

CISG-online 276

Jurisdiction	Germany
Tribunal	Bundesgerichtshof (German Supreme Court)
Date of the decision	23 July 1997
Case no./docket no.	VIII ZR 134/96
Case name	<i>Benetton II case</i>

Tatbestand:

Die in Italien ansässige Klägerin befaßt sich unter anderem mit der Herstellung von Oberbekleidung, die sie über selbständige Einzelhändler wie die Beklagte zu 1 vertreibt, deren persönlich haftender Gesellschafter der Beklagte zu 2 ist. Für bis 1994 gelieferte Waren stellte die Klägerin der Beklagten zu 1 zwischen dem 30. September 1993 und dem 4. Oktober 1994 einen Betrag von insgesamt 110.970,20 DM in Rechnung, den sie im vorliegenden Rechtsstreit geltend macht. 1

Die Beklagte zu 1 führte von 1988 bis Januar 1995 Textilgeschäfte, die von ihrer Gestaltung und Ausstattung her auf die Produkte der Klägerin ausgerichtet waren und in denen ausschließlich solche verkauft wurden. Sie war – widerruflich und nicht exklusiv – und ermächtigt, das Kennzeichen «B.» der Klägerin ohne Hinzufügung eigener Namenshinweise zu benutzen, solange sie von dieser beliefert wurde. Eine entsprechende von der Klägerin vorformulierte Erklärung vom 16. September 1987 ist von dem Beklagten zu 2 nur versehentlich nicht unterzeichnet worden. Die Beklagten haben geltend gemacht, zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 sei durch schlüssiges Verhalten ein Franchiseverhältnis zustande gekommen, das gegen deutsches und europäisches Kartellrecht verstoße und deshalb nichtig sei. Von dieser Nichtigkeit würden auch die der Klageforderung zugrundeliegenden Kaufabreden erfaßt. 2

Hilfsweise haben die Beklagten gegenüber der Klageforderung mit Schadensersatzansprüchen wegen schockierender Werbung aufgerechnet, die die Klägerin selbst für ihre Textilien weltweit durchführte. Seit 1991 wählte sie dafür Fotografien mit Motiven aus, die das Leiden in der Welt darstellen und den die Klägerin benennenden Hinweis «United Colors of B.» enthalten. Die Beklagten haben behauptet, durch diese Art der Werbung, die in der Öffentlichkeit Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen gewesen sei, sei der Beklagten zu 1 infolge von Absatzeinbußen ein Gewinn von 655.322 DM entgangen.

Äußerst hilfsweise haben die Beklagten gegenüber der Klageforderung mit einem Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB aufgerechnet, den sie mit insgesamt 217.251 DM beziffert haben. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung, mit der die Beklagten in erster Linie die Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz und hilfsweise Klageabweisung begehrt haben, hat das Oberlandesgericht

zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgen die Beklagten ihre zweitinstanzlichen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

3

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

1.

Der von der Klägerin geltend gemachte Kaufpreisanspruch ergebe sich gegenüber der Beklagten zu 1 aus Art. 53, 54 des Wiener UN-Kaufrechts (CISG) und gegenüber dem Beklagten zu 2 aus den §§ 161, 128 Abs. 1 HGB. Die Parteien hätten durch ihr Verhalten im Prozeß gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB die Anwendbarkeit deutschen Rechts gewählt. Dazu gehörten auch die Bestimmungen des CISG.

Die der Klageforderung zugrunde liegenden Kaufverträge seien wirksam. Zwar könne die ursprüngliche Vereinbarung der Parteien über ihre Zusammenarbeit, die als Franchisevertrag oder zumindest als franchiseähnlicher Vertrag zu qualifizieren sei, gemäß §§ 15, 18, 34 GWB, Art. 85 EWGV, § 139 BGB ganz oder teilweise nichtig sein. Nach dem Vortrag der Beklagten sei die Beklagte zu 1, wenn auch nicht aufgrund einer ausdrücklichen Abrede, aber aufgrund der zwischen den Parteien bestehenden und willentlich so gehandhabten Vertriebspraxis gehalten gewesen, ausschließlich Waren der Klägerin zu beziehen und diese nur in von der Klägerin genehmigten Läden zu von dieser verbindlich vorgegebenen Preisen zu verkaufen.

4

Über eine etwaige Nichtigkeit der ursprünglichen Rahmenvertriebsvereinbarung der Parteien brauche jedoch nicht abschließend entschieden zu werden, weil sie für die Wirksamkeit der später abgeschlossenen Lieferverträge, aus denen die Klägerin ihren Zahlungsanspruch herleite, ohne Bedeutung sei. Es handele sich um selbständige Rechtsgeschäfte, die auch nicht durch den Parteiwillen zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB verbunden worden seien. Zwischen der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien über die gegenseitige Zusammenarbeit und den späteren Lieferverträgen bestehe zwar ein wirtschaftlicher, aber kein rechtlicher Zusammenhang. Ein solcher ergebe sich weder daraus, daß die Klägerin nach der Behauptung der Beklagten einseitig eine Franchisegebühr in die Kaufpreise einkalkuliert habe, noch daraus, daß es der Klägerin darauf angekommen sei, ihre Preisbindung beim Weiterverkauf der Ware durch die Beklagte zu 1 an Dritte durchzusetzen. Überdies sei bei Abschluß der Rahmenvereinbarung völlig ungewiß gewesen, in welchem Umfang und hinsichtlich welcher Waren Nachbestellungen erfolgen würden.

5

2.

Die Forderung der Klägerin sei auch nicht durch die Hilfsaufrechnungen der Beklagten erloschen.

6

Vertragliche Schadensersatzansprüche wegen der von der Klägerin durchgeführten schockierenden Werbung stünden der Beklagten zu 1 nicht zu. Dabei könne dahinstehen, ob insoweit eine Verletzung von Nebenpflichten aus dem Vertriebsverhältnis oder den einzelnen Lieferverträgen in Betracht zu ziehen sei. Es komme auch nicht darauf an, daß sich Schadensersatzansprüche aus den Lieferverträgen wegen des Vorrangs des Einheitskaufrechts nicht aus positiver Vertragsverletzung, sondern allenfalls aus Art. 45 Abs. 1 b CISG ergeben könnten. Denn nach allen denkbaren Anspruchsgrundlagen sei Voraussetzung, daß die Klägerin vertragliche Pflichten verletzt habe. Das sei nicht der Fall.

Die Klägerin habe unstreitig allein die Werbung für die von ihr hergestellten Produkte durchgeführt. Sie habe es aber nicht übernommen, bei Fehlschlägen eigener geschäftlicher Aktivitäten das Risiko eines darauf beruhenden wirtschaftlichen Mißerfolges der Beklagten zu 1 zu tragen. In einer mißglückten Werbung könne deshalb für sich genommen noch keine relevante Pflichtverletzung gesehen werden. Die Zielrichtung der Werbung habe unabhängig davon, daß diese vom Bundesgerichtshof als sittenwidrig im Sinne von § 1 UWG angesehen worden sei, den Interessen der Beklagten nicht zwangsläufig entgegenstehen müssen. Gerade als wettbewerbswidriges Verhalten sei sie vom Ansatz her darauf gerichtet gewesen, die Marktstellung der Klägerin zu stärken und für diese ebenso wie für ihre Vertriebsmittler gegenüber den Mitbewerbern Vorteile zu erzielen. Eine Pflichtverletzung komme deshalb erst von dem Zeitpunkt an in Betracht, zu dem die Klägerin habe erkennen können und müssen, daß ihre Werbung negative Auswirkungen auf die Absatzchancen ihrer Händler haben könnte. Es sei nicht davon auszugehen, daß sie schon zu Beginn ihrer Werbekampagne mit solchen geschäftlichen Einbußen habe rechnen müssen, weil es widersinnig erscheine anzunehmen, eine – kostspielige – Werbung solle nicht der Umsatz- oder Gewinnsteigerung dienen. Zwar könne nicht zweifelhaft sein, daß die Werbung der Klägerin zumindest bei einem Teil der Verbraucher auf Ablehnung gestoßen und dieser Teil als Kunden verlorengegangen sei oder als potentielle Kunden nicht habe hinzugewonnen werden können. Eine dadurch bedingte mögliche Gefährdung der Vermögensinteressen der Beklagten zu 1 sei für die Klägerin jedoch nicht vor März 1994 offenkundig gewesen oder ihr durch eine Abmahnung bekanntgegeben worden. Aus vereinzelt ablehnenden Zuschriften an die von ihr selbst herausgegebene Hauszeitschrift C., die Kollektion Frühjahr/Sommer 1993 betreffend, habe die Klägerin nicht den Schluß ziehen müssen, daß ihre Werbung den Umsatz der Händler wie der Beklagten zu 1 nachteilig beeinflussen werde. Die Behauptung der Beklagten, seit 1992 habe sich «eine größere Anzahl von Händlern» an die jeweils zuständigen Generalagenturen mit der Bitte um Einstellung dieser Art von Werbung gewandt, sei zu pauschal, um sie zugrunde legen zu können. Auch aus den in den Jahren 1992 und 1993 ergangenen Gerichtsentscheidungen, durch die die Werbung als sittenwidrig im Sinne von § 1 UWG verurteilt worden sei, hätten sich für die Klägerin keine hinreichend deutlichen Hinweise auf mögliche Umsatzschäden der Händler ergeben. Erst durch ein Schreiben eines Kasseler B.-Händlers vom 12. März 1994 sei sie darauf hingewiesen worden, daß bei den deutschen B.-Händlern außergewöhnliche Umsatzeinbußen entstanden seien, die nach deren Auffassung auf den Imageverlust der Marke B. zurückzuführen und durch die breite Ablehnung der Werbekampagne ausgelöst worden seien.

7

Danach habe die Klägerin zunächst Gelegenheit haben müssen, den ihr gegebenen Hinweisen nachzugehen und die notwendigen organisatorischen Maßnahmen für eine etwaige Umstellung der Werbung zu treffen, wofür ihr jedenfalls ein Zeitraum von zwei Monaten zuzubilligen sei. Nach Mai 1994 seien keine Werbeanzeigen der Klägerin mehr erfolgt. Soweit sie noch im Juni und September 1994 einzelne Bilder in ihrer Hauszeitschrift C. B. veröffentlicht habe, habe die Klägerin nicht davon auszugehen brauchen, daß diese geeignet gewesen seien, die Umsätze der von ihr belieferten Händler nennenswert zu beeinträchtigen.

8

Im Übrigen hätten die Beklagten nicht in nachprüfbarer Weise dargelegt, daß ihnen infolge in der Zeit ab Mai 1994 durchgeführter, breit angelegter und gewinnbeeinträchtigender Werbemaßnahmen der Klägerin ein meßbarer Schaden entstanden sei; insbesondere hätten sie nicht vorgetragen, wie die geschäftliche Entwicklung verlaufen wäre, wenn die Klägerin ihre beanstandete Werbung etwa ab Mai 1994 eingestellt hätte.

9

Auch Schadensersatzansprüche der Beklagten zu 1 wegen Eingriffs in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 BGB scheiterten jedenfalls daran, daß es an der Darlegung eines Schadens fehle.

Schließlich stehe der Beklagten zu 1 auch kein Ausgleichsanspruch in entsprechender Anwendung von § 89b HGB zu. Die vertraglichen Beziehungen der Parteien seien in entscheidenden Punkten anders als ein Handelsvertreterverhältnis gestaltet. Allein die Einbindung der Beklagten zu 1 in ein franchiseähnliches System rechtfertige keine entsprechende Beurteilung. Zum einen hielten die Beklagten diese Einbindung selbst für rechtsunwirksam, zum anderen lasse das Vorbringen der Beklagten zu 1, das letzte noch von ihr betriebene Geschäft sei nach Januar 1995 an Dritte vermietet worden, nicht erkennen, in welcher Weise und aus welchen Gründen die Geschäftsbeziehung zur Klägerin beendet worden sei. Schließlich werde aus dem Vortrag der Beklagten auch nicht deutlich, daß aus ihrer Einbindung in das Vertriebssystem der Klägerin eine Verpflichtung zur Überlassung ihres Kundenstamms an diese hergeleitet werden könnte oder daß eine Überlassung des Kundenstamms nach Beendigung der Geschäftsbeziehung zumindest tatsächlich erfolgt wäre.

10

II.

11

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

A)

12

Das Berufungsgericht hat der Klägerin rechtsfehlerfrei einen Kaufpreisanspruch in Höhe von 110.970,20 DM für an die Beklagte zu 1 gelieferte und zwischen September 1993 und Oktober 1994 in Rechnung gestellte Textilien gemäß Art. 53, 54 CISG gegenüber der Beklagten zu 1 und gemäß §§ 161 Abs. 2, 128 Satz 1 HGB gegenüber dem Beklagten zu 2 zuerkannt.

1.

13

Seine Feststellung, die Parteien hätten die Anwendbarkeit deutschen Rechts gewählt (Art. 27 EGBGB), ohne die Geltung des CISG auszuschließen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Soweit die Revision meint, die Parteien hätten durch die Wahl deutschen Rechts zugleich gemäß Art. 6 CISG die Anwendbarkeit des CISG insoweit abbedungen, als auf die

Rechtsbeziehungen der Parteien unter anderen die Bestimmungen des BGB, die Rechtsinstitute des Verschuldens bei Vertragsschluß und der positiven Vertragsverletzung sowie die Grundsätze von Treu und Glauben anzuwenden seien, übersieht sie, daß die Vereinbarung der Geltung des deutschen materiellen Rechts für sich genommen nicht als Ausschluß des CISG angesehen werden kann, weil von der Verweisung auf deutsches Recht auch das CISG als dessen Bestandteil erfaßt wird (*Schlechtriem/Herber*, CISG, 2. Aufl., Art. 6 Rdn. 16; noch zum EKG BGHZ 96, 313, 322 f). Für die Annahme eines sich aus der übereinstimmenden Bezugnahme auf bestimmte Vorschriften des nationalen Kaufrechts ergebenden stillschweigenden Ausschlußwillens der Parteien (BGHZ 96, 313, 321) ist kein Raum, nachdem das Berufungsgericht, von der Revision unbeanstandet, festgestellt hat, die Beklagten hätten in der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz ausdrücklich an der Anwendung des CISG festgehalten.

2.

14

Zu Recht hat das Berufungsgericht im Ergebnis offengelassen, ob einzelne oder alle der von ihm festgestellten und der von den Beklagten behaupteten weiteren Vertriebsvereinbarungen der Parteien gegen deutsches (§§ 15, 18, 34 GWB) oder europäisches (Art. 85 Abs. 1 EWGV) Kartellrecht verstoßen. Gegen seine Annahme, auch im Falle der Nichtigkeit dieser Vertriebsabreden seien die Lieferverträge, auf die die Klageforderung gestützt ist, wirksam, wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Gemäß seinem Art. 4 Satz 2 a regelt das CISG nicht die Gültigkeit der Lieferverträge. Es gelten daher die Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsgründe des nach Kollisionsrecht (Art. 27, 31 Abs. 1 EGBGB) maßgeblichen nationalen deutschen Rechts (*Schlechtriem/Herber*, aaO Art. 4 Rdn. 4, 6; *Staudinger/Ulrich Magnus*, BGB, 13. Bearb., Art. 4 CISG Rdn. 20; *Hoyer*, in *Hoyer/Posch*, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 39 f). Danach ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß die der Klageforderung zugrunde liegenden Kaufverträge von einer etwaigen kartellrechtlichen Nichtigkeit der Vertriebsabreden der Parteien gemäß § 139 BGB nicht erfaßt werden.

a)

15

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Vertriebsabreden der Parteien nicht Bestandteil dieser Warenkaufverträge, sondern Inhalt einer schon vor deren Abschluß zustande gekommenen Rahmenvereinbarung. Soweit die Revision demgegenüber meint, es bestehe keine äußerliche Trennung zwischen einem Franchise- oder Rahmenvertriebsvertrag und den einzelnen Kaufverträgen, vielmehr seien die wettbewerbsbeschränkenden Abreden zusammen mit den Kaufverträgen vereinbart und in jeder Saison erneuert worden, zeigt sie keine Gesichtspunkte auf, die die abweichende tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft erscheinen ließen. Richtig ist zwar, daß nach dem revisionsrechtlich maßgeblichen Vortrag der Beklagten wettbewerbsbeschränkende Vertriebsabreden zwischen den Parteien weder schriftlich noch ausdrücklich mündlich getroffen worden sind und deshalb nur durch schlüssiges Verhalten im Zusammenhang mit dem Warenbezug durch die Beklagte zu 1 zustande gekommen sein können. Die geschäftlichen Beziehungen zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 begannen jedoch bereits 1988. Vor diesem Hintergrund ist die Annahme des Berufungsgerichts zumindest

vertretbar und daher frei von Rechtsfehlern, fünf Jahre später, 1993, habe aufgrund der von den Beklagten behaupteten willentlichen einheitlichen tatsächlichen Handhabung der Zusammenarbeit der Parteien zwischen diesen eine Rahmenvertriebsvereinbarung bestanden, ohne daß – was auch nicht erforderlich gewesen sei – deren Inhalt (erneut) zum Gegenstand der später abgeschlossenen Warenkaufverträge gemacht worden ist. Anders als die Revision meint, liegt darin keine unnatürliche Aufspaltung von einheitlichen Kauf- und Vertriebsabreden.

b)

Die Revision rügt deshalb auch vergeblich, die Nichtigkeit der Einzelkaufverträge ergebe sich unmittelbar aus §§ 34 GWB, 125 Satz 1 BGB, weil die nur stillschweigend geschlossenen Vertriebsvereinbarungen der Parteien Beschränkungen der in § 18 GWB genannten Art enthielten und ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 34 GWB die Gesamtnichtigkeit aller Verträge und Abreden zur Folge habe, die mit den von der Formvorschrift erfaßten Vereinbarungen in Zusammenhang stünden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 84, 322, 324; 119, 112, 113 ff; Urteil vom 9. Juli 1985 – KZR 8/84 = NJW-RR 1986, 336 unter 2 a; Urteil vom 11. März 1997 – KZR 44/95 = ZIP 1997, 938 unter I 1) erfaßt das Schriftformerfordernis des § 34 GWB zwar über die eigentliche Ausschließlichkeitsbindung im Sinne von § 18 GWB hinaus alle für die Beurteilung der wettbewerblichen Wirkungen der Bindung bedeutsamen Teile eines wirtschaftlich einheitlichen Vertragsgefüges, selbst wenn dieses aus mehreren äußerlich getrennten Verträgen besteht. Eine solche Wettbewerbsbedeutung kommt den Einzelkaufverträgen der Parteien jedoch nicht zu. Mit ihrem Abschluß ist die vorausgegangene Rahmenvereinbarung lediglich ausgeführt, aber nicht in ihrem den Wettbewerb betreffenden Inhalt erweitert oder mitbestimmt worden.

16

c)

Zutreffend hat somit das Berufungsgericht die Folgen einer etwaigen kartellrechtlichen Teil- oder Gesamtnichtigkeit der Vertriebsvereinbarungen für die Wirksamkeit der Einzelkaufverträge nur danach beurteilt, ob die Vertriebsabreden und die Einzelkaufverträge trotz ihrer äußerlichen Trennung ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB bilden, d.h. nach dem Willen der Parteien miteinander stehen und fallen sollten (BGHZ 50, 8, 13; BGH, Urteil vom 25. Mai 1983 – VIII ZR 51/82 = WM 1983, 788 = NJW 1983, 2027 unter III 5; Urteil vom 16. April 1986 – VIII ZR 79/85 = WM 1986, 795 = NJW 1986, 1988 unter II 2 b, insoweit in BGHZ 97, 351 nicht abgedruckt; BGHZ 112, 288, 293; BGH, Urteil vom 4. Dezember 1996 – VIII ZR 360/95 = WM 1997, 418 unter II A 2 b). Seine trichterliche Würdigung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 16. April 1986 aaO; BGHZ 112, 288, 293), ein solcher Einheitlichkeitswille der Parteien liege nicht vor, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

17

aa)

Sie entspricht der Rechtsprechung des Senats, wonach die Unwirksamkeit eines Franchise-Vertrages in der Regel nicht die Unwirksamkeit der erst später geschlossenen einzelnen Kaufverträge zur Folge hat. In diesem Zusammenhang hat der Senat ausgeführt (Urteil vom 16. April 1986 aaO unter II 4 b) die Einzelkaufverträge könnten trotz des wirtschaftlichen Zusammenhangs selbst bei weiter Auslegung des Begriffs des einheitlichen Rechtsgeschäfts

18

nicht mehr in rechtlichem Sinne als Teil der Franchise-Vereinbarung angesehen werden, zumal bei Abschluß des Franchise-Vertrags ungewiß sei, wann, wie oft und hinsichtlich welcher Produkte der Franchisenehmer Nachbestellungen vornehme.

bb)

19

Vergeblich rügt die Revision, das Berufungsgericht habe bei seiner Würdigung die von der Klägerin vorformulierte und von dem Beklagten zu 2 zwar nicht unterzeichnete, aber dennoch von beiden Parteien als wirksam angesehene Erklärung vom 16. September 1987 übergangen, nach der die Klägerin die Ermächtigung zum Gebrauch ihrer Kennzeichen, ihrer Geschäfts- und Reklametechniken sowie ihrer Ausstattung nur so lange erteilt hat, wie das Geschäft der Beklagten zu 1 von ihr mit Ware beliefert wird. Die Klägerin hat danach zwar die Dauer ihrer Ermächtigung zum Gebrauch ihrer Kennzeichen mit dem Abschluß der Warenkaufverträge im Rahmen der laufenden Geschäftsverbindung verknüpft. Daraus folgt aber nicht, daß nach dem Willen der Parteien die Wirksamkeit tatsächlich abgeschlossener und durchgeführter Kaufverträge – gleichsam umgekehrt – von dem Fortbestand der Ermächtigung zum Gebrauch der Kennzeichen abhängig sein sollte. Noch weniger ergibt sich hieraus der Wille, die Wirksamkeit der Kaufverträge allgemein an die Wirksamkeit dieser oder weiterer Vertriebsvereinbarungen zu binden.

cc)

20

Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts weist auch keine Widersprüche auf. Entgegen der Darstellung der Revision ist das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen zu einem Schadensersatzanspruch der Beklagten zu 1 wegen der Schockwerbung der Klägerin nicht davon ausgegangen, daß die Verpflichtung der Klägerin, überregionale Werbung durchzuführen, integraler Bestandteil einheitlicher Vertriebs- und Kaufabreden sei. Es hat vielmehr auch in diesem Zusammenhang die Verpflichtung der Klägerin zur Werbung als Bestandteil (nur) der Rahmenvereinbarung angesehen und den Einzelkaufverträgen lediglich Schutzpflichten der Klägerin in dem Sinne entnommen, daß diese als Verkäuferin keine Maßnahmen treffen dürfe, die den von ihrem Käufer mit dem Weiterverkauf der Waren beabsichtigten geschäftlichen Erfolg beeinträchtigten oder verhinderten (siehe unten unter B 1). Eine solche auf das Unterlassen schädigenden Verhaltens gerichtete Nebenpflicht ist nicht identisch mit der auf positives Tun gerichteten Verpflichtung zur Durchführung überregionaler Werbung aus dem Rahmenvertrag.

dd)

21

Die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die sich aus § 139 BGB ergebende Vermutung der Gesamtnichtigkeit nicht berücksichtigt (§ 286 ZPO), bleibt ebenfalls ohne Erfolg. § 139 BGB setzt voraus, daß ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt (BGHZ 54, 71, 72). Ein solches hat das Berufungsgericht im Hinblick auf die äußerlich und zeitlich voneinander getrennten Vertriebsvereinbarungen und Warenkaufverträge gerade nicht feststellen können. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß mehrere formell selbständige Geschäfte zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB zusammengefaßt sind, obliegt demjenigen, der die Gesamtnichtigkeit geltend macht (*Erman/Brox*, BGB, 9. Aufl., § 139 Rdnr. 36). Übergangenen Sachvortrag der Beklagten, der für eine Einheitlichkeit der Geschäfte sprechen könnte, zeigt die Revision nicht auf.

B)

22

Die Klageforderung ist nicht durch die Hilfsaufrechnungen erloschen.

1.

23

Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, daß der Beklagten zu 1 ein vertraglicher Schadensersatzanspruch wegen der Verbreitung schockierender Werbung durch die Klägerin nicht zusteht. Dabei kann offenbleiben, ob dieser Anspruch schon deshalb ausscheidet, weil die Rahmenvertriebsvereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 aus kartellrechtlichen Gründen nichtig ist, und ob die Ansicht des Berufungsgerichts zutrifft, daß die Klägerin auch aufgrund von sich aus den Einzelkaufverträgen ergebenden Schutzpflichten gehalten war, solche Werbung zu unterlassen, die den mit dem Weiterverkauf der von ihr gelieferten Waren beabsichtigten geschäftlichen Erfolg der Beklagten zu 1 erkennbar zu beeinträchtigen oder gar zu verhindern geeignet war. Offenbleiben kann weiter, ob die Werbung tatsächlich einen Schaden auf Seiten der Beklagten verursacht hat, wie die Revision geltend macht. Denn es fehlt in jedem Fall an einer Pflichtverletzung der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1.

a)

24

Das Berufungsgericht stellt – von der Revision unbeanstandet – fest, die Klägerin habe die Werbung für die von ihr hergestellten und von der Beklagten zu 1 vertriebenen Produkte allein durchgeführt. Danach hatte die Klägerin über die Art und Weise der Werbung als unternehmerische Entscheidung in eigener Verantwortung zu befinden. Zu Recht hat das Berufungsgericht daher auch eine Verpflichtung der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1 verneint, vor Beginn ihrer Werbekampagne 1991 eine Akzeptanz- und Resonanzanalyse durchzuführen.

b)

25

Wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, entband dies die Klägerin allerdings nicht von der Verpflichtung, bei derartigen Entscheidungen auch auf die schutzwürdigen Belange der Beklagten Rücksicht zu nehmen.

Im Bereich des Vertriebs durch Handelsvertreter entspricht es ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß der Unternehmer zwar grundsätzlich in seinen geschäftlichen Dispositionen frei ist und die in diesem Bereich anfallenden Entscheidungen in eigener Verantwortung zu treffen hat. Gleichwohl darf er dabei den Interessen des Handelsvertreters nicht willkürlich ohne vertretbaren Grund zuwiderhandeln (BGHZ 26, 161, 164 ff; Urteile vom 29. Juni 1959 – II ZR 99/58 = NJW 1959, 1964; vom 17. Oktober 1960 – VII ZR 216/59 = BB 1960, 1221 unter 5; BGHZ 49, 39, 42; 58, 140, 154; Urteile vom 30. Januar 1986 – I ZR 185/83 = NJW 1986, 1931 unter II B 3 und vom 6. Mai 1993 – I ZR 84/91 = WM 1993, 1725 unter II 2). Auf Vertragshändlerverhältnisse hat der Senat diese Rechtsprechung übertragen (Urteile vom 29. April 1958 – VIII ZR 189/57 = NJW 1958, 1138 unter a; vom 19. Januar 1972 – VIII ZR 86/71 = WM 1972, 464 unter I 4 a) und ausgesprochen, daß der Hersteller den schutzwürdigen Belangen des Vertragshändlers angemessen Rechnung zu tragen hat und dessen Interessen nicht ohne begründeten Anlaß zuwiderhandeln darf (Urteil vom 21. Juni 1972 – VIII ZR 96/71

= WM 1972, 1092 unter II 2 b; BGHZ 93, 29, 39; Urteil vom 10. Februar 1993 – VIII ZR 47/92 = WM 1993, 1464 unter B II 2 a).

Für Franchiseverträge oder franchiseähnliche Verhältnisse – deren Vorliegen zugunsten der Revision unterstellt werden kann – fehlt es zwar bislang an entsprechender höchstrichterlicher Rechtsprechung (für die Übertragung der für Handelsvertreter/Vertrags-händler entwickelten Grundsätze *Martinek, Franchising*, S. 308 ff; *Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchiseverträgen*, S. 143; OLG Hamm NJW-RR 1994, 243 unter II 1 b). Die grundsätzliche Pflicht der Klägerin, bei ihren unternehmerischen Entscheidungen auch auf schutzwürdige Belange der Beklagten zu 1 Rücksicht zu nehmen, ergibt sich jedoch zum einen daraus, daß die Beklagte zu 1 – wie andere Vertriebsmittler – Zeit und Geld in eine auf längere Zeit angelegte Vermittlungstätigkeit investiert hat (*Brüggemann*, in Großkom. HGB, 4. Aufl., § 86 a Rdnr. 20; *Martinek, Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts*, 3. Aufl., Rdnr. 159). Zum anderen folgt sie aus der Tatsache, daß sich beide Parteien durch den Abschluß der Vertriebsvereinbarung eines Teils ihrer unternehmerischen Freiheit begeben haben, die Beklagte zu 1 durch die Beschränkung ihres Warensortiments auf Produkte der Klägerin und diese durch die Entscheidung, ihre Erzeugnisse durch selbständige Unternehmer wie die Beklagte zu 1 vertreiben zu lassen.

26

c)

Diese Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange des Vertriebsmittlers darf jedoch nicht dazu führen, daß der Unternehmer bei seinen Entscheidungen etwa auf bewährte Maßnahmen beschränkt ist oder gar den jeweils «sichersten Weg» gehen muß. Vielmehr fordert die Eigenart gewinnorientierter unternehmerischer Tätigkeit vielfach, daß neue Wege gesucht und auch risikobehaftete Entscheidungen getroffen werden. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß hinsichtlich der Werbetätigkeit der Klägerin die Interessen der Parteien einander nicht widersprachen, sondern gleichgerichtet waren. Die von der Klägerin durchgeführte gemeinsame Werbung sollte den Absatz der Beklagten zu 1 fördern und damit unmittelbar auch dem Vorteil der Klägerin dienen, die an dem Verkauf von möglichst großen Mengen ihrer Produkte an die Beklagte zu 1 und damit an deren möglichst umfangreichen Nachbestellungen interessiert war. Insoweit saßen also beide Parteien – Gesellschaftern vergleichbar – «in einem Boot». War die Werbung der Klägerin erfolgreich, so profitierte davon auch die Beklagte zu 1; erwies sie sich als Fehlschlag, so hatte die Beklagte zu 1 damit verbundene geschäftliche Nachteile als Folge ihrer Entscheidung, die eigene Werbung von der Klägerin durchführen zu lassen, grundsätzlich hinzunehmen. Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht angenommen, daß nicht jede weniger erfolgreiche oder erfolglose Werbung der Klägerin zu Schadensersatzansprüchen ihrer Absatzmittler führt.

27

d)

Wo genau mit Blick auf die schutzwürdigen Belange der Beklagten zu 1 die Grenzen der Entscheidungsfreiheit der Klägerin über die Art und Weise der durchzuführenden Werbung zu ziehen sind, muß im Streitfall nicht im Einzelnen festgelegt werden. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß sich die Klägerin von der Schockwerbung eine Steigerung ihres Bekanntheitsgrades und als deren Folge eine Erhöhung des Umsatzes ihrer Vertriebsmittler und entsprechende eigene Vorteile versprach und daß sie deshalb zur

28

Unterlassung, Änderung oder zum Abbruch dieser Werbekampagne allenfalls dann bzw. von dem Zeitpunkt an verpflichtet war, in dem sie wußte oder damit rechnen mußte, in dem also objektiv erkennbar war, daß diese Art der Werbung – anders als erwartet – ihren Vertriebsmittlern (und damit auch ihr selbst) Schaden zufügen konnte. Auf dieser Grundlage hat es eine Pflichtverletzung der Klägerin im Ergebnis zu Recht verneint.

aa)

Die objektive Erkennbarkeit einer die Vertriebsmittler schädigenden Wirkung ergibt sich entgegen der Ansicht der Revision nicht schon daraus, daß verschiedene Werbemotive der Kampagne von deutschen Gerichten als sittenwidrige Werbemaßnahmen im Sinne von § 1 UWG verurteilt worden sind. Der Bundesgerichtshof (BGHZ 130, 196, 200 f «ölverschmutzte Ente»; Urteil vom 6. Juli 1995 – I ZR 110/93 = NJW 1995, 2490 «Kinderarbeit» unter II 2 c; Urteil vom 6. Juli 1995 – I ZR 180/94 = NJW 1995, 2492 «HIV-Positive» unter II 2 a) hat – wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt – den Vorwurf des sittenwidrigen Werbeverhaltens im Kern darauf gestützt, daß die Klägerin mit der lediglich auf sie als publizierendes Unternehmen hinweisenden Darstellung des Elends geschundener Kreatur bei einem nicht unerheblichen Teil der Verbraucher Gefühle des Mitleids und der Ohnmacht wecke, sich dabei als gleichermaßen betroffen darstelle und damit eine Solidarisierung der Einstellung solchermaßen berührter Verbraucher mit dem Namen und zugleich mit der Geschäftstätigkeit ihres Unternehmens herbeiführe. Eine solcherart gefühlsbetonte Werbung sei wettbewerbswidrig im Sinne von § 1 UWG, wenn sie im Wesentlichen nur zur Steigerung des Ansehens des Unternehmens bei den Verbrauchern eingesetzt werde.

Danach gründet der Vorwurf der Sittenwidrigkeit darauf, daß die beanstandeten Werbemotive der Klägerin geeignet erscheinen, durch Ausnutzung von Gefühlsregungen des Mitleids und des Schreckens eine Steigerung der Verkehrsbekanntheit des Namens der Klägerin und infolge einer damit verbundenen erhöhten Aufmerksamkeit der Verbraucher auf ihre Produkte eine Umsatzsteigerung hervorzurufen. Dies ist aber gerade das Gegenteil der Auffassung der Beklagten, diese Art der Werbung sei schon als solche geeignet, bei den Vertriebsmittlern einen Umsatzrückgang zu bewirken.

bb)

Anders als die Revision meint, ergab sich die objektive Erkennbarkeit einer Schädigung der Beklagten zu 1 und gleichermaßen der Klägerin selbst durch die von dieser durchgeführte Werbung auch nicht aus einem allgemeinen Erfahrungssatz. Existenz und Inhalt eines solchen kann das Revisionsgericht selbst prüfen (BGH, Urteil vom 15. Januar 1993 – V ZR 202/91 = NJW-RR 1993, 653 unter 2). Selbst wenn – wie das Berufungsgericht meint – aus heutiger Sicht unzweifelhaft sein sollte, daß ein Teil der Verbraucher, bei dem die Werbung der Klägerin auf Ablehnung stieß, für diese als Kunden verloren ging oder nicht hinzugewonnen werden konnte, gab es jedenfalls bis 1994 keinen Erfahrungssatz, nach dem Kunden Produkte boykottieren, weil die Werbung für die Produkte allgemein als geschmacklos, schockierend oder abstoßend empfunden wird. Daß schon damals von einem größeren Teil der Bevölkerung getragene Kaufboykotte bekannt gewesen seien, macht auch die Revision nicht geltend.

29

30

cc)

Zwar setzt der hier geltend gemachte vertragliche Schadensersatzanspruch grundsätzlich keine Abmahnung voraus (Senatsurteile vom 11. Februar 1981 – VIII ZR 312/79 = WM 1981, 331 unter C II 3 b; vom 28. Oktober 1987 – VIII ZR 383/86 = NJW-RR 1988, 417 unter II 3 b cc), worauf die Revision zu Recht hinweist. Gleichwohl geht das Berufungsgericht aus den zu aa) und bb) genannten Gründen im Ergebnis zutreffend davon aus, daß für die Klägerin eine möglicherweise schädigende Wirkung ihrer Werbung erst aufgrund einer entsprechenden – von ihm als «Abmahnung» bezeichneten – Information durch ihre Händler erkennbar war. Seine tatsächliche Feststellung, die Beklagten selbst hätten die Klägerin nicht «abgemahnt», die entsprechende Information habe sich für die Klägerin vielmehr frühestens aus einem Schreiben eines Kasseler B.-Händlers vom 12. März 1994 ergeben, in dem sie darauf hingewiesen worden sei, daß die breite Ablehnung ihrer Werbekampagne außergewöhnliche Umsatzeinbußen ausgelöst habe, nimmt die Revision hin.

31

Die Annahme des Berufungsgerichts, im Anschluß an dieses Schreiben sei der Klägerin jedenfalls der von ihr in Anspruch genommene Zeitraum von zwei Monaten zuzubilligen, in dem sie den ihr gegebenen Hinweisen habe nachgehen und die notwendigen organisatorischen Maßnahmen zu einer etwaigen Umstellung der Werbung habe treffen können, ist angesichts der Tragweite der von der Klägerin verlangten Änderung ihres unternehmerischen Verhaltens aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach Mitte Mai 1994 hat die Klägerin nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts keine Werbung mehr durchgeführt, die geeignet gewesen wäre, den Absatz der Beklagten an B. waren negativ zu beeinflussen.

32

2.

Einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen eines Eingriffs der Klägerin in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Beklagten zu 1 durch die Schockwerbung hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision im Ergebnis ebenfalls zu Recht verneint. Es bestehen schon erhebliche Zweifel, ob die Werbung einen betriebsbezogenen Eingriff im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum deliktischen Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (Urteil vom 29. Januar 1985 – VI ZR 130/83 = NJW 1985, 1620 unter II 1) darstellt, nach der ein solcher spezifisch gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gerichtet sein muß. Jedenfalls fehlt es mangels objektiver Voraussehbarkeit einer Schädigung der Beklagten zu 1 am Verschulden der Klägerin.

33

3.

Auch einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision im Ergebnis zutreffend abgelehnt.

