
Datum: 11.10.2018
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 239/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2018:1011.2U239.17.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 19 O 53/15

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 30.10.2017 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 19. Zivilkammer – V. Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussberufung wird das vorgenannte Urteil unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und die Klägerin verurteilt, an die Beklagte weitere 33.484,74 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.01.2013 zu zahlen.

Die weitergehende Widerklage bleibt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 86 % und die Beklagte zu 14 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 90 % und die Beklagte zu 10 %.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung jeweils der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

<u>Gründe</u>	1
I.	2
Die Klägerin begehrt als Herstellerin von Spezialdämmstoffen mit Sitz in Frankreich von der Beklagten, die Bitumen-Dachbahnen produziert und im In- und Ausland vertreibt, eine Bezahlung ihrer letzten Warenlieferungen aus Dezember 2011 und Januar 2012 in Höhe von 51.048,00 Euro. Die Beklagte verteidigt sich im Wege einer Primäraufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung eines exklusiv mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin vereinbarten Verkaufsrechts, die sie vor dem Landgericht mit insgesamt 243.825,00 Euro beziffert hatte. Den über die Klageforderung hinausgehenden Teil macht sie widerklagend geltend. Nachdem sie diese Forderung erstinstanzlich mit 192.777,00 Euro in Ansatz gebracht hatte (243.825,00 Euro - 51.048,00 Euro), beschränkt die Beklagte sie nunmehr auf 125.884,90 Euro (176.932,09 Euro - 51.048,00 Euro).	3
Der „Exklusivvertrag“ vom 04.05.1998 sah eine ausschließliche Belieferung der Beklagten mit dem bituminierten und expandierten Vermiculit namens „Vermaspha“ vor. Im Gegenzug war die Beklagte zu einer Mindestabnahme verpflichtet und durfte in Deutschland, Österreich und den Benelux-Staaten nur das klägereigene Produkt vertreiben. Die Mindestlaufzeit des Vertrags betrug 5 Jahre und verlängerte sich ohne schriftliche Kündigung automatisch um jeweils drei weitere Jahre.	4
Während Ziff. 2.7 in Anknüpfung an die Exklusivabrede eine Überweisung von Rechnungsbeträgen binnen 60 Tagen bestimmte, hieß es unter Ziff. 5 Abs. 2 Spiegelstrich 2:	5
„Darüber hinaus kann jeder der beiden Vertragspartner diesen Vertrag per Einschreiben mit Rückschein in folgenden Fällen ohne Entschädigung an die andere Partei kündigen oder neu verhandeln:	6
- (...)	7
- wichtige Änderungen in den Besitz- oder Rechtsverhältnissen von C oder F, die die Erfüllung des Vertrages in Frage stellen könnten.“	8
„	9
Nachdem die Klägerin im Zuge einer Verschmelzung ihrer Rechtsvorgängerin F auf sie ab September 2011 neben der Beklagten ihre Schwesterfirma PGmbH mit dem Produkt beliefert hatte, erklärte sie mit Schreiben vom 15.12.2011 unter Bezugnahme auf Ziff. 5 Abs. 2 Spiegelstrich 2 die Kündigung des Vertrags zum Jahresende und führte lediglich noch im Dezember 2011 bzw. Januar 2012 Aufträge der Beklagten im Wert von 51.048,00 Euro aus. Mit Schreiben vom 19.03.2012 widersprach die Beklagte sowohl dem vorzeitigen Vertragsende als auch der abredewidrigen Fremdversorgung. Den Rechnungsbetrag behielt sie ein und berief sich auf ein Zurückbehaltungsrecht. Unter dem 12.04.2012 erklärte die Klägerin hilfsweise erneut unter Bezugnahme auf § 5 Abs. 2 Spiegelstrich 2 die Kündigung des Vertrags „zum nächstmöglichen Termin“ und machte weitere Warenlieferungen von dem Ausgleich der bislang unbezahlten Rechnungen abhängig. Mit Schreiben vom 18.07.2012 erklärte die Beklagte, die keine Lieferungen mehr erhalten hatte, ihrerseits die fristlose Kündigung des Vertrags und griff fortan auf ein Alternativprodukt zurück.	10
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen G, L und R sowie durch Einholung eines Sachverständigengutachtens.	11

Mit Urteil vom 30.10.2017 hat das Landgericht die Klage abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 74.695,03 Euro stattgegeben. Es hat kartellrechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit des Bezugsvertrags verworfen und einen Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen einer schuldhaften Verletzung der Exklusivvereinbarung vom 04.05.1998 durch die Klägerin in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe von 125.743,03 Euro angenommen. Insbesondere habe die reguläre Laufzeit nach einer letzten automatischen Verlängerung bis zum 31.12.2014 angedauert und sei von der Klägerin unter dem 15.12.2011 nicht wirksam zum Jahresende 2011 gekündigt worden. Die Exklusivvereinbarung sei nicht nach Ziff. 2.7 des Vertrags suspendiert gewesen, da die Beklagte wegen der vertragswidrigen Fremdbelieferungen und des vorzeitigen Lieferendes den Kaufpreis für die letzten Frachten zu Recht einbehalten habe. Ob die Beklagte unter dem 18.07.2012 ihrerseits wirksam gekündigt habe, könne offenbleiben, da das Vertragsverhältnis andernfalls fortbestanden hätte. Aber selbst im Fall einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung zu einem früheren Zeitpunkt als dem 31.12.2014 habe sich die Beklagte eine Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vorbehalten. Die Ersatzbeschaffung ab Juli 2012 sei ausschließlich durch die Vertragsverletzung der Klägerin veranlasst und zum Zwecke einer Schadensminderung geboten gewesen. Gleichwohl habe die Beklagte eine erhebliche Umsatzeinbuße erlitten, die auf den Vertragsbruch der Klägerin zurückzuführen sei, zumal die Klägerin mangels qualitativ gleichwertiger Ersatzstoffe praktisch eine Alleinstellung am Markt inne gehabt habe. Die mit der Anlage B 7 vorgelegten Umsatzzahlen stellten eine belastbare Grundlage für eine Schadensschätzung gem. § 287 ZPO i.V.m. § 252 BGB dar, ohne dass das Gericht sämtliche vom Sachverständigen ausgewertete Datensätze habe überprüfen müssen. Um verbleibenden wirtschaftlichen oder geschäftlichen Unsicherheitsfaktoren angemessen Rechnung zu tragen, seien der hypothetischen Absatzentwicklung ab 2011 jeweils 94 % der Vorjahreszahlen zugrunde zu legen. Der durchschnittliche Deckungsbeitrag, den die Beklagte ohne die Pflichtverletzung der Klägerin nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erzielt hätte, betrage unter Berücksichtigung eines weiteren "Sicherheitsabschlags" von 10 % mithin 57,38 Euro pro Kubikmeter. Für den Zeitraum von Oktober 2011 bis September 2014 beliefe sich der Gesamtschaden der Beklagten bei einem Absatzverlust von 2.191,41 Kubikmeter auf 125.743,03 Euro.	12
Hiergegen richten sich die Berufung der Klägerin sowie die Anschlussberufung der Beklagten.	13
Die Klägerin erachtet erstmals mit ihrem Schriftsatz vom 26.06.2018 die Widerklage als unzulässig. Hierzu vertritt sie die Auffassung, es sei nicht ersichtlich, welcher Teil der Gesamtforderung Gegenstand des Rechtsstreits sei, da der geltend gemachte Betrag hinter dem Rechenwerk der Beklagten zurückbleibe.	14
Darüber hinaus äußert sie erstmals in der Berufungsbegründung kartellrechtliche Bedenken und meint, der Exklusivvertrag vom 04.05.1998 sei mit Blick auf die lange Vertragslaufzeit wegen Verstößen gegen Art. 81 EGV (jetzt: Art. 101 AEUV) und § 1 GWB nichtig.	15
Ansonsten wiederholt sie im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen und betont erneut, der Vertrag sei durch ihre Kündigung vom 15.12.2011 mit Wirkung zum 01.01.2012 beendet worden. Fortan habe sich allein die Beklagte vertragswidrig verhalten, indem sie die letzten Warenlieferungen nicht bezahlt habe. Die geringfügigen Belieferungen ihrer Schwesterfirma mit lediglich 3.656 Säcken im Jahr 2011 und 4.946 Säcken in 2012 fielen hingegen schon deshalb nicht ins Gewicht, weil diese Gesellschaft ausschließlich Kunden bedient habe, die das streitbefangene Ergänzungsprodukt ohnehin nicht bei der Beklagten eingekauft hätten. Spätestens sei ihre Lieferpflicht zwei Monate nach dem Zugang ihrer weiteren Kündigung	16

vom 12.04.2012, d.h. am 15.06.2012, gem. Ziff. 5 des Vertrags entfallen, da die Beklagte an ihrer vertragswidrigen Zahlungsverweigerung festgehalten habe. Ferner sei zu beachten, dass die Beklagte den Vertrag mit ihrem Schreiben vom 18.07.2012 selbst habe beenden wollen, obwohl sie (die Klägerin) mit ihrem Schreiben vom 12.04.2012 ihre Leistungsbereitschaft signalisiert habe. Wenngleich diese Kündigungserklärung einer rechtlichen Überprüfung nach § 314 BGB nicht standhalte, sei eine Geltendmachung von Folgeschäden jedenfalls treuwidrig. Außerdem habe das Landgericht nicht nur das Ergebnis der Zeugeneinvernahme unzutreffend bewertet, sondern im Rahmen der Würdigung des Sachverständigengutachtens, das im Übrigen auf unzutreffenden Parametern beruhe, den Unmittelbarkeitsgrundsatz verletzt, indem es das begutachtete Zahlenwerk nicht selbst überprüft habe. Schließlich sei ihr (der Klägerin) eine massive Steigerung der Einkaufskosten der Beklagten ab 2012 um 59,37 %, die sich auf die Höhe des durchschnittlichen Deckungsbeitrags auswirke, nicht anzulasten, da sie ausschließlich auf einen Einkauf erheblich überteuerter Produkte bei einem konzerneigenen Unternehmen der Beklagten zurückzuführen sei.

Die Klägerin beantragt nunmehr, 17

unter Abänderung des am 30.10.2017 verkündeten Urteils des Landgerichts Dortmund, Az. 19 O 53/16, 18

1. 19

die Beklagte zu verurteilen, an sie 51.048,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 20
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 7.416,00 Euro seit dem 15.02.2012 und aus
43.632,00 Euro seit dem 15.03.2012 sowie nicht anrechenbare Rechtsanwaltskosten in Höhe
von 749,95 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit
dem 22.08.2012 zu zahlen;

2. 21

die Widerklage abzuweisen. 22

Die Beklagte beantragt, 23

1. 24

die Berufung zurückzuweisen: 25

2. 26

die Klägerin im Wege der Anschlussberufung zu verurteilen, über den erstinstanzlich 27
ausgeurteilten Betrag von 74.695,03 Euro hinaus weitere 51.189,06 Euro zuzüglich Zinsen in
Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.01.2013 zu zahlen.

Die Klägerin beantragt, 28

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 29

Die Beklagte verteidigt die landgerichtlichen Entscheidungsgründe, sofern ein 30
Schadensersatzanspruch dem Grunde nach zugesprochen worden ist, und beziffert ihre
Gegenforderung nunmehr mit lediglich 176.932,09 Euro. Nach einem Abzug der
Klageforderung von 51.048,00 Euro verbleibe ein Widerklageanspruch von 125.884,90 Euro,

den das Landgericht nach der Stattgabe von 74.695,03 Euro in Höhe von 51.189,06 Euro zu Unrecht versagt habe. Wenngleich sie eine Fortschreibung des hypothetischen Umsatzes von 94 % des jeweiligen Vorjahres hinnehme, sei ein weitergehender "Sicherheitsabschlag" von 10 % des durchschnittlichen Deckungsbeitrags nicht gerechtfertigt, andernfalls der Sachverständige ihn bereits berücksichtigt hätte. Außerdem sei dem Landgericht ein Rechenfehler bei der Addition der jährlichen Umsatzeinbußen unterlaufen, so dass diese sich anstatt auf 2.191,41 Kubikmeter auf 2.227,41 Kubikmeter beliefen. Schließlich hätte das Landgericht die Monate Oktober bis Dezember 2014 in seine Schadensberechnung einbeziehen müssen, da der Vertrag auch nach der dortigen Auffassung erst Ende 2014 ordentlich beendet gewesen wäre. Dass sie ihre Einkaufskosten "in die Höhe getrieben" habe, sei als unsubstantiierte Spekulation der Klägerin zu bewerten, die jeder Grundlage entbehre.	
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Erklärungen zu Protokoll Bezug genommen.	31
II.	32
Die Berufung ist zulässig, bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Die rechtzeitig eingelegte Anschlussberufung ist teilweise begründet.	33
1.	34
Die Berufung ist zulässig. Insbesondere ist der Zivilsenat funktionell zuständig und der Rechtsstreit nicht an den beim Oberlandesgericht Düsseldorf gebildeten Kartellsenat zu verweisen.	35
a)	36
Eine Kartellsache begründet gem. §§ 95, 93, 92 Abs. 1, 91, 87 GWB i.V.m. § 2 der KartellGBildVO vom 30.08.2011 eine funktionelle Spezialzuständigkeit des Kartellsenats beim OLG Düsseldorf, an den der Rechtsstreit auf entsprechenden Antrag, den beide Parteien hilfsweise gestellt haben, analog § 281 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu verweisen, andernfalls die Berufung als unzulässig zu verwerfen ist (vgl. Senatsbeschluss v. 29.09.2016, 2 U 190/14; OLG Celle, 01.10.2010, 13 AR 5/10 (Kart)).	37
b)	38
Im Streitfall ist das GWB in seiner Fassung vom 01.07.2005 bis zum 29.06.2013 (7. Novelle) anwendbar, wenngleich der in Rede stehende „Exklusiv-Vertrag“ bereits von Mai 1998, d.h. von einem Zeitpunkt sogar vor der 6. Novelle des GWB, datiert. Werden kartellrechtliche Vorschriften nämlich nach Vertragsschluss geändert und Kartellverbote neu gefasst, werden Dauerschuldverhältnisse selbst dann, wenn sie nach der damaligen Rechtslage wirksam begründet worden waren, ex-nunc unwirksam, wenn nach dem neuen Recht ein Kartellverstoß vorliegt und der Normzweck diese Rechtsfolge, wie bei Kartellverstößen regelmäßig, umfasst (vgl. BGH, Urteil v. 12.06.2018, KZR, 4/16; BGH, Urteil v. 07.12.2010, KZR 71/08). Da beide Parteien den Vertrag jedenfalls ab Mitte Juli 2012 - wenn auch mit unterschiedlicher Begründung - beenden wollten, spielen weitere Novellierungen des GWB ab dem 30.06.2013 keine Rolle, die im Übrigen ohnehin keine inhaltlichen Änderungen der hier relevanten Vorschriften herbeigeführt haben.	39
c)	40

Dass das Landgericht nicht als Kartellkammer entschieden und die Klägerin erstmals im zweiten Rechtszug kartellrechtliche Bedenken geäußert hat, steht einer Überprüfung der funktionellen Zuständigkeit des Senats weder gem. § 513 Abs. 2 ZPO, noch nach dem Rechtsgedanken des § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG entgegen. Vielmehr hat das Berufungsgericht zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens seine Zuständigkeit erneut zu bewerten und damit dem Zweck der Zuständigkeitskonzentration Rechnung zu tragen, der darin besteht, eine einheitliche und qualitativ hochwertige Rechtsprechung durch kartellrechtlich besonders sachkundige Spruchkörper zu sichern (vgl. BAG, NJW 2018, 184; Immenga/Mestmäcker-Schmidt, GWB, 3. Aufl., § 91, Rn. 9 ff. m.w.N.).

41

d)

42

Die Zuständigkeit des Kartellsenats ist nicht erst dann gegeben, wenn es um eine kartellrechtliche Hauptfrage geht. Darüber hinaus ist er in allen Fällen anzurufen, denen eine entscheidungserhebliche Vorfrage kartellrechtlicher Natur i.S.d. § 87 Satz 2 GWB zugrunde liegt. Ob dies der Fall ist, hat das Nicht-Kartellgericht im Wege einer umfassenden Rechtsprüfung auf der Grundlage des Parteivortrags zu eruieren und über Sachverhalte selbst zu entscheiden, in denen von den Parteien thematisierte kartellrechtliche Aspekte entweder von vornherein nicht Platz greifen oder ohne Einfluss auf die Spruchreife der Sache sind. Die in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutierte Frage, in welchem Umfang das Nicht-Kartellgericht den Parteivortrag einer Schlüssigkeitsprüfung zu unterziehen hat (vgl. Meyer-Lindemann in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 91. Aufl., § 87 GWB, Rn. 55 ff. m.w.N. gegenüber BAG, a.a.O.), bedarf im Streitfall keiner abschließenden Entscheidung. Denn der erstmals im Berufungsverfahren gehaltene Vortrag der Klägerin hält selbst einer summarischen Überprüfung nicht stand.

43

aa)

44

Zwar weist die Klägerin im Ansatz zutreffend darauf hin, dass Verträge mit einer stillschweigenden Verlängerung über fünf Jahre hinaus nach Art. 5 der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 vom 20.04.2010 (sog. Schirm-Gruppenfreistellungs-Verordnung) als für unbestimmte Dauer vereinbart gelten und damit nicht der in Art. 2 Abs. 1 für vertikale Vereinbarungen vorgesehenen Freistellung von Art. 101 AEUV unterfallen. Da der Vertrag vom 04.05.1998 keine per se schädliche Wettbewerbsbeschränkung enthält, wäre die in allen anderen Fällen erforderliche spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung allenfalls aufgrund seiner Laufzeit in Kombination mit einer exponierten Stellung der Klägerin am Markt zu besorgen. Letzteres hat die Klägerin aber sowohl erstinstanzlich, als auch mit ihrer Berufung vehement in Abrede gestellt und eine Ersatzbeschaffung als völlig unproblematisch dargestellt. Weshalb sie gleichwohl einen Kartellverstoß annimmt und eine Verweisung an das Oberlandesgericht Düsseldorf anstrebt, hat sie nicht ansatzweise erläutert. Sofern sie im Senatstermin vom 11.10.2018 eine Alleinstellung der Klägerin auf einen entsprechenden Vorhalt unstreitig gestellt hat, handelt es sich um einen ausschließlich prozesstaktisch motivierten und damit prozessual unzulässigen Vorstoß, der mit ihrem bisherigen Vorbringen in keiner Weise in Einklang zu bringen ist. Entgegen der Auffassung ihres Prozessbevollmächtigten gestatten es die in § 138 ZPO normierten Grundsätze nämlich nicht, den eigenen Vortrag am Gang der Verhandlung auszurichten und nach Belieben auszuwechseln, sondern erfordern eine wahrheitsgemäße und vollständige Darstellung der tatsächlichen Umstände. Wenngleich sich ein Vorbringen grundsätzlich überholen und durch zutreffende Tatsachen ersetzt werden kann, bleibt ein Widerspruch zur bisherigen Rechtsverfolgung nur dann ohne prozessuale Nachteile, wenn er nachvollziehbar begründet wird. Erst recht darf etwa ein Prozessbevollmächtigter nicht eigenmächtig aus

45

prozesstaktischen Gründen aus Sicht seiner Partei Unwahres oder „ins Blaue hinein“ vortragen (vgl. Zöller – Greger, ZPO, 32. Aufl., § 138, Rn. 6 m.w.N.).

bb) 46

So liegt der Fall hier. Denn der Prozessbevollmächtigte der Klägerin ist eigeninitiativ zu einer Sachverhaltsdarstellung übergegangen, die dem bisherigen Vorbringen seiner Partei diametral entgegensteht und offensichtlich allein dazu dient, die begehrte Verweisung an den Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durchzusetzen. Andere Gründe für seinen Vortragswechsel hat er selbst auf mehrfache Nachfrage nicht genannt und sich vielmehr auf die Bemerkung zurückgezogen, er könne sich seinen Sachvortrag „aussuchen“. Das letzte Vorbringen für die Klägerin ist deshalb unbeachtlich. 47

cc) 48

Dass der Senat auf der materiell-rechtlichen Ebene an die – von der Klägerin wiederum massiv angegriffenen - Feststellungen des Landgerichts gem. § 529 ZPO gebunden ist und von der besagten Alleinstellung der Klägerin am Markt mit dem streitbefangenen Produkt auszugehen hat, rechtfertigt keine abweichende Bewertung. Insbesondere verhilft dieser Umstand nicht darüber hinweg, dass nach dem eigenen Vortrag der Klägerin eine Zuständigkeit des Kartellsenats nicht gegeben, sondern die Sache vom hiesigen Senat zu entscheiden ist. 49

dd) 50

Nur ergänzend kommt hinzu, dass vertikale Vertriebsvereinbarungen, d.h. Abreden zwischen Unternehmern wie den Parteien auf verschiedenen Produktions- oder Vertriebsstufen, insbesondere dann wesentlich seltener bedenklich sind als horizontale Vertriebsvereinbarungen zwischen Unternehmern auf derselben Wirtschaftsstufe, wenn sie - wie hier - einen bedarfsdeckenden Austauschvertrag betreffen (vgl. erneut: BGH, Urteil v. 12.06.2018, KZR 4/16). Weshalb der Vertrag vom 04.05.1998 gleichwohl eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung herbeigeführt haben soll, hat die Klägerin wiederum nicht dargetan und lässt sich auch den sonstigen Umständen des Falles nicht entnehmen. 51

2. 52

Die Berufung ist unbegründet. 53

a) 54

Zunächst sind Klage und Widerklage zulässig. Insbesondere ist der Streitgegenstand der Widerklage hinreichend individualisiert. Dass die Beklagte von ihrer ursprünglichen Schadensschätzung auf der Basis eines durchschnittlichen Deckungsbeitrags von 60,00 Euro abgewichen ist und nunmehr ohne Erhöhung der Widerklage eine konkrete Berechnung anstellt, wirkte sich nur insofern aus, als gem. § 308 Abs. 1 ZPO keine höhere Verurteilung erfolgen durfte, als beantragt worden ist. Hieran hat sich das Landgericht gehalten. Ebenso wenig beeinträchtigt das mit der Anschlussberufung modifizierte Zahlenwerk die Rechtsverteidigung der Beklagten, zumal es sich im Rahmen der ursprünglichen Widerklage hält. Entgegen der Berufungsbegründung ist ferner nicht zu beanstanden, dass die Beklagte einen einheitlichen Schadensersatzanspruch, der rechnerisch auf Umsatzeinbußen aus mehreren Monaten und Jahren beruht, nur teilweise geltend macht. Insbesondere sind die in die Anlage B 7 integrierten Perioden nur für die Ermittlung der Anspruchshöhe bedeutsam 55

und stellen keine selbstständigen Streitgegenstände dar (vgl. zu einer Teilklage aus zwei Rechnungen wegen unterschiedlicher Gewerke: BGH, MDR 2003, 824).

b) 56

Die Klage hat in der Sache keinen Erfolg. 57

aa) 58

Es ist deutsches Recht anzuwenden, da die Parteien dies gem. Art. 27 EGBGB (i.d.F. vom 01.10.1994 bis zum 16.12.2009) wirksam vereinbart haben. Zugleich haben die Parteien das in Deutschland am 01.01.1991 in Kraft getretene UN-Kaufrecht (CISG) konkludent ausgeschlossen und ihre Vertragsbeziehung ausschließlich dem unvereinheitlichten deutschen Zivilrecht unterworfen. Vor allem haben die Parteien nicht nur beim Vertragsschluss ein deutsches Gericht, nämlich sinngemäß eine Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund, als für sämtliche Vertragsstreitigkeiten zuständigen Spruchkörper vereinbart, sondern den gesamten Vertrag nach den Vorschriften des BGB abgewickelt. Diese jahrelange Vorgehensweise ist typisch für einen übereinstimmenden stillschweigenden Ausschluss des Einheitsrechts, zumal der Bundesgerichtshof seit jeher die einmütige Bezugnahme auf bestimmte Vorschriften des unvereinheitlichten Rechts als hinreichendes Indiz für einen solchen Parteiwillen bewertet (vgl. bereits zum Einheitlichen Kaufgesetz: BGH, Urteil v. 04.12.1985, VIII ZR 17/85). 59

bb) 60

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Bezahlung der Warenlieferungen aus Dezember 2011 und Januar 2012 in Höhe von insgesamt 51.048,00 Euro gem. §§ 433 Abs. 2, 651 Satz 1 BGB a.F.. 61

(1) 62

Da ein Kartellverstoß nach den vorstehend skizzierten Erwägungen, auf die sich der Senat Bezug zu nehmen erlaubt, weder schlüssig dargetan, noch anhand der sonstigen Umstände des Falles zu besorgen ist, steht § 134 BGB der Wirksamkeit des Vertrags vom 04.05.1998 nicht entgegen. Entgegen seiner Überschrift ("Exklusiver Kaufvertrag") ist er als ein den kaufrechtlichen Vorschriften unterfallender Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen i.S.d. § 651 Satz 1 BGB a.F. zu qualifizieren, da die Klägerin den Dämmstoff vor der Veräußerung an die Beklagte zunächst herzustellen hatte. 63

(2) 64

Nachdem die Kaufpreisforderung von 51.048,00 Euro mit der Ablieferung der bestellten Ware dem Grunde und der Höhe nach unstreitig entstanden war, ist sie durch die gem. § 388 BGB wirksam erklärte Aufrechnung der Beklagten, der kein vertragliches oder gesetzliches Aufrechnungsverbot entgegenstand, gem. § 389 BGB erloschen. Denn die Beklagte hatte gegen die Klägerin einen Schadensersatzanspruch in einer die Klageforderung weitaus übersteigenden Höhe, der für den Zeitraum von September 2011 bis zum Ende der Warenausgabe im Januar 2012 als Schadensersatz neben der Leistung aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 249 ff. BGB und ab dem Lieferstopp als Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281, 249 ff. BGB folgte. Der Klägerin sind nämlich Pflichtverletzungen i.S.d. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB anzulasten, die sie gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vertreten hat. So hat sie unstreitig entgegen der Exklusivabrede nicht nur mindestens eine andere Firma, 65

nämlich ihr Schwesterunternehmen PGmbH, beliefert, sondern zudem ab Mitte Januar 2012 zu Unrecht an die Beklagte gar keine Waren mehr ausgegeben. Im Einzelnen:

(a) 66

Das Landgericht hat die Kündigung der Klägerin vom 15.12.2011 zutreffend als unwirksam und damit das Vertragsverhältnis nicht zum 31.12.2011 als beendet erachtet. Insbesondere hat die Klägerin auch mit der Berufung nicht substantiiert aufgezeigt, weshalb nach der Verschmelzung ihrer Rechtsvorgängerin auf sie im Jahr 2010 eine Vertragserfüllung gem. Ziff. 5 Abs. 2 Spiegelstrich 2 des Vertrags "in Frage gestanden haben könnte". In diesem Zusammenhang liegt es auch aus Sicht des Senats auf der Hand, dass dieses vorzeitige Kündigungsrecht nicht so zu verstehen war, dass dem Vertragspartner nahezu in jedem Fall, in dem ihm eine Vertragsbeendigung günstig erschien, eine Lösungsmöglichkeit vor Ablauf der ordentlichen Laufzeit gewährt werden sollte. Daher entband der Umstand, dass der Klägerin die Belieferung einer Schwesterfirma genehmer erschien, sie nicht von ihren Vertragspflichten gegenüber der Beklagten, zumal die Parteien die verhältnismäßig lange Laufzeit ersichtlich gewählt hatten, um wechselseitig über eine gewisse Planungssicherheit zu verfügen. 67

(b) 68

Ferner war der Exklusivbezug nicht gem. Ziff. 2.7 des Vertrags ausgesetzt, wonach die besagte Abrede an eine Überweisung von Rechnungsbeträgen binnen 60 Tagen gekoppelt war. Unbeschadet der Frage, ob sich die Klägerin überhaupt auf diese Bestimmung berufen kann, die nach ihrem Wortlaut ("Zahlungsbedingungen von C an F") von der Beklagten eingebracht worden war und einen diese begünstigenden Zahlungsaufschub begründete, greift sie jedenfalls nicht Platz, sofern Entgelte gerade wegen einer Verletzung der Exklusivabrede durch die Klägerin zu Recht einbehalten worden sind. So liegt der Fall hier, da die Beklagte den Kaufpreis von 51.048,00 Euro gem. § 273 Abs. 1 BGB zurückhalten durfte, um die Klägerin, die ihre Haltung mit der Kündigungserklärung vom 15.12.2011 bereits deutlich kommuniziert hatte, zu einer ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung anzuhalten. Denn obschon die Beklagte das Zurückbehaltungsrecht als besondere Ausformung des in § 242 BGB verankerten Grundsatzes von Treu und Glauben (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., § 273, Rn. 1 m.w.N.) bereits mit ihrem Schreiben vom 19.03.2012 geltend gemacht und bereits auf noch nicht abschließend bezifferte Gegenansprüche wesentlich höheren Umfangs hingewiesen hatte, ist die Klägerin zu keinem vertragsgemäßen Verhalten zurückgekehrt. Vor allem erwähnte ihr Schreiben vom 12.04.2012 mit keinem Wort eine Bereitschaft, künftig von einer Belieferung der PGmbH, welche die Ware nach den unangegriffenen Feststellungen des landgerichtlichen Tatbestands ab September 2011 durchgehend bezogen hatte, oder sonstigen Drittfirmen Abstand zu nehmen. Einer solchen Mitteilung hätte es allerdings umso mehr bedurft, als der Exklusivbezug eine wesentliche Vertragspflicht darstellte, deren Einhaltung für die Beklagte von zentraler Bedeutung gewesen war. Stattdessen hat die Klägerin jegliche weitere Belieferung der Beklagten neben einer Preiserhöhung von einer Bezahlung der Rechnungen aus Januar 2012 abhängig gemacht, welche die Beklagte aus den genannten Gründen rechtmäßig einbehalten hatte. In diesem Zusammenhang verkennt die Klägerin, dass sie selbst durch ihren Vertragsbruch die Ursache für den Zahlungseinbehalt gesetzt hatte und verpflichtet war, zunächst selbst ein vertragstreues Verhalten anzunehmen, um anschließend der Beklagten weitere Leistungen abzuverlangen. 69

(c) 70

71

Sofern die Klägerin meint, das besagte Schreiben vom 12.04.2012 habe den Vertrag gem. dessen Ziff. 5 Abs. 1 Satz 2 spätestens zum 15.06.2012 beendet, gelten die obigen Erwägungen in vollem Umfang sinngemäß. Denn abgesehen davon, dass sich das Schreiben vom 12.04.2012 überhaupt nicht auf diesen Absatz, der sich über eine Sonderkündigungsmöglichkeit bei vertragswidrigem Verhalten des Vertragspartners verhielt, sondern erneut auf Ziff. 5 Abs. 2 Alt. 2 des Vertrags bezog, war es die Klägerin selbst, die sich nicht an die vertraglichen Bestimmungen gehalten hatte.

(d) 72

Ebenso wenig war durch die Eigenkündigung der Beklagten vom 18.07.2012 der Zurechnungszusammenhang zwischen der besagten Pflichtverletzung und dem Schaden entfallen oder die Beklagte gem. § 242 BGB an der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gehindert. Vielmehr ist für einen Kündigungsfolgeschaden, den die Beklagte ab dem Zugang ihrer fristlosen Kündigung am 19.07.2012 geltend macht, eine eigene Vertragsbeendigung durch den Geschädigten typisch, die - wie hier - durch ein abredewidriges Verhalten des Gegners veranlasst worden war. 73

(aa) 74

Entgegen der Berufungsbegründung begegnet die Wirksamkeit dieser Kündigung keinen Bedenken, da die Klägerin - wie bereits dargestellt - die exklusive Warenausgabe an die Beklagte nicht wieder aufgenommen hatte, obwohl sie hierzu verpflichtet gewesen war. Insbesondere richtete sie sich nicht nach § 314 Abs. 1 BGB, sondern nach der von den Parteien vereinbarten Sonderbestimmung unter der Vertragsziffer 5 Abs. 1 Satz 2, die weder einer Abmahnung bedurfte, noch fristgebunden war. Dass die Klägerin der Beklagten die beiden letztgenannten Aspekte entgegenhält, ist umso weniger zielführend, als sie sich selbst auf das besagte Kündigungsrecht beruft, ohne die Beklagte vor dem Zugang des Schreibens vom 12.04.2012 abgemahnt oder auf zeitliche Komponenten geachtet zu haben. 75

(bb) 76

Im Übrigen wäre eine vorherige Abmahnung gem. §§ 314 Abs. 2 Sätze 2 und 3, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB ebenso entbehrlich gewesen wie eine Fristsetzung vor der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gem. § 281 Abs. 2 BGB, da die Klägerin vorab hinreichend klar zum Ausdruck gebracht hatte, sie werde eine Belieferung der Beklagten nur unter bestimmten Bedingungen wieder aufnehmen, die sie aus den genannten Gründen nicht hatte aufstellen dürfen. 77

(cc) 78

Ebenso wenig war die Kündigung i.S.d. § 314 Abs. 3 BGB verfristet. Zwar kann nach der Rechtsprechung des BGH ein Vertragshändlervertrag, ähnlich wie ein Handelsvertreterverhältnis, grundsätzlich nicht mehr nach Ablauf von 2 Monaten seit der Kenntnis des Kündigungsberechtigten vom Kündigungsgrund fristlose beendet werden (vgl. BGH, Urteil v. 15.12.1993, VIII ZR 157/92). Der Streitfall erfordert jedoch schon deswegen eine abweichende Beurteilung, weil sich die Interessenlage der Parteien maßgeblich von derjenigen unterschied, die der besagten Entscheidung zugrunde lag. Während nämlich der Bundesgerichtshof einen Schutz des vertragsbrüchigen Kündigungsgegners im Blick hatte, der nach dem Ablauf von zwei Monaten regelmäßig nicht mehr mit einer fristlosen Kündigung rechnen muss, präsentierte die Beklagte der Klägerin ihre Kündigungserklärung vom 18.07.2012 keinesfalls unverhofft. Vielmehr war die Klägerin selbst - wenngleich vergeblich - 79

seit dem 15.12.2011 um ein sofortiges Vertragsende bemüht gewesen. Zudem datierte die letzte Korrespondenz in Form eines Mahnschreibens der Klägerin erst vom 22.05.2012 und lag damit weniger als zwei Monate vor der Kündigungserklärung vom 18.07.2012.

(dd) 80

81
Letztlich bedarf diese Frage aber keiner abschließenden Entscheidung, da selbst im Fall beiderseits unwirksamer Kündigungen die Erklärungen der Parteien zumindest auf eine Vertragsaufhebung gerichtet waren, die ab dem Zugang der fristlosen Kündigung der Beklagten durchgeführt worden ist. Dass eine einverständliche Vertragsaufhebung der Geltendmachung von Folgeschäden nicht entgegensteht, belegt namentlich die mehrfach von der Klägerin erwähnte Entscheidung des BGH vom 29.11.1965 (VII ZR 202/63). Die weiteren Urteilsgründe dort, aus denen die Klägerin ein treuwidriges Verhalten der Beklagten herleiten will, betreffen hingegen einen grundlegend anderen Sachverhalt. Während in dem dortigen Fall nämlich beide Parteien wegen wechselseitiger Vertragsverstöße womöglich zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen waren, konnte die Klägerin den Vertrag aus den vorstehend skizzierten Erwägungen gerade nicht selbst vorzeitig beenden.

(e) 82

83
Darüber hinaus steht dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht entgegen, dass die Beklagte nach den Feststellungen des Landgerichts, an die der Senat gem. § 529 ZPO gebunden ist, ab Juli 2012 einen Ersatzwerkstoff bezogen hat und ab Frühjahr 2013 auf eine Eigenproduktion umgestiegen ist. Vielmehr blieb der Beklagten nach dem endgültigen Lieferstopp durch die Klägerin keine andere Wahl als eine Ersatzbeschaffung, die allerdings nach dem wiederum bindenden Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme nicht die Qualität des klägereigenen Produkts erreichen konnte. Die Klägerin verkennt, dass die Vorgehensweise der Beklagten für sie sogar günstig gewesen war, ohne dass die Frage, ob es sich um überobligatorische Bemühungen oder um die Erfüllung einer Schadensminderungspflicht gem. § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB gehandelt hat, einer Entscheidung bedarf.

(3) 84

85
Ferner hat das Landgericht den i.S.d. §§ 249 ff. BGB restitutionsfähigen Schaden der Beklagten zu Recht anhand von § 252 BGB geschätzt, der neben § 287 ZPO eine weitere Beweiserleichterung statuiert, indem der Geschädigte nur Umstände darzulegen und nachzuweisen braucht, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den Besonderheiten des konkreten Falles die Wahrscheinlichkeit eines Gewinneintritts ergibt. Hierfür genügt die Angabe hinreichend belastbarer Ausgangs- und Anknüpfungspunkte für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, a.a.O., § 252, Rn. 4 m.w.N.).

(a) 86

87
Auch nach der vom Senat vertretenen Auffassung besteht ein offenkundiger Zusammenhang zwischen dem Umsatzverlust der Beklagten, der ab der vertragswidrigen Belieferung mindestens einer anderen Firma mit dem Spezialdämmstoff der Klägerin eingetreten war und sich seit der Beendigung jeglicher Warenausgabe im Februar 2012 kontinuierlich fortgesetzt hatte, und der vorstehend skizzierten Pflichtverletzungen der Klägerin. Dem Einwand der Klägerin, die Beklagte hätte den eingeklagten Gewinn dadurch, dass es sich um ein reines Ergänzungsprodukt zum sonstigen Sortiment des jeweiligen Abnehmers gehandelt habe,

auch dann nicht erzielen können, wenn sie von der Belieferung ihrer Schwesterfirma abgesehen hätte, folgt der Senat nicht. Dieser Umstand schließt nämlich keinesfalls aus, dass die Beklagte bei einer Einhaltung des Exklusivbezugs Kunden hätte generieren können, die früher andernorts, beispielsweise bei der Firma PGmbH, eingekauft hatten, da bei einem vertragsgerechten Verhalten der Klägerin nur die Beklagte über den begehrten Werkstoff verfügt hätte. Umgekehrt kann den Umsatzrückgang nach dem Lieferstopp ab Februar 2012 ohne Weiteres begünstigt haben, dass ehemalige Kunden der Klägerin nunmehr insgesamt zur Konkurrenz gewechselt sind und neben dem Erwerb dieses Zusatzprodukts auch die Hauptgewerke dort in Auftrag gegeben haben. Letztlich verkehrt die Argumentation der Klägerin die Exklusivvereinbarung als zentralen Bestandteil des Vertrags vom 04.05.1998 in ihr Gegenteil, da sie hauptsächlich auf die Akquise und den Erhalt eines Kundestamms der Beklagten abzielte, den sie ansonsten nicht oder nicht in diesem Umfang hätte aufbauen können. Dass gleichwohl entgegen dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge kein oder nur ein geringerer Schaden angefallen wäre, hat die Klägerin, die keinerlei belastbares Zahlenmaterial für andere Ursachen des festgestellten Umsatzrückgangs nennt, weder substantiiert dargetan, noch nachgewiesen (vgl. zur Beweislastverteilung: MüKo zum BGB, 7. Aufl., § 252, Rn. 40 m.w.N.).

(b) 88

Gleichermaßen zutreffend hat das Landgericht seiner Berechnung die Differenz zwischen dem sog. Deckungsbeitrag, den die Beklagte ohne die Vertragsverletzungen der Klägerin erzielt hätte, und demjenigen, den sie tatsächlich erwirtschaftet hat, zugrunde gelegt. Zwar lässt erst der Betrag, der sich nach einem Abzug aller Fixkosten von dem Deckungsbeitrag ergibt, erkennen, ob ein Unternehmen profitabel arbeitet oder nicht, da der Deckungsbeitrag nur die Summe ausmacht, die nach einem Abzug der sog. variablen Kosten vom Umsatz zur Deckung der festen Kosten zur Verfügung steht. Die schadensersatzrelevante Gewinnermittlung erfolgt allerdings ohne Abzug der konstanten Fixkosten (vgl. OLG Hamm, Urteil v. 10.05.2012, 22 U 203/11). 89

(c) 90

Ferner konnte das Landgericht seiner Schätzung gem. § 287 ZPO das im Wesentlichen mit der Anlage B 7 korrespondierende Tabellenwerk des Sachverständigen zugrunde legen, dessen Begutachtung beanstandungsfrei gewürdigt worden ist. 91

(aa) 92

Anders als die Klägerin meint, war das Landgericht keinesfalls gehalten, sämtliche vom Gutachter ausgewerteten und nach dessen Ausführungen äußerst umfangreichen Datensätze selbst einzusehen. Die Klägerin fehlinterpretiert die Funktion eines Sachverständigen als „Gehilfe“ bzw. Berater, der dem Gericht ein nicht eigens vorhandenes Fachwissen vermitteln soll (vgl. Zöller – Greger, ZPO, 32. Aufl., Vor § 402, Rn. 1 ff.). Müsste das Gericht neben seiner Prozessleitung und einer kritischen Überprüfung des Ergebnisses der gutachterlichen Analyse selbst sämtliche Erkenntnisquellen des Sachverständigen einsehen oder gar auswerten, wäre dessen Tätigkeit weitgehend obsolet. Etwaige Unklarheiten hat das Gericht aufzuklären, indem es den Sachverständigen ergänzend anhört oder ein Obergutachten einholt. Diesen Anforderungen wird das sorgfältig begründete landgerichtliche Urteil in vollem Umfang gerecht, indem es das Gutachten vom 26.10.2016 auf dessen Plausibilität überprüft und antragsgemäß den Sachverständigen mündlich angehört hat. Dass die Klägerin moniert, der Gutachter habe ihr vorab keine Einsicht in die vorhandenen Unterlagen gewährt, ist mit Blick auf das Schreiben ihres Prozessvertreters vom 93

24.02.2016, mit dem hierauf ausdrücklich verzichtet worden war, unverständlich.

(bb)	94
Gleiches gilt für den weitergehenden Einwand der Klägerin, die Exportergebnisse der Beklagten seien nicht berücksichtigt worden. Zwar sind sie in der Anlage B 7 nicht enthalten. Unabhängig davon, dass etwaige Gewinne im Ausland nichts an den schadensersatzbegründenden Verlusten der Beklagten im Inland geändert hätten, hat der Sachverständige dieses Versäumnis erkannt und in seine Korrekturrechnung einbezogen. Einer Differenzierung zwischen den von der Exklusivvereinbarung betroffenen Ländern und dem übrigen Ausland bedurfte es schon deshalb nicht, weil sich selbst die Einbeziehung sämtlicher Exportgeschäfte nur unwesentlich auf das Ergebnis auswirkte. Inwiefern das zuletzt aufgeworfene Argument, der Exklusivbezug des Werkstoffs sei nur für die Verwendung bestimmter Dacharten vereinbart gewesen, der Klägerin zum Vorteil gereichen soll, legt sie weder dar, noch erschließt sich dies aus dem sonstigen Akteninhalt. Dass die Beklagte schließlich ihre Einkaufskosten durch ein kollusives Zusammenwirken mit dem Konzernunternehmen E GmbH, das seit Frühjahr 2013 das Ersatzprodukt herstellt, bewusst durch die Vereinbarung erheblich überteuerter Preise in die Höhe getrieben und damit den auf die Pflichtverletzung der Klägerin zurückzuführenden Verlust an Deckungsbeiträgen zu ihren Gunsten verfälscht haben könnte, ist reine Spekulation. Insbesondere zeigt die Klägerin nicht auf, welche Preise stattdessen regulär am Markt gezahlt werden und wie deren Entwicklung zwischen 2008 und 2014 verlaufen ist. Ferner ist nicht bekannt, ob die Beklagte von einem anderen Unternehmen ein gleichwertiges günstigeres Produkt hätte beziehen können, zumal offenbar der Zulieferer, den sie noch zwischen Juli 2012 und dem Beginn ihrer Eigenproduktion im Frühjahr 2013 beauftragt hatte, nicht wesentlich preiswertere Ware veräußert hat.	95
(4)	96
Da der Schadensersatzanspruch der Beklagten die Berechnung des Landgerichts in Höhe von 125.743,03 Euro - wie noch zu zeigen sein wird - sogar übersteigt, führte die Aufrechnung gem. § 389 BGB zum vollständigen Erlöschen der Klageforderung. Mit deren Verlust entfallen zugleich der geltend gemachte Zinsanspruch sowie ein Anspruch der Klägerin auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 749, 95 Euro gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286 Abs. 1, 249 Abs. 2 Satz 1 BGB.	97
3.	98
Die Anschlussberufung hat hingegen teilweise Erfolg, da das Zahlenwerk des Landgerichts an zwei Stellen einer Korrektur bedarf.	99
a)	100
Zunächst ist dem Landgericht der mit der Anschlussberufung aufgezeigte Additionsfehler unterlaufen. Bei Absatzverlusten von 2.227,41 Kubikmeter beläuft sich der Gewinnentgang bereits auf 127.808,78 Euro (57,38 Euro x 2.227,41). Ferner weist die Anschlussberufung zu Recht darauf hin, dass der Zeitraum Oktober 2014 bis Dezember 2014 in die Schadensschätzung hätte einbezogen werden müssen, da der Vertrag erst zum Jahresende 2014 ordentlich geendet hätte. Zwar lieferte die Anlage B 7 naturgemäß nur Zahlenmaterial bis September 2014, da der korrespondierende Schriftsatz erst vom 03.11.2014 datierte. Dies führt allerdings nicht zu einem Verlust des auf diesen Zeitraum entfallenden Schadensersatzanspruchs. Vielmehr empfiehlt es sich, den restlichen Schaden anhand der	101

vom Landgericht korrekt ermittelten Parameter hochzurechnen, der demnach für den genannten Zeitraum mit 31.418,99 Euro (57,38 Euro x 547,56 Kubikmeter) zu beziffern ist. Insgesamt ergibt sich ein ersatzfähiger Gewinnentgang von 159.227,77 Euro, der sich nach dem Abzug der Klageforderung von 51.048,00 Euro und dem vom Landgericht zugesprochenen Betrag von 74.695,03 Euro auf eine Summe von 33.484,74 Euro beläuft, welche die Beklagte zusätzlich beanspruchen kann.

b) 102

Nicht zu beanstanden ist hingegen der „Sicherheitsabschlag“ von 10 %, um den das Landgericht den durchschnittlichen hypothetischen Deckungsbeitrag aus den Jahren 2008 bis 2010 von 63,76 Euro gekürzt hat. Eine Ausklammerung der Jahre 2008 und 2009 aus der Durchschnittsermittlung wegen Sonderpreisen, die der Beklagten nach den Bekundungen der Zeugin G in diesen Jahren gewährt worden sind, ist mangels eines substantiierten Vortrags der Klägerin, welche Zahlen stattdessen heranzuziehen sein sollen, nicht veranlasst. Dies gilt umso mehr, als die Zahlen keine derartigen Abweichungen enthalten, dass sie überhaupt nicht mehr repräsentativ erscheinen. Im Übrigen wären etwaige Unsicherheiten von dem „Sicherheitsabschlag“, den das Landgericht zugunsten der Klägerin vorgenommen hat, umfasst. Dass der Sachverständige einen solchen Abzug schon eigeninitiativ im Fall einer Notwendigkeit gemacht hätte, trifft schon deswegen nicht zu, weil seine Aufgabe nur in einer Überprüfung der Anlage B 7 bestand, die er vollständig erfüllt hat. Nachdem seine Feststellungen eine hinreichende Grundlage für die gem. § 287 ZPO veranlasste Schadensschätzung geliefert hatten, oblag es allein dem Gericht, in seine Betrachtung wertende Gesichtspunkte einzubeziehen, um letzten Unwägbarkeiten wirtschaftlicher und konjunktureller Natur, die nie vollständig ausgeräumt werden können, angemessen Rechnung zu tragen. Entgegen der Meinung der Beklagten genügt diesem Erfordernis eine Fortschreibung der Absatzentwicklung von 94 % des jeweiligen Vorjahres nicht, da diese Schätzung nur einen Aspekt des Gewinnentgangs berührt. Der weitergehende Abzug von 10 % erscheint mit Blick auf die Komplexität und den verhältnismäßig langen Zeitraum, auf den sich die Schadensermittlung bezieht, durchaus sachgerecht, zumal diese Größe auch in anderem Zusammenhang, beispielsweise bei einem Abzug ersparter Aufwendungen, herangezogen wird, um einen Mindestschaden wie hier zu ermitteln.

c) 104

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB (Rechtshängigkeit). 105

III. 106

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 2, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 107

IV. 108

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 II ZPO) liegen nicht vor. 109