



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 28/01

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:

Auf die Revision des Klägers und - soweit der Hilfsantrag auf Zahlung abgewiesen worden ist - von Amts wegen wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. November 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

Die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 31. Januar 2001 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Verurteilung der Beklagten, dem Kläger neben der Auskunft auch "Rechenhaft" über die ihr von den Lieferanten zugewendeten Einkaufsvorteile zu erteilen, entfällt.

Auf die Anschlußberufung des Klägers wird das Teilurteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 31. Januar 2001 teilweise geändert. Es wird festgestellt, daß hinsichtlich des mit den Klageanträgen zu I und zu III ursprünglich geltend gemachten Unterlassungsbegehrens der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits 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 von Mai 1993 bis Februar 2000 als Franchisenehmer der Beklagten Inhaber eines Apollo-Optik-Fachgeschäfts in R.. 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 ...

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 Fran-

chisenehmer 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 Anwaltsschreiben vom 17. November 1999 Minderungs- und Schadensersatzansprüche sowie ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Der Kläger widerrief die der Beklagten erteilte Bankeinzugsermächtigung, machte die bereits erfolgte Abbuchung der Lizenzgebühren und Werbebeiträge für den Monat Oktober 1999 rückgängig und leistete auch in der Folgezeit keine Zahlungen mehr. 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. Eine weitere fristlose Kündigung sprach sie am 12. Januar 2000 aus.

Der Kläger hat die Beklagte 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 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 den unbegründeten Kündigungen des Franchisevertrages entstanden sei. Weitere ursprünglich angekündigte Anträge auf Unterlassung von Vereinbarungen mit Lieferanten, durch die diesen verboten werde, dem Kläger höhere als die von der Beklagten festgelegten Rabatte zu gewähren, und durch die die Lieferanten verpflichtet werden, die Differenz zwischen den niedrigeren Rabatten des Klägers und den höheren für die eigenen Einkäufe der Beklagten vereinbarten Rabatte an die Beklagte sowohl in bar als auch in Form von Naturalrestitution zu bezahlen, sowie auf Unterlassung unter-

schiedlicher Behandlung hinsichtlich von Werbeleistungen hat der Kläger im Hinblick auf seinen faktischen Ausschluß aus dem Apollo-Vertriebssystem mit Wirkung vom 1. März 2000 in erster Instanz einseitig für erledigt erklärt (Klageanträge zu I und III).

Das Landgericht hat der Klage bis auf die Klageanträge zu I und III stattgegeben. Letztere hat es mit der Begründung abgewiesen, der Kläger habe ein erledigendes Ereignis nicht dargetan.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage bis auf die Feststellung abgewiesen, daß die Beklagte dem Kläger den ihm aus der Bindung an Verkaufspreise und -bedingungen der Beklagten entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Die Anschlußberufung des Klägers, mit der er die in erster Instanz erfolglos gebliebenen Anträge zu I und III weiterverfolgt hat, hat es zurückgewiesen. Dasselbe gilt für den mit der Anschlußberufung hilfsweise zu dem Auskunftsbegehren gestellten Antrag des Klägers, die Beklagte zur Zahlung von 198.627,11 DM nebst 5 % Zinsen seit 17. Oktober 2001 zu verurteilen.

Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der er die in zweiter Instanz erfolglos gebliebenen Klageanträge weiterverfolgt. 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 weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Anspruch auf Herausgabe der von der Beklagten vereinnahmten Differenzrabatte und folglich auch kein vorbereitender Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch zu.

Vertragliche Ansprüche scheiterten schon am Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F. Denn zum einen seien die Rabattlisten Gegenstand der vertraglichen Einigung der Parteien gewesen, mit der Vertragsurkunde aber nicht fest verbunden worden. Zum anderen gebe der Vertragstext den Willen der Parteien bei Vertragsschluß nicht zutreffend wieder, da der Kläger - entgegen dem Vertragstext in den Klauseln Ziffer 10.3 und 1.3 - unmittelbar in eine Lieferbeziehung zu den jeweiligen Lieferanten habe treten sollen. Der Beklagten sei eine Berufung auf den Formmangel nicht verwehrt, denn es sei grundsätzlich Sache jeder Vertragspartei, für den formgültigen Vertragsschluß Sorge zu tragen. Trotz der mangelnden anwaltlichen Beratung des Klägers bei Vertragsschluß sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen, auch im Interesse des Klägers für den rechtswirksamen Abschluß des Vertrages zu sorgen.

Ungeachtet der Formnichtigkeit sei den vertraglichen Regelungen auch keine Anspruchsgrundlage für das Klagebegehren zu entnehmen. Insbesondere

re könne der Kläger einen Anspruch auf Weitergabe sämtlicher Einkaufsvorteile nicht aus der Regelung in Abschnitt 6.3 des Vertrages herleiten. Die finanziellen Vorteile, die die Beklagte aus ihrer Geschäftsbeziehung zu den Lieferanten ziele, zählten nicht zu den nach dieser Vertragsbestimmung an die Franchisenehmer weiterzugebenden Vorteilen. Auskunfts- und Zahlungsansprüche hinsichtlich der Differenzrabatte stünden dem Kläger auch nicht aus Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag, aus Kommissionsrecht, 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 der Franchisevertrag dem Schriftformerfordernis genügt. 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 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 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. Das Berufungsgericht hat eine vertragliche und auch eine gesetzliche Pflicht der Beklagten verneint, es zu unterlassen, in Großabnehmerabkommen mit Apollo-Lieferanten die Einkaufspreise des Klägers durch eine vertragliche Preisbindung und durch das Verlangen nach Zahlung von Differenzrabatten zu binden. Es hat deshalb die auf Feststellung der Erledigung des ursprünglichen Unterlassungsbegehrens gerichtete Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, zum einen sei der Franchise-Vertrag wirksam gekündigt, zum anderen lasse sich eine vertragliche Bindung der Einkaufspreise des Klägers nicht feststellen. Die Lieferanten seien durch den Abschluß von Vereinbarungen über die Auskehr von Differenzrabatten lediglich faktisch in ihrer Preisgestaltungsfreiheit eingeschränkt, nicht aber auf Grund vertraglicher Absprachen und Bindungen, die den Gebrauch der Preisgestaltungsfreiheit mit wirtschaftlichen Nachteilen verbänden.

II. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision mit Erfolg.

Aus der in Nr. 6.3 des Franchisevertrages geregelten Verpflichtung zur vollständigen Weitergabe der mit den Apollo-Lieferanten ausgehandelten Rabatte an die Franchisenehmer folgt unmittelbar, daß es der Beklagten vertraglich verboten ist, die Lieferanten dazu zu veranlassen, einen Teil der vereinbarten Rabatte nicht den Franchisenehmern zu gewähren, sondern an sie, die Beklagte selbst, abzuführen. Denn auch wenn die Beklagte verpflichtet ist, alle ihr aus Einkäufen ihrer Franchisenehmer zufließenden Einkaufsvorteile an die Franchisenehmer weiterzuleiten, kann durch derartige Absprachen der vertragliche Anspruch der Franchisenehmer gefährdet werden, alsbald in den ungeschmälernten Genuß der Einkaufsvorteile zu gelangen, die die Beklagte mit dem jeweiligen Lieferanten ausgehandelt hat. Da es der Beklagten schon nach dem

Inhalt des Franchisevertrages verboten ist, sich von den Lieferanten sogenannte Differenzrabatte oder sonstige Vorteile auf Einkäufe ihrer Franchisenehmer gewähren zu lassen, bedarf keiner Entscheidung, ob die mit dem Unterlassungsbegehren des Klägers beanstandeten Vereinbarungen zugleich als unzulässige Preisbindungsabsprachen im Sinne des § 14 GWB anzusehen sind.

Das mithin ursprünglich zulässige und begründete Unterlassungsbegehren des Klägers hat sich dadurch erledigt, daß der Kläger, wie er am 17. Oktober 2001 im Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht erklärt hat, die Zusammenarbeit mit der Beklagten nicht fortsetzen will. Dementsprechend ist insoweit die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festzustellen.

C.

I. Das Berufungsgericht verneint eine Ersatzpflicht der Beklagten für den Schaden, den der Kläger dadurch erlitten hat, daß die Beklagte die Überlassung von Werbematerial in Form von Begleitmaterial zu überregionaler Rundfunk- und Fernsehwerbung ab dem 25. August 1999 von der Zahlung einer zusätzlichen, den vertraglich vereinbarten Werbebeitrag von 2 % des Nettoumsatzes übersteigenden Vergütung abhängig gemacht hat. Zur Begründung verweist es auf die Formnichtigkeit des Franchisevertrages und darauf, daß für diese Verfahrensweise der Beklagten die Vertragsklausel Ziffer 4.4 die Grundlage bilde.

II. Hiergegen wendet sich die Revision zu Recht.

An der etwaigen Formnichtigkeit des Franchisevertrages scheitert das Schadensersatzbegehren nicht (vgl. oben unter A II 1). Dem Berufungsgericht kann ferner nicht gefolgt werden, soweit es die Vorgehensweise der Beklagten als durch die Vertragsklausel Nr. 4.4 gedeckt ansieht (Senatsurt. v. 20.5.2003

- KZR 19/02, BB 2003, 2254 - Apollo-Optik, unter B II). Vielmehr 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 2 % des Nettoumsatzes hinausgehen (BGH BB 2003, 2254 aaO). Sie ist daher zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Kläger durch die vertragswidrige Vorenthaltung von Werbematerial erlitten hat. Begründet war darüber hinaus auch das weitere Begehren des Klägers, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, die Überlassung von Werbematerialien von Zahlungen abhängig zu machen, die über den vereinbarten pauschalen monatlichen Werbebeitrag hinausgehen. Auch dieses Begehren hat sich dadurch erledigt, daß der Kläger, wie er am 17. Oktober 2001 im Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht erklärt hat, die Zusammenarbeit mit der Beklagten nicht fortsetzen will. Dementsprechend ist auch insoweit die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festzustellen.

D.

Von Amts wegen aufzuheben ist das Berufungsurteil, soweit das Oberlandesgericht den in zweiter Instanz hilfsweise zu dem Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch gestellten Antrag des Klägers auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 198.627,11 DM nebst Zinsen abgewiesen hat. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Hilfsantrag stand nämlich unter der auflösenden Bedingung, daß dem Hauptantrag nicht stattgegeben wird (BGHZ 146, 298, 309). Diese Bedingung ist eingetreten, nachdem der Senat die der Klage bereits im Hauptantrag stattgebende Entscheidung des Landgerichts insoweit wiederhergestellt hat.

E.

Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben, soweit das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen und die Anschlußberufung des Klägers zurückgewiesen hat. Die Sache ist zur Endentscheidung reif, da weitere Feststellungen nicht in Betracht kommen. Der Senat kann daher abschließend in der Sache entscheiden. Die Berufung der Beklagten gegen das der Klage weitgehend stattgebende Teilurteil des Landgerichts ist zurückzuweisen, hinsichtlich des Auskunftsbegehens mit der Maßgabe, daß die Verurteilung der Beklagten, dem Kläger neben der Auskunft auch "Rechenschaft" über die ihr von den Lieferanten zugewendeten Einkaufsvorteile zu erteilen, entfällt. Auf die Anschlußberufung des Klägers ist die Erledigung der Hauptsache festzustellen, soweit der Kläger ursprünglich die Verurteilung der Beklagten erstrebt hat, es zu unterlassen, in Vereinbarungen mit Lieferanten durch vertragliche Preisbindung und die Forderung von Differenzrabatten seine Einkaufspreise zu binden sowie ihn bei der Erbringung von Werbeleistungen zu diskriminieren. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die mit der Anschlußberufung hilfsweise verfolgte Zahlungsklage ist von Amts wegen aufzuheben.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum