
Datum: 15.08.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 5/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0815.19U5.99.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 12 O 497/97

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 18. November 1998 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster/Westf. teilweise abgeändert und neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 12.099,34 DM nebst 6,75 % Zinsen seit dem 27. August 1997 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen zu 95 % die Klägerin und zu 5 % der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 20.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherleistung oder Hinterlegung in Höhe von 25.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheit auch durch eine unbefristete, unbedingte und selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, öffentlich rechtlichen Sparkasse oder Genossenschaftsbank zu erbringen.

Das Urteil beschwert die Klägerin in Höhe von 233.461,55 DM und den Beklagten in Höhe von 12.099,34 DM.

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt in verschiedenen Städten in Deutschland großflächige Einzelhandelsmärkte, in denen Waren aller Art als Sonderposten verkauft werden. Diese Geschäfte werden unter der Firmenbezeichnung "S." geführt. Ferner betreibt die Klägerin unter der Firma "F." mehrere kleinflächige Verkaufsmärkte, in denen Geschenkartikel, Kunstgewerbeartikel, Deko-Artikel und ähnliche Waren zum Verkauf angeboten werden.

Ein großflächiger Markt befindet sich in S-Mesum, ein kleinflächiger "F."-Markt in J. Die Klägerin hat die Geschäftsräume angemietet und begleicht auch den Mietzins.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von dem Beklagten, der die vorgenannten Sonderpostengeschäfte bis zum 26.08.1997 leitete, den Ersatz von angeblichen Inventurfehlbeträgen in Höhe von 232.646,25 DM, die Auszahlung einbehaltener Kassenbestände in Höhe von 22.909,43 DM sowie den Ersatz von Reparaturkosten für die Alarmanlage eines Geschäfts in Höhe von 815,40 DM. Von der Gesamtsumme bringt sie Provisionsansprüche des Beklagten für den Monat August 1997 in Höhe von 10.810,19 DM in Abzug.

Am 04.11.1994 schloss der Beklagte mit der Firma W3 und Co.KG einen Vertrag (Bl. 16 ff.), durch den die Firma W3 und Co.KG dem Beklagten das Recht gewährte, den W-Markt in S-Mesum zu betreiben. Gemäß §§ 1, 3 und 4 des Vertrages stellte die Firma W4 und Co.KG dem Beklagten während der Dauer des Vertrages, der zunächst bis zum 31. Mai 1995 befristet war, u. a. Namen und Geschäftsbezeichnung, Ladeneinrichtung, Know-how auf dem Gebiet des Vertriebes, Marketing und Werbekonzeptionen zur Verfügung. Zudem verpflichtete sie sich, die Waren zu liefern. Im Gegenzug verpflichtete sich der Beklagte, den Sonderpostenmarkt sowohl innen als auch außen entsprechend dem einheitlichen Erscheinungsbild der X.-Märkte zu gestalten und unterhalten. Damit die Einheitlichkeit der Geschäftsbetriebe im gesamten Bundesgebiet gewährleistet war, einigten sich die Vertragsparteien darauf, dass ein von Qu. zu bestimmendes Grundsortiment von Waren geführt wurde. Der Beklagte verpflichtete sich gemäß § 5 Nr. 5 des Vertrages, seine Produkte ausschließlich bei Qu. zu beziehen. Bei vorheriger schriftlicher Einwilligung durfte er Artikel anderer Firmen in seinem Betrieb verkaufen, insbesondere wenn sie nicht in dem Programmspektrum von Qu. enthalten waren. Für diesen Fall war der Beklagte aber verpflichtet, alle von ihm in den Verkehr gebrachten Waren mit der Bezeichnung "W" zu

1

2

3

4

5

versehen, um das einheitliche Erscheinungsbild der X-Märkte nicht zu gefährden. Der Beklagte war nach § 5 Nr. 6 des Vertrages in der Gestaltung seiner Tätigkeit und seiner Arbeitszeit im wesentlichen frei, solange die Führung des Betriebes "stets, insbesondere während der geschäftsüblichen Öffnungszeiten" durch den Unternehmer oder durch eine von ihm zu bestimmende Person sichergestellt war. Die Verkaufspreise wurden gemäß § 6 Nr. 1 des Vertrages durch sogenannte "verbindliche Preisempfehlungen" festgesetzt, von denen nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes abgewichen werden konnte. Wenn der Unternehmer, also der Beklagte, davon abweichen wollte, hatte er dies Philipps unter Angabe der nach seiner Auffassung in Betracht kommenden sachlichen Gründe mindestens 14 Tage vor dem Verkaufszeitpunkt schriftlich mitzuteilen. Die Firma W und Co.KG verpflichtete sich, dem Verlangen des Unternehmers zu folgen, sofern die Preisgestaltung auch von den übrigen Betreibern der X.-Märkte schriftlich gewünscht und einheitliche Erscheinungsbild des B.-Systems am Markt dadurch nicht beeinträchtigt wurde.

Hinsichtlich der dem Beklagten als Leiter eines Sonderpostenmarktes zustehenden Provision, den bei einer Inventur festgestellten Fehlbeträgen sowie der Kasseneinnahmen trafen die Vertragsparteien in § 6 Nr. 2 – 4 des Vertrages folgende Regelung: 6

"2. Provision 7

Der Unternehmer erhält von Philipps eine Verkaufsprovision von 9 % vom Netto-Umsatz. Zusätzlich können bei außergewöhnlich guter Führung des Marktes Prämien von 0 – 2 % vom Netto-Umsatz gewährt werden. 8

Die Führung des Marktes wird monatlich von den Außendienstmitarbeitern von Qu. im Beisein des Unternehmers beurteilt. Entscheidend sind Sauberkeit, Ordnung, verkaufsfördernde Gestaltung, Aktivitäten im Markt, Herausstellung der Sonderangebote, Platzierung des Warenangebotes, höfliches und freundliches Auftreten des Personals, usw. ... 9

Dem gesamten Provisionsbetrag wird die jeweils gültige Mehrwertsteuer hinzugesetzt ... 10

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 Qu. 11

3. Die Auszahlung der Verkaufsprovision erfolgt monatlich. Dem Unternehmer steht jeweils zum 15. eines jeden Monats ein a.cto.-Betrag zu, dessen Höhe monatlich zu vereinbaren ist. 12

4. 13

Dem Unternehmer wird von der Bestandsaufnahme zu Bestandsaufnahme ein Schwund von 2 % vom Verkaufserlös eingeräumt. Es ist ihm allerdings bekannt, dass der durchschnittliche Minusbestand der Märkte von Qu. niedriger liegt. Es besteht kein Anspruch des Unternehmers gegen Qu. einen Ausgleich für einen geringeren Schwund als 2 % vom Verkaufserlös zu erhalten. Alle Fehlmengen über 2 % vom Umsatz sind vom Unternehmer zu ersetzen. Qu. ist berechtigt, den Fehlbetrag bei der nächstfolgenden Provision in Abzug zu bringen. 14

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 täglich nach Geschäftsschluss bei einer von Qu. zu benennenden Bank einzuzahlen." 16

Nach § 10 Nr. 1 des Vertrages war jede Partei ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigt, wenn ein wichtiger Grund vorlag. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung durch die Firma W4 und Co.KG war gemäß § 10 Nr. 2 h des Vertrages u. a. bei Unregelmäßigkeiten bei der Kasseneinzahlung oder –abrechnung durch den Markt-leiter gegeben. 17

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrages wird auf die Kopie der Vertragsurkunde nebst Anlagen auf Bl. 15 – 26 d. A. verwiesen. 18

Mit Schreiben vom 29.06.1995 teilte die Firma W GmbH & Co.KG dem Beklagten mit, dass das Vertragsverhältnis unbefristet verlängert werde. 19

Unter dem 20.05.1997 zeigte die Klägerin dem Beklagten die Übernahme des Geschäftsbetriebs des Sonderpostenmarktes in S-Mesum am 16.05.1997 an (Bl. 28 GA). Sie wies den Beklagten darauf hin, dass diese Änderung die Vereinbarung vom 04.11.1994 lediglich in der Eigenschaft als Vertragspartner berühre und alle sonstigen Vereinbarungen dieses Vertragsverhältnisses hiervon unberührt blieben. 20

Am 28.01.1997 (Bl. 29 ff.) schlossen die Parteien eine Vereinbarung, durch die dem Beklagten das Recht eingeräumt wurde, den "F."-Markt der Klägerin in J zu betreiben. Die Übernahme des Geschäftes erfolgte am 09.12.1996 und war zunächst bis zum 09.06.1997 befristet. Dem Vertrag lagen im wesentlichen dieselben Vereinbarungen zugrunde wie dem Vertrag zwischen der Firma W2 und Co.KG und dem Beklagten vom 04.11.1994. Der Vertragstext wurde auch bei allen anderen Verträgen mit Marktleitern von Sonderpostengeschäften der Klägerin verwandt. Im Gegensatz zu den Sonderpostengeschäften, die unter der Firmenbezeichnung der Klägerin geführt wurden, erhielten die Marktleiter jedoch bei den "F."-Märkten eine Provision von 15 % des Netto-Umsatzes zzgl. Mehrwertsteuer (§ 6 Nr. 2 des Vertrages). Zudem wurde ihnen gemäß § 6 Nr. 4 "von der Bestandsaufnahme zu Bestandsaufnahme" ein Schwund von 1 % vom Verkaufserlös statt 2 % - eingeräumt. Schließlich wurde unter § 6 Nr. 5 des Vertrages zusätzlich folgende Klausel aufgenommen: "Bei den Kasseneinnahmen handelt es sich aus Sicht des Unternehmers um Fremdgeld. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungs- und/oder Aufrechnungsrechts ist ausgeschlossen, so lange die Forderung des Unternehmers nicht unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist." 21

Wegen des weiteren Vertragstextes wird auf die Kopie der Vertragsurkunde nebst Anlagen (Bl. 29 – 43) Bezug genommen. 22

Mit Schreiben vom 06.06.1997 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass das Vertragsverhältnis bis zum 30.08.1997 verlängert werde. 23

Für den Sonderpostenmarkt in S. erhielt der Beklagte nach den Berechnungen der Klägerin zwischen Januar 1995 und Juli 1997 eine Provision sowie eine Zusatzprovision in Höhe von 24

durchschnittlich 27.823,03 DM netto pro Monat. Die Provision für den Sonderpostenmarkt in J betrug in der Zeit von Dezember 1996 und August 1997 durchschnittlich 3.193,28 DM netto pro Monat. Wegen der Einzelheiten der Berechnung der Klägerin wird auf die Berechnung im Schriftsatz ihrer erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 07.01.1998 auf Bl. 156 d. A. verwiesen.

Den überwiegenden Teil der Klageforderung stützt die Klägerin auf einen Schwund des Warenbestandes, der den nach den Verträgen vom 04.11.1994 und 28.11.1997 zugebilligten Schwund von 2 % für den Sonderpostenmarkt in S. und von 1 % für den Sonderpostenmarkt in J überstieg. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: 25

Am 10.08.1996 wurde in dem Sonderpostengeschäft der Klägerin in S. eine Inventur durchgeführt, die sich auf den Zeitraum vom 01.01.1995 bis zum 10.08.1996 bezog. Nachdem die Ergebnisse von Herrn U, einem Mitarbeiter der Inventurabteilung der Klägerin, ausgewertet worden waren, wurde dem Beklagte oder seinem Steuerberater Mitte November 1996 oder Anfang Dezember 1996 mitgeteilt, dass eine Inventurdifferenz von 4,06 % des Umsatzes = 232.492,97 DM festgestellt worden sei, so dass sich unter Berücksichtigung eines 2 %-igen Schwunds eine Ersatzforderung von 2,06 % des Umsatzes = 118.069,71 DM ergebe. Einen Teil der errechneten Ersatzforderung behielt die Klägerin ab Dezember 1996 von der Monatsprovision des Beklagten ein. Gegenstand der Klage ist noch ein Betrag von 84.069,71 DM. 26

Es wurden zwei weitere Inventuren des Sonderpostenmarktes in S-Mesum durchgeführt, und zwar für den Zeitraum vom 11.08.1996 bis zum 31.12.1996 und per 17.05.1997. Bei diesen Inventuren wurde die in den Geschäftsräumen vorhandene Ware – ebenso wie bei der Inventur vom 10.08.1996 - in Gegenwart des Beklagten aufgenommen. Die Klägerin macht bezüglich der zweiten Inventur eine Inventurdifferenz von 2,98 % des Umsatzes = 48.455,62 DM und bezüglich der dritten Inventur eine Inventurdifferenz von 6,83 % = 96.199,71 DM geltend. Dabei berücksichtigte jeweils einen Schwund von 2 %. 27

Die Firma T4 GmbH reparierte die Alarmanlage des Sonderpostenmarktes in S und stellte der Klägerin hierfür unter 24.06.1997 einen Betrag von 815,40 DM in Rechnung. Die Klägerin verlangt von dem Beklagten die Erstattung dieses Betrages. 28

Am 25.08.1997 stellte die Klägerin fest, dass der Beklagte die Einnahmen des Sonderpostenmarktes in S. von vier Tagen (21.08., 22.08., 23.08. und 25.08.1997) nicht bei der Bank eingezahlt hatte. Die Einnahmen beliefen sich auf insgesamt 22.909,43 DM. Mit Schreiben vom 26.08.1997 (Bl. 45) erklärte die Klägerin daraufhin die außerordentliche Kündigung der Verträge über die Sonderpostenmärkte in S. und in J. Außerdem forderte sie den Beklagten mit Schreiben vom gleichen Tag auf, die einbehaltenen Kasseneinnahmen auf ihr Konto einzuzahlen (Bl. 46). 29

Durch Anwaltsschreiben vom 26.08.1997 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er an den einbehaltenen Beträgen ein Zurückbehaltungsrecht wegen fälliger Provisionsansprüche geltend mache. Zur Begründung führte er aus, dass die Klägerin seine Provision wegen der Anordnung von Sonderverkaufspreisen ab Juni 1997 zu Unrecht gekürzt habe. Der Beklagte erklärte mit zwei Anwaltsschreiben vom 27.08.1997 seinerseits die fristlose Kündigung der Vereinbarungen über die Sonderpostenmärkte in S. und J. 30

Nach der Kündigung der Verträge führte die Klägerin bei dem Sonderpostenmarkt in J eine Inventur per 27.08.1997 durch. Dabei stellte der Leiter ihrer Inventurabteilung eine Inventurdifferenz von 5,45 % des Umsatzes fest. Die Klägerin verlangt mit der Klage die 31

Erstattung eines Betrages von 3.921,21 DM. Dieser Betrag entspricht 4,45 % des Umsatzes.

Unter Abzug eines bereits gezahlten Provisionsvorschusses von 10.000,00 DM für den Monat August 1997 und eines noch bestehenden Provisionsanspruches der Beklagten von weiteren 10.810,19 DM für diesen Monat errechnet die Klägerin eine Klageforderung von 245.560,89 DM. 32

Mit Anwaltsschreiben vom 08.09.1997 (Bl. 50) forderte sie den Beklagten auf, 251.634,47 DM bis zum 15.09.1997 an sie zu zahlen. Nachdem die Frist ergebnislos abgelaufen war, hat sie Zahlungsklage erhoben. 33

Die Klägerin hat behauptet, der Anfangsbestand in dem Sonderpostenmarkt in S. per 01.01.1995 habe 1.237.478,86 DM betragen. Bei der am 10.08.1996 durchgeführten Inventur sei eine Inventurdifferenz von 4,06 % des Umsatzes = 232.492,97 DM festgestellt worden. Bei den beiden weiteren Inventuren habe der Warenschwund 4,98 % des Umsatzes = 81.031,89 DM (Inventur per 31.12.1996) und 8,83 % des Umsatzes = 124.376,07 DM (Inventur per 17.05.1997) betragen. Die zugrundeliegenden Zahlen seien zutreffend ermittelt worden. Die Preise für die angebotenen Waren seien auch auf Vorschlag der Beklagten geändert worden. 34

Die Klägerin hat schließlich behauptet, sie nehme Kredit zu einem Zinssatz von 7,75 % bzw. 6,75 % in Anspruch. 35

Sie hat beantragt, 36

den Beklagten zu verurteilen, an sie 245.560,89 DM nebst 37

6,75 % Zinsen von 22.909,43 DM seit dem 27.08.1997 und 38

von weiteren 222.651,46 DM seit dem 16.09.1997 zu zahlen. 39

Der Beklagte hat beantragt, 40

die Klage abzuweisen. 41

Er hat die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gerügt. Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass die Arbeitsgerichte zuständig seien, da er lediglich scheinselbständig und als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sei. 42

Die Hälfte bis Zweidrittel des Warenbestandes sei von der Klägerin gesteuert. Hinzu kämen die Saisonartikel, die er der Beklagte – ebenfalls habe abnehmen müssen. 43

Der Beklagte hat weiter die Auffassung vertreten, die Verträge vom 04.11.1994 und 28.01.1997 seien aufgrund der mit Schriftsatz vom 27.01.1998 erklärten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig. Er hat insoweit behauptet, die Verträge seien nicht rentabel. Die Gesamtkosten seien systemimmanent höher als die Provisionen. Seine Einkünfte seien geringer als die eines vergleichbaren Arbeitnehmers. Hinzu komme, dass der Schwund im System der Klägerin regelmäßig mehr als 4,8 % betrage. Die Klägerin hätte wissen müssen, dass erst eine mehrjährige Tätigkeit Gewinn abwerfe. Sie habe ihn über diese Umstände nicht bei Vertragsschluss aufgeklärt. 44

Ferner hat der Beklagte die Ansicht vertreten, dass die geschlossenen Verträge sittenwidrig seien. Insbesondere sei der von der Klägerin abgeschöpfte Gewinnanteil sittenwidrig hoch. 45

Der Beklagte hat zunächst behauptet, dass seine Unkosten mindestens 300.000,00 DM pro Jahr betragen hätten. Unter Berücksichtigung der von der Klägerin errechneten Durchschnittsprovision verbleibe ihm somit ein Jahresüberschuss von nur 33.338,76 DM. Hiervon sei noch der Manko-Einbehalt der Klägerin von anfangs 3.000,00 DM monatlich und später 5.000,00 DM monatlich abzuziehen. Die Klägerin habe seine – des Beklagten – Einkommensmöglichkeiten einschneidend reduziert, indem sie die Endpreise im Juli 1997 um 30 % und im August 1997 um 50 % herabgesetzt habe. Daher habe er die Bareinnahmen in der Zeit vom 21.08. bis zum 25.08.1997 einbehalten.	
Im Verlauf des Rechtsstreits hat der Beklagte die monatlichen Kosten für beide Betriebe auf 33.340,00 DM beziffert und behauptet, dass er somit zwangsläufig einen Verlust erwirtschaftet hätte.	46
Der Beklagte hat darüber hinaus geltend gemacht, dass die Verträge gemäß § 125 BGB i. V. m. § 4 VerbrKrG formunwirksam seien, da wichtige Nebenabreden nicht schriftlich gefasst worden seien; z. B. sei bei den Preisabsprachen und den "Absprachen für die Lieferbeziehung" die Schriftform nicht eingehalten worden. Zudem sei das kartellrechtliche Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F. nicht beachtet worden. Die Preise hätten jedoch schriftlich festgehalten werden müssen, denn er sei zum wiederkehrenden Bezug von gewerblichen Leistungen verpflichtet gewesen.	47
Außerdem hat der Beklagte die Richtigkeit der von der Klägerin ermittelten Inventurdifferenzen bestritten und behauptet, Inventurdifferenzen seien nicht aufgetreten. Die Klägerin werfe auch den Marktleitern anderer Sonderpostenmärkte erhebliche Inventurdifferenzen vor. Im übrigen habe die erste Inventur per 22.04.1995 ein Guthaben ausgewiesen, was nach den Regeln ordnungsgemäßer Buchführung nicht möglich sei. Bis Ende des Jahres 1996 habe ihm ein Mitarbeiter der Klägerin, Herr O, stets mitgeteilt, es lägen keine Inventurdifferenzen über 2 % des Umsatzes vor. Soweit ihm Inventurdifferenzen mitgeteilt worden seien, habe er sofort Widerspruch erhoben.	48
Schließlich hat der Beklagte behauptet, dass ihm nicht in ausreichendem Umfang Gutschriften erteilt worden seien. Er habe wiederholt Abrechnungspositionen – und zwar auch solche, die in die Inventuren eingegangen seien – beanstandet. So seien im Februar 1997 auf Anweisung der Klägerin Pflanzen bestellt und angeliefert worden, die dann jedoch erfroren seien. Die dafür erforderlichen Gutschriften seien nicht gegeben worden. Im Sommer 1997 seien bei ihm – dem Beklagten – abgelaufene Lebensmitteldosen angeliefert worden. Nach entsprechender Mitteilung habe die Klägerin nur Teilgutschriften erteilt. Im Zeitraum vom 01.01. bis zum 17.05.1997 seien keinerlei Gutschriften für fehlerhafte Ware gewährt worden.	49
Der Beklagte hat weiterhin die Auffassung vertreten, die geltend gemachten Reparaturkosten schulde er nicht, weil die reparierte Einrichtung im Eigentum der Klägerin stehe. Es handele sich auch nicht um eine Kleinreparatur.	50
Er hat abschließend die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen erklärt. Durch die Kürzung der Verkaufspreise habe er in den Monaten Juni, Juli und August 1997 einen Provisionsverlust in Höhe von 43.000,00 DM erlitten. Ferner sei er finanziell so zu stellen wie ein angestellter Geschäftsführer. Ihm stünden daher für die Zeit von Januar 1995 bis August 1997 einschließlich Mehrarbeitsvergütung weitere 307.828,93 DM zu.	51
Durch Beschluss vom 19.02.1998 hat das Landgericht den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für zulässig erklärt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Beklagten	52

hat der Senat durch Beschluss vom 31.03.1998 zurückgewiesen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen O, N, Z und U. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 22.10.1998 auf Bl. 248 – 257 d. A. verwiesen. 53

Durch das am 18.11.1998 verkündete Urteil hat das Landgericht der Klage bis auf einen Teil des geltend gemachten Zinsanspruchs stattgegeben. Zur Begründung hat das Landgericht im wesentlichen folgendes ausgeführt: 54

Der unstreitig von dem Beklagten nicht an die Klägerin abgeführte Betrag von 22.909,43 DM sei gemäß § 6 Nr. 5 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages i. V. m. § 384 Abs. 2 HGB zu zahlen. Die geschlossenen Verträge seien nicht unwirksam. Es könne weder von einer Sittenwidrigkeit noch von einer arglistigen Täuschung der Klägerin über die Ertragsfähigkeit der Ladengeschäfte ausgegangen werden. 55

Weiterhin habe die Klägerin einen Anspruch auf Zahlung von 232.646,25 DM gegen den Beklagten aus § 6 Nr. 4 der Verträge i. V. m. § 390 Abs. 1 HGB. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass die von der Klägerin behaupteten Fehlbestände in den beiden Sonderpostenmärkten bei den vier Inventuren zutreffend ermittelt worden seien. 56

Ein weiterer Zahlungsanspruch der Klägerin bestehe in Höhe von 815,40 DM aus § 6 Nr. 2 Abs. 3 des Vertrages. Bei der Reparatur der Alarmanlage handele es sich um eine Kleinreparatur. 57

Die von dem Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen beständen nicht. Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung wegen entgangenen Gewinns oder entgangener Provisionseinnahmen seien nicht gegeben. Soweit der Beklagte sie darauf stütze, dass die Klägerin die Ausverkaufspreise vorgegeben habe, sei sein Vorbringen unerheblich. In § 6 Nr. 1 der Verträge sei bestimmt, dass die Verkaufspreise von der Klägerin vorgegeben würden. Gerade im Bereich von Sonderpostenmärkten erscheine es angemessen, auch erhebliche Preisnachlässe bis zu 50 % vorzugeben. Schließlich kämen Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo wegen der behaupteten Sittenwidrigkeit bzw. Nichtigkeit der Verträge nach Anfechtung gemäß § 123 BGB nicht in Betracht, da die Verträge wirksam seien. 58

Gegen dieses Urteil wendet sich der Beklagte mit der form- und fristgerecht eingelegten Berufung. Er verfolgt seinen Klageabweisungsantrag unter Vertiefung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens weiter. Darüber hinaus trägt der Beklagte zur Begründung der Berufung folgendes vor: 59

Er rügt, dass die Klägerin nicht aktivlegitimiert sei. Den Vertrag über den Sonderpostenmarkt in S. habe er nicht mit der Klägerin, sondern mit der Firma T2 & Co.KG geschlossen. Er habe dem Vertragsübergang auf die Klägerin nicht zugestimmt. Zudem sei die in § 14 der Vereinbarung mit der Firma T & Co.KG vorgesehene Schriftform nicht eingehalten worden. 60

Der Beklagte behauptet zudem, dass die Klägerin Forderungsausfälle bei der R+V-Versicherung versichert habe. Diese habe die geltend gemachten Forderungen auch beglichen, so dass die Forderungen auf den Versicherer übergegangen seien. 61

Weiter behauptet der Beklagte, zwei Vorgänger hätten den Sonderpostenmarkt in S-Mesum ohne Erfolg betrieben und seien mit Schulden ausgeschieden. Dennoch habe ihm Herr L, ein 62

Mitarbeiter der Klägerin, Verdienstmöglichkeiten von 7.000,00 DM bis 10.000,00 DM im Monat in Aussicht gestellt. Stattdessen habe er einen Verlust erwirtschaftet.

Der Beklagte ist weiterhin der Ansicht, dass die zugrundeliegenden Verträge sittenwidrig seien. Dabei sei das Missverhältnis zwischen Kosten und Verdienstmöglichkeit nur einer der Gesichtspunkte, die den gesamten Vertrag als unangemessen benachteiligend erscheinen ließen. Es sei auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin 2/3 des Warensortiments vorgegeben habe. Im übrigen werde das wirtschaftliche Risiko auf den Marktleiter abgewälzt, obwohl dieser eher einem Lagerverwalter vergleichbar sei. Vor allem verstoße aber die "Schwund-Klausel" in § 6 Nr. 4 der Verträge gegen § 11 Nr. 5 AGBG, weil es dem Marktleiter nicht möglich sei, einen niedrigeren Schaden nachzuweisen. 63

Außerdem behauptet der Beklagte, die Inventurergebnisse der Klägerin seien unzuverlässig, insbesondere sei das Erfassungs- und Abrechnungssystem unzureichend. Keiner der Mitarbeiter der Klägerin habe den Warenbestand erfasst. Es sei zudem nicht berücksichtigt worden, dass er – der Beklagte – einige Waren mit niedrigeren Preisen habe auszeichnen müssen. Vielmehr sei bei der Inventur der alte Preis, der höher gewesen sei, zugrundegelegt worden. Hinzu komme, dass er pro Tag für ca. 100,00 DM unverkäufliche Artikel habe entsorgen müssen. Auch dieser Umstand sei bei der Berechnung der Inventurdifferenz nicht beachtet worden. 64

Im übrigen seien eine Reihe ihm zustehender Gutschriften nicht berücksichtigt worden. Ihm sei im Frühjahr 1997 eine Gutschrift für frostgeschädigte Pflanzen in Höhe von 1.812,12 DM vorenthalten worden. Die Klägerin hätte ihm für Feuerwerksartikel im Wert von ca. 4.500,00 DM sowie für abgelaufene Lebensmitteldosen Gutschriften erteilen müssen. Sie habe ihm für die Lieferung von Stühlen einen Betrag von 4.491,00 DM zuviel berechnet, indem sie statt 50 Stühle zu je 9,98 DM 500 Stühle in Rechnung gestellt habe. Des weiteren habe die Klägerin ihm keine Gutschriften für die Retouren beschädigter Waren über 10.417,17 DM, 5.823,54 DM sowie 11.603,75 DM erteilt. Wegen der Berechnung dieser Beträge wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 25.02.1999 auf Bl. 345, 346 d. A. und der in Bezug genommenen Anlagen verwiesen. 65

Der Beklagte ist der Auffassung, er schulde die geltend gemachten Reparaturkosten nicht. Er behauptet, im Rahmen der Vertragsverhandlungen sei nur von Beträgen bis zu 250,00 DM die Rede gewesen. 66

Weiterhin vertieft der Beklagte seinen Vortrag zu den hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen und behauptet, die Klägerin habe ab Mai 1997 für den Sonderpostenmarkt in S. keine Werbung mehr geschaltet und auch keine neue Ware mehr geliefert, was zu Einnahmeeinbrüchen geführt habe. Er erklärt erstmals in der Berufungsinstanz die Aufrechnung mit einer Forderung über 22.880,00 DM wegen angeblich von ihm zu Unrecht gezahlter Energiekosten für einen Teil einer Lagerhalle, den ausschließlich die Klägerin genutzt habe. Der Beklagte macht mit Schriftsatz vom 01.08.2000 weitere Aufrechnungspositionen in Höhe von insgesamt 6.881,22 DM geltend. Wegen der Einzelheiten wird auf den genannten Schriftsatz auf Bl. 458, 459 d.A. verwiesen. 67

Der Beklagte beantragt, 68

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage 69

abzuweisen; weiterhin Vollstreckungsnachlaß. 70

71

Die Klägerin beantragt,	
die Berufung zurückzuweisen sowie	72
Sicherheit auch durch Bürgschaft einer deutschen Groß-	73
bank oder öffentlichen Sparkasse erbringen zu dürfen.	74
Sie verteidigt das angefochtene Urteil und nimmt zur Begründung im wesentlichen auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug.	75
Ergänzend trägt die Klägerin vor, der Beklagte habe der Vertragsübernahme bezüglich des Sonderpostenmarktes in S-Mesum durch sie zugestimmt. Er sei ab dem 16.05.1997 einvernehmlich durch sie – die Klägerin – beliefert worden. Der Beklagte habe auch die Kündigung des Vertrages ihr gegenüber erklärt.	76
Für die streitgegenständlichen Ausfälle bestehe kein Versicherungsschutz. Die Vermögensschadensversicherung komme lediglich für nachgewiesene Veruntreuungen mit einer strafrechtlichen Verurteilung auf.	77
Die Klägerin behauptet, viele ihrer sogenannten "Kommissionäre" hätten keine Inventurdifferenzen. Bei einigen Kommissionären, bei den Inventurdifferenzen festgestellt worden seien, beruhten diese auf Veruntreuungen.	78
Weiter bestreitet die Klägerin, dass der Beklagte Verbrauchskosten für eines ihrer Außenlager getragen habe.	79
Sie vertritt die Ansicht, § 6 Nr. 4 der Verträge sei wirksam. Als Kommissionär müsse der Beklagte für Fehlbeträge aufkommen. Sie – die Klägerin – könne den entgangenen Verkaufserlös als Verlust geltend machen, da gerade dies ihr Schaden sei. Eine verschuldensabhängige Haftung werde dem Beklagten dadurch nicht auferlegt; es bleibe ihm überlassen, fehlendes Verschulden darzulegen und nachzuweisen.	80
Der geltend gemachte Anspruch sei auch der Höhe nach begründet. Die Klägerin behauptet insoweit, dass die Warenaufnahme am 10.08.1996, 31.12.1996 und 17.05.1997 durch körperliche Auszählung der vorhandenen Waren erfolgt sei.	81
Weiterhin behauptet sie, der Beklagte habe keine Weisung gehabt, Waren ohne Gutschrift zu entsorgen. Sie habe dem Beklagten im Februar und März 1997 auch keine Pflanzen geliefert. Die geltend gemachten Retouren habe sie nicht anerkannt, weil die Ware aufgrund unsachgemäßer Behandlung durch den Beklagten zu Bruch gegangen sei.	82
Die Klägerin hält das Vorbringen des Beklagten bezüglich der angeblich abgelaufenen Lebensmitteldosen für unsubstantiiert, da die Artikel-Nummern nicht angegeben worden seien. Das Vorbringen hinsichtlich der angeblich falsch gelieferten Stühle sei unerheblich, weil der Beklagte die behauptete Falschliefierung nicht innerhalb von 24 Stunden gerügt habe.	83
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	84
<u>Entscheidungsgründe:</u>	85
	86

Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache überwiegend Erfolg und führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils.

A. 87

Die Frage, ob im vorliegenden Fall der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben ist oder ob der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten hätte beschritten werden müssen, ist gemäß § 17 a Abs. 5 GVG nicht mehr zu prüfen. Das Landgericht hat durch Beschluss vom 19.02.1998 gemäß § 17 a Abs. 3 GVG vorab entschieden, dass der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Beklagten hatte keinen Erfolg und ist durch Beschluss des Senats vom 31.03.1998 zurückgewiesen worden. Der Senat hat im Rahmen der Entscheidung über die Berufung des Beklagten gegen die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr zu prüfen, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. 88

B. 89

Die Klage auf Zahlung von 245.560,89 DM ist im wesentlichen unbegründet. 90

I. 91

Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Erstattung der Inventurdifferenzen in Höhe von insgesamt 232.646,25 DM. 92

1. 93

Der Senat hat zwar keine Bedenken gegen die Aktivlegitimation der Klägerin. 94

a) 95

Soweit der Beklagte geltend macht, die Klägerin sei nicht berechtigt, die Erstattung etwaiger Inventurdifferenzen bei dem Sonderpostenmarkt in S. zu verlangen, weil er den zugrundeliegenden Vertrag mit der Firma T3 & Co. KG geschlossen habe und der Vertragsübernahme durch die Klägerin am 20.05.1997 nicht zugestimmt habe, ist sein Vorbringen unerheblich. Die Vertragsübernahme war zwar gemäß § 415 BGB zustimmungsbedürftig. Es bedurfte aber nicht der ausdrücklichen Zustimmung des Beklagten. Vielmehr konnte die Vertragsübernahme auch durch schlüssiges Handeln erteilt werden. Eine derartige konkludente Zustimmung wird z. B. bei der Fortsetzung der Warenabnahme angenommen (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 59. Aufl., § 414 Rdnr. 5). Ein derartiger Fall liegt hier vor: Nachdem die Klägerin dem Beklagten unter dem 20.05.1997 die Vertragsübernahme durch sie angezeigt hatte, nahm der Beklagte die von der Klägerin gelieferten Waren ab, ohne irgendwelche Einwendungen gegen den Wechsel des Vertragspartners zu erheben. Aus Sicht der Klägerin war dieses Verhalten als Zustimmung zur Vertragsübernahme zu verstehen. 96

Die Zustimmungserklärung ist auch nicht wegen Verstoßes gegen die in § 14 des Vertrages vom 04.11.1995 vereinbarte Schriftform unwirksam. Die Zustimmung ist grundsätzlich formfrei (§ 182 Abs. 2 BGB). Die Parteien haben die vertraglich vereinbarte Schriftform durch ihr oben geschildertes Verhalten konkludent abbedungen. Nach herrschender Meinung in der Literatur und Rechtsprechung ist es möglich, jederzeit auch stillschweigend die Formabsprache wieder aufzuheben und dann gemäß dem übereinstimmenden Willen ein der früher vorgesehenen Form nicht entsprechendes Geschäft geltend zu lassen. Dies wird regelmäßig zu gelten haben, wenn die übernommenen Verpflichtungen anstandslos erfüllt worden sind (vgl. MünchKommB-Förschler, Band 1, 3. Aufl., § 127 Rdnr. 9). 97

b)	98
Der Einwand des Beklagten, die Klägerin habe bei der R+V Versicherung die Forderungen gegenüber den Marktleitern wegen Inventurfehlbeständen versichert und die Versicherung habe vermutlich auch die im vorliegenden Fall geltend gemachten Forderungen beglichen, greift ebenfalls nicht durch. Die Klägerin bestreitet, dass für die streitgegenständlichen Ausfälle Versicherungsschutz bestehe, und behauptet, dass die Vermögensschadensversicherung lediglich für nachgewiesene Veruntreuungen mit einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Veruntreuung aufkomme. Hierfür spricht schon der Umstand, dass der Beklagte nach seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 15.08.2000 von der Versicherung nicht in Rückgriff genommen worden ist. Die Frage, ob der Versicherer der Klägerin die im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Forderungen tatsächlich beglichen hat und der Anspruch damit auf den Versicherer übergegangen ist, kann letztlich aus den im folgenden dargelegten Gründen dahinstehen. Zudem stellt der Beklagte selbst nicht in Abrede, dass der Versicherer der Klägerin eine Ermächtigung zur Einziehung der Forderung im eigenen Namen erteilt hat.	99
2.	100
Der Klägerin steht jedoch kein Anspruch auf Erstattung angeblicher Inventurdifferenzen aus § 6 Nr. 4 der Verträge vom 04.11.1994 und 28.11.1997 zu, weil diese Klausel gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam ist. Sie benachteiligt den jeweiligen Vertragspartner der Klägerin unangemessen. Dabei sind die Nachteile von solchem Gewicht, dass sie nicht dadurch ausgeglichen werden, dass der betroffene Unternehmer erst ab einem Schwund von 1 % des Verkaufserlöses betreffend die "F."-Märkte und 2 % des Verkaufserlöses betreffend die unter der Firmenbezeichnung der Klägerin geführten Sonderpostenmärkte haftet.	101
Bei der streitigen Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 1 AGBG. Die Klägerin hat unstreitig denselben vorformulierten Vertragstext wie im vorliegenden Fall auch für Verträge mit anderen Marktleitern von Sonderpostenmärkten verwandt. Insbesondere ist in den anderen Verträgen mit Marktleitern von Sonderpostenmärkten jeweils unter § 6 Nr. 4 geregelt, dass der Unternehmer (= der Marktleiter) für einen Warenschwund haftet, soweit er eine bestimmte Grenze überschreitet. Die Vertragstexte unterscheiden sich lediglich insoweit, als der Marktleiter eines "F."-Marktes alle Fehlmengen über 1 % vom Verkaufserlös zu ersetzen hat, während dem Marktleiter bei den anderen Sonderpostenmärkten ein Schwund von 2 % eingeräumt wird.	102
Soweit die Klägerin unter Berufung auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg (vgl. NJW-RR 1997, 1003) die Auffassung vertritt, die Klausel in § 6 Nr. 4 ihrer Verträge sei wirksam, weil sich das Schwundrisiko bei Warenbeständen der vorliegenden Art nie völlig beherrschen oder ausschließen lasse und das Risiko durch die festgelegte Grenze von 2 % auf beide Vertragspartner in vertretbarer Weise verteilt werde, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Die Argumentation des Oberlandesgerichts Oldenburg ist nicht überzeugend, und zwar aus folgenden Gründen:	103
a)	104
Die Klausel in § 6 Nr. 4 S. 4 der Verträge sieht eine verschuldensunabhängige Haftung des betroffenen Unternehmers vor, denn es heißt dort ohne jede Einschränkung: "Alle Fehlmengen über 2 % (bzw. 1 %) vom Umsatz sind vom Unternehmer zu ersetzen.". Selbst wenn der betroffene Unternehmer eine in jeder Hinsicht sichere Verwahrung und sonstige effektive Kontrolle nachwiese, würde seine Haftung gemäß § 6 Nr. 4 S. 4 nicht erlöschen.	105

Eine Entlastungsmöglichkeit, wie sie gemäß § 282 BGB für alle Vertragstypen sowie für Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung und culpa in contrahendo besteht, sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin nicht vor. Das Argument der Klägerin, der Beklagte könne sich auf diese Weise entlasten, greift daher nicht durch.

Soweit Allgemeine Geschäftsbedingungen eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht begründen, ist dies als unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners anzusehen. Das gilt gleichermaßen für den kaufmännischen wie auch für den nicht-kaufmännischen Verkehr (vgl. BGH NJW 1991, 1886; BGH NJW 1992, 3158, 3161; Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke / F. Graf von Westphalen: "Zufallshaftung", Rdnr. 1; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999, § 9 H 2; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 8. Aufl., Anh. §§ 9 – 11 Rdnr. 981; Palandt-Heinrichs, a. a. O. § 9 AGBG Rdnr. 91).

Höherrangige Interessen der Klägerin an einer verschuldensun- 107

abhängigen Haftung des Beklagten sind nicht ersichtlich. Selbst bei Einhaltung größter Sorgfalt sind Inventurdifferenzen nicht stets zu vermeiden und deshalb auch nicht allein dem Verantwortungsbereich des Beklagten zuzuordnen. Hinzu kommt, dass nicht erkennbar ist, ob die Klägerin mit Rücksicht auf ihre in § 4 Nr. 4 der Verträge geregelte Beratungspflicht, ihre Marktleiter ausreichend berät, wo die Ursachen für den Schwund von Waren liegen könnten und wie die Ursachen behoben werden können oder der Schwund zumindest verringert werden kann. Die Klägerin hat sich in § 5 Nr. 9 der Verträge weitreichende Kontrollmöglichkeiten einräumen lassen, so dass es auch interessengerecht wäre, wenn sie diese zum Wohle des Marktleiters nutzt. 108

b) 109

Der Unternehmer wird zusätzlich dadurch belastet, dass er der Klägerin (ab einer bestimmten Grenze) in vollem Umfang für den Verkaufserlös haften soll, ohne dass seine Provision von 9 % bzw. 15 % bei der Berechnung der Erstattungsanspruchs nach § 6 Nr. 4 der Verträge abgesetzt wird. Die Klägerin steht damit bei einem Schwund der Ware besser, als wenn die Ware verkauft worden wäre, denn bei einem Verkauf der Ware schuldet sie dem Unternehmer eines "F."-Marktes eine Provision von 15 % des Netto-Umsatzes und dem Unternehmer eines anderen Sonderpostenmarktes eine Provision von 9 % des Netto-Umsatzes. 110

c) 111

Die Klausel enthält im übrigen ein schadenspauschalierendes Element, welches den Marktleiter der Klägerin – im vorliegenden Fall den Beklagten - zusätzlich belastet: Die Schadenshöhe richtet sich nach dem Verkaufserlös, ohne dass berücksichtigt wird, dass möglicherweise nicht sämtliche Ware verkauft oder der ursprüngliche, von der Klägerin vorgegebene Preis nachträglich reduziert worden wäre. Vor allem bei von der Klägerin angebotenen Sonderposten dürfte es immer wieder vorkommen, dass bestimmte Waren nicht verkäuflich sind oder erst nach einer Preisreduzierung Abnehmer finden. Der Beklagte hat auch unwidersprochen vorgetragen, dass die Klägerin ihn des öfteren angewiesen habe, bestimmte Ware nach einiger Zeit niedriger auszuzeichnen. Demnach trägt der Marktleiter der Klägerin auch das Risiko für den Schwund unverkäuflicher Ware allein. 112

d) 113

114

Entgegen der Ansicht der Klägerin kann der Regelung in § 6 Nr. 4 der Verträge nicht ohne weiteres entnommen werden, dass der Marktleiter nicht für einen Schwund der Waren haftet, der durch externe Faktoren wie Brand oder Wasserschaden verursacht worden ist. Eine derartige Haftungsbeschränkung kann auch den weiteren Bestimmungen der Verträge nicht entnommen werden.

3. 115

Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Erstattung der Inventurdifferenzen folgt auch nicht aus § 390 Abs. 1 HGB oder §§ 384 Abs. 2, 2. Halbsatz HGB, 677, 675 BGB, da der Beklagte kein Kommissionär ist. Gemäß § 383 Abs. 1 HGB ist ein Kommissionär, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Der Beklagte verkaufte die von der Klägerin gelieferten Sonderposten jedoch nicht nur in eigenem Namen, sondern auch auf eigene Rechnung. In § 7 Nr. 1 der Verträge war ausdrücklich geregelt, dass der Unternehmer das Geschäft "auf eigene Rechnung und Gefahr" betrieb. Der Unternehmer oder Marktleiter ist in den von der Firma W und Co.KG oder der Klägerin vorformulierten Verträgen auch nicht als Kommissionär bezeichnet. Der Beklagte ist als Franchisenehmer anzusehen, da er weitgehend in das Vertriebssystem der Klägerin eingebunden war und zur Nutzung ihres Unternehmenskonzepts berechtigt und verpflichtet war. 116

4. 117

Ein Anspruch der Klägerin analog § 390 HGB oder § 384 Abs. 2, 2. Halbsatz HGB scheidet mangels einer Regelungslücke ebenfalls aus. Denn insoweit kommt ein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 667, 675 BGB in Betracht, der auf den von der Klägerin geltend gemachten entgangenen Gewinn in Form des Verkaufserlöses (§ 252 BGB) gerichtet ist. 118

5. 119

Ein derartiger Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung besteht jedoch nicht. Die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB liegen nicht vor: Dem Beklagten ist nicht eine aufgrund Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhende Leistung unmöglich geworden, er ist insbesondere nicht aufgrund der Verträge vom 04.11.1994 und 28.01.1997 verpflichtet gewesen, die von der Klägerin gelieferten Waren zu veräußern, da diese Verträge unwirksam sind. 120

a) 121

Abgesehen von § 6 Nr. 4 benachteiligen weitere zentrale Klauseln der von der Klägerin verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Marktleiter in unangemessener Weise mit der Folge, dass das Festhalten am Vertrag für ihn eine unzumutbare Härte darstellen würde und daher der gesamte Vertrag gemäß § 6 Abs. 3 ABGB nichtig ist. 122

aa) 123

Eine unangemessene Benachteiligung des Marktleiters i. S. v. 124

§ 9 Abs. 1 ABGB liegt insbesondere in der Preisbindung gemäß 125

§ 6 Nr. 1 der Verträge. Dort ist zwar lediglich von "Preisempfehlungen" der Klägerin die Rede; diese sind jedoch ausdrücklich als "verbindlich" bezeichnet worden. Der Marktleiter ist damit 126

an die Preisvorgaben der Klägerin gebunden. Er kann davon nur unter engen Voraussetzungen und unter Einhaltung eines umständlichen und zeitaufwendigen Verfahrens abweichen, und zwar von den "verbindlichen Preisempfehlungen" der Klägerin nur bei Bestehen eines sachlichen Grundes. Diesen sachlichen Grund muss er der Klägerin mindestens 14 Tage vor dem Verkaufszeitpunkt schriftlich mitteilen. Die Klägerin erklärt sich bereit, dem Verlangen des Unternehmers zu folgen, "sofern die Preisgestaltung auch von den übrigen Betreibern der W-Märkte ("F."-Märkte) schriftlich gewünscht und das einheitliche Erscheinungsbild des W-Systems ("F."-Systems) am Markt dadurch nicht beeinträchtigt wird (§ 6 Nr. 1 S. 2, 3 der Verträge). Da eine Preisänderung demnach erst nach schriftlicher Einschaltung sämtlicher Marktleiter erfolgen kann und die Klägerin nach ihren eigenen Angaben derzeit mehr als 200 Sonderpostenmärkte in Deutschland betreibt, dürfte ein Abweichen von den Preisvorgaben der Klägerin in der Praxis kaum durchzusetzen sein. Umgekehrt kann der Marktleiter nicht verhindern, dass Preise auf Anordnung der Klägerin reduziert werden müssen. Während er also auf der einen Seite nach der vertraglichen Regelung in § 6 Nr. 1 der Verträge keinen oder allenfalls einen verschwindend geringen Einfluss auf die Preisgestaltung hat, trägt er auf der anderen Seite den größten Teil des wirtschaftlichen Risikos des Warenabsatzes. Hierin ist eine unangemessene Benachteiligung zu sehen. Zwar trägt die Klägerin auch ein wirtschaftliches Risiko, da die Ware in ihrem Eigentum steht und ihre Einnahmen vom Umsatz abhängen. Die Provision des Marktleiters hängt aber ebenfalls vom Umsatz ab.

Diese Benachteiligung des Marktleiters ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil ein einheitliches Preisniveau bestehen muss. Vielmehr ist der Handel mit Sonderposten nicht auf eine einheitliche Preisgestaltung aller Franchisenehmer angewiesen. Es mag sein, dass Gleichartigkeit des Systems in der Regel ein konstitutives Element des Franchising ist (vgl. Canaris, Handelsrecht, 23. Aufl., § 20 Rn. 33). Im Unterschied zum Franchising mit einem gleichbleibenden Warenangebot ist beim Vertrieb von wechselnden Sonderposten unterschiedlichster Art ein einheitliches Preisniveau nicht unerlässliche Voraussetzung für das Funktionieren des Franchisesystems. Gerade bei Sonderposten sind flexible Preise zu erwarten. Das Systemimage wird bei Sonderposten durch unterschiedliche Preise im Gegensatz zu Markenware eher gestärkt und nicht beeinträchtigt. Die Kunden von Sonderpostenmärkten werden im Regelfall nicht damit rechnen, dass die Preise für die angebotenen Waren aus Sonderposten immer in sämtlichen Geschäften, die unter der Firmenbezeichnung der Klägerin oder unter der Firma "F.-TOLL" betrieben werden, gleich sind. 127

Ein systeminterner Restwettbewerb ist dem Franchising auch durchaus nicht fremd (Martinek, 128 Moderne Vertragstypen II, S. 182). Es ist vielmehr die Aufgabe des Preisbindungsverbotes in § 15 GWB a.F., die Etablierung geschlossener Franchisesysteme mit durchweg einheitlichen Preisen zu verhindern (Martinek, a. a. O.). Für die ab 01.01.1999 geltende Regelung des § 14 GWB n.F. ist nichts anderes anzunehmen, da diese Vorschrift der Regelung in § 15 GWB a.F. weitgehend entspricht. Die unternehmerische Gestaltungsfreiheit bei Preisen ist danach eine wesentliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Teilnahme am Wettbewerb. Derjenige, der das geschäftliche Risiko trägt, muss daher die Konditionen der Warenabgabe im wesentlichen eigenverantwortlich festsetzen können (BGH NJW 1999, 2671, 2674). Wenn – wie im vorliegenden Fall – beide Vertragspartner gleichermaßen ein wirtschaftliches Risiko tragen, die Preise jedoch allein von einem Vertragspartner – in diesem Fall der Klägerin – festgesetzt werden, ist der andere Vertragspartner, der von der Preisgestaltung faktisch ausgeschlossen ist, unangemessen benachteiligt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Vertragspartner - die Klägerin - Eigentümer der Waren ist. Die Tatsache, dass derartige Preisbindungen des Franchisenehmers, wie sie in § 6 Nr. 1 der Verträge geregelt

sind, gemäß § 15 GWB a.F. oder § 14 GWB n.F. unwirksam sind, zeigt, welches Gewicht der Gesetzgeber dem Ausschluss von Preisbindungen im Zweitvertrag beigemessen hat (BGH NJW-RR 1990, 1190, 1191).

Der Einwand der Klägerin, dass auch jeder Handelsvertreter Preisvorgaben vom Prinzipal erhalte, greift nicht durch. Im Gegensatz zum Franchisenehmer trägt der Handelsvertreter kein Warenabsatzrisiko (Vertragsrechts und AGB-Klauselwerke/F. Graf von Westphalen: "Franchising", Rdnr. 4; Martinek, Moderne Vertragstypen II, S. 57, 179). Etwas anderes gilt nur in dem Fall, in welchem der Handelsvertreter eine besondere Delkredere-Provision nach § 86 b HGB erhält. 129

bb) 130

Außer einer Preisbindung besteht für den Marktleiter, der einen Sonderpostenmarkt der Klägerin betreibt, auch eine Bezugsbindung. Es gehört jedoch nicht zum Begriffsmerkmal des Franchising, dass der Franchisenehmer ausschließlich zum Bezug von Produkten des Franchisegebers verpflichtet ist (Canaris, Handelsrecht, 23. Aufl., § 20 Rn. 38). Deshalb ist eine Bezugsbindung als unangemessene Benachteiligung des Franchisenehmers zu bewerten, soweit sie nicht zur Wahrung der Interessen des Franchisegebers erforderlich ist (Vertragsrechts und AGB-Klauselwerke/F. Graf von Westphalen: "Franchising", Rdnr. 21). Solche eine Bezugsbindung rechtfertigenden Interessen sind hier nicht gegeben. 131

Nach § 5 Nr. 5 S. 1 der Verträge muss der Marktleiter ein Grundsortiment führen, das von der Klägerin bestimmt wird. Dabei sind weder Inhalt noch Umfang des Grundsortiments näher bestimmt. Diese unklare Regelung kann sich für den Marktleiter als belastend erweisen, weil die Klägerin den Umfang des Grundsortiments einseitig ausdehnen kann. Sie ist nach § 1 Nr. 5 S. 1 und der Verträge auch berechtigt, bei Vorliegen eines sachlichen Grundes das Sortiment zu erweitern, wobei unklar ist, was als sachlicher Grund im Sinne dieser Klausel anzusehen ist. Aufgrund der von ihr verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann die Klägerin kann also den Warenbestand weitgehend vorgeben. Die Frage, ob sie tatsächlich – wie der Beklagte behauptet – bis zu 2/3 des Warenbestandes bestimmt, kann dahinstehen. Entscheidend ist, dass die Vertragsbestimmungen der Klägerin hierzu die Möglichkeit geben und der Marktleiter dadurch unangemessen benachteiligt wird. Hinzu kommt, dass die Verträge keine Bestimmung enthalten, wonach die Klägerin nicht verkaufte Ware des von ihr bestimmten Sortiments nach einer bestimmten Zeit gegen Erteilung einer Gutschrift zurückzunehmen hat. Insoweit trägt der Marktleiter das Risiko, unverkäufliche Ware lagern zu müssen. 132

Außerdem ist der Marktbetreiber gemäß § 5 Nr. 5 S. 2 der Verträge verpflichtet, die angebotenen Produkte ausschließlich von der Klägerin zu beziehen. Waren anderer Unternehmer darf er nach § 5 Nr. 5 S. 3 der Verträge nur mit schriftlicher Einwilligung der Klägerin in seinem Betrieb verkaufen, wenn die Artikel "nicht in dem Programmspektrum von Qu. enthalten sind". Bei einem Verstoß gegen diese Regelung ist die Klägerin zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigt (§ 10 Nr. 2 e) der Verträge). In § 5 Nr. 5 S. 3 der Verträge ist 133

aber nicht geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Klägerin dem Marktleiter die Einwilligung für einen Bezug der Produkte von anderen Lieferanten erteilt. Falls der Bezug sowie der Verkauf von Waren anderer Unternehmer nur dann gestattet werden, wenn diese Waren nicht "in dem Programmspektrum" der Klägerin enthalten sind, kann der Marktleiter faktisch keine Produkte von Drittlieferanten vertreiben, sondern nur die von der Klägerin bezogenen Produkte. Denn das Programmspektrum der Klägerin ist nahezu unbeschränkt. 134

Sie handelt - abgesehen von frischen Lebensmitteln – mit Sonderposten aller Art. Die Klägerin trägt selbst vor, daß ihre Produktpalette "nahezu sämtliche wesentlichen handelsüblichen Warengruppen" umfasst. Die faktische Bezugsbindung ist nicht deswegen berechtigt, weil der Franchisegeber ein gleichbleibendes Qualitätsniveau seiner Produkte sichern will. Dieser Gesichtspunkt ist beim Franchising im allgemeinen, insbesondere beim Handel mit Markenartikeln, zwar durchaus zu beachten (Vertragsrechts und AGB-Klauselwerke/F. Graf von Westphalen: "Franchising", Rdnr. 21). Er spielt jedoch beim Handel mit wechselnden Sonderposten keine Rolle.

Die Unangemessenheit der weitreichenden Preis- und Bezugsbindung wird noch dadurch verstärkt, dass der Marktbetreiber ohne Zustimmung der Klägerin keiner anderen Tätigkeit nachgehen darf (§ 5 Nr. 3 und § 9 der Verträge). Die Einkünfte aus der Tätigkeit für die Klägerin stellen daher die wesentliche Existenzgrundlage eines Marktleiters dar. Das gilt auch für den Beklagten. 135

Nach alledem benachteiligen die für die Vertragsdurchführung wichtigsten Regelungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nämlich die §§ 5 Nr. 3 und 4, 5 Nr. 5, 6 Nr. 1 und 6 Nr. 4 der Verträge, den Marktleiter in unangemessener Weise, wobei sich die Unangemessenheit auch aus dem Zusammenspiel der Klauseln ergibt. 136

Zudem wird der Marktleiter durch folgende Vertragsklauseln und sonstige vertragliche Umstände benachteiligt: 137

Ein Marktleiter der Klägerin genießt keinen vertraglichen Gebietsschutz. Dagegen hat ein Franchisenehmer der Firma F, den der Bundesgerichtshof als arbeitnehmerähnliche Person angesehen hat (BGH NJW 1999, 218), Anspruch auf Gebietsschutz. 138

Für den Leiter eines Sonderpostenmarktes der Klägerin kann sich ein schwer kalkulierbares Risiko aus § 5 Nr. 1 der Verträge ergeben. Nach dieser Vertragsklausel ist der Marktleiter verpflichtet, den Sonderpostenmarkt innen und außen auf seine Kosten zu unterhalten, um den Betrieb jederzeit in einem guten Zustand zu erhalten. Dies könnte dazu führen, dass der Marktleiter u. a. für Gebäudeschäden aufzukommen hat, die nicht auf seinen Gebrauch zurückgehen. 139

Weiterhin zeichnet sich die Klägerin gemäß § 7 Nr. 1 S. 3 der Verträge für leicht fahrlässig verursachte Betriebsunterbrechungen frei. Wenn der Franchisegeber aber seinen Vertragspartner schuldhaft nicht mehr beliefert, hat er hierfür grundsätzlich gemäß § 325 BGB i. V. m. §§ 286, 326 BGB einzustehen. Freizeichnungsklauseln verstoßen damit gegen § 9 Abs. 2 AGBG und sind unwirksam (Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke/ F. von Westphalen: "Franchising" Rn. 21). Denn der Franchisegeber darf das Risiko für eigenes Fehlverhalten nicht dem Vertragspartner auferlegen. Die regelmäßige und pünktliche Lieferung der Waren, die in dem Sonderpostenmarkt angeboten werden sollen, ist die wesentliche Vertragspflicht des Franchisegebers. Dies ist in § 4 Nr. 1 S. 2 der Verträge auch ausdrücklich geregelt. Nach den vorliegenden Verträgen muss der Marktleiter eine kürzere Lieferunfähigkeit der Klägerin hinnehmen, ohne sich vom Vertrag lösen zu können. Er ist gemäß § 10 Nr. 3 b) der Verträge erst bei einer länger andauernden Lieferunfähigkeit zur Kündigung berechtigt. Die Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen und pünktlichen Belieferung trifft den Leiter eines Sonderpostenmarktes der Klägerin aber besonders hart, weil er aufgrund der Bezugsbindung keine Waren von einem anderen Lieferanten beziehen darf und ohne Zustimmung der Klägerin auch keiner anderen Tätigkeit nachgehen darf. 140

Während sich die Klägerin gemäß § 7 Nr. 1 S. 3 der Verträge für leicht fahrlässig verursachte Betriebsunterbrechungen freizeichnet, hat sie sich umgekehrt in § 12 der Verträge einen verschuldensunabhängigen Vertragsstrafeanspruch einräumen lassen. Danach hat der Unternehmer (= Marktleiter) eine Vertragsstrafe in Höhe von 20.000,00 DM zzgl. MwSt zu zahlen, wenn er eine wesentliche, ihm nach dem Vertrag obliegende Pflichten verletzt. Es wird also lediglich auf das Vorliegen einer Pflichtverletzung abgestellt und nicht darauf, ob der Unternehmer die Pflichtverletzung auch zu vertreten hat. Derartige verschuldensunabhängigen Vertragsstrafeansprüche verstoßen gegen § 9 Abs. 2 AGBG (Vertragsrecht und AGB-Klausel-werke/ F. von Westphalen: "Franchising" Rn. 16; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999, § 11 Nr. 6 Rn. 35). Gewichtige Interessen der Klägerin, die eine Ausnahme rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.	
Schließlich kann der Marktleiter auf einem von ihm nicht beeinflussbaren Weg aus dem Vertrag gedrängt werden, und zwar, indem die Klägerin ihren Mietvertrag mit dem Vermieter des Gebäudes beendet. Dann ist sie gemäß § 10 Nr. 2 I) der Verträge auch zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages mit dem Marktleiter berechtigt. Der Marktleiter kann daher kurzfristig seine Existenzgrundlage verlieren, ohne dass ihm das Recht eingeräumt wird, den Mietvertrag selbst zu übernehmen.	142
Wegen dieser zahlreichen gravierenden Nachteile ist dem Beklagten ein Festhalten an den Verträgen vom 04.11.1994 und 28.01.1997 nicht zuzumuten. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass § 6 Abs. 3 AGBG als Ausnahmeregelung restriktiv auszulegen ist, tritt daher eine Gesamtnichtigkeit der Verträge ein.	143
b)	144
Die Verträge vom 04.11.1994 und 28.01.1997 sind im übrigen gemäß § 138 Abs. 1 BGB wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig.	145
Ein Franchisevertrag kann gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein, wenn die beiderseitigen Hauptleistungspflichten in einem groben Missverhältnis stehen oder die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Franchisenehmers in nicht mehr gerechtfertigter Weise eingeengt wird. Dabei kann sich das krasse Missverhältnis zwischen den beiderseitigen Hauptleistungspflichten auch aus der Verwendung einer Vielzahl inhaltlich unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen ergeben (BGHZ 51, 55 ff.; BGH NJW 1987, 639; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 8. Aufl., Anh. §§ 9 – 11 Rn. 358; Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O. § 6 Rn. 52 und § 9 F 108). Eine Knebelung des Vertragspartners kann insbesondere dann nahe liegen, wenn dem Franchisenehmer nur ein geringer Spielraum für eigene unternehmerische Entscheidungen verbleibt (Martinek, Moderne Vertragstypen II, S. 90; Wolf/Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz, a. a. O. § 9 F 108). Eine solche Einengung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit liegt hier vor: Wie oben dargelegt, unterliegen die Marktleiter der Klägerin gemäß §§ 6 Nr. 1, 5 Nr. 5 S. 1 der Verträge sowohl einer Preisbindung als auch einer Bezugsbindung. Zudem ist in den Verträgen eine Vielzahl weiterer inhaltlich unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen enthalten. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Ausführungen unter Ziffer 2 und 5 a) Bezug genommen.	146
Wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Vielzahl von Klauseln zu beanstanden ist und ihre Anpassung bzw. ihr ersatzloser Wegfall zu einem völlig anderen Vertragsinhalt geführt hätte, ist eine Gesamtunwirksamkeit des Vertrages anzunehmen (vgl. BGHZ 51, 55, 59 f.). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aufgrund der Tatsache, dass der Vertrag eine salvatorische Klausel enthält, denn diese Klausel nimmt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	147

ebenfalls an der Sittenwidrigkeit teil (BGH NJW 1994, 1651, 1653).

6.	148
Der Klägerin steht auch kein Anspruch auf Ersatz der Inventurdifferenzen aus § 823 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 246 StGB gegen den Beklagten zu.	149
Sie hat nicht schlüssig dargelegt und unter Beweis gestellt, dass dem Beklagten insoweit eine unerlaubte Handlung zur Last zu legen ist. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand ist völlig unklar, wann und wodurch die geltend gemachten Inventurdifferenzen entstanden sind.	150
7.	151
Ein Anspruch der Klägerin aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB scheidet ebenfalls aus, da die Klägerin nicht unter Beweisantritt vorgetragen hat, dass der Beklagte durch die Inventurverluste etwas erlangt hat.	152
II.	153
Die Klägerin hat weiter keinen Anspruch auf Erstattung der Reparaturkosten für die Alarmanlage in S-Mesum in Höhe von 815,40 DM. Als Anspruchsgrundlage käme insoweit nur § 6 Nr. 2 des Vertrages vom 04.11.1994 in Betracht, wonach der Beklagte die Kosten für sogenannte Kleinreparaturen zu tragen hat.	154
Da der Vertrag jedoch – wie unter Ziffer I 5 eingehend dargelegt worden ist – nichtig ist, scheidet ein Erstattungsanspruch aus.	155
III.	156
Die Klägerin hat jedoch gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 12.099,34 DM aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 Abs. 1, 2. Alt. StGB.	157
1.	158
Dem Beklagten oblag die Pflicht, die Vermögensinteressen der Klägerin und damit fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.	159
Wie bereits dargelegt, schloss er mit der Firma W3 und Co.KG und mit der Klägerin Franchiseverträge über den Betrieb von zwei Sonderpostenmärkten in S. und in J. Danach sollte er die Sonderpostenmärkte der Klägerin in eigener Verantwortung führen. Er verpflichtete sich, die in den Märkten angebotenen Waren ausschließlich von der Klägerin oder der Firma W5 und Co.KG zu beziehen und die Kasseneinnahmen täglich abzurechnen, und zwar sollte er den Kassenbestand täglich bei einer von Philipps zu benennenden Bank einzahlen (§ 6 Nr. 5 der Verträge). Auch wenn die Verträge vom 04.11.1994 und 28.01.1997 wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz nach § 6 Abs. 3 AGBG und wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB von Anfang an unwirksam waren, bestand doch zumindest ein faktisches Treueverhältnis, aufgrund dessen der Beklagte verpflichtet war, die Erlöse aus dem Verkauf der Waren, die im Eigentum der Klägerin standen, ordnungsgemäß abzurechnen und umgehend an die Klägerin auszukehren. Immerhin führte er den Sonderpostenmarkt in S-Mesum über einen Zeitraum von ungefähr 20 Monaten und den "F."-Markt in J über einen Zeitraum von ungefähr 8 Monaten. Er verkaufte die im Eigentum der Klägerin stehenden Waren, nahm die Verkaufserlöse ein und rechnete sie ab.	160

Der Beklagte verletzte die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht, indem er die Tageseinnahmen vom 21.08., 22.08., 23.08. und 25.08.1997 in Höhe von insgesamt 22.909,43 DM nicht unverzüglich auf das Konto der Klägerin einzahlte, sondern einbehielt. Er fügte der Klägerin dadurch auch einen entsprechenden Vermögensnachteil zu. Der Beklagte handelte insoweit vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. Die Rechtswidrigkeit seines Handelns entfällt nicht dadurch, dass ihm noch ein Provisionsanspruch für den Monat August 1997 zustand und er sich weiterer Vergütungs- und Erstattungsansprüche in einer unbestimmten Höhe berühmte. Ein Vergütungs- oder Erstattungsanspruch berechtigt nicht dazu, dem Treugeber eigenmächtig und ohne Vorlage prüfbarer Nachweise einen Vermögensnachteil zuzufügen (Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl. 1997, § 266 Rdnr. 48 m. w. N.). Als der Beklagte die der Klägerin zustehenden Kasseneinnahmen eigenmächtig einbehielt, konnte er weder die Höhe der angeblichen Ansprüche beziffern noch irgendwelche Nachweise vorlegen.	
2.	162
Von dem Schadensersatzanspruch in Höhe von 22.909,43 DM ist ein Betrag in Höhe von 10.810,09 DM in Abzug zu bringen.	163
Dem Beklagten steht unstreitig noch ein Provisionsanspruch in dieser Höhe für den Monat August 1997 zu. Die Klägerin hat die restliche Provisionsforderung auch selbst bei der Berechnung der Klageforderung berücksichtigt. Da es sich demnach nicht um eine Aufrechnung des Beklagten handelt, greift das Aufrechnungsverbot gemäß § 393 BGB nicht ein.	164
3.	165
Der restliche Zahlungsanspruch ist nicht durch Aufrechnung mit etwaigen Schadensersatz- und Gehaltsansprüchen des Beklagten sowie einem etwaigen Anspruch auf Erstattung von Energiekosten gemäß §§ 389, 387, 388 BGB erloschen. Dabei kann die Frage dahin stehen, ob dem Beklagten die geltend gemachten Ansprüche zustehen. Jedenfalls ist eine Aufrechnung mit etwaigen Gegenansprüchen nach § 393 BGB unzulässig, da die Forderung der Klägerin aus einer vorsätzlich unerlaubter Handlung des Beklagten resultiert.	166
Der Beklagte kann gegenüber der Klageforderung auch kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, da die Vorschrift des § 393 BGB auf Zurückbehaltungsrecht entsprechend anwendbar ist.	167
IV.	168
Der Zinsanspruch folgt aus §§ 284 Abs. 1, 286 Abs. 1 S. 2 BGB.	169
V.	170
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die weiteren Nebenentscheidungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711, 712 ZPO, 546 Abs. 2 ZPO.	171