BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 225/00

Verkündet am:
20. März 2003
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

HGB § 383 Abs. 1, § 384 Abs. 1 und 2, § 385 Abs. 1, §§ 386, 390 Abs. 1, § 396;
AGBG § 6 Abs. 2 und 3 (§ 306 Abs. 2 und 3 BGB), § 9 Abs. 1 und 2 Be, Cf, Ch, Ci, Cc, Cl (§ 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Be, Cf, Ch, Ci, Cc, Cl BGB), § 24 (§ 310 Abs. 1 BGB);
GWB §§ 14, 16, § 34 a.F.;
BGB § 14 Abs. 1, § 138 Abs. 1, § 162 Abs. 2

a) Preisbindungsbestimmungen in einem Kommissionsvertrag sind AGB-rechtlich unbedenklich, da sie lediglich die im Gesetz enthaltene Regelung wiederholen, wonach der Kommissionär dem Kommittenten gegenüber einem Weisungsrecht unterliegt. Dasselbe gilt für Preisbindungsbestimmungen in einem Kommissionsagenturvertrag, es sei denn, daß der Kommissionsagent in ein System eingebunden ist, das der lückenlosen Einführung und praktischen Durchsetzung der vertikalen Preisbindung dient.

b) Die Bezugsbindung eines Kommissionsagenten unterliegt kartellrechtlich allein der Mißbrauchsaufsicht gemäß § 18 GWB a.F. (nunmehr: § 16 GWB) und ist auch vertragsrechtlich grundsätzlich zulässig.

c) Die in einem Kommissions(agentur)vertrag AGB-mäßig enthaltene Regelung, wonach der Kommissionär/Kommissionsagent für den Warenschwund ab einem bestimmten Prozentsatz unabhängig davon haftet, ob er den Schwund zu vertreten hat, benachteiligt den Kommissionär/Kommissionsagenten auch dann in unangemessener Weise, wenn es sich bei ihm um einen Unternehmer handelt. Dasselbe gilt für in einem solchen Vertrag AGB-mäßig enthaltene Regelungen, wonach der Kommittent für von ihm leicht fahrlässig verursachte Unterbrechungen des Betriebs des anderen Vertragsteils nicht haftet und wonach dieser für den Fall, daß er wesentliche Vertragspflichten verletzt, eine Vertragsstrafe in Höhe von 20.000 DM unabhängig davon zu zahlen hat, ob er die Pflichtverletzung zu vertreten hat und ob gewichtige Interessen des Kommittenten die Vereinbarung eines verschuldensunabhängigen Vertragsstrafeanspruchs in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausnahmsweise rechtfertigen.

d) Zu den Voraussetzungen, unter denen ein Kommissions(agentur)vertrag, der mehrere den Kommissionär/Kommissionsagenten gemäß § 9 AGBG (nunmehr: § 307 BGB) unangemessen benachteiligende Bestimmungen enthält, gemäß § 6 Abs. 3 AGBG (nunmehr: § 306 Abs. 3 BGB) insgesamt unwirksam und/oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.

e) Die Bestimmung des § 34 GWB a.F. hat auch in Fällen gegolten, in denen ein einem Konzern angehöriges Unternehmen in einem Vertrag an die Stelle eines anderen Konzernunternehmens getreten ist.

BGH, Urteil vom 20. März 2003 - I ZR 225/00 - OLG Hamm

LG Münster

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 2003 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Starck, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Büscher und Dr. Schaffert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 15. August 2000 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt in verschiedenen Städten in Deutschland in von ihr angemieteten Räumen unter der Bezeichnung "T. P. " großflächige Einzelhandelsmärkte, in denen Restposten aller Art angeboten werden, sowie un-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

ter der Bezeichnung "E. " kleinflächige Verkaufsmärkte, in denen Geschenk-, Kunstgewerbe- und Dekoartikel zum Verkauf gestellt werden.

Der Beklagte leitete aufgrund einer mit der A. P. Sonderposten Vertriebs-GmbH & Co. KG, einem Schwesterunternehmen der Klägerin, getroffenen, ursprünglich befristeten, später aber auf unbestimmte Zeit verlängerten und von der Klägerin mit Schreiben vom 20. Mai 1997 übernommenen Vereinbarung einen "T. P. "-Markt in R. . Des weiteren führte der Beklagte aufgrund einer mit der Klägerin getroffenen, zunächst bis zum 9. Juni 1997 befristeten und alsdann bis zum 30. August 1997 verlängerten Vereinbarung einen "E. "-Markt in I. .

Die von der Klägerin bzw. deren Schwesterunternehmen vorformulierten schriftlichen Verträge enthalten außer der Präambel, in welcher die dem einheitlichen Vertriebssystem zugrundeliegenden Schutzrechte der Klägerin sowie deren Know how im Marketingbereich benannt werden, u.a. folgende Bestimmungen (im den "E. "-Markt betreffenden Vertrag enthaltene abweichende Regelungen sind in eckige Klammern gesetzt):

§ 1 Vertragsgegenstand

1. P. gewährt dem Unternehmer das Recht, einen A. P. ["E. "]-Markt in

   ...

   zu betreiben.
   Dieses Recht wird dem Unternehmer persönlich gewährt. Es darf ohne vorherige schriftliche Zustimmung von P. weder ganz noch teilweise, weder direkt noch indirekt, auf Dritte übertragen werden.

Der Unternehmer führt den Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr als selbständiger Kaufmann. Er ist ohne vorherige schriftliche Zustimmung von P. , die für jeden Einzelfall erteilt werden muß, nicht berechtigt, Erklärungen mit Wirkung für und/ oder gegen P. abzugeben und/oder entgegenzunehmen.
P. wird dem Unternehmer gestatten, einzelne Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auch durch geeignete Dritte auszuüben, ohne daß der Unternehmer dadurch aus seiner Verantwortung entlassen würde, sofern dem sachliche Gründe nicht entgegenstehen.

...

§ 3 Vorbereitung, Errichtung und Eröffnung oder Übernahme eines Marktes

1. Der Unternehmer ist als selbständiger Kaufmann verpflichtet, die für seinen Betrieb erforderlichen behördlichen Genehmigungen und Erlaubnisse selbst auf seine Kosten zu beantragen und einzuholen.

...

§ 4 Betrieb des A. -P. ["E. "]-Marktes - Pflichten von P.

1. Vertragliche Hauptpflicht von P. ist die Einräumung der in der Präambel genannten Rechte für den Betrieb des Unternehmers. Insbesondere ist P. verpflichtet, dem Unternehmer die in dem Markt zum Verkauf gelangenden Waren zu liefern.

...

4. Um eine ständige Verbesserung des Verkaufssystems und seine darauf basierende wirksame technische Hilfe für den Unternehmer zu ermöglichen, verpflichtet sich P. , den Unternehmer hinsichtlich Lagerbestand und Service-Qualität zu beraten.

§ 5 Betrieb des Marktes - Pflichten des Unternehmers

...

3. Der Unternehmer ist verpflichtet, die ihm in diesem Vertrag eingeräumten Rechte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns persönlich unter Einsatz seiner gesamten Arbeitskraft in vollem Umfang auszuüben und zu nutzen, insbesondere die Förderung des Absatzes der Waren nach besten Kräften zu betreiben.

4. Während der Laufzeit des Vertrages ist es dem Unternehmer nicht gestattet, selbst oder durch Dritte ohne ausdrückliche vorherige Zustimmung von P. ein anderes Unternehmen zu betreiben oder sich daran direkt oder indirekt zu beteiligen. Ihm ist weiter keine unselbständige oder selbständige Tätigkeit für einen Dritten gestattet.

5. Damit die Einheitlichkeit der Geschäftsbetriebe im gesamten Bundesgebiet gewährleistet ist, legen die Vertragsparteien fest, daß ein von P. zu bestimmendes Grundsortiment von Waren geführt wird. Der Unternehmer verpflichtet sich, seine Produkte ausschließlich bei P. zu beziehen.
   Bei vorheriger schriftlicher Einwilligung darf der Unternehmer Artikel anderer Firmen in seinem Betrieb verkaufen, insbesondere wenn sie nicht in dem Programmspektrum von P. enthalten sind. Für diesen Fall ist der Unternehmer verpflichtet, alle von ihm in den Verkehr gebrachten Waren mit der Bezeichnung "A. P. " ["E. "] zu versehen, um das einheitliche Erscheinungsbild der A. -P. ["E. "]-Märkte, das wesentliche Vertragsgrundlage ist, nicht zu gefährden.

6. Der Unternehmer leitet seinen Markt in eigener Verantwortung. In Beachtung des Grundsatzes der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ist er in der Gestaltung seiner Tätigkeit und seiner Arbeitszeit für seinen Betrieb im wesentlichen frei. P. und der Unternehmer sind sich dabei darüber einig, daß der Grundsatz der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bei der Führung eines A. -P. ["E. "]-Marktes nur dann gewahrt ist, wenn die Führung des Betriebs stets, insbesondere während der geschäftsüblichen Öffnungszeiten, durch den Unternehmer oder - bei dessen Abwesenheit - durch eine von diesem zu bestim-

mende Person sichergestellt ist, bei der die Anforderungen an Sachkunde und persönlichem Geschick, die die Partner für die Erfüllung dieses Vertrages in der Person des Unternehmers voraussetzen, ebenfalls uneingeschränkt vorliegen.
Aus dieser Verantwortung heraus trägt ausschließlich der Unternehmer dafür Sorge, daß stets ausreichendes und gut ausgebildetes Personal vorhanden ist, das vom Aussehen, Auftreten, Kleidung und Sachkunde her in der Lage ist, die Kunden entsprechend dem Qualitätsimage des A. -P. ["E. "]-Systems zu bedienen. Anstellungsvereinbarungen mit dem Personal schließt der Unternehmer ausschließlich in eigenem Namen. Er hat sicher zu stellen, daß das Personal nicht in einem Anstellungsverhältnis zu P. steht und dies bei der Anstellung gegenüber befugten Dritten in sicherer Weise deutlich zu machen.

...

9. Zur Sicherstellung der einheitlichen Systemanwendung hat P. das Recht, selbst, durch seine Mitarbeiter oder von ihm beauftragte Dritte den Betrieb des Unternehmers zu angemessenen Zeiten auch unangemeldet zu überprüfen. Wenn es ihm erforderlich erscheint, wird er dem Unternehmer einen mündlichen oder schriftlichen Bericht über die getroffenen Feststellungen erstatten.
Der Unternehmer hat P. auf dessen Verlangen alle Daten und Informationen über den Betrieb, dessen wirtschaftliche Lage, die Personalsituation und alle sonstigen, nach billigem Ermessen von P. bedeutsamen Vorkommnisse in zumutbarer Art und Weise unverzüglich zu berichten. Damit P. in die Lage versetzt wird, seiner Beratungspflicht nachzukommen, hat der Unternehmer P. und auf dessen Wunsch auch Dritten, die der beruflichen Verschwiegenheit unterliegen (Steuerberater, Rechtsanwalt) alle Bilanzen und Geschäftsbücher zur Einsicht zur Verfügung zu stellen. Zu deren Führung und Aufbewahrung ist der Unternehmer nach den Grundsätzen der Führung des Betriebes mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verpflichtet.

§ 6 Allgemeine Verkaufsbedingungen und Provision

1. Preise
   Da es zu dem Wesenskern eines A. -P. ["E. "]-Marktes gehört, daß diese Märkte auch hinsichtlich der Preisgestaltung einheitlich gegenüber der Öffentlichkeit auftreten, erteilt P. die Verkaufspreise des Unternehmers - soweit es sich um Waren handelt, die von P. geliefert werden - verbindliche Preisempfehlungen, von denen nur abgewichen werden kann, wenn dafür ein sachlicher Grund besteht. Will der Unternehmer davon abweichen, hat er dies P. unter Angabe der nach seiner Auffassung in Betracht kommenden sachlichen Gründe mindestens 14 Tage vor dem Verkaufszeitpunkt schriftlich mitzuteilen. P. wird dem Verlangen des Unternehmers folgen, sofern die Preisgestaltung auch von den übrigen Betreibern der A. -P. ["E. "]-Märkte schriftlich gewünscht und das einheitliche Erscheinungsbild des A. -P. ["E. "]-Systems am Markt dadurch nicht beeinträchtigt wird.

2. Provision
   Der Unternehmer erhält von P. eine Verkaufsprovision von 9 [15] % vom Netto-Umsatz.

   ...

   Mit dieser Verkaufsprovision sind alle Aufwendungen des Unternehmers, die dieser durch den Betrieb des Marktes hat, abgegolten. Insbesondere trägt der Unternehmer hiervon alle beweglichen und beeinflußbaren Kosten, wie z.B. Löhne, Gehälter, Energiekosten, Kosten der Telekommunikationseinrichtungen und deren Betrieb, Müllabfuhr und -beseitigung, Kleinreparaturen zur Aufrechterhaltung der Geschäftsfähigkeit, sämtliche Inventurkosten etc. Die Kosten für größere Reparaturen, notwendige Versicherungen, Zeitungswerbung und für die Miete trägt P. .

   ...

4. Dem Unternehmer wird von der Bestandsaufnahme zu Bestandsaufnahme ein Schwund von 2 [1] % vom Verkaufserlös eingeräumt. Es ist ihm allerdings bekannt, daß der durchschnittliche Minusbestand der Märkte von P. niedriger liegt. Es besteht kein Anspruch des Unternehmers gegen P. einen Aus-

gleich für einen geringeren Schwund als 2 [1] % vom Verkaufserlös zu erhalten. Alle Fehlmengen über 2 [1] % vom Umsatz sind vom Unternehmer zu ersetzen. P. ist berechtigt, den Fehlbetrag bei der nächstfolgenden Provision in Abzug zu bringen.

5. Der Unternehmer ist verpflichtet, über die Kasseneinnahmen täglich abzurechnen. Um eine ordnungsgemäße Kassenführung auch in Verantwortung gegenüber dem Personal zu gewährleisten, wird der Kassenbestand jeweils mit dem jeweiligen Kassierer festgestellt und die Abrechnung sowohl von dem verantwortlichen Kassierer wie auch dem Unternehmer unterzeichnet. Aus Sicherheitsgründen ist der Kassenbestand t ä g l i c h nach Geschäftsschluß bei einer von P. zu benennenden Bank einzuzahlen.

§ 7 Haftung von P.

1. Der Unternehmer betreibt den Betrieb nach diesem Vertrag auf eigene Rechnung und Gefahr. P. haftet daher insbesondere nicht für die Rentabilität des Betriebes, er hat diesbezüglich keinerlei Zusagen gemacht. P. haftet ebenfalls nicht für die Aufrechterhaltung des Betriebes, es sei denn, daß er die Unterbrechung vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat, sowie für Sach- und Rechtsmängel gleich welcher Art.

...

§ 9 Nebentätigkeits- und Wettbewerbsverbot

1. Während der Laufzeit dieses Vertrages ist es dem Unternehmer nicht gestattet, selbst oder durch Dritte ohne ausdrückliche vorherige Zustimmung von P. ein anderes Unternehmen zu betreiben oder sich daran direkt oder indirekt zu beteiligen.

...

§ 10 Außerordentliche Kündigung des Vertrages

1. ...

2. Wichtige Gründe für eine außerordentliche Kündigung durch P. sind insbesondere:

   ...

   l) Beendigung etwa bestehender Miet- und/oder Nutzungsverträge über Marktgebäude und/oder Grundstück;

3. Wichtige Gründe für eine außerordentliche Kündigung seitens des Unternehmers sind insbesondere:

   ...

   b) länger andauernde Lieferunfähigkeit durch P.

   ...

Der Vertrag für den Markt in R. enthielt in § 6 Nr. 2 im ersten Absatz folgenden Satz 2:

> Zusätzlich können bei außergewöhnlich guter Führung des Marktes Prämien von 0 - 2 % vom Netto-Umsatz gewährt werden.

Die Klägerin hat die Verträge mit dem Beklagten mit Schreiben vom 26. August 1997 aus wichtigem Grund fristlos gekündigt. Sie nimmt den Beklagten nunmehr auf Ersatz von Inventurfehlbeträgen gemäß § 6 Nr. 4 der Vereinbarungen in Höhe von insgesamt 232.646,25 DM, auf Auszahlung der durch den Beklagten einbehaltenen Tageseinnahmen vom 21., 22., 23. und 25. August 1997 in Höhe von insgesamt 22.909,43 DM sowie auf Ersatz der von ihr getragenen Kosten für die Reparatur der Alarmanlage in dem Markt in R. in Höhe von 815,40 DM in Anspruch. Die Klägerin hat im vorliegenden Rechts-

streit vom Beklagten unter Anrechnung der diesem für August 1997 zustehenden Provisionsansprüche in Höhe von 10.810,19 DM Zahlung von 245.560,89 DM nebst Zinsen verlangt.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat im ersten Rechtszug geltend gemacht, die geschlossenen Verträge seien wegen Sittenwidrigkeit sowie wegen Nichteinhaltung der nach § 4 VerbrKrG und nach § 34 GWB a.F. erforderlichen Schriftform, zumindest aber infolge der von ihm mit Schriftsatz vom 27. Januar 1998 erklärten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig. Des weiteren hat der Beklagte dort die Richtigkeit der von der Klägerin behaupteten Inventurdifferenzen in Abrede gestellt und ferner zu seiner Verteidigung angeführt, daß die Klägerin ihm auch nicht in ausreichendem Umfang Gutschriften erteilt habe. Die Kosten für die Reparatur der Alarmanlage habe er nicht zu tragen, weil diese im Eigentum der Klägerin stehe und es sich zudem nicht um eine Kleinreparatur gehandelt und daher nach dem Vertrag die Klägerin deren Kosten zu tragen habe. Hilfsweise hat der Beklagte mit Schadensersatz- und Provisionsansprüchen in Höhe von 119.489,08 DM sowie im Hinblick auf die, wie er gemeint hat, von der Klägerin zu vertretende Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge mit weiteren Schadensersatzforderungen in Höhe von 307.828,93 DM aufgerechnet.

Mit seiner Berufung gegen die Entscheidung des Landgerichts, das der Klage bis auf einen Teil der Zinsen stattgegeben hat, hat der Beklagte zusätzlich auch die Aktivlegitimation der Klägerin mit der Begründung in Abrede gestellt, diese habe Forderungsausfälle bei der R. Versicherung versichert, welche die mit der Klage geltend gemachten Forderungen beglichen und damit im Wege des Rechtsübergangs erworben habe. Außerdem habe er, der Beklagte, der Übernahme des Vertrags hinsichtlich des Markts in R. durch die Klä-

gerin nicht und zumal nicht in der dafür vorgesehenen Schriftform zugestimmt. Auch sei die in § 6 Nr. 4 der Verträge enthaltene "Schwundklausel" unwirksam, weil sie dem Marktleiter den Nachweis eines niedrigeren Schadens versage. Hilfsweise hat der Beklagte gegenüber dem Klageanspruch noch mit weiteren Forderungen in Höhe von 22.880,00 DM wegen von ihm getragener Energiekosten für einen ausschließlich von der Klägerin genutzten Teil einer Lagerhalle und in Höhe von 6.881,22 DM wegen sonstiger Aufrechnungspositionen aufgerechnet.

Das Berufungsgericht hat die Klage bis auf einen Betrag in Höhe von 12.099,34 DM abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. Die unselbständige Anschlußrevision, mit der der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiterverfolgt hat, hat der Senat nicht zur Entscheidung angenommen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Klage mit Ausnahme des Anspruchs, den die Klägerin wegen der vom Beklagten einbehaltenen Tageseinnahmen geltend gemacht hat, für unbegründet erachtet. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Inventurdifferenzen gemäß § 6 Nr. 4 der Verträge scheitere zwar nicht an der fehlen-

den Aktivlegitimation der Klägerin, jedoch daran, daß diese Vertragsbestimmung gemäß § 9 Abs. 1 AGBG (nunmehr: § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) unwirksam sei. Der Anspruch folge auch nicht aus § 390 Abs. 1 HGB oder aus § 384 Abs. 2 Halbs. 2 HGB, § 675 BGB (in der Fassung, die bis zum 31. Dezember 2001 gegolten hat; im weiteren: BGB a.F.), § 667 BGB, weil der Beklagte nicht Kommissionär, sondern Franchisenehmer der Klägerin gewesen sei. Möglichen Ersatzansprüchen nach § 280 Abs. 1 BGB a.F. i.V. mit § 675 BGB a.F., § 667 BGB stehe entgegen, daß die Verträge zwischen den Parteien wegen der unangemessenen Benachteiligung des Beklagten, die von zentralen Klauseln der von der Klägerin verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgegangen sei, gemäß § 6 Abs. 3 AGBG sowie im Hinblick auf die unangemessene Beschränkung der unternehmerischen Freiheit des Beklagten zudem gemäß § 138 Abs. 1 BGB insgesamt nichtig gewesen seien. Dementsprechend habe der Beklagte auch nicht die Kosten für die Reparatur der Alarmanlage zu tragen. Die Klägerin habe im übrigen nicht dargelegt, daß ihr wegen der Inventurdifferenzen deliktische oder bereicherungsrechtliche Ansprüche zustünden.

Die Klägerin könne vom Beklagten allerdings die durch diesen einbehaltenen Kassenbestände unter dem Gesichtspunkt strafbarer Untreue herausverlangen. Von dem insoweit gegebenen Schadensersatzanspruch sei jedoch der von der Klägerin selbst bei der Berechnung der Klageforderung berücksichtigte Provisionsanspruch des Beklagten für August 1997 in Abzug zu bringen. Der danach verbleibende Zahlungsanspruch sei gemäß § 393 BGB nicht durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung mit Gegenansprüchen erloschen und unterliege, da die genannte Vorschrift insoweit entsprechend anzuwenden sei, auch keinem Zurückbehaltungsrecht.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision der Klägerin haben Erfolg. Sie führen in dem Umfang, in dem das Berufungsgericht die Klage für unbegründet erachtet hat, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung.

1. Das Berufungsgericht hat die Aktivlegitimation der Klägerin mit der Begründung bejaht, der Beklagte habe der Vertragsübernahme hinsichtlich des Markts in R. dadurch konkludent zugestimmt, daß er die von der Klägerin gelieferte Ware abgenommen habe, ohne irgendwelche Einwendungen gegen den Wechsel des Vertragspartners zu erheben, wobei die Parteien durch ihr Verhalten auch die vertraglich vereinbarte Schriftform konkludent abbedungen hätten. Für die Richtigkeit der Darstellung der Klägerin, ihre Vermögensschadensversicherung komme lediglich für nachgewiesene Veruntreuungen mit einer entsprechenden strafrechtlichen Verurteilung auf, spreche schon der Umstand, daß beim Beklagten nach seinen eigenen Angaben kein Rückgriff genommen worden sei. Zudem stelle er nicht in Abrede, daß die Versicherung der Klägerin diese zur Forderungseinziehung im eigenen Namen ermächtigt habe. Diese der Klägerin günstige und vom Beklagten nicht mit Gegenrügen angegriffene Beurteilung läßt allerdings unberücksichtigt, daß der Eintritt der Klägerin in den Vertrag hinsichtlich des Markts in R. möglicherweise nicht dem Formerfordernis des § 34 GWB a.F. entsprochen hatte (vgl. insoweit zu nachstehend Ziff. III.).

2. Das Berufungsgericht hat seine Auffassung, der Klägerin stünden gegen den Beklagten wegen der von ihr behaupteten Inventurdifferenzen weder nach § 6 Nr. 4 der Verträge noch aus § 390 Abs. 1 HGB oder § 384 Abs. 2 Halbs. 2 HGB, § 675 BGB a.F., § 667 BGB Erstattungsansprüche zu, mit der Unwirksamkeit der genannten Vertragsbestimmung, die den anderen Ver-

tragsteil unangemessen benachteiligte, sowie damit begründet, daß der Beklagte die von der Klägerin gelieferten Waren nicht nur in eigenem Namen, sondern gemäß § 7 Nr. 1 der Verträge auch auf eigene Rechnung verkauft habe. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Nach dem Leitbild der §§ 383 ff. HGB führt der Kommissionär die Geschäfte in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Kommittenten (vgl. § 383 Abs. 1, § 384 Abs. 2 HGB), wobei er für seine Tätigkeit typischerweise eine Provision (§ 396 HGB) und im Falle der Verkaufskommission die abzusetzende Ware nicht zu Eigentum, sondern zur Verwahrung und zum Verkauf erhält (vgl. Karsten Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl., § 31 V 2 a). Im Unterschied dazu handelt der Franchisenehmer, wenn er als Eigenhändler tätig wird, nicht nur in eigenem Namen, sondern auch auf eigene Rechnung. Er hat in einem solchen Fall die Ware vom Franchisegeber entgeltlich zu erwerben, behält dafür aber den Erlös aus dem Warenabsatz als Eigengeschäft und hat dem Franchisegeber für dessen Leistungen Gebühren zu entrichten (vgl. H. Schmidt in Ulmer/ Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Aufl., Anh. §§ 9-11 Rdn. 356).

b) Die Verträge, die zwischen der Klägerin und dem Beklagten bestanden haben und auch entsprechend gehandhabt worden sind, sind danach hinsichtlich des Warenabsatzes nicht als Eigenhändlerverträge, sondern als Kommissionsverträge oder allenfalls als Kommissionsagenturverträge einzuordnen.

So sieht § 4 Abs. 1 Satz 2 der Verträge vor, daß die Klägerin die abzusetzenden Waren dem Beklagten zwar liefert, nicht aber übereignet; dieser hat nach § 6 Nr. 5 der Verträge über den Verkaufserlös täglich abzurechnen und ihn noch am selben Tag auf ein von der Klägerin benanntes Konto einzuzahlen. Nach § 6 Nr. 2 der Verträge steht dem Beklagten für seine Tätigkeit in dem

Vertriebssystem der Klägerin eine Provision zu; eine Gebühr für die Einbindung in dieses System hat er dagegen nicht zu entrichten. Diese Bestimmungen stellen schon je für sich allein, zumal aber zusammengenommen, wenn nicht zwingende, so doch jedenfalls ganz deutliche Hinweise dafür dar, daß der Beklagte nach den mit der Klägerin getroffenen Vereinbarungen deren Waren nicht als Eigenhändler, sondern im Rahmen von Kommissionsverhältnissen abzusetzen hat. Entsprechendes gilt für die Regelung über den Warenschwund, die bei einem Eigenhändlervertrag keinen erkennbaren Sinn hätte.

Der Umstand, daß der Beklagte nach § 1 Nr. 1 und § 7 Nr. 1 der Verträge den Betrieb der Märkte auf eigene Rechnung und Gefahr zu führen hat, rechtfertigt die vom Berufungsgericht vorgenommene Beurteilung ebenfalls nicht. Die genannten Bestimmungen beinhalten lediglich, daß der Beklagte etwa, wie in § 5 Nr. 6 der Verträge angesprochen, für den Abschluß von Arbeitsverträgen, für kleinere Reparaturen i.S. des dortigen § 6 Nr. 2 Abs. 3 oder für die gemäß § 3 Nr. 1 der Verträge dem Beklagten obliegende Einholung behördlicher Erlaubnisse, d.h. generell für die Aufwendungen für den Betrieb der Märkte verantwortlich ist, die gemäß § 6 Nr. 2 Abs. 3 mit der dem Beklagten zustehenden Verkaufsprovision abgegolten sind. Die für die vorzunehmende Beurteilung letztlich entscheidenden Regelungen in § 6 Nr. 2 und Nr. 5 der Verträge, wonach der Beklagte die Verkaufsgeschäfte auf Rechnung der Klägerin führt und an ihrem wirtschaftlichen Erfolg allein in Form der vereinbarten festen Provision teilhat, bleiben von diesen, gemäß den Ausführungen zu nachstehend 3. d) zudem - unabhängig von der Einordnung der Verträge - teilweise unwirksamen Bestimmungen unberührt.

Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung trifft den Beklagten nach den Verträgen mit der Klägerin auch nicht das Lagerrisiko hinsichtlich der

ihm von dieser zur Verfügung gestellten Ware. Die die Frage des Warenschwundes pauschalierend regelnde Bestimmung des § 6 Nr. 4 der Verträge ist zwar, wie sich aus den Ausführungen zu nachstehend 3. c) ergibt, teilweise - soweit sie es dem Beklagten verwehrt, sich auf fehlendes Verschulden zu berufen - unwirksam. Da aber, wie sich aus den dortigen Ausführungen ebenfalls ergibt, das Risiko der Unaufklärbarkeit der Ursache eines aufgetretenen Warenschwundes ohnehin grundsätzlich beim Kommissionär bzw. Kommissionsagenten liegt, spricht diese vertragliche Regelung ebenfalls nicht gegen die Einordnung der Vertragsverhältnisse zwischen den Parteien als Kommissions(agentur)verträge.

Die vom Berufungsgericht vorgenommene rechtliche Einordnung der Vertragsverhältnisse zwischen den Parteien stellt sich schließlich auch nicht deshalb als zutreffend dar, weil der Beklagte in der Weise in das Vertriebssystem der Klägerin eingebunden ist, daß er dieser dauerhaft und gemäß § 5 Nr. 3 und 4 der Verträge mit seiner gesamten Arbeitskraft zur Ausführung der Geschäfte verpflichtet ist. Denn dieser Umstand macht ihn zum Kommissionsagenten, ändert aber nichts an der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Kommissionsrechts (vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., § 383 Rdn. 95 f.; Karsten Schmidt aaO § 28 II 1). Entsprechendes gilt, soweit der Beklagte gemäß § 5 Nr. 5 der Verträge zur Vorhaltung eines von der Klägerin zu bestimmenden Grundsortiments verpflichtet ist und einer Bezugsbindung unterliegt. Auch das in § 9 der Verträge enthaltene Nebentätigkeits- und Wettbewerbsverbot spricht nicht gegen das Vorliegen von Kommissions(agentur)verträgen. Zudem legt die Regelung in § 6 Nr. 1 der Verträge, wonach die Klägerin dem Beklagten hinsichtlich der Preise verbindliche Vorgaben machen kann, einen solchen Vertrag nahe. Denn diese Regelung wäre in einem Eigenhändlervertrag wegen Verstoßes gegen das Preisbindungsverbot des § 14 GWB nichtig, in

einem Kommissions(agentur)vertrag dagegen unbedenklich (vgl. zu nachstehend 3. a)). Hierbei ist zu berücksichtigen, daß im Hinblick auf den Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Vertragsauslegung davon auszugehen ist, daß der Wille der Parteien beim Vertragsschluß im Zweifel auf eine den Zweck und dementsprechend auch die Wirksamkeit des Vertrags nicht gefährdende Gestaltung gerichtet ist (BGH, Urt. v. 26.9.2002 - I ZR 44/00, WRP 2003, 374, 375 f. - Anwalts-Hotline [zur Veröffentlichung in BGHZ 152, 153 bestimmt]).

3. Das Berufungsgericht hat, da es nicht von Kommissions(agentur)verhältnissen ausgegangen ist, angenommen, die die Verantwortlichkeit für einen Warenschwund regelnde Bestimmung des § 6 Nr. 4 der Verträge wie auch weitere von der Klägerin dort in Form von Allgemeinen Vertragsbedingungen verwendete Bestimmungen benachteiligten den Beklagten i.S. von § 9 Abs. 1 AGBG (nunmehr: § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) in unangemessener Weise, so daß das Festhalten an den Verträgen für ihn unzumutbar sei und diese daher gemäß § 6 Abs. 3 AGBG (nunmehr: § 306 Abs. 3 BGB) insgesamt unwirksam seien. Dem kann ebenfalls nicht beigetreten werden.

a) Nach der Auffassung des Berufungsgerichts enthält insbesondere die Regelung des § 6 Nr. 1 der Verträge eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten, da dieser von den ausdrücklich als verbindlich bezeichneten Preisempfehlungen der Klägerin nur beim Vorliegen eines sachlichen Grundes und unter Einhaltung eines umständlichen und zeitaufwendigen Verfahrens abweichen und umgekehrt nicht verhindern kann, daß die Preise auf Anweisung der Klägerin zu reduzieren sind. Denn beim Vertrieb wechselnder Sonderposten unterschiedlichster Art sei ein einheitliches Preisniveau keine unerläßliche Voraussetzung für das Funktionieren des Franchisesystems. Auch sei es unerheb-

lich, daß dem Handelsvertreter Preisvorgaben gemacht werden könnten, da dieser im Gegensatz zum Franchisenehmer grundsätzlich kein Warenabsatzrisiko trage.

Dieser Beurteilung steht entgegen, daß die fraglichen Preisbindungsbestimmungen keine das Erreichen des Vertragszwecks gefährdende Einschränkung wesentlicher Rechte des Beklagten i.S. des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG (nunmehr: § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) enthalten. Denn sie wiederholen, was AGB-rechtlich unbedenklich ist, lediglich die gesetzliche Regelung, wonach der Kommissionär im Verhältnis zum Kommittenten ebenso wie der Handelsvertreter im Verhältnis zum Geschäftsherrn einem Weisungsrecht unterliegt (§ 384 Abs. 1, § 385 Abs. 1 HGB bzw. § 86 Abs. 1 HGB je i.V. mit § 675 BGB a.F., § 665 BGB), das auch die Befugnis umfaßt, Mindest- oder Höchstpreise festzusetzen (sog. Limitierung; zum Kommissionsvertrag vgl. § 386 HGB sowie Großkomm.HGB/Koller, 4. Aufl., § 384 Rdn. 24; Schlegelberger/Hefermehl aaO § 384 Rdn. 19; Krüger in Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 384 Rdn. 14 i.V. mit § 386 Rdn. 3; zum Handelsvertreter vgl. Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 14 Rdn. 28). Entsprechende Bestimmungen verstoßen daher weder bei Kommissionären (vgl. BGHZ 51, 163, 168; 80, 43, 53 - Garant; 140, 342, 351 - Preisbindung durch Franchisegeber; BGH, Urt. v. 14.3.2000 - KZR 15/98, NJW 2000, 3426, 3428 - Zahnersatz aus Manila) noch bei Handelsvertretern (vgl. BGH, Urt. v. 15.12.1967 - KZR 6/66, WuW/E 877, 885; BGHZ 97, 317, 321 f. - EH-Partner-Vertrag; BGH NJW 2000, 3426, 3428 - Zahnersatz aus Manila) gegen § 15 GWB a.F. (nunmehr: § 14 GWB). Dasselbe gilt für Kommissionsagenten, sofern diese - wie typischerweise und auch im Streitfall - nicht in ein System eingebunden sind, das der lückenlosen Einführung und praktischen Durchsetzung der vertikalen Preisbindung dient (vgl. KG WuW/E OLG 2819 ff.).

b) Nach der Auffassung des Berufungsgerichts benachteiligt ferner die in § 5 Nr. 5 der Verträge geregelte Bezugsbindung den Beklagten unangemessen, weil eine solche Bindung kein Begriffsmerkmal des Franchising darstelle und im Streitfall auch nicht zur Wahrung der Interessen der Klägerin als Franchisegeberin erforderlich sei. Unangemessen sei insbesondere, daß der Beklagte nach § 5 Nr. 5 Satz 1 der Verträge ein von der Klägerin nach Inhalt und Umfang bestimmtes und nach deren Weisung aus in den Verträgen nicht näher erläuterten Gründen zu erweiterndes Grundsortiment führen müsse. Außerdem enthielten die Verträge keine Bestimmung, nach der die Klägerin denjenigen Teil des von ihr festgelegten Sortiments, der nach einer bestimmten Zeit noch nicht verkauft sei, gegen Erteilung einer Gutschrift zurücknehmen müsse. Der Beklagte trage mithin das Risiko, unverkäufliche Ware lagern zu müssen. Zudem habe er gemäß § 5 Nr. 5 Satz 2 und 3 der Verträge die angebotenen Produkte ausschließlich von der Klägerin zu beziehen und dürfe nur mit deren schriftlicher Einwilligung Waren anderer Firmen vertreiben. Die zuletzt genannte Regelung laufe wegen des nahezu unbeschränkten Warenprogramms der Klägerin auf eine faktische Bezugsbindung des Beklagten hinaus. Eine solche Bindung sei auch nicht zur Sicherung eines gleichbleibenden Qualitätsniveaus der Produkte der Klägerin berechtigt, da dieser Gesichtspunkt beim Handel mit wechselnden Sonderposten keine Rolle spiele. Die Unangemessenheit der weitreichenden Preis- und Bezugsbindung des Beklagten werde noch dadurch verstärkt, daß dieser nach § 5 Nr. 3 und 4 sowie nach § 9 der Verträge auch keiner anderen Tätigkeit nachgehen dürfe und die Einkünfte aus der Tätigkeit für die Klägerin daher seine wesentliche Existenzgrundlage darstellten.

Das Berufungsgericht läßt bei dieser Beurteilung - von seinem Standpunkt aus allerdings folgerichtig - unberücksichtigt, daß aus dem kommissions-

rechtlichen Treueverhältnis die Pflicht des Kommissionärs zur bevorzugten Wahrnehmung der Interessen des Kommittenten folgt, wobei Wettbewerbsverbote, die ihm den Eigenhandel neben dem Kommissionsgeschäft untersagen, insbesondere dann kartell- wie auch vertragsrechtlich zulässig sind, wenn sie die nachträgliche Aufnahme eines Eigenhandels mit Substitutionsprodukten bei einem breit gestreuten Kommissionssortiment verhindern sollen (vgl. Großkomm.HGB/Koller aaO § 384 Rdn. 21, 21a). Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß damit das breite Sortiment der Klägerin und deren Befugnis, dieses auszuweiten, nicht etwa gegen, sondern gerade für die Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbots spricht. Dementsprechend unterliegt die Bezugsbindung des Beklagten als bloße Ausprägung des Wettbewerbsverbots kartellrechtlich allein der Mißbrauchsaufsicht gemäß § 16 GWB (vgl. Wolter in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 16 GWB 1999 Tz. 168 m.w.N.) und stellt sich auch vertragsrechtlich als unbedenklich dar. Der Beklagte hat, wie zu vorstehend 2. b) ausgeführt ist, aufgrund seiner Einbindung in das Vertriebssystem der Klägerin die Stellung eines Kommissionsagenten. Damit sind im Innenverhältnis grundsätzlich die Vorschriften des Handelsvertreterrechts entsprechend anzuwenden (Schlegelberger/Hefermehl aaO § 383 Rdn. 96). Ein auf die Dauer des Vertrages beschränktes Wettbewerbsverbot und eine Bezugsbindung sind somit grundsätzlich zulässig (vgl. BGHZ 42, 59, 61; Ruß in Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Aufl., § 86 Rdn. 4).

c) Nach der Auffassung des Berufungsgerichts benachteiligt zudem die Regelung in § 6 Nr. 4 der Verträge über die Verantwortlichkeit für einen Warenschwund den Beklagten ungeachtet dessen i.S. von § 9 Abs. 1 AGBG (nunmehr: § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) in unangemessener Weise, daß dieser danach bei dem "E. "-Markt erst ab einem Schwund von mehr als 1 % des Verkaufserlöses und bei dem "T. P. "-Markt erst ab einem Schwund von

mehr als 2 % des Verkaufserlöses haftet. Die verschuldensunabhängige Haftung des Beklagten, der auch keine Entlastungsmöglichkeit habe, sei nicht durch höherrangige Interessen der Klägerin gerechtfertigt, zumal diese nach § 4 Nr. 4 der Verträge zur Beratung des Beklagten verpflichtet sei und nach dem dortigen § 5 Nr. 9 über weitreichende Kontrollmöglichkeiten verfüge. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Die Bestimmung des § 6 Nr. 4 der Verträge weicht von den einschlägigen dispositiven Gesetzesbestimmungen (§ 390 Abs. 1 HGB bzw. § 280 Abs. 1 BGB a.F. i.V.m. § 675 BGB a.F., § 667 BGB) insoweit ab, als sie die Vertragsparteien so stellt, wie wenn der Beklagte den ihm obliegenden Entlastungsbeweis bis zu einem bestimmten Prozentsatz geführt habe, darüber hinaus aber nicht führen könne. Der Sache nach handelt es sich um eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Schadenspauschalierung. Bei einer solchen Pauschalierung braucht dem Vertragspartner des Verwenders, wenn er - wie der Beklagte - Unternehmer ist (§ 14 Abs. 1 BGB), der Nachweis eines wesentlich niedrigeren Schadens zwar nicht gemäß § 11 Nr. 5 Buchst. b AGBG (nunmehr: § 309 Nr. 5 Buchst. b BGB) ausdrücklich gestattet zu werden (§ 24 Satz 1 AGBG und nunmehr § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Nachweis darf aber auch nicht - wie in § 6 Nr. 4 Satz 4 der Verträge vorgesehen ("Alle Fehlmengen über ... % vom Umsatz sind vom Unternehmer zu ersetzen.") - ausgeschlossen sein (§ 24 Satz 2, § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG und nunmehr § 310 Abs. 1 Satz 2, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 28.5.1984 - III ZR 231/82, NJW 1984, 2941, 2942; Urt. v. 12.1.1994 - VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060, 1068 [insoweit in BGHZ 124, 351 nicht abgedruckt]).

d) Die Haftungsfreistellung der Klägerin in § 7 Nr. 1 Satz 3 der Verträge für von ihr leicht fahrlässig verursachte Betriebsunterbrechungen hat das Beru-

fungsgericht als Verstoß gegen § 9 Abs. 2 AGBG (nunmehr: § 307 Abs. 2 BGB) gewertet. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin dürfe das Risiko für eigenes Fehlverhalten hinsichtlich der regelmäßigen und pünktlichen Lieferungen der in den Märkten anzubietenden Waren, d.h. ihrer in § 4 Nr. 1 Satz 2 der Verträge ausdrücklich geregelten wesentlichen Vertragspflicht nicht dem Vertragspartner auferlegen. Der Beklagte habe, da er gemäß § 10 Nr. 3 Buchst. b der Verträge erst bei einer länger andauernden Lieferunfähigkeit der Klägerin kündigen dürfe, eine kürzere Lieferunfähigkeit zudem hinzunehmen. Dabei treffe ihn, da er wegen seiner Bezugsbindung keine Waren von anderen Lieferanten beziehen und ohne die Zustimmung der Klägerin auch keiner anderen Tätigkeit nachgehen dürfe, die Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen und pünktlichen Belieferung besonders hart. Diese Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Das Verbot in § 11 Nr. 8 Buchst. a AGBG (nunmehr: § 309 Nr. 8 Buchst. a BGB), in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei einer vom Verwender zu vertretenden Vertragspflichtverletzung das Recht des anderen Teils zur Vertragslösung auszuschließen oder einzuschränken, gilt gemäß § 24 Satz 1, § 9 AGBG (nunmehr: § 310 Abs. 1 Satz 1, § 307 BGB) auch im Verhältnis zwischen Unternehmern. Die Rechtzeitigkeit der Leistung stellt eine wesentliche Vertragspflicht dar. Die Haftung für ihre Erfüllung darf daher auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr selbst für Fälle einfacher Fahrlässigkeit nicht formularmäßig ausgeschlossen werden (vgl. BGH NJW 1994, 1060, 1063 m.w.N. [insoweit in BGHZ 124, 351 nicht abgedruckt]).

e) Nach der Bestimmung des § 12 der Verträge hat der Beklagte für den Fall, daß er wesentliche Vertragspflichten verletzt, eine Vertragsstrafe i.H. von 20.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer zu zahlen. Das Berufungsgericht hat

hierin einen Verstoß gegen § 9 Abs. 2 AGBG (nunmehr: § 307 Abs. 2 BGB) erblickt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Regelung sei unangemessen, weil sie allein auf das Vorliegen einer Pflichtverletzung und nicht zusätzlich auf deren Vertretenmüssen durch den Beklagten abstelle und auch keine gewichtigen Interessen der Klägerin die Vereinbarung eines verschuldensunabhängigen Vertragsstrafeanspruchs in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausnahmsweise rechtfertigten. Diese Beurteilung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen (vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 11 Nr. 6 Rdn. 35) und wird im übrigen auch von der Revision hingenommen.

f) Nach der Auffassung des Berufungsgerichts eröffnet das bei Beendigung bestehender Miet- und/oder Nutzungsverträge über Marktgebäude gegebene außerordentliche Kündigungsrecht nach § 10 Nr. 2 Buchst. I der Verträge der Klägerin die Möglichkeit, den Beklagten auf einem von ihm nicht zu beeinflussenden Weg aus dem Vertrag zu drängen. Der Beklagte könne damit seine Existenzgrundlage verlieren, ohne daß er berechtigt sei, den Mietvertrag selbst zu übernehmen. Das Berufungsgericht läßt dabei indes unberücksichtigt, daß das Herbeiführen einer solchen Kündigungsmöglichkeit durch die Klägerin, sofern es gegen Treu und Glauben verstößt, zugleich deren Kündigung unwirksam macht (vgl. § 162 Abs. 2 BGB).

g) Nach den Ausführungen zu vorstehend a) bis f) halten mithin die Regelungen in § 6 Nr. 4 über die Verantwortlichkeit für einen Warenschwund, in § 7 Nr. 1 Satz 3 hinsichtlich der Haftungsfreistellung der Klägerin für von ihr leicht fahrlässig verursachte Betriebsunterbrechungen und in § 12 der Verträge hinsichtlich der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe in Fällen der Verletzung wesentlicher Vertragspflichten einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz nicht stand; sie sind des-

halb gemäß § 9 AGBG unwirksam. An die Stelle des § 6 Nr. 4 der Verträge treten damit die zu vorstehend c) genannten dispositiven Gesetzesbestimmungen (§ 6 Abs. 2 AGBG und nunmehr § 306 Abs. 2 BGB). Entsprechend beurteilt sich die Haftung der Klägerin für Lieferausfälle statt nach § 7 Nr. 1 Satz 3 der Verträge nach §§ 320 ff. BGB a.F. Die in § 12 der Verträge enthaltene Vertragsstrafenregelung entfällt insgesamt, da insoweit eine geltungserhaltende Reduktion ausscheidet (st. Rspr.; vgl. BGHZ 146, 377, 385 m.w.N.).

Danach bedeutet das Festhalten an den Verträgen für den Beklagten - anders als wenn diesem, wie etwa beim Wegfall aller oder der meisten Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei einem gesetzlich nicht geregelten Vertragstyp (vgl. dazu BGH, Urt. v. 6.10.1982 - VIII ZR 201/81, NJW 1983, 159, 160 u. 162; Urt. v. 29.2.1984 - VIII ZR 350/82, NJW 1985, 53, 54 u. 56), Ungewißheit oder Streit über die beiderseitigen Rechte und Pflichten drohte - keine unzumutbare Härte i.S. des § 6 Abs. 3 AGBG (nunmehr: § 306 Abs. 3 BGB).

4. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts sind die Verträge zwischen den Parteien zudem wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Die Annahme einer relevanten ungerechtfertigten Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Franchisenehmers komme insbesondere in Betracht, wenn diesem nur ein geringer Spielraum für eigene unternehmerische Entscheidungen verbleibe. Das sei beim Beklagten der Fall, weil er sowohl einer Preisbindung als auch einer Bezugsbindung unterliege. Wegen der zahlreichen weiteren inhaltlich unangemessenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Verträgen bestehe zwischen den beiderseitigen Hauptleistungspflichten der Parteien außerdem ein krasses Mißverhältnis. Diese Beurteilung hält aus den bereits zu vorstehend 2. und 3. a), b), f) und g)

dargelegten Gründen, auf die deswegen Bezug genommen wird, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

III. Nach allem konnte das Urteil des Berufungsgerichts, soweit vertragliche Ansprüche der Klägerin verneint worden sind, keinen Bestand haben. Es war daher in diesem Umfang aufzuheben. Da die abschließende Entscheidung noch weitergehende tatrichterliche Feststellungen erfordert, war die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Das Berufungsgericht wird im Rahmen der neuen Verhandlung und Entscheidung namentlich auch zu prüfen haben, ob der Umstand, daß der Beklagte bei dem Markt in R. der Vertragsübernahme durch die Klägerin nicht schriftlich zugestimmt hat, auf die Wirksamkeit der diesbezüglichen vertraglichen Vereinbarungen Einfluß hatte (vgl. §§ 15, 18, 34 Satz 1 GWB a.F., § 125 Satz 1 BGB sowie Emmerich in Immenga/Mestmäcker aaO, 2. Aufl., § 34 Rdn. 106-109). Die Bestimmung des § 34 GWB a.F. hat nach ihrem Zweck

auch in Fällen gegolten, in denen ein einem Konzern angehöriges Unternehmen in einem Vertrag an die Stelle eines anderen Konzernunternehmens getreten ist; denn die Kartellbehörden konnten hier ebenfalls nur bei Einhaltung der Schriftform feststellen, wer jeweils aus dem Vertrag verpflichtet war (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.1985 - KZR 4/85, WuW/E 2221, 2224 - Rosengarten; Emmerich in Immenga/Mestmäcker aaO, 2. Aufl., § 34 Rdn. 21-23 m.w.N.).

Ullmann Starck Bornkamm

Büscher Schaffert