
Datum: 23.03.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 111/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0323.2U111.16.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 3 O 397/15

Tenor:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Klägerin wird das am 15.06.2016 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 3. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 18.060,42 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 6.905,00 € und Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.019,60 € seit dem 12.10.2016 zu zahlen.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte 2/3 und die Klägerin 1/3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Parteien sind durch ein schriftliches „Darlehens- und Getränkelieferungsabkommen“ vom 03.06./11.06.2014 verbunden, wobei die Beklagte schon seit 2012 Produkte der Klägerin bezog. Auf der Grundlage des Vertrags gewährte die Klägerin der Beklagten ein Darlehen in Höhe von 6.000,- € und einen sogenannten Listungszuschuss in Höhe von 8.000,- €. Die Beklagte hatte laut Vertrag für die Dauer von 5 Jahren ab dem 01.05.2012 bestimmte Getränke der Klägerin in einer bestimmten Menge über einen vorgegebenen Lieferanten (H.

1

2

3

O. GmbH) zu beziehen. Dabei sollten nach näherer Maßgabe des Vertrags das Darlehen durch eine Anrechnung der abgenommenen Menge und der Leistungszuschuss während der Dauer der Bezugsverpflichtung zeitanteilig (in Höhe von 75,- € pro Monat) getilgt werden.

Mit Schreiben vom 28.04.2015 erklärte die Klägerin die fristlose Kündigung des Vertrags. 4

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Rückzahlung des noch offenen Darlehensbetrags, eine Nachverzinsung des Darlehensrestbetrags, die Rückzahlung des restlichen, noch nicht getilgten Leistungszuschusses und Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns. Insgesamt errechnet sich die Klägerin eine Forderung in Höhe von 27.318,37 €. 5

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. 6

Das Landgericht hat die Klage nach einer Beweisaufnahme abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass die fristlose Kündigung der Klägerin mangels einer vorherigen Abmahnung unwirksam gewesen sei und nicht zur Vertragsbeendigung geführt habe. Im Übrigen wird wegen der Feststellungen des Landgerichts, seiner Entscheidungsgründe und der in der ersten Instanz gestellten Anträge auf das am 15.06.2016 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 3. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn Bezug genommen. 7

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie macht geltend, dass sie die Beklagte entgegen der Beweismwürdigung des Landgerichts ordnungsgemäß mündlich abgemahnt habe. Im Übrigen sei eine Abmahnung im vorliegenden Fall entbehrlich gewesen. Die Kündigung vom 28.04.2015 sei daher wirksam gewesen. 8

Nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils hat die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 16.08.2016 eine schriftliche Abmahnung erteilt und sodann mit Schreiben vom 10.10.2016 erneut eine fristlose Kündigung des Vertrags ausgesprochen. Die Klägerin meint, dass zumindest die Kündigung vom 10.10.2016 wirksam gewesen sei. 9

Die Klägerin beantragt, 10

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 27.318,37 € nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank von 15.924,60 € seit dem 13.05.2015 sowie weitere 1.064,00 € zu zahlen. 11

Die Beklagte beantragt, 12

die Berufung zurückzuweisen. 13

Sie meint, dass die Berufung mangels einer hinreichenden Begründung bereits unzulässig sei. In der Sache verteidigt sie das landgerichtliche Urteil mit ergänzenden Ausführungen. Die weitere Kündigung vom 10.10.2016 hält sie ebenfalls für unwirksam. 14

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen, das Verhandlungsprotokoll vom 23.03.2017 und den Berichterstattervermerk vom 23.03.2017 Bezug genommen. 15

Der Senat hat Beweis erhoben durch die uneidliche Vernehmung der Zeugen G. und F.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Verhandlungsprotokoll vom 23.03.2017 und den Berichterstattevermerk vom 23.03.2017 verwiesen.

II.	17
A)	18
Die Berufung der Klägerin ist zulässig.	19
Entgegen der Ansicht der Beklagten erfüllt die Berufungsbegründung die Anforderungen des § 520 III ZPO. Die Klägerin beanstandet mit näheren Ausführungen die Beweiswürdigung und die Rechtsanwendung des Landgerichts und beruft sich hilfsweise auf eine nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils ausgesprochene weitere Kündigung. Ob die Berufungsangriffe überzeugend sind, ist keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der Berufung.	20
B)	21
Die Berufung der Klägerin ist teilweise begründet.	22
I.	23
Der Klägerin steht gegen die Beklagte eine Gesamtforderung in Höhe von <u>18.060,42 €</u> zu, die sich aus folgenden Einzelansprüchen zusammensetzt:	24
1)	25
Darlehensrückzahlungsanspruch	26
Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 488 I 2 BGB auf Rückzahlung des noch offenen Darlehens in Höhe von 2.880,- €.	27
a)	28
Das „Darlehens- und Getränkelieferungsabkommen“ vom 03.06./11.06.14 ist wirksam. Ob die Mitarbeiterinnen R. und L., die den Vertrag auf Seiten der Klägerin unterschrieben haben, hierzu ausreichend bevollmächtigt waren, kann dahingestellt bleiben. Auch wenn der Vertrag zunächst schwebend unwirksam gewesen wäre, wäre er durch die in der Auszahlung des Darlehens (18.06.14) liegende konkludente Genehmigung der Klägerin rückwirkend wirksam geworden (§§ 177 I, 184 I BGB). Denn die Genehmigung ist nicht formbedürftig und kann auch konkludent erfolgen (Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl., § 177, Rn. 6 f.). Im Übrigen haben die Parteien den Vertrag in der Folgezeit durchgeführt und damit bestätigt.	29
b)	30
Die Klägerin hat das Darlehen im Ergebnis wirksam gekündigt und damit vorzeitig fällig gestellt.	31
Gemäß Ziffer 4, 2. Abs. des Vertrags war die Klägerin berechtigt, das Darlehen bei schuldhafter Vertragsverletzung nach erfolgloser Abmahnung fristlos zu kündigen.	32
aa)	33
	34

Die Beklagte hat durch den Nichtbezug der Getränke „Goldberg“ und „Sears“ eine schuldhafte Vertragsverletzung begangen.

Nach dem Vertrag war die Beklagte jedenfalls ab Mitte Juni 2014 dazu verpflichtet, auch die Getränke „Goldberg“ und „Sears“ zu beziehen. Einen zeitlichen Aufschub der Bezugsverpflichtung für die Getränke „Goldberg“ und „Sears“ sah der schriftliche Vertrag nicht vor. 35

Die Beklagte hat die von ihr behauptete mündliche Nebenabrede, dass sie die Getränke „Goldberg“ und „Sears“ erst ab Beginn der Saison 2015 habe beziehen müsse, nicht bewiesen. Der Zeuge G. hat die diesbezüglichen Angaben der Beklagten nicht bestätigt. 36

Der Einwand der Beklagten, sie betreibe nur ein Saisongeschäft in der Zeit von Mai bis September, ist unerheblich. Dies stand einem Bezug der Getränke „Goldberg“ und „Sears“ ab Vertragsschluss Mitte Juni 2014 nicht entgegen, da die Sommersaison 2014 noch mehrere Monate lief. 37

Auch der Einwand der Beklagten, dass es sich für die Sommersaison 2014 nicht mehr gelohnt hätte, neue Getränkekarten drucken zu lassen, vermag nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, dass die Sommersaison noch mehr als 3 Monate lief, hätte sich die Beklagte auf andere Weise behelfen können, z.B. durch Einlegeblätter in den Getränkekarten, Tischaufsteller oder Aushänge. 38

bb) 39

Allerdings war die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung vom 28.04.15 mangels einer vorangegangenen ordnungsgemäßen Abmahnung verfrüht und damit unwirksam. 40

Der Vertrag sah als Voraussetzung für eine fristlose Kündigung des Darlehens ausdrücklich eine erfolglose Abmahnung vor. Eine Abmahnung war im vorliegenden Fall auch nicht nach § 314 II 2 i.V.m. § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich; der erstinstanzlich vernommene Zeuge V. hat eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung der Beklagten nicht bestätigt. 41

Eine schriftliche Abmahnung vor der Kündigung vom 28.04.15 liegt nicht vor. 42

Eine vorherige erfolglose Abmahnung ist außerdem weder in dem Kündigungsschreiben vom 28.04.15 noch in dem vorgerichtlichen Anwaltsschreiben vom 05.10.15 erwähnt. 43

Wie der Zeuge V. bekundet hat, gab es bei dem Gespräch im September/Oktober 2014 noch keine Abmahnung. 44

Eine Abmahnung ist auch nicht mündlich in dem Gespräch am 21.04.15 durch den Zeugen V. erteilt worden. Insoweit ist gegen die Beweiswürdigung und die rechtliche Bewertung des Landgerichts nichts zu erinnern. 45

Mit der Abmahnung weist der Gläubiger den Schuldner auf die Verletzung einer vertraglichen Pflicht hin (Rügefunktion) und kündigt ihm für den Fall eines weiteren Vertragsverstößes Konsequenzen an (Warnfunktion). Die Abmahnung muss ernsthaft sein. Eine ausdrückliche Kündigungsandrohung ist zwar nicht erforderlich, dem Schuldner muss aber deutlich werden, dass die weitere vertragliche Zusammenarbeit auf dem Spiel steht (Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 314, Rn. 8). Ziel der Abmahnung ist es, eine Verhaltensänderung des Vertragspartners herbeizuführen, indem er die Möglichkeit bekommt, sich wieder vertragskonform zu verhalten (jurisPK-BGB/Weth, Stand: 01.12.2016, § 314, Rn. 28; 46

Zum einen waren die Angaben des Zeugen V. in diesem Punkt sehr vage	47
(„Ich habe gefragt“, „ich habe sicherlich auch gesagt“). Zum anderen war im vorliegenden Fall die Warnfunktion einer Abmahnung nicht erfüllt. Die Kündigung wurde nach der Aussage des Zeugen nicht als Konsequenz bei einem weiteren Nichtbezug der Sorten „Goldberg“ und „Sears“ in Aussicht gestellt, sondern für den Fall, dass die Beklagte keinen Schadensersatz leistet.	48
Soweit die Berufung behauptet, dass die Aussage des Zeugen im Protokoll „unglücklich formuliert“ worden sei, kann sie damit nicht gehört werden. Die Aussage ist laut diktiert und von dem Zeugen als zutreffend genehmigt worden. Eine Protokollberichtigung ist nicht erfolgt und auch nicht beantragt worden.	49
Der Umstand, dass die Klägerin die Kündigung nur wenige Tage nach dem Gespräch vom 21.04.15 ausgesprochen hat, ist ebenfalls ein Indiz dafür, dass die Klägerin eine mögliche Änderung des Bezugsverhaltens der Beklagten nicht mehr abgewartet und das Gespräch vom 21.04.15 selbst nicht als eine auf eine Verhaltensänderung zielende Abmahnung eingestuft hat.	50
cc)	51
Die Klägerin hat aber nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils den Vertrag mit Schreiben vom <u>10.10.16</u> wirksam außerordentlich gekündigt.	52
Die Klägerin hatte zuvor mit Schreiben vom 16.08.16 eine ausdrückliche Abmahnung ausgesprochen, die den o.g. Anforderungen entsprach.	53
Der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe sich aufgrund der unberechtigten Kündigung vom 28.04.15 im Annahmeverzug befunden, ist unzutreffend, da hierfür ein wörtliches, auf den Bezug der Getränke gerichtetes Angebot der Beklagten erforderlich gewesen wäre (§ 295 BGB). Dazu ist nichts vorgetragen. Außerdem hat die Klägerin in dem Abmahnschreiben vom 16.08.16 ausdrücklich ihre Bereitschaft zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses erklärt.	54
Dem steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil Berufung eingelegt hat. Hierdurch war die Klägerin rechtlich nicht daran gehindert, während des Prozesses eine ordnungsgemäße Abmahnung nachzuholen und die Kündigung zu wiederholen. Es wäre vielmehr Sache der Beklagten gewesen, aufgrund des Schreibens der Klägerin vom 16.08.16 nunmehr die Durchführung des Vertrags fortzusetzen, zumal die Beklagte selbst von der Unwirksamkeit der Kündigung vom 28.04.15 und damit von dem Fortbestehen des Vertrags ausging und in dieser Rechtsansicht durch das landgerichtliche Urteil bestätigt worden war.	55
Der Senat geht aufgrund des bis zum Senatstermin unstreitigen Vortrags der Klägerin davon aus, dass die Beklagte auch nach der Abmahnung vom 16.08.16 den Bezug der Getränke „Goldberg“ und „Sears“ nicht aufgenommen hat.	56
Soweit die Beklagte erstmals im Senatstermin behauptet hat, sie habe ab September 2016 Goldberg-Produkte bezogen, war dieses Vorbringen verspätet (§§ 521 II, 530, 296 I ZPO). Die Klägerin durfte dieses überraschende neue Vorbringen der Beklagten mit Nichtwissen bestreiten, da sie – wie sie glaubhaft erklärt hat – keine diesbezügliche Meldung der	57

Lieferantin H. O. GmbH erhalten hatte. Das von der Beklagten im Senatstermin vorgelegte, nicht unterzeichnete Dokument stellt auch kein taugliches Beweismittel dar. Abgesehen davon hat die Beklagte unstreitig jedenfalls das Produkt „Sears“ nicht bezogen.

c) 58

Der restliche Darlehensanspruch besteht entgegen der Berechnung der Klägerin nicht in Höhe von 3.916 €, sondern nur in Höhe von 2.880 €. 59

Es ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin in ihren vorprozessualen Abrechnungen, dem Kündigungsschreiben vom 28.04.15 und auch in der Klageschrift eine zu geringe Abnahmemenge von 48,89 hl zugrunde gelegt hat. Im Schriftsatz vom 22.04.16 hat sie ihren Vortrag dahingehend berichtigt, dass die von der Beklagten abgenommene Menge tatsächlich 57,3 hl betrug. 60

Unter Berücksichtigung der Tilgungsregelung in Ziffer 1. des Vertrags ergibt sich daher folgende Tilgung „durch Abschreibung“: 61

Getränke	abgenommene Menge	Abschreibungssatz	Tilgung	
Salitos Tequila:	28,3 hl	x 25 €	= 707,50 €	62
Salitos Ice:	1,0 hl	x 25 €	= 25 €	63
Three Sixty Vodka	7,5 hl	x 250 €	= 1.875 €	64
Scavi Frizzante	18,8 hl	x 25 €	= 470 €	65
Scavi Hugo	0,2 hl	x 25 €	= 5 €	66
Scavi Sprizzione	1,5 hl	x 25 €	= 37,5 €	67
Gesamt:			3.120 €	68

Ausgehend von dem ursprünglichen Darlehensbetrag in Höhe von 6.000 € verbleibt somit noch ein Restdarlehen in Höhe von 2.880 €. 69

Soweit die Beklagte in der I. Instanz eine größere Abnahmemenge (68,3 hl) behauptet hat, ist dies nicht berücksichtigungsfähig. Der Schuldner – hier die Beklagte - ist für die von ihm behauptete Erfüllung beweispflichtig; dies gilt auch dann, wenn der Gläubiger – hier die Klägerin – aus der Nichterfüllung Rechte herleitet (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 363, Rn. 1). Die Beklagte hat jedoch für die von ihr behauptete größere Abnahmemenge keinen tauglichen Beweis angeboten. Die von ihr vorgelegte Aufstellung (Anlage B 1), die den Aussteller nicht erkennen lässt, hat keinen Beweiswert, sondern ist nur als Eigenbeleg einzustufen. Außerdem sind dort teilweise Sorten aufgeführt („Effect ...“), die im Vertrag nicht genannt sind. Im Übrigen ist der Vortrag der Beklagten insoweit widersprüchlich, weil sie einerseits die von der Klägerin genannten Absatzmengen bestritten, andererseits aber auch zugestanden hat (vgl. Schriftsatz vom 02.06.16, S. 8 unten, Bl. 68 d.A.). 70

Entgegen der im Senatstermin geäußerten Auffassung des Beklagtenvertreters besteht auch keine Veranlassung, für den Zeitraum zwischen der unberechtigten ersten Kündigung vom 28.04.15 und der Abmahnung vom 16.08.16 (rund 15,5 Monate) zugunsten der Beklagten einen „fiktiven Umsatz“ zu berücksichtigen. Es wäre insoweit Sache der Beklagten gewesen, 71

konkret darzulegen und zu beweisen, welche Getränkemengen sie in dem vorgenannten Zeitraum wo bezogen hat, um ihren Bedarf anderweitig zu decken.

2) 73

Anspruch auf Nachverzinsung des Darlehens 74

Die Klägerin kann außerdem gem. Ziffer 4., 2. Abs. des Vertrags i.V.m. § 488 I 2 BGB nach der wirksamen außerordentlichen Kündigung vom 10.10.16 eine Nachverzinsung des Darlehensrestbetrags verlangen. 75

Die Klägerin begehrt insoweit – was für die Beklagte lediglich günstig ist - nur Zinsen für den unterjährigen Zeitraum vom 18.06.14 bis zum 28.04.15 (315 Tage). 76

Hieraus ergibt sich eine Zinsforderung in Höhe von 260,98 € (= 10,5 % p.a. aus 2.880 € für 315 Tage). 77

3) 78

Anspruch auf Rückzahlung des noch offenen Leistungszuschusses 79

a) 80

Der Leistungszuschuss ist wie ein Darlehen analog § 488 I 2 BGB zu behandeln. Nach dem Vertrag sollte der Leistungszuschuss zeitanteilig durch Abschreibung getilgt werden. Daraus ist zu entnehmen, dass es sich nicht um einen „verlorenen Zuschuss“ der Klägerin handelte, sondern dass der noch nicht getilgte Leistungszuschuss nach Vertragsende – jedenfalls bei vorzeitiger Vertragsbeendigung - von der Beklagten zurückgezahlt werden sollte. 81

b) 82

Die Klägerin hat den Vertrag mit Schreiben vom 10.10.16 insgesamt wirksam gekündigt. Der Gesamtkündigung stand nicht entgegen, dass Ziffer 4., 2. Abs. des Vertrags nur die außerordentliche Kündigung des Darlehens regelt und besagt, dass die Rechte der Klägerin aus der Vereinbarung, insbesondere die Bezugsverpflichtung, hiervon unberührt bleiben. Dies nahm der Klägerin nicht das Recht, gem. § 314 BGB den Vertrag insgesamt zu kündigen. 83

Dementsprechend ist der noch offene Leistungszuschuss zur Rückzahlung fällig. 84

c) 85

Der ausgezahlte Leistungszuschuss betrug 8.000 €. Gem. Ziffer 1. des Vertrags wird er „durch Abschreibung“ getilgt, indem der Beklagten während der Dauer der Bezugsverpflichtung pro Monat 75 € gutgebracht werden. 86

Die Bezugsverpflichtung begann nach dem Vertrag am 01.05.12. 87

Durch die unberechtigte Kündigung der Klägerin vom 28.04.15 ist der Vertrag noch nicht beendet worden und die Bezugsverpflichtung noch nicht entfallen. Dass sich die Klägerin insoweit zu Unrecht von dem Vertrag losgesagt hat, kann der Beklagten in diesem Zusammenhang nicht angelastet werden. 88

89

Der Vertrag wurde erst durch die Kündigung der Klägerin vom 10.10.16 beendet. Die der Beklagten nach dem Vertrag gutzubringende Tilgung (Anrechnung von 75 € pro vollen Monat) lief also bis einschließlich September 2016.

Somit sind zugunsten der Beklagten 53 Monate (Mai 2012 bis September 2016) 90
berücksichtigungsfähig, was eine Tilgung in Höhe von 3.975 € (= 53 x 75 €) ergibt.

Daher beläuft sich die Restforderung der Klägerin auf 4.025 € (= 8.000 € - 3.975 €). 91

4) 92

Schadensersatzanspruch 93

Der Klägerin steht gegen die Beklagte außerdem ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung zu (§§ 280 I, III, 281 BGB). 94

Der Schadensersatzanspruch wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen (§ 314 IV BGB). 95

a) 96

Durch den Nichtbezug der Getränke „Goldberg“ und „Sears“ hat die Beklagte eine Vertragsverletzung begangen. 97

Das Verschulden der Beklagten wird vermutet (§ 280 I 2 BGB); die Beklagte hat sich nicht exkulpiert. 98

Die nach § 281 I 1, III BGB erforderliche Abmahnung ist mit dem Schreiben der Klägerin vom 16.08.16 erfolgt. 99

b) 100

Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch ist jedoch überhöht. 101

aa) 102

Im Ausgangspunkt kann die Klägerin als Schadensersatz statt der Leistung den entgangenen Gewinn ersetzt verlangen, den sie bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung erzielt hätte. Die Klägerin kann insoweit – wie von ihr geltend gemacht – die Differenz zwischen ihren Selbstkosten und dem Vertragspreis geltend machen, soweit die Beklagte ihre Bezugsverpflichtung nicht erfüllt hat (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 281, Rn. 28). Als Vertragspreis ist hier – wie von der Klägerin geltend gemacht – der Verkaufspreis an die im Vertrag genannte Zwischenhändlerin (H. O. GmbH) anzusetzen. 103

bb) 104

Die von der Klägerin in Ansatz gebrachten Einkaufs- und Verkaufspreise sind von dem Zeugen F. glaubhaft als zutreffend bestätigt worden. Außerdem hat die Klägerin zugunsten der Beklagten den in Ziffer 1. des Vertrags genannten jeweiligen Abschreibungssatz pro hl in Abzug gebracht, wodurch die Beklagte nicht beschwert ist. 105

cc) 106

107

Die Berechnung der Klägerin ist aber aus sachlichen Gründen in mehrfacher Hinsicht zu korrigieren:

(1) 108

Bei dem Produkt „Salitos“ unterscheidet die Klägerin zwischen den Sorten „Tequila“ und „Ice“, 109 was sich auf die Schadensberechnung auswirkt, weil der entgangene Gewinn für die Sorte „Ice“ (146,6 € pro hl) höher ist als der entgangene Gewinn für die Sorte „Tequila“ (127,5 € pro hl). Entsprechendes gilt für die 3 Sorten des Produkts „Scavi & Ray“. Die Klägerin unterstellt hier Mindestabnahmemengen für die einzelnen Untersorten, die sich aus dem Vertrag nicht ergeben, weil in dem Vertrag die Produkte „Salitos Tequila, Salitos Ice“ in einer Position zusammengefasst sind und hierfür eine einheitliche Vertragsmenge von 80,79 hl angegeben ist. Ebenso sind die Produkte „Scavi & Ray (alle Sorten, alle Gebinde)“ in dem Vertrag in einer Position zusammengefasst und hierfür ist eine einheitliche Vertragsmenge von 51,30 hl angegeben. Mit anderen Worten: Dem Vertrag lässt sich nicht entnehmen, dass die Beklagte z.B. von dem für die Klägerin gewinnträchtigen Produkt „Salitos Ice“ mindestens 14,3 hl oder von dem für die Klägerin gewinnträchtigen Produkt „Scavi & Ray Hugo“ mindestens 8,1 hl abnehmen musste. Die Beklagte hatte nach dem Vertrag die Wahl, von welcher Untersorte sie welche Menge bezog. Daher kann für das Produktsortiment „Salitos“ nur einheitlich ein entgangener Gewinn von 127,5 €/hl und für das Produktsortiment „Scavi & Ray“ nur einheitlich ein entgangener Gewinn von 168,6 €/hl als feststellbarer Schaden angesetzt werden. Hieraus ergibt sich als Zwischenergebnis folgende korrigierte Berechnung:

Getränke	Gewinn	Vertragsmenge	abgenommene Menge	Schaden	110
Salitos	127,5 €/hl	80,79 hl	29,3 hl	6.564,98 €	111
Vodka	173,4 €/hl	10,8 hl	7,5 hl	572,22 €	112
Scavi & Ray	168,6 €/hl	51,3 hl	20,5 hl	5.192,88 €	113
Sears	588,6 €/hl	5,0 hl	0 hl	2.943 €	114
Goldberg	82,7 €/hl	11,5 hl	0 hl	51,05 €	115
Gesamt				6.224,13 €	116

(2) 117

Desweiteren kann entgegen der Berechnung der Klägerin bezüglich der Getränke „Goldberg“ 118 und „Sears“ nicht von einer 5-jährigen Bezugsverpflichtung ausgegangen werden. Denn eine Abnahmepflicht für die Produkte „Goldberg“ und „Sears“ bestand – was die Klägerin in der Berufungsbegründung klargestellt hat und was sich auch aus der Aussage des Zeugen G. ergibt – erst ab Vertragsschluss im Juni 2014. Für die Produkte „Goldberg“ und „Sears“ verblieb bis zum regulären Vertragsende (April 2017) also nur eine Bezugsdauer von rund 3 Jahren.

Insoweit ist also nicht auf die volle Vertragsmenge für 5 Jahre abzustellen, sondern auf den 119 im Vertrag ebenfalls angegebenen jährlichen Mindestbezug, hochgerechnet auf 3 Jahre.

Für das Produkt „Sears“ ergibt sich damit eine Soll-Abnahmemenge von 3,03 hl (= 1,01 hl x 3 120 Jahre) und für das Produkt „Goldberg“ eine Soll-Abnahmemenge von 6,96 hl (= 2,32 hl x 3 Jahre).

Der Schaden (entgangener Gewinn) für die Position „Sears“ beträgt daher nur 1.783,46 € (= 588,6 x 3,03) und für die Position „Goldberg“ nur 575,59 € (= 82,7 x 6,96).	121
Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der Gesamtschaden der Klägerin (nur) 14.689,13 € beträgt.	122
(3)	123
Von dem vorgenannten Schadensbetrag ist aus rechtlichen Gründen ein weiterer Abzug vorzunehmen. Denn für den Zeitraum zwischen der unberechtigten ersten Kündigung vom 28.04.15 und der Abmahnung vom 16.08.16 (rund 15,5 Monate) steht der Klägerin kein Schadensersatzanspruch zu.	124
Ein Gläubiger kann jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) keinen Schadensersatzanspruch aus § 281 BGB geltend machen, wenn und solange er sich selbst vertragsuntreu verhält (Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 281, Rn. 35; jurisPK-BGB/Seichter, Stand: 01.12.2016, § 281, Rn. 47 ff.). Im vorliegenden Fall hat sich die Klägerin durch ihre unberechtigte erste Kündigung vom 28.04.15 ihrerseits zu Unrecht von dem Vertrag losgesagt und ist erst durch das Schreiben vom 16.08.16 mit der darin erklärten Bereitschaft zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zu einem vertragstreuen Verhalten zurückgekehrt.	125
Damit steht der Klägerin rechnerisch nur ein Schadensersatzanspruch für den Zeitraum von 44,5 Monaten (= 60 Monate – 15,5 Monate) zu.	126
Im Endergebnis beträgt der Schadensersatzanspruch der Klägerin also <u>10.894,44 €</u> (= 14.689,13 € x 44,5/60).	127
II.	128
Nebenforderungen	129
1)	130
Die Klägerin hat einen Anspruch auf Prozesszinsen aus §§ 291 BGB, 288 I 2, II BGB, jedoch erst ab Zugang der berechtigten Kündigung vom 10.10.16. Als Zugangszeitpunkt nimmt der Senat den 12.10.16 an.	131
Bei der Tenorierung war zu berücksichtigen, dass die Klägerin Zinsen nur aus einem Gesamtbetrag in Höhe von 15.924,60 € verlangt hat.	132
Dabei beträgt der Zinssatz für den Teilbetrag von 6.905 € (= 2.880 € + 4.025 €) 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Für den Teilbetrag von 9.019,60 € beträgt der Zinssatz nur 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, weil der Schadensersatzanspruch keine Entgeltforderung i.S.d. § 288 II BGB ist.	133
2)	134
Die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten kann die Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verlangen, insbesondere stellen die vorgerichtlichen Anwaltskosten keinen erstattungsfähigen Verzugsschaden dar. Denn die mit einer Zahlungsaufforderung verbundene erste Kündigung der Klägerin vom 28.04.15 war unwirksam und nicht verzugsbegründend.	135

III.	136
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 I, 92 I ZPO.	137
Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.	138
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor.	139
