicklung aller im Kontokorrent aufgegangenen Geschäfte gerichteten Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hat der Kläger weder geltend gemacht noch berechnet. Hierbei ist im Übrigen zu bedenken, dass ein Anspruch im Gegenzug von einer Herausgabe der erlangten Fahrzeuge durch den Kläger abhängig ist. 116

7. Prämiierung der im Dezember 1993 erfolgten Zulassung von 73 Vorführwagen (in Höhe von jeweils 1.700 DM) im Gesamtbetrag von 142.715 DM: 117

Die Forderung ist dem Kläger nicht zuzuerkennen. Nach eigenem Vortrag des Klägers waren die genannten Fahrzeuge dazu bestimmt, an gewerbliche Wiederverkäufer in Frankreich geliefert zu werden (GA 613 f.). Die geplanten Graumarktgeschäfte sind durchgeführt worden. Aus den vorstehend unter 3. b. und 6. behandelten Gründen scheidet eine Prämiierung aus, und zwar selbst dann, wenn einzelnen Bediensteten der Beklagten hier eine Mitverantwortung in der Form eines Verleitens oder eine Billigung der Geschäfte vorzuwerfen wäre. 118

8. Anspruch auf Auszahlung eines Investitionskostenzuschusses sowie von Zulassungsprämien aus einer Zusatzvereinbarung zum Händlervertrag in Gesamthöhe von 40.000 DM: 119

Die Forderung des Klägers setzt sich nach seinem Vortrag zusammen aus 120

- 8.000 DM als Zuschuss zur Errichtung eines neuen Ausstellungsraums, 121
- 17.000 DM Zulassungsprämie für 1992 (im "normalen" Geschäft),
- 15.000 DM Zulassungsprämie für 1993 (im "normalen" Geschäft).

Die Beklagte hat sich darauf beschränkt, den Tatsachenvortrag des Klägers mit Nichtwissen zu bestreiten (GA 328), was prozessual unzulässig ist (§ 138 Abs. 4 ZPO). 122

Der Klageanspruch ist aus der im Juni 1992 zwischen den Parteien getroffenen und schriftlich dokumentierten vertraglichen Zusatzvereinbarung in der geltend gemachten Höhe von 40.000 DM begründet (Anl. 71). 123

Daraus ergibt sich jedoch keine an den Kläger auszukehrende Zahlung, sondern es ermäßigen sich lediglich die unter dem 31.10.1998 saldierten Gegenforderungen der Beklagten (vgl. GA 559 f.) von 145.553,88 DM auf 105.553,88 DM (= 53.968,84 Euro; s.o. unter 3. b.). 124

Die Zahlungsklage ist infolgedessen insgesamt unbegründet. 125

126

II. Zu den hilfsweise angebrachten Feststellungsanträgen:

Der Antrag festzustellen, dass der Händlervertrag durch die unter dem 23.3.1994 erklärte fristlose Kündigung nicht beendet worden sei, sondern bis zum 31.3.1995 fortbestanden habe, ist unzulässig, da der Kläger ein Feststellungsinteresse nicht dargelegt hat. Er ist außerdem unbegründet, weil die Beklagte den Vertrag mit Recht aus wichtigem Grund fristlos gekündigt hat. 127

Der Antrag auf Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung der Beklagten ist – da der Kläger nicht dargelegt hat, dass weitere Schadensersatzforderungen in Betracht kommen, und es daher an einem Feststellungsinteresse fehlt – unzulässig. Der Antrag ist darüber hinaus unbegründet, weil nicht festgestellt werden kann, dass weitere Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte wahrscheinlich bestehen. 128

III. Die Revision wird nicht zugelassen (§ 543 ZPO, § 26 Nr. 7 EGZPO). Die Rechtssache hat weder eine grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Die wesentlichen, den Rechtsstreit und das Ergebnis betreffenden Rechtsfragen sind durch (infolge Nichtannahme der Revision) rechtskräftig gewordene Urteile des Oberlandesgerichts Köln bereits vorentschieden worden (s. im Tatbestand S. 5). 129

IV. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 11, 709 ZPO. 130

Streitwert für den Berufungsrechtszug und Wert der Beschwer des Klägers: 131

2.898.756,07 DM = 1.482.110,44 Euro. 132

Der Streitwert der hilfsweise gestellten Feststellungsanträge geht wirtschaftlich im Wert des Zahlungsantrags auf. 133

D. W. D.-B. 134

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE