



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 5/03

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

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 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:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 12. Februar 2003 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 Kläger war vom 8. Januar 1991 bis zum 8. Januar 2001 als Franchisenehmer der Beklagten Inhaber eines Apollo-Optik-Fachgeschäfts in B.. Der nach einem von der Beklagten vorformulierten und bundesweit im wesentlichen gleichlautend verwendeten Vertragsmuster abgeschlossene Franchisevertrag sieht, soweit hier von Interesse, folgende Regelungen vor:

1. Gegenstand und Geltungsbereich des Vertrages

1.5 Apollo wird während der Laufzeit dieses Vertrages in B. weder ein eigenes Apollo Optik-Studio eröffnen noch dazu einem Dritten ein Recht erteilen.

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. ...

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 ...

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 laufende 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 Anwaltschreiben vom 17. November 1999 Minderungs- und Schadensersatzansprüche sowie ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Der Kläger widerrief die

der Beklagten erteilte Bankeinzugsermächtigung und kündigte an, in der Folgezeit keine Zahlungen mehr leisten zu wollen. Die Beklagte kündigte daraufhin den Franchisevertrag mit Schreiben vom 24. November 1999 unter Hinweis auf die Regelung in Nr. 12 Abs. 4 des Vertrages fristlos, hilfsweise zum 29. Februar 2000. Im Juni 2000 eröffnete die Beklagte in B. eine Filiale.

Der Kläger hat die Beklagte im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Rechnungslegung über die von ihr vereinnahmten Differenzrabatte in Anspruch genommen sowie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte zum Ersatz des Schadens verpflichtet sei, der ihm, dem Kläger, aus der wirtschaftlichen Bindung an Verkaufspreise und -bedingungen aufgrund von Werbeaktionen der Beklagten sowie aus der Aufnahme und Führung des Geschäftsbetriebes eines Apollo-Optik Fachgeschäfts der Beklagten in B. entstanden sei und in Zukunft noch entstehe. Ferner hat er die Unterlassung der Führung des Apollo-Optik Fachgeschäfts in B. durch die Beklagte bis zur wirksamen Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien und die Feststellung begehrt, daß der Franchisevertrag der Parteien fortbestehe und nicht durch die Kündigung der Beklagten beendet sei. 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 Klage auf Auskunft stattgegeben. Es hat ferner die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des Schadens festgestellt, der dem Kläger aus der wirtschaftlichen Bindung an Verkaufspreise und -bedingungen aufgrund von Werbeaktionen der Beklagten sowie aus der Aufnahme und Führung des Geschäftsbetriebes eines Apollo-Optik Fachgeschäfts der Beklagten in B. in der Zeit vom 1. Juni 2000 bis 7. Januar 2001 entstanden ist und in Zukunft noch entstehen wird. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat keinen 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 der Auskunftsklage mit der Begründung stattgegeben, dem Kläger stehe dem Grunde nach ein vertraglicher Anspruch auf Herausgabe der von der Beklagten vereinnahmten Differenzrabatte und folglich auch ein vorbereitender Anspruch auf Auskunft zu. Die in Abschnitt 6.3 des Franchisevertrages getroffene Regelung sei jedenfalls gemäß § 5 AGBG dahin auszulegen, daß die Beklagte sämtliche Preisnachlässe und sonstige 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. Die Vorschrift finde keine Anwendung, weil die dem Franchise-Vertrag nur als Anlage beigefügten Rabattstaffeln keine rechtsgeschäftlichen Abreden der Parteien enthielten. Jedenfalls sei es der Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ver-

sagt, sich auf eine etwaige Formnichtigkeit des Franchisevertrages zu berufen, weil der Vertrag über viele Jahre zwischen den Parteien praktiziert und zahlreiche Leistungen und Gegenleistungen zwischen den Parteien ausgetauscht worden seien. Zur Erfüllung des sonach bestehenden vertraglichen Anspruchs, alle mit den Lieferanten ausgehandelten Einkaufsvorteile an die Franchisenehmer weiterzugeben, habe die Beklagte den Kläger über den gesamten Umfang der mit den Lieferanten ausgehandelten Preisnachlässe informieren und dafür Sorge tragen müssen, daß die Lieferanten die vereinbarten Rabatte auch gewährten. Da der Kläger seinen vertraglichen Anspruch nicht beziffern könne, weil ihm die Höhe der von der Beklagten vereinnahmten Differenzrabatte nicht bekannt sei, schulde die Beklagte ihm gemäß § 242 BGB Auskunft.

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. Denn der Beklagten ist 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. Die Regelung in Nr. 6.3 der Franchiseverträge hat das Berufungsgericht zutreffend dahin ausgelegt, daß der Kläger Anspruch auf Weitergabe sämtlicher Einkaufsvorteile und damit auch der Teile der Lieferantenrabatte hat, die der Beklagten als "Differenzrabatte" aus Wareneinkäufen des Klägers bei den Apollo-Lieferanten zugeflossen sind (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 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 daß sie sich ohne Wissen ihrer Franchisenehmer die jeweilige Differenz von den Lieferanten selbst auszahlen ließ. Dieses Verhalten stellt eine schuldhafte 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).

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

B.

Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht ferner die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des Schadens festgestellt, den der Kläger dadurch erlitten hat, daß die Beklagte durch eine nicht nach Filial- und Franchisebetrieben differenzierende Werbung mit Endverkaufspreisen wirtschaftlichen Druck auf

ihre Franchisenehmer ausübte, der einer vertraglichen Preisbindung gleichkommt (BGH WuW/E DE-R 1170, 1174).

C.

Vergeblich wendet sich die Revision schließlich gegen die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für den Schaden, der dem Kläger daraus entstanden ist und noch entstehen wird, daß die Beklagte ihm in der Zeit von Juni 2000 bis zum 7. Januar 2001 durch den Betrieb einer eigenen Filiale in B. vertragswidrig Konkurrenz gemacht hat. Die Revision zieht nicht in Zweifel, daß es der Beklagten nach Nr. 1.5 des Franchisevertrages verboten war, während der Laufzeit des Vertrages in B. eine eigene Filiale zu betreiben. Sie wendet sich vielmehr allein gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Franchisevertrag der Parteien sei durch die Kündigung der Beklagten vom 24. November 1999 weder mit sofortiger Wirkung noch zum 29. Februar 2000, sondern erst mit dem Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung (Nr. 12.1 des Franchisevertrages) zum 8. Januar 2001 beendet worden.

Diese Beurteilung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Der von der Revision angeführte wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung - Verzug des Klägers mit der Zahlung fälliger Franchisegebühren, 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 weitergeleiteten Einkaufsvorteile ein Zurückbehaltungsrecht zustand (Senatsurt. v. 20.5.2003 - KZR 19/02, BB 2003, 2254 - Apollo-Optik, unter C II 1). Die in Nr. 12.4 des Franchisevertrages getroffene Regelung kommt als Grundlage einer wirksamen Kündigung nicht in Betracht, weil die Klausel wegen unangemessener Benachteiligung des Franchisenehmers ge-

mäß § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) unwirksam ist (BGH BB 2003, 2254 unter C II 2). Soweit die Revision darüber hinaus in der Beteiligung des Klägers an gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen der Beklagten und einem Teil ihrer Franchisenehmer über die Zulässigkeit der Preiswerbung der Beklagten abweichend von den Vorinstanzen einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung sehen will, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet tatrichterlicher Würdigung.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum