



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 6/03

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 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 1993 und Juni 1996 als Franchisenehmer der Beklagten Inhaber zweier Apollo-Optik-Fachgeschäfte in S. und K.. Die nach einem von der Beklagten vorformulierten und bundesweit im wesentlichen gleichlautend verwendeten Vertragsmuster abgeschlossenen Franchiseverträge sehen, soweit hier von Interesse, folgende Regelungen vor:

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-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 Ver-

besserungen 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 % (Vertrag vom 23. Juni 1996: 3 %) ... vom Gesamt-Nettoumsatz bis 800.000,-- DM seines Apollo-Studio-Betriebes, jedoch mindestens monatlich 2.000,-- DM. Für den 800.000,-- DM übersteigenden Nettoumsatz beträgt die Lizenz-/Servicegebühr 2 % ... vom Nettoumsatz.

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

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

Die für die Franchisebetriebe benötigten Waren wurden von den Franchisenehmern im eigenen Namen bei Lieferanten eingekauft. Hierfür überließ die Beklagte ihren Franchisenehmern sogenannte Rabattstaffeln, in denen nach Abnahmemenge gestaffelte Preisnachlässe auf die jeweiligen Listenpreise der bei Apollo gelisteten Lieferanten von Brillengläsern und anderem optischen Zubehör aufgeführt waren. Grundlage dieser Rabattstaffeln waren Rabattvereinbarungen, die die Beklagte sowohl für ihre eigenen Filialen als auch für die Franchisenehmer mit den einzelnen Lieferanten getroffen hatte. Die dabei ausgehandelten Rabatte wurden auf Veranlassung der Beklagten jedoch nicht in voller Höhe in die Rabattstaffeln aufgenommen und an die Franchisenehmer weitergegeben; vielmehr ließ sich die Beklagte von den Lieferanten für Wareneinkäufe ihrer Franchisenehmer sogenannte Differenzrabatte in Höhe des Unter-

schiedsbetrages 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 und kündigte an, in der Folgezeit keine Zahlungen mehr leisten zu wollen. Nach Abmahnung durch die Beklagte erklärte der Kläger, er werde seine Pflichten aus dem Franchisevertrag auch in Zukunft erfüllen. Im Hinblick auf dieses Zugeständnis des Klägers sah die Beklagte von einer Kündigung der Verträge ab, die sie gegenüber anderen Franchisenehmern, die sich nicht von der Ankündigung im Schreiben vom 17. November 1999 distanziert hatten, aussprach.

Der Kläger hat die Beklagte im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Rechnungslegung über die vereinnahmten Differenzrabatte in Anspruch genommen und beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, mit Apollo-Lieferanten Vereinbarungen dahin zu treffen, ihm keine höheren als die von der Beklagten festgelegten Rabatte zu gewähren und die Differenz zu den für eigene Einkäufe der Beklagten geltenden höheren Rabatten an sie, die Beklagte, abzuführen. Ferner hat er beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, die Erbringung von Franchise-Werbeleistungen von Zahlungen abhängig zu machen, die über die vereinbarte zweiprozentige Werbegebühr hinausgehen, und ihm den Schaden aus der Verletzung dieser Unterlassungspflicht zu ersetzen. Schließlich hat er die Feststellung begehrt, daß die Beklagte ihm auch den Schaden zu ersetzen habe, der ihm daraus entstanden sei, daß die Beklagte ihn durch undifferenzierte Preiswerbung wirtschaftlich an ihre Verkaufspreise und -bedingungen gebunden habe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage im wesentlichen stattgegeben. 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 beigelegten Rabattstaffeln keine rechtsgeschäftlichen Abreden der Parteien enthielten. Jedenfalls sei es der Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) versagt, 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 ge-

währten. 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 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).

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 die Beklagte ferner verurteilt, es zu unterlassen, in Großabnehmerabkommen mit Apollo-Lieferanten die Einkaufspreise des Klägers dadurch zu binden, daß die Lieferanten verpflichtet werden, die Differenz zwischen den niedrigen Rabatten des Klägers und den höheren, für die eigenen Einkäufe der Beklagten vereinbarten Rabatten an die Beklagte abzuführen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beklagte dürfe Vereinbarungen über die (heimliche) Gewährung von Differenzrabatten nicht schließen, weil sie vertraglich verpflichtet sei, alle Rabatte der Lieferanten an den Kläger weiterzugeben.

II. Auch diese Beurteilung greift die Revision ohne Erfolg an.

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 es keiner Entscheidung, ob die mit dem Unterlassungsbegehren beanstandeten Vereinbarungen, wie der Kläger meint, zugleich als unzulässige Preisbindungsabsprachen im Sinne des § 14 GWB anzusehen sind.

C.

Zu Recht nimmt das Berufungsgericht weiter an, daß die Beklagte nicht berechtigt ist oder war, 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 (Senatsurt. v. 20.5.2003 - KZR 19/02, BB 2003, 2254 - Apollo-Optik, unter B II). Auch insoweit kann dahinstehen, ob die schon aus dem Franchisevertrag folgende Unterlassungspflicht der Beklagten sich

auch aus kartellrechtlichen Gesichtspunkten (§§ 20, 33 GWB) herleiten ließe, wie dies die Vorinstanzen angenommen haben. Die vom Berufungsgericht bestätigte Verurteilung der Beklagten, es zu unterlassen, die Überlassung von Werbematerial an den Kläger von Zahlungen abhängig zu machen, die über den vereinbarten pauschalen monatlichen Werbebeitrag in Höhe von 2 % des Nettoumsatzes hinausgehen, ist daher ebensowenig zu beanstanden wie die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für den Schaden, den der Kläger durch die vertragswidrige Vorenthaltung von Werbematerial erlitten hat und künftig erleiden wird.

D.

Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht schließlich 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).

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum