
Datum: 31.10.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 5/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:1031.19U5.99.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 12 O 497/97
Normen: §§ 384, 390 HGB, 280, 675, 667 BGB a. F.
Leitsätze:

Der Betreiber von Einzelhandelsmärkten (hier Sonderpostenmärkte), der einen Marktleiter auf Schadensersatz wegen des Verlustes von Kommissionsgut in Anspruch nimmt, hat vorzutragen, welche konkreten dem Marktleiter übergebenen Gegenstände in Verlust geraten sind. Die Angabe von Wertdifferenzen der Summe von Verkaufspreisen von Waren, die sich bei einzelnen Inventuren ergeben haben, reicht nicht zur Darlegung eines Anspruchs aus.

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 18. November 1998 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Der Beklagte bleibt verurteilt, an die Klägerin 12.099,34 DM = 6.186,29 Euro nebst 6,75 % Zinsen seit dem 27. August 1997 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung bleibt zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der in der Revisionsinstanz ent

standenen Kosten tragen zu 95 % die Klägerin und zu 5 % der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

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 "U Q" geführt. Ferner betreibt die Klägerin unter der Bezeichnung "xx" mehrere kleinflächige Verkaufsmärkte, in denen Geschenk-, Kunstgewerbe-, Dekoartikel und ähnliche Waren zum Verkauf angeboten werden.

Der Beklagte leitete bis zum 26.08.1997 einen großflächigen Sonderpostenmarkt in S-N und einen xx-Markt in J. Die Klägerin verlangt von ihm Ersatz für angebliche Inventurfehlbeträge in Höhe von 232.646,25 DM (= 118.950,13 Euro), die Auszahlung einbehaltener Kassenbestände in Höhe von 22.909,43 DM (= 11.713,41 Euro) sowie den Ersatz von Reparaturkosten für die Alarmanlage eines Geschäftes in Höhe von 815,40 DM (= 416,91 Euro). Von der Gesamtsumme bringt die Klägerin Provisionsansprüche des Beklagten für den Monat August 1997 in Höhe von 10.810,19 DM (= 5.527,16 Euro) in Abzug.

Am 04.11.1994 schlossen die T GmbH & Co. KG (im folgende B Q) und der Beklagte einen von B Q vorformulierten, schriftlichen Vertrag. Danach sollte der Beklagte den von der B Q einge

richteten Sonderpostenmarkt in S-N führen. Durch das Vertragswerk wurden dem Beklagten genaue Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise des Geschäftsbetriebes gemacht. So stellte die B Q u. a. Namen und Geschäftsbezeichnung, Ladeneinrichtung, Know How auf dem Gebiet des Vertriebes, Marketing und Werbekonzeption zur Verfügung und verpflichtete sich, die Verkaufsware zu liefern.

In § 6 Nr. 2 des Vertrages trafen die Vertragsparteien folgende Regelung:

"2. Provision

Der Unternehmer erhält von Q eine Verkaufsprovision von 9 % vom Nettoumsatz ...

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 Philipps. ...

4.	10
Dem Unternehmer wird von der Bestandsaufnahme zu Bestandsaufnahme ein Schwund von 2 % vom Verkaufserlös eingeräumt. ... Alle Fehlmengen über 2 % vom Umsatz sind vom Unternehmer zu ersetzen. ...	11
5.	12
Der Unternehmer ist verpflichtet, über die Kasseneinnahmen täglich abzurechnen. ... Aus Sicherheitsgründen ist der Kassenbestand <u>täglich</u> nach Geschäftsschluß bei einer von Q zu benennenden Bank einzuzahlen."	13
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrages wird auf die Blätter 15 bis 26 der Gerichtsakte verwiesen.	14
Vor Übernahme der Führung des Geschäftes in S-Mesum durch den Beklagten wurde zwischen dem 14.12.1994 und dem 02.01.1995 dort eine Inventur vorgenommen. Nach deren Abschluß gab die B Q den Anfangsbestand per 01.01.1995 mit 1.237.478,86 DM an.	15
Nach einer Inventur am 10.08.1996 gab die B Q einen Fehlbetrag von 232.492,97 DM an, was 4,06 % vom festgestellten Umsatz entspricht. Hieraus errechnet sich die Klägerin unter Anwendung des § 6 Nr. 4 des Vertrages eine Ersatzforderung in Höhe von 118.069,71 DM. Ein Teil dieser Ersatzforderung in Höhe von insgesamt 34.000,-- DM wurde zwischen Dezember 1996 und August 1997 von den monatlichen Provisionsforderungen des Beklagten abgezogen.	16
Nach einer weiteren Inventur am 31.12.1996 gab die B Q die Höhe des Fehlbetrages mit 81.031,89 DM an, was 4,98 % des Umsatzes entspricht. Daraus errechnet sich die Klägerin gem. § 6 Nr. 4 des Vertrages eine Ersatzforderung in Höhe von 48.455,62 DM.	17
Am 28.01.1997 schloß die Klägerin mit dem Beklagten einen Vertrag, nach dem der Beklagte einen xx-Markt in J führen sollte. Der von der Klägerin vorformulierte Vertrag ist weitgehend identisch mit dem zwischen B Q und dem Beklagten vom 04.11.1995. Abweichend davon wird dem Beklagten ein Provisionsanspruch in Höhe von 15 % vom Nettoumsatz eingeräumt sowie ein Schwund in Höhe von 1 % zugestanden. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrages wird auf die Kopie der Vertragsurkunde nebst Anlagen auf Bl. 29 bis 42 d. A. verwiesen.	18
Die Klägerin gab den Anfangsbestand in diesem Geschäft mit 95.909,87 DM an.	19
Am 17.05.1997 wurde in dem Sonderpostenmarkt in S-N eine weitere Inventur vorgenommen. Nach Angaben der Klägerin wurde hierbei ein Fehlbetrag in Höhe von 124.376,07 DM festgestellt, was 8,83 % vom Umsatz entspricht. Hieraus errechnet sich die Klägerin gem. § 6 Nr. 4 des Vertrages eine Ersatzforderung in Höhe von 96.199,71 DM.	20
Mit Schreiben vom 20.05.1997 (Bl. 28 d. A.) teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß der Geschäftsbetrieb des Marktes in S-N am 16. Mai 1997 von ihr übernommen worden sei.	21

Diese Änderung berühre die Vereinbarung vom 04.11.1994 lediglich in der Eigenschaft als Vertragspartner. Alle sonstigen Vereinbarungen des Vertragsverhältnisses blieben davon unberührt.

Unter dem 24.06.1997 stellte die Firma C & T2 GmbH der Klägerin für die Reparatur der Alarmanlage des Geschäftes in S-N 815,40 DM in Rechnung. 22

Am 25.08.1997 stellte die Klägerin fest, daß der Beklagte die Einnahmen des Sonderpostenmarktes in S-N von 4 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 GA) erklärte die Klägerin daraufhin die außerordentliche Kündigung der Verträge. 23

Mit Anwaltsschreiben vom 26.08.1997 teilte der Beklagte der Klägerin mit, daß er an den einbehaltenen Beträgen ein Zurückbehaltungsrecht wegen fälliger Provisionsansprüche geltend mache. Die Klägerin habe seine Provisionen wegen der Anordnungen von Sonderverkaufspreisen ab Juni 1997 zu Unrecht gekürzt. Mit Schreiben vom 27.08.1997 erklärte der Beklagte seinerseits die fristlose Kündigung der Verträge. 24

Daraufhin wurde am 27.08.1997 eine Inventur des Geschäftes in J vorgenommen. Die Klägerin gibt den dabei festgestellten Fehlbetrag mit 4.802,85 DM an. Unter Anwendung des § 6 Nr. 4 des Vertrages errechnet sie sich hieraus eine Ersatzforderung in Höhe von 3.921,21 DM. 25

Mit schriftlicher Erklärung vom 08.10.2003 (Bl. 687 d. A.) bestätigten die B Q sowie die Klägerin, daß zwischen ihnen am 20. Oktober 1997 die Abtretung der im hiesigen Verfahren geltend gemachten Ansprüche vereinbart worden sei, die der B Q gegen den Beklagten zustehen könnten. 26

Die Klägerin hat behauptet, 27

daß die von ihr bei den jeweiligen Inventuren ermittelten Beträge zutreffend seien. 28

Sie hat beantragt, 29

den Beklagten zu verurteilen, an sie 245.560,89 DM nebst 6,75 % Zinsen von 22.909,43 DM~~30~~ seit dem 27.08.1997 und von weiteren 222.651,46 DM seit dem 16.09.1997 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, 31

die Klage abzuweisen. 32

Der Beklagte hat die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gerügt. Da er als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sei, seien die Arbeitsgerichte zuständig. 33

Weiter hat er die Auffassung vertreten, die Verträge seien aufgrund der mit Schriftsatz vom 27.01.1999 erklärten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig. Die Klägerin habe wissen müssen, daß die Verträge für die jeweiligen Marktleiter nicht rentabel gewesen seien, da die Gesamtkosten systemimmanent höher seien, als die Provisionen. 34

Auch seien die Verträge sittenwidrig, da er zwangsläufig einen Verlust habe erwirtschaften müssen, weil der von der Klägerin abgeschöpfte Gewinnanteil sittenwidrig hoch gewesen sei. 35

Weiter hat der Beklagte geltend gemacht, daß die Verträge gem. § 125 BGB i. V. m. § 4 VerbrKG formunwirksam seien, da wichtige Nebenabreden nicht schriftlich gefaßt worden seien.	
Das führe auch zu einer Nichtigkeit gem. § 34 GWB a. F., da die Verträge als Kartellverträge einzuordnen seien.	37
Der Beklagte hat die Richtigkeit der von der Klägerin ermittelten Inventurdifferenzen bestritten. Auch seien ihm nicht in ausreichendem Umfang Gutschriften bei den Inventuren erteilt worden.	38
Für die Reparatur der Alarmanlage habe er nicht einzustehen, weil es sich nicht um eine Kleinreparatur handle.	39
Abschließend hat er die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen erklärt. Durch die seitens der Klägerin angeordnete Kürzung von Verkaufspreisen habe er einen Provisionsverlust in Höhe von 43.000,-- DM erlitten. Ferner sei er finanziell so zu stellen, wie ein angestellter Geschäftsführer, so daß ihm eine weitere Mehrarbeitsvergütung in Höhe von 307.828,93 DM zustehe.	40
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 hat der Senat durch Beschluß vom 31.03.1998 zurückgewiesen.	41
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen O, O, A und u. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.10.1998, Bl. 248 bis 257 GA, verwiesen.	42
Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil des geltend gemachten Zinsanspruches stattgegeben.	43
Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, wegen der von dem Beklagten nicht an die Klägerin abgeführten Tageseinnahmen in Höhe von 22.909,43 DM habe die Klägerin einen Anspruch gem. § 6 Nr. 5 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages i. V. m. § 384 Abs. 2 HGB. Die geschlossenen Verträge seien nicht unwirksam. Es könne weder von einer Sittenwidrigkeit noch von einer arglistigen Täuschung der Klägerin ausgegangen werden.	44
Weiterhin habe die Klägerin einen Anspruch auf Zahlung von 232.646,25 DM 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 4 Inventuren zutreffend ermittelt worden seien.	45
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 handle es sich um eine Kleinreparatur.	46
Die von dem Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen bestünden nicht.	47
Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten.	48
Er rügt die Aktivlegitimation der Klägerin, da er den Vertrag über den Sonderpostenmarkt in S-N nicht mit dieser, sondern mit B Q geschlossen habe. Er habe dem Vertragsübergang auf	49

die Klägerin nicht zugestimmt.

Die Klägerin habe eine Forderungsausfallversicherung abgeschlossen, die dieser die gegen ihn geltend gemachte Forderung auch ersetzt habe. Deshalb seien diese Forderungen auf den Versicherer übergegangen. 50

Die Verträge seien insgesamt unwirksam, da sie ihn über Gebühr benachteiligten. 51

Zumindest verstießen einzelnen Vertragsregelungen gegen das AGBG. Das gelte auch für die Fehlbstandsregelung des § 6 Nr. 4 der Verträge. 52

Auch sei § 390 HGB nicht anwendbar, weil kein Kommissionsverhältnis, sondern ein Franchise-Vertrag vorliege. 53

Die Klägerin habe einen Schadensersatzanspruch wegen Warenschwundes nicht konkret genug dargelegt. Dazu müßten konkret diejenige Waren, die dem Beklagten übergeben worden seien und deren Schwund von der Klägerin behauptet werde, dargelegt werden. Allein der Vergleich der Zusammenstellungen der Verkaufspreise von einer Inventur zur nächsten genüge dem nicht. Desweiteren seien dabei Preisreduzierungen nicht berücksichtigt, die er häufig auf Anweisung der Klägerin habe vornehmen müssen. Auch seien ihm Gutschriften für verdorbene oder zurückgenommene Ware nicht erteilt worden. Als Schaden könne die Klägerin allenfalls den Wert der abhanden gekommenen Ware geltend machen. Die Inventuren unter Zugrundelegung der Verkaufspreise inklusive der Provison des Beklagten, die der Klägerin unter keinen Umständen zugestanden habe, seien schadensersatzrechtlich ohne Bedeutung. 54

Die geltend gemachten Reparaturkosten schulde er nicht, da im Rahmen der Vertragsverhandlungen für Kleinreparaturen nur von Beträgen bis zu 250,-- DM die Rede gewesen sei. 55

Weiterhin vertieft der Beklagte seinen Vortrag zu den hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen. Diese ergänzt er durch weitere Aufrechnungspositionen in Höhe von insgesamt 6.188,22 DM, wozu wegen der Einzelheiten auf Bl. 458, 459 GA verwiesen wird. 56

Der Beklagte beantragt, 57

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 58

Die Klägerin beantragt, 59

die Berufung zurückzuweisen. 60

Eine Versicherung bezüglich des Warenschwundes bestehe nicht. 61

Der Vertragsübernahme bezüglich des Sonderpostenmarktes in S-N habe der Beklagte konkludent unter Abbedingung des Schriftformerfordernisses zugestimmt. 62

Die Klägerin meint, weder die Verträge noch einzelne Vertragsbestimmungen seien unwirksam. Nach § 6 Nr. 4 der Verträge müsse der Beklagte als Kommissionär für Fehlbeträge aufkommen. 63

Die Inventurergebnisse seien richtig. Sie habe jeweils die Preise angesetzt, die dem ursprünglichen Verkaufspreis entsprochen hätten, um Preisreduzierungen zu 64

berücksichtigen. Weitere Korrekturen seien nicht vorzunehmen. Dazu müsse der Beklagte vielmehr die konkreten Artikel unter Angabe der korrekten Artikelnummern bezeichnen.

Der Höhe nach liege ihr Schaden gerade darin, daß sie die verschwundene Ware nicht mehr verkaufen könne und damit den entsprechenden Verkaufspreis nicht mehr erziele. 65

Mit am 15.08.2000 verkündeten Urteil hat der Senat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage bis auf einen Betrag von 12.099,34 DM abgewiesen. 66

Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt, daß die Klägerin keinen Anspruch auf Erstattung von Inventurdifferenzen in Höhe von insgesamt 232.646,25 DM habe. 67

Zwar sei die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen. So habe der Beklagte der Vertragsübernahme schlüssig zugestimmt. 68

Ein vertraglicher Anspruch auf Erstattung angeblicher Inventurdifferenzen bestehe jedoch nicht. § 6 Nr. 4 der Verträge benachteilige den jeweiligen Vertragspartner der Klägerin unangemessen und sei daher gem. § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam. Diese Klausel sehe eine verschuldensunabhängige Haftung des betroffenen Unternehmers vor und schließe die gesetzlich vorgesehene Entlastungsmöglichkeit aus. Weiterhin enthalte die Klausel ein schadenspauschalierendes Element, was den Marktleiter zusätzlich belaste. Die Schadenshöhe richte sich nach dem Verkaufserlös, ohne daß berücksichtigt werde, daß möglicherweise nicht sämtliche Ware verkauft oder der ursprüngliche, von der Klägerin vorgegebene Preis nachträglich reduziert worden sei. Zudem dürfte es bei Sonderposten immer wieder vorkommen, daß bestimmte Ware nicht oder erst nach erheblichen Preisreduzierungen verkauft werden könne. 69

Ein Ersatzanspruch folge auch nicht aus den §§ 390 Abs. 1 oder 384 Abs. 2 2. Halbsatz HGB, 677, 675 BGB, da der Beklagte nicht Kommissionär, sondern Franchisenehmer sei. 70

Auch ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gem. § 280 Abs. 1 BGB a. F. sei nicht gegeben. Die Verträge zwischen den Parteien seien gem. § 6 Abs. 3 AGBG insgesamt nichtig, da neben § 6 Nr. 4 weitere zentrale Klauseln die jeweiligen Marktleiter in unangemessener Weise benachteiligten. 71

Die Verträge seien auch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Die beiderseitigen Hauptleistungspflichten stünden in einem groben Mißverhältnis zueinander, so daß die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Franchisenehmers in nicht mehr gerechtfertigter Weise eingeengt werde. 72

Auch weitere Anspruchsgrundlagen griffen nicht durch. 73

Ein Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten bestehe nicht. Ein solcher könne sich nur aus Vertrag ergeben, der jedoch nichtig sei. 74

Die Klägerin habe jedoch Anspruch auf Zahlung von 12.099,34 DM aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 Abs. 1 2. Alternative StGB. Der Beklagte habe seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt, indem er die Tageseinnahmen nicht unverzüglich auf das Konto der Klägerin eingezahlt habe. 75

Von diesem Anspruch sei der restliche Provisionsanspruch des Beklagten für den Monat August 1997 abzuziehen. 76

Gegen diesen Anspruch sei gem. § 393 BGB eine Aufrechnung unzulässig, so daß die Frage dahinstehen könne, ob dem Beklagten die geltend gemachten Ansprüche zustehen.	
Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Revision eingelegt. Mit am 20. März 2003 verkündeten Urteil hat der Bundesgerichtshof das angefochtene Urteil insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden war und die Sache zur erneuten Verhandlung an den Senat zurückverwiesen.	78
Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof im wesentlichen ausgeführt, die vorliegenden Verträge seien nicht als Eigenhändlerverträge, sondern als Kommissions- oder allenfalls Kommissionsagenturverträge einzuordnen. Als solche seien die Verträge auch nicht insgesamt unwirksam oder nichtig. Lediglich einzelne Vertragsklauseln seien gem. § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam. Dies gelte u. a. auch für § 6 Nr. 4 der Verträge. Bei dieser Klausel handelte es sich um eine Schadenspauschalierung, die dem Vertragspartner des Verwenders den Nachweis eines wesentlich niedrigeren Schadens abschneide.	79
Für die wegen der Inventurdifferenzen deshalb allein in Frage kommende Anspruchsgrundlage der §§ 390 Abs. 1 HGB bzw. 280 Abs. 1 BGB a. F. i. V. m. §§ 675, 667 BGB a. F. bedürfe es noch weitergehender tatrichterlicher Feststellungen. Dabei sei auch die Wirksamkeit der Vertragsübernahme durch die Klägerin im Hinblick auf die §§ 15, 18, 34 S. 1 GWB a. F. zu prüfen.	80
Im Anschluß an dieses Urteil des Bundesgerichtshofes trägt der Beklagte ergänzend vor, wegen einer dem § 34 GWB a. F. widersprechenden Vertragsübernahme fehle der Klägerin die Aktivlegitimation. Aber auch die B Q könne keine Ansprüche geltend machen, weil auch der mit dieser abgeschlossene Vertrag nichtig sei. Die Vertragsübernahme sei eine Ergänzung des ursprünglich geschlossenen Vertrages, so daß mangels Schriftform der gesamte Vertrag nichtig sei.	81
Ansprüche aus § 390 HGB seien nicht ausreichend dargelegt. Die Klägerin müsse darlegen und beweisen, welches konkrete Gut während der Verwahrungszeit beim Beklagten verloren gegangen oder sonst beschädigt worden sei. Auch führe das Ansetzen der Verkaufspreise nicht zur Schadensberechnung. Darin sei u. a. auch ein bloßer Wertschwund enthalten, weil die Ware unverkäuflich geworden sei.	82
Jedenfalls könne der Beklagte sich wegen eines eventuellen Warenschwundes entlasten.	83
Soweit tatsächlich Ware beim Beklagten in Verlust geraten sei, sei die Klägerin verpflichtet gewesen, sich hiergegen zu versichern. Wegen der unterlassenen Versicherung stünde deshalb dem Beklagten ein Schadensersatzanspruch zu mit dem er aufrechne.	84
Die Klägerin trägt ergänzend vor, dem Schriftformerfordernis bei der Vertragsübernahme sei schon allein durch das Schreiben vom 20.05.1997 genüge getan. Jedenfalls habe die Klägerin auf eine schriftliche Annahmeerklärung des Beklagten erkennbar gem. § 151 BGB verzichtet.	85
Weiterhin weist die Klägerin auf die nunmehr unbestritten vorgetragene Abtretung vom 20.10.1997 hin.	86
Die Klägerin trägt weiter vor, auch bei einem Anspruch aus § 390 HGB müsse nicht sie darlegen und beweisen, welches konkrete Gut dem Beklagten übergeben und abhanden gekommen sei. Sie weist auf ein Urteil des OLG Oldenburg hin, wonach es dem	87

Kommissionsagenten aufgrund seiner Rechenschaftspflicht nach § 384 Abs. 2 HGB obliege, eine geordnete Zusammenstellung vorzulegen, welche Waren er erhalten, verkauft und zurückgegeben habe.	
Durch die Bestandsaufnahmen und die Lieferscheine habe die Klägerin dargelegt, welche Waren dem Beklagten in Verwahrung gegeben seien. Es sei nunmehr Sache des Beklagten sich zu entlasten.	88
Die Klägerin habe auch nicht die fiktive Provision des Beklagten abzusetzen. Dafür gebe es keine Anspruchsgrundlage, da ein Verkauf hinsichtlich des Warenschwund	89
des nicht stattgefunden habe.	90
Zwischenzeitliche Preisreduzierungen seien in jedem Einzelfall erfaßt worden. Hierfür seien dem Beklagten jeweils Gutschriften erteilt worden.	91
Der Warenschwund beruhe auch nicht auf einem versicherbaren Risiko, so daß § 390 Abs. 2 HGB nicht eingreife.	92
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie Protokolle der Sitzungen nebst Anlagen verwiesen.	93
<u>Entscheidungsgründe</u>	94
Soweit die Berufung des Beklagten noch zur Entscheidung ansteht, hat sie Erfolg.	95
1.	96
Der Klägerin steht kein Zahlungsanspruch wegen der geltend gemachten Inventurdifferenzen zu.	97
1.1.	98
Ein solcher Anspruch ergibt sich nicht aus § 390 Abs. 1 HGB bzw. § 280 Abs. 1 BGB a. F. i. V. m. §§ 675, 667 BGB a. F.	99
1.1.1.	100
Die Klägerin ist aufgrund der unstreitigen Abtretung auch bezüglich möglicher Ansprüche der B Q gegen den Beklagten aktivlegitimiert.	101
Die Aktivlegitimation ergibt sich nicht aus einer Übernahme des Vertrages vom 04.11.1994 von der B Q auf die Klägerin. Insofern ist dem Formerfordernis des § 34 GWB a. F. nicht Rechnung getragen, so daß die Übernahme gem. § 125 S. 1 BGB nichtig ist.	102
§ 34 GWB a. F. findet auch in diesem Fall Anwendung. Bei einem Kommissionsvertrag könnte zwar zweifelhaft sein, ob die vertraglichen Vereinbarungen über das Weisungsrecht des Geschäftsherrn hinausgehen und insofern überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung nach § 18 GWB vorliegt. Allerdings ist es bereits zur Prüfung dieser Frage notwendig, daß der Vertrag schriftlich fixiert worden ist. Deshalb kommt es bei § 18 GWB nicht darauf an, ob die weiteren Voraussetzungen für Maßnahmen der Kartellbehörden vorliegen (BGH NJW 1970, 1131; Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl. 1992, § 34 Rdn. 97, 27).	103

Das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a. F. gilt auch für den Austausch einer Vertragspartei (Immenga/Mestmäcker, § 34 Rdn. 21). § 34 GWB a. F. dient auch dazu, den Gerichten und den mit der Kartellüberwachung befaßten Behörden die Kontrolle darüber zu ermöglichen, wer tatsächlich Vertragspartei ist (BGH, NJW RR 1986, 336). Die notwendige Zustimmung des Beklagten zu einem Wechsel seines Vertragspartners ist jedoch nicht schriftlich erfolgt. Hier könnte allenfalls aus der Tatsache, daß der Beklagte nach dem Schreiben vom 20.05.1997 die Geschäfte mit der Klägerin fortgesetzt hat, eine konkludente Zustimmung angenommen werden. Dies reicht jedoch nicht aus (Immenga/Mestmäcker, § 34 Rdn. 42 w, 44). Damit würde dem oben genannten Zweck der Vorschrift nicht gedient sein.	
§ 151 BGB hilft der Klägerin insoweit nicht, da dieser lediglich den Zugang der Annahmeerklärung betrifft. Hier fehlt es aber bereits an einer schriftlichen Erklärung des Beklagten. Hinzu kommt, daß die Klägerin und auch die B Q überhaupt nicht beabsichtigten, den Beklagten danach zu fragen, ob er mit einem Wechsel seines Vertragspartners einverstanden sei. Das Schreiben vom 20.05.1997 ist lediglich eine schriftliche Mitteilung, daß der Vertragspartner des Beklagten gewechselt habe. Irgendein Hinweis darauf, daß zu einem solchen Wechsel das Einverständnis des Beklagten notwendig ist und irgendeine Bitte, dieses Einverständnis zu erklären, ist dem Schreiben in keiner Weise zu entnehmen. Hieraus ist ersichtlich, dass die Klägerin selbst gegenüber dem Beklagten keine Willenserklärung abgeben wollte.	105
Die Aktivlegitimation der Klägerin auch für mögliche Ansprüche der B Q	106
gegen den Beklagten ergibt sich allerdings aus der unstreitigen Abtretung solcher Ansprüche seitens der B Q an die Klägerin. Von dieser Abtretung umfaßt sind auch Ansprüche nach § 390 HGB wegen nach der mißlungenen Vertragsübernahme entstandener Ersatzansprüche. Die dann seitens der Klägerin gelieferte Ware wurde aufgrund des Kommissionsvertrages mit der Andre Philipps vom Beklagten entgegen genommen. Dabei ist es gleichgültig, von wem das Kommissionsgut gekommen ist und wem es gehört (Schlegelberger, HGB, § 390 Rdn. 8).	107
1.1.2.	108
Die Klägerin hat die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nicht dargelegt.	109
Dazu ist es notwendig, daß die in Verlust geratenen oder beschädigten Gegenstände konkret bezeichnet werden. Der gesetzliche Schadensersatzanspruch – auch soweit § 390 Abs. 1 HGB zur Anwendung kommt – räumt nicht Ersatz für die Beeinträchtigung abstrakter Vermögenswerte ein, sondern für die Beschädigung oder den Verlust konkreter Gegenstände. Die Klägerin hätte deshalb vortragen müssen, welche konkreten dem Beklagten übergebenen Gegenstände während seiner Verwahrungszeit verlustig gegangen sind oder beschädigt wurden. Dem genügt die Angabe von Wertdifferenzen der Summe der Verkaufspreise der Waren, die sich nach den einzelnen Inventuren ergeben haben, in keiner Weise. Zwar gelingt es der Klägerin möglicherweise durch Vorlage der Inventurberichte den jeweiligen Bestand an konkreten Gegenständen darzulegen, weil zunächst jede Ware körperlich aufgelistet wurde. Weiter könnte anhand der Lieferscheine die in dem jeweiligen Zeitraum zwischen den Inventuren neu angelieferte Ware dargelegt werden. Die Klägerin kann die ihr obliegende Darlegungspflicht bezüglich der in Verlust geratenen oder beschädigten Gegenstände jedoch nur erfüllen, wenn sie von den angelieferten Waren die im ordentlichen Geschäftsgang abverkauften Waren in Abzug bringt. Insofern kommt der Klägerin keine Darlegungserleichterung, etwa aus § 384 HGB oder § 390 HGB zugute. § 384 HGB betrifft lediglich die Rechenschaftspflicht des Kommissionärs bezüglich des Ausführungsgeschäftes. Insofern haben die Parteien in ihren zugrundeliegenden Verträgen	110

konkrete Vereinbarungen getroffen dahin, daß der Beklagte seiner Rechenschaftspflicht vollständig dadurch genügt, daß er die reinen Verkaufsumsätze belegt und die täglichen Einnahmen überweist. Dem Beklagten ist nicht im Nachhinein eine weitergehende Rechenschaftspflicht auch in Bezug auf die konkreten Gegenstände aufzuerlegen. Auch ist die Rechenschaftspflicht nach § 384 HGB von den Darlegungspflichten für einen Schadensersatzanspruch wegen verlustig gegangener Gegenstände zu unterscheiden. Nach der Systematik des Schadensersatzrechtes hat der jeweilige Anspruchsteller sämtliche Voraussetzungen darzulegen, zu denen auch die Benennung des konkreten Gegenstandes, für den Ersatz verlangt wird, gehört. Insofern bringt lediglich § 390 HGB eine gewisse Erleichterung, als darin eine Verschärfung für den Entlastungsbeweis des Kommissionärs bezüglich seines Verschuldens gesehen werden kann. Desweiteren hat die Klägerin dem Beklagten sämtliche Geschäftsausstattung vorgegeben, insbesondere auch das Kassensystem. Dem Beklagten war es nicht möglich, eine Kasse einzurichten, die etwa über Warennummern die konkreten verkauften Gegenstände registriert. Wie beide Parteien in der Senatssitzung übereinstimmend erklärten, hätte sich der Beklagte das Aufstellen einer anderen oder sogar einer weiteren Kasse genehmigen lassen müssen. Allerdings waren dem Beklagten zusätzliche Erfassungssysteme zur Kontrolle des Warenflusses nicht untersagt. Es wäre aber eine eindeutige Überspannung der dem Beklagten aufzulegenden Pflichten, von ihm – wie die Klägerin meint – zu verlangen, irgendein zusätzliches Erfassungssystem für die konkreten verkauften Gegenstände einzurichten. Gerade im Hinblick auf das vereinbarte Abrechnungssystem und die engen vertraglichen Regelungen, auch in Bezug auf Ersatzansprüche wegen Warenschwundes, mußte der Beklagte keinesfalls damit rechnen, daß die Klägerin wegen der Unwirksamkeit des § 6 Nr. 4 des Vertrages eines Tages einen gesetzlichen Schadensersatzanspruch gegen ihn würde geltend machen und er bereits im Rahmen der Darlegungen der Voraussetzungen für einen solchen Anspruch verpflichtet sein könnte, die massenweise verkauften Gegenstände über das vorgegebene Abrechnungssystem hinaus konkret zu erfassen.

Wie die Klägerin, auch im Hinblick auf den Hinweis des Senates in der Ladungsverfügung, in der Senatssitzung erklärt hat, ist es ihr nicht möglich, die Gegenstände, die verkauft wurden, konkret zu benennen oder anderweitig die in Verlust geratenen oder beschädigten Gegenstände konkret darzulegen. 111

Der Einholung eines Sachverständigengutachten, wie es die Klägerin in der mündlichen Verhandlung beantragt hat, bedarf es nicht. Es ist gerichtsbekannt, daß jedes Erfassungssystem dann fehlerhaft ist, wenn es fehlerhaft bedient wird. Zum einen ergäben sich daraus lediglich relativ geringfügige Fehler, zum anderen ändert das nichts an der Tatsache, daß die Klägerin verpflichtet bleibt, die Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch darzulegen. Die möglichen Fehler bei der Bedienung eines Erfassungssystems führten jedenfalls nicht dazu, daß dem Beklagten als Kommissionär insgesamt die Darlegungspflicht für die verkauften Gegenstände aufzuerlegen wäre. 112

Vielmehr verbleibt es bei der Grundregel des Schadensersatzrechtes auch beim Kommissionsvertrag. Danach hat der Kommittent zu beweisen, daß das Gut während der Verwahrungszeit verlorengegangen oder sonst beschädigt worden ist, wo hingegen der Kommissionär zur Abwendung seiner Ersatzpflicht – nur – zu beweisen hat, daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden (Schlegelberger, § 390 Rdn. 11; Röhrich/von Westphalen, HGB, § 390 Rdn. 4). 113

Die Klägerin hat aber auch die Höhe eines möglichen Schadensersatzanspruches in keiner Weise dargelegt. Die Klägerin setzt dazu ausschließlich ihre Verkaufspreise an und meint, dazu sei sie berechtigt, weil ihr auch ein Ersatz für entgangenen Gewinn zustehe. Der Schaden der Klägerin wegen des Verlustes oder der Beschädigung von Kommissionsgut besteht jedoch nicht in dem Verkaufspreis für jeden einzelnen Gegenstand. Davon ist in jedem Fall abzuziehen die Steuerlast, die für nicht verkaufte Gegenstände auch nicht entstanden ist, z. C. die Umsatzsteuer. Weiter sind sämtliche Kosten abzusetzen, die bei einem Verkauf entstanden wären, dazu gehört mit Sicherheit die seitens der Kommittenten an den Beklagten zu zahlende Provision. Entgegen der noch in der Senatssitzung vertretenen Meinung der Klägerin hat dieses nichts damit zu tun, daß der Beklagte für nicht verkaufte Gegenstände keinen Provisionsanspruch hat. Entscheidend ist, daß die Klägerin auch bei einem Verkauf die Provision des Beklagten nicht hätte behalten dürfen. Sie stünde sich insofern durch einen Schadensersatzanspruch einschließlich der Provision besser, als wenn die Ware ordnungsgemäß verkauft worden wäre. Demgegenüber würde der Beklagte doppelt belastet, indem er einerseits seinen Provisionsanspruch verliert und andererseits einen entsprechenden Betrag auch noch an die Klägerin zu zahlen hätte. Desweiteren kann in keiner Weise davon ausgegangen werden, daß die in den Märkten angebotenen Waren in jedem Falle zu den ursprünglichen Verkaufspreisen von dem Beklagten oder irgend einem anderen verkauft worden wären, wenn sie nicht verlustig gegangen oder beschädigt worden wären. Es handelt sich um Sonderposten – oder sogenannte Schnäppchenmärkte. Die dort angebotene Ware ist häufig nur unter erheblichen Preisreduzierungen verkaufbar und zu einem erheblichen Teil auch gar nicht verkäuflich. So waren unstreitig auch in den von dem Beklagten geführten Märkten etliche Waren bereits seit Jahren unverkauft im Bestand. Deshalb würde auch allein aus der Feststellung eines konkreten Fehlbestandes an Waren nicht zu folgern sein, daß der fehlende Teil der Ware ohne jeden Abzug zu den von der Klägerin angegebenen Bruttoverkaufspreisen auch verkauft worden wäre und deshalb der Beklagte für den Gesamtwert des Warenfehlbestandes einzustehen hätte (vgl. BGHZ 80, 64 f.).

Da sich der Schaden demnach keinesfalls nach dem Verkaufspreis richten kann, kommt es auf die Frage, ob die Klägerin bei ihren Wertermittlungen die Preisreduzierungen ordnungsgemäß berücksichtigt hat, nicht mehr an. Festzustellen ist dazu lediglich, daß der Vortrag der Klägerin hierzu widersprüchlich ist. 115

Da es der Klägerin auch nach eigenem Bekunden nicht gelingt, die oben genannten notwendigen Darlegungen für einen Schadensersatzanspruch vorzutragen, kommt es auf die Frage, ob diese Darlegungen ausreichend für einen an die Klägerin abgetretenen vertraglichen Schadensersatzanspruch der B Q für die Zeit nach der gescheiterten Vertragsübernahme sind nicht an. Es ist jedenfalls nicht ohne weiteres ersichtlich, welchen Schaden die BQ bezüglich der von der Klägerin gelieferten Gegenstände hat. 116

1.2. 117

Aus den oben genannten Gründen hat die Klägerin auch die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus den §§ 823 f. BGB nicht dargelegt. 118

1.3. 119

Auch ein – eigener oder seitens der B Q abgetretener – Anspruch aus § 812 BGB ist nicht gegeben. 120

121

Auch insofern ist es notwendig, daß die Klägerin die einzelnen geleisteten bzw. in Verwahrung gegebenen Gegenstände darlegt. Auch der Vortrag zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB ist nicht ausreichend. Zu ersetzen wäre nämlich der allgemeine Verkehrswert jedes einzelnen konkreten Gegenstandes. Insoweit ist der Wert der Leistung der Klägerin an die Beklagte sicher nicht gleichzusetzen mit dem Verkaufswert vom Beklagten an Dritte.

2. 122

Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten für die Alarmanlage. 123

Die allein in Frage kommende vertragliche Anspruchsgrundlage des § 6 Nr. 2 Abs. 4 des Vertrages greift nicht ein. Bei dieser Reparatur zu einem Rechnungswert von 815,40 DM handelt es sich nicht mehr um eine "Kleinreparatur zur Aufrechterhaltung der Geschäftsfähigkeit". 124

3. 125

Die Entscheidungen zur Kostentragung und zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 126

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht gegeben sind. 127