



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 27/02

Verkündet am:
20. Mai 2003
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Preisbindung durch Franchisegeber II

GWB § 14

Wirbt ein Franchisegeber, der Waren oder Dienstleistungen teils über ein Franchisesystem, teils über eigene Filialen vertreibt, unter Angabe fester Endverkaufspreise, ohne die Preisangaben auf die eigenen Filialen zu beschränken oder auf deren Unverbindlichkeit für die Franchisebetriebe hinzuweisen, so kann von dieser Werbung ein wirtschaftlicher Druck auf die Franchisenehmer zur Übernahme der beworbenen Preise ausgehen, der einer nach § 14 GWB verbotenen Preisbindung gleichkommt (Bestätigung von BGHZ 140, 342 - Preisbindung durch Franchisegeber I).

BGH, Urteil vom 20. Mai 2003 - KZR 27/02 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 2003 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Ball, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Raum

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. Juli 2002 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über Ansprüche aus einem inzwischen beendeten Franchiseverhältnis.

Die Beklagte betreibt bundesweit eine Kette von Optik-Einzelhandelsgeschäften mit - im Jahre 1999 - rund 150 eigenen Filialbetrieben und 90 weiteren Einzelhandelsgeschäften, die von Franchisenehmern betrieben werden. Der Rechtsvorgänger der Klägerin war von Januar 1993 bis Dezember 1995 als Franchisenehmer der Beklagten Inhaber eines Apollo-Optik-Fachgeschäfts in H. . Zum 1. Januar 1996 übernahm die Klägerin mit Zustimmung der Be-

klagen den Franchisevertrag. Der nach einem von der Beklagten vorformulierten und bundesweit im wesentlichen gleichlautend verwendeten Vertragsmuster abgeschlossene Franchisevertrag sieht, soweit hier von Interesse, folgende Regelungen vor:

6. Weitere Leistungen von Apollo

6.1 Apollo berät den Partner regelmäßig in Fragen des Einkaufs und Verkaufs, des Apollo-optik-Studio-Angebotes und in Organisationsfragen.

Während der Vertragsdauer werden Vertreter von Apollo den Partner von Zeit zu Zeit, spätestens vierteljährlich, besuchen und ihn dabei in geschäftlichen Angelegenheiten beraten und unterstützen.

6.2 Apollo berät den Partner auf Wunsch bei der Beschaffung von Mitarbeitern anhand der erforderlichen Qualifikationsmerkmale.

6.3 Apollo betreut den Partner hinsichtlich der Geschäftsentwicklung und des systemgerechten Betriebsablaufes und gibt Vorteile, Ideen und Verbesserungen zur Erreichung optimaler Geschäftserfolge an den Partner weiter. ...

7. Lizenzgebühren, Werbekosten

7.2 Als Kostenbeitrag für die aus diesem Vertrag abzuleitenden laufenden Rechte und Dienstleistungen von Apollo entrichtet der Partner ... während der Vertragsdauer eine laufende monatliche Lizenz-/Servicegebühr in Höhe von 4 % ... vom Gesamt-Nettoumsatz bis 800.000,- DM seines Apollo-Studio-Betriebes, jedoch mindestens monatlich 2.000,- DM. Für den 800.000,- DM übersteigenden Nettoumsatz beträgt die Lizenz-/Servicegebühr 2 % ... vom Nettoumsatz.

7.3 Der Partner erklärt sich bereit, für die einheitliche überregionale Werbung sowie für die zur Verfügung gestellten Werbe- und Dekorationsmaterialien einen laufenden pauschalen monatlichen Werbebeitrag in Höhe von 2 % seines Netto-Umsatzes an Apollo zu zahlen.

Die monatliche Mindestwerbefondgebühr ... beträgt 1.000 DM. Für den 800.000 DM übersteigenden Netto-Umsatz beträgt die Werbefondgebühr 1 % vom Netto-Umsatz. ...

Die für die Franchisebetriebe benötigten Waren wurden von den Franchisenehmern im eigenen Namen bei Lieferanten eingekauft. Hierfür überließ die Beklagte ihren Franchisenehmern sogenannte Rabattstaffeln, in denen nach Abnahmemenge gestaffelte Preisnachlässe auf die jeweiligen Listenpreise der bei Apollo gelisteten Lieferanten von Brillengläsern und anderem optischen Zubehör aufgeführt waren. Grundlage dieser Rabattstaffeln waren Rabattvereinbarungen, die die Beklagte sowohl für ihre eigenen Filialen als auch für die Franchisenehmer mit den einzelnen Lieferanten getroffen hatte. Die dabei ausgehandelten Rabatte wurden auf Veranlassung der Beklagten jedoch nicht in voller Höhe in die Rabattstaffeln aufgenommen und an die Franchisenehmer weitergegeben; vielmehr ließ sich die Beklagte von den Lieferanten für Wareneinkäufe ihrer Franchisenehmer sogenannte Differenzrabatte in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem für die eigenen Filialen ausgehandelten Rabattsatz (im Höchstfall: 52 % der Listenpreise) und den niedrigeren Rabattsätzen, die die Lieferanten den Franchisenehmern der Beklagten einzuräumen hatten (im Höchstfall: 38 % des Listenpreises), auszahlen. Die Franchisenehmer wurden nicht darüber unterrichtet, daß die Beklagte für die eigenen Filialen mit den Lieferanten höhere Rabattsätze vereinbart hatte und daß sie sich für Einkäufe ihrer Franchisenehmer bei den gelisteten Lieferanten von diesen Differenzrabatte auszahlen ließ. Sichere Kenntnis hiervon erlangten die Klägerin und andere Franchisenehmer der Beklagten erst im Frühjahr 1999.

Im zweiten Halbjahr 1998 entwickelte die Beklagte ein neues Werbekonzept. Zur Abdeckung der damit verbundenen höheren Werbeausgaben forderte sie von ihren Franchisenehmern eine Aufstockung des Werbekostenbeitrags auf 6 % des Nettoumsatzes. Die Klägerin und die überwiegende Zahl der übrigen Franchisenehmer lehnten den Abschluß einer entsprechenden Zusatzvereinbarung ab. Die Beklagte reagierte darauf mit der Ankündigung, diesen Franchisenehmern bestimmte Werbematerialien, die auf eine ab September 1998

anlaufende Fernsehwerbung abgestimmt waren, nur noch gegen Bezahlung zu überlassen.

Ab Februar 1999 warb die Beklagte in mehreren bundesweiten Kampagnen für verschiedene "günstige Set-Angebote" unter Angabe von Verkaufspreisen. So wurde im Rahmen einer "Familienset-Kampagne" beim Kauf einer Brillenfassung aus dem Apollo-Sortiment eine zweite Brille einschließlich der Gläser für 75 DM angeboten. Bei der Werbung für diese Kampagne wurde nicht zwischen Apollo-Filialen und Apollo-Franchisebetrieben unterschieden. Die Klägerin und andere Franchisenehmer der Beklagten sahen darin eine unzulässige Preis- und Konditionenempfehlung und forderten die Beklagte zur Unterlassung auf. In einer darauf folgenden "VariView-Aktion" warb die Beklagte für Gleitsichtbrillen mit dem Slogan "jetzt 299 statt 899 DM"; den Franchisenehmern, die an der Aktion teilnehmen wollten, stellte sie das Werbematerial mit einem veränderten Slogan zur Verfügung, der "jetzt ab 299 statt 899 DM" lautete.

Nachdem es zu Differenzen zwischen den Parteien gekommen war, sprach die Beklagte die Kündigung des Franchisevertrages zum 29. Februar 2000 aus. Die Klägerin widersprach dieser Kündigung zunächst, verlor aber in der Folgezeit das Interesse an einer Fortsetzung der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten.

Die Klägerin hat, für die Zeit vor dem 1. Januar 1996 gestützt auf eine Abtretung seitens ihres Rechtsvorgängers, die Beklagte, soweit hier noch von Interesse, im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Rechnungslegung über die vereinnahmten Differenzrabatte in Anspruch genommen sowie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte zum Ersatz des Schadens verpflichtet sei, der ihr, der Klägerin, aus der wirtschaftlichen Bindung an Verkaufspreise und

-bedingungen aufgrund von Werbeaktionen der Beklagten entstanden sei. Eine gegen die Kündigung des Franchisevertrages gerichtete Klage hat sie zurückgenommen. Weitere ursprünglich angekündigte Unterlassungs- und Feststellungsanträge haben die Parteien im Hinblick auf die faktische Beendigung des Franchiseverhältnisses in erster Instanz übereinstimmend für erledigt erklärt.

Das Landgericht hat der danach verbliebenen Feststellungsklage stattgegeben. Die Stufenklage hat es abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagte durch Teilurteil zur Erteilung der mit der Stufenklage verfolgten Auskunft und Rechnungslegung verurteilt. Die Anschlußberufung der Beklagten hat es zurückgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten bleibt ohne Erfolg.

A.

Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin Auskunft über die Differenzrabatte und sonstige Einkaufsvorteile zu erteilen, die ihr aufgrund von Einkäufen der Klägerin bei Apollo-Lieferanten zugeflossen sind.

I. Das Berufungsgericht hat der Stufenklage mit der Begründung stattgegeben, der Klägerin stehe dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung auf Herausgabe der von der Beklagten verein-

nahmen Differenzrabatte und folglich auch ein vorbereitender Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung zu. Die in Abschnitt 6.3 des Franchisevertrages getroffene Regelung sei jedenfalls gemäß § 5 AGBG dahin auszulegen, daß die Beklagte sämtliche Preisnachlässe und sonstigen Einkaufsvorteile, die sie mit Warenlieferanten ihrer Franchisenehmer ausgehandelt habe, an ihre Franchisenehmer weiterzugeben habe. Vertragliche Ansprüche scheiterten nicht am Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F. Denn der Beklagten sei es jedenfalls nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf eine etwaige Formnichtigkeit des Franchisevertrages vom 15. Januar 1993 oder der Vertragsübernahmevereinbarung zum 1. Januar 1996 zu berufen. Zur Erfüllung ihrer sonach bestehenden Vertragspflicht, alle mit den Lieferanten ausgehandelten Einkaufsvorteile an die Franchisenehmer weiterzugeben, hätte die Beklagte die Klägerin bzw. deren Rechtsvorgänger über den gesamten Umfang der mit den Lieferanten ausgehandelten Preisnachlässe informieren und dafür Sorge tragen müssen, daß die Lieferanten die vereinbarten Rabatte auch gewährten. Diese Pflicht habe die Beklagte vorsätzlich verletzt. Die Klägerin könne daher nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stünde, wenn die Beklagte ihrer Pflicht aus Abschnitt 6.3 des Vertrages in vollem Umfang nachgekommen wäre. Da die Klägerin diesen Schadensersatzanspruch nicht beziffern könne, weil ihr die Höhe der von der Beklagten vereinnahmten Differenzrabatte nicht bekannt sei, schulde die Beklagte ihr gemäß § 242 BGB Auskunft und Rechnungslegung.

II. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, daß vertragliche Ansprüche nicht bereits am Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F. scheitern. Das gilt unabhängig davon, ob die Verfahrensrügen, die die Revision gegen die insoweit vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen erhebt, berechtigt sind. Denn

der Beklagten ist es jedenfalls nach § 242 BGB verwehrt, sich auf einen etwaigen Mangel der Schriftform zu berufen (s. dazu Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., Anh. zu § 34 GWB Rdnr. 39 ff.; Kefferpütz, WRP 1999, 784, 790 f.). Der Franchisevertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin sowie deren Rechtsvorgänger ist über einen Zeitraum von mehreren Jahren praktiziert worden, während dessen die Beklagte aus dem Vertrag ungeachtet seiner etwaigen Formnichtigkeit erhebliche Vorteile gezogen hat, die - das gilt jedenfalls für die der Beklagten zugeflossenen Differenzrabatte - nicht auf andere Weise kompensiert werden können. Es kommt hinzu, daß der Vertragsinhalt ebenso wie die Modalitäten des Vertragsabschlusses von der Beklagten vorgegeben worden sind, so daß die Verantwortlichkeit für einen etwaigen Formmangel bei ihr läge. Es ist ihr deshalb nach Treu und Glauben verwehrt, sich unter Berufung auf den Formmangel ihrer vertraglichen Verpflichtung, Einkaufsvorteile an die Klägerin weiterzugeben, und ihrer aus der Nichterfüllung dieser Pflicht resultierenden Schadensersatzverpflichtung zu entziehen (vgl. BGHZ 121, 224, 233 f.; Bornkamm aaO Rdnr. 41; Kefferpütz aaO S. 791).

2. Die Regelung in Nr. 6.3 des Franchisevertrages hat das Berufungsgericht zutreffend dahin ausgelegt, daß die Beklagte Einkaufsvorteile in Gestalt von Preisnachlässen der gelisteten Lieferanten in vollem Umfang an ihre Franchisenehmer weiterzugeben hat.

a) Die Auslegung des Franchisevertrages durch das Berufungsgericht unterliegt unbeschränkter Nachprüfung in der Revisionsinstanz, da die Beklagte, wie dem Senat aus einer Reihe in der Revisionsinstanz anhängiger Parallelverfahren bekannt ist, das Vertragswerk mit im wesentlichen gleichlautendem Inhalt über die Grenzen eines Oberlandesgerichtsbezirks hinaus - nämlich bundesweit - verwendet (vgl. BGHZ 94, 105, 111; 98, 303, 313 f.).

b) Als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 1 AGBG (jetzt: § 305 Abs. 1 BGB) ist die Klausel Nr. 6.3 des Franchisevertrages so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der an Geschäften dieser Art normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird (st. Rspr., z.B. BGHZ 102, 384, 389 f. m.Nachw.). Maßgeblich ist danach in erster Linie der Wortlaut der Klausel, so wie ihn redliche Partner eines sich anbahnenden Franchisevertrages unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlage verstehen. Unter "Vorteile(n) ... zur Erreichung optimaler Geschäftserfolge" auf seiten des Franchisenehmers sind auch und gerade die Einkaufsvorteile zu verstehen, die er aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einem nachfragestarken Franchisesystem erwarten darf. Denn es liegt auf der Hand, daß für die Erreichbarkeit "optimaler Geschäftserfolge" im Wettbewerb mit konkurrierenden Anbietern auch und insbesondere günstige Einkaufsbedingungen von ausschlaggebender Bedeutung sind.

c) Die systematischen Bedenken, die die Revision einem solchen Verständnis entgegenhalten will, vermögen dieses Auslegungsergebnis nicht in Frage zu stellen. Zwar ist es richtig, daß der Warenbezug der Franchisenehmer nicht in Abschnitt 6 des Vertrages geregelt ist, sondern die Komplexe "Verkaufsangebot, Warenbezug, Lieferung" Gegenstand der Regelung in Abschnitt 10 des Franchisevertrages sind. Abschnitt 10 des Vertrages ist jedoch offensichtlich schon deswegen nicht als abschließende Regelung des Warenbezugs zu verstehen, weil Einkaufsvorteile, die die Franchisenehmer aufgrund der weitgehenden Vereinheitlichung des Sortiments der Apollo-Filialen und -Franchisegeschäfte und der daraus resultierenden Nachfragebündelung erwarten durften und die ihnen die Beklagte auch tatsächlich - in begrenztem Umfang - einräumte, dort mit keinem Wort erwähnt werden. Da die Beklagte den Franchisenehmern unstreitig bei Vertragsabschluß jeweils Rabattstaffeln zum Bezug der Sortimentsware bei den gelisteten Lieferanten überlassen hat, ohne daß

darüber in Abschnitt 10 oder an anderer Stelle des Franchisevertrages eine konkrete Regelung zu finden ist, liegt es aus der Sicht verständiger und redlicher Vertragspartner nicht fern, in der Einräumung dieser vergünstigten Bezugsmöglichkeiten, die auf Verhandlungen der Beklagten mit den gelisteten Lieferanten zurückgehen, eben jene "Vorteile ... zur Erreichung optimaler Geschäftserfolge" zu erblicken, von denen Nr. 6.3 des Franchisevertrages spricht.

d) Ebensowenig steht die Interessenlage der Vertragsparteien dem vom Berufungsgericht gewonnenen Auslegungsergebnis entgegen. Der Hinweis der Revision, es habe kein Anlaß bestanden, für eine Weitergabe der Preisnachlässe in Höhe der Differenzrabatte an die Franchisenehmer den "Zahlungsumweg" über die Beklagte zu wählen, geht schon deswegen fehl, weil der Franchisevertrag in seiner hier maßgeblichen objektiven Auslegung (oben b) eine Weiterleitung der Differenzrabatte auf dem "Umweg" über die Beklagte nicht vorsieht und vom Berufungsgericht auch nicht in diesem Sinne verstanden worden ist. In ihrer objektiven Auslegung verpflichtet die Vertragsklausel 6.3 die Beklagte vielmehr, dafür zu sorgen, daß die mit den Lieferanten ausgehandelten Preisnachlässe ihren Franchisenehmern unmittelbar in voller Höhe zugute kommen. Daß auch eine solche Verpflichtung nicht dem Willen der Beklagten entsprach, diese vielmehr, wie ihre langjährige Praxis belegt, ihren Franchisenehmern einen Anspruch auf vollständige Weitergabe aller mit den Lieferanten ausgehandelten Preisnachlässe gerade nicht einräumen wollte, ist für die objektive, nicht am Willen der Vertragsschließenden, sondern an den Verständnismöglichkeiten redlicher Vertragspartner und den Interessen der an Geschäften dieser Art normalerweise beteiligten Kreise ausgerichtete Auslegung (oben b) unbeachtlich.

e) Jedenfalls aber muß die Beklagte sich, wie das Berufungsgericht weiter zutreffend erkannt hat, gemäß § 5 AGBG (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB) an einer

dahingehenden Deutung der Vertragsklausel Nr. 6.3 festhalten lassen. Denn etwaige systematische Bedenken gegen ein am Wortlaut orientiertes Auslegungsergebnis könnten allenfalls zu Zweifeln an dem vom Wortlaut her naheliegenden Auslegungsergebnis führen. Dann aber müßte nach der Unklarheitsregelung des § 5 AGBG die Beklagte als Verwenderin der von ihr vorformulierten Vertragsbestimmung die den Franchisenehmern günstigste ("kundenfreundlichste") Auslegung gegen sich gelten lassen.

3. In ihrer hiernach maßgeblichen Auslegung verpflichtet die Vertragsklausel Nr. 6.3 die Beklagte zur ungeschmälernten Weitergabe der von ihr mit den Lieferanten für Wareneinkäufe ihrer Franchisenehmer ausgehandelten Rabatte an die Franchisenehmer. Denn diese sind jeweils in voller Höhe "Vorteile ... zur Erreichung optimaler Geschäftserfolge" der Franchisenehmer, da sie deren Wareneinkauf um die ausgehandelten Rabattsätze verbilligen. Eine Bestimmung, die die Pflicht der Beklagten zur Weiterleitung dieser Vorteile an die Franchisenehmer auf den tatsächlich weitergegebenen Teil der mit den Lieferanten ausgehandelten Rabatte beschränken würde, ist dem Franchisevertrag nicht zu entnehmen. Ob derartige "kick-backs" branchenüblich sind und die Apollo-Franchisenehmer dementsprechend mit solchen Leistungen der Lieferanten zugunsten der Beklagten rechnen mußten, bedarf angesichts der vertraglichen Pflicht zur vollständigen Weiterleitung aller Einkaufsvorteile keiner Entscheidung. Ebenso kann offenbleiben, ob neben der vorrangigen vertraglichen Regelung auch andere rechtliche Gesichtspunkte als Grundlage des mit der Stufenklage verfolgten Begehrens in Betracht kommen.

4. Zur vollständigen Weitergabe der Einkaufsvorteile an die Franchisenehmer wäre es erforderlich gewesen, diese über die mit den Lieferanten tatsächlich ausgehandelten Rabatte für Wareneinkäufe der Franchisenehmer in Kenntnis zu setzen und es zugleich zu unterlassen, die Lieferanten zu veran-

lassen, den Apollo-Franchisenehmern jeweils nur geringere als die ausgehandelten Preisnachlässe einzuräumen und die Differenz zu den ausgehandelten Rabatten an die Beklagte abzuführen. Diese Vertragspflicht hat die Beklagte vorsätzlich dadurch verletzt, daß sie die gelisteten Lieferanten veranlaßte, in den Rabattstaffeln für ihre Franchisenehmer jeweils nur geringere als die tatsächlich vereinbarten Rabattsätze anzugeben, und sich ohne Wissen ihrer Franchisenehmer die jeweilige Differenz von den Lieferanten selbst auszahlen ließ. In diesem Verhalten hat das Berufungsgericht mit Recht eine schuldhaft positive Vertragsverletzung gesehen, durch die die Beklagte sich ihren Franchisenehmern gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht hat. Diese können daher im Wege des Schadensersatzes verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stünden, wenn die Beklagte ihrer Pflicht zur vollständigen Weitergabe der Einkaufsvorteile genügt hätte. Soweit die Beklagte für Wareneinkäufe der Klägerin bei den gelisteten Lieferanten Differenzrabatte vereinnahmt hat, steht der Klägerin mithin ein Anspruch auf Schadensersatz in Geld zu. Da der Klägerin die Höhe der von der Beklagten jeweils vereinnahmten Differenzrabatte und etwaiger sonstiger Einkaufsvorteile nicht bekannt ist, hat ihr die Beklagte nach § 242 BGB hierüber Auskunft zu erteilen (BGH, Urt. v. 27.4.1999 - KZR 54/97, WuW/E DE-R 303, 307 - "Sitzender Krankentransport").

Dem der Klägerin darüber hinaus zuerkannten Anspruch auf "Rechenschaft" über die von der Beklagten vereinnahmten Differenzrabatte kommt neben dem Auskunftsanspruch keine eigenständige Bedeutung zu. Eine Rechnungslegung in Gestalt einer geordneten Aufstellung von Einnahmen und Ausgaben - dies versteht die Klägerin ausweislich der Klageschrift unter dem Begriff Rechenschaft - macht in dem hier gegebenen Zusammenhang keinen Sinn. Um Ausgaben, die die Beklagte gegenüber der Klägerin abzurechnen hätte, geht es hier nicht. Hinsichtlich der Einnahmen ist dem Auskunftsbedürfnis der Klägerin Genüge getan, wenn die Beklagte bezogen auf die einzelnen Wa-

reneinkäufe der Klägerin bei den gelisteten Lieferanten die Höhe der jeweils vereinnahmten Differenzrabatte, Boni, Provisionen und sonstigen Vergütungen in Form einer geordneten Aufstellung angibt.

Für einen Wirtschaftsprüfervorbehalt, um dessen Einräumung die Beklagte hilfsweise gebeten hat, besteht keine Veranlassung. Die von der Beklagten geschuldete Auskunft betrifft keine Daten, bezüglich deren ein legitimes Geheimhaltungsinteresse der Beklagten gegenüber der Klägerin in Betracht käme. Die Einkaufsvorgänge, aus denen der Beklagten Einkaufsvorteile zugewendet worden sind, sind von der Klägerin getätigt worden und ihr damit ohnehin bekannt. Hinsichtlich der der Beklagten aus diesen Einkäufen zugeflossenen Differenzrabatte und sonstigen Vorteile besteht schon deswegen kein anzuerkennendes Geheimhaltungsinteresse der Beklagten, weil diese Vorteile der Klägerin zustehen.

B.

I. Das Berufungsgericht bejaht eine Ersatzpflicht der Beklagten für den Schaden, den die Klägerin durch die von der Beklagten seit März 1999 durchgeführte Werbung mit festen Endverkaufspreisen erlitten hat. Da die Werbung nicht zwischen den Apollo-Filialen und den Apollo-Franchisebetrieben unterschieden habe, seien die Franchisenehmer unter Verstoß gegen §§ 14, 22 GWB wirtschaftlich an die in der Werbung genannten Preise gebunden worden. Denn angesichts des einheitlichen Erscheinungsbildes aller Apollo-Optik-Geschäfte erwarte der Kunde, daß er die beworbenen Artikel in allen Geschäften zu den beworbenen Konditionen erwerben könne. Dieser Erwartung könne sich der einzelne Franchisenehmer nicht entziehen, ohne sich von der Werbung zu distanzieren, als deren Urheber er erscheine. Ein solcher Widerspruch ver-

ringere zwangsläufig die Aussicht auf Geschäftsabschlüsse über die beworbenen Artikel. Daß die Beklagte bei dem für die Franchisenehmer bestimmten Werbematerial Preiszusätze "ab" und "bis zu" angebracht habe, ändere an der wirtschaftlichen Preisbindung nichts. Der Kunde beziehe diese Zusätze nicht auf die unterschiedliche Organisationsform der Apollo-Optik-Geschäfte, sondern auf die beworbene Ware und erwarte deshalb, wenigstens einen der beworbenen Artikel mit dem in der Werbung genannten Preisvorteil zu erhalten.

II. Auch hiergegen wendet sich die Revision vergeblich.

1. Die Zulässigkeit des Feststellungsantrags hat das Berufungsgericht mit zutreffender Begründung bejaht. Die von der Revision insoweit erhobene Verfahrensrüge greift nicht durch (§ 564 ZPO).

2. Die Revision wendet sich nicht gegen den Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß von einer nicht nach Filial- und Franchisebetrieben differenzierenden Werbung der Beklagten mit Endverkaufspreisen ein wirtschaftlicher Druck auf die Franchisenehmer ausgehen kann, der einer nach § 14 GWB verbotenen vertraglichen Preisbindung gleichkommt. Diese Auffassung steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 140, 342, 346 ff. - Preisbindung durch Franchisegeber I). Wie das Berufungsgericht mit zutreffender Begründung weiter angenommen hat, ist den Franchisenehmern durch die Preiszusätze "ab" und - bei Reduzierungen - "bis zu" kein ausreichender Preisgestaltungsspielraum in bezug auf die Gesamtheit der beworbenen Artikel erhalten geblieben. Eine ausdrückliche Kennzeichnung als unverbindliche Preisempfehlung hat die Beklagte nach eigenem, von der Revision als übergangen gerügtem Vorbringen erst nach Erlaß einer entsprechenden einstweiligen Verfügung im Dezember 1999 in ihre Werbung für das "VariView"-Angebot aufgenommen.

3. Ein auf unzulässiger Preisbindung beruhender Schadensersatzanspruch der Klägerin scheidet entgegen der Auffassung der Revision auch nicht daran, daß die Gewinnspanne bei den mit Preisangaben beworbenen Produkten nach dem Berufungsvorbringen der Beklagten deutlich höher lag als bei üblichen Gleitsichtglas-Angeboten. Für die Frage, ob und in welcher Höhe die Klägerin als Folge der unzulässigen Preisbindung einen Schaden erlitten hat, ist nicht entscheidend, welchen Gewinn die Klägerin beim Verkauf anderer als der beworbenen Artikel erzielt hätte. Vergleichsmaßstab ist vielmehr allein der Gewinn, den die Klägerin ohne die faktische Bindung an die von der Beklagten in der Werbung genannten Preise beim Verkauf der beworbenen Artikel hätte erzielen können. Daß dieser ungeachtet des wirtschaftlichen Erfolgs der Werbekampagnen der Beklagten den tatsächlich erzielten Gewinn möglicherweise überstiegen hätte, hat das Berufungsgericht von der Revision unbeanstandet festgestellt.

4. Nicht gefolgt werden kann der Revision schließlich, soweit sie das Schadensersatzbegehren der Klägerin deswegen für treuwidrig hält, weil die Klägerin das ihr Anfang 1999 unterbreitete Angebot der Beklagten, in ihrer Werbung auf die Unverbindlichkeit der beworbenen Preise hinzuweisen, "ignoriert" habe. Zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen ihrer Franchisenehmer hätte die Beklagte von Anfang an die Unverbindlichkeit der in ihrer

Werbung genannten Preise für ihre Franchisenehmer herausstellen müssen. Ein bloßes Angebot rechtmäßigen Verhaltens vermochte die Rechtswidrigkeit der faktischen Preisbindung nicht zu beseitigen; seine "Ignorierung" seitens der Klägerin ist dementsprechend irrelevant.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum