

Oberlandesgericht Schleswig

Urteil vom 26. September 2013, 16 U (Kart) 49/13

Gründe

I.

Die Klägerin vertreibt – europaweit allein – die Lizenzen für das amerikanische Franchise-Konzept *Subway*, eines Fastfood-Restaurants, in dem Sandwiches (sog. Subs), Wraps und Salate in einem sowohl in der äußeren Erscheinung (beispielhaft Anlage K 4) als auch in der warenmäßigen Gestaltung weltweit einheitlichen Konzept angeboten werden, das u.a. eine sog. Produktionsstraße umfasst, entlang derer die Subs durch Auswahl des Brotes, des Belags, der Extras, des Gemüses und der Sauce nach Wunsch des Kunden warm oder kalt vor dessen Augen zubereitet werden. Nach dem rd. 600 Seiten starken Betriebsbuch (Anlage K 67), in dem die Restaurantgestaltung und der Betrieb bis ins Detail hinein beschrieben werden, wird einem Franchisenehmer u. a. (S. 9.22) vorgeschrieben, dass Artikel, die in den Produkten verwendet und in den Restaurants angeboten werden, von zugelassenen Einrichtungen bezogen werden müssen. Die Zulassung erfolgt – mit Zustimmung der amerikanischen Mutter, der *D.* – durch die *E.*, nach Darstellung der Klägerin ein Zusammenschluss unabhängiger Einkäufer, nach Darstellung des Beklagten eine Scheingesellschaft der Klägerin, über welche diese sog. Kick-back-Gewinne aus dem Warenverkauf erziele; *die E.* hat einen Rahmenvertrag mit der *S. GmbH* abgeschlossen hat, welche faktisch der alleinige Lieferant der sog. Pflichtprodukte ist bzw. – nach der Darstellung des Beklagten – nahezu aller Produkte mit Ausnahme von frischem Gemüse (im Wesentlichen Tomaten und Gurken).

Der Beklagte schloss mit der Klägerin im Mai 2004 einen Franchise-Vertrag über den Betrieb eines *Subway*-Restaurants in X. (Anlage K 10). Der Vertrag sah eine Laufzeit von 20 Jahren vor, wobei es dem Franchisenehmer freigestellt war, das Restaurant zu betreiben. Die monatlichen Franchise-Gebühren betragen ...% des Bruttoumsatzes, daneben war eine Marketinggebühr von ...% bestimmt. Nach Ziffer 8. e durfte das *Subway*-System einschließlich der Marken „*Subway*“, „*Subway Eat Fresh*“ und „*Sub*“ nach Beendigung des Vertrags durch Kündigung oder Ablauf nicht mehr genutzt werden und sollten für den Fall der Zuwiderhandlung als angemessene Vorabschätzung für den entstehenden Schaden 250 US\$ für jeden Tag der Verletzung gezahlt werden. Ziffer 8 g. in der Fassung der Ziffer IV der Zusatzvereinbarung für die Europäische Union enthielt die Ver-

pflichtung, innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr nach (u. a.) Kündigung des Vertrags in den Räumlichkeiten der Franchise-Niederlassung kein anderes Sandwich-Restaurant (abgesehen von anderen ordnungsgemäß lizenzierten *Subway*-Restaurants) zu eröffnen, und weiter für den Fall der Zuwiderhandlung, einen Betrag in Höhe von 10.000 US\$ sowie zusätzlich ...% des Bruttoumsatzes während eines Jahres als den schätzungsweise erlittenen Schaden zu zahlen. Dem Vertrag war eine Widerrufsbelehrung beigefügt, der zufolge der Beklagte, der insoweit eine einschlägige gewerbliche Tätigkeit erstmals aufnahm, den abgeschlossenen Franchise-Vertrag innerhalb von zwei Wochen widerrufen konnte.

Im Sommer 2010 stellte der Beklagte die vertraglichen Zahlungen an die Klägerin ein, die nach fruchtlosen Abmahnungen mit Schreiben vom 1. September 2010 (Anlage K 13) fristlos kündigte. Der Beklagte betrieb das Restaurant zunächst - bis Anfang Dezember 2010 – unverändert unter den *Subway*-Marken weiter. Ab dem 7. Dezember 2010 betrieb er das Restaurant in nahezu selber Weise, nunmehr aber unter dem grün-gelben Label *fresh!* („Sub –Wraps- Salate“) weiter; unter dieser Marke hat eine Gruppe ehemaliger Franchisenehmer der Klägerin, die zu gleicher Zeit in selber Weise ihre Zahlungen vollständig eingestellt und Kündigungen erhalten hatten, in den vorbestehenden Räumlichkeiten Sandwich-Restaurants unter Beibehaltung des von ihnen angeschafften Mobiliars und der Produktionsstraße als neue Kette betrieben, dies, wie die Klägerin am 17. Januar 2011 hinsichtlich der Beklagten feststellte, mit entsprechenden neuen Hinweisschildern und Menütafeln, aber mit unveränderten Möbeln in, was namentlich die Wandgestaltung (Mauer) und die Thekengestaltung (Gemüsemotiv) angeht, weitgehend unverändertem Raumdesign (vgl. Anlage K 14). Die Klägerin erwirkte daraufhin – unterdes ließ der Beklagte unter dem 25. Januar 2011 den Widerruf des Vertrags erklären - vor dem Landgericht Lübeck (11 O 7/11) eine einstweilige Verfügung (Anlage K 26), die dem Beklagten den Betrieb in der festgestellten Form untersagte und welche durch ein Teilerkenntnis des Beklagten bestätigt wurde, in dessen Folge er im Juli 2011 eine Abschlusserklärung (Anlage K 28) abgab.

Bis zum 25. Juli 2011 gestaltete der Beklagte das Restaurant weiter dahin um, dass er die Farbe der Schilder und Tafeln (in einen rotbraunen Ton) und die Wandverkleidung (Beigeton ohne Mauerwerk-Motiv) änderte, das Gemüse-Motiv am Tresen und die Front der Getränkestation (jeweils mit einem Anthrazitton), die Sitzbänke an den Wangen (ebenfalls mit einem Rotton) und schließlich auch die Bodenfliesen überstrich (vgl. die Lichtbilder Anlage K 29).

Die Klägerin hat unter Berufung auf lauterkeitsrechtliche Vorschriften begehrt, dem Beklagten den Betrieb eines Restaurants mit Produktionsstraße für Sand-

wiches, Wraps und Salate in der aus der Anlage K 29 ersichtlichen Gestaltung im Verbund mit weiteren ehemaligen Franchisenehmerinnen der Klägerin unter gemeinsamer Bezeichnung zu untersagen, daneben aus dem Vertrag Zahlung eines Betrags von 32.500,- US\$ begehrt (davon 22.500,- US\$ aus unberechtigter Weiternutzung der Marken [90 Tage à 250 US\$] sowie 10.000,- US\$ wegen Verstoßes gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot), ferner - aus Vertrag wie aus lauterkeitsrechtlichen Vorschriften - die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz jeglichen weitergehenden Schadens, der ihr infolge der Verletzung der Markenrechte, des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots und der angeblichen lauterkeitsrechtlichen Verstöße entstanden sei und entstehen werde sowie schließlich Auskunft und Rechnungslegung für die zwischen dem 2. Dezember 2010 und dem 31. März 2012 (Begrenzung der Einfachheit halber) erwirtschafteten Umsätze und Gewinne.

Der Beklagte hat sich dem entgegengestellt. Er hat die Verträge für kartellrechtswidrig gehalten, weil sie eine unzulässige Bezugsbindung auf 20 Jahre sowie ein Verbot von Querlieferungen enthielten. Die Verträge seien auch gemäß § 306 Abs. 3 BGB unwirksam: Zahlreiche Klauseln verstießen gegen AGB-Recht; fielen diese, ergäben die Verträge, die die Klägerin ohne die ihr finanziell essentielle Bezugsverpflichtung ohnehin nicht wolle, keinen Sinn mehr. Außerdem habe er, so hat er gemeint, die Verträge, die auch sittenwidrig seien, ohnedies wirksam widerrufen; an die (vertragliche und gesetzliche) Zwei-Wochenfrist sei er mangels ordnungsgemäßer Belehrung nicht gebunden gewesen.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 32.500 US\$ nebst Zinsen verurteilt, die Verpflichtung des Beklagten zu weitergehendem Schadensersatz aus einem Verstoß gegen das (einjährige) nachvertragliche Wettbewerbsverbot bis zum 1. September 2011 sowie aus der bis zum 25. Juli 2011 wettbewerbswidrigen Übernahme des äußeren Gestaltungskonzepts der Klägerin (nicht aber: wegen Markenverletzung) festgestellt und den Beklagten zur Erteilung der für deren Durchsetzung erforderlichen Auskünfte (Gewinne und Umsätze bis 25. Juli 2011; Umsätze bis 1. September 2011) verurteilt; wegen des weitergehenden Unterlassungsbegehrens und der über die genannten Zeiträume hinausreichenden Feststellungs- und Auskunftsansprüche sowie wegen der Feststellung weiteren Schadensersatzes aus Verletzung der Markenrechte bis zum 1. Dezember 2010 hat es die Klage abgewiesen.

Der abgeschlossene Vertrag sei wirksam. Die Bezugsbindung sei kartellrechtlich nicht unzulässig, weil sie dazu diene, die Einheitlichkeit der Qualität des Angebots des Franchise-Vertriebssystems zu gewährleisten; insbesondere sei die Sicherstellung der einheitlichen Qualität der für die Herstellung der Sandwi-

ches, Wraps pp. benötigten Zutaten und des einheitlichen Aussehens und Geschmacks der Standardprodukte anders als durch einen einheitlichen Bezug nicht oder nur unter völlig unverhältnismäßigem Aufwand möglich. Aus dem Betriebshandbuch ergebe sich bei kundenfreundlicher Auslegung auch kein kartellrechtswidriges Verbot von Querlieferungen.

Eine Gesamtnichtigkeit der Franchise-Verträge lasse sich auch nicht infolge einer Inhaltskontrolle rechtfertigen, § 306 Abs. 3 BGB. Allerdings spreche vieles dafür, dass diverse der Formulklauseln einer Inhaltskontrolle nicht standhielten, jedoch träten an die Stelle dann die gesetzlichen Bestimmungen, was für den Franchisenehmer regelmäßig vorteilhaft sei. Dafür, dass diesem unter Berücksichtigung solcher Anpassungen ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar wäre, seien keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Ebenso wenig lägen ausreichende Anhaltspunkte für eine Sittenwidrigkeit des Franchise-Vertrags vor. Die Bemessung der Gebühren anhand des Umsatzes sei üblich, ebenso der Satz von ...%. Die Behauptung, das Franchise-System *Subway* sei in Deutschland von vornherein unrentabel und nicht tragfähig, habe der Beklagte nicht zureichend substantiiert.

Der Vertrag sei auch nicht wirksam widerrufen worden. Ob der Vertrag als Ratenlieferungsvertrag i. S. v. § 505 Abs.1 Nr. 3 BGB a. F. zu behandeln sei, obwohl dem Beklagten der Restaurantbetrieb freigestellt war (und mithin noch keine unbedingte *Verpflichtung* zum Warenbezug bestand), könne dahinstehen. Jedenfalls sei bei der vertraglich vorgesehenen 20jährigen Laufzeit die in § 507 BGB a. F. enthaltene Wertgrenze von 50.000,- € überschritten, weil in der geplanten Vertragslaufzeit offensichtlich Waren im Wert von weit mehr als 50.000,- € über einen von der *E.* bestimmten Lieferanten bezogen würden. Das danach allein eingeräumte vertragliche Widerrufsrecht, dessentwegen eine Unterwerfung der Klägerin unter die Belehrungsanforderungen des § 355 BGB nicht angenommen werden könne, sei wegen Fristablaufs erloschen.

Der Beklagte schulde der Klägerin daher aus der Markenverletzung pauschalier- ten Schadensersatz für 90 Tage à 250 US\$ sowie aufgrund des Verstoßes gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot die ausbedungene Vertragsstrafe von 10.000,- US\$.

Weiteren Schadensersatz schulde der Beklagte wegen der Markenverletzung bis zum 25. Juli 2011 und wegen Verstoßes gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot bis zum 1. September 2011 und auch nur insoweit entsprechende Auskünfte). Seit dem 25. Juli 2011 habe der Beklagte das Restaurant so weit umgestaltet, dass es insgesamt nicht mehr den Eindruck erwecke, es han-

dele sich um ein *Subway*-Restaurant oder das eines Partnerunternehmens. Insoweit liege - mit der Folge der Abweisung des Unterlassungsantrags und der Beschränkung des Auskunftsanspruchs - auch keine unlautere Behinderung der Klägerin vor; ungeachtet der etwa provozierten Kündigung richte sich der Weiterbetrieb des Sandwich-Restaurants in den bisherigen Räumen nicht gezielt gegen die Klägerin, sondern diene in erster Linie der Sicherung des Einkommens des Beklagten. Weiteren Schadensersatz aus der Markenverletzung könne die Klägerin nicht verlangen, nachdem ihr schon der dafür im Vertrag vorgesehene pauschalisierte Betrag zuerkannt worden sei.

Hiergegen richten sich die Berufungen beider Parteien.

Der Beklagte macht weiterhin die Gesamtnichtigkeit der Verträge aus kartellrechtlichen Gründen geltend. Die Verträge verstießen gegen §§ 1, 2 Abs. 2 GWB i. V. m. Art. 4 lit. d Vertikal-GVO. Die Bezugsbindung sei nicht notwendig und schränke seine unternehmerische Gestaltungsfreiheit spürbar ein, zumal die Klägerin, was das Landgericht übergangen habe, zu der bestrittenen Werthaltigkeit ihrer angeblich erbrachten Leistungen nicht substantiiert vorgetragen habe. Tatsächlich habe die Klägerin - worauf es beim Franchising als einer Art wirtschaftlicher Verwertung eines Wissensschatzes ohne Einsatz von eigenem Kapital maßgeblich ankomme – dem Beklagten keinerlei nützliches Know-how vermittelt. Das Belegen von Sandwiches könne jeder aufmerksame Kunde nach ein paar Besuchen umsetzen; dies stelle kein geheimes, besonderes Know-how dar. Der Klägerin ginge es einzig und allein darum, durch Kick-backs an dem gebündelten Einkauf zu verdienen (Bl. 412 ff.). Die ausschließliche Bezugsbindung verstoße auch gegen Art. 1 lit. d) und Art. 5 lit. a) Vertikal-GVO. Das Landgericht habe übersehen, dass die kundenfreundlichste Auslegung auch die kundenfeindlichste Auslegungsvariante sein könne, wenn diese zur Unwirksamkeit des Vertrages führe und dies im Interesse des Kunden des Verwenders liege (Bl. 417 ff.). Auch sei die 20jährige feste Laufzeit vorliegend AGB-rechtlich zu beanstanden; die Klägerin, die selbst nicht investiert habe, habe kein schützenswertes Interesse daran (Bl. 419).

Richtigerweise seien die Verträge auch gemäß § 306 Abs. 3 BGB gesamtnichtig. Nach Wegfall der von ihm beanstandeten Klauseln, die das Landgericht zu Unrecht nicht im Einzelnen geprüft habe, sei der Vertrag nur noch ein Torso. Falle auch das nicht wirksam einbezogene Betriebshandbuch weg, das wichtige Vertragsgrundlagen enthalte, sei es der Klägerin gar nicht möglich, eine Konformität ihres Systembetriebes sicherzustellen. Es sei deshalb fern liegend, dass sie den auf das Zulässige reduzierten Vertrag weiter hätte fortführen wollen (Bl. 419 ff.).

Weiter seien die Verträge auch sittenwidrig, wie aus einer Gesamtbetrachtung des Franchise-Vertrages zu folgern sei (Bl. 423). Hier schöpfe die Klägerin einseitig hohe Gewinnanteile auch dann ab, wenn der Franchisenehmer keinen Gewinn erziele. Damit würden die Franchisenehmer wie der Beklagte, der anfangs mehr als 100.000,- € ohne Beteiligung der Klägerin investiert habe, geknebelt, dies zumal, da es sich um eine nicht realisierbare oder durchweg völlig unrentable Geschäftsidee handele (Bl. 426 a ff.).

Außerdem habe das Landgericht auch die Rechtsvorschriften über das Widerrufsrecht falsch angewandt. Nach dem Urteil des Oberlandesgericht Schleswig vom 11. Juni 2011, 1 U 122/08, seien bei der Bestimmung der Höhe des Betrags der Bezugsbindung gemäß § 507 BGB a. F. Verpflichtungen gegenüber einem Dritten – hier der Lieferfirma – nicht zu berücksichtigen (Bl. 408 ff.).

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 18. Januar 2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Kiel die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen, sowie zu ihrer eigenen Berufung unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Kiel vom 18. Januar 2013 den Beklagten zu verurteilen, 1. es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, unter einer gemeinsamen Bezeichnung, insbesondere der Bezeichnung *fresh!*, im Verbund mit weiteren ehemaligen Franchisenehmern der Klägerin am Standort ... in X. ein Sandwich-Restaurant mit einem im Wesentlichen aus Sandwiches, Wraps und Salaten bestehenden Produktsortiment, einem Bestellkonzept mittels eines „Baukastenprinzips“ und einzelnen nach Art einer „Produktionsstraße“ aufgebauten Bestellstationen wie aus den als Anlagen K 14 und K 29 eingereichten Fotos ersichtlich zu betreiben; 2. der Klägerin über die erstinstanzlich bereits erfolgte Verurteilung zur Auskunft und Rechnungslegung hinaus zusätzlich schriftlich Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über die in seinem Restaurant in X. im Zeitraum zwischen dem 26. Juli 2011 und dem 31. März 2012 erwirtschafteten Umsätze und Gewinne einschließlich aller zur Gewinnermittlung notwendigen Faktoren, jeweils aufgeschlüsselt nach Wochen. 3. festzustellen, dass die Beklagte über die bereits erstinstanzlich festgestellte

Verpflichtung hinaus weitergehend verpflichtet ist, der Klägerin jeglichen Schaden zu ersetzen, der dieser aus der wettbewerbswidrigen Übernahme des äußeren Gestaltungskonzeptes, welche Gegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens vor dem Landgericht Lübeck zum Az. 11 O 7/11 (gewesen ist), zwischen dem 26. Juli 2011 und dem 31. März 2012 entstanden ist.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil gegen die Angriffe des Beklagten. Daneben verfolgt sie ihr Begehren weiter, dem Beklagten den Restaurantbetrieb im Verbund mit anderen ehemaligen *Subway*-Franchisenehmern an den jeweils bestehenden Orten in der (ihres Erachtens unzureichend) veränderten Gestaltung mit Speisenzubereitung nach dem Baukastenprinzip unter Verwendung einer Produktstraße verbieten zu lassen. Im Hinblick auf die auch über den 25. Juli 2011 hinaus für wettbewerbswidrig übernommene äußere Gestaltung und die in der Summe der vorbezeichneten Momente wettbewerbswidrigen Betriebsführung begehrt sie, vereinfachungshalber begrenzt auf den 31. März 2012, die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zu weiterem Schadensersatz und darauf bezogen die Verurteilung zu weitergehenden betriebswirtschaftlichen Auskünften.

Sie rügt, das Landgericht habe bei der Abweisung ihres Unterlassungsantrags wesentlichen Sachvortrag übergangen. Den Beklagten treffe der Vorwurf einer bewussten und vorsätzlichen Behinderung der Klägerin i. S. von § 4 Nr. 9 UWG. Eine Behinderung in diesem Sinne liege insbesondere vor, wenn ein Mitbewerber systematisch nachgeahmt werde. So sei es hier, weil der Beklagte nicht nur komplett nachgeahmte Produkte anbiete (Sandwiches, Wraps, Salate, Cookies, Chips und Eiscreme), sondern hierbei auch noch das Bestellkonzept in identischer Form nach Art einer „Produktionsstraße“ übernehme, wie es die Klägerin in Deutschland eingeführt habe und wofür sie bekannt sei. Der Vorwurf werde massiv noch dadurch verstärkt, dass der Beklagte dies gerade nicht allein tue, sondern im bewussten und gewollten Zusammenwirkung mit den weiteren Mitgliedern von *fresh!*, womit schlechthin das gesamte Franchisesystem der Klägerin für Zwecke eines anderen Systems nachgeahmt werde, was – in der Etablierung buchstäblich „über Nacht“ als „Kette“ ohne jeden eigenen Entwicklungs- und Aufbauaufwand - allein dem *Subway*-System zu verdanken sei, ohne welches die Existenz des *fresh!*-Verbundes nicht denkbar (gewesen) sei; bis heute gebe es – unstreitig - nicht ein einziges *fresh!*-Restaurant, das nicht zuvor ein *Subway*-Restaurant gewesen sei. Auf diese Weise könne auch in Zukunft eine Art „Schatten-System“ betrieben und könnten die von der Klägerin betrie-

benen Weiterentwicklungen in ähnlicher oder identischer Weise wiederum ohne jeglichen eigenen Entwicklungsaufwand umgesetzt werden, was schließlich auch noch exakt und ausschließlich an vormaligen *Subway*-Standorten geschehe, womit gezielt der mittels des Konzepts und des Systems-Know-hows zugunsten der Klägerin aufgebaute System- good will angezapft und ausgenutzt werde. Dabei positioniere sich *fresh!* gezielt als Alternative gerade zu den Restaurants der Klägerin und unter bewusster Bezugnahme auf diese, womit gezielt gerade deren Kunden angesprochen und abgefangen („abgeschöpft“) werden sollten. In diesem Sinne – und die Klägerin verlange die Unterlassung auch nur für den Fall, dass alle die laut Antrag beanstandeten Elemente *kumulativ* vorlägen (Bl. 384) - stelle *fresh!* in jeder Hinsicht ein ausschließlich „schmarotzendes“ System dar, das überhaupt nur durch das Bestehen des *Subway*-System denkbar und existenzfähig sei. Das gelte insbesondere dann, wenn sich innerhalb eines bestehenden Franchisesystems zahlreiche Franchisenehmer noch während des Fortbestands ihrer Vertragsverhältnisse mit dem Franchisegeber dazu verabredeten, das System gemeinsam zu verlassen, um sodann exakt dasselbe Konzept des Franchisegebers unter einer eigenen Marke an exakt denselben Orten ihrer bisherigen Betriebsstätten weiter zu betreiben (Bl. 380 ff.).

Daneben schulde der Beklagte – betreffend die Berufungsanträge zu 2. und 3. - unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen äußeren Gestaltung seines Betriebs auch über den 25. Juli 2011 hinaus Schadensersatz und dementsprechend erweitert Auskunft über seine Umsätze und Gewinne seither (vom Landgericht zuerkannt insoweit noch die Auskunft über die Umsätze bis zum 1. September 2011 [Ablaufdatum des einjährigen Wettbewerbsverbots]). Insbesondere entsprächen weiterhin das spezifische Produkt- und Bestellkonzept mit dem Aufbau des Verkaufstresens, den Tresenelementen selbst, insbesondere den „Stationen“ mit entsprechenden „Stationsschildern“, die Anordnung und Gestaltung des gesamten Mobiliars und der Geräte sowohl vor als auch hinter dem Verkaufstresen und die Anbringung der Menüboards - all dies unstreitig unverändert – dem Konzept der Klägerin. Der Schriftzug „fresh!“, der an den klägerischen Claim „*Subway* Eat Fresh“ angelehnt sei, werde - unstreitig – weiterhin in gelber Farbe verwendet, nur sei dieser nunmehr in dunkelrot eingefasst. Es würden auch weiterhin Stationsschilder verwendet, die den Bestellvorgang erläuterten, diese seien nur farblich anders umrandet. Der Naturholztresen entspreche abgesehen von dem teilweisen Anstrich der Verblendung vollständig der ursprünglichen Gestaltung. Das Walker´s-Chips-Regal und der Ben & Jerry´s-Kühlschrank (Eis) seien unverändert am selben Ort. Die *Subway*-Möbel seien weiterhin in der Originalfarbe vorhanden, lediglich zwei Außenwände seien rot eingefärbt worden. Das gesamte Mobiliar inklusive der Sitz-

bänke im Design Tuscany II der Klägerin werde weiter genutzt. Die verzierten Holzleisten fänden sich immer noch im Gastbereich. Die Getränkestation in dem Verkaufsraum werde unverändert weiter betrieben. Sämtliche Einrichtungen und Geräte an der Tresenrückseite seien vollkommen unverändert an Ort und Stelle. In all dem lehne sich der Beklagte wettbewerbswidrig an eine fremde Leistung an und beziehe sich erkennbar auf die Klägerin als Mitbewerber und deren Produkte. Er nutze eine Übertragung der auf die Klägerin bezogenen Güte- und Wertvorstellungen aus. Der Beklagte müsse zudem wegen der – von ihm anerkannt – wettbewerbswidrigen Übernahme des Gestaltungskonzepts einen weit größeren Abstand zu der verletzten Gestaltung wahren, was sowohl im Allgemeinen als auch (wie die zwischenzeitlich erfolgte weitere Umgestaltung gemäß der Anlage K 73 zeige) dem Beklagten im Besonderen möglich sei.

Die Beklagten verteidigen insoweit die Entscheidung des Landgerichts. Von welchen (eingesparten) Entwicklungskosten die Klägerin spreche, bleibe völlig vage. Die Klägerin versuche lediglich, das Belegen von Sandwiches verbieten zu lassen und wolle jegliche Art von Wettbewerb, obwohl dieser keine Gefahr darstelle, im Keim ersticken (Bl. 467).

Die Klägerin hält dem entgegen, der Beklagte verkenne anhaltend, dass sich ihre wettbewerbsliche Eigenart aus der Kombination der verschiedenen spezifischen Gestaltungsmerkmale ergebe (Bl. 480). Da es, wie sie weitgehend unwidersprochen vorgetragen habe, den *fresh!*-Initiatoren gerade darauf angekommen sei, in die Beziehung zur Klägerin auf der einen und in die Kundenbeziehungen auf der anderen Seite einzugreifen, sei ihr Verhalten auch dann noch wettbewerbswidrig, wenn sie ihre Franchisenehmer von vornherein zu der Verwendung eines Gestaltungskonzepts veranlasst hätten, das (gerade) noch so viel optischen Abstand wahrte, dass der Tatbestand der „Irreführung“ bzw. „Ausnutzung des Rufs“ im rechtlichen Sinne nicht mehr vorliege (Bl. 483). *fresh!* sei von vornherein als eine direkte Kopie bzw. ein Klon des Systems der Klägerin konzipiert worden (Bl. 484).

Wegen des Sachverhalts im Übrigen sowie des Vorbringens der Parteien wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die zur Akte gelangten Schriftsätze verwiesen.

II.

Die Berufungen haben keinen auf Erfolg, § 513 Abs. 1 ZPO.

Zu Recht und mit zutreffender Begründung, der der Senat in jeder Hinsicht beitrifft, hat die Kammer für Handelssachen I des Landgerichts Kiel den Beklagten

zur Zahlung von pauschalisiertem Schadensersatz wegen einer Markenverletzung und wegen Verstoßes gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot verurteilt, festgestellt, dass er der Klägerin den weiteren Schaden aus dem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot bis zum 1. September 2011 und aus der wettbewerbswidrigen Übernahme des äußeren Gestaltungskonzeptes bis zum 25. Juli 2011 zu ersetzen habe und ihn zur Erteilung der zur Bezifferung dieser weiteren Ansprüche erforderlichen Auskünfte verurteilt.

Zu Recht hat es weiter die Klage auf Unterlassung der Fortführung des Restaurants und die weitergehenden Feststellungsanträge (weiterer Schadensersatz für die Markenverletzung und für einen auch über den 25. Juli 2011 hinaus wettbewerbswidrigen Betrieb) und die zugehörigen Auskunftsansprüche abgewiesen.

Die Berufungen gehen fehl; weder beruht das angefochtene Urteil auf einer Rechtsverletzung, noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung.

A. Berufung des Beklagten

Die der Klägerin zugesprochenen Zahlungs-, Schadensersatz- und Auskunftsansprüche bestehen, wenn und soweit der abgeschlossene Vertrag wirksam ist. Der Beklagte verteidigt sich, wie auch schon in erster Instanz, damit, dass die Verträge aus verschiedenen Gründen unwirksam seien. Mit dieser Auffassung dringt er indes auch in der Berufung nicht durch.

1.

Den Franchise-Verträgen stehen keine kartellrechtlichen Einwände entgegen.

a)

Zutreffend hat das Landgericht erkannt, dass die Franchise-Verträge nicht wegen der in ihnen enthaltenen restriktiven Bezugsverpflichtung eine Vereinbarung enthalten, die im Sinne von § 1 GWB, Art. 81 Abs. 1 EG (jetzt Art. 101 AEUV) eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt.

Franchise-Verträge können im Wege einer sog. Tatbestandsreduktion von vornherein aus dem Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Vorschriften ausgenommen sein. Nach dem Immanenz-Gedanken (vgl. dazu Immenga/Mestmäcker-Zimmer, Wettbewerbsrecht, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Auflage, § 1 Rn. 174 ff.) sind solche Einschränkungen

insbesondere dann am Platze, wenn die vordergründig wettbewerbshindernden Vereinbarungen erforderlich sind, um bestimmte Formen der Marktteilnahme überhaupt erst zu ermöglichen. In eben diesem Sinne hat der EuGH in der *Pronuptia*-Entscheidung vom 28. Januar 1996 (NJW 1996, 1415) insbesondere Bezugsbindungen in Franchise-Verträgen vom Anwendungsbereich kartellrechtlicher Vorschriften ausgenommen, wenn diese Bezugsbindungen zur Sicherstellung einer einheitlichen Qualität erforderlich sind, was namentlich dann gilt, wenn die Aufstellung und Überwachung objektiver Qualitätsnormen hinsichtlich der geführten Produkte nicht möglich ist oder wegen der Zahl der Franchisenehmer zu unverhältnismäßigen Kosten führen würde.

So liegt es offensichtlich auch hier. Das von der Klägerin vertriebene Franchise-Konzept beruht – in gleicher Weise wie etwa auch die Konzepte der zwischen den Parteien diskutierten Fastfood-Restaurant-Ketten *McDonalds* oder *Burger King* – darauf, dass in allen Restaurants die angebotenen Produkte von genau gleichem Format sind, von gleicher Qualität und Zusammensetzung und namentlich von exakt gleichem Geschmack. Dahinter steht der Gedanke, dass ein Kunde, gleichviel, welches der zahlreichen Restaurants der Kette er betritt, genau vorhersehen kann, welches Produktangebot mit welchem Geschmack ihn erwartet. Auf diesem Wiedererkennungseffekt des immer Gleichen und der damit bewirkten Erwartungssicherung beruht die mit dem Konzept angestrebte Kundenbindung. Die für das Konzept prägende extreme Standardisierung der Produkte (bis hinein etwa in die Größe, in die Zwiebeln zu schneiden sind) und die Kontrolle der Einhaltung der qualitativen, geschmacklichen und „formativen“ Standards lässt sich angesichts der großen Menge der Restaurants ersichtlich nicht anders als durch eine Bindung an bestimmte Lieferanten einhalten, die vorab auf diesen sog. Gold-Standard verpflichtet worden sind und die Ware exakt so präparieren, wie es das Konzept verlangt. Unter solch engen Bedingungen versteht sich, dass eine bloß nachträgliche Kontrolle der Zubereitung der Bestandteile durch einen Development Agent, auf den der Beklagte verweisen will, nicht ausreichen kann. Gleichmaßen versteht sich für die „Hardware“ (Geschirr, Servietten, Handschuhe pp.), dass die für das Konzept tragende Idee des Wiedererkennens des Vertrauten die Verwendung einheitlicher Materialien erfordert, die entsprechend sinnvollerweise auch einheitlich zu beziehen sind. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die *fresh!*-Kette, der der Beklagte sich nunmehr angeschlossen hat, insoweit – oder auch nur im Hinblick auf Produkte, die für die Identität des Systems ohne Bedeutung sind, wie etwa (beklagtenseits angeführt) H-Milch, Reinigungsmittel oder Thunfisch in Dosen – wesentlich anders verführe.

Folge der Tatbestandsreduktion ist, dass die Bezugsverpflichtung von vornherein auch nicht dem Wettbewerbsverbot gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. d) Vertikal-GVO unterfällt.

Dieses Ergebnis kann die Berufung auch nicht mit Verweis darauf infrage stellen, dass die Klägerin dem Beklagten schon im Ansatz „kein nützliches Know-how“ vermittelt habe, weshalb – so wohl das Argument – die Klägerin im Hinblick auf die Einkaufsvorgabe nicht schutzwürdig sei. Dabei übersieht der Beklagte, dass die wesentliche geldwerte und schutzwürdige Leistung der Klägerin nicht in der Gewährung des allgemeinen Wissens um die Zubereitung von Sandwiches besteht, sondern – neben der Vermittlung der Kenntnisse und Techniken, derer es bedarf, um gleichsam aus dem Stand einen Betrieb mit nicht unerheblichem Umsatz und nicht geringem Personal zu führen - darin, dass sie ihren Franchisenehmern die umfassende geschäftliche Nutzung eines Verkaufskonzepts unter Verwendung marktstarker zugehöriger Immaterialgüterrechte ermöglicht. In der Gewährung des Anschlusses an die bereits umfassend eingeführte Marke und die damit allein schon aufgrund der Bekanntheit/Vertrautheit erzielbaren Umsätze liegt die wesentliche Leistung, die die Abführung der vertraglichen Franchise-Gebühren rechtfertigt.

b)

Aus denselben Erwägungen heraus kann der Franchise-Vertrag auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Verbots der Querlieferung im Sinne von Artikel 4 lit. d) Vertikal-GVO zu beanstanden sein.

Abgesehen davon, dass dem Franchise-Vertrag ausdrücklich ein solches Verbot gar nicht zu entnehmen ist (der Beklagte leitet es aus der soeben diskutierten Bezugsbindung her), wäre es nach dem bereits angeführten Immanenz-Gedanken ohnehin von der Subsumtion unter eine wettbewerbshindernde Abrede ausgenommen.

Im Übrigen stellt sich auch rein tatsächlich der Verweis des Beklagten auf das Querlieferungsverbot als kaum nachvollziehbar dar. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass darin ein für seine wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auch nur im Geringsten spürbares Problem liegen könnte. Vorderhand erscheint es vielmehr als fernliegend, dass einzelne Franchisenehmer ein Interesse daran haben könnten, bei *Supreme* oder anderswo erworbene Produkte untereinander („quer“) weiter zu verkaufen.

2.

In gleicher Weise rechtfertigt sich ebenso selbstverständlich auch das in dem Vertrag enthaltene nachvertragliche Wettbewerbsverbot (vgl. dazu Immenga/Mestmäcker-Zimmer, § 1 Rn 367 mit Hinweis auf die *Pronuptia*-Entscheidung des EuGH).

Auch insoweit greift zwanglos der Immanenzgedanke. Es liegt auf der Hand, dass ein Franchisegeber seine Lizenz sinnvollerweise nur unter der Bedingung auszugeben bereit ist, dass der Lizenznehmer den mittels der Marke am Standort geschaffenen Good-will im Nachlauf der Vertragsbeendigung nicht auf allein eigene Rechnung ausbeuten darf bzw. dass der Lizenznehmer widrigenfalls den daraus entstehenden Schaden – in Höhe einer überschaubaren Pauschale sowie einer für ein Jahr fortlaufenden Franchisegebühr – ersetzt.

3.

Die Unwirksamkeit – hier Nichtigkeit – des Franchise-Vertrags lässt sich auch nicht mit einer Gesamtnichtigkeit gemäß § 306 Abs. 3 BGB begründen.

Nach dieser Vorschrift ist ein Vertrag, der allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, die ganz oder teilweise unwirksam sind, insgesamt unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung seiner Ergänzung nach den gesetzlichen Vorschriften (gemäß § 306 Abs. 2 BGB) eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

Der Beklagte (vgl. Klagerwiderung S. 6 ff., Bl. 46 ff.) führt insoweit stichwortartig als unwirksame Klauseln an die Bestätigung, dass seitens der Klägerin keine vorvertragliche Aufklärung in Bezug auf Zahlen geleistet worden sei, die Bestätigung, dass noch kein Standort festgelegt worden sei, die Regelung, nach der der Klägerin ein übertragbares Nutzungsrecht an dem abzuschließenden Pachtvertrag einzuräumen ist, die Verpflichtung auf den Gold-Standard, die Verpflichtung zum Abschluss bestimmter Versicherungen, die Einräumung von Zugangsrechten für den Development Agent, das Einverständnis damit, dass Werbezuschüsse den Franchisenehmern in einem Gebiet unter Umständen nicht im Verhältnis zu dem von ihnen gezahlten Betrag zugutekommen, die Zusage, die Klägerin schadlos zu halten, sofern irgendein Teil des Vertrages rechtswidrig sei, die 20jährige Laufzeitregelung, die Regelungen über die Kündigung bei Zahlungsverzug, die Kündigungsmöglichkeit bei moralisch verwerflichen Handlungen und für den Fall, dass der Franchisenehmer ein mutmaßlicher Terrorist sei, das nachvertragliche Wettbewerbsverbot, eine Schiedsklausel sowie die Vereinbarung des materiellen Rechts von Liechtenstein.

Damit lässt sich die Gesamtnichtigkeit des Vertrages nicht begründen. Wie bereits ausgeführt, sind namentlich die Bezugsbindung und das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nicht zu beanstanden. Auch soweit Regelungen über die Vertragslaufzeit, Kündigungs- und Betretungsrechte unwirksam sein sollten, ließen sich ohne gravierenden Nachteil für die Parteien gesetzliche Regelungen heranziehen oder passende Regeln im Wege ergänzender Vertragsauslegung gewinnen. Von den verbleibenden Klauseln – dem übertragbaren Nutzungsrecht (das nach der unwidersprochenen Darstellung der Klägerin franchiseüblich sein soll), dem Abschluss von Versicherungen auch zugunsten der Klägerin und ihrer Mitarbeiter, der Bestimmung über die Verwendung von Werbezuschüssen, der generellen Schadloshaltungserklärung, der Schlichtungsklausel und der Vereinbarung über das anwendbare Recht – hängt das Wohl und Wehe des Vertrages ersichtlich nicht ab. Anhaltspunkte dafür, dass eine der Parteien die Durchführung des Vertrages auf ggf. insoweit veränderter Grundlage unzumutbar sein könnte, sind nicht zu erkennen.

Nichts anderes gilt in Ansehung des Betriebshandbuchs, das weniger, wie aber der Beklagte meint, weitere neue wesentliche Regelungen enthält, sondern – etwa mit der Bezugsbindung, den Mindestöffnungszeiten, der vorgeschriebenen Ladeneinrichtung, dem Umfang des Verkaufssortiments, der Benennung der lizenzierten Marken – lediglich allerlei Bestimmungen, die, franchise-typisch und kaum anders zu erwarten, den Standard der Betriebsführung beschreiben und im Übrigen – was etwa den Verkauf des Restaurants, die Übertragungsvoraussetzungen für ein Restaurant, die Folgen des Tods des Franchisenehmers, Änderungsvorbehalte beim Abschluss weiterer Franchiseverträge angeht – eher Randfragen betreffen oder – was schließlich die enumerative Aufzählung von Gründen für eine fristlose Kündigung angeht – nur eine schon im Vertrag niedergelegte Regelung konkretisieren. Auch diese Vorgaben, an denen sich der Beklagte soweit ersichtlich während der Vertragslaufzeit nicht gestoßen hat und die er dem unwidersprochenen Vorbringen der Klägerin (Schriftsatz vom 20. Februar 2012, S. 25, Bl. 116.) zufolge vor Vertragsschluss hätte zur Kenntnis nehmen können, wenn er gewollt hätte, vermögen eine Unwirksamkeit des Vertrags insgesamt nicht zu begründen.

4.

Die Nichtigkeit der Verträge lässt sich auch nicht damit begründen, dass diese sittenwidrig wären, § 138 BGB.

Mit Substanz bringt die Berufung (Berufungsbegründung S. 20 ff., Bl. 424ff.) insoweit allein vor, dass der Franchisenehmer, der vertragsgemäß Gebühren nach dem Umsatz zu zahlen habe, benachteiligt werde, wenn er aus den Um-

sätzen nach Abzug der Gebühren keinen Gewinn mehr erwirtschaftete, aber wegen der Notwendigkeit der Amortisation seiner Investitionskosten an den Restaurantbetrieb gebunden bleibe. Das ist eine gewisslich missliche Zwickmühle, die sich insbesondere dann auftut, wenn sich ein Restaurant nicht wie erwartet entwickelt. Eine Knebelung i. S. von § 138 BGB lässt sich daraus jedoch nicht herleiten.

Sittenwidrig sind Knebelungsverträge, die die wirtschaftliche Freiheit des anderen Teils so sehr beschränken, dass dieser seine freie Selbstbestimmung ganz oder im Wesentlichen einbüßt (vgl. Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn 39 m. N.). Vorliegend ergibt sich indes eine schon durch den Vertrag als solchen herbeigeführte Beschränkung der wirtschaftlichen Selbstbestimmung nicht.

Im Ansatz ist nicht zu beanstanden, dass die Franchise-Gebühren nach dem Umsatz berechnet werden. Die Klägerin hat (im Schriftsatz vom 15. August 2012, S. 9, Bl. 254) nachvollziehbar und im Übrigen auch unwidersprochen dargetan, dass die Anknüpfung der Gebühren an den Gewinn statt an den Umsatz (wie es der Beklagte für richtig erachtet) nicht nur gänzlich unüblich, sondern auch untauglich sei, weil der Gewinn stets manipulierbar sei und seine Zugrundelegung wegen der zahlreichen Berechnungsfaktoren zwangsläufig zu Auseinandersetzungen führen müsse. Das überzeugt den Senat.

Dass sich die Franchise nicht mehr gut „rechnet“, wenn nach Abzug der Gebühren kein Unternehmensgewinn mehr verbleibt, ist keine Frage einer unzulässigen Vertragsgestaltung, sondern Folge allein der freien Entscheidung des Franchisenehmers, eine Lizenz für den Betrieb eines Restaurants an einem von ihm näher zu bestimmenden Standort in Anspruch zu nehmen. Der Erfolg oder Misserfolg hängt wesentlich davon ab, ob Lage, Größe, Kundenfrequenz und Kostenstruktur das Generieren ausreichender Umsätze ermöglichen. Das steht nicht in der Verantwortung der Klägerin, ebenso wenig wie der freilich missliche Umstand, dass im Falle eines Scheiterns der Unternehmung die Investitionskosten verloren sind. Letzteres ist das allgemeine Risiko, das mit jeder unternehmerischen Initiative verbunden ist.

Dass die Franchise-Idee der Klägerin, wie daneben die Berufung (Berufungsbeurteilung S. 22 ff., Bl. 426 ff.) erneut ins Feld führt, von vornherein nicht realisierbar oder durchweg völlig unrentabel gewesen wäre, hat der Beklagte im Allgemeinen und erst recht für das von ihm betriebene Unternehmen nicht substantiiert dargelegt. Soweit er aus einem vom Landgericht Stuttgart eingeholten Gutachten zitiert, das sich auf die Frage der Rentabilität des *Subway*-Systems beziehen soll, mag es sein, dass sich die von der Klägerin verlangten Gebühren heute als vergleichsweise hoch darstellen. Eine sittenwidrige Über-

höhung ergibt sich daraus indes nicht: Für eine krasse Unverhältnismäßigkeit - erst recht eine solche, die bereits bei Vertragsschluss vorgelegen hätte und für die Klägerin auch erkennbar gewesen wäre – ist nichts ersichtlich.

5.

Der Beklagte kann auch nicht über den Widerruf des Vertrags dessen anfängliche Unwirksamkeit erreichen.

a)

Ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB steht dem Beklagten schon deshalb nicht zu, weil der Franchise-Vertrag kein Ratenlieferungsvertrag i. S. von § 510 Abs. 1 Nr. 3 (= § 505 Abs. 1 Nr. 3 a. F.) BGB ist.

Ratenlieferungsverträge sind danach u. a. Verträge, die die Verpflichtung zum wiederkehrenden Erwerb oder Bezug von Sachen zum Gegenstand haben. Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift wäre, dass der Vertrag schon selbst eine Verpflichtung zum wiederkehrenden Erwerb oder Bezug begründet: Unter dem Aspekt einer *festen Verpflichtung* besteht Anlass, auch einem Franchisenehmer das Recht zuzugestehen, sich von einer möglicherweise übereilt eingegangenen langfristigen Bezugsbindung innerhalb der vom Gesetzgeber gewollt kurz bemessenen Überlegungsfrist von zwei Wochen wieder lösen zu können (vgl. BGH, NJW 1986, 1988, Rn 15 bei juris). Der vorliegende Franchise-Vertrag enthält aber eine solche feste Verpflichtung noch nicht. Vielmehr steht es gemäß Ziff. 5 a Abs. 1 des Vertrags dem Franchisenehmer frei, das Restaurant binnen einer Frist von zwei Jahren nach Unterzeichnung des Vertrages zu eröffnen. Sieht er davon ab, läuft der Vertrag ohne weiteres ab. Mit dieser Regelung gewährt der Vertrag den Franchisenehmern im Hinblick auf den Warenbezug, der frühestens mit der Eröffnung des Restaurants beginnen kann, eine sachlich und zeitlich zureichende Möglichkeit, sich von der drohenden Bezugsverpflichtung wieder zu distanzieren. Entscheidet sich ein Franchisenehmer gegen die Eröffnung, verbleibt es allein bei der in Ziff. 1 des Vertrags geregelten Franchise-Gebühr von regelmäßig 10.000 US\$. Diese Zahlungsverpflichtung beruht weder auf einem Ratenlieferungsvertrag, noch hat sie sonst in irgendeiner Weise den Charakter eines Kredits oder einer Finanzierungshilfe, sodass allein ihretwegen die Gewährung eines gesetzlichen Widerrufsrechts nicht in Betracht kommt.

b)

Auch dann aber, wenn man § 505 Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F. auf den vorliegenden Franchise-Vertrag anwenden wollte, wäre ein Widerrufsrecht nicht gegeben,

weil der Ratenlieferungsvertrag einen 50.000,- € übersteigenden Barzahlungspreis betrifft, § 507 BGB a. F.

In Ansehung dieser Ausnahmenvoraussetzung des § 507 BGB a. F. war zwar streitig, ob ihr Anwendungsbereich nicht derart einzuschränken sei, dass er lediglich gewerbliche Großkredite im Zusammenhang mit der Gründung von Handelsgesellschaften betrifft (vgl. die Nachweise bei Staudinger/*Kessal-Wulf*, BGB Kommentar, Neubearbeitung 2004, § 507 Rn 2). Der Senat sieht indes nach dem ganz eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und dem Umstand, dass die Vorschrift - jetzt als § 512 BGB - bei der Neufassung im Zuge der Umsetzung der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008 lediglich hinsichtlich des Betrages (um 25.000,- € auf 75.000,- €), nicht aber hinsichtlich ihres ausdrücklichen Anwendungsbereichs geändert worden ist, keine zureichenden Anhaltspunkte für einen entsprechenden gesetzgeberischen Willen.

Der Betrag von 50.000,- € wird, wie das Landgericht, von der Berufung unangegriffen, angenommen hat, im Zuge der nach Inbetriebnahme geltenden Laufzeit von 20 Jahren durch Warenbezug mit Sicherheit überschritten. Zu Unrecht bezieht sich der Beklagte für ein insoweit anderes Ergebnis auf die Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 11. Juni 2010, 1 U 122/09 (Bl. 253 der Parallel-Akte 16 U Kart 150/12). Danach soll für die Bemessung der Wertgrenze nur die in dem Franchise-Vertrag selbst bestimmte Verpflichtung maßgeblich sein und sollen daneben Beträge nicht berücksichtigt werden, die sich erst aus der Einbeziehung weiterer Verträge - dort namentlich der zukünftig noch abzuschließenden Verträge mit dem Getränkelieferanten - ergeben. Das kann für den vorliegenden Fall keine Geltung beanspruchen: Wenn sich hier die - gesetzt: schon „eingegangene“ - Ratenbezugsverpflichtung allein auf Geschäfte mit Dritten bezieht, dann muss für die Bestimmung der Wertgrenze selbstverständlich auch der Wert der mit diesen Dritten veranlasseten Umsätze maßgeblich sein. Wäre es anders, würde dem Franchisenehmer als Existenzgründer ein Widerrufsrecht gewährt, obwohl die Verpflichtung aus dem Ratenlieferungsvertrag, vor dessen unabänderlicher Eingehung er geschützt werden soll, sich auf einen Betrag von 0,- € beläuft; das kann nicht Sinn des Gesetzes sein.

B. Berufung der Klägerin

Die Berufung der Klägerin hat ebenfalls keinen Erfolg, § 513 Abs. 1 ZPO.

Der Klägerin steht über den Zeitpunkt des 25. Juli 2011 hinaus kein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Beklagten wegen einer wettbewerbswidrigen äußeren Gestalt seines Restaurants zu; entsprechend stehen ihr auch unter

diesem Gesichtspunkt weiter gehende (über den 25. Juli 2011 hinausreichende) Schadensersatzansprüche nicht zu, §§ 9, 3, 4 Nr. 9, Nr. 10 UWG, und kann sie auch nicht weiter gehend Auskunft über Umsätze und Gewinne des Restaurants beanspruchen (1.) Sie kann von dem Beklagten – über das bereits vom Landgericht Lübeck (11 O 7/11) mit einstweiliger Verfügung (Anlage K 26) ausgesprochene Verbot des Betriebs in der aus der Anlage K 14 ersichtlichen Gestalt hinaus – auch nicht die Unterlassung des Fortbetriebs des Sandwichrestaurants mit Sandwiches, Wraps und Salaten verlangen, die mittels eines Baukastenprinzips entlang einer Produktionstraße angeboten werden, und dies auch nicht kumulativ (und also einengend) mit den im Berufungsantrag weiter genannten organisatorisch-strukturellen Elementen, §§ 8, 3, 4 Nr. 9 UWG (2.).

1.

Zu Unrecht wendet sich die Klägerin gegen die Beurteilung des Landgerichts, dass das Restaurant in der ab dem 26. Juli 2011 betriebenen Form keine unlautere Nachahmung der äußeren Gestaltung der Restaurants der Klägerin mehr darstelle, § 4 Nr. 9 a bis c UWG. Daher geht ihr Feststellungsantrag auf weiteren Schadensersatz fehl und bestehen auch und die daran anknüpfenden weiter gehenden Auskunftsansprüche nicht.

Gemäß § 4 Nr. 9 UWG handelt unlauter insbesondere, wer Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er (a) eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt, (b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt oder (c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat. Keine dieser Voraussetzungen ist vorliegend gegeben.

a)

Eine Herkunftstäuschung im Sinne von § 4 Nr. 9 a UWG liegt vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise den Eindruck gewinnen können, die Nachahmung stamme vom Hersteller des Originals oder einem mit ihm geschäftlich oder organisatorisch verbundenen Unternehmen. Das Hervorrufen bloßer Assoziationen an das Originalprodukt reicht nicht aus. Maßgebend ist die Sichtweise des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers, der sich für das Produkt interessiert (vgl. Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 31. Auflage, § 4 UWG Rn 9.42 m. N.). Bei der Beurteilung der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit von Produkten ist grundsätzlich auf den Gesamteindruck abzustellen, den

Original und Nachahmung dem Betrachter vermitteln (Köhler/Bornkamm, Rn 9.43 m. N.).

Dabei ist stets darauf zu achten, dass Schutz nicht schon für die hinter der Produktgestaltung stehende Grundidee gewährt wird. Es reicht insoweit nicht aus, dass das angegriffene Produkt an das Original erinnert und das Original aufgrund entsprechender Werbung im Verkehr bekannt geworden ist. Herkunftsweisend kann in einem solchen Fall nur eine besondere Gestaltung oder u. U. eine besondere Kombination der Merkmale sein (Köhler/Bornkamm, Rn 9.43a m. N.).

Nach diesen Maßgaben kann vorliegend von einer Herkunftstäuschung nicht ernstlich die Rede sein.

Es trifft zwar zu, dass dem Restaurant in der seit dem 25. Juli 2011 betriebenen Form der äußeren Gestaltung seine Herkunft als *Subway*-Restaurant noch deutlich anzusehen ist. Dies ergibt sich nicht nur aus dem nahezu identischen, teilweise sogar bis in die Fertigprodukte-Marken (Walker's, Ben & Jerry's) hinein gleichen Warenangebot, dem als solches identisch gebliebenen, lediglich farblich veränderten Mobiliar, der unveränderten Produktionsstraße mit dem nur farblich veränderten Tresen und der ebenfalls nur übergestrichenen Getränkestation. Dies ergibt sich überdies schon in noch allgemeinerer Weise ganz unabweislich auch daraus, dass das Restaurant als ein Sandwich-Restaurant im *American-Diner*-Stil am genau selben Ort fortgeführt wird.

Gleichwohl erscheint es aufgrund der geänderten Marke *fresh!* über dem Eingang sowie aufgrund der durchgängigen farblichen Umgestaltung sowohl der Möbel als auch des Tresen- sowie Getränkebereichs und schließlich der Menü- und Hinweisschilder als ausgeschlossen, dass ein Kunde ernstlich noch die Vorstellung entwickeln könnte, er betrete in Wahrheit ein *Subway*-Restaurant oder ein mit *Subway* verbundenes Unternehmen. Die aufgeführten neuen Merkmale bewirken vielmehr schon für einen eher unbedarften Kunden, der *Subway*-Restaurants kennt, allein den Eindruck, er suche das Restaurant einer von *Subway* verschiedenen Kette mit allerdings überaus vergleichbarer Produktpalette auf. Für einen örtlichen Kunden, der das zuvor betriebene *Subway*-Restaurant kennt, wird sich darüber hinaus aufdrängen, dass es sich um ein Ex-*Subway*-Restaurant handelt, das nunmehr unter einem neuen Label fortgesetzt wird.

In jedem Fall stellt sich das Restaurant des Beklagten in der seit dem 25. Juli 2011 betriebenen Form deutlich erkennbar als etwas anderes als ein *Subway*-Restaurant dar, nämlich eine Art von Sandwich-Restaurant, das mit nahezu

identischem Warenangebot in gleicher Weise zu *Subway* in eine Konkurrenz tritt, wie sie etwa zwischen den Burger-Ketten *McDonald's* und *Burger King* besteht.

b)

Aufgrund der vorbezeichneten Umstände scheidet auch eine Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung von *Subway* im Sinne einer Rufausbeutung oder Rufbeeinträchtigung gemäß § 4 Nr. 9 b UWG aus.

Die Vorschrift zielt nicht auf den lauterkeitsrechtlichen Schutz einer „Leistung“, sondern auf den Schutz des Herstellers des Originals in seiner Eigenschaft als Mitbewerber bei der Produktvermarktung. Er wird in seinem Interesse geschützt, das Original ungehindert vermarkten zu können. Auch insoweit ist die Unangemessenheit durch eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls unter Abwägung der Interessen des Herstellers des Originals und dessen Nachahmer sowie der Abnehmer und der Allgemeinheit unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit festzustellen (vgl. Köhler/Bornkamm, Rn 9.51).

Eine Ausnutzung der Wertschätzung (Rufausbeutung) liegt vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise die Wertschätzung für das Original („guter Ruf“; „Image“), also die Vorstellung von der Güte oder Qualität, auf die Nachahmung übertragen (Köhler/ Bornkamm, Rn 9.53). Für eine Rufausnutzung reicht es allerdings nicht aus, wenn lediglich Assoziationen an ein fremdes Produkt und damit Aufmerksamkeit erweckt werden. Es muss eine Übertragung des Rufs des Originalerzeugnisses auf das Erzeugnis des Nachahmers hinzukommen, was eine erkennbare Bezugnahme auf den Hersteller des Originals oder sein Produkt voraussetzt. Auch davon kann hier keine Rede sein.

Die deutlich erkennbare neue Marke und das gleichfalls augenfällige - farblich komplementär-contrastliche – Corporate Design von *fresh!* lassen für einen durchschnittlichen und durchschnittlich informierten Verbraucher keinen Zweifel daran, dass er ein von *Subway* verschiedenes Unternehmen betritt. Auch in Ansehung des Warenangebotes, um dessen Absatz es letztlich geht, wird ihm zwanglos bewusst sein, dass er zwar ein konzeptionell praktisch identisches Warenangebot vorfinden wird, er aber damit rechnen muss, dass sich namentlich die zentralen Nicht-Fertigprodukte, also die Subs und Wraps, geschmacklich und qualitativ von den bei *Subway* angebotenen Waren unterscheiden können und werden. Eine solche – heutzutage schon fast triviale – Unterscheidungsleistung können Verbraucher ohne weiteres bei Burger-Ketten erbringen, bei denen jedermann bewusst ist, dass es nicht überall wie bei *McDonald's*

schmeckt, und es besteht kein Grund zu der Annahme, dass die Unterscheidung im Falle von Subs und Wraps schwieriger sein könnte. Allein die Ähnlichkeit des Warenangebots und die damit zwischen *Subway* und *fresh!* geschaffene Konkurrenzsituation rechtfertigen die Annahme eines unlauteren Imagetransfers ebenso wenig wie der Umstand, dass die Bekanntheit von *Subway* dazu anreizen mag, einmal ein Konkurrenzprodukt auszuprobieren.

c)

Eine Unlauterkeit durch unredliche Erlangung der für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse im Sinne von § 4 Nr. 9 c UWG liegt ebenfalls nicht vor.

Der Beklagte hat schon nicht die Ausstattung und Betriebsführung von *Subway* nachgeahmt. Er hat sein Restaurant vielmehr als ein *Subway*-Franchisenehmer nicht nur mit Billigung, sondern auf Geheiß der Klägerin „*Subway-like*“ gestaltet und geführt und dies alles vertragsgemäß und also redlicherweise. Das jetzige Restaurant stellt schon begrifflich danach keine vertragslose *Nachahmung* dar, sondern ist vielmehr eine Fortführung des Bestehenden unter neuer Marke.

Es liegt insoweit auch nicht etwa der Fall vor, dass zunächst im Rahmen eines Vertrauensverhältnisses redlich erlangte Mittel später unter Vertrauensbruch und damit missbräuchlich zur Nachahmung ausgenutzt würden (dazu Köhler/Bornkamm, a. a. O., Rn 9.62). Der Beklagte hat lediglich das von ihm angeschaffte Mobiliar nach Beendigung des Franchiseverhältnisses weiter genutzt; allein der Umstand, dass er nach gut sechsjähriger Vertragsdauer die Kündigung durch Nichtzahlung der Franchisegebühren provoziert hat, kann nicht dazu führen, die Ausstattung in ihrer konkreten Ausgestaltung als unredlich erlangt anzusehen .

d)

Alles in allem – in der erforderlichen Gesamtwürdigung - hat sich der Beklagte durch die Verwendung der neuen Marke und deren neuem Corporate Design hinreichend weit von der ursprünglichen Gestalt des *Subway*-Restaurants entfernt. Mehr kann von ihm unter lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten auch nicht – wie aber die Klägerin meint - deshalb verlangt werden, weil die Fortsetzung in der *ursprünglichen* Gestalt wettbewerbswidrig gewesen ist. Dabei ist nämlich zu beachten, dass auch die von der Klägerin verlangte weitergehende Umgestaltung, etwa eine Veränderung und Neuordnung des Mobiliars, eine markante Neugestaltung der Tresenfront beispielsweise mittels Alublenden o. ä. an der unabweislich auf die „Herkunft“ von der Klägerin verweisende Tatsache nichts zu ändern vermag, dass es sich bei dem Restaurant um ein ehemali-

ges *Subway*-Restaurant handelt, was jedenfalls die in erster Linie maßgebliche örtliche Kundschaft nur sehr allmählich vergessen wird. Diese wird vielmehr das Restaurant als das wahrnehmen, was es ist, nämlich ein ehemaliges *Subway*-Restaurant, das nunmehr in anderem Zusammenhang, namentlich unter einer neuen, andersartigen Marke betrieben wird.

2.

Die Berufung der Klägerin dringt auch nicht durch, soweit sie (mit dem Antrag zu 1.) den Fortbestand des Sandwich-Restaurants des Beklagten in der Gestalt gemäß Anlage K 29 im Verbund mit anderen ehemaligen Franchisenehmern unter gemeinsamer Marke am selben Ort *als Behinderung* verboten sehen möchte, §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 9 und 10 UWG.

Die systematische Nachahmung eines *Subway*-Restaurants mit – kumulativ gegebenen – typischen äußeren Gestaltungsmerkmalen kann sich unter den Aspekten der Herkunftstäuschung und der Rufausbeutung als unlauter im Sinne von §§ 4 Nr. 9 a und b UWG darstellen. Das ist hier indes (wie zu B 1. Ausgeführt) nur bis zum 25. Juli 2011 der Fall gewesen. Der Betrieb mit den von der Klägerin weiter inkriminierten inneren und äußeren organisatorischen ist von ihr lauterkeitsrechtlich im Ergebnis hinzunehmen; seine Wettbewerbswidrigkeit lässt sich insbesondere nicht mit dem Gedanken einer (in § 4 Nr. 9 UWG unbenannten) Behinderung begründen.

Die Behinderung als unlauterkeitsbegründender Umstand ist in der Aufzählung in § 4 Nr. 9 a bis c UWG nicht aufgeführt. Da diese Aufzählung aber nicht abschließend ist, kann die Behinderung ebenfalls in die lauterkeitsrechtliche Bewertung einbezogen werden; dem steht auch die Regelung der *gezielten* Behinderung in § 4 Nr. 10 UWG (die das Landgericht hier allein geprüft und unangegriffen verneint hat) nicht entgegen (Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rn 9.63). Allerdings müssen, wenn keiner der ausdrücklich geregelten Fälle des § 4 Nr. 9 UWB gegeben ist, vor dem Hintergrund der grundsätzlich bestehenden, aber eben durch die vorstehenden Regelungen begrenzten Nachahmungsfreiheit besondere Umstände hinzutreten, um gleichwohl ausnahmsweise die spezifische Unlauterkeit zu begründen.

Eine unlautere Behinderung in diesem Sinne ist gegeben, wenn dem Schöpfer des Originals durch das Anbieten der Nachahmung die Möglichkeit genommen wird, sein Produkt in angemessener Zeit zu vermarkten. Dabei sind der Grad der wettbewerblichen Eigenart des Originals und der Grad der Nachahmung, aber auch sonstige unlauterkeitsbegründende Umstände zu berücksichtigen. Eine solche Behinderung kommt insbesondere in Betracht bei einer systemati-

schen Nachahmung einer Vielzahl von Erzeugnissen eines Mitbewerbers, wobei in der Gesamtwürdigung insbesondere die Zahl der nachgeahmten Produkte, die freie Wählbarkeit der Gestaltungselemente und das Ausmaß der eingesparten Entwicklungskosten zu berücksichtigen sind (Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rn 9.66): Je mehr Produkte übernommen werden und je länger der entsprechende Zeitraum ist (erstes Moment), desto eher ist eine systematische Übernahme anzunehmen. Beim Nachbau (zweites Moment) ist darauf Bedacht zu nehmen, ob es sich bei dem einzelnen „Produkt“ nur um die Übernahme einer jeweils technisch angemessenen Lösung handelt oder ob ohne Not eine Fülle technisch funktionaler Einzelheiten übernommen worden ist, die frei (und also auch anders) wählbar gewesen wäre. Je höher schließlich (drittes Moment) die eingesparten Entwicklungskosten sind und die dadurch ermöglichte Preisunterbietung ist, desto eher ist unter dem Gesichtspunkt der Entwicklungskosten eine Behinderung anzunehmen, bei der der Nachahmer die wettbewerbliche Entfaltung des Herstellers des Originals beeinträchtigt, weil er die übernommene Leistung ohne entsprechenden Aufwand auf den Markt bringen kann.

Ob der Tatbestand erfüllt ist, ist in einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Abwägung der einander widerstreitenden Interessen des Schöpfers der Leistung und des Nachahmers sowie der Interessen der Abnehmer und der Allgemeinheit zu beurteilen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Intensität der Nachahmung und den besonderen wettbewerblichen Umständen eine Wechselwirkung besteht. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und/oder je höher der Grad der Nachahmung ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Unlauterkeit begründen.

Unter all diesen Aspekten, auf die sich die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung stützt, scheint auf erste Sicht tatbestandlich eine unlautere Behinderung vorzuliegen. Es liegt auf der Hand, dass es praktisch eine Identität einer Vielzahl der jeweils angebotenen Produkte gibt. Unschwer kann man sich auch vorstellen, dass es – neben der „Bestellstraße“ - eine Vielzahl von Möglichkeiten gibt, wie die zu verkaufenden Lebensmittel sonst zubereitet, variiert und präsentiert werden könnten. Handgreiflich ermöglicht die Beibehaltung eines eingeführten Konzepts und darauf bezogener Einrichtung auch die Einsparung von Kosten, die für die Entwicklung, Erprobung und Anpassung eines marktfähigen „Formats“ sonst anfielen (wenngleich diese Kosten sowohl bei *Subway* als auch bei *fresh!* bezogen auf die Kosten des Endprodukts im Vergleich zu den Pacht-, Personal- und Materialkosten außerordentlich untergeordnet sein dürften). Gleichwohl sieht der Senat das Verhalten des Beklagten (und der weiteren *fresh!*-Systemmitglieder) in der gebotenen Abwägung als noch hinnehmbar an.

Der Betrieb des Restaurants stellte in der Gesamtheit der übernommenen bzw. beibehaltenen *gestalterischen Elemente* (hier Gegenstand der einstweiligen Verfügungsverfahren des Landgerichts Lübeck, s.o. 1.) für ein Restaurant mit weitestgehend gleichem Warenangebot eine verbotene Nachahmung der Leistung der Klägerin dar. Diese Aspekte des äußeren „*Auftritts*“ geben dem Unternehmen der Klägerin und den einzelnen Franchise-Restaurants ihr spezifisches – gegen Herkunftstäuschung und Rufausbeutung zu schützendes – Gepräge. Für die hier inkriminierten weiteren inneren und äußeren organisatorischen Aspekte ist das indessen nicht in gleicher Weise der Fall, insbesondere dann nicht, wenn man darauf Bedacht nimmt, dass zum einen die einzelnen konzeptionellen Elemente der Geschäftsidee der Klägerin für sich genommen nicht schutzfähig sind (a) und zum anderen auch die Etablierung einer Konkurrenz gleichsam aus den eigenen Reihen lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden ist, und dies auch dann nicht, wenn sie – wofür hier vieles sprechen dürfte – Folge einer sozusagen „konzertierten Aktion“ ehemaliger „Systemangehöriger“ ist (b). In einer Würdigung der Gesamtumstände mit Rücksicht auf die wechselseitigen Interessen und diejenigen der Abnehmer und der Allgemeinheit erscheint dem Senat in einer abschließenden Abwägung (c) der Betrieb in der von der Klägerin beanstandeten organisatorischen Form daher als noch tolerabel.

a)

Die einzelnen Elemente der Geschäftsidee der Klägerin sind für sich genommen ungeachtet der offensichtlichen weitreichenden Parallelen bei *fresh!* gegen ein Nachmachen lauterkeitsrechtlich grundsätzlich nicht geschützt, und sie sind auch nicht schutzfähig.

aa)

Zwar trifft – bezogen auf das Element „Sandwich-Restaurant mit bestimmtem Produktsortiment“ - zu, dass sich die *Produktpalette* von *Subway* und *fresh!*, wie schon ausgeführt, weitestgehend entsprechen, und dies, wie ebenfalls schon erwähnt, bis in identische Fertigprodukte hinein.

Andererseits werden sich die Sortimente von Sandwich-Restaurants in aller Regel weitestgehend decken. Es gibt dort nun einmal Sandwiches und Wraps und Salate. Ebenso typisch ist es, Softgetränke wie Coca Cola, Fanta und Sprite sowie Kaffee in verschiedenen Darreichungsformen feilzubieten. Ebenfalls kaum als ungewöhnlich wird man den Verkauf von Keksen und Eiscreme ansehen können. Alle diese Produkte sind typische Waren eines *American Diner* und insoweit nicht unbedingt eine Besonderheit der Klägerin, sondern ein weit ver-

breitetes Standardrepertoire eines *Diners*, wie es zum großen Teil etwa auch bei *McDonald's* vorzufinden ist.

bb)

Die Art und Weise der *Warenproduktion* – das Element des Bestellkonzepts „Baukastenprinzip“ nach Art einer „Produktionsstraße“ ist als solche allein ebenfalls nicht schutzfähig.

Im Hinblick auf die Wahl der diesbezüglichen Gestaltungselemente entspricht zwar – schon historisch bedingt - das Restaurant der Beklagten (noch) stark dem Konzept der Klägerin. Insoweit werden unverkennbar zentrale Bestandteile des Restaurantkonzepts der Klägerin fortgeführt bzw. übernommen.

Andererseits stellt die Idee der Vor-Ort-Produktion vor den Augen des Kunden mit einer Auswahl aus vorproduzierten Standardelementen („While-U-Wait“) kein Alleinstellungsmerkmal der Klägerin dar, sondern ist etwa auch aus Döner-„Buden“ oder aus Take-Away-Läden anderer Art bekannt. Im Übrigen kann man heute praktisch überall das Hinzufügen oder Weglassen von Standardzutaten auf Wunsch erreichen. Die Klägerin hat diese vorgebliche „Individualität“ (die freilich auch nur eine Auswahl aus den vorhandenen Standard-Zutaten ermöglicht) nur etwas weiter ausgebaut; als etwas grundlegend Anderes, Neues oder Einzigartiges erscheint dieses Konzept nicht.

b)

Wie schon (oben B 2. vor a) ausgeführt, findet ein lauterkeitsrechtlicher Schutz grundsätzlich nur statt, wenn durch die Ähnlichkeit einer Vielzahl solcher für ein bestimmtes Unternehmen typischer Elemente eine vermeidbare Herkunftstäuschung und/ oder eine Rufausbeutung zu besorgen ist, die an das nachgeahmte Produkt bzw. den nachgeahmten „Auftritt“ anknüpft. So liegt es hier für die vom Landgericht Lübeck ausgesprochene – vom Beklagten anerkannte - Untersagung des Betriebs unter Weiterverwendung einer ganzen Reihe von *Subway*-typischen gestalterischen Elementen, von denen die hier inkriminierte Unterteilung des Verkaufstresens in „Stationen“ und die Produktpalette nur zwei sind. Dabei beruht der Schutz nicht auf Exklusivrechten an einer bestimmten allgemeinen Geschäftsidee, sondern auf der Imitation des aus dieser Geschäftsidee hervorgehenden Gesamtprodukts, kurz des konkreten „Auftritts“.

Die hier von der Klägerin weiter inkriminierten Elemente – der Betrieb durch ehemalige Franchisenehmer, der Betrieb an den bisherigen Orten und der Betrieb „im Verbund“ unter neuer gemeinsamer Marke - nehmen an dem lauterkeitsrechtlichen Schutz eines bestimmten „Auftritts“ nicht ohne weiteres teil.

Sie haben, anders als die vorgenannten Elemente, für sich genommen keinen Bezug auf die Nachahmung eines geläufigen Produkts oder eines markenspezifischen Auftritts, sondern betreffen allein den äußeren organisatorischen Rahmen eines Konkurrenzunternehmens, den die Klägerin grundsätzlich ebenso wenig verbieten kann wie etwa anderen Franchisern *deren* Organisationsstruktur:

aa)

Es ist nicht verboten, dass ein ehemaliger Beschäftigter sich selbstständig macht und mit den während der Beschäftigung erworbenen Mitteln in derselben Branche versucht, Kunden seines früheren Arbeitgebers abzuwerben. Ein solches Verhalten ist nicht unlauter und auch tatsächlich Gang und Gäbe. Dies zu unterbinden ist nicht Sache des Lauterkeitsrechts, sondern – in den handels- und wettbewerbsrechtlichen Grenzen – Sache nachvertraglicher Wettbewerbsverbote.

Schon deshalb, weil die Fortnutzung der während der Franchise-Zeit redlich erworbenen Kenntnisse erlaubt ist (vgl. § 4 Nr. 9 c UWG), hat die Klägerin dem Beklagten nicht sinnvoll den Betrieb des Restaurants „unter Nutzung des DAI-Handbuchs“ verbieten lassen können (dies der unterdessen fallengelassene Hauptantrag zu 1 a (2), zu dem der hier noch zu verhandelnde Antrag erstinstanzlich als Hilfsantrag gestellt worden war).

bb)

Für sich genommen ist es lauterkeitsrechtlich auch unbedenklich, dass sich eine *Gruppe* ehemaliger Mitarbeiter eines Unternehmens zu dem Zweck zusammenschließt, dem ehemaligen Arbeitgeber Konkurrenz zu machen.

Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass dies für das betroffene Unternehmen empfindlicher ist als das Abwandern eines Einzelnen, weil eine organisierte Konkurrenz naturgemäß wettbewerbsblich „gefährlicher“ ist.

cc)

Dabei ist es – in den Grenzen des Markenrechts – selbstverständlich auch erlaubt, eine neue gemeinsame Marke zu entwickeln.

dd)

Ein solches ist schließlich auch am bisherigen Unternehmensstandort – im Falle einer Dienstleistung etwa im selben Bürogebäude – zulässig.

c)

All dies vermag die Klägerin – dies ist das Ergebnis des Senatstermins – im Einzelnen durchaus zu akzeptieren. Sie hält das Vorgehen der Beklagten und anderer ehemaliger *Subway*-Franchisenehmer gleichwohl in seiner Gesamtheit für wettbewerbswidrig, weil *fresh!* in ihrem Verständnis im Ergebnis eine lediglich schmarotzende Organisation sei, die nach klarem Vertragsbruch mit minimalem Entwicklungsaufwand unter minimalmöglichster Distanzierung von *Subway* lediglich unter einem anderen Namen deren Geschäftskonzept vollständig beibehalte. Diese Beschreibung, so verständlich sie aus der Sicht der Klägerin sein mag, wird nach Meinung des Senats in einer Gesamtwürdigung der Sache nicht gerecht.

Es ist, wie schon ausgeführt, die Geschäftsidee der Klägerin als solche nicht schutzwürdig. Es haben auch die organisatorischen Momente, die die Klägerin anführt, mit der lauterkeitsrechtlich allein geschützten Nachahmung eines bestimmten marktgängigen Produkts nichts zu tun. Sie stellen lediglich Standard-Bestandteile der geordneten Etablierung eines Konkurrenzunternehmens dar. Diese hat die Klägerin grundsätzlich hinzunehmen. Sie kann sich lauterkeitsrechtlich grundsätzlich nur der Imitation ihrer Produkte und ihres äußeren Auftretens erwehren. Was die Emergenz eines Konkurrenten „aus den eigenen Reihen“ angeht, kann ihr, wie schon erwähnt, nur ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot helfen, das indes auch seine (von der Klägerin hier allerdings eingehaltenen) Grenzen hat. Umfasst das vertragliche Verbot des Betriebs eines Konkurrenzrestaurants am selben Ort zulässigerweise nur den Zeitraum eines Jahres, so ergibt das im Umkehrschluss, dass die Klägerin ihren Franchisenehmer danach insoweit „freilassen“ muss. Für die Weiterverwendung der von den Franchisenehmern angeschafften Betriebsmittel sieht der Vertrag keine Regelungen vor, woraus – zumal diesbezüglichen Beschränkungen enge Grenzen gezogen sein dürften – auch insoweit zu entnehmen ist, dass die Franchisenehmer nach Jahresablauf frei sein sollen. Sieht der von der Klägerin selbst entworfene Vertrag für den Fall des Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot eine Vertragsstrafe und darüber hinaus die Möglichkeit vor, den weiter entstehenden Schaden zu liquidieren, so ist damit der Weg vorgezeichnet, auf dem sie die ihr durch den Vertragsbruch entgangenen Vermarktungserlöse zu kompensieren hat; dass die Beitreibung, wie die Klägerin im Senatstermin noch angeführt hat, im Einzelfall schwierig werden kann, kann es allein nicht rechtfertigen, den Franchisenehmern den weiteren organisierten Restaurantbetrieb insgesamt zu untersagen, zumal dies weder dem Liquiditätsproblem noch der klägerseits angedeuteten Auslandsinsolvenz entgegenzuwirken vermag. Dass - bei einer zureichenden äußeren Distanzierung, die hier, da die äußere Gestaltung nicht Gegenstand des in Rede stehenden Antrags ist, gedanklich vorauszu-

setzen ist - der Schadensersatzanspruch über die Dauer eines Jahres nicht hinreichend kann, versteht sich gleichfalls aus dem Vertrag, der eine Betriebspflicht nicht vorsieht, sodass die Klägerin auch ungeachtet eines möglichen Vertragsbruchs damit rechnen müssen, dass ihr Erlöse einfach deshalb wegfallen, weil der Franchisenehmer den Betrieb an dem Standort aufgibt.

Weiter liegt es – nunmehr aus der Sicht der Franchisenehmer - auch nicht so, dass diese (wie aber die Klägerin insbesondere im Zusammenhang mit dem schon erstinstanzlich fallengelassenen Hauptantrag zu 1 a (2) geltend gemacht hat), Geschäftsgeheimnisse (aus dem DAI-Handbuch) unredlich erlangt oder unredlich weiter verwendet hätten und sie im letzteren Sinne schmarotzend weiter nutzten. Vielmehr lässt sich der Sachverhalt gut auch so beschreiben, dass die Franchisenehmer lediglich von den während der Dauer der Zugehörigkeit zur Klägerin erworbenen Kenntnissen und Fähigkeiten weiter profitieren. Das ist nicht zu beanstanden. In Ansehung der Fortnutzung der Betriebseinrichtung ist weiter festzuhalten, dass es hier nicht so gelegen hat, dass die *fresh!*-Angehörigen die Konzept und Gestalt der Klägerin aus dem Stand schlichtweg abgekupfert haben – dieses bloße buchstäbliche *Nachmachen* ist unter den Aspekten der Vergleichbarkeit der Produkte, der Ähnlichkeit technischer Lösungen und der Einsparung von Entwicklungskosten mit der Folge der Beeinträchtigung der Umsätze des eigentlichen Schöpfers der Kern des Verbots wegen der unbenannten „einfachen“ Behinderung. Vorliegend ist es vielmehr so gewesen, dass die Franchisenehmer gehalten waren, ihre jeweilige Betriebsausstattung nach den Vorgaben der Klägerin (bzw. genauer ihres Development Agent) *Subway*-like einzurichten; das betrifft nicht zuletzt das hier in Rede stehenden konzeptionelle Element der Produktionsstraße. Hinzu kommt, dass sie diese Ausstattung vollständig selbst haben bezahlen müssen. Unter solchen Umständen erscheint es vorderhand als mindestens nachvollziehbar, dass die Franchisenehmer auch nach ihrem Ausscheiden bei *Subway* daran interessiert sind, die Ausstattung nach Möglichkeit so wie sie steht und liegt weiter zu nutzen; das gilt auch unabhängig von der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob den *fresh!*-Mitgliedern die Mittel zur Verfügung standen oder stehen, derer es für die von der Klägerin geforderte Umgestaltung bedarf, oder ob das nicht der Fall ist. Die bloße *Fortnutzung* einer *bestehenden* Ausstattung kann dann nicht schlichtweg als ein bloßes „Abkupfern“ erscheinen, eine Beurteilung, an der sich auch durch den Umstand nichts ändert, dass eine Mehrzahl von ehemaligen Franchisenehmern gleichzeitig und organisiert so verfährt. Soweit die Klägerin schließlich befürchtet, dass sich *fresh!* an die von *Subway* etwa zukünftig vorgenommenen Änderungen der äußeren Gestaltung oder des Konzeptes anhängen werde, so sind Anhaltspunkte dafür nicht ersichtlich. Außerdem stünden der Klägerin in einem solchen Fall auch Abwehrinstrumente zur Verfügung;

dann nämlich könnte das Nachmachen bzw. Abkupfern ihrer spezifischen Leistung unter Einsparung eigener Entwicklungskosten kaum noch zweifelhaft sein.

Schließlich erscheint auch unter Heranziehung der Interessen der Abnehmer und der Allgemeinheit eine Untersagung im erstrebten Umfang nicht geboten. Von einem durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher wird man ohne weiteres die Erkenntnis erwarten können, dass ein Sandwich-Restaurant („Subs Wraps Salate“) mit Produktionsstraße am Standort eines ehemaligen *Subway*-Restaurants nicht notwendig ein *Subway*-Restaurant ist. Gleichermaßen wird ein solcher Verbraucher, zumal wenn er auf ein Restaurant mit anderer Marke und anderer äußerer Gestaltung (beides hier, da nicht Inhalt des Unterlassungsbegehrens, vorausgesetzt) trifft, bezüglich der Waren nicht den Standard von *Subway*, sondern eine davon verschiedene Qualität erwarten. Er wird entsprechend auch seine Erfahrungen mit dem als abweichend erkennbaren Produkt machen und den Unterschied zu bewerten wissen so wie etwa auch ein Burger-Kunde zwischen den Waren bei *McDonalds*, *Burger King* und anderen Hamburger-Restaurants wird differenzieren können. Die im Termin geäußerte Annahme der Klägerin, dass ein Kunde zwar wisse, wo er sei (nicht bei *Subway*), sich aber so fühle, und dass dies im Ergebnis wirtschaftlich zu Lasten der Klägerin gehe, vermag der Senat vor dem Hintergrund, dass Marke, äußere Gestaltung und Warenqualität leicht erkennbar differieren, nicht nachzuvollziehen. Ein Durchschnittsverbraucher wird vielmehr erkennen, dass er sich in einem nach Art eines *American Diner* gestalteten Sandwich-Restaurant befindet, und es wird ihn die dort zu erwartende Art des Warenangebots anziehen und nicht die Annahme, es sei im Ergebnis „alles wie bei *Subway*“. Erst recht erscheint nach Ablauf von immerhin gut zwei Jahren seit einer genügenden Distanzierung von der äußeren Gestalt eines *Subway*-Restaurants eine spürbare Nachwirkung der „Ex-*Subway*-Eigenschaft“ des Restaurants als fernliegend. Dass – dies die weiteren Elemente, die das begehrte Verbot tragen sollen - es sich bei dem *fresh!*-Restaurant des Beklagten um das Restaurant einer Kette handelt, die von ehemaligen *Subway*-Franchisenehmern zum Betrieb von Ex-*Subway*-Restaurants an denselben Orten gegründet worden ist und dass dieser Gründung ein vertragswidriges Verhalten vorausgegangen ist, wird allenfalls ein verschwindend geringer Teil der Kundschaft erkennen können, weil das ortsübergreifende Kenntnisse und spezielles Insiderwissen voraussetzt. Aus Verbrauchersicht verbleibt nicht mehr, als dass man beim Besuch eines *fresh!*-Restaurants an *Subway* denken mag. Das ist aber auch nichts anderes, als wenn man beim Besuch von *McDonald's* auf den Gedanken kommt, dass man lieber zu Burger King gegangen wäre oder einen *Big Kahuna*-Burger gegessen hätte. Darin spiegelt sich nicht mehr als das Wissen, dass es im gleichen Marktsegment verschiedene

Angebote gibt, und das ist wettbewerbsrechtlich nicht bedenklich, weil eben die Geschäftsidee als solche – sei es ein Hamburger- oder ein Sandwich-Restaurant – nicht schutzfähig ist.

In der Summe stellt sich hiernach *fresh!* in den von der Klägerin inkriminierten Entstehungsmomenten weniger als eine bloß schmarotzende Imitation dar, sondern als eine organisierte Konkurrenz ehemaliger Systemangehöriger, die ihre redlich erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten in den von ihnen jeweils selbst gepachteten Räumlichkeiten mit den von ihnen selbst angeschafften Betriebsmitteln nunmehr im selben Marktsegment auf eigene Rechnung nutzt. Im Kern geht es damit um ein Konkurrenzproblem, dessen sich die Klägerin nicht mit lauterkeitsrechtlichen Mitteln erwehren kann, sondern das sie - auch und gerade im Hinblick auf die mindestens fragwürdigen Loslösungspraktiken der ehemaligen Franchisenehmer – auf der Grundlage des Vertrags und seiner schadens- und wettbewerbsrechtlichen Klauseln angehen muss.

3.

Dass die Klägerin über den bereits pauschalierten Betrag hinaus Schadensersatz wegen der anfänglichen Markenverletzung nicht verlangen kann (vgl. U 17), nimmt ihre Berufung hin.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung des Verursacherprinzips; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 708, 711 ZPO. Für die Zulassung der Revision sieht der Senat keinen Anlass, § 543 Abs. 2 ZPO.