
Datum: 02.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 76/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1202.19U76.16.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 82 O 59/15

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 20.05.2016 – 82 O 59/15 – unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 178.500,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.07.2015 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten Ansprüche wegen Nichterteilung eines Auftrages geltend.	3
Die U Verbrauchermarkt GmbH (im Folgenden: U GmbH), deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte ist, strebte im Jahr 2011 an, die eigene Unternehmensgruppe durch Restrukturierungsmaßnahmen zu sanieren, wobei auch mehrere U-Filialen geschlossen werden sollten. Die U GmbH schloss mit der Klägerin die als Rahmenvertrag bezeichnete Vereinbarung gemäß Anl. K1 (Bl. 1 ff. Anlageheft) vom 04./18.11.2011. Auf den näheren Inhalt der Vereinbarung wird Bezug genommen.	4
In ihrer Präambel heißt es:	5
„Im Rahmen der Restrukturierung der Unternehmensgruppe U sollen bis Ende des Jahres 2012 einige Filialen geschlossen werden. Die Räumungen und eventuelle Rückbaumaßnahmen der einzelnen Lokalitäten inkl. des beweglichen Anlagevermögens werden ausschließlich durch die Fa. T durchgeführt.	6
Vergütung	7
Die Preise gelten pro m ² -Verkaufsfläche und sind wie folgt gestaffelt:	8
Standorte bis 4000 m ² - 55,00 € pro m ²	9
4001 m ² bis 5000 m ² - 47,50 € pro m ²	10
ab 5001 m ² - 43,00 € pro m ²	11
Vor diesem Hintergrund vereinbarten die Parteien wie folgt ...(...)	12
Unter Ziffer 5 heißt es:	13
„Wird der Vertrag von einer der Vertragsparteien nicht mindestens 3 Monate vor Ablauf eines Kalenderjahres gekündigt, verlängert er sich stillschweigend um ein weiteres Kalenderjahr.“	14
Bereits in den Vorjahren hatte die Klägerin für die U GmbH Märkte geschlossen.	15
Im Jahr 2012 nahm die Klägerin die Räumung mehrerer Märkte für die U GmbH vor, u.a. eines Markts in D/B Straße.	16
Im Jahr 2013 wurden keine Märkte geschlossen; dementsprechend war die Klägerin auch nicht für die Beklagte tätig. Zwar wurde per E-Mail vom 02.01.2013 (Anlage K 10/Bl. 108 GA) die Klägerin seitens der Beklagten gebeten, die Schließungskosten für Märkte in M, M und A zu benennen. Die Klägerin unterbreitete daraufhin die Angebote jeweils am 03.01.2013 (Anlage K 11/ Bl. 109 GA). Ein Schließungszeitpunkt wurde der Klägerin indes nicht mitgeteilt; eine Beauftragung erfolgte nicht.	17
Mit Wirkung zum 30.04.2013 verschmolz die U GmbH auf die Beklagte; von der Restrukturierung in Form der Schließung von Märkten wurde Abstand genommen.	18
Im Herbst 2014 erhielt die Klägerin Kenntnis davon, dass der U-Verbrauchermarkt in D/O zum Jahresende 2014 geschlossen werden sollte. Mit E-Mail vom 07.10.2014 fragte sie bei der Beklagten mit Hinweis auf den Rahmenvertrag hinsichtlich der Schließung dieses Marktes nach. Die Beklagte ließ durch E-Mail vom 09.10.2014 (Anlage K 2 Anlagenheft Bl. 7) erklären, ein Vertrag, der verbindlich die Ausräumarbeiten in den U-Häusern regelt, sei nicht	19

bekannt. Der Auftrag für die Schließung in D/O sei bereits anderweitig vergeben worden. Die Schließung des Markts erfolgte schließlich am 20.12.2014. Für die Räumung der Marktes, zu dem auch eine Tankstelle gehörte, wandte die Beklagte 89.636,75 € netto auf (Anlage B 3/Bl. 92 d.A.).	
Mit Schreiben vom 14.10.2014 erklärte die Beklagte, die Vereinbarung vom 04./18.11.2014 zum 31.12.2015 zu kündigen.	20
Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie habe einen Anspruch darauf gehabt, von der Beklagten mit der Räumung der Filiale in D/O entsprechend der Vereinbarung vom 04./18.11.2011 beauftragt zu werden.	21
Sie hat behauptet, dass die Vereinbarung nicht auf die Restrukturierungsmaßnahme im Jahr 2012 begrenzt gewesen sei, sondern bis auf weiteres für alle Schließungen habe gelten sollen. Die U GmbH habe ein sogenanntes Rundum-Sorglos-Paket für zukünftige Räumungen gewünscht.	22
Sie hat ersparte Aufwendungen von insgesamt 48.668,99 € netto/57.916,10 € brutto wie folgt behauptet:	23
- Personalkosten: 22.050,00 € netto/26.239,50 € brutto,	24
- Anmietungsfahrzeuge: 4.851,37 € netto/5.773,13 € brutto,	25
- Anmietung Arbeitsgeräte: 4.838,29 € netto/5.757,57 € brutto,	26
- Absaugen Kältemittel: 2.093,04 € netto/2.490,72 € brutto,	27
- Transportkosten Umlagerung Ladeninventar: 3.060,00 € netto/3.641,40 € brutto,	28
- Transportkosten Fremdunternehmen: 1.678,92 € netto/1.997,91 € brutto,	29
- Entsorgungscontainer: 3.467,66 € netto/4.126,52 € brutto,	30
- Unterkunft Mitarbeiter: 1.949,71 € netto/2.320,15 € brutto,	31
- Kosten für Abnahme, Dokumentationserstellung, Aufsichtspersonal und Reisekosten: 4.680,00 € netto/5.569,20 € brutto sowie	32
- weitere 2 % des Auftragswertes für Risiko/Wagnis: 5.255,60 € netto/6.254,16 € brutto.	33
Sie habe daher einen Anspruch in Höhe von brutto 254.161,61 € brutto (Marktfäche 6.111 m ² x 43,00 €/m ² netto, abzüglich ersparter Aufwendungen i.H.v. 48.668,99 € netto, abzüglich 2 % Wagnis 5.255,60 € netto, mithin gesamt 213.581,41 € netto, zzgl. Mehrwertsteuer 19 % [40.550,46 €]).	34
Die Klägerin hat beantragt,	35
die Beklagte zu verurteilen, an sie 178.500,00 € nebst 9 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	36
Die Beklagte hat beantragt,	37
die Klage abzuweisen.	38

Sie hat die Auffassung vertreten, dass die Klägerin keinen Anspruch darauf gehabt habe, von ihr mit Leistungen anlässlich der Schließung der Filiale in D/O beauftragt zu werden. Die Vereinbarung im Rahmenvertrag habe sich nur auf Schließungen von Filialen im Rahmen der Restrukturierung im Jahr 2012 bezogen. Aus dem Rahmenvertrag folge kein Exklusivrecht der Klägerin. Zudem habe die Klägerin einen Schaden in Form von entgangenem Gewinn nicht hinreichend substantiiert dargelegt, insbesondere die Darlegung der ersparten Aufwendungen sei lückenhaft und mangels Darlegung der zugrunde liegenden Berechnungsgrundlage auch nicht nachvollziehbar. Die Klägerin erläutere bei keinem der Posten, von welchen Einheiten und Einzelkosten sie ausgehe. Beispielsweise werde weder angegeben, wie viele Arbeitsstunden zu welchem Stundenlohn sie angesetzt habe, noch wie viele Fahrzeuge oder welche Arbeitsgeräte zu welchem Mietzins angemietet werden sollten. Es sei insgesamt unwahrscheinlich, dass bei einem derartigen Auftragsvolumen lediglich Kosten i.H.v. 48.668,00 € netto entstanden wären; die Gewinnspanne sei nicht marktüblich. Es sei auch unglaublich, dass die Klägerin wesentliche Ressourcen für die Räumung der streitgegenständlichen Filiale vorgehalten habe und daher keine anderweitigen Aufträge annehmen können, da die letzte durch die Klägerin durchgeführte Räumung bereits fast zwei Jahre zurück gelegen habe. Falls die Klägerin tatsächlich keine anderen Aufträge angenommen habe, obwohl ihr dies möglich gewesen sei, müsse sie sich gemäß § 254 Abs. 2 BGB das anrechnen lassen, was sie in der Zeit des hypothetischen Auftrags hätte verdienen können.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 150.000,00 € stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin könne von der Beklagten gemäß den §§ 280, 283, 249, 252 BGB Schadensersatz in Höhe von mindestens EUR 150.000,00 verlangen. Die Beklagte sei als Rechtsnachfolgerin der U GmbH auf der Grundlage des Rahmenvertrages vom 04./18.11.2011 verpflichtet gewesen, die Klägerin mit der Schließung des U-Verbrauchermarktes in D/O zu beauftragen. Der Rahmenvertrag sei zeitlich unbefristet, gewähre der Klägerin ein Exklusivrecht und erfasse sachlich sämtliche Schließungen von U-Verbrauchermarkten. Eine konkludente Kündigung könne nicht in der Beauftragung Dritter gesehen werden. Auch habe sich der U-Restrukturierungsplan durch die Verschmelzung und Rechtsnachfolge der Beklagten nicht stillschweigend erledigt. Gegen die sich aus dem Rahmenvertrag ergebende Pflicht habe die Beklagte verstoßen, indem sie ein anderes Unternehmen mit der Räumung beauftragt habe. Die Klägerin habe Anspruch auf Schadensersatz in Höhe ihres positiven Interesses. Der Klägerin sei durch die Vertragsverletzung nachweislich ein Gewinn in Höhe von mindestens EUR 150.000,00 netto entgangen. Die Klägerin könne grundsätzlich den Vertragspreis (6.111 qm x 43,- € = 262.733,00 netto) verlangen. Soweit sie ersparte Aufwendungen in Höhe von (nur) 48.668 € zzgl. 2 % der Auftragssumme für unvorhergesehenen Mehrkosten ansetze, sei dies plausibel. Der Kostenrahmen werde durch eine Kostenkalkulation (Anlage K 13), der die Beklagte nur pauschal entgegengetreten sei, und den Umstand, dass die Beklagte selbst für die Schließung des Marktes eine Vergütung von 89.636,75 € gezahlt habe, worin Kosten in Bezug auf eine zum Verbrauchermarkt gehörende Tankstelle von 10.000,-- € und Gewinnmargen der beauftragten Drittunternehmer enthalten seien, nachvollziehbar dargelegt. Selbst wenn man die volle Nettovergütung von 89.636,75 € ansetze, die die Beklagte tatsächlich aufgewandt habe, bleibe es bei einem Mindestschaden von 173.136,25 € und somit bei dem von der Klägerin geltend gemachten Schaden von 150.000,- €. Abzüge wegen eines möglichen anderweitigen Erwerbs seien nicht vorzunehmen. Die Klägerin habe dazu schon nichts vortragen können, weil die Beklagte den Zeitraum der Schließung des Marktes nicht dargelegt habe. Zudem habe die Klägerin unwidersprochen vorgetragen, dass ihr die Ausführung der Beräumung des Marktes in D O zeitgleich mit anderen Aufträgen möglich gewesen wäre, da sie dazu ohnehin Fremdkräfte vor Ort einsetze. Nicht berechtigt sei die

Mehrwertsteuer auf den Betrag von 150.000,- €, da diese auf einen Schadensersatzanspruch nicht anfallt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien sowie der tatsächlichen Feststellungen und der Begründung des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen. 41

Gegen dieses Urteil führt die Beklagte Berufung, mit der sie ihr Ziel der vollständigen Klageabweisung weiterverfolgt. Sie hält die Auslegung der Präambel des Rahmenvertrages durch das Landgericht für falsch. Vielmehr sei diese nach richtigem Verständnis dahin auszulegen, dass die Klägerin lediglich in Bezug auf das Projekt Re-strukturierung der Unternehmensgruppe U zeitlich begrenzt bis Ende des Jahres 2012 habe tätig werden sollen. Ein Exklusivrecht könne nicht aus der Präambel abgeleitet werden, da diese nur dazu diene, Motive und Hintergründe des Vertragsschlusses zu schildern und unverbindliche Absichtserklärungen festzuhalten. Soweit die Klägerin die Vereinbarung eines Exklusivrechts behaupte, müsse sie dies beweisen. Das vorgelegte Angebot vom 01.08.2012 (Anl. K 7), in dem die Klägerin betone, sie hoffe, ein attraktives Angebot unterbreitet zu haben, und sich über eine Auftragserteilung freue, spreche dafür, dass sie selbst nicht von einem Exklusivrecht ausgehe. Auch die Hintergründe des Rahmenvertrags (Planungssicherheit) sprächen entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht für ein Exklusivrecht. Eines Exklusivrechts habe es dazu nicht bedurft. Das Landgericht urteile auch widersprüchlich, wenn es Teile der Präambel als bindend ansehe (Exklusivrecht), andere hingegen (zeitliche Befristung bis Ende 2012) nicht. Die Anfrage der Beklagten aus dem Januar 2013 bezüglich der Schließungskosten für drei Märkte sei kein Indiz, dass sie davon ausgegangen sei, der Rahmenvertrag sei noch in Kraft. Die Beklagte habe durch diese Anfrage die Konditionen für künftige Schließungen gerade ermitteln wollen. Die Verlängerungsklausel in Ziff. 5 sei nicht vorrangig, zudem nach §§ 307, 309 Nr. 9 lit c BGB unwirksam, da die Kündigungsfrist über drei Monate hinaus ausgedehnt werde. Die Verlängerungsklausel gelte im Übrigen nicht für die Preise. Es fehle also an einem wesentlichen Bestandteil für den Vertragsschluss. Die streitgegenständliche Marktschließung falle auch nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Rahmenvertrags. Mit der Verschmelzung habe die Unternehmensgruppe U aufgehört zu bestehen. Unternehmerische Entscheidungen der Unternehmensgruppe seien ab diesem Zeitpunkt nicht mehr durchführbar gewesen. Die Beklagte habe die alten Schließungspläne nicht wieder aufgegriffen, sondern im Hinblick auf die U Verbrauchermärkte ein völlig anderes Konzept verfolgt. Die alten Großflächenmärkte von U hätten nicht mehr geschlossen werden sollen, sondern eine umfassende Neuausrichtung unter dem Dach der S Gruppe erfahren und dann als S Center auf dem Markt neu positioniert werden sollen. So sei beispielsweise im November 2013 ein ehemaliger U-Markt im hessischen F2 zu einem S Center umgestaltet worden. Zu der Schließung der Filiale in D/O hätten betriebswirtschaftliche und strategische Erwägungen der jetzigen Beklagten geführt. Mit einer Restrukturierung habe dies nichts mehr zu tun gehabt. Die möglichen Hintergründe von Filialschließungen seien vielfältig. Schließlich habe die Klägerin einen entgangenen Gewinn nicht substantiiert dargelegt. Schon zur anrechenbaren Verkaufsfläche trage sie widersprüchlich vor. Der streitgegenständliche Markt habe nur eine Verkaufsfläche von 5.599,95 m². Die Selbstkosten für die Schließung des Marktes in D/B Straße könnten mangels Vergleichbarkeit nicht einfach übertragen werden. Die von der Beklagten selbst aufgewandten Räumungskosten machten die Angaben der Klägerin nicht plausibel, sondern zeigten vielmehr, dass auch die Klägerin höhere Kosten gehabt hätte als von ihr angegeben. Zudem sei davon auszugehen, dass die Klägerin durch anderweitigen Erwerb Gewinn erzielt habe, den sie sich anrechnen lassen müsse. Andernfalls hätte sie gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen. Hinsichtlich der zugesprochenen Zinsen rügt sie den Zinsbeginn (sie meint 1 Tag später) und den Zinssatz (5 42

und nicht 9 Prozentpunkte).

Die Beklagte beantragt,	43
das Urteil des Landgerichts Köln vom 20.05.2016 – Az. 82 O 59/15 – abzuändern und die Klage abzuweisen.	44
Die Klägerin beantragt,	45
die Berufung zurückzuweisen.	46
Mit der Anschlussberufung beantragt sie,	47
das am 20.05.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Köln 82 O 59/15 teilweise abzuändern und die Beklage zu verurteilen, an die Klägerin weitere 28.500,00 € nebst 9 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszins seit dem 07.07.2015 zu zahlen.	48
Die Klägerin verteidigt das angegriffene Urteil, soweit es für sie günstig ist. Bezüglich der Anschlussberufung macht sie geltend, das Landgericht habe verkannt, dass sie mit Schriftsatz vom 23.12.2015 die Klage auf einen Mindestschaden von 178.500,00 € netto umgestellt habe. Anders machten die Ausführungen zu den dort genannten Netto-Beträgen keinen Sinn. Die Klägerin habe nach dem Hinweis im Termin vom 11.12.2015 nur noch mit Nettobeträgen kalkuliert.	49
Die Beklagte beantragt,	50
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	51
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 11.11.2016 Bezug genommen.	52
II.	53
Die Berufung der Beklagten hat lediglich insoweit Erfolg, wie sie sich gegen Zinsbeginn und Zinshöhe richtet. Die Anschlussberufung der Klägerin hat größtenteils Erfolg.	54
1. Berufung der Beklagten	55
Das Landgericht hat zu Recht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 249, 252 BGB in Höhe von 150.000,00 € - zum weitergehenden, von der Klägerin im Wege der Anschlussberufung verfolgten Anspruch siehe im Folgenden - wegen Verletzung der sich aus dem Rahmenvertrag ergebenden Pflicht, die Klägerin mit der Räumung des streitgegenständlichen Marktes in D zu beauftragen, bejaht. Zur Begründung wird zunächst auf die zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen, denen sich der Senat anschließt. Das Berufungsvorbringen führt nicht zu einer anderen Beurteilung.	56
Im Einzelnen:	57
a) Bei dem am 04./18.11.2011 geschlossenen Vertrag handelt es sich nach seiner Überschrift, aber auch seinem Regelungsgehalt um einen Rahmenvertrag. Rahmenverträge, die eine auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung eröffnen und dabei bestimmte Einzelheiten künftig abzuschließender Verträge festlegen, sind in Rechtsprechung und	58

Literatur anerkannt. Aus einem Rahmenvertrag kann zwar grundsätzlich mangels Bestimmtheit der Einzelverträge nicht auf Abschluss eines definitiven Vertrages geklagt werden; jedoch kann das Nichtabschließen von Einzelverträgen eine positive Vertragsverletzung der Rahmenvereinbarung sein, die zum Schadensersatz verpflichtet (BGH, Urteil vom 30.04.1992 - VII ZR 159/91 -, Rn. 23, juris).

aa) Durch diesen Rahmenvertrag hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten der Klägerin ein Exklusivrecht eingeräumt.

59

Nach dem zweiten Satz der Präambel waren die Räumungen und eventuelle Rückbaumaßnahmen „ausschließlich durch die Fa. T“ durchzuführen. Bei dieser Formulierung handelt es sich entgegen der Ansicht der Beklagten um eine bindende Vereinbarung und nicht lediglich um eine unverbindliche Absichtserklärung.

60

Einer Verbindlichkeit steht zunächst nicht entgegen, dass sich die fragliche Formulierung lediglich in der Präambel und nicht im nachfolgenden durchnummerierten Vertragstext findet. Jedenfalls bei zivilrechtlichen Verträgen gibt es keinen Grundsatz, dass einer Präambel keine Rechtserheblichkeit zukommt. Es spricht daher nichts dagegen, dass Parteien bereits in der Präambel eines solchen Vertrags verbindliche Zusicherungen abgeben können (BGH, Urteil vom 21.09.2005 - XII ZR 66/03 -, Rn. 23, juris). Demgemäß haben die Parteien unstreitig auch die Vergütung bereits in der Präambel geregelt und damit ersichtlich schon an dieser Stelle für ihre zukünftigen Beziehungen maßgebliche Regelungen getroffen. Von der Möglichkeit, in der Präambel verbindliche Erklärungen abzugeben, geht letztlich auch die Beklagte aus. Denn der ebenfalls in der Präambel enthaltene Formulierung „bis Ende des Jahres 2012“ will sie für die zeitliche Anwendungsdauer des Rahmenvertrags „unmissverständlich begrenzenden Charakter“ einräumen. Es kommt daher nicht darauf an, dass in dem an die Präambel anschließenden Text das Ausschließlichkeitsrecht der Klägerin nicht nochmals aufgegriffen oder sonst thematisiert wird. Eine Einschränkung der Ausschließlichkeit enthält der übrige Vertragstext jedenfalls nicht.

61

Dass der Klägerin ein Exklusivrecht eingeräumt wurde, folgt bereits aus der Verwendung der Worte „ausschließlich durch die Fa. T“. Soll „ausschließlich“ eine Person bestimmte Tätigkeiten – hier Räumungen und eventuelle Rückbaumaßnahmen – vornehmen, kann dies nur so verstanden werden, dass allein diese Person die fraglichen Handlungen auszuführen hat. Ein anderes Verständnis des Begriffs der Ausschließlichkeit kommt jedenfalls im hier gegebenen Zusammenhang nicht in Betracht, insbesondere finden sich im nachfolgenden Vertragstext keine Formulierungen, durch die die exklusive Beauftragung der klagenden Partei in irgendeiner Form wieder eingeschränkt wird. Im Übrigen ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten bei Abschluss des Rahmenvertrags die Vorstellung hatte, einen anderen Anbieter als die Klägerin zukünftig mit Räumungen zu schließender Märkte zu beauftragen. Vielmehr ergibt sich aus der Vorgeschichte des Rahmenvertrags, dass die Klägerin und die beklagtenseitige Rechtsvorgängerin dauerhaft zu den vereinbarten Konditionen zusammenarbeiten wollten. Denn bereits zuvor hatte die Klägerin für die U GmbH Märkte geräumt. Da der Ablauf sich hierbei stets ähnelte, lag es mithin nahe, anstelle dieses sich wiederholenden und zu gleichen Ergebnissen führenden Prozedere einen Rahmenvertrag abzuschließen und die Klägerin als bekannten und offenbar bewährten Anbieter exklusiv mit der Räumung zukünftig zu schließender Märkte zu beauftragen. So wurde für beide Vertragsparteien - aber insbesondere für die Beklagtenseite - Planungssicherheit geschaffen. Denn aufgrund des Rahmenvertrags waren die Konditionen für zukünftige Schließungen, was die Parameter Vergütung, Leistungskatalog sowie Dauer und Vorlaufzeit für die Räumungen anbelangt, bereits im Einzelnen festgelegt, so dass die

62

Beklagte wirtschaftlich verlässlich planen konnte und über einen vertrauten Vertragspartner verfügte. Lediglich die Entscheidung, ob und wann ein Verbrauchermarkt geschlossen wurde, blieb der unternehmerischen Entscheidung der Beklagtenseite vorbehalten.

bb) Der Vertrag war auch auf unbestimmte Zeit geschlossen. Der erste Satz der Präambel, wonach bis Ende 2012 einige Filialen geschlossen werden sollten, bedeutet nicht, dass der Vertrag automatisch Ende 2012 auslief. Denn dann wäre die Regelung der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit mit Verlängerungsklausel in Ziffer 5 des Rahmenvertrags unsinnig und überflüssig. 63

Ziffer 5 des Rahmenvertrages ist zunächst nicht gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Ob es sich bei dieser Ziffer des Rahmenvertrags überhaupt um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, ist zwischen den Parteien streitig. Den Nachweis, dass es sich bei einem Vertragstext um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305 ff. BGB handelt, muss derjenige führen, der sich auf den Schutz dieser Normen beruft (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.02.2001 – 22 U 142/00 –, juris). Aber selbst wenn man zugunsten der Beklagten von einer seitens der Klägerin gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung ausgeht, ist die fragliche Bestimmung wirksam. Zwar kann die Zeit, um die sich der Vertrag verlängert, bei Verstreichenlassen der Kündigungsfrist im ungünstigsten Fall fast 15 Monate betragen, was gegenüber Verbrauchern als bedenklich anzusehen wäre. § 309 Nr. 9 lit. c BGB findet gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB aber keine Anwendung auf Verträge zwischen Unternehmern im Sinne des § 14 BGB, zu denen die Beklagte gehört. § 309 Nr. 9 lit. c BGB enthält auch kein Indiz dafür, dass den dort niedergelegten Klauselverböten widersprechende formularmäßige Vereinbarungen im kaufmännischen Rechtsverkehr unwirksam sind (BGH, Urteil vom 08.12.2011 – VII ZR 111/11 –, juris, Rn. 13; BGH, Urteil vom 17.12.2002 – X ZR 220/01 – zu § 11 Nr. 12 Buchst. a AGBG, juris). Es ist auch keine unangemessene Benachteiligung der Beklagten durch die Verlängerungsklausel im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB zu erkennen, zumal es sich nur um einen Rahmenvertrag handelt und die Entscheidung, wann ein Verbrauchermarkt geschlossen wurde, allein bei der Beklagten lag, sie also den Zeitpunkt des Abrufs der Leistung der Klägerin jederzeit steuern konnte. 64

Entgegen der Ansicht der Beklagten hat die Auslegung zu dem Exklusivrecht der Klägerin und dem zeitlichen Anwendungsbereich des Rahmenvertrags nicht in dem Sinn einheitlich zu erfolgen, dass bei Annahme eines verbindlichen Exklusivrechts auch der zeitlichen Komponente in der Präambel Verbindlichkeit zukommen muss. Vielmehr sind die einzelnen Komponenten der Präambel (Ausschließlichkeit – zeitlicher Anwendungsbereich – sachlicher Anwendungsbereich) zunächst einzeln zu würdigen und sodann untereinander und mit dem restlichen Vertragstext in Beziehung zu setzen und - sofern möglich - zu einem schlüssigen Einklang zu bringen. Hinsichtlich der zeitlichen Komponente enthält Ziffer 5 des Rahmenvertrags aber eine Regelung, die bei einer zeitlichen Begrenzung des Vertrags bis zum Ende des Jahres 2012 durch die Präambel offenkundig keinen Sinn macht und schlicht überflüssig wäre. 65

cc) Durch die Formulierung „Im Rahmen der Restrukturierung der Unternehmensgruppe U“ wurde der sachliche Anwendungsbereich nicht auf bestimmte Schließungen von Verbrauchermärkten begrenzt. Der Begriff „Restrukturierung der Unternehmensgruppe“ ist bereits so allgemein gehalten, dass davon sämtliche Entscheidungen der Geschäftsführung der Unternehmensgruppe U/S zur Schließung von Standorten aus betriebswirtschaftlichen Gründen umfasst sind. Soweit im weiteren Satzverlauf von „einigen Filialen“ die Rede ist, die bis Ende 2012 geschlossen werden sollen, ist darin auch keine Festlegung auf einige wenige Filialschließungen zu erblicken, sondern es handelt sich allenfalls um eine vage Prognose 66

aus der Sicht zum Zeitpunkt November 2011. Die Beklagte selbst behauptet nicht, dass der Klägerin bei Abschluss des Rahmenvertrags die von der U GmbH geplanten Restrukturierungsmaßnahmen im Einzelnen aufgezeigt worden wären, etwa bezogen auf bestimmte Märkte aus der Liste Anlage K 13 (Bl. 124 GA). Die Entscheidung zur Schließung von Verbrauchermärkten mit großen Flächen, wie sie die Unternehmensgruppe U/S sowohl vor als auch nach dem Jahr 2012 betrieb, ist stets dem Begriff der Restrukturierung im Sinne eines Umbaus bzw. einer Neuordnung zu subsumieren. Tatsächlich ist die Formulierung „Im Rahmen der Restrukturierung der Unternehmensgruppe U“ als bloße Anlassbeschreibung anzusehen. Die U GmbH hatte die Klägerin bereits zuvor aufgrund anlassbezogener Einzelverträge mit der Räumung verschiedener Märkte beauftragt. In Anbetracht der für 2012 geplanten Restrukturierung der Unternehmensgruppe war abzusehen, dass es in diesem Jahr zu einer vermehrten Schließung von Filialen kommen würde. Aus diesem Grund bestand Veranlassung, anstelle der bisherigen einzelfallbezogenen Vertragsschlüsse durch den Rahmenvertrag eine Regelung zu treffen, die eine einheitliche Handhabung zukünftiger Schließungen erlaubte. Da indes auch nach Abschluss der Restrukturierung mit der Schließung von Märkten zu rechnen war, konnten die Bestimmungen des Rahmenvertrags auch auf solche Schließungen Anwendung finden.

Auch aufgrund der Verschmelzung der U GmbH auf die Beklagte ist keine Zäsur mit Wirkung eines Zweckfortfalls eingetreten. Zwar ist der übertragende Rechtsträger mit Vollzug der Verschmelzung erloschen (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG), von ihm eingegangene vertragliche Verpflichtungen wirken indes gegenüber dem übernehmenden Rechtsträger - hier also der Beklagten – fort, so dass diese weiterhin an den ungekündigten Rahmenvertrag gebunden war. Wenn die Beklagte behauptet, das ursprüngliche Restrukturierungsprogramm der U Unternehmensgruppe habe mit der Verschmelzung ein Ende gefunden und sie verfolge nun ein anderes Restrukturierungsprogramm, so mag dies sein. Diese Interna waren aber für die Klägerin nicht erkennbar und aus ihrer Sicht auch irrelevant. Für sie war nur maßgeblich, dass von der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin betriebene großflächige Verbrauchermärkte geschlossen wurden und geräumt werden mussten. Auch war die Rechtsvorgängerin der Beklagten immer Bestandteil der S Group und erst mit Wirkung zum 31.05.2011 durch Ausgliederung des Geschäftsbereichs „Vollsortiment national Verbrauchermärkte“ aus der S Großflächengesellschaft GmbH entstanden, und die Klägerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass sie auch schon in den Jahren 2010 und 2011 Verbrauchermärkte für U (bzw. S) geschlossen hat, wenn auch aufgrund von Einzelvereinbarungen. Die durch den Rahmenvertrag vom 04./18.11.2011 geschaffene Planungssicherheit war auch nach der erneuten gesellschaftsrechtlichen Änderung auf Beklagtenseite sinnvoll. Änderungen in Unternehmensstruktur und Geschäftsführung auf Beklagtenseite musste die Klägerin nicht als für sie relevant einstufen.

Mit dem Festhalten am Rahmenvertrag ist auch keine unangemessene Benachteiligung der Beklagten verbunden. Zu einer Überprüfung der von der U GmbH geschlossenen Verträge bestand - spätestens - nach der Verschmelzung hinreichend Anlass und ausreichend Zeit. Die Beklagte hätte den Vertrag mit der Klägerin daher zumindest vorsorglich bereits zum Ende des Jahres 2013 ordentlich kündigen können.

b) Der Klägerin ist ein (Mindest-) Schaden in Höhe von 178.500,00 € entstanden, weshalb die Berufung der Beklagten auch hinsichtlich der Höhe des vom Landgericht zugesprochenen Betrages keinen Erfolg hat;

aa) Nach § 252 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. Nach Satz 2 der Norm gilt als entgangen der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf

der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Diese Bestimmung enthält für den Geschädigten eine § 287 ZPO ergänzende Beweiserleichterung (Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 252, Rn. 4, auch zum Folgenden). Er braucht nur die Umstände darzulegen und in den Grenzen des § 287 ZPO zu beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falls die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, wenn Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen für eine Schadensschätzung vorgetragen werden. Der entgangene Gewinn kann dabei sowohl abstrakt als auch konkret berechnet werden. War der Geschädigte selbst Hersteller der gegenüber dem Schädiger zu erbringenden Leistung, steht ihm als entgangener Gewinn der Unterschied zwischen Vertrags- und Herstellungspreis zu (BGH, Urteil vom 01.03.2001 – III ZR 361/99 –, Rn. 8, juris).

bb) Die Klägerin berechnet ihren entgangenen Gewinn hier konkret, d.h. in Bezug auf die Vergütung, die sie für die Schließung des Marktes in D/O nach der Vergütungsvereinbarung erhalten hätte. Bei einer Verkaufsfläche von 6.111 m² ergibt sich eine Vergütung von 262.773,00 € netto (6.111 m² x 43,00 €). Unstreitig hat die Beklagte selbst den fraglichen Markt im Jahr 2014 mit Kosten von 89.636,75 € netto räumen lassen, wobei allerdings 10.250,00 € auf die Räumung einer Tankstelle entfielen. Abzüglich dieser Position verbleiben damit Räumungskosten von 79.386,75 €. Selbst bei Ansatz dieses Betrags verbleibt damit ein Schaden der Klägerin über den geltend gemachten Betrag von 178.500,00 € hinaus (262.773,00 € abzüglich 79.386,75 € = 183.386,25 €). Mit Einwänden hinsichtlich der Verkaufsfläche ist die Beklagte bereits aufgrund der Bindungswirkung des Tatbestands ausgeschlossen. Laut Rn. 16 des Urteils des LG Köln war eine „Verkaufsfläche 6.111,00 m²“ erstinstanzlich unstreitig. Eine im Tatbestand des angefochtenen Urteils als unstreitig dargestellte Tatsache, selbst wenn sie in den erstinstanzlichen Schriftsätzen umstritten war, ist als unstreitig für das Berufungsgericht bindend, wenn der Tatbestand - wie hier - nicht berichtigt wurde (OLG Rostock, Urteil v. 20.10.2003, 3 U 6/03, juris). Soweit die Beklagte die Meinung vertreten hat, es sei allein die selbstgenutzte Verkaufsfläche zu berücksichtigen, widerspricht dies der von den Parteien offenkundig einvernehmlich praktizierten Übung. So hatte der Markt in D/B Straße nur eine Verkaufsfläche von 5.617,77 m². Angeboten, abgerechnet und bezahlt wurde jedoch eine Fläche von 5.985,00 m², so dass jedenfalls die Theken- und Kassenflächen einbezogen wurden (vgl. Anlage K 7 im Anlagenheft Bl. 14, und Anlage K 13/Bl. 124 GA).

cc) Ein Verstoß der Klägerin gegen die Schadensminderungspflicht liegt nicht vor. Die Klägerin muss sich keine Abzüge wegen eines möglichen, aber unterlassenen anderweitigen Erwerbs gefallen lassen. Die Klägerin hat vorgetragen, dass ihr die Räumung des Marktes neben anderen Aufträgen möglich gewesen wäre, da sie im Wesentlichen Subunternehmer für die Räumung einsetzte. Sie hätte den Gewinn also zusätzlich gemacht. Im Rahmen des Schadensersatzes sind Gewinne aus einem Deckungsgeschäft nicht schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn der Geschädigte den neuen Abnehmer ohnehin hätte bedienen können (vgl. Palandt-Grüneberg, a. a. O., Vor § 249, Rn. 78 m.w.N.). Die Beklagte zieht hier zu Unrecht Erwägungen aus § 649 S. 2 BGB heran. Selbst wenn man von einem Werkvertrag ausginge, ist zu beachten, dass die Beklagte den Vertrag für die Zeit, für die sie - zudem unsubstantiiert - einen anderweitigen Erwerb der Klägerin behauptet, nicht frei kündigen konnte. Die Kündigung ist frühestens zu Ende 2015 wirksam geworden. Die Räumung des streitgegenständlichen Marktes hat zu einem nicht näher vorgetragenen Zeitraum nach dem 20.12.2014 stattgefunden.

c) Begründet ist die Berufung lediglich hinsichtlich Zinsbeginn und Zinshöhe.

Der klägerische Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1, 187 Abs. 1 BGB. Der Tag der Zustellung der Klageschrift (07.07.2015) ist nicht mitzuzählen, § 187 Abs. 1 BGB. Da es sich bei einer Schadensersatzforderung nicht um eine Entgeltforderung handelt, beträgt der Zinssatz nur fünf Prozentpunkte über dem Basiszins. Ein höherer Zinssatz kommt nicht in Betracht. Der Begriff der Entgeltforderung nach § 288 Abs. 2 BGB ist nicht anders zu verstehen als in § 286 Abs. 3 Satz 1 BGB. Dort werden nach zutreffender Ansicht Schadensersatzforderungen, selbst wenn sie ihren Grund in der Verletzung eines gegenseitigen Vertrags haben, nicht erfasst (MüKoBGB/Ernst, 7. Aufl., § 286, Rn. 76). 74

2. Anschlussberufung 75

Die Anschlussberufung der Klägerin hat größtenteils Erfolg. 76

Zweifel an der Zulässigkeit der Geltendmachung weiterer 28.500,00 € als Nettobetrag bestehen nicht. 77

Die Klägerin hat jedenfalls mit der Anschlussberufung klargestellt, die Klageforderung auf den Nettobetrag zu stützen. Hierin liegt eine bereits nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässige Klageerweiterung. Sachgerecht waren indes bereits ihre Ausführungen im Schriftsatz vom 23.12.2015 so zu verstehen, dass sie den Anspruch zumindest hilfsweise auf den Nettobetrag stützte. Auch wenn die Klägerin sich darauf beruft, dass ihr rechnerisch ein höherer Schadensersatzbetrag zustünde, handelt es sich bei der Beschränkung der Klageforderung auf den Nettobetrag von 178.500,00 € nicht um eine (unzulässige) verdeckte Teilklage, da sich aus dem Vorbringen der Klägerin ergibt, dass sie ihren Anspruch als Mindestschaden in Höhe des Klageantrags geltend macht und darauf beschränkt. 78

Der Klägerin ist – wie vorstehend ausgeführt - ein (Mindest-)Schaden von 178.500,00 € entstanden, weshalb ihr auch der mit der Anschlussberufung geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von weiteren 28.500,00 € zusteht. 79

Der klägerische Zinsanspruch folgt auch insoweit aus §§ 291, 288 Abs. 1, 187 Abs. 1 BGB. 80

3. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 81

4. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für eine Zulassung nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den konkreten Einzelfall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden. 82

5. Berufungsstreitwert: 178.500,00 €, davon entfallen auf die Berufung der Beklagten 150.000,00 € und auf die Anschlussberufung der Klägerin 28.500,00 €. 83