

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Dr. Kapsa, Dörr und Galke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das ausweislich des Verkündungsprotokolls am 10. November 1998 verkündete Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es zum Nachteil der Beklagten festgestellt hat, daß die Hauptsache hinsichtlich eines 23.000 DM übersteigenden Betrages erledigt ist, und es sie verurteilt hat, an die Klägerin mehr als 5 % Zinsen aus 23.000 DM für die Zeit vom 21. Januar 1997 bis 20. Juni 1997 als Gesamtschuldner zu zahlen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien schlossen einen auf den 29. Juni 1995 datierten "Internationalen Franchise-Vertrag", mit dem die Klägerin den Beklagten für die Dauer dieses Vertrages das alleinige Recht einräumte, im Vertragsgebiet ein Restaurant im amerikanischen Stil unter nicht-ausschließlicher Verwendung der Marke "H. J. B." zu führen und das Know-how in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Vertrages zu nutzen (Ziffer 1 des Vertrages i.V.m. Vertragsanhang 2). In Ziffer 8 Abs. 1 Buchst. a war unmittelbar nach Unterzeichnung des Vertrages die - allerdings im einzelnen gestundete - Zahlung einer Franchisegebühr von 150.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer und in Buchst. b die Zahlung einer umsatzabhängigen monatlichen Dienstleistungsgebühr vorgesehen. Die Parteien streiten im wesentlichen darüber, ob die Klägerin als Franchisegeberin ihren Anfangsverpflichtungen und laufenden Verpflichtungen nach Ziffer 3 und 4 des Vertrages nachgekommen ist und ob die Vergütungsregelung in Ziffer 8 Abs. 1 Buchst. b wirksam ist. Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Beklagten zunächst auf Zahlung von 41.894,85 DM nebst Zinsen (restliche Franchisegebühr von 23.000 DM, Dienstleistungsgebühr für März und August 1996 von 18.894,85 DM) und - im Wege der Stufenklage - auf Auskunft über ihre Umsätze von September 1996 bis Mai 1997 in Anspruch genommen. Nachdem die Beklagten insoweit Auskunft erteilt hatten, hat die Klägerin ihren Anspruch auf Zahlung einer Dienstleistungsgebühr für Januar bis Mai 1997 mit 57.605,66 DM nebst Zinsen beziffert. Den Auskunftsanspruch haben die Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt. Hinsichtlich einer Zahlung und Verrechnung der Beklagten von 41.894,85 DM hat die Klägerin beantragt, die Erledigung der Hauptsache festzustellen.

Das Landgericht hat festgestellt, daß die Hauptsache in Höhe eines Betrages von 23.000 DM (Franchisegebühr) erledigt sei, und hat im übrigen die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Klägerin festgestellt, daß die Hauptsache in Höhe von 41.894,85 DM erledigt sei; es hat dem Zinsanspruch der Klägerin aus diesem Betrag entsprochen und ihr - bis auf eine geringfügige Zinszuvielforderung - die weiteren Dienstleistungsgebühren zugesprochen. Die auf völlige Klageabweisung zielende Anschlußberufung der Beklagten hat es zurückgewiesen. Der Senat hat die Revision der Beklagten nur insoweit angenommen, als ihre Inanspruchnahme auf die Dienstleistungsgebühr in Frage steht.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt im Umfang der Annahme zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hält den geschlossenen Vertrag mit Blick auf § 9 AGBG und § 138 BGB für unbedenklich. Es genüge, daß die Leistungspflichten der Klägerin, auch soweit sie in ihr Ermessen gestellt seien, im Vertrag hinrei-



chend bestimmbar festgelegt seien. Die Hauptpflichten der Parteien - die Absatzförderungs- und Gebührenpflichten der Beklagten als Franchisenehmer einerseits und die Betriebseingliederungs- und Betriebsförderungspflichten der Klägerin als Franchisegeberin andererseits - stünden einander grundsätzlich in einem nicht weiter aufzuschlüsselnden Synallagma gegenüber. Entsprechend der üblichen Vertragsgestaltung hätten die Parteien eine Franchisegebühr im Sinne einer sogenannten Eintrittsgebühr und eine Dienstleistungsgebühr als dem Franchisevertrag typische fortlaufend zu zahlende Franchisegebühr vereinbart, ohne daß es insoweit auf die Bezeichnung als "Dienstleistungsgebühr" oder "Royalties" ankäme. Beide Zahlungspflichten stünden nach Sinn und Zweck des Vertrages in dem genannten Synallagma zu den anfänglichen und fortlaufenden Betriebseingliederungs- und -förderungspflichten der Klägerin. Letztere seien daher jedenfalls auch Teil ihrer Gegenleistung für die zu entrichtenden monatlichen Dienstleistungsgebühren, ohne daß sich die Entgeltpflichten der Beklagten quotenmäßig bestimmten Verpflichtungen der Klägerin zuordnen ließen. Den Beklagten stehe auch kein Leistungsverweigerungsrecht zu, da nicht festgestellt werden könne, daß die Klägerin ihre Vertragspflichten nicht erfüllt habe.

II.

Diese Beurteilung hält den Rügen der Revision nicht stand, soweit es um die Pflicht der Beklagten geht, die von der Klägerin beanspruchten Dienstleistungsgebühren zu entrichten.

1. Wie die Begründung des Berufungsgerichts - insbesondere seine Bezugnahme auf verschiedene Literaturstellen - zeigt, legt es seiner Beurteilung ein bestimmtes Bild eines Franchisevertrages zugrunde, der zwar ein Misch- bzw. Kombinationsvertrag mit - je nach konkreter Ausgestaltung - lizenzvertraglichen, Know-how- und Handelsvertretervertragselementen, geschäftsbesorgungs-, miet-, options- und finanzierungsvertraglichen sowie Dienstleistungselementen sei, dessen gemeinsamer Zweck aber in erster Linie in der Absatzförderung durch die dauerhafte Eingliederung des Franchisenehmers in die zentral verwaltete Absatzorganisation des Franchisegebers bestehe. Daraus entnimmt das Berufungsgericht die in einem grundsätzlich nicht weiter aufzuschlüsselnden Synallagma stehenden Pflichten der Vertragspartner eines Franchisevertrages, die es ohne weiteres auf den hier geschlossenen Vertrag für anwendbar hält. Auf dieser Grundlage beruhen auch seine Überlegungen, ob der Vertrag einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG standhält.

Ob diesen allgemeinen Überlegungen des Berufungsgerichts beizutreten ist, bedarf keiner abschließenden Beantwortung, weil die Revision mit Recht rügt, daß das Berufungsgericht dezidierten anderweiten Vortrag zum Verständnis des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages nicht berücksichtigt hat, so daß es an hinreichenden Feststellungen zu der Frage fehlt, welche Leistungspflichten der Klägerin ihrem Verlangen nach Zahlung der monatlichen Dienstleistungsgebühr gegenüberstehen.

Die Klägerin hatte insoweit unter Beweisantritt behauptet, die Verpflichtung der Beklagten zur laufenden Zahlung der Dienstleistungsgebühr sei von keiner irgendwie gearteten "Dienst-" oder sonstigen Leistung der Klägerin abhängig gewesen, worüber sich die Parteien bei Vertragsschluß ausdrücklich

einig gewesen seien. Dem stand der Vortrag der Beklagten gegenüber, Wortlaut und Systematik des Vertrages, insbesondere die Erwähnung der Gewährung des Franchiserechts im Zusammenhang mit der Regelung über die Franchisegebühr und die systematische Gliederung der Anfangsverpflichtungen und der laufenden Verpflichtungen der Klägerin in Ziffer 3 und 4 des Vertrages, die in der Gebührenregelung der Ziffer 8 des Vertrages aufgenommen sei, sprächen für eine Pflicht der Klägerin, fortlaufende Dienste zu leisten, um die Zahlung der Dienstleistungsgebühr verlangen zu können. Darüber hinaus hatten die Beklagten unter Bezugnahme auf das Zeugnis des Verhandlungsführers P. der Klägerin behauptet, ihnen sei bei den Vertragsverhandlungen zugesichert worden, die Dienstleistungsgebühr werde deshalb erhoben, weil von seiten der Klägerin besonders umfangreiche Dienstleistungen erbracht würden. Auf diese Gesichtspunkte, die für die Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages von wesentlicher Bedeutung sind und im einzelnen tatsächliche Feststellungen zu den kontrovers vorgetragenen Umständen bei Abschluß des Vertrages voraussetzen, geht das Berufungsgericht nicht näher ein, sondern läßt sich von allgemeinen Überlegungen über Sinn und Zweck eines Franchisevertrages leiten, obwohl es sich hierbei - wie das Berufungsgericht nicht verkennt - nicht um einen gesetzlich näher ausgeformten Vertragstyp handelt, so daß es in besonderem Maße auf das ankommt, was die Parteien individuell miteinander vereinbart haben. Zwar spricht das Berufungsgericht im einzelnen davon, was Zweck des Vertrages *der Parteien* sei und welche Pflichten *die Parteien* in dem Vertrag übernommen hätten; es orientiert sich hierbei aber an Ausführungen zu einem in einem Handbuch abgedruckten Vertragsmuster, ohne hinreichend auf die - streitigen - individuellen Verhältnisse der Parteien einzugehen. Danach ist revisionsrechtlich zugunsten der Beklagten ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den geschuldeten Dienstlei-

stungen der Klägerin und den von ihr beanspruchten Dienstleistungsgebühren zu unterstellen.

2. Soweit das Berufungsgericht ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten verneint hat, weil nicht festgestellt werden könne, daß die Klägerin ihre Vertragspflichten nicht erfüllt habe, rügt die Revision mit Recht, daß es den Vortrag der Beklagten insgesamt nicht hinreichend beachtet hat.

a) Was die laufenden Schulungs- und Trainingsmaßnahmen angeht, die dem Sinne nach in Ziffer 4 Buchst. a und b des Vertrages als laufende Verpflichtungen der Klägerin bezeichnet werden, geht das Berufungsgericht davon aus, die Beklagten hätten die von der Klägerin angebotenen Maßnahmen nicht wahrgenommen. Demgegenüber haben die Beklagten behauptet, sie hätten im Herbst 1996 zwei Mitarbeiter in den Betrieb der Klägerin entsandt, die dort ausgenutzt worden und nach kurzer Zeit - also offenbar vor dem regulären Ende der Unterweisung - entnervt zurückgekehrt seien. Die Beklagte zu 2 habe sich daraufhin zur Überprüfung in den Betrieb der Klägerin begeben, ohne daß sie an einer Trainingsphase habe teilnehmen können. Das Berufungsgericht verkennt die in diesem Vortrag enthaltene Rüge, die Klägerin habe von einer geschuldeten Schulungsmaßnahme abgesehen, wenn es diesen Einwand mit der Überlegung abtut, eine Schulung durch Einbeziehung in ein anderes Unternehmen sei zwangsläufig mit einer Arbeitsleistung der zu Schulenden verbunden. Es läßt auch den unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten außer Betracht, der frühere Geschäftsführer der Klägerin habe ihnen mitgeteilt, ein Trainingsprogramm für Franchisenehmer existiere nicht, weshalb auch keine Vorschläge der Beklagten - wie im Schreiben der Klägerin vom 5. Juni 1997 erbeten - einbezogen werden könnten. Angesichts des Umstandes, daß das

Berufungsgericht in dieser Beziehung keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat, ist auch seine Beurteilung, es komme auf den unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten, sie seien im März 1997 gezielt von einer Trainingsveranstaltung der Klägerin ferngehalten worden, deshalb nicht an, weil die Klägerin wegen der Kündigungserklärung der Beklagten davon habe ausgehen dürfen, daß sie an weiteren Schulungsmaßnahmen nicht interessiert seien, ohne eine hinreichende Grundlage.

Schließlich rügt die Revision in diesem Zusammenhang zu Recht, daß das Berufungsgericht, ohne sich mit Ziffer 4 Buchst. a und b des Vertrages auseinanderzusetzen, hinreichende Darlegungen zu einem Schulungsbedarf für Zeiträume vermißt hat, in denen die Beklagten von der Entrichtung der Dienstleistungsgebühr abgesehen haben. Zwar ergibt sich aus der angeführten Vertragsbestimmung, daß die Verpflichtung der Klägerin zu den angesprochenen Maßnahmen davon abhängen soll, ob sie diese nach ihrem "vollen Ermessen" für erforderlich hält. Unabhängig von der Frage, ob ein solches einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Verwenders in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig ist, wäre es jedenfalls Sache der Klägerin darzulegen, in welcher Weise und auf welcher Grundlage sie ihr diesbezügliches Ermessen ausgeübt hat. Welchen Standpunkt die Klägerin unter dem Gesichtspunkt ihrer Betriebsförderungspflicht hierzu eingenommen hat, ist indes unklar geblieben. Ihrem - bestrittenen - Vortrag im Schriftsatz vom 17. September 1997, sie habe den Beklagten bei vielfältigen Gelegenheiten angeboten, sie könnten Manager oder Personal in andere Restaurantbetriebe der Gruppe entsenden - was auf eine Anerkennung des Schulungsbedarfs hinzudeuten scheint -, steht ihr Vorbringen im Schriftsatz vom 28. Oktober 1997 gegenüber, der Umfang der von

ihr geschuldeten Unterstützungsleistungen sei in ihr volles Ermessen gestellt. Beides ist schwerlich miteinander vereinbar.

b) Die Revision rügt auch mit Recht, daß das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten übergangen hat, ihnen sei eine Software für ein Inventurentrainingsprogramm und das Rechnungswesen nie übergeben worden, was die Klägerin aber im Schriftsatz vom 17. September 1997 als zu ihren Pflichten gehörig angesehen habe. Bedenken im Hinblick auf Ziffer 4 Buchst. c des Vertrages bestehen ferner gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei nicht verpflichtet, die Handbücher in regelmäßigen Abständen neu zu erstellen. Das Berufungsgericht konnte nicht ohne einen konkreten Vortrag der Klägerin davon ausgehen, die Übersendung überarbeiteter Versionen (erst) im August 1997 habe sich im Rahmen der von ihr geschuldeten Absatzförderung (gemeint ist wohl Betriebsförderung) und des zur Aufrechterhaltung und Weiterentwicklung des Systems Erforderlichen gehalten.

III.

Danach kann das angefochtene Urteil, soweit es um die Pflicht der Beklagten geht, eine Dienstleistungsgebühr zu entrichten, nicht bestehenbleiben. Das Berufungsgericht wird näher klären müssen, wie der Vertrag in dieser Hinsicht mit Blick auf die geführten Vorverhandlungen und unter Berücksichtigung der anerkannten Auslegungsgrundsätze zu verstehen ist und welche fortlaufenden Verpflichtungen die Klägerin übernommen hat, zumal einem entsprechenden übereinstimmenden Verständnis vor einer objektiven Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Vorrang zukommt (vgl. BGHZ 113, 251,

259). Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang und im Hinblick auf die überreichte Stellungnahme des früheren Verhandlungsführers P. vom 8. September 1998 auch Gelegenheit, seine Ausführungen zu den Pflichten der Klägerin in bezug auf Werbung und Promotion zu überprüfen, die es nach dem im Revisionsverfahren zu unterstellenden Sachverhalt verkürzt unter dem Gesichtspunkt eines Werbebeitrags durch die Beklagten und mit der Erwägung verneint hat, der Franchisegeber sei nicht verpflichtet, sämtliche vom Franchisenehmer für sinnvoll erachtete Maßnahmen und Aktionen aufzugreifen. Vielmehr ist den von der Klägerin mit Schriftsatz vom 17. September 1997 vorgelegten Anlagen K 6 und K 11 zu entnehmen, daß sie Promotion - jedenfalls grundsätzlich - als ihre Aufgabe angesehen hat.

Der derzeitige Sachstand gibt dem Senat keinen Anlaß, näher auf die von der Revision aufgeworfene Frage einzugehen, ob die Vergütungsregelung in dem von der Klägerin vorformulierten Vertrag die Beklagten unangemessen benachteiligt, weil Leistungspflichten der Klägerin weitestgehend in ihr Ermessen gestellt seien. Die Beantwortung dieser Frage setzt eine bisher unterbliebene Auslegung des Vertrages durch den Tatrichter voraus, wobei die angegriffenen Klauseln, soweit es darauf noch ankommt, unter dem Gesichtspunkt zu würdigen sein können, ob dem Franchisegeber ein Dispositionsrecht in bezug auf die von ihm zu gewährende Unterstützung zusteht (vgl. hierzu Ekken-ga, AG 1989, 301, 314; BGHZ 136, 295, 298; zum Eigenhändlervertrag BGH, Urteil vom 19. Januar 1972 - VIII ZR 86/71 - BB 1972, 193; zum Handelsvertretervertrag BGHZ 49, 39, 42) und sie zulässigerweise der Klägerin die Bestimmung des Umfangs ihrer Leistungspflichten überlassen (vgl. BGHZ 81, 229, 232; 93, 29, 34 f; 93, 252, 255, 257 ff; 124, 351, 362 f). Sollte das Berufungsgericht erneut zu dem Ergebnis gelangen, die in Frage stehenden Lei-

stungspflichten der Klägerin seien aufgrund der Vertragsbestimmungen hinreichend bestimmt oder bestimmbar festgelegt, dürften allerdings Bedenken bestehen, Einwände der Beklagten hinsichtlich deren Erfüllung mit der Erwägung abzuschneiden, es sei nicht erkennbar, ob die in Frage stehenden Leistungen zum einheitlichen Betriebskonzept der Klägerin gehörten. Denn wenn die Klägerin insoweit ihrer Darlegungslast nachkommt, dürfte über den Umfang ihrer Leistungspflicht kein Zweifel bestehen.

Rinne

Wurm

Kapsa

Dörr

Galke