34

a)

Ein Anspruch analog § 89b HGB kommt allerdings – anders als das Berufungsgericht meint – unabhängig davon in Betracht, ob die – unterstellte – franchiseähnliche Rahmenvereinbarung der Klägerin und der Beklagten zu 1 infolge etwaiger Verstöße gegen Kartellrecht nichtig ist. Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 129, 290, 293; Urteil vom 11. Dezember 1996 –

VIII ZR 22/96 = WM 1997, 235 unter B II 1 a) führt im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 89b HGB die Nichtigkeit des Handelsvertretervertrages nicht zum Wegfall des Ausgleichsanspruchs, wenn der Unternehmer die vom Handelsvertreter hergestellten Geschäftsverbindungen tatsächlich weiterhin nutzen kann. Bei einer analogen Anwendung von § 89b HGB kann nichts anderes gelten.

b)

Ob § 89b HGB überhaupt im Franchiseverhältnis ebenso wie im Vertragshändlerverhältnis analog anwendbar ist (dafür *Küstner/von Manteuffel/Evers*, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 2, 6. Aufl., Rdnrn. 121–124; *Martinek*, Franchising, S. 353 ff, 366; ders., *Moderne Vertragstypen II*, S. 150 ff, 156; *MünchKomm-HGB/v. Hoyningen-Huene*, § 89b Rdnr. 24; *Palandt/Putzo*, BGB, 56. Aufl., Einf. v. § 581 Rdnr. 29; Eckert, WM 1991, 1237, 1245 f; *Köhler*, NJW 1990, 1689, 1690 ff; *Matthießen*, ZIP 1988, 1089, 1096), ist bisher höchstrichterlich nicht entschieden und bedarf auch im vorliegenden Falle keiner Entscheidung. Denn hier sind die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Vertragshändlerverhältnis (zuletzt Urteil vom 17. April 1996 – VIII ZR 5/95 = WM 1996, 1555 unter II 1. m.w.Nachw.) erforderlichen Analogievoraussetzungen nicht erfüllt.

35

Selbst wenn das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 so ausgestaltet gewesen sein sollte, daß es sich nicht in einer bloßen Verkäufer-Käufer-Beziehung erschöpfte, sondern die Beklagte zu 1 derart in die Absatzorganisation der Klägerin eingegliedert war, daß sie wirtschaftlich in erheblichem Umfang einem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu erfüllen hatte, fehlt es jedenfalls an der für eine analoge Anwendung des § 89b HGB erforderlichen Verpflichtung der Beklagten zu 1, der Klägerin ihren Kundenstamm zu übertragen, d.h. ihre Kundendaten zu übermitteln, so daß diese sich bei Vertragsende die Vorteile des Kundenstamms sofort und ohne weiteres nutzbar machen könnte. Eine solche Verpflichtung ist zwischen den Parteien nicht begründet worden.

36

Ob beim Franchising anders als im Vertragshändlerverhältnis (Urteil vom 17. April 1996 aaO) anstelle einer rechtlichen Verpflichtung zur Übertragung des Kundenstamms das tatsächliche Verbleiben des Kundenstamms des Franchisenehmers beim Franchisegeber die analoge Anwendung von § 89b HGB rechtfertigen könnte (vgl. *Martinek*, Franchising, S. 363 f, 366 f; *derselbe*, *Moderne Vertragstypen II*, S. 154, 156 f; *Eckert* aaO S. 1243 f; *Köhler* aaO S. 1691, 1693 f), bedarf ebenfalls keiner Entscheidung. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien in den Tatsacheninstanzen für eine tatsächliche Übernahme des Kundenstamms der Beklagten zu 1 durch die Klägerin nichts vorgetragen. Soweit die Revision behauptet, die Klägerin könne den von der Beklagten zu 1 aufgebauten und von der Schockwerbung nicht abgeschreckten Kundenstamm nunmehr allein wirtschaftlich nutzen, handelt es sich um neues und deshalb gemäß § 561 Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigendes Tatsachenvorbringen.

37

c)

Für den erkennenden Senat bestand keine Veranlassung, die Sache entsprechend dem Antrag der Revision zur Entscheidung an den Kartellsenat abzugeben. Eine Zuständigkeit des Kartellsenats kommt über die Fälle des § 95 GWB hinaus nur in Betracht, wenn

38

kartellrechtliche Vorfragen entscheidungserheblich sind (BGHZ 64, 342, 344 ff; 114, 218, 224 f). Solche lagen hier nicht vor mit Ausnahme der Frage nach der Reichweite des Schriftformerfordernisses des § 34 GWB (siehe oben unter A 2 b). An einer Beurteilung dieser kartellrechtlichen Frage war der Senat nicht gehindert, weil sie in rechtlicher Hinsicht durch die Rechtsprechung des Kartellsenats geklärt ist (BGH, Urteile vom 21. April 1983 – I ZR 201/80 = WM 1983, 1064 unter IV 2; vom 15. Januar 1987 – I ZR 112/84 = NJW 1987, 1084 unter II 3, insoweit in BGHZ 99, 314 nicht abgedruckt; vom 4. Oktober 1988 – X ZR 3/88 = BGHR GWB § 96 Abs. 2 Satz 1 Nichtangriffsabrede 1; vom 30. September 1992 – VIII ZR 196/91 = BGHR GWB § 96 Abs. 2 Aussetzung 1, insoweit in BGHZ 119, 283 nicht abgedruckt).

Entgegen der Ansicht der Revision ist es deshalb auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den Rechtsstreit weder an den Kartellsenat des Oberlandesgerichts abgegeben noch gemäß §§ 96 Abs. 2, 97 2. Halbs. GWB ausgesetzt hat.