



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

KZR 29/01

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 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 II. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund vom 13. Juli 2000 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, 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 wird das Teilurteil der II. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund vom 13. Juli 2000 teilweise geändert.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, es zu unterlassen,

Apollo-Lieferanten in Großabnehmer-Abkommen zu verpflichten, dem Kläger keine höheren als die von ihr festgelegten Rabatte zu gewähren und die Differenz zwischen den niedrigeren Rabatten des Klägers und den höheren, aufgrund des Gesamtumsatzes der Lieferanten mit Apollo-Studios und Franchise-Geschäften vereinbarten Rabatten

in bar oder in Form von Naturalrabatten an die Beklagte abzuführen, sowie

die Erbringung von Franchisegeber-Werbeleistungen in Gestalt der Überlassung von Dekorationsmaterial 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.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über Ansprüche aus einem 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 ist seit November 1994 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**

1.2 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 ver-

kaufen 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 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 Anwaltsschreiben vom 17. November 1999 Minderungs- und Schadensersatzansprüche sowie ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Der Kläger widerrief die der Beklagten erteilte Bankeinzugsermächtigung, machte bereits erfolgte Abbuchungen der Lizenzgebühren und Werbebeiträge rückgängig und leistete auch in der Folgezeit keine Zahlungen mehr. Die Beklagte kündigte daraufhin den Franchisevertrag mit Schreiben vom 26. November 1999 unter Hinweis auf die Regelung in Nr. 12 Abs. 4 des Vertrages fristlos, hilfsweise zum 29. Februar 2000.

Der Kläger hat die Beklagte im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Rechnungslegung über die vereinnahmten Differenzrabatte in Anspruch ge-

nommen 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 und aus der wirtschaftlichen Bindung an Verkaufspreise und -bedingungen aufgrund von Werbeaktionen der Beklagten entstanden sei. Er hat ferner die Feststellung begehrt, daß der Franchisevertrag vom 8. November 1994 fortbestehe und durch die Kündigung der Beklagten vom 26. November 1999 nicht beendet worden sei. Ursprünglich angekündigte Anträge auf Unterlassung und auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht für den Zeitraum ab 1. März 2000 haben die Parteien in erster Instanz übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

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 dieser seine in erster Instanz übereinstimmend für erledigt erklärten Anträge wieder aufgegriffen hat, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, seine Einkaufspreise bei Lieferanten durch vertragliche Preisbindung und durch das Verlangen nach Zahlung von Differenzrabatten zu binden sowie ihn bei der Erbringung von Werbeleistungen zu diskriminieren, hat es ebenfalls zurückgewiesen. Dasselbe gilt für den mit der Anschlußberufung hilfsweise zu dem Auskunftsbegehren gestellten Antrag des Klägers, die Beklagte zur Zahlung von 93.884,45 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. Zur Begründung hat es ausgeführt, zum einen sei der Franchisevertrag 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. Die vertragliche Unterlassungspflicht der Beklagten ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht durch die am 26. November 1999 ausgesprochene Kündigung des Franchisevertrages entfallen, denn die Kündigung ist, wie noch darzulegen sein wird, unwirksam.

### 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 ist 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.

#### D.

I. In Abschnitt I D der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils (BU 41 ff.) heißt es einleitend, die "Klage auf Feststellung, daß der aus den (unberechtigten) Kündigungen des Franchisevertrages vom 24. November 1999 und 12. Januar 2000 entstandene Schaden zu ersetzen ist", sei unbegründet. Eine derartige Klage, wie sie verschiedentlich in Parallelverfahren, über die das Berufungsgericht ebenfalls zu entscheiden hatte, erhoben worden ist, war indessen, wie die Revision mit Recht bemängelt und auch die Revisionserwidmung einräumt, nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Der Kläger hat vielmehr in erster Instanz die Feststellung begehrt, daß der Franchisevertrag der Parteien fortbestehe und nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 26. November 1999 beendet sei. Davon geht ausweislich des Tatbestands des Berufungsurteils (BU 7) auch das Oberlandesgericht aus. Das Landgericht hat, wie das Berufungsgericht (BU 8) weiter zutreffend feststellt, der Klage insoweit stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie nach dem Tenor des Berufungsurteils abgewiesen. Auch die rechtlichen Ausführungen in Abschnitt I D 1 der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils (BU 41 ff.) befassen sich ausschließlich mit der Frage, ob die von der Beklagten am 26. November 1999 ausgesprochene Kündigung zur Beendigung des Franchiseverhältnisses geführt hat. Allein in dem kurzen abschließenden Abschnitt I D 2 der Entscheidungsgründe kommt

das Berufungsgericht auf eine vermeintliche weitere - nach seiner Auffassung unerhebliche - Kündigung vom 12. Januar 2000 zurück, die dem Kläger gegenüber nicht ausgesprochen worden ist.

Aus dieser Gesamtschau ergibt sich, daß das Berufungsgericht der Sache nach über die vom Kläger erhobene Feststellungsklage entschieden und nur den Eingangssatz sowie die Schlußbemerkung des Abschnitts I D der Entscheidungsgründe - offenbar versehentlich - aus einem in einer Parallelsache ergangenen Urteil übernommen hat.

II. Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Abweisung der auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung gerichteten Klage.

Die Beklagte hat den Franchisevertrag nicht wirksam gekündigt. Der vom Berufungsgericht 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 weitergeleiteten Einkaufsvorteile ein Zurückbehaltungsrecht zustand (BGH BB 2003, 2254 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 gemäß § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) unwirksam ist (BGH BB 2003, 2254 unter C II 2).

E.

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 93.884,45 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.

F.

Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist. Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif, da weitere tatsächliche Feststellungen nicht erforderlich sind. Der Senat kann daher abschließend in der Sache entscheiden. Die Berufung der Beklagten gegen das der Klage weitgehend stattgebende Urteil des Landgerichts ist mit der Maßgabe zurückzuweisen, 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 Beklagte weiter zu verurteilen, es zu unterlassen, für Einkäufe des Klägers von den Lieferanten Differenzrabatte zu fordern und die Erbringung von Werbeleistungen 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. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die mit der Anschlußberufung hilfsweise verfolgte Zahlungsklage ist von Amts wegen aufzuheben.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum