



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

KZR 18/02

Verkündet am:  
13. Juli 2004  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 2004 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Ball, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Raum

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 6. Juni 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts München I vom 8. Februar 2001 unter Zurückweisung der Anschlußberufung der Beklagten teilweise geändert.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, dem Kläger in Gestalt einer geordneten Darstellung Auskunft über alle Einkaufsvorteile aus Einkäufen des Klägers bei Apollo-Lieferanten zu erteilen, die der Beklagten

in dem Zeitraum vom 28. April 1994 bis zum 30. Juni 1999 für das Franchisegeschäft des Klägers in A.

und

in dem Zeitraum vom 23. Mai 1996 bis zum 28. Februar 2000 für das Franchisegeschäft des Klägers in L.

insbesondere in Gestalt von Differenzrabatten, Boni, Provisionen und sonstigen Vergütungen von Apollo-Lieferan-

ten gewährt und nicht an den Kläger weitergeleitet worden sind.

Soweit der Kläger ursprünglich beantragt hat,

festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihm den aus der unbegründeten Kündigung des Franchisevertrages bezüglich des Franchisegeschäfts in L. entstandenen Schaden zu ersetzen, sowie

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, die Erbringung von Franchisegeber-Werbeleistungen von Zahlungen abhängig zu machen, die über den in Nr. 7.3 des Franchisevertrages vereinbarten pauschalen Werbebeitrag hinausgehen,

ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt.

Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm daraus entstanden ist, daß die Beklagte die Erbringung von Franchisegeber-Werbeleistungen von Zahlungen abhängig gemacht hat, die über den in Nr. 7.3 des Franchisevertrages vereinbarten pauschalen Werbebeitrag hinausgehen.

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

Von Rechts wegen

### Tatbestand:

Die Parteien streiten über Ansprüche aus inzwischen beendeten Franchiseverhältnissen.

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 Kläger war als Franchisenehmer der Beklagten von April 1994 bis Juni 1999 Inhaber eines Apollo-Optik-Fachgeschäfts in A. und von Mai 1996 bis Februar 2000 Inhaber eines solchen in L.. Die nach einem von der Beklagten vorformulierten und bundesweit im wesentlichen gleichlautend verwendeten Vertragsmuster abgeschlossenen Franchiseverträge sehen, soweit hier von Interesse, folgende Regelungen vor:

#### **1. Gegenstand und Geltungsbereich des Vertrages**

1.2 Der Partner ist berechtigt und verpflichtet, die von Apollo gehandelten Waren und die Apollo-Dienstleistungen ausschließlich in seinem Betrieb an oben genannter Adresse Endverbrauchern anzubieten / zu verkaufen und die gewerblichen Schutzrechte von Apollo bei allen Tätigkeiten im Rahmen dieses Vertrages zu benutzen. ...

1.3 Apollo verpflichtet sich, dem Partner alle gemäß der jeweils gültigen Apollo-Sortiments-Preisliste von ihm bestellten Waren zu liefern bzw. liefern zu lassen und auf Wunsch des Partners, von Fall zu Fall, für diesen Dienstleistungen in der zentralen Werkstatt gegen Entgelt zu erbringen.  
...

#### **4. Leistungen von Apollo bezüglich Werbung, Verkaufsförderung und Öffentlichkeitsarbeit**

4.1 Apollo erarbeitet die einheitliche Marketing-Konzeption, insbesondere die Werbe-, Verkaufsförderungs- und Public-Relation-Maßnahmen für Apollo-optik-Fachgeschäfte.

4.2 Überregionale und regionale Werbung und Verkaufsförderung sowie Public-Relation sind Ermessenssache von Apollo; die Partner sind verpflichtet, sich dieser Werbung anzuschließen.

4.3 Der Partner übernimmt die von Apollo erarbeitete Marketing-Konzeption für sein Einzugsgebiet und führt in diesem alle vorgegebenen einheitlichen Werbe- und Promotion-Aktionen des Apollo-Systems auf eigene Kosten durch. ...

4.4 Apollo erarbeitet für den Partner Pläne für die laufende Werbung und Dekoration. Apollo stattet

- nach eigenem Ermessen kostenlos

- oder nach Beauftragung durch den Partner zum Selbstkostenpreis

diesen mit einheitlichen Werbe- und Dekorationsmitteln, z.B. Plakaten, Preisschildern, Displays, Handzetteln u.ä. aus; ferner mit Anzeigen, Filmen, Text- und Layout-Standards und sonstigen Druckvorlagen für lokale Anzeigen und Verkaufsaktionen in ausreichender Zahl gemäß Werbeplan. Der Partner verpflichtet sich, diese Werbe- und Dekomittel nach den Vorgaben von Apollo für seinen Betrieb einzusetzen. ...

## **6. Weitere Leistungen von Apollo**

6.1 Apollo berät den Partner regelmäßig in Fragen des Einkaufs und Verkaufs, des Apollo-optik-Fachgeschäft-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-Netto-Jahres-Umsatz bis 800.000,-- DM seines Apollo-Fachgeschäft-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.

Der monatliche Mindestwerbebeitrag ... beträgt 1.000,-- DM. Für den 800.000,-- DM übersteigenden Netto-Umsatz beträgt die Werbefondgebühr 1 % vom Netto-Umsatz. ...

## **12. Dauer und Beendigung des Vertrages**

12.1 Dieser Vertrag wird für eine Laufzeit von 5 Jahren ab Unterzeichnung geschlossen. Der Partner erhält ein einseitiges Optionsrecht für weitere 5 Jahre. Der Vertrag verlängert sich dann jeweils um 2 weitere Jahre, wenn er nicht von einer der Parteien mit einer Frist von 12 Monaten vor seinem jeweiligen Ablauf gekündigt wird. ...

12.4 Jede der Vertragsparteien ist berechtigt, diesen Vertrag, dessen Durchführung ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Beteiligten voraussetzt, aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

Ein wichtiger Grund ist insbesondere die grobe Verletzung des Vertrages. ...

Ohne, daß ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes vorliegt, kann im übrigen jede Partei diesen Vertrag mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende dann kündigen, wenn das Vertrauensverhältnis ernsthaft gestört ist ...

Der Vertrag vom 23. Mai 1996 enthält abgesehen von einzelnen Modifikationen, die insbesondere die Höhe des Werbebeitrags (3 %) nach Klausel Nr. 7.3. betreffen, dem Vertrag vom 28. April 1994 entsprechende Regelungen.

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 der Kläger 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. Der Kläger 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 laufen-

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

Ab Februar 1999 warb die Beklagte in mehreren bundesweiten Kampagnen für verschiedene "günstige Set-Angebote" (z.B. das "VariView"-Angebot für Gleitsichtbrillen) unter Angabe von Verkaufspreisen (z.B. "jetzt 299 statt 899 DM"). Der Kläger und andere Franchisenehmer der Beklagten, von denen sich 57 zwischenzeitlich in der "Interessengemeinschaft der Franchise-Nehmer der Apollo-Optik e.V." zusammengeschlossen hatten, sahen darin eine unzulässige Preis- und Konditionenempfehlung und forderten die Beklagte zur Unterlassung auf. Nach weiteren, zum Teil gerichtlich ausgetragenen Auseinandersetzungen ließen der Kläger sowie weitere Franchisenehmer mit Anwaltsschreiben vom 17. November 1999 Minderungs- und Schadensersatzansprüche sowie ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Der Kläger widerrief die der Beklagten erteilte Bankeinzugsermächtigung, machte die bereits erfolgten Abbuchungen der Lizenzgebühren und Werbebeiträge für die Monate September und Oktober 1999 in Höhe von insgesamt 10.293 DM rückgängig und leistete auch in der Folgezeit keine Zahlungen mehr. Zugleich stellte er die monatlichen Umsatzmeldungen an die Beklagte (Nr. 8.1 des Franchisevertrages) ein. Die Beklagte kündigte daraufhin mit Schreiben vom 24. November 1999 den Franchisevertrag betreffend das Franchisegeschäft in L. unter Hinweis auf die Regelung in Nr. 12 Abs. 4 des Vertrages fristlos, hilfsweise zum 29. Februar 2000. Eine weitere fristlose Kündigung vom 11. Januar 2000 stützte sie darauf, daß der Kläger trotz Mahnung keine Umsatzmeldungen mehr abgegeben hatte.

Der Kläger betreibt seit dem 1. März 2000 in L. ein Optikfachgeschäft, das in keiner Beziehung zur Beklagten steht. Seine Geschäftstätigkeit in A. stellte er zum 30. Juni 1999 nach Ablauf der vereinbarten 5-jährigen Vertragsdauer ein.



Der Kläger hat die Beklagte im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Rechnungslegung über die vereinnahmten Differenzrabatte für die Franchise-geschäfte in A. und L. in Anspruch genommen sowie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte zum Ersatz des Schadens verpflichtet sei, der ihm, dem Kläger, aus der Diskriminierung bei der Erbringung von Franchise-Werbeleistungen der Beklagten, aus der wirtschaftlichen Bindung an Verkaufspreise und -bedingungen aufgrund von Werbeaktionen der Beklagten sowie aus der unbegründeten Kündigung des Franchisevertrages hinsichtlich des Franchisegeschäftes in L. entstanden sei. Weitere ursprünglich angekündigte Unterlassungsanträge hat der Kläger im Hinblick auf die faktische Beendigung des Franchiseverhältnisses einseitig für erledigt erklärt. Den mit Schriftsatz vom 28. August 2000 angekündigten Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für den Schaden, der ihm aufgrund der unbegründeten Kündigung des Franchisevertrages entstanden sei, hat der Kläger ebenfalls in der Hauptsache für erledigt erklärt und dies damit begründet, daß ihm nach erst jetzt vorliegenden und nicht vorhersehbaren Erkenntnissen durch die Kündigung kein Schaden entstanden sei.

Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Es hat die Beklagte für verpflichtet gehalten, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Ungleichbehandlung hinsichtlich der Werbemaßnahmen sowie seit dem 1. März 1999 aus der wirtschaftlichen Bindung an Verkaufspreise entstanden ist. Hinsichtlich der ursprünglichen Anträge auf Unterlassung von Vereinbarungen mit Lieferanten, durch die diesen verboten werde, dem Kläger höhere als die von der Beklagten festgelegten Rabatte zu gewähren, sowie auf Unterlassung unterschiedlicher Behandlung hinsichtlich von Werbeleistungen hat das Landgericht die Erledigung der Hauptsache festgestellt. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Erledigung der Hauptsache auch insoweit festgestellt, als der Beklagten nach dem ursprünglichen Unterlassungsbegehren des Klägers Absprachen mit Apollo-Lieferanten über die Abführung von Differenzrabatten verboten werden sollten. Nach teilweiser Klagerücknahme hat es die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des Schadens, der dem Kläger durch die wirtschaftliche Bindung an die Verkaufspreise der Beklagten entstanden ist, auf die Zeit ab 1. November 1999 begrenzt. Ferner hat es auf die Anschlußberufung der Beklagten die Klage abgewiesen, soweit der Kläger sein ursprüngliches Feststellungs- und Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Überlassung von Werbematerial durch die Beklagte für erledigt erklärt hat. Die weitergehenden Rechtsmittel hat es zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger die in zweiter Instanz erfolglos gebliebenen Anträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers hat Erfolg.

A.

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

I. Das Berufungsgericht hat die Stufenklage mit der Begründung abgewiesen, dem Kläger stehe aus beiden Verträgen weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Anspruch auf Herausgabe der von der Beklagten vereinnahm-

ten Differenzrabatte und folglich auch kein vorbereitender Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch zu. Vertragliche Ansprüche scheiterten am Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F., da in beiden schriftlichen Verträgen die Rabattstaffel Gläser sowie in dem Vertrag vom 28. April 1994 auch die Gebühren und Konditionen sowie die Preisliste für Einschleifarbeiten Gegenstand vertraglicher Absprachen der Parteien gewesen, aber nicht in Schriftform vereinbart worden seien. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) stehe einer Berufung der Beklagten auf die Formnichtigkeit der Verträge nicht entgegen. Daß die Vertragsurkunden von der Beklagten vorgegeben wurden, sei kein maßgeblicher Umstand. Auch vermöge der Kläger keine Umstände aufzuzeigen, wonach die Loseblattform von seiten der Beklagten deshalb gewählt worden sei, um sich gegebenenfalls auf die Formnichtigkeit der Verträge berufen zu können. Ein dahingehender Grundsatz, daß die Beklagte vorrangig für die Einhaltung der Schriftform als verantwortlich anzusehen wäre, weil sie im Verhältnis zu dem nicht anwaltlich beratenen Kläger über die überlegene Sachkunde verfüge, sei nicht anzuerkennen. Es verbleibe daher bei dem Grundsatz, daß es Sache jeder Vertragspartei sei, für den formwirksamen Abschluß des Vertrages Sorge zu tragen.

Auskunfts- und Zahlungsansprüche hinsichtlich der Differenzrabatte stünden dem Kläger auch nicht aus Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag, aus Kommissionsrecht, aus unterlassener Aufklärung über die Differenzrabatte vor Vertragsschluß, aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unter Schadensersatzgesichtspunkten zu.

II. Diese Beurteilung greift die Revision mit Erfolg an.

1. Vertragliche Ansprüche des Klägers scheitern nicht bereits am Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F. Das gilt unabhängig davon, ob die Verfah-

rensrügen, die die Revisionserwiderung zur Verteidigung der insoweit vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen erhebt, berechtigt sind. Denn der Beklagten wäre es jedenfalls nach § 242 BGB verwehrt, sich auf einen etwaigen Mangel der Schriftform zu berufen (Senatsurt. v. 20.5.2003 - KZR 27/02, WuW/E DE-R 1170, 1171 f. - Preisbindung durch Franchisegeber II).

2. Nach Abschnitt 6.3 der Franchiseverträge hat der Kläger Anspruch auf Weitergabe sämtlicher Einkaufsvorteile und damit auch der Teile der Lieferantenrabatte, die der Beklagten als "Differenzrabatte" aus Wareneinkäufen des Klägers bei den Apollo-Lieferanten zugeflossen sind. Die Regelung in Nr. 6.3 des Franchisevertrages ist dahin auszulegen, daß die Beklagte Einkaufsvorteile in Gestalt von Preisnachlässen der gelisteten Lieferanten in vollem Umfang an ihre Franchisenehmer weiterzugeben hat (BGH WuW/E DE-R 1170, 1172 f.).

3. 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 veranlassen, 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 daß sie sich ohne Wissen ihrer Franchisenehmer die jeweilige Differenz von den Lieferanten selbst auszahlen ließ. Dieses Verhalten stellt eine schuldhaft positive Vertragsverletzung dar, durch die die Beklagte sich ihren Franchisenehmern gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht hat. Diese können daher im Wege des Schadensersatzes verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn die Beklagte ihrer Pflicht zur

vollständigen Weitergabe der Einkaufsvorteile genügt hätte. Soweit die Beklagte für Wareneinkäufe des Klägers bei den gelisteten Lieferanten Differenzrabatte vereinnahmt hat, steht dem Kläger mithin ein Anspruch auf Schadensersatz in Geld zu. Da dem Kläger die Höhe der von der Beklagten jeweils vereinnahmten Differenzrabatte und etwaiger sonstiger Einkaufsvorteile nicht bekannt ist, hat ihm die Beklagte nach § 242 BGB hierüber Auskunft zu erteilen (BGH WuW/E DE-R 1170, 1173).

Dem von dem Kläger darüber hinaus geltend gemachten Anspruch auf "Rechenschaft" über die von der Beklagten vereinnahmten Differenzrabatte kommt neben dem Auskunftsanspruch keine eigenständige Bedeutung zu (BGH WuW/E DE-R 1170, 1173).

Für einen Wirtschaftsprüfervorbehalt, um dessen Einräumung die Beklagte hilfsweise gebeten hat, besteht keine Veranlassung (BGH WuW/E DE-R 1170, 1173 f.).

## B.

I. Die Formnichtigkeit der Franchiseverträge hat nach Ansicht des Berufungsgerichts weiter zur Folge, daß der Kläger keine Ansprüche gegen die Beklagte daraus herleiten kann, daß diese seit August 1999 die Überlassung bestimmten Werbematerials von der Zahlung einer zusätzlichen, den vereinbarten pauschalen Werbebeitrag von 3 % des Nettoumsatzes übersteigenden Vergütung abhängig gemacht hat. Es hat deshalb die auf dieses Verhalten gestützte Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten ebenso abgewiesen wie den Antrag des Klägers, den Rechtsstreit insoweit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, als die Klage ursprünglich auf Unterlassung des beanstandeten Verhaltens der Beklagten gerichtet war.

II. Auch dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die etwaige Formnichtigkeit der Franchiseverträge steht den Klagebegehren aus den unter A II 1 genannten Gründen auch insoweit nicht entgegen. Nach der somit maßgeblichen vertraglichen Regelung war die Beklagte nicht berechtigt, die Überlassung von Werbematerial an den Kläger von Zahlungen abhängig zu machen, die über den in Nr. 7.3 des Franchisevertrages vereinbarten pauschalen monatlichen Werbebeitrag in Höhe von 3 % des Nettoumsatzes hinausgehen (Senatsurt. v. 20.5.2003 - KZR 19/02, BB 2003, 2254 - Apollo-Optik unter B II). Ob die schon aus dem Franchisevertrag folgende Verpflichtung der Beklagten sich auch aus kartellrechtlichen Gesichtspunkten (§§ 20, 33 GWB) herleiten ließe, bedarf keiner Entscheidung.

Die auf Unterlassung des vorbezeichneten vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten gerichtete Klage war daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ursprünglich begründet. Da das Unterlassungsbegehren sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit dadurch erledigt hat, daß die Parteien ihre Zusammenarbeit Ende Februar 2000 beendet haben, hat das Landgericht insoweit zu Recht die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt. Die hiergegen gerichtete Anschlußberufung der Beklagten ist daher zurückzuweisen. Soweit der Kläger infolge der vertragswidrigen Vorenthaltung von Werbematerial einen Schaden erlitten hat, ist die Beklagte aus dem Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung zum Ersatz desselben verpflichtet. Der auf die Ersatzpflicht der Beklagten gerichteten Feststellungsklage hat das Landgericht daher gleichfalls zu Recht stattgegeben, sodaß auch die hiergegen gerichtete Anschlußberufung der Beklagten zurückzuweisen ist.

C.

I. Der Kläger hat die Klage Ende August 2000 um den Antrag erweitert, die Verpflichtung der Beklagten festzustellen, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm durch die unbegründete Kündigung des das Geschäft in L. betreffenden Franchisevertrages entstanden sei. In der mündlichen Verhandlung erster Instanz hat er diesen Antrag mit der Begründung für erledigt erklärt, ihm sei, was im Zeitpunkt der Klageerweiterung nicht vorhersehbar gewesen sei, durch die Kündigung kein Schaden entstanden. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Kündigung der Beklagten sei berechtigt gewesen. Das Berufungsgericht hat das ursprüngliche Schadensersatzbegehren schon wegen Formnichtigkeit der Franchiseverträge für unbegründet gehalten und ferner gemeint, der Kläger habe ein erledigendes Ereignis nicht dargelegt, weil seinen Ausführungen nicht zu entnehmen sei, welche neuen Erkenntnisse nach dem Zeitpunkt der Klageerweiterung dazu geführt haben sollten, daß die Schadenswahrscheinlichkeit nicht mehr gegeben sei.

II. Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Auf die eventuelle Formnichtigkeit der Franchiseverträge kann die Beklagte sich, wie dargelegt (oben A II 1), nicht berufen. An ihr kann folglich auch die auf Feststellung der Erledigung des ursprünglichen Schadensersatzbegehrens gerichtete Klage nicht scheitern.

2. Der vom Landgericht angenommene wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung - Verzug des Klägers mit der Zahlung der Franchisegebühren für die Monate September und Oktober 1999, Widerruf der der Beklagten erteilten Bankeinzugsermächtigung, Weigerung des Klägers, weitere Zahlungen an die Beklagte zu leisten - war im Zeitpunkt der Kündigung aus Rechtsgründen nicht gegeben, weil dem Kläger wegen der vertragswidrig nicht an ihn weiterge-

leiteten Einkaufsvorteile ein Zurückbehaltungsrecht zustand (BGH BB 2003, 2254 unter C II 1). Die in Nr. 12.4 der Franchiseverträge getroffene Regelung kommt als Grundlage einer wirksamen Kündigung nicht in Betracht, weil die Klausel wegen unangemessener Benachteiligung des Franchisenehmers gemäß § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) unwirksam ist (BGH BB 2003, 2254 unter C II 2).

3. Unter diesen Voraussetzungen war die im August 2000 erhobene Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht für den durch die unberechtigte Kündigung eingetretenen Schaden ursprünglich begründet. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Feststellung der Ersatzpflicht im gerichtlichen Verfahren voraus, daß eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Schadens besteht (z.B. BGHZ 130, 205, 220 - Feuer, Eis & Dynamit I, m. w. Nachw.). Diese Wahrscheinlichkeit braucht nicht hoch zu sein (BGH, Urt. v. 20.6.1991 - I ZR 277/89, GRUR 1992, 61, 63 - Preisvergleichsliste); insbesondere muß nicht festgestellt werden, daß ein Schaden bereits eingetreten ist oder worin dieser besteht (BGH, Urt. v. 29.3.1960 - I ZR 109/58, GRUR 1960, 423, 426 - Kreuzbodenventilsäcke). Ausreichend ist vielmehr, daß aufgrund des festgestellten Sachverhalts der Eintritt eines Schadens zumindest denkbar und möglich erscheint. Davon ist hier bei Anlegung des gebotenen großzügigen Maßstabs (BGH, Urt. v. 16.1.2001 - VI ZR 381/99, NJW 2001, 1431) auszugehen.

4. Der auf Feststellung der Erledigung dieses Schadensersatzanspruchs gerichteten Klage kann der Erfolg auch nicht deswegen versagt werden, weil der Kläger ein erledigendes Ereignis nicht hinreichend dargetan habe. Seine - allerdings allgemein gehaltene - Behauptung, aufgrund neuer, nach der Klageerweiterung gewonnener Erkenntnisse sei mit einem Schadenseintritt nicht mehr zu rechnen, hat die Beklagte, wie die Revision mit Recht rügt, nicht



bestritten. Sie hat vielmehr der Sache nach geltend gemacht, schon bei Einreichung der Klageerweiterung im August 2000 sei vorhersehbar gewesen, daß ein Schaden als Folge der Kündigung nicht eintreten werde. Dieser Einwand richtet sich gegen die ursprüngliche Begründetheit der Feststellungsklage, nicht gegen deren Erledigung.

D.

Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben, soweit die Klage in den Vorinstanzen erfolglos geblieben ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist hinsichtlich des auf der ersten Stufe der Leistungsklage geltend gemachten Auskunftsanspruchs und bezüglich der Feststellungsklagen zur Endentscheidung reif, da weitere Feststellungen insoweit nicht in Betracht kommen. Über den Auskunftsanspruch und über die Feststellungsklagen ist daher - unter Zurückweisung der Anschlußberufung der Beklagten - im Sinne des Klägers zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die weitergehende Entscheidung über die Stufenklage ist dem Berufungsgericht zu überlassen, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben wird (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum