
Datum: 15.03.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 145/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:0315.5U145.99.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 25 O 456/97

Tenor:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 28.11.2001 - 5 U 145/99 - wird aufrechterhalten, soweit der Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin 98.870,38 € (= 193.373,62 DM) nebst 7 % Zinsen aus 28.059,41 € seit dem 23.10.1998 und aus 70.810,97 € seit dem 23.08.2001 zu zahlen. Im übrigen werden das vorbezeichnete Versäumnisurteil unter teilweiser Zurückweisung der Berufung aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Kosten des ersten Rechtszugs tragen die Klägerin zu $\frac{1}{4}$ und der Beklagte zu $\frac{3}{4}$.

Die Kosten beider Berufungsrechtszüge einschließlich des Revisionsverfahrens tragen die Klägerin zu $\frac{1}{7}$ und der Beklagte zu $\frac{6}{7}$ mit Ausnahme der durch die Säumnis des Beklagten im Termin vom 28. November 2001 entstandenen Kosten, die dem Beklagten allein zur Last fallen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten bleibt vorbehalten, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistungen in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Beiden Parteien wird gestattet, eine Sicherheitsleistung durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer bundesdeutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin unterhielt mit dem Beklagten als seinerzeitigem Betreiber der Gaststätte "H G" in M mehrere Verträge, unter anderen einen Darlehens-, Kauf- und Bierlieferungsvertrag bezeichneten Vertrag vom 06.12.1989. Nach diesem Vertrag verpflichtete sich der Beklagte, für die Dauer von 10 Jahren, also bis zum 28.02.2000, diverse Biersorten ausschließlich bei der Klägerin oder einer ihrer Vertriebsstellen zu beziehen und in der Gaststätte auszuschenken mit einer Mindestabnahmepflicht von 4.000 Hektolitern. 1 2

Ab Ende Oktober 1997 wurde das in der Gaststätte H G ausgeschenkte Bier nicht mehr von der Klägerin, sondern von der E-Brauerei bezogen. 3

Die Klägerin hat den Beklagten zunächst auf Unterlassung anderweitigen Bierbezugs bis Ende der vertraglichen Laufzeit sowie auf Schadensersatz wegen entgangenem Gewinn für die Zeit vom 1. November 1997 bis 31. Mai 1998 in Höhe von 54.979,44 DM in Anspruch genommen. Hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens hatte die Klägerin zunächst ein Urteil im einstweiligen Verfügungsverfahren erwirkt, wonach dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsgeld untersagt worden war, nicht von der Klägerin bezogenes Bier zum Ausschank zu bringen. Den diesbezüglichen Vollstreckungsantrag der Klägerin hat das Landgericht nach Vernehmung von Zeugen zurückgewiesen, weil nicht feststehe, dass der Beklagte überhaupt noch Betreiber der Gaststätte sei, vielmehr spreche das Ergebnis der Beweisaufnahme dafür, dass Betreiber nur die Herren Q und N seien. Die gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde der Klägerin hatte der erkennende Senat unter dem 28.09.1998 (5 W 54/98) zurückgewiesen. 4

Im vorliegenden Verfahren hat nach Klageabweisung durch das Landgericht die Klägerin in der Berufungsinstanz ihren Unterlassungsanspruch wegen Zeitablaufs für erledigt erklärt, dem sich der Beklagte angeschlossen hat, und nur noch Schadensersatz begehrt. Der erkennende Senat hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Auf deren Revision hin hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 25.04.2001 das Urteil des Senats vom 12.04.2000 aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, die unter den Parteien geschlossenen Verträge seien unter allen denkbaren rechtlichen Erwägungen rechtswirksam, sodass der Beklagte wegen vertragswidrigen Verhaltens Schadensersatz wegen Gewinnentgangs zu leisten habe, welchen der Senat zu ermitteln haben werde. 5

Die Klägerin macht nunmehr entgangenen Gewinn für die Zeit vom 1.11.97 bis 28.2.00 geltend. Sie trägt vor, dass sie das von ihr an Verbraucher und Weiterverkäufer (Gastwirte) vertriebene Bier von der zum Konzernverbund gehörenden H Produktions KG erwerbe, welche wiederum Bier von der C-Brauerei beziehe, die das Bier nach den Vorgaben der Produktions KG herstelle. Während des in Rede stehenden Zeitraums habe sie, Klägerin, für das Bier 77.- DM /hl bezahlen müssen. Der Beklagte sei vertraglich verpflichtet gewesen, bis 6

März 99 je Hektoliter Fassbier 313.- DM und danach 338.- DM zu bezahlen. Bei einer durchschnittlichen Absatzmenge von 33,22 hl/Monat ergebe sich bis März 99 ein Gewinnausfallschaden von 133.278,64 DM (33,22 hl x (313.- - 77.-) x 17 Monate) und bis 28.2.00 von 95.374,62 DM (33,22 hl x (338.- - 77.-) x 11 Monate). Aufwendungen habe sie infolge der Nichtabnahme nicht erspart.

Wegen und in Höhe dieser Beträge nebst Zinsen ist der im Senatstermin vom 21.11.01 nicht vertreten gewesene Beklagte durch Versäumnisurteil vom 28.11.2001 zur Zahlung an die Klägerin verurteilt worden. 7

Mit seinem gegen dieses Versäumnisurteil form- und fristgerecht eingelegten Einspruch begehrt der Beklagte Aufhebung des Versäumnisurteils und Klageabweisung. 8

Er vertritt die Ansicht, über den im ersten Berufungsrechtszug übereinstimmend für erledigt erklärten Teil des Streitgegenstandes habe der Bundesgerichtshof nicht entschieden, sodass die diesbezügliche Kostenentscheidung des Berufungssenats nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens gewesen und damit rechtskräftig sei. 9

Im übrigen sei die Schadensberechnung der Klägerin unrealistisch. Der Abgabepreis je Hektoliter Bier stehe in keiner sachlich nachvollziehbaren Relation zum Einkaufspreis der Klägerin; die große Differenz könne nur mit konzerninternen Verrechnungsmodalitäten erklärt werden, die aber nicht Grundlage einer Schadensberechnung sein könnten. 10

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 25.01.2002 die Klage in Höhe von 31.575,60 DM nebst Zinsen zurückgenommen. Sie mindert den nach ihrer Behauptung entgangenen Gewinn um 35.- DM pro Hektoliter, weil dem Beklagten vereinbarungsgemäß eine Rückvergütung je abgenommenen Hektoliter von 20.- DM zu gewähren gewesen wäre und sie infolge Nichtabnahme 15.- DM /hl Logistikkosten erspart habe. 11

Der Beklagte beantragt nunmehr, 12

das Versäumnisurteil vom 28.11.2001 aufzuheben und die Klage auf Kosten der Klägerin abzuweisen, 13

ihm zu gestatten, eine Sicherheit auch durch Bürgschaft einer deutschen Großbank, Genossenschaftsbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen. 14

Die Klägerin beantragt, 15

das Versäumnisurteil des Senats vom 28.11.2001 aufrecht zu erhalten, soweit die Klage nicht durch Schriftsatz vom 25.01.2002 zurück genommen worden ist. 16

Sie tritt dem Vorbringen des Beklagten in allen Punkten zur Schadensberechnung entgegen und vertritt die Ansicht, nach Maßgabe des Urteils des Bundesgerichtshofes habe der Senat auch neu über die Kosten des übereinstimmend für erledigt erklärten Teils zu befinden, wobei diese dem Beklagten aufzuerlegen seien, weil das Unterlassungsbegehren ursprünglich auch begründet gewesen sei. Tatsächlich habe - jedenfalls auch - der Beklagte die Gaststätte nach Wechsel zur E-Brauerei weiter betrieben. 17

Wegen aller Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die in dieser Sache ergangenen Urteile und Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen. 18

19

Der Senat hat gemäß Beschluss vom 06.05.2002 ein Sachverständigengutachten des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters Dipl.-Kaufmann C eingeholt. Auf dessen Gutachten vom 29.11.2002, das Ergänzungsgutachten vom 15.09.2003 sowie das Protokoll der mündlichen Anhörung des Sachverständigen vom 26.01.2004 wird Bezug genommen, ferner auf das Protokoll der Vernehmung des Zeugin K - Syndikus-Anwalt der H Brauerei - vom gleichen Tage.

Entscheidungsgründe:

20

Der zulässige Einspruch hat nur im geringen Umfang Erfolg. Die Berufung ist im wesentlichen gerechtfertigt. Der Klägerin steht für die Zeit vom 1.11.97 bis 28.2.00 gegen den Beklagten ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 98.870,38 € zu. 21

1. Der zwischen den Parteien unter dem 6.12.89 geschlossene Bierlieferungsvertrag ist wirksam zustande gekommen und nicht durch Gestaltungserklärung der Parteien vorzeitig beendet worden. Das steht nach dem Revisionsurteil vom 25.4.01 fest. Die Bierbezugsverpflichtung dauerte somit bis zum 28.2.00 fort. Wegen Nichterfüllung dieser Verpflichtung ist der Beklagte der Klägerin zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. 22
2. Demgegenüber wendet der Beklagte ohne Erfolg ein, der Klägerin sei kein Schaden entstanden, weil sie in Wahrheit an der Vertragserfüllung ab Oktober 97 kein Interesse gehabt habe. Diese nicht unter Beweis gestellte Behauptung steht in eklatantem Gegensatz zu dem Prozessverhalten der Klägerin, die den Beklagten sofort auf Vertragserfüllung in Anspruch genommen hat, nachdem jener die Bierabnahme verweigert hatte. Sein Beweisantritt bezieht sich denn auch (nur) auf die Behauptung, dass die Klägerin erklärt habe, sie habe kein Interesse gehabt, einen Dritten in das laufende Bierlieferungsverhältnis einzubinden oder einen Anschlussvertrag unter Einschluss des neuen Eigentümers des Pachtobjekts zu schließen. Das ist aber unerheblich, denn weder auf das eine noch das andere hatte der Beklagte einen Anspruch. 23
3. Die Schadensermittlung vollzieht sich im Streitfall nach §§ 249, 252 BGB. Der Beklagte hat das volle Erfüllungsinteresse zu ersetzen, d. h. er hat die Klägerin so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn er ordnungsgemäß erfüllt hätte. Daraus folgt bereits, dass sich seine Verpflichtung nicht etwa darauf beschränkt, der Klägerin einen von ihr im abgelaufenen Zeitraum bei unterstellter Bierabnahme voraussichtlich erzielten Reingewinn zu bezahlen in der Weise, dass ein tatsächlich durch Bierverkauf angefallener Gewinn zugrunde gelegt wird. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Klägerin in dem fraglichen Zeitraum durch den Verkauf von Bier einen Gewinn erzielt hat. Maßgebend ist vielmehr, was der Klägerin infolge des unterbliebenen Leistungsaustauschs tatsächlich entgangen ist. 24
4. Im Streitfall hätte die Klägerin den Abnahmepreis abzüglich vereinbarter Rückvergütungen und etwaiger Rabatte vereinnahmen können. Dieser belief sich laut Liste bis März 99 auf 293,- DM (313,- DM – 20,- DM Rückvergütung), danach auf 318,- DM (338,- DM – 20,- DM). Die Klägerin hat die Preislisten vorgelegt, die vom Sachverständigen überprüft worden sind. Eine Unrichtigkeit (Fälschung oder ähnliches) ist nicht ersichtlich, wird auch nicht behauptet. Sonstige Preisnachlässe sind nach dem Bierlieferungsvertrag nicht vorgesehen gewesen. Soweit der Beklagte behauptet, die Klägerin sei je nach Abnehmer von ihren Preislisten abgewichen, ist dies unerheblich. Maßgebend ist, welchen Preis der Beklagte zu zahlen gehabt hätte, denn er schuldet den Ersatz des sein 25

Vertragsverhältnis betreffenden Interesses.

5. Dieser Anspruch ist freilich um die Aufwendungen zu mindern, die die Klägerin infolge der 26 Nichtabnahme erspart hat, denn sie kann nicht besser stehen, als sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte. Insoweit sind allerdings nur die variablen, d. h. die auftragsbezogenen Kosten abzuziehen, nicht etwa ein abstrakter Aufwand, der kalkulatorisch in den Produktpreis einfließt. Solche ersparten Aufwendungen sind im Streitfall zunächst die so genannten Logistikkosten, nämlich die Kosten der Belieferung. Diese betrugen nach dem von der Klägerin vorgelegten Vertrag 15,- DM / hl. Der Senat hat keinen Anlass anzunehmen, dass der Aufwand "künstlich" zu niedrig angesetzt sein könnte, gar um vertragsuntreue Gastwirte zu schädigen. Der Zeuge K hat bekundet, bei der von der Klägerin mit der Belieferung beauftragten Logistik GmbH handle es sich zwar um ein zum Konzernverbund gehörendes Unternehmen, das aber auch für Dritte tätig sei. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieses Unternehmen bewusst unwirtschaftlich geführt werden sollte.
6. Ferner ist der Kaufpreis abzuziehen, den die Klägerin für den Erwerb des zu liefernden Bieres aufzuwenden gehabt hätte. Diesen hat der Sachverständige für die Zeit bis Dezember 99 mit nicht mehr als 77,- DM / hl und ab Januar 00 mit 118,- DM / hl ermittelt. Dieser Preis ergibt sich aus den von der Klägerin vorgelegten Verträgen und Lieferscheinen, deren Richtigkeit der Zeuge K bestätigt hat, so dass der Senat keinen Zweifel hat, dass er auch tatsächlich so berechnet worden ist.

Soweit der Beklagte behauptet, dieser Preis stelle nicht den wahren Aufwand dar, den die 27 Klägerin für das zu beschaffende Bier zu bezahlen habe, der wesentlich höher sei, denn es sei zu vermuten, dass es sich hierbei lediglich um eine Konzernverrechnungsabrede handle, vermag dem der Senat mangels konkreter Anhaltspunkte nicht zu folgen, so dass dem auch nicht weiter nachzugehen ist. Zwar ist richtig, dass der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten die Brauereiabgabepreise mit 170,- DM / hl bzw. 180,- DM / hl angegeben hat; er hat aber im Rahmen der mündlichen Anhörung klargestellt, dass es sich dabei um "normale" Abgabepreise handle. Anderes könne gelten, wenn eine Aufspaltung in ein Produktionsunternehmen einerseits und ein Vertriebsunternehmen andererseits vorliege. Es mag also durchaus sein, dass die um sämtliche für Vertrieb / Vermarktung / Lagerung usw. bereinigten Aufwendungen "reinen" Herstellungskosten derart niedrig sind, wie von der Klägerin anhand der Verträge belegt. Auch der Sachverständige hat eingeräumt, dass Unterschiede von bis zu 100 % möglich sind. Im Streitfall ist vor allem zu beachten, dass die Produktions KG das Bier in dem streitigen Zeitraum von einem Dritten hat herstellen lassen und zu einem noch niedrigeren Preis bezogen hat, wie der Zeuge K glaubhaft bekundet hat, so dass sie ihrerseits das Bier im Konzernverbund zu einem günstigen Preis weitergeben konnte. Dieser Vorteil muss der Klägerin schadensrechtlich erhalten bleiben.

Weitere konkret ersparte Kosten hat der Sachverständige verneint. Das ist angesichts des 28 dem Beklagten getätigten, verhältnismäßig geringen Geschäftsvolumen gut nachvollziehbar.

Da die nichtabgenommene Menge Bier unstreitig mit 33,22 hl / Monat anzusetzen ist, 29 errechnet sich der Nichterfüllungsschaden nach allem wie folgt:

17 Monate x (313,- - 35,- - 77,-) x 33,22 hl = 113.512,74 DM 30

9 Monate x (338,- - 35,- - 77,-) x 33,22 hl = 67.569,48 DM 31

2 Monate x (338,- - 35,- - 118,-) x 33,22 hl = 12.291,38 DM 32

s.S. 193.373,62 DM = 98.870,38 € . 33

Der Zinsanspruch beruht auf dem Gesichtspunkt des Verzugs.	34
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 296, 91 a ZPO.	35
Soweit die Parteien die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, sind die Kosten gegeneinander aufzuheben, weil ungeklärt geblieben ist, ob der Beklagte tatsächlich und rechtlich in der Lage war zu bestimmen, welches Bier im " H G " in den Ausschank und den sonstigen Verkauf gelangte. Der Senat hat hierüber (erneut) zu entscheiden, weil der BGH das Ersturteil vollständig aufgehoben hat, also auch die zwangsläufig unrichtige Kostenentscheidung.	36
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	37
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 II ZPO) liegen nicht vor.	38
Der Streitwert des ersten Rechtszugs wird wie folgt festgesetzt: Antrag zu 1: 22.250.- €. Der Wert ist nach einem Bruchteil des Interesses der Klägerin zu bemessen, das sie an dem Unterlassungsanspruch hat (hier $\frac{1}{4}$). Ausgangspunkt für das Interesse ist der ihr durch die Nichtabnahme drohende Schaden, abzüglich des eingeklagten Betrags (54.979,44 DM). Antrag zu 2: 54.979,44 DM (= rd. 28.060,- €).	39
Streitwert des ersten Berufungsverfahrens: bis 61.000.- DM (Zahlungsantrag zuzüglich der auf die Teilerledigung entfallenden Kosten)	40
Wert des zweiten Berufungsverfahrens: bis 28.1.02: 100.764,20 €, danach 116.908,55 €.	41